

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

146704

DOKTORA TEZİ

İNTERNET ÜZERİNDEN KURULAN SÖZLEŞMELER

EMREHAN İNAL
2502990061

-146704-

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. HASAN ERMAN

İSTANBUL – 2004

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK** Anabilim Dalı Doktora programında kayıtlı **2501020555** numaralı **EMRAHAN İNAL**'IN hazırladığı "**İNTERNET ÜZERİNDEN AKDEDİLEN SÖZLEŞMELER**" konulu **YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZİ** ile ilgili **Tez Savunma Sınavı**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 28.Maddesi uyarınca **17.09.2004 CUMA** günü saat: **11.00'** de yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin**KABUL**.....'ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR. HÜSEYİN HATEMİ	Kabul	H. Hatemi
PROF.DR. HASAN ERMAN	KABUL	H. Eрман
PROF.DR. HALUK BURCUOĞLU	KABUL	H. Burcuoğlu
PROF.DR. CEVDET YAVUZ	KABUL	C. Yavuz
PROF.DR. FÜSUN SOKULLU-AKINCI	Kabul	F. Sokullu-Akinci

ÖZ:

Bu çalışmada, internet teknolojisindeki gelişmelerin özel hukuk alanındaki en önemli yansımalarından biri olan, sözleşmelerin internet üzerinden kurulması konusu işlenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde internet ve elektronik ticaret kavramları ve uygulamaları kısaca açıklanmıştır. İkinci bölümde ise, gerek internet üzerinden sözleşmelerin kurulması konusundaki bazı sorunlara ışık tutması, gerekse Türk hukukuyla karşılaştırma yapmaya imkan tanıyarak Türk hukukundaki eksikliklerin görülmesini sağlaması açısından, elektronik ticaret hukukuna ilişkin belli başlı düzenlemeler incelenmiştir.

Bu çalışma, sözleşmelerin kurulması konusundaki tüm hukuki sorunlara cevap arama iddiasında değildir. Ancak bu sorunlara bütünüyle kayıtsız da kalınmamıştır. İşte üçüncü bölümde esas itibariyle yazar, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel prensiplerin ışığında, sözleşmelerin internet aracılığı ile kurulmasının yarattığı sorunları incelemeye gayret sarfetmiştir.

Son olarak, gerek uygulamadaki gerekse son zamanlarda gerçekleşen hukuki düzenlemelerdeki yeri bakımından önem arz eden, internet üzerinden kurulan sözleşmelerde tüketicinin korunması konusu ana hatlarıyla ele alınmıştır.

ABSTRACT:

The subject of this study is the formation of contracts via the Internet, which is one of the most significant outcomes of the development of Internet technologies in the field of private law.

Section I seeks to define "Internet" and "electronic commerce". In section II, major electronic commerce legislations are examined, (i.e. EU directives, UNCITRAL Model Laws and the E-Sign Act of the US), in order to make it possible for a comparison with Turkish Law and to highlight some of the problems relating to the formation of contracts via the Internet.

The purpose of this study is not an in-depth coverage of the formation of contracts in general. But the important legal questions and problems of general contract law are not entirely overlooked. With section III, the essential aim of the author has been to examine the problems which are generated by the use of Internet communication for the purpose of contract formation.

Finally, because of its importance both in practice and legislation, consumer protection issues in distance contracts are also surveyed.

ÖNSÖZ:

Son yıllarda dünya genelinde gerek yasama faaliyetlerinin gerekse bilimsel çalışmaların en yoğun olarak yapıldığı alanlardan birisini elektronik ticaret hukuku oluşturmaktadır. Bu yoğunluk, bu alanda çalışan bir hukukçu için zengin bir kaynak oluşturmakla birlikte, ciddi bir zorluğu da beraberinde getirmektedir.

Çalışmamızda karşılaştığımız en büyük zorluk, terminoloji konusunda ortaya çıkmıştır. Literatürde ve hukuki metinlerde, aynı kavramın farklı terimlerle ifade edildiğine ve aynı terimin farklı kavramlar için kullanıldığına sık rastlanmaktadır. Yeni bir alan olması sebebiyle üzerinde uzlaşılmış ortak kavram ve terimlerin henüz yerleşmediği görülmektedir. Bilgisayara ve internete ilişkin bazı terimlerin Türkçe’de yerleşmiş bir karşılığı da bulunmamaktadır.

Bu bakımdan çalışmada terminoloji konusunda aşırı bir hassasiyet gösterilmemiş, amacı daha iyi ifade ettiği ölçüde, bazen doğru bulduğumuz, bazen de en yaygın kullanılan terimler tercih edilmiştir. Yabancı kelimelere Türkçe karşılık bulma çabası sarfedilmediği gibi, yerleşmemiş Türkçe karşılıklar da kullanılmamıştır. AB yönergelerinin tercümesinde ise, bazen İngilizce bazen de Almanca metin esas alınmıştır.

Türk hukukunda bu konuda daha önce de bilimsel çalışmalar yapılmış olup, bunlardan farklı olarak çalışmamızda yabancı hukuklardaki önemli bazı hukuki düzenlemelerin etraflıca incelenmesine özen gösterilmiştir.

İÇİNDEKİLER

ÖZ / ABSTRACT	III
ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	XII

GİRİŞ	1
I. İNTERNET VE ELEKTRONİK TİCARET	4
A. İnternet	4
1. İnternetin Teknik Altyapısı ve İşleyişi	4
2. İnternetin Tarihi Gelişimi	8
3. İnternetin Kullanım Alanları ve Fonksiyonu	10
a. Elektronik Posta (e-mail)	11
b. World Wide Web (www)	12
c. FTP (File Transfer Protocol)	12
d. Eş Zamanlı İletişim	13
B. Elektronik Ticaret	14
1. Elektronik Ticaret Kavramı	14
a. Genel Olarak	14
b. İnternet Üzerinden Gerçekleştirilen Elektronik Ticaret	17
2. Elektronik Ticaretin Olumlu ve Olumsuz Yönleri	19
a. Olumlu Yönleri	19
(1) İşletmeler Açısından	19
(2) Müşteriler – Tüketiciler Açısından	20
b. Olumsuz Yönleri	21
(1) İşletmeler Açısından	21
(2) Müşteriler – Tüketiciler Açısından	22
3. Elektronik Ticaretin Türleri	23
a. Elektronik Ticaretin Tarafları Açısından	23
b. Elektronik Ticaret İşlemlerinin İçeriği Açısından	24

C. İnternetin ve Elektronik Ticaretin Hukuki Boyutu	25
1. İnternetin Hukuki Boyutu	25
2. Elektronik Ticaretin Hukuki Boyutu	27
II. ELEKTRONİK TİCARET HUKUKUNA İLİŞKİN GELİŞMELER	30
A. Birleşmiş Milletler (UNCITRAL) Bünyesinde	30
1. UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu	30
2. UNCITRAL Elektronik İmza Model Kanunu	34
3. UNCITRAL Konvansiyon Taslağı	37
a. Genel Olarak	37
b. Uygulama Alanı	38
c. Sözleşmelerin Kurulması	40
B. Amerika Birleşik Devletleri'nde (E-Sign Act)	41
1. Genel Olarak	41
2. Genel Geçerlilik	42
3. İstisnalar	44
4. Elektronik İmza Tanımı ve Tarafsızlık Prensibi	44
5. Tüketiciyi Koruyucu Önlemler	45
C. Avrupa Birliği'nde	48
1. Elektronik Ticaret Yönergesi (2000/31/EC)	48
a. Bilgi Toplumu Hizmetleri Kavramı	49
b. Serbestlik İlkesi	52
c. Yerleşim Yeri Prensibi	53
(1) Kural	53
(2) İstisnalar	54
(3) Kuralın Devletler Özel Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	55
d. Genel Bilgi Verme Yükümlülüğü	62
e. Ticari İletişim	63
f. Aracı Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu	64
(1) Salt İletim Sağlayan Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu	65
(2) Caching Sağlayan Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu	65
(3) Hosting Sağlayan Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu	66
g. Elektronik Yollarla Sözleşmelerin Kurulması	68

(1) Genel Olarak	68
(2) Siparişin Ulaştığının Elektronik Yollarla Teyidi Yükümlülüğü	71
(3) Girdi Hatalarının Düzeltilmesi İmkânı Sağlama Yükümlülüğü	73
2. Elektronik İmza Yönergesi (1999/93/EC)	74
a. Genel Olarak	74
b. Elektronik İmza Tanımı ve Çeşitleri	75
c. Elektronik İmzanın Hukuki Etkileri	78
d. Sertifika Hizmetleri	81
e. Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu	83
3. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönerge (97/7/EC)	85
a. Genel Olarak	85
b. Yönergenin Kapsamı	87
(1) Mesafeli Sözleşme Kavramı	87
i. Sadece Uzaktan İletişim Araçlarının Kullanılması	88
ii. Düzenli Bir Uzaktan Satış veya Hizmet Tedariki Tertibi	90
(2) Yönergenin Kapsamına Girmeyen Sözleşmeler	91
c. Tüketiciyi Koruyucu Önlemler	92
(1) Tüketicinin Bilgilendirilmesi	92
i. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme	92
ii. Bilgilerin Yazılı Teyidi	95
(2) Tüketicinin Geri Alma Hakkı	96
(3) Sözleşmenin İfası Sürecinde Tüketicinin Korunması	100
(4) Yasaklanmış Davranışlar	101
i. Emrivaki Mal ve Hizmet Sunumu	101
ii. İletişim Araçlarına İlişkin Kısıtlama	101
aa) Genel Olarak	101
bb) Talep Edilmemiş E-Posta Reklamları (Spam)	102
4. Finans Hizmetlerinin Mesafeli Pazarlanmasına İlişkin Yönerge (2002/65/EC)	104
D. Diğer Gelişmeler	105
E. Türkiye’de	107

III. İNTERNETTE SÖZLEŞMELERİN KURULMASI	109
A. İrade Beyanları İçinde Elektronik İrade Beyanlarının Yeri	110
1. Genel Olarak İrade Beyanları	110
2. Elektronik İrade Beyanları	112
a. İrade Beyanlarının İnternette Elektronik Olarak İletilmesi	113
b. Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları (Bilgisayar Açıklamaları)	116
3. İrade Beyanının Hüküm İfade Etmeye Başlaması (Etki Kazanması)	119
a. Hazır Bulunan veya Bulunmayanlar Ayırımı	120
b. İrade Beyanlarının Ulaşması	121
B. Elektronik İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmeye Başlaması	124
1. Elektronik İrade Beyanının Yapılması (Gönderilmesi)	124
2. Elektronik İrade Beyanının Ulaşması	125
a. E-Posta Olarak Gönderilen İrade Beyanları	126
(1) Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim	126
(2) Ulaşma Anı	127
i. Hakimiyet Alanına Girmesi	127
ii. E-Posta Kullanımına İzin Verilmesinin Ulaşma Anına Etkisi	129
(3) Ulaşma Engelleri	131
b. Web Sayfaları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları	133
(1) Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim	135
(2) Ulaşma Anı	136
c. Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları	137
(1) Hazırlar Arasında Gerçekleşen İletişim	138
(2) Ulaşma Anı	139
C. İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması	140
1. Genel Olarak Öneri (İcap) ve Kabul	140
a. Öneri (İcap)	141
(1) Öneri – Öneriye Davet	142
(2) Önerinin Bağlayıcılığı ve Öneri ile Bağlılık Süresi	143
b. Kabul	145
c. Sözleşmenin Kurulduğu An	146
2. İnternette Öneri ve Kabul	147

a. Öneri	147
(1) Öneri – Öneriye Davet	147
i. Genel Olarak	147
ii. Web Sayfalarının Öneri veya Öneriye Davet Oluşturması	148
(2) Öneri İle Bağlılık Süresi	154
i. E-Posta Yoluyla Yapılan Öneri İle Bağlılık Süresi	154
ii. Web Sayfası Üzerinden Yapılan Öneri İle Bağlılık Süresi	155
iii. Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Yapılan Öneri İle Bağlılık Süresi	157
b. Kabul ve Sözleşmenin Kurulduğu An	157
D. İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Şekil	159
1. BK. Düzenlemesi Çerçevesinde Şekil	159
2. İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Şekil Sorunu	163
a. Genel Olarak	163
b. Elektronik İmza	164
(1) Tanımı	164
(2) Çeşitleri	165
c. Elektronik İmza Kanunu	168
(1) Genel Olarak	168
(2) Elektronik İmza Tanımı ve Çeşitleri	168
(3) Elektronik İmzanın Hukuki Etkileri	170
(4) Sertifika Hizmetleri	171
(5) Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu	175
d. Elektronik İmzaya İlişkin Hukuki Sorunlar	176
(1) Elektronik İmzanın Geçerliliğine İlişkin Sorunlar	176
(2) Elektronik İmza Sahibinin Sorumluluğu	178
3. İspat Hukuku Açısından Elektronik İmza ve Elektronik Belgeler	181
E. İnternette Açık Artırma Suretiyle Kurulan Sözleşmeler (Online Artırmalar)	186
1. Genel Olarak	186
2. Geleneksel Artırmalar – Online Artırmalar	187
3. Online Artırmalarda Sözleşmenin Kurulması	188
4. Mülkiyetin Geçmesi	191

F. Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti	191
IV. İNTERNET ÜZERİNDEN KURULAN SÖZLEŞMELERDE	
TÜKETİCİNİN KORUNMASI	195
A. Genel Olarak	195
B. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması	197
1. Mesafeli Sözleşme Kavramı	197
a. Tanımı ve Unsurları	197
b. Benzer Kavram ve Kurumlardan Farkı	199
(1) Mesafeli Sözleşme – Mesafeli Satış Ayırımı	200
(2) Mesafeli Sözleşme – Elektronik Sözleşme Ayırımı	201
(3) Mesafeli Sözleşme – Kapıdan Satış Ayırımı	202
(4) Mesafeli Sözleşme – Tecrübe veya Muayene Şartıyla Satım Ayırımı	203
c. İstisnalar	204
d. Taraflara İlişkin Uygulama Alanı	205
(1) Tüketici	206
(2) Satıcı – Sağlayıcı	208
e. Mesafeli Sözleşmeler Şekle Tabi Değildir	209
2. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi	210
a. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme	211
b. Sözleşme Öncesi Bilgilendirmenin Yazılı Teyidi	213
c. Sözleşmenin Kurulması Durumunda Bilgilendirme (Tüketicie Yazılı Olarak Verilmesi Gereken Bilgiler)	218
3. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicie Tanınan Geri Alma Hakkı	220
a. Geri Alma Hakkının Hukuki Niteliği, Süresi ve Kullanılması	220
(1) Geri Alma Hakkının Hukuki Niteliği	220
(2) Geri Alma Hakkının Süresi ve Kullanılması	221
b. Geri Alma Hakkının Kullanılamayacağı Sözleşmeler	223
c. Geri Alma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	224
SONUÇ	227
KAYNAKÇA	235
ÖZGEÇMİŞ	248

KISALTMALAR:

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.g.e.	adı geçen eser
AJP	Aktuelle Juristische Parxis
Art.	Artikel
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
a.y.	aynı yerde
AY.	Anayasa
BATİDER.	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebs Berater
BB1	Bundesblatt (İsviçre)
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
B2G	Business to Government
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB1	Bundesgesetzblatt (Almanya)
BGH	Bundesgerichtshof
BK.	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
Btx	Bildschirmtext
c.	cümle
C.	Cilt
C.B.L.J.	Canadian Business Law Journal
C.J.T.L.	Columbia Journal of Tarnsnational Law
C.L.S.R.	The Computer Law and Security Report

CR	Computer und Recht
Çev.	Çeviren
DB	Der Betrieb
dn.	dipnot
DZWIr	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E.	Esas
E- , e-	Elektronik
EC	European Communities
E.C.L.R.	European Competition Law Review
Ed.	Editör
EDI	electronic data interchange / elektronik veri değişimi
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB.	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
E-İmza K.	Elektronik İmza Kanunu
E-İmza Yön.	AB Elektronik İmza Yönergesi (1999/93/EC)
E-Sign Act	Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (ABD e-imza kanunu)
E-Tic.Yön.	AB Elektronik Ticaret Yönergesi (2000/31/EC)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICC	International Chamber of Commerce
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
IPRG	Internationales Privatrechtgesetz (İsviçre)
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
İHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
kn.	kenar notu
m.	madde

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MHB.	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK.	Medeni Kanun
MMR	Multimedia und Recht
MÖHUK.	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MSY.	Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
MS.Yön.	AB Mesafeli Sözleşme Yönergesi (97/7/EC)
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
no.	numara
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristische Wochenschrift
O.J.	Official Journal
OR.	Obligationenrecht
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RG.	Resmi Gazete
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
s.	sayfa
S.	Sayı
S.C.L.R.	South Carolina Law Review
Sec.	Section
t.	tarih
TKHK.	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TRKGM	Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü
U.S.C.	United States Code
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Almanya / İsviçre)
V.	Volume
vd.	ve devamı
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

Y.	Yargıtay
YD.	Yargıtay Dergisi
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheberrecht und Medienrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft



GİRİŞ:

İnternetin sunduğu imkanların ve kullanımının kısa sürede ve baş döndürücü şekilde artışı, dünyayı ve hayatı şimdiden tüm yönleriyle etkilemiş ve değiştirmiş bulunmaktadır. Sadece bir iletişim teknolojisi ve aracı olmasına rağmen internet¹, iletişimin ve bilgiye ulaşmanın yanında kamu hizmetlerinin ve ticari faaliyetlerin işleyiş ve yapılış şekillerini temelinden değiştirmiş ve etkinleştirmiştir. Bugün artık e-devlet ve e-ticaret uygulamaları günlük hayatın ayrılmaz parçaları olmuştur.

Şüphesiz, teknolojiadaki gelişmelere hukukun tepkisiz kalması beklenemez. İlk başlarda, cyber space veya sanal ortam nitelendirmelerinin de etkisiyle internetin, hukukun giremediği, herhangi bir etkisinin bulunmadığı, adeta kurtarılmış bölge veya başka bir alem olduğu zannı oluşmuştu. Bu düşüncelerle, internet ve hukuk ilişkisi açısından, 90'lı yılların ilk yarısında batılı ülkelerde, ikinci yarısında ise ülkemizde ufak çaplı bir panik havası ve her alanda internete özgü hukuki düzenleme yapma histerisi görüldüğünü söylemek yanlış olmaz. Fakat kısa zamanda anlaşılmıştır ki, internet bu dünyaya aittir ve yürürlükteki hukuk kuralları büyük ölçüde internet için de geçerlidir. Yeni ve bazı kapsamlı hukuki düzenlemelere de ihtiyaç vardır ama bilhassa özel hukuk alanında bu ihtiyaç, belli bazı konularla sınırlıdır. İnternetle ilgili yapılan veya ileride yapılacak hukuki düzenlemelere ilişkin olarak ise şu temel anlayışın yerleştiğini söyleyebiliriz: Düzenleme yapmış olmak için düzenleme yapılmamalıdır ve yapılacak düzenlemeler teknolojiadaki gelişmeleri karşılayabilecek nitelikte olmalıdır.

Bu anlayışla, 90'lı yılların ikinci yarısında kanunlaştırma çalışmalarının hız kazandığı görülmektedir. Elektronik ticaretin, yeni ekonomik düzenin motoru olacağının anlaşılması üzerine, çeşitli uluslararası organizasyonlar ve küresel rekabette öne çıkmak isteyen devletler, ihtiyaç duyulan yeni hukuki düzenlemelere öncülük etme veya hiç değilse bu alanda geç kalmama çabası içerisine girmiştir. Elektronik ticaretin

¹ Siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik alanda pek çok faaliyet için elverişli bir platform olan internet, temelinde bütün bu faaliyetlere imkan sağlayan yeni bir iletişim aracı olarak ortaya çıkmıştır. Bu sebeple artık, temel hak ve özgürlüklerden biri olarak anayasal güvence altında bulunan haberleşme özgürlüğünün (AY.m.22) yeni bir görünümünden, yani internet özgürlüğünden bahsedilmektedir, (Wilhelm Mecklenburg, "Internet Freiheit", ZUM 1997(7), s.525 vd.; Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul, Beta, 2001, s.22).

gelişmesinin, teşvik edici, güven verici ve kolaylaştırıcı bir hukuki alt yapıyı gerektirdiği aşıkardır. Bu bakımdan bu yönde hukuki düzenlemelerin yapılması ve yürürlükteki hukukun, elektronik ticarete engel teşkil edici kurallarının ayıklanması gereklilik haline gelmiştir. Bu şekilde teşvik edici, güven verici ve kolaylaştırıcı bir hukuki alt yapının oluşturulması için özel hukuk alanındaki kanunlaştırma çalışmalarında, özellikle elektronik imza ve tüketicinin korunması konularının büyük önem kazandığı ve öne çıktığı görülmektedir.

Elektronik ticaret kavramı, çoğu zaman internet üzerinden yapılan ticaret anlamında kullanılmaktadır. Bunun sebebi, internetin elektronik ticaret faaliyetleri için en uygun ve en çok kullanılan ortam olmasıdır. Fakat elektronik ticaret, malların veya hizmetlerin sürümüne ilişkin ticari faaliyetlerin, sadece internet üzerinden değil, her türlü elektronik araçla veya teknikle gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Diğer taraftan elektronik ticaret, elektronik ortamda sadece tacirler arasındaki (B2B) işlemleri değil, tacirlerle tüketiciler (B2C) ve hatta tacirlerle idare (B2G) arasındaki işlemleri kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Nihayet elektronik ticaret faaliyetleri, gerek geleneksel ticari işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi, gerekse elektronik ortama özgü işlemler olsun, elektronik ortamda gerçekleştirilmesi mümkün olan tüm faaliyetleri kapsamaktadır. Bu bakımdan elektronik ticaret kavramı, hem kullanılan araç (teknoloji), hem tarafların sıfatları ve hem de işlemlerin niteliği bakımından hiçbir sınırlama taşımamakta, tam bir genellik ifade etmektedir. İşte bu alandaki hukuki düzenlemelerin de, bu genelliğe uygun olması gerekmektedir.

Aynı şekilde, elektronik ticaret hukuku kavramı da, herhangi bir hukuk dalının elektronik ortama yansımalarını değil, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı veya özel hukukun dalları arasında bir ayırım yapılmaksızın, elektronik ticaret faaliyetleri çerçevesinde karşılaşılan tüm hukuki sorunları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Belirttiğimiz şekliyle elektronik ticaret, çok çeşitli faaliyetleri ve uygulamaları içermekte ve aynı oranda değişik hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Tüm bunların temelinde ise büyük oranda, elektronik vasıtalarla sözleşmelerin kurulması, yani Türk hukukunda yaygın kullanımıyla elektronik sözleşmeler yatmaktadır.

Sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulmasıyla ki, elektronik ticaret faaliyetleri hayat bulmaktadır.

Çalışmamızın I. bölümünde, internet ve elektronik ticaret kavramları ve uygulamaları açıklanacaktır. II. bölümde ise, gerek internet üzerinden sözleşmelerin kurulması konusundaki bazı sorunlara ışık tutması, gerekse Türk hukukuyla karşılaştırma yapmaya imkan tanıyarak Türk hukukundaki eksikliklerin görülmesini sağlaması açısından, elektronik ticaret hukukuna ilişkin belli başlı düzenlemeler incelenecektir. III. bölümde, internetin sunduğu değişik iletişim şekilleri gözönünde bulundurularak, bu yollarla sözleşmelerin kurulmasına ilişkin sorunlar ele alınacaktır. Bu bölümde ayrıca, elektronik yollarla sözleşmelerin kurulması konusundaki en önemli sorunlardan biri olan elektronik şekil konusu ve özellikle 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu da incelenecektir. IV. bölümde ise, mesafeli sözleşmelerin en yaygın uygulama alanlarından biri olan, internet üzerinden kurulan sözleşmelerde tüketicilerin korunması konusu ele alınacaktır.

I. İNTERNET VE ELEKTRONİK TİCARET

A. İnternet:

1. İnternetin Teknik Altyapısı ve İşleyişi¹:

Milyonlarca bağımsız bilgisayar ve dahili bilgisayar ağının bilgi değişimi hususunda Transmission Control Protocol ve Internet Protocol (TCP/IP) olmak üzere aynı ortak veri transfer protokolünü² yani aynı ortak dili kullanmaları suretiyle varlık bulan ve işleyen internet³, hiçbir organizasyon, kurum veya kuruluş tarafından idare edilmeyen ve hiçbir merkezi kayıt veya kontrol kanalı bulunmayan bir iletişim ağıdır⁴. Vurgulamak gerekir ki, internet, sadece bir iletişim teknolojisidir ve dijital bilgilerin, bir bilgisayardan başka bir bilgisayara aktarılmasını sağlamaktadır⁵. Kısaca interneti “tüm dünyadaki bilgisayar ve yerel bilgisayar ağlarını birbirine bağlayan küresel bilgisayar ağı sistemi”⁶ olarak da tanımlayabiliriz. Bu sebeptendir ki internet, ağlar arası ağ olarak da adlandırılmaktadır⁷.

İnternete doğrudan bağlı her bilgisayarın, tanımlanmasını ve bulunmasını sağlayan kendine özgü bir IP numarası vardır. Aynı zamanda IP adresi olarak da ifade edilen bu numara birbirlerinden noktalarla ayrılmış 4 rakam kümesinden oluşur. Örneğin, İstanbul Üniversitesinin IP adresi 194.27.128.101 şeklindedir. Numaraların

¹ Bu başlık altında internetin teknik altyapısı ve işleyişi, geniş kapsamlı ve detaylı bir incelemeye tabi tutulmamıştır. Burada sadece genel bir bilgi vermeye yetecek kadar ve ilerideki açıklamalarımızda ihtiyaç duyulmasına sebebiyet verecek, (internetin teknik altyapısının ve işleyişinin hukuki bir sonuç doğurduğu veya hukuki sonuca etki ettiği) derecede gerekli bilgilere yer verilmiştir.

² Buradaki “protocol” ifadesi yanıltıcı olup, temel anlamından tamamen farklı olarak, bilgisayarların iletişim kurmalarını sağlayan bir programlar paketini ifade etmektedir, (Mecklenburg, ZUM 1997(7), s.526).

³ Franz C. Mayer, “Recht und Cyberspace”, NJW 1996, s.1783.

⁴ Mayer, NJW 1996, s.1783; Norman B. Thot, **Elektronischer Vertragsschluß: Ablauf und Konsequenzen, Ein Rechtsvergleich zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht**, Frankfurt, Peter Lang, 1999, s.3.

⁵ Christopher Reed, **Internet Law Text and Materials**, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000, s.8.

⁶ Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, s.282.

⁷ Caroline Cichon, **Rechtsnatur von Internetverträgen: Verträge über Internet-Leistungen und E-commerce**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999, s.7; Reed, a.g.e., s.10; Christoph Süßenberger, **Das Rechtsgeschäft im Internet**, Frankfurt, Peter Lang, 2000, s.22.

kullanım zorluğu sebebiyle bu numara dizinleri 1986 yılından itibaren harflerle de ifade edilmeye başlanmış ve böylece Alan Adı Sistemi (Domain Name System) ortaya çıkmıştır⁸. Örnek vermek gerekirse bugün artık, (özellikle world wide web'in - www⁹ kullanıma sunulmasıyla birlikte) 194.27.128.101 yerine www.istanbul.edu.tr kullanılarak İstanbul Üniversitesi'nin web sayfalarına ulaşılabilir¹⁰.

Kullanıcı ise esas itibarıyla iki şekilde internete giriş yapabilir yani bu küresel ağa iki şekilde dahil olabilir. Birinci halde bilgisayar sürekli olarak internete bağlıdır. Bu halde genelde kullanıcının bilgisayar (PC'si) üniversitelerin veya büyük şirketlerin bilgisayar sistemleri gibi (local area network-LAN olarak adlandırılan) dahili bir bilgisayar ağının parçasıdır ve kullanıcı bu dahili ağ üzerinden sürekli internet erişimine sahiptir. Ancak özellikle maliyet yüksekliği sebebiyle sürekli bağlantıyı tercih etmeyecek olan bireysel kullanıcılar için ikinci bir erişim imkanı daha bulunmaktadır. Bu durumda kullanıcı dilediği zaman bir modem ve telefon hattı vasıtasıyla, internete bağlı olan ve kullanıcının da internete bağlanmasını sağlayacak bir host-bilgisayar¹¹ olan erişim sağlayıcı bilgisayarı arayarak onun sağladığı bağlantı üzerinden internete

⁸ Süßenberger, a.g.e. s.22; İbrahim Kırçova, **İnternette Pazarlama**, İstanbul 1999, s.12-13.

⁹ World Wide Web (www): Çoğunlukla Http (Hypertext Transfer Protocol) kullanarak internet aracılığıyla herhangi birinin ulaşabileceği, okuyabileceği bilgiler (yazılar, resimler, sesli veya sessiz görüntü ve filmler) yayınlayan, serbestçe organize edilmiş bilgisayar sitelerinden oluşan grup. Her ekran dolusu bilgi (her sayfa), menü seçenekleri ve kullanıcının aynı bilgisayar aracılığıyla ya da dünyanın herhangi bir yerindeki başka bir bilgisayara bağlanarak çağırabileceği, takip eden bilgilere ulaşabileceği üzeri işaretli kelimeler (linkler) içerir, (Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, s.599).

¹⁰ Alan adı sisteminde bir alan adı, noktalarla ayrılan dört ana bölümden oluşur. Soldan sağa doğru ilk bölüm kullanılan TCP/IP alt protokolünü gösterir. Buna göre www, ftp, telnet, irc, gopher alanlar anlaşılır. İkinci kısım ilgili bilgisayarın adıdır, "istanbul", "yargitay", "cumhuriyet" vb. gibi. Sonraki bölüm ise bilgisayarın bağlı olduğu kişi ya da kurumu sınıflandıran kısaltmalardan oluşur. Başlıcalarına örnek olarak ticari kuruluşları ifade eden "com", eğitim kuruluşlarını ve üniversiteleri ifade eden "edu", kamu kurum ve kuruluşlarını ifade eden "gov", ticari olmayan organizasyonları ifade eden "org" verilebilir. Alan Adı Sisteminin yetersizlik arz etmemesi için bu kısaltmalara zamanla yenileri eklenmektedir. Nihayet en sondaki kısaltma ise bilgisayarın bulunduğu ülkeyi gösterir: Örneğin "tr" Türkiye'yi, "de" Almanya'ya, "ch" İsviçre'yi, "uk" İngiltere'yi ifade eder. Ancak ABD'de kayıtlı alan adlarının sonunda ülke kısaltması bulunmamaktadır. Böylelikle ABD dışından da bu ülkede kayıtlı alan adı almak mümkündür ve bu uygulamaya sıkça rastlanmaktadır. Ancak bu, o web sitesinin içerik sağlayıcısının veya web sitesine hosting sağlayan bilgisayarın (internet servis sağlayıcısının) ABD'de bulunduğu anlamına gelmemektedir.

¹¹ Host-bilgisayar: Bir bilgisayar ağı aracılığıyla kendine bağlanmış bilgisayarlara çeşitli hizmetler sunan bilgisayar. Genelde bir kişinin bir anda kullandığı iki ya da daha fazla bilgisayardan daha uzakta olanı. Mesela İstanbul'daki bir kullanıcı Londra'daki bir bilgisayara girdiğinde, Londra'daki bilgisayar host olarak değerlendirilir, (Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, s.259).

giriş yapar¹². Yani bu şekilde internete giriş yapmak isteyecek kullanıcı, bir “access provider”a yani “internet erişim sağlayıcısı”na ihtiyaç duyacaktır.

Belirtmek gerekir ki, internet iletişiminin işleyişi bakımından, farklı birçok “sağlayıcı (provider)” kavramıyla karşılaşmaktadır. İletişimin gerçekleşmesi açısından, bir sağlayıcı, kullanıcının internete erişimini yani internete bağlanmasını sağlıyorsa erişim sağlayıcı (access provider); kullanıcılar tarafından erişilmek – çağrılmak üzere, verilerini (mesela web sitesini) internet ortamında sunuyorsa içerik sağlayıcı (content provider) olarak adlandırılmaktadır. İçerik sağlayıcılarına “hosting” sağlayan, yani bunlara ait verileri, mesela içerik sağlayıcılarının web sitelerini, kullanıcılar tarafından çağrılmak üzere bilgisayarında depolayan sağlayıcılar ise, genel olarak internet service provider (ISP), yani internet servis sağlayıcısı olarak ifade edilmektedir. Ancak internet servis sağlayıcısı kavramı, internete sürekli bağlı olan ve kullanıcıların internet iletişimini mümkün kılan tüm sağlayıcılar olarak anlaşıldığı için, çoğu zaman internet servis sağlayıcısı kavramı, erişim sağlayıcıları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır¹³.

İnternetin, dijital bilgilerin bir bilgisayardan diğerine aktarılmasını sağladığını belirtmiştik. İşte internet üzerinden dijital bir bilginin aktarılması, bu bilginin muhatap bilgisayara ulaşana kadar (aradaki bilgisayarlarda) bir bilgisayardan diğerine kopyalanması suretiyle gerçekleşmektedir. Aradaki bilgisayarlar sadece bu veri paketlerini, hedefe ulaşana kadar diğerine iletmektedirler¹⁴. Ancak internet üzerinden sağlanan iletişim, yani gönderilen bilginin bir bilgisayardan diğerine aktarılması bir bütün olarak gerçekleşmemekte, diğer bir ifadeyle gönderilen bilgi bir bütün halinde kopyalanmak suretiyle iletilmemektedir. Tersine, gönderilecek bilgi, gönderen bilgisayar tarafından veri paketlerine ayrılmakta, ve muhatap bilgisayara bu veri paketleri gönderilmektedir¹⁵. Veri paketleri muhatap bilgisayara ulaştıktan sonra bu bilgisayar tarafından tekrar bir araya getirilmektedir. Veri paketlerinin internet üzerinde

¹² Daniela Wildemann, Vertragsschluß im Netz, München, VVF, 2000, s.3; Süßenberger, a.g.e. s.25

¹³ Reed, a.g.e., s.29.

¹⁴ Reed, a.g.e. s.8.

¹⁵ Mayer, NJW 1996, s.1783.

aynı yolu takip etmesi veya hedefine aynı anda ya da belli bir sırada ulaşması ise gerekli değildir¹⁶.

Burada ayrıca bugün için internet kullanımının en önemli ögesi durumundaki world wide web'in, kısaca www'nin işleyişine de değinmek gerekir. Popülerliği dolayısıyla çok zaman yanlış olarak internetle eş anlamlı olarak kullanılan www, isminin yanıltıcılığına karşın kendi başına bağımsız bir ağ olmayıp internet ağı içerisinde, yazı, resim, ses, film gibi çok farklı yapıdaki verilere toplu bir şekilde ulaşılmasını sağlayan bir ortam ve bir yayım şeklidir¹⁷. Bu ortamın işleyişinde, içerik sağlayıcı¹⁸, yazı, resim, ses, film gibi verilerden oluşan web sayfasını, web-server denilen ve internete bağlı olan host-bilgisayarda çağrılmak üzere kaydeder (depolar). İşte bu durumda web-server olarak hizmet veren internet servis sağlayıcısının, kendi bilgisayarında, içerik sağlayıcıya ait dokümanı depolamasına “**hosting**” denir. Kullanıcı ise istemci (client) olarak internete bağlanır ve browser¹⁹ vasıtasıyla alan adını girerek web sayfasını çağırır. Browser da, istemci tarafından çağrılan bu web sayfasını içerik sağlayıcının web-server'ından kullanıcının bilgisayarına indirir ve gösterir²⁰.

İşleyişi bakımından www veri yapısının önemli bir özelliği, bu ortamın başka belgelere bağlanma imkanı (navigate – iç içe dokümanlar) sağlamasıdır²¹. Bir web sayfası, “link”ler sayesinde, aynı veya başka bir server'da bulunan sayfa veya verileri gösterebilir ve onları da çağırma imkanı sağlar. Böyle bir link'in üzerine tıklayan kullanıcı, server ile yeni bir bağlantı kurmuş olur ve link sayesinde çağrılan belgedeki

¹⁶ Reed, a.g.e. s.8.

¹⁷ Süßenberger, a.g.e. s.26. Kırçova, a.g.e. s.19.

¹⁸ Yukarıda da belirttiğimiz gibi, “içerik sağlayıcı” terimini “erişim sağlayıcı” veya “servis sağlayıcı” terimleri ile karıştırmamak gerekir. Bunlar kullanıcının internete bağlanmasını veya ulaşılması istenen dokümanların depolanmasını sağlayan ve bu işi ticari gayelerle yapan işletmeleri ifade etmekte iken “içerik sağlayıcı” web sayfalarında yazı, resim, ses vs. yayınlayan her kişi ve kurumu ifade eder. Bu bakımdan internet servis sağlayıcıları bir web sayfasına sahip iseler o web sayfası açısından onlar da içerik sağlayıcı olarak değerlendirilirler (“provider” ayırmaları ve tanımları için bkz. Frank A. Koch, **Internet-Recht: Praxishandbuch mit dem neuen Medien und Telediensterecht, Checklisten und Musterverträgen**, München, Oldenbourg, 1998, s.3-4).

¹⁹ “to browse” fiilinin Türkçe karşılığını “(sayfaları) gözden geçirmek” olarak ifade edebiliriz. “Browser”a Türkçe karşılık olarak ise “tarayıcı” terimi en uygun görünmektedir (“Browser: Kullanıcıya World Wide Web’de ve dosyalarda bulunan HYPERTEXT’i okuma olanağı tanıyan programlar, Web tarayıcısı. Günümüzün en popüler web tarayıcıları Internet Explorer ve Netscape Navigator’dur”, bkz. Açıklamalı Bilgisayar ve Internet Terimleri Sözlüğü, s.76).

²⁰ Süßenberger, a.g.e. s.27.

²¹ Süßenberger, a.g.e. s.26. Kırçova, a.g.e. s.19.

veriler de kullanıcının bilgisayarına taşınır. Böylelikle kullanıcı aynı belgenin sayfalarını karıştırırcasına bir kullanım imkanına sahip olur²². Bir web sitesini çağıran kullanıcının karşısına çıkan ilk sayfa “Homepage” olarak adlandırılır ve kullanıcı o sitede bulunan diğer sayfalara da linkler sayesinde ulaşır. İçerik sağlayıcının, web-server’ı üzerinden kullanıcılar tarafından çağrılmaya sunduğu web sayfalarının bütününe de web sitesi denmektedir.

2. İnternetin Tarihi Gelişimi:

1957 yılında Sovyetler Birliği’nin Sputnik’i uzaya göndermesini takiben ABD’de bir panik ve yenilmişlik hissi yaşanmıştır. Bunun üzerine ABD Savunma Bakanlığı’nın kurmuş olduğu Advanced Research Project Agency’nin (ARPA - İleri Araştırma Projeleri Dairesi) çalışmaları, internetin çıkış noktasını oluşturur²³. Başlangıçta her türlü askeri araştırma-geliştirme, uzay projeleri ve füze programları için kurulan daire, 1958 yılı sonlarına doğru NASA’nın kurulması ve bu görevlerin NASA’ya devredilmesi üzerine adeta işlevsiz kalmıştır. Ancak sonraları dairenin başına askerlerden ziyade seçkin bilim adamlarının getirilmiş olması ve bu bilim adamlarının bilgisayarın önemine ve geleceğine ilişkin öngörülerini sebebiyle daire, projelerini genelde bilgisayar teknolojisinin geliştirilmesine yönelik çalışmalara özgülemiştir²⁴.

Bu çalışmaların sonucu olarak, 60’lı yılların sonu ile 70’li yılların başında, bir kısım bilgisayarın devre dışı kalması durumunda dahi ağa bağlı diğer bilgisayarların bundan etkilenmeyerek geri kalanlar arasında bağın ve iletişimin devam etmesini öngören ve özellikle bir nükleer savaş halinde ulusal güvenliği korumak için kurulduğu ileri sürülen ARPANET adlı proje geliştirilmiştir²⁵. Gerçekten ARPANET’in nükleer saldırılar karşısında ulusal güvenliği korumak için geliştirildiğine dair iddialar yıllarca sürmüş ve doğruluğu kabul edilecek kadar uzun bir süre tersi iddia edilmediğinden

²² Süßenberger, a.g.e. s.27.

²³ İnternetin tarihi gelişimine ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Katie Hafner / Matthew Lyon, **İnternet Tarihi**, çev. Sinem Yazıcıoğlu, İstanbul, Güncel Yayıncılık, 2000. Ayrıca bkz. Mayer, NJW 1996, s.1783.

²⁴ Hafner/Lyon, a.g.e., s.21 vd.

²⁵ Mayer, NJW 1996, s.1783.

söylentiler efsane halini almıştır. Projenin başında yer alan bilim adamları ise, projenin askeri bir amacının bulunmadığını iddia ettiyseler de, seslerini duyuramamışlardır²⁶.

ARPANET'in en önemli özelliği merkezi bulunmayan bir ağ olarak tasarlanmış olması idi²⁷. Gerçekten o zamana kadarki bilgisayar ağlarının yapısı hep merkezi sistemliydi. Yani her bir bilgisayar üst derecedeki merkezi bilgisayara bağlı idi ve bilgisayarlar arasındaki iletişim sadece bu merkezi bilgisayar üzerinden gerçekleşebilmekteydi. Bilgisayarlardan birinin merkezle olan bağlantısının kesilmesi halinde bu bilgisayarlar haberleşmek artık mümkün olmamakta ve merkezin devre dışı kalması durumunda ise bütün ağ çökmekte idi²⁸. İşte geliştirilen ARPANET projesinde, ağı düzenleyen veya denetleyen herhangi bir merkezi bilgisayar bulunmamaktadır. Her bir bilgisayar merkeze değil, doğrudan ağa, yani bütün bilgisayarlarba bağlı olarak sadece gönderici ve alıcı görevi değil, aynı zamanda diğer bilgisayarlar arasındaki iletişimde, taşınan veriler için bir bağlantı noktası ve geçiş istasyonu görevi görmekte ve gönderilen bir bilgi bir bütün olarak değil veri paketlerine bölünmüş olarak gönderildiği için sürekli ve kesintisiz bir iletişim mümkün kılınmış olmaktadır. Böylece artık bir bilgisayardan diğerine gönderilen veri paketleri, aradaki bir bağlantı kopmuş olsa bile, diğer bir bilgisayar üzerinden bağlantı noktası bularak hedefine ulaşabilmektedir²⁹.

ARPANET'in kamuoyuna tanıtıldığı 1972 yılında ağa bağlı host-bilgisayar sayısı 40'a, 1975'te ise 100'e ulaşır. Böyle bir ağın bilimsel alanda vaat ettiği kullanım imkanları ve potansiyel sonucu kısa sürede pek çok üniversite ağı ARPANET'e bağlanmıştır³⁰. Zaten bu arada Amerikan üniversiteleri de ARPANET'e paralel bir ağ olan CSNET'i (Computer Science Research Network) geliştirmekte idi³¹. Daha sonra zamanla ABD içinde ve dışında diğer resmi ve özel iletişim ağları da ARPANET'e bağlanacaktır. 1983 yılında birbirlerinden tamamen farklı özelliklere sahip bilgisayarların ve ağların aralarındaki iletişimi ve veri transferini sağlamak üzere TCP/IP standart protokollerinin geliştirilmesi ve diğer ağların da bu standardı takip

²⁶ Hafner/Iyon, a.g.e., s.8

²⁷ Mayer, NJW 1996, s.1783.

²⁸ Süßenberger, a.g.e., s.20.

²⁹ Mayer, NJW 1996, s.1783; Süßenberger, a.g.e., s.20.

³⁰ Süßenberger, a.g.e., s.21-22.

³¹ Wildemann, a.g.e., s.2.

etmesi ve nihayet 1986 yılında yine ABD tarafından finanse edilen National Science Foundation'ın sistemi olan NSFNET'in ağı dahil olması ile "Interconnected Networks"ün kısaltması olan bugünkü internet sistemine ulaşılmış olundu³². 1981'de yüzlerle ifade olunan host-bilgisayar sayısının 1989'da 100.000'e, 1993'de iki milyona, 1996'da onbeş milyona ulaştığı belirtilmektedir³³.

İnternetin gelişimindeki son aşama ise www'nin geliştirilmesi olmuştur. İnternet kullanımını kolay, ilgi çekici hatta cazip hale getirdiği içindir ki www, internet kullanımının ve kullanıcısının önemli ölçüde artmasını sağlamıştır³⁴. www, 1991 yılında Avrupa Atom Araştırmaları Merkezi (CERN) tarafından, CERN'in araştırma projelerinde görev alan bilim adamlarının kolay ve düzenli bir şekilde veri değişimine olanak sağlamak üzere geliştirilmiştir. 1992'de kullanıma sunulması ile birlikte diğer pek çok kurum, kuruluş, işletme ve şahıs, www formunda kullanıcı veya içerik sağlayıcı olma imkanına kavuşmuştur. En önemlisi, browser programının geliştirilmesi ile birlikte de internet kullanımı karmaşık komutlardan kurtararak teknik alt yapısı ve tecrübesi bulunmayan kişilerin de kolay kullanımına müsait hale gelmiştir³⁵.

3. İnternetin Kullanım Alanları ve Fonksiyonu:

Temel fonksiyonu dijital bilgilerin bir bilgisayardan diğerine aktarılması olan internet, bir iletişim teknolojisidir (yoludur) ve dijital biçime dönüştürülmesi mümkün olan metin, şekil, ses ve görüntü gibi her türlü bilginin iletilmesini sağlamaktadır³⁶. Bu şekliyle internet üzerinden³⁷ çeşitli iletişim imkanları mevcut bulunmaktadır. Bu iletişim imkanları sayesinde internet, bünyesine aykırılık teşkil etmeyen her konuda kullanım alanına sahiptir. Eğitimden eğlenceye, günlük alış verişten uluslararası ticarete, sanatsal

³² Süßenberger, a.g.e., s.22-23; Kırçova, a.g.e., s.12.

³³ Süßenberger, a.g.e., s.23. Burada verilen sayıların tahmini değerler olduğu ve farklı kaynaklarda, farklı rakamlara rastlandığı vurgulanmak gerekir.

³⁴ Kırçova, a.g.e., s.12; Markus Köhler / Hans Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, Heidelberg, Müller, 2000, s.2.

³⁵ Süßenberger, a.g.e., s.27.

³⁶ Reed, a.g.e., s.8.

³⁷ İnternete bağlandıktan sonra eriştiğimiz değişik fonksiyonlar ve çeşitli hizmetler, internet tarafından değil internet üzerinden (vasıtasıyla) sağlanmaktadır. İşte internet üzerinden sağlanan iletişim vasıtasıyla hizmetlerin sunumu ve bunlara erişim, hep dijital bilgilerin değişimi (alış-veriş) yoluyla gerçekleşmektedir (Reed, a.g.e., s.8).

ve bilimsel faaliyetlerden siyasete ve hatta kamu hizmetlerinin görülmesine kadar pek çok alanda internet gün geçtikçe daha da büyük ve önemli bir yer kaplamaktadır.

Her geçen gün yeniliklerine şahit olmakla birlikte internetin bugün için tüm bu imkanların kullanımını mümkün kılan dört temel iletişim şekli sunduğunu söyleyebiliriz³⁸. Bunlar (1) Elektronik Posta (e-mail); (2) www; (3) FTP (file transfer protokol) ve (4) Eş zamanlı iletişim (chat, internet telefonu ve video konferans) imkanlarıdır.

a. Elektronik Posta (e-mail):

İnternet üzerindeki posta hizmeti olarak ifade edebileceğimiz e-posta, en eski ve halen en çok kullanılan internet hizmeti olup bunun için gereken temel şart, hem göndericinin hem de alıcının bir e-posta adresine (mail account) yani elektronik posta kutusuna sahip olmasıdır. Kullanıcı bu e-posta adresine, bir internet servis-erişim sağlayıcısı nezdinde sahip olabileceği gibi, www üzerinden e-posta hizmeti sağlayan “hotmail” veya “yahoo” gibi sunucular nezdinde de sahip olabilir. E-posta adresi sahibine gönderilen mesajlar, e-posta hizmeti sağlayan sunucunun “server”ında (bilgisayarında), kullanıcı tarafından çağrılmak üzere kayıt edilir (depolanır) ve kullanıcı tarafından silininceye kadar orada kalır. E-posta, iki insanın iletişim kurmasını, elektronik ortamda mektuplaşmasını sağlar. Ancak insan müdahalesi olmadan da, gerekli programa sahip bir bilgisayar, bir e-posta hazırlayıp bunu gönderebilir veya ulaşan bir e-postayı değerlendirip işleme koyabilir³⁹. E-posta mesajı ile birlikte ekli dosya (attachment) gönderebilme imkanı ise e-posta’nın gelişiminde bir kilometre taşı olmuştur. Dosya haline getirilebilen her şey, mesela bir sözleşme metni, gözden geçirilmesi istenen bir belge veya sunum, veri girişi için tablo, elektronik resimler, sesler, filmler hep ek olarak gönderilebilir.

³⁸ Krş. Kırçova, a.g.e., s.16; Süßenberger, a.g.e., s.25 vd.; Thot, a.g.e., s.3-4; Wildemann, a.g.e., s.4; Recep Baki Deniz, İşletmeden Tüketicie İnternette Pazarlama ve Türkiye’deki Boyutları, İstanbul, 2001, s.3-4.

³⁹ Süßenberger, a.g.e., s.29-30.

b. World Wide Web (www):

Yukarıda bahsettiğimiz gibi internetin yaygınlaşmasının en önemli unsurlarından biri olan www üzerinden browser sayesinde internette sörf yapmak, yani web sitelerini ziyaret etmek; arama motorları sayesinde aranan konu ile ilgili web sitelerini bulmak ve linkler sayesinde kolayca o sitelere ulaşmak; gazete okumak; akla takılan bir sorunun cevabını bulmak; eğlence sitelerine girmek; kütüphane kataloglarında tarama yapmak; yüksek mahkeme kararlarına ulaşmak; tatil rezervasyonu veya alış veriş yapmak ve burada saymakla bitmeyecek, insan aklına gelen gelmeyen pek çok konuda hazırlanmış sayısız web sitelerinin hizmetlerinden yararlanmak mümkün olabilmektedir.

c. FTP (File Transfer Protocol):

FTP internet üzerinden büyük hacimli veri dosyalarının transferinde kullanılan standart yöntemdir ve aynı zamanda dosya transfer protokol işlemlerini yerine getiren çeşitli bilgisayar programlarına verilen isimdir⁴⁰. Web sunucularında olduğu gibi, internette binlerce FTP sunucu bulunmaktadır. Web sunucusuna sahip birçok organizasyon ya da şirketin aynı zamanda FTP sunucusu da bulunmaktadır. Bu sunucuları kullanarak dosya dağıtırlar. Bu dosyalar genellikle ücretsiz programlar, ürün hakkında dokümantasyon ve veri dosyaları olabilir. Genellikle bir web sitesini ziyaret eden bir kullanıcı bir dosyayı yüklemek için tıkladığında aslında bu link kullanıcıyı bir FTP sunucuya gönderir (ve http:// ile başlayan adres satırı ftp://'ye dönüşür). FTP sunucusu iki taraflı çalışabilme özelliğine sahiptir yani hem dosya alınabilir hem de yüklenebilir ama FTP iletişimi her zaman bir istemci ile bir sunucu arasında gerçekleşir. İki kullanıcıda da FTP istemci programı var diye asla iki istemci arasında dosya değiş tokuşu olmaz. Bir kişi dosyayı bir sunucuya gönderebilir ve diğeri ise bu gönderilmiş dosyayı sunucudan çekebilir fakat her durumda sunucu ortada olmalıdır⁴¹.

⁴⁰ Kırçova, a.g.e., s.16. Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, s.226.

⁴¹ İnternet Kullanma Kılavuzu, s.382-383.

Hukuki açıdan ise, FTP ile bir web sitesi arasında hemen hiçbir fark bulunmamaktadır⁴².

d. Eş Zamanlı İletişim:

İnternet, iki kişinin eş zamanlı yani doğrudan ve karşılıklı olarak iletişim kurmalarını sağlayan imkanlar da sunmaktadır. Bunlar, chat (sohbet), internet telefonu ve video konferans imkanlarıdır.

“Chat” olarak ifade edilen sohbet oturumlarında, katılımcılar aynı anda on-line durumdadır ve eş zamanlı, karşılıklı ve doğrudan iletişim içinde yazılı olarak haberleşmektedirler. Burada bahsedilen iletişim türü, tarafların her birinin aynı anda internete bağlı olduğu, yani katılımcıların birbirleri ile eş zamanlı ve karşılıklı olarak yaptıkları ve “gerçek zamanlı sohbet” olarak da adlandırılan on-line sohbet şeklidir. Bu şekilde on-line olarak gerçekleşen bir sohbette, “hazırlar arasında” bir görüşme gerçekleşmektedir. Diğer taraftan elbette, eşzamanlı olmayan ve mesela yukarıda belirttiğimiz e-posta yoluyla sohbet imkanı da bulunmaktadır. Yine ayrıca “usenet haber grupları” sayesinde, konularına göre belirlenmiş tartışma gruplarından oluşan bir haber grubuna abone olarak, bu haber grubuna mesaj göndermek ve gönderilmiş olan mesajları okumak suretiyle chat yapmak da mümkündür. Ama belirttiğimiz gibi bunlar prensip olarak on-line yani eş zamanlı iletişim imkanı sunmazlar⁴³. Bu sohbet türünde ise kural olarak “hazır olmayanlar (gaipler) arasında” bir haberleşme sağlanmaktadır.

On-line sohbetin en yaygın örneği olarak Internet Relay Chat (IRC) gösterilebilir. Bunun dışında ICQ, AOL Instant Messenger veya MSN Messenger Service gibi sunucular da zikredilebilir. Ayrıca web sayfaları üzerinde chat hizmeti veren sağlayıcılar da bulunmaktadır. On-line sohbet türünde kullanıcı, chat sunucusu üzerinden herhangi bir kullanıcı adı (nick name) ile, ya hali hazırda kurulmuş olan chat odalarına veya kanallarına bağlanır ya da kendisi bir kanal kurar ve yazılan metinler

⁴² Reed, a.g.e., s.28.

⁴³ Kırçova, a.g.e., s.17. İnternet Kullanma Kılavuzu, s.132-133.

chat sunucusu üzerinden anında kanalda bulunan muhataba veya diğer katılımcılara yönlendirilir ve onların bilgisayarlarına ulaşır.

Bugün bir internet terimi olarak karşımıza çıkan “chat”, genelde insanların akla gelebilecek her konuda sohbet etmesine yarayan bir platform niteliğinde kullanılmasının yanı sıra, on-line bir iletişim imkanı olarak hukuki sonuç doğuracak şekilde mesela sözleşme müzakerelerinde veya özellikle on-line açık artırmalarda da kullanılabilir⁴⁴.

Chat, metin olarak yani yazılı şekilde yapılmaktadır. Buna karşılık adından da anlaşıldığı gibi internet telefonunda sesli, video konferans görüşmelerinde ise hem sesli hem görüntülü iletişim eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir.

B. Elektronik Ticaret:

1. Elektronik Ticaret Kavramı:

a. Genel Olarak:

Elektronik ticaret, internetin yaygınlaşmasıyla birlikte çok sık telaffuz edilmeye başlanmış olsa da, yeni bir yöntem değildir. Zira elektronik ticaret sadece internet vasıtasıyla yapılmaz. Uzun yıllardan beri insanlar, telgraf, telefon, teleks, faks gibi araçlar ile haberleşmekte ve bu araçları ticari gayeler için kullanmaktadırlar. İşte elektronik ticaret kavramının, bu araçları kapsayacak şekilde kullanıldığı da görülmektedir⁴⁵. Bu durumda “geniş anlamda elektronik ticaret”ten bahsedilmektedir⁴⁶. Diğer taraftan elektronik ticaret kavramı, yalnızca bilgisayar ağları üzerinden gerçekleştirilen ticari faaliyetleri ifade etmek üzere de kullanılmakta ve bu durum ise

⁴⁴ Süßenberger, a.g.e., s.31.

⁴⁵ Ayşe Saadet Arıkan, “Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler”, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Ankara, NOTEV, 2001 içinde, s.16; Önder Canpolat, E-Ticaret ve Türkiye’deki Gelişmeler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı TRKGM yayını, Ankara, 2001, s.6-7.

⁴⁶ Mete Özgür Falcıoğlu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Elektronik Satım Sözleşmesinin Kuruluşu”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2004, s.14.

“dar anlamda elektronik ticaret” olarak nitelendirilmektedir⁴⁷. Bir diğer ifade tarzına göre ise, elektronik ticaret denildiğinde malların veya hizmetlerin sunumuna yönelik işlemlerin elektronik araçlarla ve tekniklerle yapılması anlaşılmaktadır⁴⁸. Diğer taraftan elektronik ticaret kavramının, ticari faaliyetin ne olduğu, hatta faaliyetin ticari olup olmadığı ayırımına bağlı olarak değil, hangi araçlarla yapıldığına bakılarak tanımlanması gerektiği; bu bağlamda, ticari bir faaliyet içinde olmayan özel şahıslar arasındaki hukuki işlemlerin dahi, elektronik ortamda gerçekleştirilmesi durumunda elektronik ticaret kavramına dahil olması gerektiği fikri de savunulmaktadır⁴⁹.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan 16 Aralık 1996 tarihli Elektronik Ticaret Model (Örnek) Kanunu’nda⁵⁰, elektronik ticaret kavramının doğrudan bir tanımına yer verilmemiştir. Ancak Örnek Kanunun “uygulama alanı” başlıklı birinci maddesinde “Bu Kanun, ticari bir faaliyet içerisinde kullanılan veri mesajı biçimindeki her çeşit bilgiyi kapsar” ifadesine yer verilerek elektronik ticaretin, veri mesajı yoluyla yapılan ticari faaliyetleri ifade ettiği belirtildikten sonra “tanımlar” başlıklı ikinci maddenin (a) bendinde “veri mesajı” şu şekilde tanımlanmıştır: “Veri mesajı, elektronik veri değişimini (EDI), elektronik postayı, telgrafi, teleksi veya faksı da kapsamak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere elektronik, optik veya benzer şekillerde oluşturulan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgidir”.

⁴⁷ Falcıoğlu, a.y., s.14.

⁴⁸ Bu yönde bkz. Mustafa Akkaya, “Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi”, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Ankara, NOTEV, 2001 içinde s.177. Elektronik ticaret “malların ve hizmetlerin elektronik vasıtalar aracılığıyla dağıtımı, pazarlanması, satışı ya da teslimidir” (İpek Sağlam Atabarut, “Elektronik Sözleşmeler”, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2003, s.40).

⁴⁹ Ümit Gezder, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, Beta, 2004, s.8. Doktrinde bir diğer yazar ise, elektronik ticaret kavramını açıklarken, kavramı oluşturan kelimelerden hareketle, elektronik ticaretin unsurlarını, “ticari işlem” ve “elektronik ortam” olarak belirtmektedir, (Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, s.6). Ancak yazarın, burada belirttiği “ticari işlem” ifadesini, hukuki anlamda kullanmadığı görülmektedir. Yazar, bu unsuru açıklarken, “her iki tarafın da tüketici olduğu ticari işlemler de bulunduğundan” bahsetmekte (Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.9), ve elektronik ortamdaki özel kişiler (tüketiciler) arasındaki işlemlerin de elektronik ticaret kavramına dahil olduğu fikrine katılmaktadır, (Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.33).

⁵⁰ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, www.uncitral.org adresinden ulaşılabilir. Detaylı açıklama için bkz. aşağıda II,A,1.

AB mevzuatında ise farklı bir terminoloji ile karşılaşılmaktadır. 8 Haziran 2000 tarihli Elektronik Ticaret Yönergesi (2000/31/EC), “bilgi toplumu hizmetlerinin belirli hukuki yönlerine, özellikle elektronik ticarete ilişkin (...) yönerge” başlığını taşımaktadır⁵¹. Gerçekten AB mevzuatı terminolojisinde, “**bilgi toplumu hizmetleri**” (Information Society Services/Dienste der Informationsgesellschaft) ifadesi temel kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

Gerçi Elektronik Ticaret Yönergesinde, ne elektronik ticaret kavramının ne de doğrudan bilgi toplumu hizmetleri kavramının tanımına yer verilmiştir ama bu yönergenin tanımlar başlıklı 2/(a) maddesinin atfıyla, AB’nin “şeffaflık yönergesi” olarak bilinen⁵³ 98/34/EC Yönergesinin⁵⁴, 98/48/EC Yönergesi⁵⁵ ile değişik 1/(2) maddesinde “bilgi toplumu hizmetleri” şu şekilde tanımlanmıştır: “**Kullanıcının bireysel talebi üzerine ve elektronik vasıtalar ile, kural olarak bir karşılık elde etmek amacıyla, uzaktan sağlanan her türlü hizmet bilgi toplumu hizmetidir**”⁵⁶.

Bu tanım itibarıyla Elektronik Ticaret Yönergesi, internet üzerinden gerçekleştirilen faaliyetleri (bilgi toplumu hizmetlerini) kapsamakla birlikte, uygulama alanı sadece internet ile sınırlı değildir. Cep telefonları üzerinden sağlanan çeşitli hizmetlerin yanı sıra, uygulamasını ülkemizde “dijitürk” örneğinde gördüğümüz ve çift

⁵¹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular Electronic Commerce in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), O.J. L. 178/1, 17.7.2000.

⁵² Buradaki hizmet kavramının, hukukumuzdaki hizmet sözleşmesi veya diğer iş görme sözleşmeleri kapsamındaki hizmet kavramı ile karıştırılmaması gerekir. Yönergedeki anlamı ile hizmet, yani bilgi toplumu hizmetleri, hukukumuzdaki teknik anlamının ötesinde, elektronik ortamda malların satışına yönelik faaliyetleri de kapsayan çok daha geniş bir anlama sahiptir, bkz. Hans Jürgen Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce Richtlinie”, CR 2000, s.835-836; Thomas Hoeren, “Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, Eine Erste Kritische Analyse”, MMR 1999, s.193; Arthur Waldenberger, “Electronic Commerce: der Richtlinien-vorschlag der EG Kommission”, EuZW 1999, s.296.

⁵³ Gerald Spindler, “Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce Richtlinie”, ZHR 2001, s.331.

⁵⁴ O.J. L. 204/37, 21.7.1998.

⁵⁵ O.J. L. 217/18, 5.8.1998.

⁵⁶ Bu maddenin devamında, tanımda yer alan ifadelerin ne anlama geldiği açıklanmıştır. Buna göre tanımda yer alan “uzaktan” kavramı, “ tarafların eş zamanlı birlikteliği olmaksızın sağlanan hizmetleri” ifade etmektedir. “Elektronik vasıtalar ile sağlanan hizmetler” kavramı ise, “çıkış noktasından elektronik veri işleme ve saklama gereçleri vasıtasıyla gönderilen ve gönderildiği yerden yine aynı vasıtalarla alınan ve tamamıyla kablo, radyo, optik ve diğer elektromanyetik araçlar vasıtasıyla iletilen, taşınan ve alınan hizmetler” anlamına gelmektedir. Nihayet, “kullanıcının bireysel talebi üzerine” ifadesinin, “bireysel talep üzerine iletilen veri yoluyla sağlanan hizmetleri” ifade ettiği belirtilmiştir.

yönlü bir iletişim imkanı sağlayan televizyon hizmetlerinde (Bildschirmtext – Btx)⁵⁷, kullanıcının çeşitli yayın hizmetlerinin dışında, dilediği takdirde bir filmi, konseri veya spor karşılaşmasını izleme imkanına veya yine aynı sistem çerçevesinde sunumu yapılan mallara veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler akdetmesini mümkün kılan faaliyetler de, bir elektronik ticaret uygulaması olması yönüyle yönergenin kapsamına girmektedir. Buna karşılık radyo veya klasik anlamdaki televizyon yayınları, Elektronik Ticaret Yönergesinin 18 no’lu gerekçesinde de belirtildiği gibi, kullanıcının bireysel talebi üzerine sağlanmadığı için, bir bilgi toplumu hizmeti olarak değerlendirilemez.

Görüldüğü gibi elektronik ticaret kavramı, farklı şekillerde, dar veya geniş anlamlarda, tanımlanabilmektedir. Üzerinde uzlaşılmış tek bir tanımlı bulunmamakla birlikte, yapılan tanımlardaki ortak noktaya baktığımızda, elektronik ticareti, telekomünikasyon ağları üzerinden gerçekleştirilen iletişime dayanan ticari faaliyetler olarak ifade edebiliriz⁵⁸.

b. İnternet Üzerinden Gerçekleştirilen Elektronik Ticaret:

Yukarıda da değindiğimiz gibi, telefonda bilgisayara, çok çeşitli araçlar yardımıyla telekomünikasyon ağları üzerinden ticari gayelerle iletişim sağlanması mümkün bulunmaktadır. Bunlar arasında çalışma konumuz bakımından özel önem arz eden, bilgisayar ağları vasıtasıyla gerçekleştirilen, yani dar anlamda elektronik ticarete baktığımızda, bu faaliyetlerin iki şekilde gerçekleştiğini görmekteyiz: EDI ve internet⁵⁹.

EDI (electronic data interchange / elektronik veri değişimi), genelde sürekli iş ilişkisi içerisinde bulunan kişilerin, önceden kurdukları bir sözleşme ilişkisi içerisinde

⁵⁷ Burada bir decoder ve telefon hattı (veya kablo tv hattı) vasıtasıyla kullanıcının televizyonu ile, hizmet sağlayıcısının bilgisayarı arasında çift yönlü iletişim sağlayan bir sistem meydana gelmektedir. Burada telefon hattı, telefon görüşmesi yapmaya değil, internet iletişiminde olduğu gibi elektronik iletişime yani kullanıcının televizyon ekranı üzerinden verdiği komutların sağlayıcının bilgisayarına ve sağlayıcının gönderdiği bilgilerin kullanıcının ekranına ulaşmasına hizmet etmektedir, (Christof Schröder, *Tele-Shopping*, Frankfurt, Peter Lang, 2000, s.40).

⁵⁸ Bu yönde bkz. Arıkan, a.y., s.16; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.40. “Elektronik ticaret, en geniş anlamıyla elektronik iletişim araçları üzerinden kurulan hukuki işlemler olarak tanımlanabilir”, (Jan Geert Meents, *Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1998 s.11).

⁵⁹ R.J. Robertson, “Electronic Commerce on the Internet and the Statue of Frauds”, *S.C.L.R.* 1998, V.49(4), s.790.

anlaştıkları bir sistem üzerinden ve bilgisayardan bilgisayara iletilen mesajlar şeklinde gerçekleştirilen uygulamadır⁶⁰. Bu sayede mesela, bir işletmenin bilgisayarında stokların belli bir seviyeye inmesiyle birlikte bilgisayar, herhangi bir insan müdahalesine veya bir yazışmaya gerek olmaksızın otomatik olarak sistem üzerinden sipariş vermekte ve karşı tarafın bilgisayarınca alınan sipariş yine otomatik olarak işleme konulmaktadır⁶¹. EDI'nin en yaygın ve basit örneği kredi kartı ödemelerinde kullanılan POS⁶² makineleri sistemidir.

Kapalı bir ağ olan ve taraflar arasında önceden kurulmuş bir sözleşmeye dayanan EDI'nin tam tersine, internet üzerinden gerçekleştirilen elektronik ticaret, açık ağ ortamında, ne önceden kurulmuş bir sözleşmeye, ne de sürekli bir iş ilişkisine ihtiyaç gösterir. Önceden kurulmuş sözleşme bir yana, işleyişi çoğunlukla yeni sözleşmeler kurulmasına dayanan, sınırlarını çizmenin neredeyse imkansız olduğu faaliyetlere imkan tanıyan elektronik ticaret şeklidir⁶³.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında internet üzerinden gerçekleştirilen elektronik ticareti “internet ortamında ticari gayelerle gerçekleştirilen her türlü iletişim” olarak tanımlayabiliriz. İşte çalışma konumuz bakımından bizi en çok ilgilendiren husus, elektronik ticaretin, internet üzerinden gerçekleştirilen şekli olmaktadır. Zaten daha önce de belirttiğimiz gibi yeni bir uygulama olmamakla birlikte, elektronik ticaret kavramı, tamamen internetin gelişmesiyle ve ticari ilişkiler için kullanılmaya başlanmasıyla güncellik kazanmış bulunmaktadır. Nitekim elektronik ticaret kavramı, günümüzde çoğunlukla internet üzerinden gerçekleştirilen ticari faaliyetleri, özellikle mal ve hizmet sunumlarını ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁶⁴.

⁶⁰ Robertson, S.C.L.R. 1998, s.790-791; Michael Chissick / Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, London 1999, s.53.

⁶¹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.29-30.

⁶² POS: Point of sale.

⁶³ Robertson, S.C.L.R. 1998, s.791; Chissick/Kelman, a.g.e., s.53.

⁶⁴ Bu yönde bkz. Akkaya, a.y., s.177.

2. Elektronik Ticaretin Olumlu ve Olumsuz Yönleri:

a. Olumlu Yönleri:

İnternet üzerinden gerçekleştirilen elektronik ticaret, sahip olduğu özellikler dolayısıyla geleneksel ticaret yöntemlerine kıyasla, gerek sağlayıcılar (tacirler – işletmeler), gerekse müşteriler (kullanıcılar) açısından önemli avantajlar sağlamaktadır.

(1) İşletmeler Açısından:

- **Maliyet Tasarrufu:** İşletmeler açısından elektronik ticaret, her şeyden önce reklam, pazarlama ve satış maliyetlerinde önemli ölçüde tasarruf sağlamaktadır. Bir web sitesi yolu ile yapılan tanıtım giderleri, geleneksel pazarlama maliyetlerinin çok altında bulunmaktadır ve internet üzerinden satış yapan işletmeler büyük yatırım gerektiren satış ve pazarlama ağı kurmadan ürünlerini pazarlayabilmektedirler. Ayrıca web sitesi kolayca değiştirilebilme, sürekli güncelleştirilme ve zenginleştirilme imkanına da sahiptir⁶⁵. Bu şekilde reklam, pazarlama ve satış maliyetlerinin düşmesi ürün fiyatını da etkilemekte ve mal ve hizmetlerin daha ucuza tüketiciye ulaşmasına imkan sağlamaktadır.
- **Zaman Tasarrufu:** Aynı şekilde zamandan da büyük ölçüde tasarruf sağlanmaktadır. İnternet üzerinden pazarlama yapan işletmeler günde 24 saat, yılda 365 gün kesintisiz hizmet verebilmekte, ülkelerarası saat farklılıklarından etkilenmemektedir. Ayrıca siparişlerin alınması, işlenmesi, sınıflandırılması ve cevaplandırılması gibi zaman harcamayı gerektiren çalışmaların çok daha kısa sürelerde yapılması mümkün olduğundan önemli ölçüde zaman tasarrufu sağlanmaktadır⁶⁶.
- **Fırsat Eşitliği:** İnternet bütün işletmelerin aynı anda görebildiği ve izleyebildiği bir ortam olduğundan fırsat eşitliği sağlamakta, geleneksel pazarlamada karşılaşılan doğal engeller ve özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin bu anlamda yaşadığı

⁶⁵ Kırçova, a.g.e., s.44; Deniz, a.g.e., s.114; Canpolat, a.g.e., s.15.

⁶⁶ Kırçova, a.g.e., s.45.

sorunlar kendiliğinden bu ortamda ortadan kalkmaktadır. Zira bu ortamda verilen hizmetin etkinliği ve kalitesi yani web sitesinin içeriği, hızlı ve işlevsel olup olmaması, etkinliği ve müşteri ilişkilerindeki başarısı değerlendirilmekte, kuruluşun yeri, konumu, mağaza büyüklüğü, sermayesi, çalışan sayısı, mağaza dizaynı gibi fiziksel koşullar, farklılıklar yaratan unsurlar ortadan kalkmaktadır⁶⁷.

- Zengin Bilgi ve Karşılıklı Etkileşim: İnternet, müşterilerin yoğun bilgi taleplerine, işleri aksatmadan karşılık verebilmek için uygun bir ortam sağlar. İnteraktif bir araç olarak internet karşılıklı iletişime açıktır ve bu sayede müşteriler her türlü sorularını, istek ve taleplerini kolayca iletmek ve cevap almak; işletmeler de, ürün veya hizmetleri ile ilgili olarak en geniş içerikte bilgi sunmak ve hedef kitle tepkisini anında elde ederek işletme faaliyetlerinin etkinliğini artırmak imkanına sahip olurlar⁶⁸.

- Uluslararası Erişim: İşletmelerin pazarlama faaliyetlerinde internet ortamından yararlanmaları, her şeyden önce pazarın küreselleşmesini sağlamakta ve özellikle uluslararası pazarlara açılmakta zorlanan, bunun için gerekli bütçeye sahip olmayan, dar bir çevrede faaliyet gösteren küçük ve orta ölçekli işletmelerin küresel pazarlara açılmasına olanak tanımaktadır⁶⁹.

- Yeni Fırsatlar: Elektronik ticaret, yeni birçok iş, görev ve unvan ortaya çıkarmış, yeni istihdam olanakları sunmuştur. Bu iş alanları internet servis-erişim ve içerik sağlayıcıları, web sayfası hazırlayıcıları gibi doğrudan internete ilişkin hizmetler olabileceği gibi, insanların evlerinde oturarak hizmet üretmeleri şeklinde de olabilmektedir⁷⁰.

(2) Müşteriler – Tüketiciler Açısından:

- Sınırsız Zaman ve Mekan: Müşteriler açısından internet ortamında alışveriş yapmanın en büyük avantajlarından birisi, alışveriş yapmanın fiziksel ortamdaki alış-

⁶⁷ Kırçova, a.g.e., s.46.

⁶⁸ Kırçova, a.g.e., s.47.

⁶⁹ Kırçova, a.g.e., s.47; Deniz, a.g.e., s.119.

⁷⁰ Canpolat, a.g.e., s.16.

verişlere göre çok daha kolay olması ve böylece zaman tasarrufu saėlamasıdır⁷¹. Ayrıca müşteriler, çalışma saatleri veya tatil günleriyle ve coğrafi sınırlamalarla bağlı olmaksızın alış veriş yapma imkanına sahip bulunmaktadır⁷².

- Zengin Bilgi ve Karşılaştırma Olanadı: İnternet, özellikle tüketicilere, satın almak istedikleri mal ve hizmetlere ilişkin çok zengin bilgi edinme ve karşılaştırma yapabilme olanağı sunmaktadır. Tüketiciler, bulundukları yerden dünyanın dört bir yanında bulunan mal ve hizmetlere anında ulaşabilmekte ve fiyat, ödeme koşulları, kalite, servis vb. karşılaştırmaları kolaylıkla yapabilmektedirler. Mal ve hizmetlere ilişkin çok sayıda seçenekle karşı karşıya bulunma, sınırsız bilgiye erişim ve karşılaştırma yapabilme olanağı, tüketicilerin satın alma davranışlarında daha seçici ve daha rasyonel davranmalarını da saėlamaktadır⁷³.

b. Olumsuz Yönleri:

Elektronik ticaret yukarıda belirtilen olumlu yönlerinin yanında, başta güvenlik sorunu olmak üzere, bazı olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir.

(1) İşletmeler Açısından:

İnternet üzerinden ticari faaliyette bulunmanın, işletmeler açısından yarattığı en önemli sakınca güvenlik konusunda kendini göstermektedir. “Hacker” adı verilen bilgisayar korsanlarının servis sağlayıcılarına, şirket bilgisayarlarına ve kişisel kullanıcılara müdahalesi nedeniyle internet üzerinden dağıtılan bilgiler üzerinde tam anlamıyla güvenlik sağlamak mümkün olamamaktadır. Web sitesinin hack edilmesi yani sitenin yöneticilerden habersiz olarak değiştirilmesi, silinmesi, hizmet dış bırakılması veya bilgilerinin kopyalanması işletmelere büyük zararlar verebilmektedir⁷⁴.

⁷¹ Deniz, a.g.e., s.120.

⁷² Kırçova, a.g.e., s.49.

⁷³ Deniz, a.g.e., s.121.

⁷⁴ Deniz, a.g.e., s. 123.

İnternetin güvenliği konusunda geliştirilen yazılım ve donanımların kullanılması, sorunu bir ölçüde çözmekle birlikte kesin bir sonuca henüz varılamamıştır⁷⁵.

Geleneksel ticarete rol alan bazı unsurların ortadan kalkması nedeniyle işgücü fazlası ortaya çıkacağı ve dolayısıyla bazı alanlarda işsizliğin artacağı düşünülebilir. Bunun yanı sıra elektronik ticaretin, bilim ve teknolojiyi üreten, süratle ekonomik ve toplumsal faydaya dönüştüren gelişmiş ülkeler ile geri kalmış ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki refah düzeyi farkını daha da artıracığı ve son tahlilde gelişmekte olan ülkelerdeki işletmelerin elverişsiz durumda bulunduğu da ileri sürülmektedir⁷⁶.

Nihayet, çalıntı kredi kartı kullanılarak dolandırıcılık yapılması⁷⁷ ve özel bilgi, program ve uygulamaların kolaylıkla denetim dışı yayılabilmesi ve çalınması⁷⁸ elektronik ticaretin diğer mahsurları olarak gösterilmektedir.

(2) Müşteriler – Tüketiciler Açısından:

İşletmeler açısından olduğu gibi müşteriler açısından da en büyük sakıncayı güvenlik sorunları oluşturmaktadır. Güvenlik sorunları, tüketicilerin on-line alışverişte kullandıkları kişisel bilgilerin ve özellikle kredi kartı numaralarının çalınması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim, yapılan araştırmalara göre, pek çok tüketicinin internet üzerinden alışveriş yapmak istememesinin en önemli sebebini güvenlik kaygıları oluşturmaktadır⁷⁹.

Bunun yanı sıra, sipariş edilen ürünle teslim edilen ürünün farklı olabilmesi; teslimatta sorunlar çıkabilmesi; satıcıya yani web sitesinin sağlayıcısına veya satın alınmak istenilen ürüne ilişkin yeterli bilgiye sahip olamama; ürüne dokunma ve onu istenildiği gibi inceleme imkanının bulunmaması; ve ürün kalitesinden emin olamamak

⁷⁵ Kırçova, a.g.e., s.51.

⁷⁶ Canpolat, a.g.e., s.17.

⁷⁷ Deniz, a.g.e., s.123.

⁷⁸ Kırçova, a.g.e., s.51.

⁷⁹ Deniz, a.g.e., s.124.

gibi hususların elektronik ticaretin tüketiciler açısından yarattığı olumsuzluklar olduğu görülmektedir⁸⁰.

Bunların dışında, ticari hayatın ve özellikle alış veriş yapmanın sosyal boyutu düşünülürse, insanlarla görüşmeden, konuşmadan, yüz yüze ilişki kurmadan, canlı ortam yerine sanal ortamda alış veriş yapmanın toplumsal açıdan önemli bir eksiklik ve zayıflık olduğu da inkar edilemez⁸¹.

3. Elektronik Ticaretin Türleri:

a. Elektronik Ticaretin Tarafları Açısından :

Elektronik ortamda gerçekleşen ticari faaliyetler, taraflar açısından özellikle, tacirler arasında elektronik ticaret ve tacirle tüketiciler arasında elektronik ticaret olarak sınıflandırılmaktadır. Genel olarak tacirler arasındaki elektronik ticaret işlemlerinin, işletmeden işletmeye (B2B) elektronik ticaret; tacirle tüketiciler arasındaki elektronik ticaret işlemlerinin ise, işletmeden tüketiciye (B2C) elektronik ticaret olarak adlandırıldığı görülmektedir⁸².

Bu sınıflandırma doğrudan ticari ilişkinin taraflarına ilişkindir. Ticari ilişkinin tarafı olmamakla birlikte, ticari faaliyetin gerçekleştirilmesi sırasında idarenin müdahalesinin gerektiği bazı durumlarda, tacirlerle idare arasındaki bu işlemlerin de elektronik ortamda gerçekleştiği görülmektedir (B2G). Yani bazı durumlarda idare de elektronik ticaret uygulamasına dahil olmaktadır⁸³. Mesela Türkiye’de halihazırda, Gümrük Müsteşarlığı’nın katılımını içeren bazı gümrükleme işlemleri EDI vasıtasıyla yapılmaktadır. Yürütülmekte olan e-devlet projeleri çerçevesinde, idarenin yakın gelecekte çok daha yoğun olarak elektronik ticaret faaliyetlerine katılması beklenmektedir. Tabii belirtmek gerekir ki, kamu kurum ve kuruluşlarının tüketici sıfatı ile ve doğrudan ilişkinin tarafı olarak elektronik ticaret işlemleri yapması mümkündür.

⁸⁰ Deniz, a.g.e., s.124-125.

⁸¹ Deniz, a.g.e., s.125.

⁸² Deniz, a.g.e., s.13; Köhler/Arndt, a.g.e., s.27.

⁸³ Canpolat, a.g.e., s.12.

Ticari bir ilişki söz konusu olmasa ve ülkemizde yeni yeni gelişmekte olsa dahi, yakın gelecekte bireyler ile devlet arasında pek çok ilişkinin elektronik ortamda gerçekleşmesi mümkün olacaktır.

Şu halde, tarafları açısından elektronik ticaret faaliyetlerini, (1) tacirler (işletmeler) arası işlemler, (2) tacir ile tüketiciler arasındaki işlemler ve (3) tacir ile idare arasındaki işlemler olarak sistematize edebiliriz⁸⁴. Bunun yanında ticari faaliyet olarak görülemese dahi, elbette bireyler (özel şahıslar) arasında internet üzerinden çeşitli sözleşmelerin akdedilmesi de mümkündür⁸⁵.

b. Elektronik Ticaret İşlemlerinin İçeriği Açısından:

İçerik açısından baktığımız zaman, günlük hayatta gerçekleştirilebilen pek çok işlemin, bünyesine uygun düştüğü müddetçe, internet üzerinden de gerçekleştirilebildiği görülmektedir. Gerçekten e-posta yoluyla veya bir web sayfası üzerinden mal ve hizmetlerin reklamının yapılması, bunlara ilişkin müzakerelerin gerçekleştirilmesi ve sözleşmelerin kurulması, on-line müzayedeler düzenlenmesi, kredi kartı bilgilerinin verilmesi suretiyle sözleşme bedelinin ödenmesi, satılanın dijital bir ürün olması durumunda bunun alıcının bilgisayarına yüklenmesi (download edilmesi) suretiyle edimin ifa edilmesi ve bankacılık işlemlerinin gerçekleştirilmesi gibi pek çok işlem internet üzerinden gerçekleştirilebilmektedir⁸⁶.

Elektronik ticaretin, işlemlerin cereyan ediş şekli itibariyle iki türe ayrıldığı görülmektedir⁸⁷: “Dolaylı Elektronik Ticaret” olarak adlandırılan birinci durumda, sözleşmenin kurulması, malların siparişi gibi işlemler elektronik ortamda yapılmakla birlikte, edimin ifası yani hizmetin görülmesi veya malın teslimi, off-line olarak yani posta hizmeti veya ticari kuryeler gibi geleneksel yollarla yapılmaktadır. “Doğrudan Elektronik Ticaret” olarak adlandırılan diğer durumda ise, “dijital ürün” olarak ifade

⁸⁴ Arıkan, a.y., s.22.

⁸⁵ Özel şahıslar arasında elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmeleri de, elektronik ticaret kavramına dahil kabul eden yazarlar bulunduğunu daha önce belirtmiştik, (bkz. yukarıda dn.49).

⁸⁶ Krş. Arıkan, a.y., s.26-27. Canpolat, a.g.e., s.14.

⁸⁷ Arıkan, a.y., s. 16; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.26; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.41.

edilen ve elektronik veya dijital biçimde bulunan bir kitabın, filmin, müzik parçasının, virüs veya diğer herhangi bir bilgisayar programının internet üzerinden satın alınması ve sonrasında yine internet üzerinden kopyalanarak kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi gibi uygulamalarda, hem sözleşmenin kurulması ve hem de edimin ifası elektronik ortamda yani on-line olarak gerçekleşmektedir⁸⁸. Bu bakımdan dolaylı elektronik ticaret işlemleri “off-line işlemler”, doğrudan elektronik ticaret işlemleri ise “on-line işlemler” olarak da adlandırılmaktadır⁸⁹.

Ancak elektronik ticaret faaliyetleri sadece yukarıda zikrettiğimiz günlük anlamdaki ticari faaliyetlerin yansımalarından ibaret değildir. Günlük hayatta hiçbir uygulaması olmayan, sadece internete özgü olup internet üzerinden sunulabilen pek çok hizmet de, elbette, elektronik ticaret işlemlerinin kapsamına dahil bulunmaktadır. Bu yönde olmak üzere, sağlayıcıların kullanıcılara sundukları e-posta, chat, oyun odası, arama motoru, haber grupları gibi pek çok hizmet de, genelde ücretsiz olarak kullanıma açık olmalarına rağmen, reklam geliri elde etmek gibi ticari gayelerle sunuluyor olduklarından neticede bir elektronik ticaret faaliyetidir.

C. İnternetin ve Elektronik Ticaretin Hukuki Boyutu:

1. İnternetin Hukuki Boyutu:

İnternetin hukuki boyutu konusunda, zaman zaman karşılaşılan “internet hukuku” terimini, internete ilişkin veya internet içerisindeki tüm faaliyetlerde, hukukun uygulama alanı bulduğu durumları bir bütün olarak ifade etmek üzere kullanılan bir kavram olarak görmek gerekmektedir. Yani “internet hukuku” ifadesi, internet kavramı ve internet kullanımı ile hukukun kesiştiği alandır. Yoksa ne ulusal ne de uluslararası

⁸⁸ Bizim katılmadığımız hakim görüşe göre, dolaylı elektronik ticaret uygulamasına ilişkin web sayfaları öneriye davet, buna karşılık doğrudan elektronik ticaret uygulamasına ilişkin web sayfaları ise öneri niteliğindedir, tartışmalar için bkz. aşağıda III,C,2,a,(1),ii.

⁸⁹ Köhler/Arndt, a.g.e., s.27-28. Bu ayırım vergi hukuku alanında ortaya çıkan bazı hukuki sorunlar yönünden de önem taşımaktadır, (bkz. Köhler/Arndt, a.g.e., s.28).

aland, diğr hukuk dallarından ayrılabilir veya sınırlandırılabilir, “internet hukuku” adı altında bağımsız, ayrı bir hukuk dalı – en azından şimdilik – mevcut değildir⁹⁰.

Yukarıda ifade ettiğimiz, internet kavramı ile hukukun kesiştiğı alanın sınırlarını kesin olarak tayin etmek yani internetin hukuki boyutunu veya internetin ortaya çıkarttığı hukuki sorunları tüketici olarak saptamak ise, özellikle internet gibi teknolojiadaki günlük gelişmelere konu olarak sürekli yeni olanaklar sunan bir ortamda mümkün bulunmamaktadır.

Günümüzde hukuk, son yıllarda bilgisayar ve internet teknolojilerindeki bu sürekli gelişme neticesinde ortaya çıkan yeni hukuki sorunları teşhis ve bunlara uygun çözümler geliştirme, pozitif hukukun yetersiz kaldığı durumlarda ise geç kalmadan ama gelecekteki teknolojik yenilikler karşısında da yetersiz kalmayacak hukuki düzenlemelere gitme mecburiyetiyle karşı karşıya bulunmaktadır.

Gerçekten internet, yaygın olarak kullanılmaya yakın bir geçmişte başlanmış olmasına rağmen, kullanımı çok hızlı bir şekilde arttığı ve teknoloji de aynı şekilde çok hızlı geliştiğı için şimdiden gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında, açıklanması veya düzenlenmesi gerekli bazı hukuki sorunları ve buna bağılı olarak kanunlaştırma çalışmalarını da beraberinde getirmiş bulunmaktadır.

Bu hukuki sorunlar genel hatlarıyla, ceza hukuku alanında ortaya çıkan sorunlar; e-devlet projeleri çerçevesinde ortaya çıkan anayasa ve idare hukuku alanındaki sorunlar ve internetin yargılamada kullanılması; çocukların etkin bir şekilde korunması gereğı; ve elektronik ticaret hukuku, başlıkları altında toplanabilir.

⁹⁰ Peter Gilles, “Deutscher Landesbericht: Prozessrecht und Internet”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.355-356. Ayrıca “bilgisayar hukuku” kavramı için bkz. Gezder, a.g.e., s.2-3.

2. Elektronik Ticaretin Hukuki Boyutu:

Belirtmek gerekir ki, internetin hukuki boyutu gibi, elektronik ticaretin de hukuki boyutunu tüketici şeklinde saptamak, yani “elektronik ticaret hukuku”nun sınırlarını tam olarak çizmek mümkün bulunmamaktadır.

Elektronik ticaret hukuku olarak ifade edilen kavram, elektronik ticaret faaliyetleri çerçevesinde karşılaşılan tüm hukuki sorunları ifade etmek üzere, diğer bir deyişle elektronik ticaretin hukuku anlamında kullanılmaktadır. Bu bakımdan elektronik ticaret hukuku kavramı, her ne kadar “ticaret hukuku” ifadesini taşısa da, sadece klasik anlamda ticaret hukukunun kapsamına giren konuları içermemektedir. Hatta elektronik ticaret hukukunun kapsamı, klasik anlamdaki hiçbir hukuk dalıyla tam olarak örtüşmemektedir. Medeni hukuktan vergi hukukuna, devletler özel hukukundan usul hukukuna, haksız rekabet hukukundan fikri mülkiyet hukukuna, elektronik ticaret faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkan tüm hukuki sorunlar, elektronik ticaret hukukunun kapsamına girmektedir.

Gerçekten elektronik ticaret hukuku denilince ilk başta akla gelen hukuki sorunlardan olmak üzere, elektronik yollarla sözleşmelerin kurulması; on-line açık artırmalar; elektronik imza; erişim sağlayıcılar, hosting sağlayıcılar, içerik sağlayıcılar ve sertifika hizmet sağlayıcıları başta olmak üzere hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu ve tüketicilerin korunmasına ilişkin sorunlar yanında, kişisel verilerin korunması⁹¹;

⁹¹ Kişisel verilerin korunması konusunda AB’nde, ilk olarak 24 Ekim 1995 tarihli yönerge ile, bu alanda genel bir düzenlemeye getirilmiştir (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. O.J. No.L. 281/31, 23.11.1995). Daha sonra 15 Aralık 1997 tarihli yönerge ile telekomünikasyon sektöründe, (Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector. O.J. No.L. 24/1, 30.1.1998), ve nihayet 12 Temmuz 2002 tarihli yönerge ile de, (Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector. O.J. No.L. 201/37, 31.7.2002), elektronik iletişim sektöründe kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeye gidilmiş bulunmaktadır. Türkiye hukukunda ise, büyük oranda AB’nin 95/46/EC Yönergesi doğrultusunda hazırlanmış “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Taslağı” bulunmaktadır. Taslak henüz Adalet Bakanlığı’nda olup, yakın zamanda TBMM’ye sevk edilmesi beklenmektedir. Kişisel verilerin korunması konusunda ayrıca bkz., Nilgün Başalp, “Kişilik Hakkının Korunması Sorunu Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2003; Marc Rotenberg, *The Privacy Law Sourcebook 1999*, United States

kişilik haklarının korunması⁹²; alan adı (domain name) rejimi ve bu konudaki uyumsuzluklar⁹³; bir web sayfasında, başka bir web sayfasına link verilmesi ve diğer erişim yöntemlerinin doğurduğu sorunlar⁹⁴; elektronik ödeme araçları ve elektronik bankacılık⁹⁵; milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilafı konularında ortaya çıkan sorunlar; fikri hakların korunması⁹⁶; ve elektronik ticaret faaliyetleri çerçevesinde elde edilen

Law, International Law, and Recent Developments, Washington DC, Electronic Privacy Information Center, 1999; John Dickie, **Internet and Electronic Commerce Law in the European Union**, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999, s.55 vd.; Köhler/Arndt, a.g.e., s.151 vd.; Christoph Spahr, **Internet und Recht**, Zürich, Hochschuleverlag, 2000, s.121 vd.; Renata Jungo Brüngger, "Konsumentenrechtsrelevanter Datenschutz", **Geschäftsplattform Internet**, Ed. by. Rolf H. Weber, Reto M. Hilty, Rolf Auf der Maur, Zürich, Schulthess, 2000 içinde, s.295 vd.; Ivo Geis, "Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur", **RDV** 2000, s.208; Christopher Kuner, "Beyond Safe Harbor: European Data Protection Law and Electronic Commerce", **The International Lawyer** 2001 V.35(1), s.79; Mark E. Budnitz, "Privacy Protection for Consumer Transactions in Electronic Commerce", **S.C.L.R.** 1998, V.49(4), s.847; Myrna L. Wigod, "Privacy in Public and Private E-Mail and Online Systems", **Pace Law Review**, 1998, V.19(1), s.95.

⁹² Bilgi için bkz. Murat Doğan, "İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.463 vd.

⁹³ Bilgi için bkz. Savaş Bozbel, "Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN – Tahkim Usulü", Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.215; Yavuz Kaplan, "İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyumsuzlukların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü", AÜEHFD, C.VII, S.3-4, Aralık 2003, s.697 vd.; İsmail Kırca, "Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması", Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.527 vd.; Gerald Spindler, "Kartellrechtliche Probleme der Domain-Vergabe im Internet", **Das Internationale Wirtschaftsrecht des Internet**, Ed. by, Ulrich Immenga, Natalie Lübben, Hans-Peter Schwintowski, Baden Baden, Nomos, 2000, s.47 vd.; Koch, a.g.e., s.492 vd.; Köhler/Arndt, a.g.e., s.4 vd.; Ralf Wegner, "Der rechtliche Schutz von Internetdomains, Kennzeichenrechtliche und deliktische Anspruchsgrundlagen", **CR** 1999, s.250.

⁹⁴ Bilgi için bkz. Sevilay Eroğlu, "İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.209 vd.; Robert G. Bone, "Bağlanma (Linking), Toplama, (Aggregating) ve Buluş Yapma (Innovating): Web Sitelerine ve Site İçeriklerine Erişimin Düzenlenmesinde Mülkiyet, Sözleşme ve Haksız Fiil Prensiplerinin Rolü", (Çev. Ayça Akkayan Yıldırım), Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.31 vd.; Köhler/Arndt, a.g.e., s.122 vd.

⁹⁵ Bilgi için bkz. Wolfgang Wiegand (Ed.), **E-Banking, Rechtliche Grundlagen**, Bern, Stämpfli Verlag, 2002; Patrick Hunger, **Die Begründung der Geschäftsverbindung im Internet-Banking**, Zürich, Schulthess, 2000; Markus Escher, "Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet", **WM** 1997, s.1173 vd.; Osman R. Günver, "İnternette Ödeme", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.209 vd.; Leyla Keser Berber, "Elektronik Ödeme Araçları, Elektronik Paranın Merkez Bankasının Para Politikası ve Kara Para Aklaması Açısından Değerlendirilmesi", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.219 vd.;

⁹⁶ Şebnem Akipek / Esra Dardağan, "Sanal Ortamda Telif Hakları", BATİDER, C.XXI, Haziran 2001(1), s.47 vd.; Şebnem Akipek / Esra Dardağan, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, C.50, 2001(3), s.115 vd.; Ayşe Saadet Arıkan, "İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.89 vd.; Sevilay Eroğlu, "İnternette Telif Hakkı", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.65 vd.; P.Bernt Hugenholtz (Ed.), **Copyright and Electronic Commerce, Legal Aspects of Electronic Copyright Management**, London, Kluwer, 2000; Lukas Bühler, **Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1999; Dickie, a.g.e., s.43 vd.; Koch,

gelirlerin vergilendirilmesi⁹⁷ gibi, birbirinden farklı pek çok sorun, elektronik ticaret hukuku kavramına dahil bulunmaktadır. Çalışma konumuzu aşması itibariyle, elektronik ticaret hukukunun kapsamını göstermek için örnek olarak zikrettiğimiz tüm bu hukuki sorunların burada incelenmesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak takip eden bölümde, elektronik ticaret hukukuna ilişkin belli başlı hukuki düzenlemeler ele alınacak olup, bu düzenlemelerde yer aldığı oranda bu sorunlardan bazılarına değinilecektir.

Son olarak belirtelim ki, elektronik ticaret hukuku, ayrı bir hukuk dalı olmayıp, hukukun çeşitli disiplinlerinin ve bunlara ait kuralların, elektronik ticarete uygulama alanı bulması, yani bu faaliyetler çerçevesinde karşılaşılan sorunlara uygulanması olarak görülmek gerekir. Bu bakımdan elektronik ticaret hukukunun, bugün için hukukun bağımsız bir disiplini olarak değil, fakat yeni bir inceleme alanı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

a.g.e., s.373 vd.; Köhler/Arndt, a.g.e., s.94 vd.; Spahr, a.g.e., s.69 vd.; Sherree Westell, "E-Commerce and Intellectual Property Rights: Protection and Infringement", I.C.C.L.R., 1999, V.10(6), s.180.

⁹⁷ Bilgi için bkz. Billur Yaltı, **Elektronik Ticarete Vergilendirme**, İstanbul, Der, 2003; Mustafa Akkaya, "Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi", **Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Ankara, NOTEV, 2001 içinde, s.175 vd.; Roger M. Cadosch, **Besteuerungsprobleme beim Electronic Commerce**, Bern, Stämpfli, 2001; Fritjof Börner / Stephan Heitmann / Markus Sengpiel / Günther Strunk / York Zöllkau, **The German Internet Law Adviser, Legal and Tax Implications for E-Commerce**, Köln, Bundesanzeiger, 2000, s.146 vd.; Köhler/Arndt, a.g.e., s.56 vd.; Dickie, a.g.e., s.9 vd.;

II. ELEKTRONİK TİCARET HUKUKUNA İLİŞKİN GELİŞMELER:

A. Birleşmiş Milletler (UNCITRAL) Bünyesinde:

1. UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu:

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)¹ tarafından hazırlanmış ve genel kurulu tarafından 16 Aralık 1996 tarihinde kabul edilmiş olan Elektronik Ticaret Model Kanunu², aynen veya milli hukukun ihtiyaçlarına ve özelliklerine göre kısmen veya uyarlanarak milli hukuklarca kabul edilmek üzere hazırlanmış bir örnek kanun niteliği taşımaktadır. Elektronik ticaretin ortaya çıkardığı belli başlı hukuki sorunlara ilk olarak değinen ve hukuki çözüm öneren Model Kanun, kendisinden sonra milli hukuklarca veya uluslar üstü kuruluşlarca kabul edilmiş pek çok düzenlemeye örnek veya bu konudaki gelişmelere kaynak teşkil etmiştir³.

Elektronik ticaretin gelişmesine engel teşkil eden hukuki sorunların nasıl üstesinden gelinebileceği ve güvenli bir elektronik ticaret uygulaması için nasıl hukuki düzenlemeler yapılabileceği konusunda milli kanun koyuculara yol göstermeyi amaç edinen Model Kanun⁴, tüm elektronik ticaret tekniklerinde ortak olan ve geleneksel ticaret hayatında taraflar arasında yüzyıllardan beri uygulanagelmüş olan, kağıda dayalı belge değişiminin olmayışı ile ilgili meselelere yoğunlaşmış bulunmaktadır⁵.

Birbirinden farklı esaslara dayansa bile, mümkün olduğunca bütün hukuk sistemleri tarafından kabul edilebilecek yeknesak kurallar belirleme gayesiyle Model

¹ United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL, 1966 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılmasını ve birleştirilmesini sağlamaya çalışmakla görevli olarak kurulmuştur. UNCITRAL hakkında bkz. Ergun Özsunay, **Karşılaştırmalı Hukuka Giriş**, İstanbul 1976, s.255 vd.

² General Assembly Resolution 51/162 of 16 December 1996. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996, www.uncitral.org adresinden erişilebilir. Model Kanun, maddelere ilişkin açıklamalar ve milli hukuklarca yapılacak olan düzenlemelere ilişkin öneriler içeren bir kanunlaştırma rehberi (guide to enactment) ile birlikte kabul edilmiş ve yayınlanmıştır.

³ Renaud Sorieul / Jennifer R. Clift / Jose Angelo Faria, "Establishing a Legal Framework for Electronic Commerce: The Work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)", **The International Lawyer**, Spring 2001, V.35(1), s.109.

⁴ Guide to Enactment no.2.

⁵ Sorieul/Clift/Faria, **The International Lawyer**, V.35(1), s.109-110.

Kanunun uygulama alanı sınırlı tutulmuş bulunmaktadır. Gerçekten, Model Kanunun 1.maddesinde bu kanunun uygulama alanının, ticari faaliyetler çerçevesinde kullanılan veri mesajı biçimindeki her türlü bilgiye ilişkin olduğu ifade edilmekle, kanunun uygulama alanı sadece ticari faaliyetlerle sınırlanmış, idare hukukunun veya özel hukukun diğer alanlarına giren işlemler kapsam dışı bırakılmıştır. Ancak “ticari faaliyet” kavramının mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gereği de 1.maddeye eklenen dipnotta ifade edilmiştir. Model Kanunun uygulama alanına ilişkin bir diğer sınırlama da, tüketici hukukuna ilişkin bulunmaktadır. Model Kanunda tüketicinin korunmasına ilişkin esaslara yer verilmemiştir. Ancak bu konu tamamen de gözardı edilmeyerek, yine 1.maddeye eklenen bir dipnotla Model Kanunun tüketicinin korunmasına yönelik herhangi bir hukuk kuralını etkilemediği vurgulanmıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Model Kanun, ticari faaliyetler çerçevesinde kullanılan veri mesajı biçimindeki her türlü bilgiye uygulanabilecektir. “Veri mesajı” (data message) Kanunun 2.maddesinin 1.fıkrasında “*elektronik veri değişimini (EDI), elektronik postayı, telgrafi, teleksi veya faksı da kapsamak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere elektronik, optik veya benzer şekillerde oluşturulan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgi*” şeklinde tanımlanmıştır. “Veri mesajı” terimi, “kayıt” (record) kavramını da kapsayacak şekilde geniş bir anlam ifade etmektedir⁶.

Model Kanunun 5.maddesine göre, sadece veri mesajı biçiminde bulunması sebebiyle bir bilginin hukuki etkisi, geçerliliği ve icra edilebilirliği engellenemeyecektir. Madde 2(1)’deki veri mesajı tanımından yola çıkarak 5.madde ile, Model Kanunun temel prensibi olan araç/teknoloji tarafsızlığı (media/technology neutrality) ilkesi düzenlenmiş olmaktadır⁷. Bu ilke, elektronik ticaret teknolojileri arasında ve veri mesajı ile kağıda dayalı belgeler arasında bir ayırmacılık yapılmaması anlamına gelmektedir. Bu temel prensibe dayanan 6., 7. ve 8. maddelerde Model Kanunun diğer temel prensibi olan, veri mesajının kağıda dayalı belgelerle işlevsel denkliği ilkesi (functional equivalence) düzenlenmiştir⁸. Bu maddelerde, bazı hukuk sistemlerinde tek bir kavram

⁶ Guide to Enactment no.30.

⁷ Guide to Enactment no.46; Sorieul/Clift/Faria, *The International Lawyer*, V.35(1), s.112.

⁸ Sorieul/Clift/Faria, *The International Lawyer*, V.35(1), s.111-112.

olarak birlikte değerlendirilen “yazılılık”, “imza” ve “orijinallik” gerekleri ayrı ve farklı kavramlar olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁹.

Gerçekten 6. madde hükmüne göre, bir bilginin hukuken yazılı olması gerektiği durumlarda, veri mesajındaki bilgi daha sonraki başvurular için erişilebilir ise bu şart yerine getirilmiş olacaktır. Hukukun bir şahsın imzasını şart koştuğu durumda ise, bu şart da veri mesajı biçiminde yerine getirilebilecektir, yeter ki, kullanılan yöntem, içinde bulunulan duruma göre iletilen veya oluşturulan veri mesajının yönelik olduğu amaca uygun ve güvenilir olsun ve o kişinin kimliğini ve veri mesajının içeriğini kabul ettiğini göstere (Model Kanun m.7)¹⁰. Aynı şekilde, hukuken bir bilginin orijinal biçimiyle sunulması veya saklanması gerekiyorsa, bu gereklilik veri mesajı ile de yerine getirilmiş olur, yeter ki, bu bilginin, ilk olarak oluşturulduğundaki son halinin doğruluğunu-bütünlüğünü (integrity) koruduğu güvenilir bir şekilde anlaşılabilir ve bilgi, sunulması gereken kişiye gösterilebilir olsun (Model Kanun m.8).

Model Kanunun 9.maddesinde, veri mesajının delil niteliği tanınmış; 11.maddede ise, 5.maddedeki genel kuralın tekrarı niteliğinde de olsa, bir sözleşmenin kuruluşunda veri mesajı kullanıldığı gerekçesiyle o sözleşmenin hukuki geçerliliği veya icra kabiliyetinin reddedilemeyeceği vurgulanmıştır.

Model Kanunun 13.maddesinde veri mesajının göndericiye (originator) izafesi düzenlenmiştir. Buna göre, bir veri mesajı gönderenin kendisi veya gönderici adına hareket etmeye yetkili bir kişi tarafından ya da otomatik olarak çalışmak üzere gönderici tarafından veya onun adına programlanmış bir bilgi sistemi tarafından gönderilmiş ise bu veri mesajı göndericiye ait kabul edilir (m.13/1-2). Ayrıca, veri mesajının göndericiye ait olduğunu temin etmek için gönderici tarafından önceden kabul edilmiş bir doğrulama yöntemi (authentication procedure), muhatap tarafından doğru bir şekilde kullanılmış yani muhatap mesajın göndericiye ait olduğunun teyidini (mesela bir sertifika hizmet sağlayıcısından) almış ise muhatap bu veri mesajının göndericiye ait

⁹ Guide to Enactment no.62.

¹⁰ Model Kanun m.7 düzenlemesinde, imzanın işlevlerinden, imzalayanın kimliğini ve belgenin o kişi tarafından imzalandığını tespit fonksiyonu ve belge içeriğinin imzalayana izafesi fonksiyonu esas alınmıştır, bkz, Guide to Enactment no.53.

olduğunu farz etmekte ve buna göre davranmakta haklıdır (m.13/3-a)¹¹. Aynı şekilde veri mesajı, gönderici ile aralarındaki ilişki gereğince, göndericinin, mesajın kendisine ait olduğunu tanımlamak üzere kullandığı doğrulama yöntemini kullanmaya muktedir kılınmış bir kişi veya temsilci tarafından gönderilmiş ise bu durumda da muhatap, mesajın göndericiye ait olduğunu kabul etmekte haklı olacaktır (m.13/3-b); meğerki muhatap, mesajın göndericiye ait olmadığını biliyor veya makul derecede özen göstermiş ya da karşılaştırılan yöntemi kullanmış olsaydı bilebilecek olsun (m.13/4-b).

Model Kanunun 14.maddesinde, gönderilen veri mesajları için bir teyit prosedürü öngörülmemiş olmasına rağmen, tarafların veri mesajının teyidini kararlaştırmaları veya göndericinin alıcıdan teyit talep etmesi durumuna ilişkin esaslar düzenlenmiş bulunmaktadır.

Model Kanunun 15.maddesinde ise, veri mesajının gönderildiği veya ulaştığı yer ve an düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, bir veri mesajı göndericinin veya gönderici adına hareket eden kişinin kontrolü dışındaki bir bilgi sistemine girdiğinde gönderilmiş olur (m.15/1). Veri mesajının ulaştığı an ise, muhatapın veri mesajlarını kabul için bir bilgi sistemi göstermiş olup olmamasına göre değişmektedir. Muhatap bir bilgi sistemi göstermişse, veri mesajının bu bilgi sistemine girmesiyle mesaj ulaşmış olur. Veri mesajı muhatapın bir bilgi sistemine gönderilmiş ancak bu sistem muhatapın göstermiş olduğu bilgi sistemi değilse mesaj muhatap tarafından çağrıldığında ulaşmış olur. Buna mukabil muhatap veri mesajlarını kabul için bir bilgi sistemi göstermemişse, mesaj, muhatapın herhangi bir bilgi sistemine girdiğinde ulaşmış olur (m.15/2). Veri mesajının gönderildiği veya ulaştığı yer ise, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa gönderici veya muhatapın işyerinin bulunduğu yer olarak belirlenmiştir. Göndericinin veya alıcının birden fazla işyeri varsa, söz konusu işlemle en yakın ilişkili işyerinin, böyle bir işyeri yoksa, merkez işyerinin

¹¹ Buradaki doğrulama yönteminin kullanılması gönderici ve muhatap arasında önceden yapılmış bir anlaşmaya dayanabileceği gibi, gönderici ve muhatap arasında böyle bir anlaşma olmaksızın, göndericinin tek taraflı veya aracı ile yaptığı bir anlaşma çerçevesinde uygulanması öngörülen bir doğrulama yöntemiyle uyuşan veri mesajıyla bağlı olduğunu beyan ettiği bir yöntemle de dayanabilir, Guide to Enactment no.86; Sorieul/Clift/Faria, *The International Lawyer*, V.35(1), s.114.

bulunduğu yer, veri mesajının gönderildiği veya ulaştığı yer olarak kabul edilir (m.15/4).

Yukarıda belirttiğimiz düzenlemelerden başka Model Kanunda ayrıca, mal taşımacılığı alanında veri mesajlarının kullanılmasına ilişkin hükümlere de yer verilmiş bulunmaktadır (m.16-17).

2. UNCITRAL Elektronik İmza Model Kanunu:

Elektronik Ticaret Model Kanununun temel prensiplerinden hareketle, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanmış olan Elektronik İmza Model Kanunu¹² 5 Temmuz 2001 tarihinde kabul edilmiş bulunmaktadır.

Elektronik Ticaret Model Kanunu gibi Elektronik İmza Model Kanununun uygulama alanı da, ticari faaliyetler olarak belirlenmiş ve tüketicinin korunmasına ilişkin kuralların yürürlükten kaldırılmadığı ifade edilmiştir (m.1). Aynı şekilde, Elektronik İmza Model Kanununda da, temel ilkeler olarak, teknoloji tarafsızlığı (m.3), işlevsel denklik (m.6) ve irade özerkliği (m.5, m.6/4(a) ve 12/5) prensipleri esas alınmış bulunmaktadır.

Bu Kanunda e-imza, “*veri mesajıyla ilişkili olarak, imzalayanın kimliğini tespit etmekte ve imzalayanın veri mesajının içeriğinde yer alan bilgiyi onayladığını göstermekte kullanılabilecek bir veri mesajına eklenen veya bununla mantıksal olarak bağlantılı olan elektronik biçimdeki veriler*” olarak tanımlanmış bulunmaktadır (m.2/a).

E-imzanın işlevsel denkleğinin tanınmasına ilişkin 6.maddede, “*Hukukun, bir kişinin imzasını şart koştuğu durumlarda, herhangi ilgili bir anlaşma dahil, içinde bulunulan tüm şartların ışığında, veri mesajının oluşturulması veya iletilmesi amacı için uygun olduğu kadar güvenilir de olan bir elektronik imza kullanılırsa, bu şart veri*

¹² UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001), www.uncitral.org adresinden erişilebilir.

mesajına ilişkin olarak karşılanır” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde belirtilen elektronik imzanın güvenilir olması gerekliliğinin yerine getirilmiş sayılması için ise şu şartların oluşması gerekmektedir: (a) İmza yaratım verisinin sadece imzalayana bağlı olması; (b) imza yaratım verisinin, imzalama anında sadece imzalayanın hakimiyeti altında olması; (c) imzalama anından sonra, elektronik imzadaki herhangi bir değişikliğin tespit edilebilir olması; ve (d) imzanın hukuken şart koşulmasının amacının, ilişkin olduğu bilginin bütünlüğünün – değişmemiş olduğunun (integrity) teminini sağlamak olduğu durumlarda, imzalama anından sonra bu bilgidaki herhangi bir değişikliğin tespit edilebilir olması [m.6/3 (a), (b), (c), (d)]¹³.

Model Kanunun 8.maddesinde, imzalayanın (signatory) yükümlülükleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre imzalayan, (a) imza yaratım verisinin yetkisiz kullanımını önlemek için makul özeni gösterecek; (b) imza yaratım verisinin (yetkisiz kullanıma yol açabilecek şekilde) tehlikede olması durumunda, makul olarak elektronik imzaya güvenmesi veya elektronik imzayı desteklemek üzere hizmet sağlaması beklenebilecek kişileri gecikmeksizin durumdan haberdar edecek; ve (c) sertifikaya dahil edilmek üzere veya sertifikanın geçerlilik süresince sertifikaya ilişkin olarak imzalayan tarafından yapılan tüm gerekli bildirimlerin doğru ve eksiksiz olduğunu sağlamak için makul özeni gösterecektir. Aksi takdirde imzalayan, bu şartları yerine getirmemiş olmasının hukuki sonuçlarına katlanacaktır (m.8/2).

Model Kanunun 9.maddesinde ise sertifika hizmet sağlayıcısının yükümlülükleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre bir elektronik imzayı desteklediği durumlarda sertifika hizmet sağlayıcısı; (a) işletme politikasına ve uygulamalarına ilişkin yaptığı beyanlara uygun davranacak; (b) sertifikanın içeriğine veya geçerlilik süresince sertifikaya ilişkin tüm gerekli bildirimlerin doğru ve eksiksiz olduğunu sağlamak için makul özeni gösterecek; (c) güvenen tarafın, sertifika hizmet sağlayıcısının kimliğini; sertifikada tanımlanan imzalayanın, sertifikanın düzenlendiği

¹³ Bu şartları taşıyan bir e-imza, güvenilir sayılmakla birlikte, kişiler, e-imzanın güvenilirliğinin başka bir şekilde gerçekleştirilmesini öngörebilirler veya e-imza yukarıdaki şartları taşıya bile, bu imzanın güvenilir olmadığını ispat edebilirler (m.6/4). Ayrıca, Elektronik İmza Model Kanununun 7.maddesine göre, milli hukukça yetkili kılınan, özel veya resmi bir kişi, kurum veya kuruluş, kabul görmüş uluslararası standartlara uygun olarak hangi e-imzaların bu Kanunun 6.maddesindeki şartları yerine getirdiğini belirleyebilir.

anda imza yaratım verisini hakimiyetinde bulundurduğunu; ve sertifikanın düzenlendiği anda veya öncesinde imza yaratım verisinin geçerli olduğunu, sertifikadan anlayabilmesi için makul olarak erişilebilir araçlar sağlayacak; (d) güvenen tarafın, imzalayanın kimliğini tespit için kullanılan yöntemi; imza yaratım verisinin veya sertifikanın kullanılabileceği amaca veya değere ilişkin sınırlamaları; imza yaratım verisinin geçerli olduğunu ve tehlikede olmadığını; sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından yükümlenilen sorumluluğun alanı veya genişliğine ilişkin sınırlamaları; imza yaratım verisinin tehlikede olduğunun imzalayan tarafından bildirilmesini sağlayacak imkanların bulunup bulunmadığını; ve vakitli geri alma hizmetinin sunulup sunulmadığını, gerektiğinde sertifikadan veya başka şekillerde anlayabilmesi için makul olarak erişilebilir araçlar sağlayacak; (e) imza yaratım verisinin tehlikede olduğunun imzalayan tarafından bildirilmesi imkanı ve geri alma hizmeti sunuluyor ise, bu imkan ve hizmetlerin işleyişini sağlayacak; ve son olarak (f) hizmetlerinin yerine getirilmesinde güvenilir sistem, yöntem ve insan kaynakları kullanacaktır¹⁴. Aksi takdirde sertifika hizmet sağlayıcısı, bu şartları yerine getirmemiş olmasının hukuki sonuçlarına katlanacaktır (m.9/2).

İmzalayanın ve sertifika hizmet sağlayıcısının yükümlülüklerinden başka ayrıca, Model Kanunun 11.maddesinde güvenen tarafın (relying party) yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre, güvenen taraf, (a) elektronik imzanın güvenilirliğini araştırmak için makul davranışlarda bulunmaz ve (b) elektronik imzanın bir sertifika ile desteklendiği durumlarda, sertifikanın geçerliliğini, geçici olarak durdurulduğunu veya geri alındığını araştırmaz veya sertifikaya ilişkin herhangi bir sınırlamaya dikkat etmez ise, bu durumdan doğacak hukuki sonuçlara katlanacaktır.

Nihayet Model Kanunun 12.maddesinde, yabancı e-imzaların ve sertifikaların tanınması düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre, bir e-imzanın veya sertifikanın hukuki etkisinin bulunup bulunmadığının veya hangi ölçüde hukuki etkisinin bulunduğu tespitinde, coğrafi olarak sertifikanın düzenlendiği veya e-imzanın yaratıldığı veya kullanıldığı yerin veya düzenleyenin veya imzalayanın iş yerinin

¹⁴ Güvenilir sistem, yöntem ve insan kaynaklarından ne anlaşılması gerektiği Model Kanunun 10.maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

coğrafi olarak bulunduğu yerin bir önemi bulunmamaktadır (m.12/1). Yabancı bir ülkede düzenlenmiş bulunan bir sertifika veya yabancı ülkede yaratılmış veya kullanılmış bir e-imza, büyük ölçüde eş değer bir güvenilirlik düzeyine sahipse, ülke içinde düzenlenmiş bir sertifika ile veya ülke içinde yaratılmış veya kullanılmış bir e-imza ile aynı hukuki etkiye sahip olacaktır (m.12/2-3).

Son olarak tekrar işaret etmek gerekir ki, yukarıda ana hatlarıyla incelediğimiz UNCITRAL tarafından kabul edilmiş olan Model Kanunlar, milli hukuklarca gerçekleştirilecek kanunlaştırma faaliyetlerine örnek teşkil etmek ve bu sayede hukukların yakınlaştırılmasına ve birleştirilmesine yardımcı olmak üzere hazırlanmış metinler olup, doğrudan doğruya herhangi bir hukuki yürürlüğü bulunmamaktadır.

3. UNCITRAL Konvansiyon Taslağı:

a. Genel Olarak:

Elektronik ticarete ve özellikle sözleşmelerin elektronik olarak kurulmasına ilişkin hukuki düzenlemeler konusunda bir diğer önemli gelişme de, yine UNCITRAL bünyesinde hazırlanmakta olan konvansiyon taslağıdır. Tüm dünyada elektronik ticaretin hukuki yönlerine ilişkin yoğun çalışmalar ve düzenlemeler yapılmasına rağmen bazı alanlar doğal olarak açıkta kalabilmektedir. Bu konudaki önemli eksikliklerden birinin, elektronik sözleşmelere ilişkin hukuki kuralların dünya genelinde yeknesaklaştırılması olduğu söylenebilir. İşte UNCITRAL 2000 yılındaki 33. oturumunda, sözleşmelerin elektronik olarak kurulmasına ilişkin sorunların yeknesak bir şekilde düzenlenmesine yönelik olarak çalışmalara başlamış¹⁵ ve 20.9.2001 tarihli 39. oturumda ortaya bir konvansiyon taslağı çıkmış bulunmaktadır¹⁶.

¹⁵ Christoph Graf Bernstorff, "Der Abschluss elektronischer Verträge", RIW 2002, s.179.

¹⁶ "Preliminary draft convention on [international] contracts concluded or evidenced by data messages", A/CN.9/WG.IV/WP.95, 20.9.2001.

Henüz taslak dahi hazırlanma aşamasında olduğu için pek çok belirsizlik bulunmasına ve birçok madde alternatifli olarak kaleme alınmış olmasına rağmen bu çalışmalara kısaca değinmekte fayda görmekteyiz¹⁷.

b. Uygulama Alanı:

Taslakta, elektronik sözleşmenin tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte, taslağı hazırlayan çalışma grubu, haklı olarak elektronik sözleşmeyi belli bir sözleşme tipi olarak değil sözleşmelerin kurulmasında bir yöntem olarak değerlendirmiştir¹⁸. Buna bağlı olarak elektronik olarak kurulan veya elektronik olarak delillendirilecek olan tüm sözleşmeler konvansiyon taslağının uygulama alanına dahil edilmiştir¹⁹. Bunlardan sadece taslağın 2.maddesinde zikredilen, tüketici sözleşmeleri²⁰ ve lisans sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmıştır. Ayrıca çalışma grubunun, ileride, gayrimenkullere ilişkin sözleşmeler gibi diğer bazı istisnaları da ekleyebileceği ifade edilmiştir.

Konvansiyon taslağının coğrafi uygulama alanı konusunda ise kesin bir sonuca ulaşılmış değildir. Taslağın 21.9.2001 tarihli ilk halinde, uygulama alanına ilişkin birinci madde, alternatifli olarak kaleme alınmıştır. Birinci alternatifte (variant A) bir sınırlama getirilmeksizin konvansiyon taslağının tüm elektronik sözleşmelere uygulanmasını, ikinci alternatifte ise (variant B) sadece milletlerarası nitelik taşıyan sözleşmelere uygulanmasını mümkün kılacak ifadeler kullanılmıştır. Taslağın 24.2.2003 tarihli son halinde ise, birinci maddenin bu alternatifli haline son verilmiş ve milletlerarası niteliği vurgulayan başka bir ifade tarzı benimsenmiş olmasına rağmen, taslağın ismindeki “milletlerarası” kelimesine parantez içinde yer verilmeye devam olunmuştur. Gerçekten şimdiye kadarki UNCITRAL belgeleri, büyük çoğunlukla sadece milletlerarası işlemlere ilişkindir. Sadece 1996 tarihli Elektronik Ticaret Model Kanununda milletlerarası olan ve olmayan işlemler ayırımına gidilmemiş, ancak model

¹⁷ Taslak üzerindeki çalışmalar sürecinde 41. oturuma gelindiğinde alternatifli olarak kaleme alınan maddelerin sayısının giderek azaldığını görmekteyiz, bkz. A/CN.9/WG.IV/WP.100, 24.2.2003.

¹⁸ Taslak gerekçesinin 10 ve 11 no’lu paragrafları.

¹⁹ Taslak gerekçesinin 14 no’lu paragrafı.

²⁰ Yani konvansiyon taslağı, işletmeler arasında (B2B) akdedilen, elektronik sözleşmelere münhasırdır.

kanunu kabul edecek devletlerin uygulama alanını milletlerarası işlemlerle sınırlayabilecekleri belirtilmiştir²¹.

Taslağın son halinde, *konvansiyonun, iş yerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki sözleşmelere (işlemlere) uygulanacağı* düzenlemesi öngörülmüştür (m.1)²². Yani uygulama alanı bakımından konvansiyon taslağı iş yeri kavramını esas almaktadır.

Taslağın 5/(i) maddesinde, iş yeri kavramı alternatifli olarak iki şekilde tanımlanmıştır. Birinci alternatifteki tanıma göre iş yeri “*bir kişinin insan vasıtasıyla ve mallarla veya hizmetlerle, geçici olmayan bir faaliyet yürüttüğü, herhangi bir çalışma yeridir*”²³. İkinci alternatifte ise iş yeri, “*bir tarafın belirsiz bir zaman için*²⁴ *sabit bir yerleşim suretiyle ekonomik faaliyetlerini yürüttüğü yer*” olarak tanımlanmıştır²⁵. Taraflardan birinin birden fazla iş yeri varsa, bu konvansiyon bakımından iş yeri, sözleşmenin kurulmasında taraflarca bilinen veya düşünülen şartların ışığında, ilgili sözleşmeyle (işlemle) ve onun ifasıyla en yakın ilişkisi bulunan yerdir (Konvansiyon taslağı m.7/2). Ayrıca konvansiyon taslağı m.7/4 hükmünde, elektronik iletişim sistemine destek sağlayan teknolojinin ve ekipmanın bulunduğu veya bu sisteme diğer kişiler tarafından erişimin sağlanabildiği yerin iş yeri oluşturmadığı vurgulanmış bulunmaktadır.

²¹ Taslak gerekçesinin 25 no’lu paragrafı.

²² “*This Convention applies to [any kind of information in the form of data messages that is used] [the use of data messages] in the context of [transactions] [contracts] between parties whose places of business are different States:*

(a) When the States are Contracting States;

[(b) When the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State]; or

(c) When the parties have agreed that it applies”.

Böylece taslakta, 1980 tarihli Viyana Konvansiyonu’nda kabul edilen prensibin takip edildiği görülmektedir (Bernstorff, RIW 2002, s.180).

²³ Bu tanımın yapıldığı variant A’ya ilişkin dipnotta tanımın, milletlerarası ticaret uygulamalarında kabul edilen iş yeri kavramının önemli niteliklerini yansıttığı belirtilmiştir.

²⁴ Buradaki “belirsiz zaman” ifadesi “geçici olmayan bir süre için” anlamındadır.

²⁵ Bu tanımda ise, AB tarafından benimsenmiş olan esas takip edilmiş bulunmaktadır, bkz. aşağıda II,C,1,c.(1).

c. Sözleşmelerin Kurulması:

Konvansiyon taslağının üçüncü bölümünde sözleşmelerin kurulmasına ilişkin konular düzenlenmiştir.

Konvansiyon taslağının 8.maddesinde, öneri ve kabulün elektronik olarak (veri mesajları²⁶ vasıtasıyla) açıklanabileceği (m.8/1); salt sözleşmenin kuruluşunda veri mesajlarının kullanılması sebebiyle, bir sözleşmenin geçerliliği ve icra edilebilirliğinin reddedilemeyeceği (m.8/3); ve taslağın 12.maddesinde ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, otomatik bilgi sistemlerinin (bilgisayar açıklamalarının) kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerin geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Taslağın öneriye davet başlıklı 9.maddesine göre, belirli bir veya birden fazla kişiye yöneltilmiş olmayıp, genel olarak bilgi sistemini kullanan kişilerin erişimine açık olarak (mesela bir web sitesi üzerinden) yapılan, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanları sadece öneriye davet teşkil eder; meğerki, irade beyanı öneride bulunanın bağlanma iradesini gösterebilir²⁷.

Veri mesajlarının gönderildiği veya ulaştığı yer ve zamana ilişkin hükümler içeren konvansiyon taslağının 11.maddesinde, yukarıda incelediğimiz Elektronik Ticaret Model Kanununun 15.maddesindeki esaslar takip edilmiştir.

Taslağın 13.maddesinde, otomatik bilgi sistemleri yoluyla mallara ve hizmetlere ilişkin tekliflerde bulunan tarafın, girdi hatalarını düzeltici teknik imkanlar sunma yükümlülüğü²⁸ ve hataya düşen tarafın hata sebebiyle sözleşmenin geçersizliğine dayanabilmesinin şartları düzenlenmiş bulunmaktadır.

²⁶ “Veri mesajı” (data message) “elektronik veri değişimini (EDI), elektronik maili, telgrafı, teleksi veya faksı da kapsamak ve fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere elektronik, optik veya benzer şekillerde oluşturulan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgi”yi ifade eder. Konvansiyon taslağı m.5/(a) ve Elektronik Ticaret Model Kanunu m. 2/1.

²⁷ Bu hükme ilişkin dipnotta, hükmün oluşturulmasında, Viyana Konvansiyonu m.14/1 düzenlemesinden esinlenildiği belirtilmiştir.

²⁸ Aşağıda görüleceği gibi bu hüküm, AB’nin E-Tic.Yön.m.11/2 düzenlemesinden esinlenmiştir, bkz. aşağıda II,C,1,g,(3).

Konvansiyon taslağının 14/1 maddesinde şekil serbestisi prensibi düzenlendikten sonra, hukuken yazılılık veya imza şartının arandığı durumlara ilişkin olarak 14.maddenin 2. ve 3. fıkralarında, Elektronik Ticaret Model Kanununun 6. ve 7. maddelerindeki esaslar kabul edilmiştir.

Nihayet taslağın 15.maddesinde bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, veri mesajları kullanmak suretiyle malların ve hizmetlerin sunumunu ve reklamını yapan taraf, veri mesajında veya oradaki uygun bir referansla, kendisine ilişkin şu bilgileri sağlamalıdır: (a) İsim ve tüzel kişiler için şirket ismi ve kurulduğu yer; (b) iş yerinin coğrafi konumu ve adresi; ve (c) e-posta adresi de dahil olmak üzere bağlantı detayları.

B. Amerika Birleşik Devletleri'nde (E-Sign Act):

1. Genel Olarak:

ABD'de elektronik ticaret hukuku alanındaki en önemli hukuki düzenlemeyi, 30 Haziran 2000 tarihinde çıkartılmış olan “Eyaletler arası veya dış ticarete elektronik kayıtların ve imzaların kullanılmasını kolaylaştıracak yasa”, kısa adıyla “Küresel ve Ulusal Ticarete Elektronik İmza Yasası”²⁹ oluşturmaktadır.

Bu yasanın kabulünden önce pek çok eyalet, e-imza konusunda kendi yasalarını kabul etmiş bulunuyor idi. Utah Eyaleti'nde kabul edilen 1.5.1995 tarihli Utah Digital Signature Act³⁰ bu konudaki ilk düzenlemeyi oluşturmaktadır. Ancak her eyaletin birbirinden oldukça farklı bir şekilde konuyu düzenlemesi, yeknesak bir düzenlemeye gitme ihtiyacı doğurmuş, nihayet 30 Haziran 2000 tarihli federal yasa ile bu ihtiyaç giderilmiştir³¹.

²⁹ Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Public Law 106-229 (15 U.S.C. §7001).

³⁰ Utah Code §§ 46-3-101'den 504'e kadar.

³¹ ABD'de bu konudaki kanunlaştırma sürecinin gelişimi için bkz. Thomas Crocker, “The E-Sign Act: In Facilitation of E-Commerce”, <http://www.ftc.gov/bcp/workshops/esign/postcomments/crocker.pdf>, (çevrimiçi), s.1-27; ayrıca bkz. Ahmet K. Sevimli, “Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası”, Prof.Dr.Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, Cilt. II, İstanbul 2001, s.1031-1033.

2. Genel Geçerlilik:

E-Sign Act olarak da ifade edilen yasanın “genel geçerlilik kuralı” başlıklı Sec.101(a) hükmüne göre: *“Herhangi bir kanun, düzenleme veya diğer hukuk kurallarına bakılmaksızın (...) eyaletler arası veya dış ticarete kullanılan ya da bunları etkileyen herhangi bir işlem (transaction)³² konusunda, (1) bu işlemlerle ilgili bir imza, sözleşme veya diğer kayıtlar yalnızca elektronik biçimde olmaları sebebiyle hukuki etki, geçerlilik veya uygulanabilirlik yönünden reddedilemez; ve (2) bu işlemlerle ilgili bir sözleşme, yalnızca kurulmasında bir elektronik imza veya elektronik kayıt kullanılmış olması sebebiyle hukuki etki, geçerlilik veya uygulanabilirlik yönünden reddedilemez.*

Görüldüğü gibi, E-Sign Act ile, elektronik sözleşmelerin ve elektronik kayıtların³³ geçerliliği tanındığı gibi e-imzalar da hukuki açıdan elle atılmış imzalar ile eşdeğer kılınmış bulunmaktadır. Hatta ayrıca Sec.101(g) hükmüne göre, herhangi bir hukuk kuralı bir imza veya kaydın tanınmasını, doğrulanmasını, noter tarafından onaylanmasını veya yemin altında düzenlenmesini gerektiriyorsa, bu işlemleri yapmaya yetkili şahsın e-imzası, diğer ilgili hukuk kurallarınca eklenmesi gereken tüm bilgilerle birlikte imza veya kayda ekli veya onunla mantıksal olarak bağlantılı ise bu gereklilik yerine getirilmiş olmaktadır.

Yalnız Sec.101(a)’da düzenlenmiş olan genel geçerlilik kuralı, Sec.101(e) hükmü ile tamamlanmış ve bir noktada sınırlanmış bulunmaktadır. “Doğruluk ve sözleşmeleri ve diğer kayıtları saklama kabiliyeti” kenar başlıklı Sec.101(e) hükmüne göre, herhangi bir hukuk kuralının sözleşme veya diğer kayıtların yazılı olmasını

³² Sec.106(13) hükmüne göre, “işlem” terimi, “iki veya daha fazla kişi arasında tüketici veya ticaret işlemleri yapılmasına ilişkin aşağıda belirtilen davranış türlerinden herhangi birini içeren bir eylem veya eylemler dizisi anlamına gelir –

(A) (i) mallar ve maddi olmayan varlıklar (intangibles) da dahil olmak üzere, şahsi mülkiyetin, (ii) hizmetlerin ve (iii) bunların birleşiklerinin satımı, kiralanması, takası, lisansı veya diğer bir şekilde tasarrufu; ve

(B) taşınmaza ilişkin herhangi bir menfaatin satımı, kiralanması, takası veya diğer bir şekilde tasarrufu.”

Görüldüğü gibi bu hükümle, elektronik sözleşmelerin, imzaların ve kayıtların caiz olduğu işlemler ve dolayısıyla E-Sign Act’ın uygulama alanı son derece geniş tutulmuş bulunmaktadır.

³³ Sec.106(4) hükmüne göre, “elektronik kayıt” terimi, “elektronik araçlarla yaratılan, üretilen, gönderilen, iletilen, alınan veya saklanan sözleşme veya diğer kayıtlar anlamına gelir”.

gerektirmesi durumunda, bu sözleşme veya diğer kayıtlara ilişkin elektronik kayıtlar, sözleşmeyi veya diğer kayıtları saklama hakkına sahip tüm taraflarca veya kişilerce saklanabilecek ve daha sonra başvurulmak üzere doğru bir şekilde çoğaltılabilecek bir biçimde değilse, bu elektronik kayıtların hukuki etkisi, geçerliliği veya uygulanabilirliği Sec.101(a) hükmüne bakılmaksızın reddedilebilir.

Şu halde kural olarak E-Sign Act ile, elektronik olarak oluşturulmuş, iletilmiş, elektronik olarak imzalanmış veya elektronik biçimde bulunan tüm sözleşmelerin ve kayıtların hukuki etki ve geçerliliği tanınmış bulunmaktadır, yeter ki, hukuken yazılı olması öngörülmüş olan sözleşme ve kayıtlar elektronik ortamda, sözleşmeyi veya diğer kayıtları saklama hakkına sahip tüm taraflarca veya kişilerce saklanabilecek ve daha sonra başvurulmak üzere doğru bir şekilde çoğaltılabilecek bir biçimde bulunsun.

Sözleşme ve kayıtların elektronik olarak oluşturulması veya iletilmesi konusunda, Sec.101(h) hükmünde ifade olunan “**electronic agents**”³⁴ kavramına değinmek gerekmektedir. Bu kavramla, sözleşmelerin kurulmasında veya diğer kayıtların oluşturulmasında veya iletilmesinde kullanılmak üzere belirli şekilde programlanmış makineler daha doğrusu bilgisayarlar ifade edilmektedir. Yani burada bir bilgisayar, programlandığı doğrultuda çeşitli hukuki işlemler gerçekleştirmektedir. İşte bir sözleşmenin veya kaydın oluşturulması, düzenlenmesi veya iletilmesi, o anda bir insan müdahalesi olmaksızın, bir bilgisayar programı veya elektronik veya otomatikleştirilmiş diğer bir araç (yani bir “**electronic agent**”) tarafından gerçekleştirilmekteyse, Sec.101(h) düzenlemesine göre bu sözleşme veya kaydın hukuki etkisi, geçerliliği veya uygulanabilirliği reddedilemez, yeter ki, “**electronic agent**” tarafından gerçekleştirilen fiil (action), bu fiille bağlanan kişiye hukuken atfedilebilir olsun.

³⁴ “The term ‘**electronic agent**’ means a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole or in part without review or action by an individual at the time of the action or response”, Sec.106(3). Amerikan hukukuna özgü bir terim olan ve Türk hukukunda terim olarak yeri olmayan “**electronic agent**” teriminin tercümesini Türkçe karşılık olarak kullanmak, kavram karışıklığına yol açabilme ihtimali bir yana, karşılaştırmalı hukuk tekniği bakımından da isabetsizdir. “**Electronic agent**” kavramının hukukumuzdaki karşılığı ise aşağıda inceleyeceğimiz “otomatikleştirilmiş irade beyanları veya bilgisayar açıklamaları” kavramıdır (bkz aşağıda III,A,2,b.).

Bunun ötesinde, sözleşmelerin veya diğer kayıtların yazılı olması, imzalanmış olması veya elektronik olmayan biçimde olması şartı dışında şahısların hak ve yükümlülükleri ile ilgili hiçbir hukuk kuralı, bu yasa ile sınırlanmamakta, değiştirilmemekte veya diğer bir şekilde etkilenmemektedir [Sec.101(b)(1)].

3. İstisnalar:

E-Sign Act Sec.103 hükmünde, Sec.101’de düzenlenmiş olan genel geçerlilik kuralının istisnaları düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre; (1) vasiyetnamelerin düzenlenmesi; (2) evlat edinme, boşanma veya aile hukukuna ilişkin diğer konular; (3) Sec.1-107 ve 1-206 ile m.2 ve 2A hariç Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code – UCC); (4) mahkeme emirleri, bildirimleri veya diğer resmi mahkeme belgeleri; (5) su, ısıtma ve enerji dahil kamu hizmetlerinin iptaline veya sona erdirilmesine ilişkin her türlü bildirim; bir gerçek kişinin asıl ikametgahı ile ilgili kira sözleşmelerine veya bu ikametgahın teminat teşkil ettiği kredi sözleşmelerine ilişkin her türlü bildirim; sağlık veya hayat sigortalarının veya bunların menfaatlerinin iptaline veya sona erdirilmesine ilişkin her türlü bildirim; sağlık veya güvenliği tehlikeye sokma riski olan ürünlerin geri çağırılmasına veya böyle bir ürünün esaslı bir bozukluğu bulunduğu ile ilişkin her türlü bildirim; ve (6) tehlikeli maddeler, böcek zehirleri veya diğer toksik maddeler taşınırken veya işlenirken bunlarla beraber bulunması gereken belgeler Sec.101 düzenlemesinden istisna tutulmuştur.

4. Elektronik İmza Tanımı ve Tarafsızlık Prensibi:

E-Sign Act Sec.106(5) hükmünde e-imza, “sözleşmeye veya diğer bir kayda eklenen veya bunlarla mantıksal olarak bağlantılı olan ve bir kişi tarafından kaydı imzalamak niyetiyle tatbik veya kabul edilen elektronik³⁵ bir ses, sembol veya yöntem” olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Görüldüğü gibi E-Sign Act Sec.101(a) ve Sec.106(5) düzenlemeleri ile, AB’nin E-İmza Yönergesinden farklı olarak, tüm e-imzalar, elle atılmış bir imza ile hukuki açıdan eşdeğer kılınmış bulunmaktadır ve bu

³⁵ Sec.106(2) düzenlemesine göre, “elektronik” terimi ise “elektiriksel, dijital, manyetik, telsiz, optik, elektromanyetik veya benzer kabiliyetlere sahip olan teknolojiye ilişkin” anlamına gelmektedir.

eşdeğer kılınma hiçbir şekilde, e-imzanın belirli şartları taşıması gerekliliğine de bağlanmamıştır³⁶. Yani E-Sign Act, çeşitli e-imza teknolojileri bakımından tarafsızlık prensibini tam olarak benimsemiş bulunmaktadır³⁷.

E-Sign Act ile, güvenilirlik derecesi ne olursa olsun her türlü e-imza, elle atılmış bir imza ile eşdeğer kılınmış olmakla birlikte bir e-imza veya kaydın geçerliliği, muhatapça kabul edilmesine bağlanmıştır. Gerçekten E-Sign Act Sec.101(b)(2) düzenlemesine göre, taraf olduğu sözleşmeler dışında, bir kayıta ilişkin olarak idari merciler hariç, herhangi bir kişi, elektronik kayıtları veya e-imzaları kullanmaya veya kabule zorlanamayacaktır³⁸. Hatta elektronik kayıtların tüketicilerle girişilen işlemlerde kullanılabilmesi, aşağıda inceleyeceğimiz tüketicileri koruyucu ek şartlara bağlanmıştır.

5. Tüketiciyi Koruyucu Önlemler:

Elektronik kayıtların tüketicilerle girişilen işlemlerde kullanılabilmesi, E-Sign Act Sec.101(c)(1)(A-D)'deki şartların yerine getirilmiş olmasına bağlanmış bulunmaktadır. Bu hükme göre ilk olarak, herhangi bir hukuk kuralının, tüketiciyle girişilen işlem veya işlemlerle ilgili bilgilerin tüketiciye yazılı olarak sunulmasını şart koştuğu durumlarda, bu şartın elektronik kayıtlar kullanılarak yerine getirilebilmesi için tüketicinin, elektronik kayıtların kullanılmasına olumlu yönde rıza göstermiş ve bu rızasını geri almamış olması gerekmektedir [Sec.101(c)(1)(A)]. Şu halde tüketici işlemleri dışında, e-imza veya elektronik kayıtların geçerliliği için bunların kullanılmasına itiraz edilmemiş olması yeterli iken, tüketici işlemlerinde tüketicinin olumlu yönde rıza göstermesi aranmaktadır yani opt-in sistem kabul edilmiş bulunmaktadır³⁹.

³⁶ Siegfried Fina, "Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht", *ZfRV* 2001, s.5.

³⁷ Christopher Reed, "Legally Binding Electronic Documents: Digital Signatures and Authentication", *The International Lawyer*, Spring 2001, V.35(1), s.100.

³⁸ Böylece E-Sign Act, hangi e-imzaların kabul görerek elle atılmış bir imzaya eş değer kabul edileceğini, kanun koyucunun iradesine değil, elektronik ticaret uygulaması içerisinde pazarın serbest işleyişine ve tarafların irade serbestisine bırakmış bulunmaktadır (Fina, *ZfRV* 2001, s.6).

³⁹ Crocker, a.y., s.30, dn.53.

İkinci olarak, bu rızanın verilmesinden önce tüketiciye Sec.101(c)(1)(B)(i-iv)'deki bilgilerin sağlanması gerekmektedir. Bu hükme göre tüketicinin; (i) kayıtları kağıt üzerinde veya elektronik olmayan biçimde elde edebilme hakkı veya seçeneği konusunda ve elektronik kayıtların kullanılması konusunda rızasını geri alabilme hakkı ve böyle bir geri almanın şartları ve (taraflar arasındaki ilişkinin sona ermesini de içerebilecek) sonuçları konusunda; (ii) rızanın, yalnızca kayıtları verme yükümlülüğü doğuran belli bir işleme mi yoksa taraflar arasındaki ilişki devam ettiği müddetçe sağlanacak olan belirli kayıt kategorilerine mi ilişkin olduğu konusunda; (iii) rızanın geri alınması ve tüketiciyle elektronik olarak temas kurmak için gereken bilginin güncelleştirilmesi için gereken usul konusunda; (iv) rızanın verilmesinden sonra, talep ederse tüketicinin elektronik kayıtların, kağıt üzerinde bir kopyasını nasıl elde edebileceği ve bunun için bir ücret talep edilip edilmeyeceği konusunda açık bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Diğer bir şart olarak, rızanın verilmesinden önce, elektronik kayda erişmek ve elektronik kaydı saklamak için gerekli yazılım ve donanımın, tüketiciye bildirilmesi ve tüketicinin de rızasını, rızanın konusu olan elektronik biçimdeki bilgiye erişebilme imkanının bulunduğunu makul olarak gösterecek şekilde, elektronik olarak vermesi veya elektronik olarak teyit etmesi gerekmektedir [Sec.101(c)(1)(C)(i-ii)]⁴⁰. Bu şart ile, sağlayıcıların, kayıtlara erişebilmesi için tüketicinin gereksinim duyacağı, ancak çoğu zaman tüketicilerin ne olduğunu bile anlamadığı yazılımı ve donanımı bildirmesinin, tüketicinin gerçekten de kayda erişebilmesi bakımından yeterli olup olmadığının teknolojik olarak fiilen kontrol edilmesinin sağlanması amaç edinilmiştir. Taraflar arasındaki ilişkinin başında bir kereliğine yapılacak böylesine bir kontrolün faydasının, elektronik ticaret üzerindeki olumsuz etkisine göre çok daha fazla olduğu ve özellikle tüketicilerin elektronik ticarete olan güvenini artıracığı da ileri sürülmektedir⁴¹. Ancak salt bu şartın yerine getirilmemiş olması sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermeyecektir. Yani diğer tüm geçerlilik şartlarının yerine getirildiği bir sözleşmede tüketicinin, elektronik kayıtların kullanılmasına ilişkin rızasını sırf elektronik kayıtlara

⁴⁰ Buradaki “makul olarak gösterme” kıstası, uygulamada sorunlar yaratacağı, muğlak olduğu ve elektronik ticaret uygulamasını zorlaştıracığı gibi gerekçelerle eleştirilmektedir, Crocker, a.y., s. 37-38; Sevimli, (Domaniç’e Armağan), s.1036.

⁴¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Crocker, a.y., s.37, dn.64.

erişebilme imkanının bulunduğunu makul olarak gösterecek şekilde elektronik olarak vermemesi veya teyit etmemesi, söz konusu sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır [Sec.101(c)(3)]⁴². Ancak tüketicinin rızasının bu şekilde elde edilmemiş olması, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek olmakla birlikte, sağlayıcı bu sözleşme ilişkisi içerisinde tüketiciye hukuken bazı bilgileri yazılı olarak verme yükümlülüğü altında ise bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılacaktır⁴³.

Son şart olarak ise; rızanın verilmesinden sonra, elektronik kayıtlara erişmek veya onları saklamak için gerekli yazılım veya donanımda yapılan bir değişiklik, tüketicinin sonraki kayıtlara erişememesi veya onları saklayamaması tehlikesini doğuruyorsa, elektronik kayıtları sağlayan kişi, tüketiciye, yeni yazılım ve donanım konusunda; ve herhangi bir bedel ödemek zorunda olmaksızın ve daha önce kendisine yapılan bildirimde belirtilen sonuçlardan başkasına katlanmaksızın rızasını geri alabileceği konusunda bildirimde bulunmalıdır [Sec.101(c)(1)(D)].

Tüketiciyi koruyucu bir diğer düzenleme ise E-Sign Act Sec.101(c)(2)(A-B) hükümlerinde yer almaktadır. Şöyle ki, ilk olarak bu yasa, herhangi bir hukuk kuralının tüketiciye sunulmasını öngördüğü herhangi bir açıklama veya diğer kayıtların içeriğini veya zamanlamasını etkilememektedir. Ayrıca bu yasadan önce kabul edilmiş bir yasa, kayıtların muhatapça alındığının doğrulanmasını veya teyidini gerektiren belli bir yöntemle sunulmasını açıkça öngörmüş ise, bu kayıtların elektronik olarak sunulması da ancak kullanılan yöntem kayıtların alındığının doğrulanmasını veya teyidini sağlıyorsa gerçekleştirilebilecektir.

⁴² Bu hükmün karşıt anlamından anlaşılmaktadır ki, bu şarttan başka diğer şartların yerine getirilmemiş olması, elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinin hukuki etki ve geçerliliğinin reddedilmesi sonucunu doğurabilecektir, (Crocker, a.y., s.45-46).

⁴³ Crocker, a.y., s.44, dn.75.

C. Avrupa Birliği'nde:

1. Elektronik Ticaret Yönergesi (2000/31/EC):

Elektronik ticaret konusuna özel önem verdiği anlaşılan AB, 8 Haziran 2000 tarihinde, “bilgi toplumu hizmetlerinin belirli hukuki yönlerine, özellikle elektronik ticarete ilişkin Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 2000/31/EC Yönergesini (Elektronik Ticaret Yönergesi’ni)”⁴⁴ kabul etmiş bulunmaktadır. Hukuki belirsizliğin elektronik ticaretin gelişimini olumsuz yönde etkilediğini gören AB⁴⁵, rekabeti, yatırımı, büyümeyi ve istihdamı artırıcı ve özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin gelişimini sağlayıcı imkanlar vaat eden elektronik ticaretin⁴⁶ hukuki boyutunu düzenleme konusunda mümkün olduğunca hızlı hareket etmeye çalışmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, yönergenin adından anlaşıldığı ve 6 no’lu gerekçede vurgulandığı gibi, bu yönergeyle elektronik ticaret bütünüyle değil, sadece belirli hukuki yönleri itibariyle düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁷.

E-Tic.Yön., bir AB mevzuatı terminolojisi olmak üzere “bilgi toplumu hizmetleri”nden bahsetmektedir. Ancak bu kavram altında yönergenin hedefi, özellikle internet üzerinden gerçekleştirilen elektronik ticaretin hukuki boyutunun düzenlenmesidir.

Ceza hukuku alanında herhangi bir düzenleme getirmeyen yönerge⁴⁸ ile, elektronik ticaretin aşağıda inceleyeceğimiz pek çok yönüne ilişkin hukuki çerçeve ve kurallar belirlenmiş bulunmaktadır. Ancak (a) vergilendirmeye ilişkin hususlar; (b) kişisel verilerin işlenmesi ve serbest dolaşımı hususunda bireylerin korunmasına ilişkin 24 Ekim 1995 tarihli (95/46/EC) AB Yönergesi⁴⁹ ve kişisel verilerin işlenmesi ve telekomünikasyon sektöründe özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 15 Aralık

⁴⁴ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on electronic commerce), O.J. L. 178/1, 17.7.2000.

⁴⁵ E-Tic.Yön. gerekçe no:5.

⁴⁶ E-Tic.Yön. gerekçe no:2.

⁴⁷ Robert G. Briner, *Verträge und Haftung im Internet*, Zürich, Orell Füssli, 2002 s.104.

⁴⁸ E-Tic.Yön. gerekçe no:8.

⁴⁹ O.J. L.281/31, 23.11.95.

1997 tarihli (97/66/EC) AB Yönergesi⁵⁰ ile düzenlenmiş olan alanlar; (c) kartel hukukunun kapsamına giren anlaşma ve uygulamalar; ve (d) kamu otoritesinin kullanılmasıyla doğrudan ve belirli bir bağlantı içerdiği ölçüde noterlerin veya benzer mesleklerin faaliyetlerini; müvekkilin temsilini ve mahkemeler önünde müvekkilin haklarının korunmasını; loto ve bahisler de dahil olmak üzere şans oyunlarında parasal değerlerin bahse konu edilmesine ilişkin kumar faaliyetlerini içeren bilgi toplumu hizmetleri, E-Tic.Yön.'nin kapsamına dahil bulunmamaktadır (m.1/5).

Yönerge ile üye devletlere, 17 Ocak 2002 tarihine kadar iç hukuklarını yönergeye göre uyumlaştırma mecburiyeti getirilmiştir (m.22).

a. Bilgi Toplumu Hizmetleri Kavramı:

Yukarıda da belirttiğimiz gibi AB mevzuatı terminolojisinde, “**bilgi toplumu hizmetleri**”⁵¹ ifadesi temel kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Tekrar vurgulamak gerekir ki, buradaki hizmet kavramı, hukukumuzdaki “hizmet akdi” anlamındaki hizmet görme fiillerinden başka bir anlama gelmektedir. Yönergedeki anlamı ile bilgi toplumu hizmetleri, hukukumuzdaki teknik anlamının ötesinde, elektronik ortamda malların satışına yönelik faaliyetleri de kapsayan⁵² çok daha geniş bir anlama sahiptir⁵³.

E-Tic.Yön.'nin tanımlar başlıklı 2/(a) maddesinin atfıyla, AB'nin “şeffaflık yönergesi” olarak ifade edilen 98/34/EC Yönergesinin⁵⁴, 98/48/EC Yönergesi⁵⁵ ile değişik 1/(2) maddesinde “bilgi toplumu hizmetleri” şu şekilde tanımlanmıştır:

⁵⁰ O.J. L.24/1, 30.1.98.

⁵¹ Information society services / Dienste der Informationsgesellschaft / services de la société de l'information.

⁵² Bu sebeple Kırca tarafından ileri sürülen, “bu yönerge, sözleşmenin internet üzerinden kurulup, edimin geleneksel yollarla ifa edildiği sözleşmelerde uygulanmamaktadır” ifadesi doğru değildir, (bkz. Çiğdem Kırca, “İnternette Sözleşme Kurulması”, BATİDER, Aralık 2000(4), C.XX, s.105). Yönerge bu sözleşmelerin kurulmasına da uygulanmaktadır. Zira bu sözleşmelerin kurulmasına imkan sağlayan elektronik ticaret faaliyetleri de, yönerge kapsamında “bilgi toplumu hizmeti” kavramına dahildir. Yönergenin uygulama alanının bulunmadığı husus, sözleşmelerin geleneksel yollarla ifası aşamasıdır ki, bu da son derece normaldir. Çünkü sözleşmenin geleneksel yolla ifa aşamasının, sözleşme elektronik olarak kurulmuş dahi olsa, artık elektronik ticaret uygulaması ile ilişkisi sona ermiş, herhangi bir sözleşmenin ifasından farkı kalmamıştır.

⁵³ Bkz. yukarıda bölüm I, dn.52.

⁵⁴ O.J. L. 204/37, 21.7.1998.

⁵⁵ O.J. L. 217/18, 5.8.1998.

“Kullanıcının bireysel talebi üzerine ve elektronik vasıtalar ile, kural olarak bir karşılık elde etmek amacıyla, uzaktan sağlanan her türlü hizmet bilgi toplumu hizmetidir”. Maddenin devamında, bu tanımda yer alan ifadelerin ne anlama geldiği açıklanmıştır. Buna göre tanımda yer alan “uzaktan” kavramı, “ tarafların eş zamanlı birlikteliği olmaksızın sağlanan hizmetleri” ifade etmektedir. “Elektronik vasıtalar ile sağlanan hizmetler” kavramı ise, “çıkış noktasından elektronik veri işleme ve saklama araçları vasıtasıyla gönderilen ve gönderildiği yerden yine aynı araçlarla alınan ve tamamıyla kablo, radyo, optik ve diğer elektromanyetik gereçler vasıtasıyla iletilen, taşınan ve alınan hizmetler” anlamına gelmektedir. Nihayet, “kullanıcının bireysel talebi üzerine” ifadesinin, “bireysel talep üzerine iletilen veri yoluyla sağlanan hizmetleri” ifade ettiği belirtilmiştir.

Yine şeffaflık yönergesinin sonunda, EK: 5’te, bu tanımın kapsamına girmeyen, yani bilgi toplumu hizmeti olarak değerlendirilemeyecek olan hizmetlerin listesi verilmiş bulunmaktadır. Bu listeye göre:

- Uzaktan sağlanmayan hizmetler: Elektronik araçların kullanımını içerse bile, sağlayıcının ve muhatabın fiziki varlığında sağlanan hizmetlerden olmak üzere, (a) hastanın hazır bulunduğu ortamda muayene veya tedavide elektronik araçlar kullanılması; (b) müşterinin hazır bulunduğu bir mağazada elektronik katalogların taranması; (c) müşterinin hazır bulunduğu bir seyahat acentesinde, bilgisayar ağları üzerinden uçak bileti rezervasyonu yapılması; (d) müşterinin hazır bulunduğu eğlence yerlerinde sunulan elektronik oyunlar.
- Elektronik araçlar vasıtasıyla sağlanmayan hizmetler: (1) Elektronik araçlar kullanılsa bile maddi içerikli hizmetlerden olmak üzere, (a) otomatik para (ATM) veya bilet makineleri; (b) otoyola, park yerine vb. yerlere giriş çıkışlarda ve ödemelerde kullanılan sistemler. (2) CD romların ve diskete kayıtlı programların off-line (fiziksel) dağıtımı. (3) Elektronik işleme/kayıt sistemleri kullanılmaksızın sağlanan hizmetlerden olmak üzere, (a) ses telefonu (voice telephony) hizmetleri; (b) telefaks/teleks hizmetleri; (c) ses telefonu (voice telephony) veya faks üzerinden sağlanan hizmetler; (d) telefon/telefaks ile doktora danışma; (e) telefon/telefaks ile avukata danışma; (f) telefon/telefaks ile doğrudan pazarlama.

• Kullanıcının bireysel talebi üzerine sağlanmayan hizmetler: Bireysel talep olmaksızın, sınırsız sayıdaki bireysel alıcıya eş zamanlı olarak iletilen verilerden olmak üzere, (a) televizyon yayınları (89/552/EEC Yönergesi anlamında); (b) radyo yayınları ve (c) teletext, bilgi toplumu hizmetleri tanımının kapsamına girmemektedir⁵⁶.

İşte yukarıda belirttiğimiz, 98/48/EC Yönergesinin 1/(2) maddesindeki tanım ve EK:5'teki liste çerçevesinde, "bilgi toplumu hizmetlerinin" ne anlama geldiğine ilişkin düzenleme, hali hazırda AB mevzuatında bulunduğu için bu düzenlemeye atıf yapılmakla yetinilerek, E-Tic.Yön.'nde herhangi bir tanımlamaya gidilmemiş, sadece yönergenin gerekçe bölümünde açıklayıcı bazı bilgilere yer verilmiştir. Buna göre: Bilgi toplumu hizmetleri, on-line olarak gerçekleştirilen çok geniş bir ekonomik faaliyet alanını kapsamaktadır. Bu faaliyetler özellikle malların on-line olarak satışını içerir. Malların teslimi veya hizmetlerin fiili tedariki gibi off-line olarak gerçekleştirilen faaliyetler ise yönergenin kapsamına girmemektedir⁵⁷. Yalnız burada bir noktaya dikkat edilmesi gerekmektedir: Bu ifadeyle yönergenin kapsamına girmediği belirtilen husus, yalnızca sözleşmenin off-line yani geleneksel yollarla ifa edilmesi aşamasıdır. Yani yönerge, sözleşmelerin geleneksel yollarla ifasına ilişkin bir düzenleme öngörmemektedir. Yoksa, geleneksel yollarla ifa edilecek dahi olsa bu sözleşmelerin elektronik olarak kurulması aşaması yönergenin kapsamındadır.

Bilgi toplumu hizmetleri, sadece elektronik sözleşmelerin kurulmasına imkan sağlayan hizmetlerle de sınırlı değildir ve ekonomik bir faaliyeti ifade ettiği müddetçe, on-line enformasyon, ticari iletişim, veri aramaya ve ona ulaşmaya imkan sağlayan araçlar gibi bedeli kullanıcı tarafından karşılanmayan hizmetler de bilgi toplumu hizmetleridir. Bilgi toplumu hizmetleri, iletişim ağlarına erişim veya kullanıcılar tarafından sağlanan bilgiye hosting sağlanması yoluyla iletişim ağları üzerinden bilgi taşınmasını içeren hizmetleri (yani internet servis sağlayıcıları ve internet erişim sağlayıcıları tarafından sağlanan hizmetleri) de kapsar. 89/552/EEC Yönergesi anlamındaki televizyon ve radyo yayınları, bireysel talep üzerine sağlanmadığı için bilgi

⁵⁶ O.J. L.217/25, 5.8.98, Annex V.

⁵⁷ E-Tic.Yön. gerekçe no: 18.

toplumu hizmeti değildir. Buna karşın, bir noktadan bir noktaya iletilen hizmetler ve e-posta yoluyla ticari iletişim sağlanması, bilgi toplumu hizmetidir. Ticari veya mesleki faaliyetinin dışında hareket eden gerçek kişiler arasında sözleşme kurmak için dahi olsa, e-posta veya benzeri bireysel iletişim araçlarının kullanılması ise bilgi toplumu hizmeti değildir. İşçi ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisi de bilgi toplumu hizmeti oluşturmaz. Şirket hesaplarının denetimi veya bir hastanın fiziki muayenesini gerektiren tıbbi yardım gibi niteliği gereği elektronik araçlarla uzaktan yürütülemeyecek hizmetler de bilgi toplumu hizmeti değildir⁵⁸.

b. Serbestlik İlkesi:

Yönergenin “ilkeler” başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan m.4/T’de, ilk temel prensip olarak bilgi toplumu hizmetlerinin serbestliği ilkesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle “bir bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısının, faaliyete başlamasının ve devam etmesinin herhangi bir izne veya benzer sonuç doğuracak bir şarta bağlı tutulamayacağı” öngörülmüş bulunmaktadır. Yani bu maddeyle üye devletlere, bilgi toplumu hizmeti sağlayıcılarının, faaliyete başlayabilmek için bir bildirimde bulunmak, bir kurumdan izin, ruhsat veya benzeri bir karar almak mecburiyetinde kalmamalarını sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.

Maddenin devamında ise, I. fıkrada düzenlenmiş olan serbestlik ilkesinin, özellikle ve tamamıyla (doğrudan doğruya) bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin olmayan izin muamelelerine ve 10 Aralık 1997 tarihli AB Yönergesinin (97/13/EC)⁵⁹ uygulama alanına giren telekomünikasyon hizmetleri alanında yetki ve lisans verilmesine ilişkin düzenlemelere hanel getirmeyeceği belirtilmiştir. Yani bu hükme göre, mesela bir üye devlet hukukuna göre, o ülkede seyahat acentesi olarak faaliyette bulunmak isteyen bir kişi, belli resmi veya mesleki kurum veya kuruluşlardan ve mesela Turizm Bakanlığı’ndan yetki veya ruhsat almak mecburiyetinde ise, aynı mecburiyet böyle bir

⁵⁸ E-Tic.Yön. gerekçe no: 18.

⁵⁹ O.J. L.117/15, 7.5.1997.

faaliyeti internet üzerinden yürütmek isteyen kişi için de geçerlidir⁶⁰. Zira buradaki yükümlülük doğrudan doğruya bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin olmayıp genel niteliktedir.

c. Yerleşim Yeri Prensibi:

(1) Kural (Principle of country of origin / Herkunftslandprinzip):

E-Tic.Yönergesinin en önemli ve en cesur düzenlemesini m.3 hükmü oluşturmaktadır⁶¹.

Bu hükme göre, *her üye devlet kendi sınırları içerisinde yerleşik bulunan bir hizmet sağlayıcısı tarafından sağlanan bilgi toplumu hizmetlerinin, düzenlenmiş alana (coordinated field) ilişkin iç hukuk hükümlerine uygun olmasını temin eder (m.3/1). Maddenin ikinci fıkrasında ise, üye devletlerin düzenlenmiş alana giren sebeplerle, başka bir üye devletten bilgi toplumu hizmetleri sunulması serbestisini kısıtlamayacağı düzenlenmiştir (m.3/2).*

Yani E-Tic.Yön. m.3 hükmüne göre, yerleşim yeri hukukuna uygun bir bilgi toplumu hizmeti, hizmetin erişilebildiği diğer bir üye ülkede - bu üye ülke hukukuna bir aykırılık teşkil etse dahi - daha katı bir rejime tabi tutulamayacaktır⁶². Şu halde, yerleşim yeri prensibine göre, AB dahilinde bir bilgi toplumu hizmeti sunan sağlayıcı için sadece yerleşim yerinin hukuku önemlidir yoksa faaliyetleri için pazar olarak hedef aldığı veya sunduğu hizmetlere erişilebilen ülkelerin hukuku değil⁶³. Hizmetleri, yerleşim yeri hukukuna uyan bir sağlayıcının diğer üye ülkeler hukuklarındaki kısıtlamalardan çekinmesi için bir sebep bulunmamaktadır⁶⁴. Bu prensip, E-Tic.Yön.'nde, (m.2/h'ye göre) "düzenlenmiş alan" olarak ifade edilmiş olan (ceza hukuku, idare hukuku veya özel hukuk alanında olsun) tüm alanlar için geçerli

⁶⁰ Klaus M. Brisch, "EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr", CR 1999, s.237; Frithjof A. Maennel, "Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission", MMR 1999, s.188.

⁶¹ Hoeren, MMR 1999, s.194; Köhler/Arndt, a.g.e., s.42.

⁶² Brisch, CR 1999, s.236-237; Köhler/Arndt, a.g.e., s.42.

⁶³ Spindler, ZHR 2001, s.331.

⁶⁴ Hoeren, MMR 1999, s.194; Maennel, MMR 1999, s.188.

bulunmaktadır⁶⁵. Yönergeye göre "düzenlenmiş alan", bilgi toplumu hizmeti sağlayıcılarına veya bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin, üye ülkelerin hukuk sistemlerinde öngörülmüş olan ister genel nitelikli isterse özel olarak bilgi toplumu hizmetleri için tasarlanmış olsun tüm şartları ifade etmektedir (m.2/h).

E-Tic.Yön.m.3 hükmüyle getirilen yerleşim yeri prensibi, yalnızca hizmet sağlayıcıları bakımından, hizmetlerin diğer üye ülkelerde serbestçe sunulmasını sağlayan bir prensip değildir. Bu düzenlemeyle ayrıca, üye devletlere, kendi sınırları içindeki hizmet sağlayıcıların iç hukuk hükümlerine uygun olarak faaliyet göstermelerini temin etme yükümlülüğü getirilmektedir⁶⁶.

Yönergeye göre, hizmet sağlayıcısının yerleşim yeri, Adalet Divanının içtihatlarına uygun olarak belirlenmelidir. Buna göre yerleşim kavramı, belirsiz bir zaman için, sabit bir yerleşme suretiyle ekonomik faaliyetlerin fiili olarak yürütülmesini ifade etmektedir. Ancak bir şirketin belirli bir zaman dilimi için kurulduğu yer de, bu şartı sağlar. İnternet web sitesi üzerinden hizmet sağlayan bir şirketin yerleşim yeri, web sitesine destek sağlayan teknolojinin bulunduğu veya web sitesine erişimin sağlanabildiği yer değil bu şirketin ekonomik faaliyetlerini yürüttüğü yerdir. Hizmet sağlayıcının birden fazla yerleşim yerinin bulunması durumunda önemli olan, söz konusu hizmetin bu yerlerden hangisinden sağlandığıdır. Söz konusu hizmetin, birden fazla yerleşim yerlerinin hangisinden sağlandığının tespit edilmesinin zor olduğu durumlarda bu yer, sağlayıcının söz konusu hizmete ilişkin faaliyetlerinin merkezinin bulunduğu yerdir⁶⁷.

(2) İstisnalar:

Yerleşim yeri prensibinin istisnaları m.3/3,4 hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁶⁵ Spindler, ZHR 2001, s.331.

⁶⁶ Maennel, MMR 1999, s.189.

⁶⁷ E-Tic.Yönergesi, gerekçe no:19; Maennel, MMR 1999, s.189.

E-Tic.Yön.m.3/3 hükmüne göre yönergenin ekinde sayılmış olan hususlardan özellikle:

- fikri haklar;
 - üye devletlerin, 2000/46/EC Yönergesinin 8(1) maddesinde öngörülmüş olan istisnalardan birini uyguladığı kurumlar tarafından elektronik para sürümü;
 - tarafların, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü;
 - tüketici sözleşmelerine ilişkin, sözleşmeden doğan borçlar;
 - gayrimenkulün bulunduğu üye ülke hukukuna göre, gayrimenkul üzerindeki hakların kurulmasına veya devrine ilişkin sözleşmelerin zorunlu şekil şartlarına tabi olması durumunda bu sözleşmelerin geçerliliği; ve
 - e-posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişimin caiz olup olmadığı,
- hususları m.3/1 ve 2 düzenlemesinin dışında bırakılmıştır.

E-Tic.Yön.m.3/4 hükmüne göre ise, üye devletler aşağıdaki sebeplerle m.3/2 hükmünden ayrılarak gerekli önlemleri alabilirler. Buna göre:

- kamu düzeninin korunması ve özellikle, küçüklerin korunması ve ırk, cinsiyet, din ve vatandaşlık temelinde düşmanlığa tahriklerle ve bireylerin insanlık onuruna yönelik saldırılarla mücadele hususları da dahil olmak üzere suçların önlenmesi, soruşturulması, aydınlatılması ve kovuşturulması;
 - kamu sağlığının korunması;
 - milli güvenlik ve savunmanın korunması da dahil olmak üzere kamu güvenliği;
 - yatırımcılar (borsa yatırımcıları) da dahil olmak üzere tüketicilerin korunması,
- sebeplerinden biriyle bir üye devlet, söz konusu sebeple orantılı olmak üzere, m.3/2'deki başka bir üye devletten sunulan (kaynaklanan) bilgi toplumu hizmetinin kısıtlanamayacağına ilişkin prensipten ayrılarak gerekli önlemi alabilir.

(3) Kuralın Devletler Özel Hukuku Açısından Değerlendirilmesi:

E-Tic.Yön. m.3 hükmü ile ifade edilmiş olan yerleşim yeri prensibi, daha önce televizyon yayınlarına ilişkin AB Yönergesinin⁶⁸ 2a maddesinde de öngörülmüştür.

⁶⁸ 19.6.1997 tarihli 97/36/EU Yönergesiyle (O.J. No. L.202/60, 1997) değişik 89/552/EEC Yönergesi.

Buna rağmen, E-Tic Yön.m.3 düzenlemesi, kuralın devletler özel hukuku ile ilişkisi açısından doktrinde büyük tartışma yaratmış bulunmaktadır. Zira E-Tic.Yön.m.3/1 hükmü, bilgi toplumu hizmetlerinin, hizmet sağlayıcısının yerleşik bulunduğu ülkenin iç hukuk hükümlerine uygun olması kuralını getirmekle birlikte, yönergenin 1/4 maddesinde, yönergenin milletlerarası özel hukuka ilişkin ek kurallar getirmediği açıkça hükme bağlanmış; yine yönergenin 23 no'lu gerekçesinde de yönergenin kanunlar ihtilafına ilişkin bir milletlerarası özel hukuk hükmü getirmeyi hedef almadığı ifade edilmiş bulunmaktadır. Buna rağmen kuralın hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır.

Gerçekten bu prensip farklı şekillerde vasıflandırılabilir: E-Tic.Yön. m.3/1-2 hükmü, salt maddi hukuk kuralı olarak, daha doğrusu aşağıda inceleyeceğimiz gibi, maddi hukuka ilişkin kontrol görevi gören bir ölçü (sachrechtlicher Prüfungsmaßstab) olarak vasıflandırılabilir (1.ihtimal), kanunlar ihtilafı kuralı olarak da vasıflandırılabilir. Yerleşim yeri prensibinin bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak vasıflandırılması durumunda ise yine farklı ihtimaller akla gelmektedir. İlk olarak bu düzenleme, yerleşim yerinin maddi hukukuna atıf yapan ve kanunlar ihtilafı kuralı niteliği taşıyan bir norm olarak nitelendirilebilir (2.ihtimal). Diğer taraftan yerleşim yeri kuralının, elverişlilik prensibinin (günstigkeitsprinzip) uygulanmasını gerektiren (yani yerleşim yeri hukukuna, sağlayıcı açısından daha elverişli, diğer bir deyişle daha az kısıtlayıcı olması şartıyla atıf yapan) bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu düşünülebilir (3.ihtimal). Nihayet, E-Tic.Yön.m.3 hükmü, yerleşim yeri hukukuna bir külli atıf, yani yerleşim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsayan bir atıf olarak nitelendirilebilir (4.ihtimal)⁶⁹.

İşte bazı yazarlar, m.1/4 hükmünü ve 23 no'lu gerekçeyi esas alarak yerleşim yeri prensibinin, bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığını ve bir bağlama noktası olarak milletlerarası özel hukukun bağlama kurallarını değiştirmediklerini; yerleşim yeri prensibinin, yerleşim yerinin sadece maddi hukuk kurallarına ilişkin olduğunu yoksa yerleşim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı bulmayacağını, zira kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanması durumunda oradaki atıfların yerleşim yeri

⁶⁹ Tüm bu ihtimallerin etrafı bir şekilde değerlendirilmesi için bkz. Brigitta Lurger / Sonja Maria Vallant, "Grenzüberschreitender Wettbewerb im Internet", RIW 2002, s.188 vd.

prensibinin amacıyla bağdaşmayacağını ve başka hukuk düzenlerinin uygulanmasına yol açacağını savunmaktadırlar⁷⁰. Bu görüşe göre yerleşim yeri prensibi, maddi hukuk alanında düzeltici bir işlev görmektedir. Yerleşim yeri prensibiyle kanunlar ihtilafı kurallarına dokunulmadığı için, ilk olarak kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilecek ikinci aşamada ise bu kurallar, E-Tic.Yön.m.3/2'nin kontrolüne tabi tutulacaktır⁷¹.

Diğer bir görüşe göre ise, E-Tic.Yön.m.3/1'de ifade edilen yerleşim yeri prensibi bir maddi hukuk normu olarak değerlendirilemeyecektir. Bu görüşü savunun yazarlar, yönergenin 22 no'lu gerekçesinde "...bilgi toplumu hizmetlerinin, kural olarak hizmet sağlayıcısının yerleşik bulunduğu üye ülke hukukuna bağlı olması gerektiği..."nin belirtildiğini ve buradaki "üye ülke hukukuna bağlı olma" ifadesinin kanunlar ihtilafına ilişkin bir atıftan başka bir şeyi ifade etmediğini; bu bakımdan AB organlarının ve AB kanun koyucusunun, bir kuralın milletlerarası özel hukuk kuralı olmadığını iddia etmelerinin, o kuralın milletlerarası özel hukuk kuralı olma niteliğini değiştiremeyeceğini, dolayısıyla yerleşim yeri kuralının bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu ileri sürmektedirler⁷².

Mankowski bu görüşü şu gerekçelere dayandırmaktadır: İlk olarak yerleşim yeri prensibinin amacı kanunlar ihtilafı kökenlidir. Bu sayede her işletme (bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı) yerleşim yeri hukukuna uygun olarak tüm Avrupa çapında faaliyet gösterebileceğine emin olabilecektir. Yerleşim yeri prensibi tek bir Avrupa pazarı oluşturacak ve bu pazarda faaliyet gösteren işletmeleri, her bir milli hukukun gereklerine uyma mecburiyetinden kurtaracaktır. Tek bir hukuka uyma mecburiyeti maliyetleri ve riskleri azaltacak ve dolayısıyla pazara giriş maliyetlerinin düşmesiyle -en azından teorik olarak- elektronik ticaret alanında sınır ötesi faaliyetlerin artmasını sağlayacaktır. Şu halde "pazar yeri" (hedef alınan piyasa) veya "neticenin meydana geldiği yer" gibi bağlama noktalarının yerini yerleşim yeri bağlama noktası almış

⁷⁰ Ahrens, CR 2000, s.837.

⁷¹ Gerald Spindler / Markus Fallenböck, "Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich", ZfRV 2002, s.220.

⁷² Peter Mankowski, "Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce Richtlinie", ZVgIRWiss 2001, s.138 vd.

bulunmaktadır⁷³. Yazara göre yine, milletlerarası özel hukuk, internetin en önemli hukuki sorunlarından biridir ve milletlerarası özel hukuktan bahsetmeden internetin doğurduğu hukuki sorunlardan bahsetmek mümkün değildir. Bir işletmenin yerleşim yeri, modern milletlerarası özel hukukun yani Avrupa menşeli kanunlar ihtilafı hukukunun artık klasik bağlama noktalarından biridir ve yerleşim yeri kavramı, kanunlar ihtilafı hukuku bilgisi olan herkeste bu yönde bir çağrışım yaratmaktadır. Ayrıca, E-Tic.Yön.m.3/1 hükmüne, televizyon yayınlarına ilişkin yönergenin m.2/1 hükmü örnek teşkil etmiştir ve örnek teşkil eden bu hüküm bir kanunlar ihtilafı kuralıdır.

Diğer taraftan, E-Tic.Yön.'nin ekinde, sözleşme taraflarının, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünün, m.3'teki yerleşim yeri prensibinin bir istisnasını oluşturduğunun düzenlenmiş olması da, m.3/1 hükmünün bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu göstermektedir⁷⁴. Gerçekten E-Tic.Yön.m.3/3 hükmüne göre, yerleşim yeri prensibinin istisnalarından olarak, "tüketici sözleşmelerine ilişkin sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin" ve "tarafların, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünün" sayılmış olması, bu kuralın bir maddi hukuk kuralı olarak yorumlanmasını oldukça zorlaştırmaktadır. Zira E-Tic.Yön.m.1/4 hükmündeki ifade esas alındığında, m.3/1-2 hükümlerinin kanunlar ihtilafı kurallarına dokunmuyor olması gerekir. Buna göre, yerleşim yeri prensibi, kanunlar ihtilafı kuralı niteliği taşıyor ve bu kurallara dokunmuyorsa, o zaman zaten uygulanacak olan tüketici sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ve şüphesiz var olan tarafların hukuk seçme özgürlüğü neden yerleşim yeri prensibinin istisnası olarak gösterilsin. Bunların istisna olarak gösterilmiş olması bir tek şekilde açıklanabilir: Yerleşim yeri prensibi, kanunlar ihtilafı kuralıdır⁷⁵.

⁷³ Mankowski, *ZVglRWiss* 2001, s.140-141. Kabul etmek gerekir ki, yerleşim yeri prensibinin amacı gerçekten Mankowski'nin ifade ettiği sebepler olmakla birlikte bu sebepler kuralın neden bir kanunlar ihtilafı kuralı olması gerektiğini açıklamaya yetmemektedir. Yerleşim yeri prensibi bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilmese dahi yukarıda belirtilen amaçların yerine gelmesine hizmet edecek niteliktedir.

⁷⁴ Mankowski, *ZVglRWiss* 2001, s.142-143.

⁷⁵ Lurger/Vallant, *RIW* 2002, s.197; Spindler/Fallanböck, *ZfRV* 2002, s.220.

Ancak yerleşim yeri prensibinin yani m.3/1 düzenlemesinin bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu kabul edildiğinde m.3/2 hükmü nasıl açıklanacaktır? Zira m.3/2'ye göre üye devletler düzenlenmiş alana giren sebeplerle başka bir üye devletten bilgi toplumu hizmetlerinin sunulmasını kısıtlayamayacaklardır. Halbuki, m.3/1 hükmü bir kanunlar ihtilafı kuralı ise yani uygulanacak hukuk olarak yerleşim yeri hukukunu gösteriyor ise, zaten istisnalar haricinde her durumda yerleşim yeri hukuku uygulanacak demektir ve m.3/2 hükmü gereksiz bir hüküm olacaktır. İşte Mankowski'ye göre, m.3/1'in bir kanunlar ihtilafı kuralı olması, m.3/2'yi anlamsız kılmamaktadır. E-Tic.Yön.m.3/2 yine de kendi başına bir anlam taşımaktadır. Bu anlam kendisini "müdahaleci normlar"⁷⁶ alanında göstermektedir. Buna göre m.3/3-4'te yerleşim yeri prensibinin istisnaları gösterilmiştir ve m.3/2'nin anlamı, m.3/3-4'te belirtilenlerin haricinde müdahaleci normlar sebebiyle yerleşim yeri prensibinin uygulanmayıp özel bağlama kurallarının uygulanmasının önlenmesidir⁷⁷. Yani bu görüşe göre, üye ülke hukukuna göre müdahaleci norm niteliğinde olan bir hüküm, E-Tic.Yön.m.3/3-4'teki istisnalardan birine girmiyorsa, bu müdahaleci normun uygulanarak başka bir üye devletten sunulan bilgi toplumu hizmetlerinin kısıtlanması, E-Tic.Yön.m.3/2 düzenlemesi sebebiyle mümkün değildir.

Karşı görüşte olan Spindler'e göre ise, m.3 hükmü bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak vasıflandırılırsa, istisnalar dışında her zaman yerleşim yeri devletin maddi hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Halbuki m.3/2 hükmü açıkça, bir üye devletin, düzenlenmiş alanda, yönergede ifade edilen istisnaların dışında bir sebeple başka bir

⁷⁶ "Müdahaleci normlar, özel hukuk ilişkilerine etkili, kamu menfaati gözetken emredici hükümler olarak belirlenmektedir. Bunlar kamu hukukuna ait sevk ve idare tedbirlerini ihtiva etmektedirler. Kamu hukukunda yer alması gerekli değildir; kamu menfaati ağırlıklı olması, müdahaleci norm olarak vasıflandırılmasının ölçüsüdür. Müdahaleci normlar, klasik devletler hususi hukuku kaidelerinden bağımsız olarak, kendi uygulama alanlarını yine bizzat tayin ederler. Bu uygulanma isteği, ya açık bir hüküm ile belirlenir ya da müdahaleci normun hizmet ettiği menfaatten hareketle kendisini belli eder. Özetle, devletler hususi hukukunda, belirli olay veya ilişkinin niteliğinden hareketle, uygulanacak maddi hukuk kaidesi tespit edilir. Buna mukabil, müdahaleci normlar alanında, bizzat kanun hükmünden hareketle onun uygulama alanı çizilmeye çalışılır", (Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta, 1998, s.56). Müdahaleci normlar, çeşitli hukuk alanlarında bulunabilmekle beraber, genellikle döviz ve dış ticaret hukukunda yer alan yasaklar, para ve kartel kanunlarıyla akit yapma serbestisine getirilen sınırlanmalar bunların tipik misallerini teşkil eder. Ayrıca özellikle tüketici hukukunda tüketicinin, iş hukukunda işçinin korunmasına ilişkin kanuni düzenlemelerde ve Türk hukukunda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun hükümlerinin uygulanmasında, müdahaleci normlar fazlasıyla görülmektedir, (Nomer, a.g.e., s.272).

⁷⁷ Mankowski, **ZVgIRWiss** 2001, s.143.

üye devletten sunulan hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlamayacağını belirtmiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki, m.3 hükmü yerleşim yeri hukukuna bir atıfta bulunmamakta tam tersine sadece bir kısıtlama yasağı getirmektedir. Yerleşim yeri devletin maddi hukuk kurallarının her durumda uygulanması gerektiğine ilişkin bir prensip m.3/1,2 hükümlerinde bulunmamaktadır. Bu hükümlere göre yerleşim yerinin maddi hukuk kuralları, muhatap devlet hukukunun hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlayıp kısıtlamadığının tespitinde ölçü olarak (Prüfungsmaßstab) kullanılacaktır. Şu halde, muhatap devlet hukuku, yerleşim yeri hukukuna göre daha hafif veya aynı standarda sahipse yerleşim yerinin maddi hukukuna atıf gündeme gelmeyecek, muhatap devletin milli hukuku uygulanacaktır⁷⁸. Yok eğer yerleşim yeri hukukuna uygun sunulan bir hizmet, muhatap devlet hukukuna aykırılık teşkil ediyorsa işte o zaman m.3/2'deki kısıtlama yasağı devreye girecek ve muhatap devlet hukuku söz konusu hizmeti kısıtlamayacaktır. Mesela AB içerisinde Almanya en katı, Portekiz ise en liberal haksız rekabet rejimine sahip üye ülkelerdir. Almanya'da yerleşik bulunan ve hizmetlerini Portekiz'e de sunan bir web sitesinin içeriğinin haksız rekabet oluşturduğu iddiasıyla Portekiz'de (muhatap devlette) açılan davada mahkeme, eğer söz konusu içerik Portekiz hukukuna (veya duruma göre Portekiz kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka) göre haksız rekabet teşkil etmiyorsa, yerleşim yeri olan Alman hukukuna göre haksız rekabet teşkil etse bile, yerleşim yeri hukukunu değil kendi hukukunu uygulayacaktır. Tam tersi durumda ise Portekiz'de yerleşik bulunan bir hizmet sağlayıcısının web sitesi, Alman hukukuna göre haksız rekabet teşkil ediyorsa Alman hakimi, yerleşim yeri hukukunu ölçü olarak alacak ve somut olay Portekiz hukukuna göre haksız rekabet teşkil etmiyorsa Alman hakimi de haksız rekabete hükmedemeyecektir. Ne var ki, Portekiz hukukuna göre de bir haksız rekabet söz konusu ise, ancak o zaman Alman hakimi haksız rekabeti kabul edebilecektir.

Şu halde bu görüşe göre yerleşim yeri prensibi iki aşamalı bir usulü gerektirmektedir. İlk olarak kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak olan hukuk tespit edilecektir, (tabiatıyla bu hukuk hakimnin milli hukuku olabileceği gibi başka bir yabancı hukuk da olabilir). Tespit edilen bu hukuka bir aykırılık söz konusu değilse bu

⁷⁸ Spindler, ZHR 2001, s.335-336.

hukuk uygulanacaktır. Fakat bu hukuka bir aykırılık söz konusu ise ikinci aşamada dava konusu fiilin yerleşim yeri hukukuna göre caiz olup olmadığı kontrol edilecektir⁷⁹.

Ancak bu noktada, yerleşim yeri prensibinin dogmatik vasıflandırılması konusunda işler yine karışmaktadır. Zira görüldüğü gibi iki aşamadan oluşan ve prensip olarak alan m.3 hükmü kolaylıkla bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak vasıflandırılmamaktadır. Ancak diğer taraftan dava konusu fiilin yerleşim yeri hukukuna göre caiz olup olmadığının kontrol edilmesi ve yerleşim yeri hukukunun ölçü olarak alınarak bu hukuka göre caiz olan fiilin muhatap devletle kısıtlanamaması yani yerleşim yeri hukukun uygulanma alanı bulabileceği bu ikinci aşama nihayetinde kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin bir atf olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰.

İşte Spindler'e göre gönül rahatlığıyla ne bir kanunlar ihtilafı kuralı ne de AB hukukuna ait bir maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilebilecek m.3/1,2 hükümlerinde belirtilen yerleşim yeri prensibi, kanunlar ihtilafı ile Avrupa (AB) maddi hukukunun kendine özgü bir karışımı olarak ortaya çıkmaktadır⁸¹.

Yerleşim yeri prensibinin vasıflandırılmasına ilişkin tartışma uzun süre devam edecek gibi görünse de, belirtmek gerekir ki, doktrinde, E-Tic.Yön.m.3/1-2 hükmünün, yerleşim yerinin maddi hukuk kurallarına atf yapan bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu

⁷⁹ Claudia Ziem, "Spannung, Zulässigkeit nach §1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce Richtlinienentwicklung", *MJR* 2000, s.133. Belirtmek gerekir ki, yerleşim yeri prensibine, maddi hukuk alanında duzeltici bir işlev, bir kontrol görevi yükleyen bu görüş, kanunlar ihtilafı niteliği elverişliliği prensibi ile aynı sonucu doğurmakta yani fiili olarak aynı şeyi ifade etmektedir (Lurger/Vallant, *RiW* 2002, s.198). Gerçekten elverişlilik prensibinin uygulanmasını öngören bir kanunlar ihtilafı kuralı da, somut olayda, uygulanabilecek olan maddi hukuk kurallarının karşılıklı olarak bunnlardan hangisi taraftardan biri veya hukuki ilişki için daha elverişli ise onun uygulanmasını ifade etmektedir. (Mesela tüketici sözleşmelerinde, sözleşmede kararlaştırılan hukuk ile tüketicinin mutat meskeni hukukunun karşılıklı olarak, tüketici için daha elverişli olan hukukun uygulanmasında olduğu gibi, bkz. EGBGB.m.29). Böyle bir anlamın yani elverişlilik prensibinin ise E-Tic.Yön.m.3/1-2 hükümlerinden çıkarılmayacağı belirtilmektedir, (bkz.Lurger/Vallant, *RiW* 2002, s.195).

⁸⁰ Mankowski, *ZVgRWiss* 2001, s.145; Spindler, *ZHR* 2001, s.336.

⁸¹ Spindler, *ZHR* 2001, s.336; Gerald Spindler, "Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip", *NJW* 2002, s.926; Gerald Spindler, "Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstgesetz", *RiW* 2002, s.185; Karş. Spindler/Fallenböck, *ZERV* 2002, s.221.

görüŖüŖü nispeten ağır basmaktadır⁸². Kısaca tekrar etmek gerekirse, bu görüŖüŖe göre, istisnalar haricinde her somut olayda sağlayıcının yerleşim yerinin maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu hukuk her durumda sağlayıcı açısından en elverişli hukuk olmasa bile, onun en yakın olduğu, en iyi bildiğı hukuktur ve bu, sağlayıcıya bütün internet faaliyetlerini bu hukuka uygun olarak tüm üye ülkelere yöneltme imkanı sağlamaktadır. Yani son tahlilde sağlayıcı açısından da en makul çözümdür⁸³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, doktrinde de tartışmasız kabul edildiğı üzere, yerleşim yeri prensibini, sadece maddi hukuk kurallarına yapılmış bir atıf olarak kabul etmek gerekir, yoksa yerleşim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları göz önünde bulundurulmayacaktır. Zira E-Tic.Yön.m.3 kuralının amacı yerleşim yerinin maddi hukuk normlarının uygulanmasıdır. Halbuki, kanunlar ihtilafı kuralları da göz önüne alınırsa oradaki iade veya devam eden atıflar, belirsiz, her olayda başka birçoğ değişik hukukun uygulanmasını gerektirir ve yerleşim yerinin maddi hukuk normları çoğ zaman uygulanma alanı bulamaz ki, yerleşim yeri prensibiyle ulaşılmak istenen bunun tam tersidir⁸⁴.

d. Genel Bilgi Verme Yükümlülüğü:

E-Tic.Yön.'nin 5.maddesinde, AB hukukunca öngörölmüş olan diğer bilgi verme yükümlölüklerine ek olarak, hizmetin kullanıcısı ve yetkili makamlar tarafından kolaylıkla, doğrudan ve sürekli olarak erişilebilecek şekilde hizmet sağlayıcısının şü bilgileri vermesi gerektiğı düzenlenmiştir:

(a) hizmet sağlayıcısının adı;

(b) hizmet sağlayıcısının yerleşik olduğu coğrafi adres;

(c) elektronik posta adresi de dahil olmak üzere, hizmet sağlayıcıya hızlı, doğrudan ve etkili bir şekilde ulaşılmamasını ve onunla iletişim kurulmasını sağlayacak detaylar;

⁸² Lurger/Vallant, RIW 2002, s.192 ve orada dn.35'te zikredilen yazarlar; Mankowski, ZVgIRWiss 2001, s.140vd.; Waldenberger, EuZW 1999, s.298.
⁸³ Spindler/Fallenböck, ZFRV 2002, s.221.
⁸⁴ Ahrens, CR 2000, s.837; Lurger/Vallant, RIW 2002, s.196-197; Mankowski, ZVgIRWiss 2001, s.152-153; Spindler, ZHR 2001, s.337; Spindler/Fallenböck, ZFRV 2002, s.221.

(d) hizmet sağlayıcı ticaret veya benzeri bir kamu siciline kayıtlı ise, kayıtlı olduğu ticari sicil ve sicil kayıt numarası veya bu şekilde teşhis edilmesini sağlayacak eş değer vasıtalar;

(e) faaliyetin bir izin sistemine tabi olduğu durumlarda, ilgili makama ilişkin detaylar;

(f) düzenlenen mesleklerle ilişkin olarak;

- hizmet sağlayıcısının kayıtlı olduğu meslek birliği veya benzeri kuruluş;

- mesleki unvan ve verildiği üye devlet,

- yerleşim yeri olan üye devletteki ilgili mesleki kurallara atıf ve onlara ulaşma vasıtaları;

(g) topluluk hukukunda öngörülmüş bulunan KDV kimlik numarası⁸⁵.

Ayrıca maddenin ikinci bendine göre; bilgi toplumu hizmetlerinin fiyatlarına atıfta bulunduğu durumlarda, bunların açıkça ve belirsizliğe yol açmayacak şekilde özellikle vergi ve teslimat masraflarının dahil olup olmadığını gösterir şekilde belirtilmesi gerekmektedir.

e. Ticari İletişim:

E-Tic.Yön.'nin 2.kısımı "ticari iletişim" başlığını taşımaktadır⁸⁶. Bu kısım altında 6.maddede sağlanması gereken bilgilere; 7.maddede talep edilmemiş ticari iletişime ve 8.maddede ise düzenlenenmiş mesleklerle ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Yönergenin 6.maddesinde, bir bilgi toplumu hizmeti teşkil eden veya onun bir parçasını oluşturan ticari iletişimlerde, topluluk hukukunca öngörülmüş olan diğer bilgi verme yükümlülüklerine ek olarak, şu bilgilerin sağlanması gerektiği düzenlenmiştir:

(a) iletişimin ticari nitelikte olduğu açıkça anlaşılabilir olmalıdır;

(b) adına ticari iletişimin yapıldığı gerçek veya tüzel kişi açıkça anlaşılabilir olmalıdır;

⁸⁵ 17 Mayıs 1977 tarihli 77/388/EEC (O.J.L.145, 13.6.1977) yönergesinin 22(1) maddesinde belirtilen kimlik numarası. Bu yönerge son olarak 1999/85/EC yönergesi ile değişikliğe uğratılmıştır (O.J. L.277, 28.10.1999).

⁸⁶ AB'nin hukuki terminolojisinde, reklam-pazarlama-tanıtım kavramlarının yerine nispeten yeni ve daha geniş bir kavram olarak "ticari iletişim" teriminin kullanılmasına başlandığı göze carpmaktadır, (Maennel, MMR 1999, s.189, dn.13).

(c) indirimler, ilave ve hediyeeler gibi promosyonlu tekliflerin bu nitelikte olduğu açıkça anlaşılabilir olmalıdır ve bunları elde etmek için gereken şartlar kolayca erişilebilir olmalı ve açıkça ve belirsizliğe yer bırakmayacak biçimde sunulmalıdır;

(d) promosyonlu yarışma ve oyunların bu nitelikte olduğu açıkça anlaşılabilir olmalıdır ve bunlara katılma şartları kolayca erişilebilir olmalı ve açıkça ve belirsizliğe yer bırakmayacak biçimde sunulmalıdır.

Talep edilmemiş ticari iletişim başlığını taşıyan 7.maddede, elektronik posta yoluyla talep edilmemiş iletişime cevap veren üye devletlerin, egemenlik alanında kurulmuş olan hizmet sağlayıcılar tarafından yapılan bu tip ticari ilişkilerin, bu nitelikte yani talep edilmeden yapılmış olduğunun, muhataba ulaşır ulaşmaz açıkça ve şüphe götürmez şekilde anlaşılabilmesini temin edici düzenlemeler yapmaları gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, 97/7/EC ve 97/66/EC yönergelerine hâlel gelmeksiniz, üye devletlerin, elektronik posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişim gerçekleştiren hizmet sağlayıcıların, gerçek kişilerin bu tip ticari ilişime muhatap olmak istemediklerini belirttikleri kayıtları (opt-out listelerini) düzenli bir şekilde kontrol ederek, bu taleplere riayet etmelerini sağlayıcı düzenlemeler yapmaları gerektiği düzenlenmiştir.

Düzenlenmiş meslekler başlıklı 8.maddede ise, bir düzenlenmiş meslek mensubu (mesela bir avukat) tarafından, bir bilgi toplumu hizmeti teşkil eden veya onun bir parçasını oluşturan ticari ilişkilerin kullanılmasının, mesleki kurallara, özellikle mesleğin bağımsızlığına ve onuruna, mesleki sırlara ve müşterilere ve meslektaşlara karşı dürüstlük kurallarına, riayet edildiği müddetçe caiz olduğu düzenlenmiştir.

f. Aracı Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu:

Yönergenin 4.kısımında, salt iletim (m.12), caching (m.13) ve hosting (m.14) sağlayan aracı servis sağlayıcılarının sorumluluğu bahsi düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükümlerde kural olarak aracı servis sağlayıcılarının sorumluluğunun kabul edilmediği ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde bunların sorumluluğuna gidilebileceği prensibinin getirildiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, E-Tic.Yön.'nin bu maddelerinde, aracı servis sağlayıcılarının sorumluluğu konusunda, iletilen veya depolanan bilgiye ilişkin olarak genel – yataş bir sorumluluk hali öngörölmüşür⁸⁷. Yani iletilen veya depolanan bilgilere ilişkin olarak bu maddelerde öngörölmüş sorumluluk hali, servis sağlayıcıların yalnızca özel hukuk sorumluluğuna ilişkin olmayıp aynı zamanda ceza ve idare hukukundan doğabilecek sorumluluklarına da ilişkindir.

(1) Salt İletim Sağlayan Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu:

“Salt iletim” başlığını taşıyan 12.maddeye göre: Bir bilgi toplumu hizmetinin, hizmetin kullanıcı tarafından sağlanan bilginin komünikasyon ağına iletiminden veya komünikasyon ağına erişim sağlanmasından ibaret olduğu durumlarda hizmet sağlayıcıları:

- (a) iletimi başlatmıyorsa;
- (b) iletimin alıcısını seçmıyorsa; ve
- (c) iletimin muhtevasını teşkil eden bilgiyi seçmıyor veya değıştirmıyorsa,

iletilen bilgidenden sorumlu değildir.

Bu maddede ifade edilen, salt iletim sağlayan hizmet sağlayıcıları, özellikle, internet erişim sağlayıcıları (internet acces provider), e-posta hizmet sağlayıcıları (mail server) ve chat server’lardır⁸⁸.

(2) Caching Sağlayan Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu:

Bazı web siteleri (veya internetteki başka bazı bilgi kaynakları), çok fazla ragbet görmekte diğer bir deyişle çok fazla ziyaret edilmektedir. Bu durum, yoğun trafik sebebiyle erişimi zorlaştırmakta, yavaşlatmakta hatta bazen imkansızlaştırmaktadır. Böyle durumlarda web sitesinin kayıt edilmiş (depolanmış) olduğu host bilgisayar bu

⁸⁷ Stefan Freytag, “Providerschaft im Binnenmarkt, Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie”, CR 2000, s.604; Maennel, MMR 1999, s.191.
⁸⁸ Freytag, CR 2000, s.606.

İçeriklerini internet üzerinden erişilebilir kılmak isteyen kişiler (içerik sağlayıcılar), çoğu zaman host bilgisayar olarak (yani içeriğin, üçüncü şahıslar tarafından erişilmek üzere kayıtlı bulunduğu bilgisayar olarak) kendi bilgisayarlarını

(3) Hosting Sağlayan Servis Sağlayıcılarının Sorumluluğu:

sorumlu değildir.

bilgiyi çıkartmak veya ona erişimi kesmek üzere harekete geçiyorsa,

kesiminin emredildiğini fiilen öğrenmesi üzerine, vakit kaybetmeksizin depoladığı kesildiğini veya bir mahkeme veya idari makam tarafından böyle bir çıkarılma ve (e) sağlayıcı, bilgimin, iletimin kaynağında ağdan çıkarıldığını veya ona erişimin müdahale etmiyorsa; ve

yaygın bir şekilde kabul edilmiş olan ve uygulanan teknolojilerin kullanılmasına (d) sağlayıcı, bilgimin kullanımını hakkında veri toplamasına ilişkin caiz olan, sektörde edilmek ve uygulamak suretiyle belirlenmiş kurallara uyunuyorsa;

(c) sağlayıcı, bilgimin güncelleştirilmesine ilişkin, sektörde yaygın bir şekilde kabul

(b) sağlayıcı, bilgiye erişime ilişkin şartlara uyunuyorsa;

(a) sağlayıcı, bilgiyi değiştirmiyorsa;

şekilde iletimini sağlamak için depolanmasından:

İşte "caching" başlıklı 13.maddeye göre de: Bir bilgi toplunu hizmetinin, hizmetin kullanıcısı tarafından sağlanan bilgimin iletişim ortamına ağın üzerinden ibaret olduğu durumlarda, hizmet sağlayıcısı bu bilgimin arada ve otomatik olarak ve sınırlı bir süre için, sadece diğer hizmet kullanıcılarına, talepleri üzerine bilgimin daha etkili bir

özel önem taşımaktadır⁸⁹.

sitesinin kopyası olduğu için asıl versiyon değişikçe kopyanın da güncelleştirilmesi karşı etkili bir teknik çözüm oluşturmaktadır. Fakat cach edilen web sitesi, asıl web getirebilmektedir. Caching olarak adlandırılan bu yöntem ağdaki trafik yoğunluğuna sayısını (kopya versiyon sayesinde) artırmakta ve erişimi hızlı ve kolay hale web sitesini kopyalayarak kullanıcıların (istemcilerin) erişmek istediği bu web sitesinin

kullanmazlar. Bu içerik, hosting sağlayan bir internet servis sağlayıcısının bilgisayarında kaydedilir ve içeriğe onun web server'ından erişilebilir. İçerik, servis sağlayıcıya ait bilgisayarda kayıtlı bulunmaktadır ve o isterse içeriği bilgisayarından silebilir veya ona web server'ı üzerinden erişimi engelleyebilir⁹⁰. Fakat içerik üzerindeki gerçek hakimiyet içerik sağlayıcıya aittir. Hosting sağlayıcı, içerik sağlayıcı ile arasındaki sözleşme gereğince içerik sağlayıcıya, belli bir kapasiteye kadar dilediği içeriği bilgisayarında kayıt etme ve onda dilediği değişikliği veya eklemeyi yapma imkanı tanımaktadır. Bu içerik, normal şartlarda içerik sağlayıcının bilgisayarında da kayıtlı bulunmasına rağmen, kullanıcılar (üçüncü kişiler) içerik sağlayıcının kendi bilgisayarından değil hosting sağlayıcının bilgisayarından bu içeriğe ulaşmaktadırlar⁹¹.

İşte “hosting” başlıklı 14.maddeye göre: Bir bilgi toplumu hizmetinin, hizmetin kullanıcısı tarafından sağlanan bilginin depolanmasından ibaret olduğu durumlarda, hizmet sağlayıcısı, hizmetin kullanıcısının talebi üzerine depolanan bilgiden:

- (a) sağlayıcı, yasadışı faaliyet veya bilgiden haberdar değilse ve tazminat talepleri açısından, yasadışı faaliyet veya bilginin anlaşılabilirliği vakıa ve şartlardan haberi bulunmuyorsa; veya
- (b) sağlayıcı, bu bilgiyi edinmesi veya durumun farkına varması üzerine, bilgiyi kaldırmak veya ona erişimi engellemek için vakit kaybetmeksizin harekete geçiyorsa, sorumlu değildir. Bu şekilde hosting sağlayıcısı durumundaki servis sağlayıcının maddede belirtilen şartlarla sorumlu olmayacağı ilkesi belirtildikten sonra, bu maddenin ikinci bendinde, hizmetin kullanıcısının yani içerik sağlayıcının hosting sağlayanın otoritesi veya kontrolü altında olduğu durumlarda birinci bendin uygulanmayacağı yani depolanan bilgiden sorumsuzluk ilkesinin artık geçerli olmayacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

Ayrıca yönergeyle, yukarıda incelediğimiz her üç maddenin de son fıkrasında getirilen düzenlemeye göre, bu maddelerde kabul edilmiş olan hizmet sağlayıcılarının

⁹⁰ Reed, a.g.e., s.17.

⁹¹ Reed, a.g.e., s.18.

sorumsuzluğu ilkesi, mahkemelerin veya idari makamların, hizmet sağlayıcıdan bir tecavüzün sona erdirilmesini veya önlenmesini isteme imkanını etkilememektedir.

g. Elektronik Yollarla Sözleşmelerin Kurulması⁹²:

(1) Genel Olarak:

Yönergenin “elektronik yollarla sözleşmelerin kurulması” başlığını taşıyan 3. kısmında ilk olarak üye devletlere, elektronik sözleşmelerin kurulmasını mümkün kılma ve bunun önündeki hukuki engelleri kaldırma yükümlüğü getirilmektedir.

Gerçekten yönergenin 9.maddesine göre “üye devletler kendi hukuk sistemlerinin, sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulmasını mümkün kılmasını sağlayacaklardır”. Üye devletler özellikle, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hukuk kurallarının elektronik sözleşmelerin kullanılmasına engel teşkil edici olmamasını ve bu sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulmuş olmaları gerekçesiyle hukuki etki ve geçerlilikten yoksun bırakılmamasını sağlayacaklardır. Bu maddenin 2. bendinde getirilen düzenlemeyle, üye devletlere, bazı sözleşmeler bakımından, 1. bentte öngörülen hükümden ayrılabilme imkanı da tanınmıştır. Buna göre üye devletler şu sözleşmelerin elektronik olarak kurulamayacağını öngörebilirler: (a) Kira hakları dışında, gayrimenkuller üzerinde hakların doğumuna veya devrine ilişkin sözleşmeler; (b) hukuken mahkemelerin, resmi makamların veya kamu otoritesini kullanan mesleklerin katılımını gerektiren sözleşmeler; (c) kefalet sözleşmeleri ve ticari veya mesleki faaliyetleri dışındaki amaçlarla hareket eden kişiler tarafından verilmiş olan teminatlara ilişkin sözleşmeler; (d) aile veya miras hukuku alanına giren sözleşmeler.

Yönergenin 5.maddesinde genel nitelikli olarak ve 6.maddesinde ticari iletişim için öngörülmüş olan, hizmet sağlayıcılar tarafından verilmesi gereken bilgilere ilişkin yükümlülöklere ek olarak 10.maddede de, elektronik sözleşmelerin kurulması aşamasında verilmesi gereken bilgiler düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu

⁹² Bu ifade yönergenin Almanca metninde kullanılmıştır, (“Abschluß von Verträgen auf elektronischem Weg”, Abl. L 178/1 vom 17.07.2000). İngilizce metinde ise Yönergenin 3. kısmı, “elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmeler” (“contracts concluded by electronic means”) başlığını taşımaktadır.

maddede, topluluk hukukunca öngörölmüş olan diğler bilgi verme yükümlölüklerine ek olarak ve tüketici olmayan taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bilgi toplumu hizmeti sağlayıcılarının en azından aşğıdaki bilgileri, hizmetin kullanıcısının siparişı vermesinden önce açık, anlaşılır ve şüphe götürmez bir şekilde vermeleri gerektiğı düzenlenmiştir. Buna göre, bilgi toplumu hizmeti sağlayıcılarının, siparişin verilmesinden önce şu bilgileri vermeleri gerekmektedir: (a) Sözleşmenin kurulması için takip edilecek olan teknik aşamalar; (b) kurulacak sözleşmenin, hizmet sağlayıcı tarafından kaydedilip kaydedilmeyeceğı ve erişilebilir olup olmayacağı; (c) girdi hatalarının (input errors), siparişin verilmesinden önce belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlar; (d) sözleşmenin kurulması için başvurulabilecek diller. Bunların yanında, tüketici olmayan taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, hizmet sağlayıcıları, tabi oldukları davranış kurallarını ve bu kurallara elektronik olarak ulaşma imkanlarını da belirtmek zorundadırlar (m.10/2).

Ancak yukarıdaki yükümlölükler, tamamıyla elektronik posta değışimi veya benzer bireysel iletişim yoluyla kurulan sözleşmelere uygulanmayacaktır (m.10/4).

E-Tic.Yön. m.10 ve 11 düzenlemeleri ile elektronik sözleşmelere ilişkin hükümler getirilmiş olmakla birlikte, bu hükümler sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel kuralları değıştiren ilkeler ihtiva etmemektedir. Yönergenin tasarı aşamasında⁹³ planlanan sözleşmelerin kurulmasına ilişkin detaylı hükümler ve özellikle sözleşmenin kurulması anına ilişkin geleneksel kuralı değıştiren düzenleme, yönergenin kabul edilen son halinde yer almamıştır⁹⁴. E-Tic.Yön.m.11 hükmüne göre, tüketici olmayan taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, hizmet sağlayıcı, kullanıcının siparişinin ulaştığını gecikmesiz olarak ve elektronik vasıtalarla teyit etmelidir ve girdi hatalarının düzeltilebilmesini sağlayan teknik imkanlar sunmalıdır⁹⁵ (sadece e-posta veya benzeri bireysel iletişim yoluyla kurulan sözleşmelerde bu hüküm uygulanmaz, m.11/3). Sipariş

⁹³ Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, (1999/C, 30/04) O.J. C. 30/4, 5.2.1999.

⁹⁴ Bu bakımdan Kırca tarafından ileri sürölen, elektronik ticaret yönergesinin 11.maddesinin, sözleşmelerin kabul ile kurulmasına ilişkin temel kuraldan ayrıldığına ve yönergeye göre sözleşmenin kurulması için, kullanıcının kabul beyanının öneride bulunan tarafından kendisine ulaştıktan sonra onaylanması ve tekrar kullanıcıya gönderilmesi gerektiğı yönündeki ifade, (Kırca, **BATİDER** 2000(4), s.114-115), 11.maddenin son hali için değıl tasarındaki hali için doğrudur.

⁹⁵ Bu yükümlölüklerin maddi hukuk bakımından sonuçları hemen aşğıda ayrıca incelenecektir.

ve teyit, muhatabı olan tarafça erişilebilir olduğu anda ulaşmış/alınmış sayılır (m.11/1). Açıkça görüldüğü gibi bu maddeyle hizmet sağlayıcıya sadece bir teyit yükümlülüğü getirilmekte ve sipariş ve teyidin muhatapça erişilebilir olduğu anda muhatabına varmış sayılacağı prensibi belirtilmektedir. Halbuki yönerge kabul edilmeden önceki tasarıda bu madde ile farklı bir düzenleme getirilmiş ve sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağına, yani sözleşmenin kurulma anına ilişkin bir prensip öngörülmüş bulunmakta idi. Gerçekten 11.maddenin tasarıdaki halinde, sözleşmenin şu aşamaların sonunda kurulmuş olacağı esası öngörülmüş idi: İlk olarak hizmet sağlayıcının kural olarak web sayfası üzerinden yaptığı bir öneri; daha sonra hizmet kullanıcısının mouse tıklamak gibi teknolojik vasıtalarla gerçekleştirdiği kabul; bu kabulün teyidi, yani hizmet sağlayıcı tarafından kabulün teyit edildiğinin elektronik olarak kabul beyanında bulunan hizmet kullanıcısına bildirilmesi; ve nihayet bu teyidin hizmet kullanıcısı tarafından teyit edilmesi. Tüketiciyi koruyucu olduğu gerekçesiyle düşünülmüş olan ve sözleşmenin “kabul” ile kurulmasına ilişkin klasik kuraldan ayrılan tasarıdaki bu düzenleme, tüketicinin lehine değil aleyhine olduğu, teyidin teyidi gibi saçma bir aşama getirdiği gerekçeleriyle şiddetli eleştirilere uğramıştır⁹⁶. Nihayet yönergenin kabul edilen halinde bu yönde bir düzenleme yer almamış, yani sözleşmenin kurulmuş olduğu ana ilişkin özel bir hüküm getirilmemiştir.

Sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel kurallar değişmemekle birlikte yönerge, elektronik sözleşmenin bir tarafını oluşturan sağlayıcıya çeşitli yükümlülükler yüklemiş bulunmaktadır. Bu yükümlülükler yukarıda değindiğimiz 10.maddede öngörülmüş olan sözleşme öncesi “bilgilendirme yükümlülüğü” ile 11.maddede öngörülmüş olan, “siparişin ulaştığının teyidi” ve “girdi hatalarının düzeltilebilmesi için teknik imkanlar sağlama” yükümlülükleridir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin uygulama alanı çoğunlukla web sayfaları üzerinden sunulan ürünlere ilişkin sözleşmelerle sınırlıdır ve internet üzerinden akdedilen tüm elektronik sözleşmeleri kapsamamaktadır. Gerçekten, sadece karşılıklı e-posta değişimi veya ona eş değer bireysel iletişim yollarının kullanılması suretiyle akdedilen sözleşmeler yönergenin bu hükümlerinin kapsamına girmemektedir (E-

⁹⁶ Hoeren, MMR 1999, s.198-199.

Tic.Yön.m.10/4 ve m.11/3). Salt e-posta değişimi gibi bireysel iletişim yollarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler kapsam dışı bırakıldığına göre bu hükümlerin uygulama alanı (yani bu yükümlülöklere uyma zorunluluğu), bir işletmenin yani sağlayıcının elektronik iletişim yoluyla sınırsız sayıdaki muhtemel (potansiyel) müşteriye yöneldiği ve mesela internette bir web sitesi üzerinden ürünlerinin sunumunu yaparak müşterilerin yine internet üzerinden bireysel siparişlerini vermelerine imkan sağladığı durumları kapsamaktadır⁹⁷. Ancak kapsam dışı bırakılan durumun, sözleşmenin kurulmasında münhasıran e-posta değişiminin veya benzerlerinin kullanılarak bireysel iletişim yoluyla sözleşmenin kurulması durumu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan ürünlerini bireysel olarak değil web sayfası üzerinden umuma sunan bir sağlayıcının, müşterilerine siparişlerini e-posta olarak gönderme imkanı da tanınması veya web sayfası üzerinden ulaşan siparişleri kabul ettiğini e-posta yoluyla bildirmesi, E-Tic.Yön.m.10-11 hükümleri kapsamına girmektedir. Yoksa iletişimin bir aşamasında e-posta kullanılması sebebiyle sağlayıcının bu yükümlölöklölerden kurtulması söz konusu değildir.

Şimdiye kadar sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hukuk dogmatiğinde bulunmayan ve E-Tic.Yön. ile öngörölümüş olan siparişin ulaştığının teyidi yükümlölöğünün ve girdi hatalarının düzeltilebilmesi için teknik imkanlar sağlama yükümlölöğünün özel olarak incelenmesinde fayda görmekteyiz.

(2) Siparişin Ulaştığının Elektronik Yollarla Teyidi Yükümlölöğü:

E-Tic.Yön.m.11/1'e göre, kullanıcının siparişini elektronik yollarla⁹⁸ verdiği durumlarda, tüketici olmayan taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça sağlayıcı, kullanıcının (müşterinin) siparişinin ulaştığını gecikmesiz olarak ve elektronik vasıtalarla teyit etmek yükümlölöğü altında bulunmaktadır.

⁹⁷ Heinrich Dörner, "Rechtsgeschäfte im Internet", AcP 2002, s.376.

⁹⁸ Yönergenin İngilizce metninde "teknolojik yollarla" ifadesi kullanılmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, teyit yükümlülüğünün yerine getirilmesi siparişin, yani irade beyanının ulaşmasının veya sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının bir koşulu değildir⁹⁹.

Teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin doğuracağı hukuki sonuçları, ulaşan siparişin bir öneri ya da öneriye davet teşkil etmesine göre incelemekte fayda bulunmaktadır.

Web sayfasının bir öneriye davet niteliği taşıdığı durumlarda, kullanıcının siparışı öneriyi oluşturacak ve sağlayıcı bu durumda önerinin ulaşmış olduğunu teyit edecektir. Şüphesiz sağlayıcı, önerinin ulaştığına ilişkin teyitle birlikte kabul beyanında da bulunabilir. Fakat teyit, sadece kullanıcının irade beyanının (siparişinin) ulaştığına ilişkin bilginin verilmesinden ibaret olup, sağlayıcının irade beyanını teşkil etmemektedir. Yani salt teyit yükümünün yerine getirilmesi, sağlayıcının kabulü olarak nitelendirilemeyecektir¹⁰⁰. Teyit beyanı, teknik olarak sağlayıcının bilgisayarındaki basit bir otomatik cevaplama programı sayesinde derhal verilebileceği için, sağlayıcının daha geç bir beyanı artık “gecikmesiz” bir teyit olarak nitelendirilemeyecektir¹⁰¹. Otomatik yani gecikmesiz teyit herhangi bir sebeple gerçekleşmemekle birlikte, önerisiyle bağlılık süresi bitmeden sağlayıcının kabul beyanı kullanıcıya ulaşırsa veya sağlayıcı, doğrudan ifaya girerek sipariş edilen dijital ürünü internet üzerinden kullanıcının bilgisayarına yüklemeye başlarsa, artık teyit, anlam ve amacını yitireceği için teyit yükümlülüğünün ortadan kalktığı söylenebilir¹⁰². Fakat siparişin ulaştığına dair gecikmesiz bir teyidin gerçekleşmemesi durumunda kullanıcı, siparişinin herhangi bir sebeple sağlayıcıya ulaşmadığını, zira ulaşıyorsa sağlayıcının hukuka uygun olarak davranacağını ve bunu teyit edeceğini düşünerek aynı veya başka bir sağlayıcıya yeni bir siparişte bulunmuş olabilir. Böyle bir çifte sipariş ise sağlayıcının teyit yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesinden kaynaklanmış olacaktır. Bu durumda tüketici olmadığı için veya sipariş edilen ürün geri alma hakkının

⁹⁹ Dörner, AcP 2002, s.377. Bu bakımdan Gezder tarafından ileri sürülen, “sözleşme ancak kullanıcı bu bildiriye aldığı zaman yürürlüğe girebilecektir” görüşüne (Gezder, a.g.e., s.128) katılamıyoruz.

¹⁰⁰ Gezder, a.g.e., s.129.

¹⁰¹ Dörner, AcP 2002, s.378.

¹⁰² Dörner, AcP 2002, s.378.

kullanılamayacağı istisnalardan birini oluşturduğu ya da geri alma süresini kaçırdığı için mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin kurallar çerçevesinde geri alma hakkına sahip bulunmayan kullanıcı, çifte sipariştten kaynaklanan zararını culpa in contrahendo sebebiyle sağlayıcıdan talep edebilecektir¹⁰³.

Web sayfasının bir öneri niteliği taşıdığı durumda ise kullanıcının siparişi kabul beyanını oluşturmakta ve bu beyanla birlikte sözleşme kurulmuş olmaktadır. Bu durumda sağlayıcı, siparişin ulaştığı hususu ile birlikte sözleşmenin kurulmuş olduğunu da teyit etmektedir. Gecikmesiz teyidin gerçekleşmemesi durumunda kabul beyanının ulaşmadığını düşünen ve yeni bir kabul beyanıyla ikinci bir sözleşme kuran kullanıcı yukarıda belirttiğimiz gibi bu sözleşmeler bakımından geri alma hakkına sahip bulunmuyor olabilir. Bu durumda da, teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kullanıcının ikinci sözleşme sebebiyle uğradığı zarardan sağlayıcı sorumlu olacaktır¹⁰⁴.

Görüldüğü gibi, teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda kullanıcının uğradığı zarardan, culpa in contrahendo sebebiyle sağlayıcının sorumluluğu, web sayfasının öneri veya öneriye davet niteliği taşıması durumlarına göre bir değişiklik arz etmemektedir.

(2) Girdi Hatalarının Düzeltilmesi İmkanı Sağlama Yükümlülüğü:

E-Tic.Yön.m.11/2'ye göre, tüketici olmayan taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça sağlayıcı, siparişin verilmesinden önce kullanıcıya, girdi hatalarının tespit edilmesini ve düzeltilmesini mümkün kılan uygun, etkili ve erişilebilir teknik imkanlar sağlama yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu yükümlülük her internet kullanıcısının kolaylıkla düşebileceği hataların bertaraf edilmesine önemli katkı sağlayacak niteliktedir.

¹⁰³ Dörner, AcP 2002, s.379.

¹⁰⁴ Dörner, AcP 2002, s.379.

Örneğin bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, halihazırda web sayfalarında yaygın olarak uygulanan bir yöntemle mümkün olmaktadır. Bu yöntemde sipariş formu, kullanıcı tarafından tamamıyla doldurulduktan sonra, fakat nihai olarak sağlayıcının server'ına gönderilmeden veya işleme konmadan önce, kullanıcıya tekrar gösterilmekte ve kullanıcıdan girmiş olduğu bilgileri kontrol ederek, yanlışlık varsa düzeltilmesi ve bu bilgileri kabul ettiğini nihai olarak bildirerek formu göndermesi istenmektedir. İşte formun tekrar kullanıcıya gösterilmesi ve gerekli uyarıda bulunulması, girdi hatalarının düzeltilmesi imkanı sunduğu gibi kullanıcının yanlışlıkla hiç istemediği bir siparişte bulunmasını da engelleyebilmektedir.

Sağlayıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, hataen hiç istemediği veya istediğinden farklı bir siparişte bulunan kullanıcı, (BK.m.26'ya rağmen) herhangi bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmaksızın hata hükümlerine dayanabilecektir¹⁰⁵. Kullanıcının bir tüketici olması ve mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin kurallar çerçevesinde geri alma hakkına sahip olması durumunda ise, çoğu zaman hata hükümlerine dayanmaya zaten gerek kalmayacaktır.

2. Elektronik İmza Yönergesi (1999/93/EC):

a. Genel Olarak:

Elektronik ticaretin gelişmesi, elektronik ortamda girilen hukuki işlemlerin hukuki etkiden yoksun olmamasına, diğer bir deyişle elektronik verilerin mahkemelerde delil olarak ileri sürülebilmesine ve geçerlik şartına bağlı olan işlemlerin elektronik ortamda da geçerli bir şekilde yapılabilmesine bağlıdır. Bunun gerçekleşmesi ise e-imzanın hukuken tanınmasını ve elle atılmış bir imza ile eş değer kılınmasını gerektirmektedir.

¹⁰⁵ Dörner, AcP 2002, s.380-381.

Bu hususta AB, üye devletlerin farklı esaslara dayanan düzenlemelere gitmelerini engellemek ve topluluk bünyesinde elektronik iletişimin güvenli ve genel kabul görececek bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak üzere, elektronik imzalara ilişkin hukuki çerçeveyi belirleyen ve 19 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren elektronik imza yönergesini (E-İmza Yön.) kabul etmiş bulunmaktadır¹⁰⁶.

E-İmza Yön., milli hukuklarca düzenlenmiş olan, sözleşmelerin kurulması, geçerliliği ve ifasına ilişkin konuları kapsamamaktadır¹⁰⁷. Bu düzenleme ile, hızla gelişen elektronik ticaretin doğurduğu ihtiyaç karşısında özel hukuk açısından e-imzaların tanınması amaç edinilmiş ve ayrıca e-imzaların milli idareler veya topluluk idareleri içerisinde kamusal alanda ve bu idareler ile vatandaşlar veya iktisadi katılımcılar arasındaki iletişimlerde de (mesela, kamu ihaleleri, vergi, sosyal güvenlik, sağlık veya adalet sistemleri gibi alanlarda da) kullanılması öngörülmüş bulunmaktadır¹⁰⁸.

b. Elektronik İmza Tanımı ve Çeşitleri:

Yönergede e-imza *“başka bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan ve doğrulama aracı (method of authentication) olarak hizmet veren elektronik veriler”* olarak tanımlanmış bulunmaktadır (E-İmza Yön.m.2/1) .

Görüldüğü gibi yönergede tanımlanan e-imza, dijital imzayı da kapsayan fakat bununla sınırlı olmayıp başka teknikler kullanılarak elektronik yollarla oluşturulan diğer imzaları da içeren genel olarak e-imzadır¹⁰⁹. Böylece, E-İmza Yön. ile de, teknoloji tarafsızlığı prensibi¹¹⁰ benimsenmiş olmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁶ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures; O.J. No. L. 13/12, 19.1.2000.

¹⁰⁷ E-İmza Yön. m.1/II ve gerekçe no:17.

¹⁰⁸ Gerekçe no:19; E-İmza Yön. m.3/7.

¹⁰⁹ Köhler/Arndt, a.g.e., s.50. Yönergeden önceki, 22.7.1997 tarihli eski Alman düzenlemesi ise, yüksek güvenilirlik derecesini ön planda tutarak sadece dijital imzayı konu almakta idi, bkz. Gesetz zur digitalen Signatur, BGBl. 1997 I 1872.

¹¹⁰ E-İmza Yön. düzenlemesindeki tarafsızlık ilkesinin, Amerikan E-Sign Act düzenlemesindeki tarafsızlık ilkesinden oldukça farklı olduğunu belirtmiştik. Bkz. yukarıda II,B,4.

¹¹¹ Bianka Sofie Dörr, *Elektronische Signaturen und Haftung der Anbieter von Zertifizierungsdiensten*, Zürich, 2002, s. 54.

Ancak yönergenin düzenlemesi içerisinde e-imzaların güvenlik ve güvenilirlik derecesi de göz önünde bulundurulmuş ve e-imza hiyerarşik olarak üç ayrı kategoriye ayrılmıştır¹¹².

- Genel olarak e-imza (basit e-imza),
- Gelişmiş e-imza, ve
- Yönerge m.5/1'deki şartları taşıyan gelişmiş e-imza. Yani, nitelikli bir sertifikaya dayanan ve bir güvenli imza yaratım aracı vasıtasıyla oluşturulmuş gelişmiş e-imza. Bu imzayı kısaca “nitelikli-gelişmiş e-imza” olarak ifade edebiliriz¹¹³.

E-İmza Yön. m.2/1'deki tanım kapsamına giren, yani bir elektronik veriyle ilişkili olan ve doğrulama aracı olarak hizmet veren her elektronik veri, güvenilirlik derecesi ne olursa olsun e-imza kavramına girmektedir.

Ancak E-İmza Yön. m.2/2'ye göre, e-imza niteliğindeki bir elektronik verinin gelişmiş e-imza olarak kabulü için şu şartları taşıması gerekmektedir:

- (1) Sadece imzalayana¹¹⁴ bağlı olmak;
- (2) İmzalayanın kim olduğunu belirlemeye imkan verir olmak;

¹¹² Alexander Tettenborn, “Die Novelle des Signaturgesetzes”, CR 2000, s. 687.

¹¹³ İşte bazı yazarlar, bu düzenleme şekli itibarıyla yönergede benimsenen tarafsızlık prensibinin yanıltıcı olduğu ve görünüşte kaldığı düşüncesindedirler. Bu yazarlara göre, e-imza tanımı, imza yaratım ve doğrulama verileri açısından pratik olarak hiçbir önem arz etmeyen genel düzenleme tarzı, teknoloji tarafsızlığı anlamına gelmemektedir. Buna karşılık pratik olarak önem arz eden ve gerek şartları gerekse hukuki etkisi bakımından ayrı olarak düzenlenen gelişmiş e-imza ve nitelikli-gelişmiş e-imza kavramları ve yönergenin eklerinde belirtilen şartlar, isim olarak belirtmese bile, açık anahtar altyapısına dayanan dijital imzayı tanımlamakta ve düzenlemektedir. Bu bakımdan yönergede teknoloji tarafsızlığından bahsedilemez. Yönergede esas olarak dijital imza düzenlenmiştir ve gelecekte kullanıma girecek farklı teknolojilerin ayrıca düzenlenmesi gerekecektir, (Dörr, a.g.e., s.55). Kanaatimizce böyle kesin bir yargıya varılamaz. Yönergede gelişmiş e-imza ve nitelikli-gelişmiş e-imza için aranan şartlar, bugün için yalnız dijital imza teknolojisi ile gerçekleştirilebiliyor olsa bile, bu şartları karşılayan farklı teknolojilerin kullanılmasını engelleyecek nitelikte değildir. Nitekim yönergedeki şartları taşıyan bir biyometrik imzanın, gelişmiş e-imza olarak nitelendirilmesine bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık E-İmza Yön. ile benimsenen tarafsızlık prensibinin Amerikan E-Sign Act düzenlemesine göre oldukça farklı olduğu ve oradaki tarafsızlık prensibine kıyasla oldukça dar olduğu da bir gerçektir.

¹¹⁴ E-İmza Yön.m.2/3'te “**imzalayan**, imza yaratım aracını elinde bulunduran ve kendi adına veya temsil ettiği gerçek veya tüzel kişi ya da kurum adına hareket eden kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda geçen **imza yaratım aracı** m.2/5'te “imza yaratım verisini oluşturmak için kullanılan konfigüre yazılım (software) veya donanım (hardware)” olarak ifade edilmiş, nihayet **imza yaratım verisi** ise m.2/4'te “şifreler veya özel kriptografik anahtarlar gibi, imzalayan tarafından elektronik imzanın yaratılması için kullanılan emsalsiz veriler” olarak tanımlanmıştır.

- (3) İmzalayanın yalnız kendi kontrolü altında tutabileceği araçların kullanımı suretiyle oluşturulmuş olmak;
- (4) İlişkili olduğu verilere, verilerde sonradan yapılan değişikliklerin anlaşılmasını sağlayacak şekilde bağlı olmak.

Nitelikli-gelişmiş (yani E-İmza Yön.m.5/1'deki şartları taşıyan) e-imzadan bahsedebilmek için ise;

- (1) İmzanın ilk olarak, gelişmiş e-imza olması gerekmektedir;
- (2) Bu gelişmiş imza nitelikli bir sertifikaya dayanmalıdır. Yani yönerge Ek.1'deki¹¹⁵ şartları taşıyan bir sertifika, Ek.2'deki¹¹⁶ şartları haiz bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilmiş olmalıdır; ve

¹¹⁵ E-İmza Yön. Ek.1'deki şartlara göre, nitelikli bir sertifika şu bilgileri içermelidir:

- (a) sertifikanın, nitelikli bir sertifika olarak düzenlendiğine dair bir ibare;
- (b) sertifika hizmet sağlayıcısının kimliği ve yerleşik olduğu ülke;
- (c) imzalayanın ismi veya takma adı;
- (d) sertifikanın yönelik olduğu amaca bağlı olarak gerektiğinde imzalayanın özel sıfatı;
- (e) imzalayanın kontrolü altındaki, imza yaratım verilerine tekabül eden imza doğrulama verileri;
- (f) sertifikanın geçerlik süresinin başlangıç ve bitiş tarihi;
- (g) sertifikanın kimlik kodu;
- (h) sertifikayı düzenleyen sertifika hizmet sağlayıcısının gelişmiş elektronik imzası;
- (i) gerektiğinde, sertifikanın geçerlilik alanına ilişkin sınırlamalar; ve
- (j) gerektiğinde, sertifikanın kullanılabileceği hukuki işlemlerin değerine ilişkin sınırlar.

¹¹⁶ E-İmza Yön. Ek.2'deki şartlara göre ise, nitelikli sertifika düzenleyen sertifika hizmet sağlayıcılarının şu şartları yerine getirmesi gerekmektedir:

- (a) sertifika hizmeti sağlamak için gerekli güvenilirliği göstermek;
- (b) hızlı ve güvenli bir rehber hizmeti ve güvenli ve gecikmesiz geri alma hizmetinin işleyişini sağlamak;
- (c) sertifikanın düzenlendiği veya geri alındığı tarih ve saatin kesin olarak belirlenebilmesini sağlamak;
- (d) nitelikli sertifikanın düzenlendiği kişinin kimliği ve gerektiğinde özel sıfatını millî hukuka göre uygun vasıtalarla doğrulamak;
- (e) sağlanan hizmetler için gerekli uzmanlık bilgisine, deneyime ve niteliklere özellikle idari seviyede yeterliliğe, elektronik imza teknolojilerinde uzmanlığa sahip ve uygun güvenlik yöntemlerine aşinalığı olan personel istihdam etmek; ayrıca kabul edilmiş standartlara uygun idari yöntemlerin uygulanması da gerekmektedir;
- (f) değişikliklere karşı korumalı güvenilir sistem ve ürünler kullanmak ve bunlar tarafından desteklenecek işlemin teknik ve kriptografik güvenliğini sağlamak;
- (g) sertifikaların sahteliğine karşı önlemler almak ve sertifika hizmet sağlayıcısının imza yaratım verilerini de meydana getirmesi halinde, bu verilerin meydana getirilmesi işlemi sırasında gizliliği temin etmek;
- (h) özellikle tazminat sorumluluğu riskini taşımak suretiyle yönergede öngörülen şartlara uygun olarak faaliyet göstermek için örneğin uygun bir sigorta temini yoluyla, yeterli mali kaynaklara sahip olmak;
- (i) özellikle yargısal işlemler için sertifikanın ispatını sağlayabilmek amacıyla, nitelikli sertifikaya ilişkin tüm bilgileri uygun bir süre boyunca kaydetmek. Bu kayıtlar elektronik olarak yapılabilir;
- (j) sertifika hizmet sağlayıcısının, anahtar idaresi hizmeti sağladığı kişinin imza yaratım verilerini kaydetmemesi veya kopyalamaması;
- (k) elektronik imzasını bir sertifika ile desteklemek isteyen kişiyle sözleşmesel ilişkiye girmeden önce, bu kişiyi kalıcı iletişim yollarıyla, sertifikanın kullanımına ilişkin kısıtlamalar, ihtiyari akreditasyon sisteminin varlığı ve şikayetlere ve uyuşmazlık çözümüne ilişkin usuller de dahil olmak üzere, sertifikanın kullanımına ilişkin kesin şartlar konusunda bilgilendirmek. Elektronik olarak da iletilebilecek

(3) Bu imza, yönerge Ek.3'deki¹¹⁷ şartları taşıyan bir güvenli imza yaratım aracı tarafından oluşturulmuş olmalıdır.

İşte E-İmza Yön. m.5/1-a hükmü gereğince, sadece *nitelikli-gelişmiş e-imza* elle atılmış bir imza ile hukuken eş değer kılınmıştır¹¹⁸.

c. Elektronik İmzanın Hukuki Etkileri:

E-imzaların hukuki etkilerine ilişkin yönergenin 5/1 maddesinde, nitelikli-gelişmiş e-imzalar, maddi hukuk açısından elle atılmış bir imza ile eş değer ve yargılama hukuku açısından ise delil olarak caiz kılınmış bulunmaktadır.

Nitelikli-gelişmiş e-imzanın hukuki etkisi, 5.madde düzenlemesi çerçevesinde ilk bakışta mutlak ve sorunsuz görünmektedir. Ancak bu maddenin, yönergenin uygulama alanı başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrası ile; 17 no'lu gerekçesi ile ve 21 no'lu gerekçesinin 3.cümlesi ile birlikte değerlendirilmesi göstermektedir ki, yönerge ile üye devletlere nitelikli-gelişmiş e-imzalar da dahil olmak üzere e-imzaların hukuki etkisini

bu bilgi yazılı olmalı ve kolay anlaşılabilir bir dille yapılmalıdır. Bu bilginin önemli bölümleri, bu sertifikaya güvenen üçüncü kişilere de talep üzerine sunulmalıdır;

(l) sertifikaları doğrulanabilir bir şekilde saklamak için güvenilir sistemler kullanmak, ki böylece,

- sadece yetkili kişiler giriş (veri girişi) ve değişiklik yapabilsin,

- bilgiler doğruluğu bakımından kontrol edilebilsin,

- sadece sertifika sahibinin rızasının alınmış olması halinde, sertifikalar umuma açık bir şekilde erişilebilir olsun, ve

- bu güvenlik şartlarına uyulmasını tehlikeye sokacak teknik değişiklikler işletici tarafından görülsün.

¹¹⁷ E-İmza Yön. Ek.3'deki şartlara göre, güvenli bir imza yaratım aracı şu şartları taşımalıdır:

I. (a) imzayı oluşturmak için kullanılan imza yaratım verileri, fiili olarak yalnızca bir kez oluşabilmeli ve bunların gizliliği yeterli derecede sağlanmalıdır;

(b) imzayı oluşturmak için kullanılan imza yaratım verilerinin elde edilememesi yeterli derecede güvenlikle sağlanmalı ve imza güncel teknolojinin kullanılmasıyla sahteciliğe karşı korunmalıdır;

(c) imzayı oluşturmak için kullanılan imza yaratım verileri, meşru imzalayan tarafından, başkalarının kullanımına karşı güvenilir bir şekilde korunabilmelidir; son olarak,

II. imza yaratım araçları, imzalanacak verileri değiştirmemeli ve bu verilerin imzalama işlemi öncesinde imzalayana sunulmasını (imzalayan tarafından görülmesini) engellememelidir.

¹¹⁸ Nitelikli bir sertifikaya dayanan ve bir güvenli imza yaratım aracı vasıtasıyla oluşturulmuş gelişmiş e-imzanın yani nitelikli-gelişmiş e-imzanın, salt gelişmiş e-imza ile aynı şey olduğu, bunların ikisinin de dijital imzayı ifade ettiği ve E-imza yönergesinin 5. maddesinde "gelişmiş e-imzanın" el ile atılan imza ile aynı hukuki değere tabi kılınmış olduğu yolundaki görüş (Sağlam Atabarut, a.g.e., s.160), isabetsizdir. Yukarıda da vurguladığımız gibi gelişmiş e-imza ile nitelikli-gelişmiş e-imza kavramları birbirinden farklıdır ve yönerge ile "gelişmiş e-imza" değil, "nitelikli-gelişmiş e-imza" elle atılmış imzalara eş değer kılınmıştır. Diğer taraftan, "dijital imza" kavramı bir e-imza teknolojisini ifade etmekte iken, gelişmiş e-

belirleme bakımından geniş bir muhtariyet bırakılmış, yani 5.maddenin mutlak düzenlemesi önemli ölçüde sınırlanmış bulunmaktadır¹¹⁹.

Zira, E-İmza Yön. gerekçe no:21/c.3'te açıkça "elektronik belgelerin ve elektronik imzaların kullanılabileceği hukuki alanların milli hukuklarca belirleneceği" ifade edilmiştir. E-İmza Yön.m.1/2'de ise, "*yönergenin, sözleşmelerin kurulmasına ve geçerliliğine ilişkin alanları veya milli hukuk veya topluluk hukuku tarafından öngörülmüş şekil şartlarına ilişkin diğer hukuki yükümlülükleri kapsamadığı gibi, milli hukukta veya topluluk hukukunda bulunan belgelerin kullanımı ile ilgili kural ve kısıtlamaları da etkilemediği*" düzenlenmiş bulunmaktadır.

Uygulama alanı sadece özel hukukla sınırlı olmayan m.5/1 hükmünü, maddi hukuk açısından yönergenin 17 ve 21 no'lu gerekçeleri ve m.1/2 hükmü ile birlikte göz önünde bulundurduğumuzda, üye devletlerin kağıda dayanan yazılı belge kullanımını gerektiren şekil hükümlerini aynen koruma veya değiştirme (yani e-imzaların maddi hukuk açısından geçerliliğini belirleme) konusunda serbest oldukları sonucu ortaya çıkmaktadır¹²⁰. Zira elektronik dokümanların ve e-imzaların kullanılabileceği alanlar milli hukuklarca belirlenebilecektir¹²¹. Şu halde, ancak milli hukuka göre hukukun belli bir alanında elektronik belgelerin kullanımının caiz olması durumundadır ki, o alandaki bir elektronik belgenin nitelikli-gelişmiş e-imza ile imzalanması, imzalanan elektronik belgenin elle imzalanmış bir belge ile aynı hukuki sonuçları doğurmasını sağlayacaktır¹²².

Her ne kadar E-İmza Yönergesine göre üye devletler elektronik belgelerin ve e-imzaların kullanılabileceği alanları belirleme konusunda serbestiye sahip bulunsalar da, özel hukuk açısından bu serbesti AB'nin diğer bir yönergesi ile (E-Tic.Yön. m.9)

imza veya nitelikli-gelişmiş e-imza kavramları, bunları oluşturan teknoloji ile bağlı olmaksızın, e-imzaların güvenlik ve güvenilirlik derecesiyle ilgilidir.

¹¹⁹ Simone R. Pestalozzi / Marc D.Veit, "Elektronische Signaturen: schweizerische Regulierungsansätze im europäischen Umfeld", *AJP* 2000, s.603; Helmut Redeker, "EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht", *CR* 2000, s.458-459.

¹²⁰ Uwe Blaurock / Jürgen Adam, "Elektronische Signatur und europäisches Privatrecht", *ZEup* 2001, s.97-98; Pestalozzi/Veit, *AJP* 2000, s.603.

¹²¹ Gerekçe no:21/c.3.

¹²² Blaurock/Adam, *ZEup* 2001, s.98.

önemli ölçüde sınırlanmış bulunmaktadır. Gerçekten E-Tic.Yön.m.9 hükmüne göre üye devletler kendi hukuk sistemlerinin, sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulmasını mümkün kılmasını sağlayacaklardır. Üye devletler özellikle, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hukuki kuralların elektronik sözleşmelerin kullanılmasına engel teşkil edici olmamasını ve de bu sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulmuş olmaları gerekçesiyle hukuki etki ve geçerlilikten yoksun kalmamasını sağlayacaklardır¹²³. Görüldüğü gibi, E-Tic.Yön. ile, istisnalar saklı kalmak üzere, üye devletlere sözleşmelerin elektronik olarak kurulmasını sağlama mecburiyeti getirilmektedir. Bu sebeple üye devletler bu alanda e-imzaların geçerliliğini kabul edip etmeme hususunda bir serbestiye sahip olmayıp, nitelikli-gelişmiş e-imza ile imzalanmış sözleşmelerin tıpkı elle imzalanmış gibi geçerliliğini tanıma mecburiyetindedirler.

İspat hukuku açısından baktığımızda da, yönerge m.5 hükmü ile, üye devletlere sadece e-imzanın mahkemelerde delil olarak caiz kılınması mecburiyeti getirilmiştir. Yoksa bu imzalara belirli bir ispat gücü atfedilmemiştir ve özellikle nitelikli-gelişmiş e-imza ile imzalanan bir belge, ispat kuvveti açısından elle imzalanmış bir belge ile eş değer kılınmamıştır¹²⁴. 5.maddenin 2.fıkrasında da e-imzaların geçerliliği ve mahkemelerde delil olarak kabul edilebilirliğinin, bu imzaların nitelikli sertifikaya veya akredite bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenen bir sertifikaya dayanıp dayanmamasına ya da güvenli bir imza yaratım aracı tarafından yaratılmış olup olmamasına bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca nitelikli-gelişmiş e-imzaların veya akredite bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenen bir sertifikaya dayanan e-imzaların ispat gücünün diğerlerine göre sağlamaştırılmasına ilişkin bir düzenlemeye de gidilmemiştir.

¹²³ Bu maddenin 2. bendinde getirilen düzenlemeyle, üye devletlere, sadece bazı sözleşmeler bakımından, 1. bentte öngörülen hükümden ayrılabilme imkanı tanınmıştır. Buna göre üye devletler ancak şu sözleşmelerin elektronik olarak kurulamayacağını öngörebilirler: (a) Kira hakları dışında, gayrimenkuller üzerinde hakların doğumuna veya devrine ilişkin sözleşmeler; (b) hukuken mahkemelerin, resmi makamların veya kamu otoritesini kullanan mesleklerin katılımını gerektiren sözleşmeler; (c) kefalet sözleşmeleri ve ticari veya mesleki faaliyetleri dışındaki amaçlarla hareket eden kişiler tarafından verilmiş olan teminatlara ilişkin sözleşmeler; ve (d) aile veya miras hukuku alanına giren sözleşmeler. İşte milli hukuklarca bu çerçevede bir istisna tanınması durumunda, nitelikli-gelişmiş e-imzalar da dahil olmak üzere e-imzaların geçerliliği, ancak istisna edilen sözleşmeler bakımından reddedilebilecektir.

¹²⁴ Wolfgang Kilian, "EG-Richtlinie über digitale Signaturen in Kraft", BB 2000, s.734; Redeker, CR 2000, s.458; Blaurock / Adam, ZEup 2001, s.98.

Şu halde yönerge ile, nitelikli-gelişmiş bir e-imza olsun ya da olmasın, e-imzaların mahkemelerde delil olarak caiz kılınması gerektiği düzenlenmiş, ancak e-imzaların ispat gücü tamamen milli hukuklara bırakılmıştır.

d. Sertifika Hizmetleri:

İlk olarak belirtmek gerekir ki, yönergeye göre üye devletler, sertifika hizmetlerinin sunulmasını önceden izin alma şartına bağlayamayacaklardır (E-İmza Yön.m.3/1).

E-İmza Yön.m.2/9’da “**sertifika**, imza doğrulama verisini bir kişiye bağlayan ve o kişinin kimliğini teyit eden elektronik onay” olarak tanımlanmıştır. Burada ifade edilen “imza doğrulama verisi” ise “şifreler veya açık kriptografik anahtarlar gibi, elektronik imzanın doğrulanması amacıyla kullanılan veri” anlamına gelmektedir (E-İmza Yön.m.2/7).

Yönerge ile sertifika hizmet sağlayıcıları, nitelikli sertifika düzenleyenler ve düzenlemeyenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹²⁵. Ancak sadece, nitelikli sertifikaya dayanan e-imzalar diğer şartları da taşımaları durumunda tıpkı elle atılmış bir imzaya eş değer kılınmış bulunmaktadır (m.5). Bu bakımdan yönerge m.6’da düzenlenmiş olan, sertifikaya güvenen kişilerin uğradığı zarardan sorumluluk da sadece, sertifika hizmet sağlayıcısının nitelikli sertifika düzenlemesi durumu için öngörülmüş bulunmaktadır¹²⁶.

Bunun yanında, sertifika hizmetlerinin sunulması önceden izin alma şartına bağlanamamakla birlikte, her üye devletin, kendi sınırları içinde kurulmuş ve nitelikli sertifika düzenleyen sertifika hizmet sağlayıcılarını denetlemek için uygun bir sistem oluşturması gereği de yönergede düzenlenmiştir (m.3/3). Görüldüğü gibi, bu denetim sistemi de, sadece nitelikli sertifika düzenleyen, sertifika hizmet sağlayıcıları bakımından öngörülmüş bulunmaktadır.

¹²⁵ Redeker, CR 2000, s.456.

¹²⁶ Bu bakımdan pratikte, nitelikli sertifika düzenlemeyen sertifika hizmet sağlayıcılarının kural olarak gereksiz olduğu da ileri sürülmektedir, (Redeker, CR 2000, s.456).

Sonuç olarak, muhatabın, yani e-imza ile imzalanmış bir elektronik belgeyi alan kişinin bu belgenin güvenilirliğini ve gönderenin kimliğini teyit etmesini sağlayan sertifikalar bakımından, nitelikli sertifikalar özel önem taşımaktadır.

Nitelikli sertifikadan bahsedebilmek için, sertifikanın yukarıda belirttiğimiz, yönerge Ek.1'deki şartları taşıması ve Ek.2'deki şartları yerine getiren bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından sağlanmış olması gerekmektedir.

Sertifika hizmet sağlayıcıları konusunda son olarak belirtelim ki, yönerge m.3/2'de, sertifika hizmetlerinin düzeyini yükseltmek amacıyla üye devletlerin ihtiyari akreditasyon sistemleri öngörebilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bir sertifika hizmet sağlayıcısının, milli hukuka göre bu konuda denetim ile yetkili kılınmış kurum veya kuruluş tarafından akredite edilmesi tamamen ihtiyari nitelikte olup hizmet düzeyini artırmaya yöneliktir. Akreditasyon, sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından sağlanan hizmetin güvenilirliğini ortaya koymaktadır, yoksa üye devletlerden birinde yerleşik bulunan akredite bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenen bir sertifika ile akredite olmayan sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenen bir sertifika veya bunlara dayanan e-imzalar arasında hukuki bakımdan hiçbir fark bulunmamaktadır. Ancak, topluluk dışında yerleşik bir sertifika hizmet sağlayıcısı, topluluk içerisindeki bir akreditasyon sistemi çerçevesinde akredite edilmiş ise, bunlar tarafından düzenlenen nitelikli sertifikalar, topluluk içerisinde yerleşik sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından düzenlenen sertifikalar ile hukuken eş değer kılınmıştır.

Gerçekten, üçüncü bir ülkede yani üye olmayan bir devlette yerleşik bulunan bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından nitelikli sertifika olarak düzenlenmiş olan sertifikaların, topluluk içerisinde yerleşik bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenmiş sertifikalara hukuken eş değer sayılması için; (a) sertifika hizmet sağlayıcısının bu yönergedeki şartları yerine getirmesi ve bir üye devletteki ihtiyari akreditasyon sistemi çerçevesinde akredite edilmiş olması; veya (b) Topluluk içerisinde yerleşik bulunan ve yönergedeki şartları yerine getiren bir sertifika hizmet sağlayıcısının bu sertifikayı garanti etmesi; veya (c) sertifika veya sertifika hizmet sağlayıcısının,

Topluluk ile üçüncü ülkeler veya uluslararası kuruluşlar arasında yapılan ikili veya çok taraflı anlaşmalarca tanınmış olması, gerekmektedir (E-İmza Yön.m.7/1).

e. Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu:

E-İmza Yön.m.6'da, sertifika hizmet sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin asgari bir sorumluluk hükmü öngörülmüş bulunmaktadır¹²⁷. Burada sertifika hizmet sağlayıcılarının sertifikaya güvenen kişilere karşı sorumluluğu, sadece düzenledikleri nitelikli sertifikalar bakımından söz konusudur.

Bu hükme göre sertifika hizmet sağlayıcısının sorumluluğunun çerçevesini (sebeplerini) şu şekilde belirleyebiliriz¹²⁸:

(1) Nitelikli sertifikadaki tüm bilgilerin doğru olması gerekmektedir. Sertifikada yanlış bir bilgi yer alması sebebiyle doğan zararlardan sertifika hizmet sağlayıcısı sorumlu olacaktır, (E-İmza Yön. m.6/1-a).

¹²⁷ Sertifika hizmet sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin olarak E-imza yönergesinin 6.maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“ (1) Asgari olarak, üye devletler, bir sertifikayı nitelikli bir sertifika olarak üçüncü kişilere (kamuya) yönelik düzenleyen (teşhir eden) veya böyle bir sertifikayı garanti eden bir sertifika hizmet sağlayıcısının, doğan zarardan, bu sertifikaya;

(a) düzenlenmesi anında nitelikli sertifikadaki tüm bilgilerin doğruluğu hakkında ve sertifikanın nitelikli bir sertifika için öngörülmüş tüm detayları taşıdığı olgusu hakkında;

(b) nitelikli sertifikada belirtilen imzalayanın, sertifikanın düzenlenmesi anında sertifikada verilmiş veya belirtilmiş imza doğrulama verisi ile uyuşan imza yaratım verisini elinde bulundurduğu hususunda;

(c) her ikisini de sertifika hizmet sağlayıcısının meydana getirmesi durumunda imza yaratım verisi ve imza doğrulama verisinin birbirini tamamlayacak şekilde kullanılabilmesi hususunda, makul bir surette güvenen bir kurum veya tüzel ya da gerçek kişiye karşı sorumlu olmasını temin ederler; meğerki, sertifika hizmet sağlayıcısı ihmali bulunmadığını ispatlasın.

(2) Asgari olarak, üye devletler, bir sertifikayı nitelikli bir sertifika olarak üçüncü kişilere düzenleyen sertifika hizmet sağlayıcısının, sertifikanın geri alınmasının kaydedilmemesi halinde, doğan zarardan makul bir surette sertifikaya güvenen bir kurum veya tüzel ya da gerçek kişiye karşı sorumlu olmasını temin ederler, meğer ki, sertifika hizmet sağlayıcısı ihmali bulunmadığını ispatlasın.

(3) Üye devletler, bir sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikanın kullanımına ilişkin sınırlamaları, bu sınırlamaların üçüncü kişilerce anlaşılabilir olması şartıyla, nitelikli bir sertifikada belirtebilmesini temin ederler. Sertifika hizmet sağlayıcısı, üzerinde belirtilmiş olan sınırlamaları aşan bir nitelikli sertifikanın kullanımından doğan zararlardan sorumlu olmayacaktır.

(4) Üye devletler, bir sertifika hizmet sağlayıcısının, sertifikanın kullanılabilmesi için işlemlerin değerine ilişkin sınırı, bu sınırın üçüncü kişilerce anlaşılabilir olması şartıyla, nitelikli bir sertifikada belirtebilmesini temin ederler.

Sertifika hizmet sağlayıcısı, bu üst sınırın aşılmasından kaynaklanan zarardan sorumlu olmayacaktır.

(5) 1-4 fıkralar hükümleri, “tüketici sözleşmelerinde haksız koşullara ilişkin 5 Nisan 1993 tarihli 93/13/EEC Konsey Yönergesine hâlel getirmez.”

¹²⁸ Dörr, a.g.e., s.63-65.

(2) Sertifikanın, nitelikli sertifika için E-İmza Yön. Ek.1'de öngörölmüş tüm şartları taşıması gerekmektedir. Aksi takdirde bu sebepten doğan zararlardan sertifika hizmet sağlayıcısının sorumluluğu söz konusu olacaktır, (E-İmza Yön. m.6/1-a).

(3) İmza yaratım verisinin, sertifikanın düzenlenmesi anında imzalayanın hakimiyeti altında bulunması gerekmektedir, (E-İmza Yön. m.6/1-b). Burada, imza yaratım verisinin, sertifikanın düzenlenmesi anında henüz adına sertifika düzenlenen kişinin hakimiyeti altında bulunmamasından kaynaklanan zararlardan sorumluluk ifade edilmiştir. Yani sağlayıcı, imza yaratım ve doğrulama verilerini (anahtar çiftini) oluşturmuşsa, imza yaratım verisini, en geç sertifikanın düzenlenmesi anında sertifika sahibine vermelidir. Şüphesiz, imza yaratım verisinin yetkisiz bir kişiye verilmesi de, burada ifade edilen sorumluluğun kapsamına girmektedir.

(4) Teknik gerekliliklerin yerine getirilmesinden ve e-imzanın işlevselliğinden sertifika hizmet sağlayıcısı sorumludur, (E-İmza Yön. m.6/1-c). Bu durum 6.maddede, *“her ikisini de sertifika hizmet sağlayıcısının meydana getirmesi durumunda, imza yaratım verisi ve imza doğrulama verisinin tamamlayıcı şekilde kullanılabilmesi”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu verilerin tamamlayıcı şekilde kullanılabilmesi, ancak teknik unsurların işlevselliğinin gereği gibi yerine getirilmesine bağlıdır ve farklı durumları kapsamaktadır. Buna göre sertifika hizmet sağlayıcısı özellikle, güvenilir sistem ve ürünler kullanmak; teknik ve kriptografik güvenliği sağlamak; verilerin meydana getirilmesi sırasında gizliliği temin etmek; imza yaratım verilerini kaydetmemek veya kopyalamamak; imzalanan verilerin değişikliğe karşı korunmasını sağlamak ve imza yaratım verilerinin elde edilememesini sağlamak gibi E-İmza Yön. Ek.2 ve Ek.3'de belirtilen e-imzanın işlevselliğine ilişkin teknik gereklilikleri yerine getirmelidir.

(5) Nihayet, nitelikli bir sertifikanın geri alınmış olmasına rağmen bu geri almanın kayıt edilmemesi sebebiyle doğan zararlardan da sertifika hizmet sağlayıcıları sorumludur, (E-İmza Yön.m.6/2). Yani geri alınmış veya iptal edilmiş bir sertifikanın hala tedavülde kalması ve böylece hukuki işlemlerde kullanılması sebebiyle, geri almadan haberi olmayan üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan sertifika hizmet sağlayıcıları sorumlu olacaklardır.

Buna karşılık sertifikanın, kullanımına veya kullanılabileceği işlemlerin değerine ilişkin sertifikada yer alan sınırlamaları aşan işlemlerde kullanılması sebebiyle

doğan zararlardan sertifika hizmet sağlayıcıları sorumlu olmayacaklardır, yeter ki bu sınırlamalar üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilir olsun, (E-İmza Yön.m.6/3-4).

Sertifika hizmet sağlayıcıları, yukarıdaki sebeplerden biri dolayısıyla doğan zararlardan, bir ihmallerinin bulunmadığını ispatlayamadıkları sürece sorumlu tutulmuşlardır. Görüldüğü gibi buradaki sorumluluk bir kusursuz sorumluluk olmayıp, ispat külfeti yer değiştirmiş bir kusur sorumluluğudur¹²⁹. Sertifika hizmet sağlayıcısı sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispatlamak zorundadır yoksa zarar gören sertifika hizmet sağlayıcısının kusurunu ispatlamak zorunda değildir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, 6.madde hükmü asgari bir düzenleme olup, üye devletler sertifika hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunu detaylı bir şekilde düzenleme ve daha katı bir sorumluluk hali öngörme konusunda serbestiye sahip bulunmaktadır.

3.Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönerge (97/7/EC)¹³⁰:

a. Genel Olarak:

Mesafeli sözleşmelerde¹³¹ tüketicinin korunması konusu, tüketici hukukunun güncel sorunlarından birini oluşturmaktadır. Posta yoluyla katalogdan alış verişi usulü

¹²⁹ Dörr, a.g.e., s. 62; Köhler/Arndt, a.g.e., s.50; Tettenborn, CR 2000, s.690.

¹³⁰ "Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts" (O.J. No L.144/19, 04.06.1997). Yönergenin Almanca metni ise "Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz" başlığını taşımaktadır.

¹³¹ AB kanun koyucusunun ürünü olan "distance contracts" ve "fernabsatzverträge" (uzak anlamına gelen "fern" ve sürüm anlamına gelen "absatz" kelimelerinin bir araya getirilmesi suretiyle elde edilen ve yeni bir kelime olan "fernabsatz", "uzaktan sürüm" veya "uzaktan pazarlama" olarak Türkçe'ye çevrilebilir) kavramlarını karşılamak üzere literatürde, "uzaktan pazarlama yoluyla kurulan sözleşmeler" (Baki İlkay Engin, "Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler", Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu -Acquis Communautaire'in Alınması-, İstanbul 2001 içinde, s.463 vd), "uzağa satış sözleşmesi" (Faruk Acar, "Uzağa Satış Sözleşmesi Yapımında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Avrupa Topluluğu Direktifi", İBD. 2000, sayı:1-2-3, s.45 vd), "mesafeli sözleşmeler" (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da kullanılan ifade) ve "mesafe sözleşmeleri" (Emrehan İnal, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, Beta, 2000, s.58) ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. "Uzaktan pazarlama yoluyla kurulan sözleşmeler" ifadesi amacı iyi ifade etmekle birlikte bu tabiri teknik bir terim için çok uzun bulmaktayız. "Uzağa satış sözleşmesi" ifadesi ise, sadece satış sözleşmesinden bahsettiği için isabetsizdir, zira bu yolla sadece satış sözleşmesi değil, kurulması için tarafların yüz yüze gelmelerini gerektirmeyen ve elektronik şekilde kurulması istisna edilmiş olmayan her türlü sözleşme kurulabilir (Dirk Arnold "Verbraucherschutz im Internet, Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie", CR 1997, s.528-529). Diğer taraftan "uzağa satış sözleşmesi" ifadesi, medeni hukukta teknik

uzun yıllardan beri uygulanmakta olmakla birlikte telekomünikasyon araçları vasıtasıyla alış veriş nispeten yeni bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu uygulamanın ilk görünümü olan katalogdan sipariş yönteminden sonra gelişen teknoloji ile birlikte televizyon ekranlarından telefon numarası ilan ederek seyircilerin telefonla sipariş vermelerine imkan sağlamak suretiyle gerçekleşen ve “teleshopping” olarak adlandırılan pazarlama yönteminin¹³², dünya çapında yaygınlık kazanması ve 90’lı yıllarda yaygınlaşan internetin ticari gayelerle ve bu arada alış verişte kullanılmaya başlanması, iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirilen pazarlamanın payını ve önemini büyük ölçüde artırmıştır. Gerçekten son yıllarda, üreticilerin veya satıcı/sağlayıcıların, mal satışına veya kiralanmasına veya hizmetlerin görülmesine ilişkin sözleşmelerin kurulmasını yani tüketicilerin reklama cevap vermek suretiyle malın veya hizmetin alıcısı olabilmesi imkanını, iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirme yoluna sıklıkla baş vurdukları görülmektedir. Genellikle televizyon veya internet reklamları üzerine yine telekomünikasyon araçları vasıtasıyla kurulan bu sözleşmeler uygulamada her geçen gün artmaktadır. Özellikle internetin sağladığı kolaylık ve dünyanın her köşesine ulaşılabilirlik, bu yolun tüketiciler tarafından da yoğun bir şekilde kullanılmasını, ihtiyaç duydukları mala veya hizmete ulaşmalarını sağlayacak sözleşmeleri kolayca akdetmelerini sağlamaktadır. Ancak mesafeli sözleşmeler olarak adlandırılan bu sözleşmeler tüketiciler için bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir.

bir terim olan ve satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi şartıyla yapılan satışlar için kullanılan “mesafe satışı / uzaktan satış” terimi ile karıştırılmaya müsaittir (nitekim bu iki kavramın birbirine karıştırıldığı görülebilmektedir, bkz. Sağlam Atabarut, a.g.e., s.64 vd.). Halbuki “mesafeli sözleşmeler (fernabsatzverträge)” terimi ile “mesafe satışı / uzaktan satış (Distanzverkauf / Versandungskauf)” terimleri, birbirinden tamamen farklı, iki ayrı kavramı ifade etmektedir (bu yönde Mehmet Demir, “4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler”, **BATİDER** Haziran 2003(1), C.XXII, s.223-224). Bu iki kavram arasındaki tek benzerlik, mesafeli sözleşmenin konusunun bir menkul satımı olması durumunda belirir, ve o da satılanın başka bir yere gönderilmesidir (Şebnem Akipek, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye’nin Uyum”, **BATİDER** Aralık 2002(4), C.XXI, s.61).

¹³² “Teleshopping” ilk olarak ABD’de planlı bir pazarlama stratejisinden ziyade bir ihtiyaçtan doğmuştur. 1979 yılında borçlusunun iflası ile karşılaşan küçük bir televizyon kanalı parasını kurtarmak için son bir çaba olarak borçlusunun arta kalan mallarını televizyondan satma uğraşı içine girmiştir. Beklentilerin tersine uygulamanın büyük bir başarı sağlaması diğer kanalları da teleshopping uygulamasına sevk etmiş; 1985 yılına gelindiğinde ise teleshopping, tüm ABD’de uygulanan bir yöntem halini almış hatta aynı yıllarda 24 saat teleshopping yayını yapan kanallar ortaya çıkmıştır, bkz. Schröder, a.g.e., s.10-11.

İşte tüketicilerin, sağlayıcı ile karşı karşıya gelmeden, malı görme ve inceleme imkanına sahip olmadan telekomünikasyon araçları vasıtası ile sözleşme kurdukları “mesafeli sözleşmeler” konusunda tüketicinin korunması ihtiyacını gören AB, bu konuda düzenleme yapmak üzere 90’lı yılların başında harekete geçmiş ve taslaklar hazırlamıştır¹³³. Nihayet AB, 20 Mayıs 1997 tarihinde aşağıda inceleyeceğimiz “mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması hakkında yönerge”yi kabul etmiştir¹³⁴.

MS.Yön.’de tüketici lehine esas olarak, AB’nin diğer tüketiciyi korucuyu yönergelerinde de gördüğümüz ve artık klasikleşmiş olan iki temel koruma mekanizması öngörülmüş bulunmaktadır¹³⁵: (1) Tüketicinin bilgilendirilmesi ve (2) geri alma hakkı. Gerçekten yönergenin 4. maddesiyle, sözleşmesinin kurulmasından önceki yeterli bir zaman içerisinde tüketicinin ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi ve 5. maddesiyle bu bilgilendirmenin ve diğer bazı sözleşme şartlarının yazılı teyidi yükümlülüğü getirilmiş ve 6.maddeyle de tüketiciye geri alma hakkı tanınmış bulunmaktadır. Bunların yanı sıra 7. maddede sağlayıcının borçlarını ifa etmesine ilişkin esaslar; 8.maddede ödemenin kredi kartıyla yapılması durumunda tüketiciyi koruyucu önlemler; 9.maddede sipariş edilmemiş mal veya hizmet tedarikinin yasak olduğu; 10.maddede faks veya insan müdahalesi olmaksızın yapılan otomatik aramalar vasıtasıyla tüketiciyle iletişim kurulmasının caiz olmadığı hükmüne bağlanmıştır.

b. Yönergenin Kapsamı:

(1) Mesafeli Sözleşme Kavramı:

MS.Yön.’nin 2/(1) maddesinde mesafeli sözleşmeler şu şekilde tanımlanmıştır: *“Sözleşmenin kurulmasına kadar ve kurulması anı da dahil olmak üzere, sadece bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracı kullanılarak, sağlayıcıya (“supplier”, “lieferer”) ait düzenli (organize) bir uzaktan satış veya hizmet tedariki tertibi (sistemi)*

¹³³ Taslaklar için bkz. O.J. No. C. 156/14, 23.6.1992 ve O.J. No. C 308/18, 15.11.1993. Yönergenin 1992 tarihli ilk taslağından itibaren kabulüne kadar geçen zaman içerisinde yaşanan tartışmalar ve değişiklikler için bkz. Meents, a.g.e., s.173-175; Petra Dilger, *Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet*, München, Verlag C.H. Beck 2002, s.59-62.

¹³⁴ Bkz. yukarıda bölüm II, dn.130.

¹³⁵ Dilger, a.g.e., s.71.

çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında mal ve hizmetlere ilişkin olarak akdedilen sözleşmelere mesafeli sözleşme denir”.

Bu tanım incelendiğinde görülmektedir ki; mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için özellikle şu iki şartın gerçekleşmesi gerekir: (1) Sözleşmenin kurulmasında sadece uzaktan iletişim araçlarının kullanılması¹³⁶; (2) sözleşmenin, sağlayıcıya ait düzenli bir uzaktan satış veya hizmet tedariki tertibi çerçevesinde kurulması gerekir¹³⁷.

i. Sadece Uzaktan İletişim Araçlarının Kullanılması:

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için ilk şart, sözleşmenin uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurulmuş olmasıdır. MS.Yön.’nin 2/(4) maddesinde “*uzaktan iletişim araçlarının (means of distance communication), sağlayıcı ve tüketicinin eşzamanlı fiziki birlikteliği olmaksızın, bu kişiler arasında sözleşmenin kurulması için kullanılabilecek herhangi bir vasıtayı ifade ettiği*” hükme bağlanmıştır¹³⁸. Görüldüğü gibi maddede, uzaktan iletişim araçlarının tüketici bir şekilde listesini yapmak mümkün olmadığından, gelecekte teknolojiye yeni teknolojiler ve henüz yaygın kullanımda olmayan araçları da kapsayabilecek şekilde geniş bir tanımlama getirilmiştir. Yönergenin I numaralı ekinde örnek kabilinden olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının listesine yer verilmiştir. Bu listede, hitaplı ve hitapsız broşür, mektup, sipariş formlu gazete veya dergi reklamları, katalog, insan müdahalesi olsun veya olmasın telefon, radyo, görüntülü telefon, klavyeli veya dokunmatik ekranlı videoteks (televizyon ekranı veya microcomputer), elektronik posta, faks ve televizyon

¹³⁶ “exclusive use of one or more means of distance communication”, “ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken”

¹³⁷ “organized distance sales or service-provision scheme”, “für den Fernabsatz organisierten Vertrieb bzw, Dienstleistungssystem”.

¹³⁸ Bu hükümde geçen, “*sağlayıcı ve tüketicinin eşzamanlı fiziki birlikteliği olmaksızın*” ifadesi, mesafeli sözleşmelerin değil uzaktan iletişim araçlarının tanımına ilişkindir. Bu ifadeden yola çıkarak, Yönergeye göre irade beyanlarının da eşzamanlı olmaması, yani beyanların aynı anda iletilmemesi gereğinin arandığı ve böylece Yönergenin hazırlar arasında kurulan sözleşmeleri kapsam dışı bıraktığı görüşü (Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.45, dn.123) yanlıştır. Şüphesiz hazırlar arasında kurulan sözleşmeler de, unsurlarını taşıdığı müddetçe, mesafeli sözleşme tanımına yani Yönergenin kapsamına dahildirler.

(teleshopping), uzaktan iletişim araçlarına örnek olarak sayılmıştır¹³⁹. Bu sayım sınırlayıcı olmadığı için, listede sadece e-postaya yer verilmiş olması, web sayfaları gibi internetin sunduğu diğer iletişim yollarının sayılmamış olması, bunların uzaktan iletişim araçları kavramına dahil olmadığı anlamına gelmemektedir. Şüphesiz internetteki diğer iletişim yolları da uzaktan iletişim araçları kavramına dahildir¹⁴⁰.

Ancak, bir sözleşmenin sırf bir uzaktan iletişim aracı vasıtası ile kurulmuş olması o sözleşmenin, bir mesafeli sözleşme olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Mesela, mobilya almak isteyen ve satıcının mağazasını gezip malları görüp inceleyen bir tüketici daha sonra siparişini mobilyacının web sayfası üzerinden veya e-posta yoluyla verse, satıcı da aynı yolla sözleşmeyi kabul etse bile bu durumda bir mesafeli sözleşmeden bahsedilemez. Gerçi sözleşmenin kurulmasını sağlayan öneri (icap) ve kabul bir uzaktan iletişim aracı ile yapılmıştır ancak tüketici daha önce satıcı ile yüz yüze görüşmüş veya malı incelemiş olduğu için tanıtımda yer alan *“sözleşmenin kurulmasına kadar ve kurulması anı da dahil olmak üzere, sadece - münhasıran (“exclusive”, “ausschließlich”) bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracı kullanılması”* şartı gerçekleşmemiştir¹⁴¹. Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, tüm sürecin uzaktan gerçekleşmesi gerekmektedir. Karar alma süreci içerisinde, tüketicinin satıcı ile yüz yüze görüşmesi veya satış yerini ziyaret ederek mal hakkında bilgi edinmesi sözleşmeyi mesafeli sözleşme olmaktan çıkartır¹⁴².

Buna karşılık karar alma ve sözleşmenin kurulması süreci içerisinde, birden çok farklı uzaktan iletişim aracının kullanılması durumu, sözleşmenin mesafeli sözleşme olma niteliğini etkilemez¹⁴³. Mesela katalogdan veya bir web sayfası üzerinden malı beğenen tüketicinin siparişini telefonla vermesi, satıcının ise kabul beyanını e-posta ile iletmesi durumunda kurulan sözleşme bir mesafeli sözleşmedir.

¹³⁹ Yönergenin I numaralı ekinde yer alan uzaktan iletişim araçları listesinin örnek kabilinden olduğu madde 1/(4)'te de ifade edilmiştir

¹⁴⁰ Meents, a.g.e., s.184; Dilger, a.g.e., s.68.

¹⁴¹ Bazı yazarlar bu şartı, “sözleşmenin, tarafların (sağlayıcı ve tüketicinin) eşzamanlı fiziki birlikteliği olmaksızın kurulması şartı” olarak da ifade etmektedirler, bkz. Norbert Reich, “Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz”, *EuZW* 1997, s.583; Engin, a.y., s.466.

¹⁴² Jan Geert Meents, “Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet”, *CR* 2000, s.610-611; Dilger, a.g.e., s.68-69.

¹⁴³ Engin, a.y., s.466, dn.10; Dilger, a.g.e., s.68.

ii. Düzenli Bir Uzaktan Satış veya Hizmet Tedariki Tertibi:

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, tüm sözleşme sürecinin uzaktan iletişim araçları ile tamamlanması yeterli olmayıp, aynı zamanda bu durumun, sağlayıcıya ait düzenli (organize) bir uzaktan satış veya hizmet tedariki tertibi (sistemi) çerçevesinde gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁴⁴. Bununla ifade edilmek istenen, tesadüfi veya istisnai siparişler üzerine kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşme kavramına girmeyeceğidir¹⁴⁵. Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sağlayıcının, mal ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin sistematik olarak uzaktan kurulabilmesi amacıyla işletmesini düzenlemesi gerekmektedir¹⁴⁶. Şu halde bir işletme, telekomünikasyon araçları vasıtasıyla sözleşmeler kurma yolunu düzenli ve sistematik bir şekilde kullanıyor ise mesafeli sözleşmelerden bahsedilebilir. Böylece, bütün bir sözleşme süreci, sadece uzaktan iletişim araçları kullanılmak suretiyle tamamlanmış dahi olsa, bu uygulama sağlayıcı açısından istisnai bir nitelik arz ediyorsa, tüketici, mesafeli sözleşmelere ilişkin korumadan yararlanamayacaktır. Ancak tüketiciler açısından, telekomünikasyon araçları vasıtasıyla kurulan bir sözleşmenin sağlayıcı açısından bir istisna mı yoksa sistematik ve düzenli bir uygulama mı olduğunun tespiti her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda hangi kritere göre bu sınırın çizileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda, makul-ortalama tüketici kriterinin göz önünde bulundurulması ve mesela sağlayıcının kataloğundan, web sayfasından veya televizyon reklamından, ortalama (makul) bir tüketicinin, uzaktan pazarlama yönteminin düzenli bir şekilde kullanıldığı izlenimini çıkartmasının haklı görüldüğü durumunda kurulan sözleşmenin bir mesafeli sözleşme olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹⁴⁷. Sağlayıcının web sayfasında ürününü sergilemesi ve beraberinde bir sipariş formu sunması ya da tüketiciye gönderdiği ve ürünlerinin reklamını yaptığı bir e-postada siparişlerin belli bir e-posta adresine gönderilebileceğini belirtmesi durumunda,

¹⁴⁴ Dolayısıyla Akipek tarafından yapılan, yönergenin kapsamının çok geniş olduğu ve uzaktan iletişim araçları ile tamamlanan tüm sözleşmelerin mesafeli sözleşme olduğu saptaması isabetli değildir, (bkz, Akipek, **BATİDER** 2002(4), s.49).

¹⁴⁵ Köhler/Arndt, **a.g.e.**, s.38; Meents, **a.g.e.**, s.184; Meents, **CR** 2000, s.611; Reich, **EuZW** 1997, s.583; Dilger, **a.g.e.**, s.69.

¹⁴⁶ Meents, **CR** 2000, s.611; Reich, **EuZW** 1997, s.583; Dilger, **a.g.e.**, s.69.

¹⁴⁷ Reich, **EuZW** 1997, s.583; karş. Meents, **a.g.e.**, s.185-186.

makul bir tüketici haklı olarak uzaktan pazarlama yönteminin düzenli bir şekilde kullanıldığı izlenimini kolaylıkla edinebilecektir¹⁴⁸.

Ancak sağlayıcının işletmesini sadece mesafeli sözleşmeler yoluyla satışın gerçekleştirmesine özgülemesi şart değildir. Klasik olarak, satış yerinde, mağaza veya bürosunda işlerini devam ettiren sağlayıcının, ayrıca organize bir uzaktan satış veya hizmet tedariki sistemi uygulayarak telekomünikasyon araçları vasıtasıyla da sözleşme kurmasına bir engel yoktur. Bu sözleşmeler de mesafeli sözleşme olarak kabul edilir¹⁴⁹.

(2) Yönergenin Kapsamına Girmeyen Sözleşmeler:

MS.Yön.'nin 3.maddesinde, kapsam dışı bırakılan sözleşmeler düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre:

- bankacılık, yatırım veya sigorta hizmetleri gibi finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler¹⁵⁰;
 - otomatik makineler vasıtasıyla kurulan sözleşmeler;
 - genel kullanıma açık telefonlar vasıtasıyla, telekomünikasyon operatörleri ile akdedilen sözleşmeler;
 - kirasal haklar hariç olmak üzere, gayrimenkullerin inşasına veya satışına veya gayrimenkullerle ilgili diğer haklara ilişkin sözleşmeler; ve
 - müzayedede kurulan sözleşmeler,
- tamamıyla yönergenin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

Bunların yanında, tamamıyla kapsam dışı bırakılmamakla birlikte, yönerge ile getirilen temel koruyucu önlemlerin uygulanmayacağı sözleşmeler de, 3. maddenin 2.bendinde sayılmış bulunmaktadır. Buna göre yönergenin kapsamına dahil olmakla birlikte;

¹⁴⁸ Dilger, a.g.e., s.69-70.

¹⁴⁹ Reich, EuZW 1997, s.583; Dilger, a.g.e., s.69.

¹⁵⁰ Bu istisnanın amacı, mesafeli finans hizmetlerinin ayrı bir düzenlemeyi gerektirmesidir. Nitekim, finans hizmetlerinin uzaktan sunulması, bu yönergenin kapsamından istisna edilmiş olmakla birlikte, bu alan, AB'nin diğer bir yönergesi olan ve aşağıda değineceğimiz, 2002/65/EC Yönergesi ile (bkz. aşağıda II,C,4) düzenlenmiş bulunmaktadır.

- yiyecek, içecek maddelerinin veya günlük tüketim mallarının düzenli olarak tüketicinin evine veya iş yerine sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde; ve
 - sağlayıcının, belirli bir tarihte veya belirli bir zaman aralığı içerisinde görülmesini yükümlendiği, konaklama, ulaşım, yiyecek – içecek (catering) veya boş zamanları değerlendirme hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde,
- yönergenin bilgilendirme ve teyit belgesi verilmesine ilişkin 4. ve 5.maddeleri; tüketicinin geri alma hakkına ilişkin 6.maddesi; ve ifaya ilişkin 7/(1) maddesi uygulanmayacaktır.

Yukarıdaki istisnalardan başka, sadece geri alma hakkının istisnasını oluşturan, yani tüm yönleriyle yönergenin kapsamına dahil olmakla birlikte, sadece tüketicilerce geri alma hakkının kullanılamayacağı mesafeli sözleşmeler de bulunmaktadır (MS.Yön.m.6/3). Bunları aşağıda “tüketicinin geri alma hakkı” başlığı altında inceleyeceğimiz için burada sadece belirtmekle yetiniyoruz.

c. Tüketiciyi Koruyucu Önlemler:

(1) Tüketicinin Bilgilendirilmesi:

MS.Yön. ile sağlayıcılara, tüketicilerin ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirilmiş bulunmaktadır. Bu yükümlülük bir taraftan önemli bazı bilgilerin sözleşme öncesi tüketiciye sağlanmasını ve bu şekilde tüketicilerin aydınlatılmış bir şekilde karar almalarının ve sözleşme kurmalarının mümkün kılınmasını; diğer taraftan ise sözleşme kurulduktan sonra bu bilgilerle birlikte bazı başka temel bilgileri de kapsayan yazılı bir teyidin tüketiciye verilmesini kapsamaktadır.

i. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme:

MS.Yön.’nin 4/(1) maddesinde, bir mesafeli sözleşmenin kurulmasından önceki yeterli bir zaman içerisinde tüketiciye şu bilgilerin sağlanması gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır: (a) sağlayıcının kimliği ve ön ödeme gerektiren

sözleşmelerde adresi; (b) malların veya hizmetlerin temel nitelikleri; (c) bütün vergiler dahil olmak üzere malların veya hizmetlerin fiyatı; (d) gerekiyorsa nakliye masrafları; (e) ödeme, teslim veya ifa koşulları; (f) geri alma hakkının varlığı; (g) normal ücretin dışında hesaplandığı durumlarda iletişim vasıtasını kullanma masrafları; (h) önerinin veya fiyatın geçerli kalacağı süre; (i) ürün veya hizmet tedarikinin sürekli olduğu veya dönemsel olarak tekrarlandığı durumlarda sözleşmenin devam edeceği asgari müddet.

Ticari amaçlı olduğu açık bir şekilde anlaşılması gereken bu bilgilerin, dürüstlük kuralları ve küçükler gibi üye ülke hukukuna göre irade beyanında bulunamayacak kişilerin korunmasına ilişkin prensipler gözetilerek, kullanılan telekomünikasyon vasıtasına göre *açık ve anlaşılır*¹⁵¹ olması gerekmektedir (MS.Yön.m.4/2). Tüketicinin telefonla aranması durumlarında ise, sağlayıcının kimliği ve aramanın ticari gayelerle yapıldığı konuşmanın başında ve açıkça belirtilmelidir (m.4/3).

Bu bilgilerin, açık ve anlaşılır olduğunun tespitinde ortalama (makul) tüketici kıstasının uygulanması gerekmektedir. İnternet kullanımının belli bir kültürel ve entelektüel seviyeyi gerektirdiği ve genelde ortalamadan daha yüksek kişilerin interneti kullandığı gerekçesiyle daha yüksek bir kıstasın göz önünde bulundurulması gerektiği

¹⁵¹ Literatürde bazı yazarlar, bilgilerin “anlaşılır” olması mecburiyetini öyle yorumlamaktadırlar ki, onlara göre, bu mecburiyet, bilgilerin hedef alınan tüketicilerin bulunduğu ülkelerde genel olarak kullanılan her dilde verilmesini gerektirmektedir (Reich, *EuZW* 1997, s.584; Meents, *a.g.e.*, s.191). Bu görüşe göre, yabancı ülkelerde bulunan tüketicilerle de sözleşme akdeden bir sağlayıcı sadece kendi ülkesindeki dilde bu bilgilere yer verirse, bilgilerin anlaşılır olması gereği yerine getirilmiş olmaz. Ancak bir web sitesine dünyanın her tarafından erişilebileceği ve sipariş gelebileceği için akla gelebilecek yüzlerce dilde bu bilgilere yer verilmesi de pratik olarak mümkün değildir. Bu bakımdan en makul çarenin, sınır ötesi sözleşme akdedecek sağlayıcıların, “internet dili” olması sebebiyle bu bilgilerin İngilizce’sine de yer vermesi olduğu iddia edilmektedir, (Meents, *a.g.e.*, s.192). Kanaatimizce bu görüş kabul edilemez. Bilgilerin anlaşılır olması mecburiyetinin, bilgileri başka bir dilde de verme yükümlülüğünü kapsadığı sonucu çıkartılamaz. Yönerge ile sağlayıcılara böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir. Sağlayıcı ürünlerini hangi dilde sunuyor, hangi dilde reklam yapıyor, web sitesinde hangi dili kullanıyor ve özellikle sözleşme hangi dilde/dillerde kuruluyorsa, bu bilgiler de sadece o dilde verilebilir. Önemli olan bu bilgilerin o dilde anlaşılır olmasıdır. Diğer taraftan, belli bir dilde sipariş veren kişi, o dili anladığını örtülü olarak kabul etmektedir. Belli bir dilde hazırlanmış bir web sitesine girerek, orada satışa sunulan ürünler arasından bir seçim yapacak ve seçtiği ürünü sipariş etmek için ilgili formu doldurmaya yetecek kadar o dili bildiğine inanan bir tüketici için, sözleşme öncesi verilmesi gereken bilgilerin o dilde verilmiş olması, bilgilerin açık ve anlaşılır olması gereği için yeterlidir. Bu bilgileri başka bir dilde edinmeye

söylenemez. Artık internet her geçen gün genişleyen kullanım alanı ve kullanıcı çerçevesiyle her seviyeden kullanıcı için günlük hayatın sıradan bir parçasıdır. Dolayısıyla açık ve anlaşılabilirliğin tespitinde ortalama tüketici kıstasının uygulanması zaruridir¹⁵².

Bunun ötesinde sağlayıcının, sözleşme öncesi bilgilendirme kapsamında bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Özellikle sağlayıcı, tüketicinin bu bilgileri gerçekten okumasını temin etmek zorunda değildir. Bu yönde teklif edilen, sağlayıcının, bilgileri öğrendiğini mouse tıklamak suretiyle teyit etmesini tüketiciden istemesi ve bunu mümkün kılan imkanlar sunması gerektiği yönündeki görüş¹⁵³ isabetli sayılamaz¹⁵⁴. Sağlayıcı, tüketicie bu bilgileri, sözleşmenin kurulmasından önce okuma imkanı verecek şekilde sunmuşsa (mesela açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilere web sitesinde yer vermişse), artık sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş demektir¹⁵⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yönergede, sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin MS.Yön.m.4 hükmünde düzenlenmiş yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumu için, herhangi bir sözleşmesel müeyyide öngörülmemiştir¹⁵⁶. Tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilme hakkı yalnızca, MS.Yön.m.11/2 hükmünde öngörülmüş olan kitle adına dava imkanı ile korunmaktadır¹⁵⁷. Gerçekten m.4 hükmüne riayet etmeyen sağlayıcılar, m.11/2 hükmü çerçevesinde ilgili kamu kurumlarının, tüketici örgütlerinin veya meslek kuruluşlarının davalarına muhatap olabileceklerdir.

ihtiyacı yok demektir. Bu bakımdan sağlayıcının başka bir dilde/dillerde (veya İngilizce olarak) bilgilere yer vermesi gereğinden bahsedilemez, (Dilger, a.g.e., s.78).

¹⁵² Meents, s.192-193.

¹⁵³ Bu görüşte Arnold, CR 1997, s.530.

¹⁵⁴ Meents, a.g.e., s.189.

¹⁵⁵ Meents, a.g.e., s.189.

¹⁵⁶ Bu yönde, Niko Härting, "Fernabsatz – Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", MDR 2002, s.65; Tartışmalar için ayrıca bkz. Gezder, a.g.e., s.195 vd. Buna karşılık aşağıda görüleceği gibi, yönergenin m.5 hükmündeki "bilgilerin yazılı teyidi" yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, tüketicinin geri alma hakkı süresinin uzaması ile müeyyidelendirilmiştir.

¹⁵⁷ Dilger, a.g.e., s.78-79.

ii. Bilgilerin Yazılı Teyidi:

MS.Yön.'nin 5.maddesinde,

- tüketicinin geri alma hakkının varlığını, kullanılma şartlarını ve yöntemlerini;
- sağlayıcının iş yerinin coğrafi adresini;
- satış sonrası hizmetlere ve garanti koşullarına ilişkin bilgileri; ve
- belirsiz süreli veya bir yılı geçen bir süreyi kapsayan sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi şartlarını içeren; ve
- madde 4/1(a-f)'de belirtilen bilgileri de kapsayan

bir teyit bilgisinin yazılı olarak veya tüketici tarafından ulaşılabilecek diğer kalıcı bir vasıta ile, sözleşmenin ifası aşamasında uygun bir zamanda ve (üçüncü bir kişiye teslim edilecek mallar söz konusu değil ise) en geç teslim anında tüketiciye verilmesi (ulaşması) gerektiği hükme bağlanmıştır¹⁵⁸.

Önceki başlık altında incelediğimiz MS.Yön.m.4/1 hükmünde, bilgilerin tüketiciye “sağlanması” gerektiği¹⁵⁹ ifade edilmişken, burada farklı olarak bilgilerin tüketiciye “verilmesi” – “ulaştırılması”, veya diğer bir ifadeyle tüketicinin bilgileri “elde etmesinin sağlanması” gerektiği¹⁶⁰ düzenlenmiştir. Burada artık sözleşme öncesi bilgilendirme değil kurulmuş bir sözleşmede önemli bazı bilgilerin tüketiciye verilmesi amaçlandığı için, sağlayıcının aktif bir davranış sergilemesi ve bu bilgileri kalıcı bir vasıta ile mutlaka tüketiciye ulaştırması aranmaktadır. Bu sebeple, farklı görüşlere rağmen¹⁶¹, sağlayıcının bu bilgileri bir link sayesinde tüketici tarafından erişilebilecek bir web sayfasında sunması, bu maddede düzenlenen yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir. Zira burada sağlayıcı hiçbir şey yapmamakta, bilgilere ulaşmak için tüketicinin aktif bir davranışta bulunması gerekmektedir¹⁶². Tüketici bu sayfaya bağlanmazsa bilgileri elde etmesi de mümkün olmamaktadır. Sözleşmenin

¹⁵⁸ Bu maddede öngörülmüş olan teyit yükümlülüğünün, “sadece bir kere sağlanan ve telekomünikasyon vasıtalarının kullanılması suretiyle ifa edilen ve telekomünikasyon vasıtasının operatörü (işletmecisi) tarafından fatura edilen hizmetler” açısından uygulanmayacağı düzenlenmiştir (MS.Yön.m.5/2).

¹⁵⁹ Yönergenin İngilizce metninde “the consumer shall be provided”, Almanca metninde “der Verbraucher muß (...) über folgende Informationen verfügen” ifadeleri kullanılmıştır.

¹⁶⁰ Yönergenin İngilizce metninde “the consumer must receive”, Almanca metninde “der Verbraucher muß (...) erhalten” ifadeleri kullanılmıştır.

¹⁶¹ Bkz. Härting, MDR 2002, s.62, dn.12’de zikredilen yazarlar.

¹⁶² Dilger, a.g.e., s.85.

kurulması üzerine sağlayıcının, bu bilgileri içeren bir web sayfasını doğrudan tüketicinin bilgisayarına göndermesi ve bu bilgilerin ekranda görünmesini sağlaması durumunda da bu maddedeki yükümlülüğün yerine getirilmiş olduğu söylenemez. Zira bu durumda bilgilerin “kalıcı bir vasıta ile verilmesi” şartı gerçekleşmemektedir. Bilgileri içeren web sayfasının kapatılmasıyla birlikte bu bilgiler tüketicinin bilgisayarından silinmiş olacaktır. Gerçi tüketicinin bu bilgileri içeren sayfayı kendi bilgisayarına kaydetmesi veya sayfasının çıktısını alması ve böylece kalıcı bir şekilde bilgilere sahip olması mümkündür ama pek çok tüketicinin bunu ihmal etmesi muhtemeldir. Buna karşılık bu bilgilerin tüketiciye e-posta olarak gönderilmesi durumunda buradaki yükümlülüğün yerine getirilmiş olacağı şüphesizdir¹⁶³. Zira bu mesaj tüketici tarafından silinmedikçe onun e-posta kutusunda kayıtlı olarak kalacaktır.

Burada öngörülmüş olan teyit yükümünün yerine getirilmemiş olması, aşağıda göreceğimiz gibi, tüketicinin geri alma hakkını kullanabileceği sürenin uzaması suretiyle müeyyidelendirilmiştir.

(2) Tüketicinin Geri Alma Hakkı:

MS.Yön.’nin 6.maddesinde, tüketicinin korunması açısından en önemli mekanizma düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada, tüketicinin hiçbir cezai şart söz konusu olmaksızın ve hiçbir gerekçe göstermeksizin yedi iş günü içinde¹⁶⁴ geri alma hakkı bulunduğu öngörülmüş bulunmaktadır. Bu süre, madde 5’te belirtilen teyit yükümlülüğünün yerine getirilmesi durumunda mallar için teslimden itibaren işlemeye başlayacaktır. Hizmetler için bu süre, sözleşmenin kurulduğu günden itibaren, ancak madde 5’te belirtilen yükümlülüğün sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihte yerine getirilmesi durumunda, bu tarihten itibaren işleyecektir. Madde 5’te belirtilen teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda ise, tüketicinin geri alma hakkını kullanabileceği süre, mallara ilişkin sözleşmelerde teslimden, hizmetlere ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren üç aydır. Ancak sağlayıcı, gecikmiş olarak dahi olsa, üç aylık bu süre içinde teyit yükümlülüğünü yerine getirirse,

¹⁶³ Meents, CR 2000, s.612; Dilger, a.g.e., s.84.

¹⁶⁴ Buradaki sürenin 7 gün değil 7 iş günü olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

o andan itibaren yedi iş günü içinde geri alma hakkının kullanılması gerekir, artık üç aylık süre söz konusu olmaz.

Kısaca belirtmek gerekirse, madde 5'te düzenlenen teyit yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması durumunda geri alma hakkının kullanılabileceği süre, mallara ilişkin sözleşmelerde teslimden, hizmetlere ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁶⁵.

“Geri alma hakkının kullanılmasından dolayı” tüketiciye, sadece, doğrudan doğruya malın iadesinden kaynaklanan masrafların yüklenebileceği, 6.maddenin gerek 1. gerekse 2. fıkralarında ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu hükmün lafzı dikkatli bir incelemeye tabi tutulduğunda sanki, ilk bakışta bu ifadeden çıkan anlamın tersine, tüketici malı kullanmış ise, doğrudan doğruya malın iadesine ilişkin masrafların dışında da ödemede bulunmak zorunda kalabilir anlamı çıkmaktadır. Zira kullanıma sonucu, malın artık sağlayıcının işine yaramayacak ve mesela bir daha satılamayacak olması veya diğer bir şekilde malın değerinde vuku bulan azalma, maddede geçen “geri alma hakkının kullanılmasından kaynaklanan masraf” ifadesinin kapsamına girmemektedir¹⁶⁶. Sözleşme konusu mal tüketici tarafından kullanıldıktan sonra geri alma hakkının kullanılması durumunda sağlayıcı, kullanma ücreti, cezai şart veya sözleşme ile kararlaştırılmış benzeri bir kesinti ya da tüketici tarafından ödenmiş paranın geri ödenmesi (mesela havale) masraflarını değil, fakat malın kullanılmasından doğan değer azalmasını kesmek suretiyle parayı iade edebilecektir. Ancak mal sadece deneme amacıyla kullanılmışsa, sağlayıcı böyle bir kullanmadan kaynaklanan değer azalmasını talep edemez.

Doğrudan doğruya malın iadesinden kaynaklanan masraflar ise kural olarak tüketiciye ait bulunmaktadır ve tüketicinin ödemiş bulunduğu bedelin, bu masraflar haricinde herhangi bir kesinti yapılmaksızın, mümkün olan en kısa zamanda ve her durumda en geç 30 gün içinde iade edilmesi gerekmektedir (MS.Yön.m.6/2). Ancak

¹⁶⁵ Buradaki “mal” ve “hizmet” kavramlarının ayırımı hakkında açıklama için bkz.Dilger, s.97 vd.

¹⁶⁶ Christine Gößmann, “Electronic Commerce, Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien”, MMR 1998, s.90-91.

yönergenin asgariliği prensibini (MS.Yön.m.14), yani üye devletlerin tüketicinin korunması yönünde yönergeden daha katı hükümler öngörebileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Bu durumda yönergenin, iade masraflarının kime ait olacağı veya kullanmadan kaynaklanan malın değerindeki azalmanın tüketiciye yüklenip yüklenemeyeceği sorusunu, yani kısaca geri alma hakkının kullanılmasından kaynaklanan hukuki sonuçları detaylı ve kesin olarak cevaplamadığını, sorunun çözümünü üye ülkelerin iç hukuklarında yapacağı düzenlemelere bıraktığını söyleyebiliriz¹⁶⁷. Örnek olarak yönergenin Alman hukukuna uyarlanması, (BGB §312-d atfıyla), BGB §357/(2) hükmüne göre, tüketici, mal paket olarak gönderilebilecek cinsten ise geri alma hakkının kullanılması üzerine malı geri gönderme yükümlülüğü altında bulunmakta fakat geri gönderme masrafı ve hasar (riziko) sağlayıcıya ait bulunmaktadır. Sözleşme ile sadece (o da teslim edilen malın, sipariş uygun olmaması durumu hariç) 40 Euro'ya kadar olan siparişlerde geri gönderme masrafı tüketiciye yüklenebilmektedir. BGB §357/(3) hükmüne göre ise, tüketicinin malı (inceleme dışında) kullanmaya başlamasından kaynaklanan değer azalmasından sorumlu tutulabilmesi için, bu hukuki sonuçtan en geç sözleşmenin kurulması anında yazılı olarak ("in textform") haberdar edilmesi gerekmektedir.

Sözleşme konusu olan mal veya hizmet bedeli, sağlayıcı veya sağlayıcı ile aralarındaki anlaşma gereğince bir üçüncü kişi tarafından temin edilen bir kredi ile karşılanmış, yani *bağlı kredi* temin edilmiş ise, geri alma hakkının gereğince kullanılması ile birlikte bu kredi sözleşmesi de iptal edilmiş olacaktır (MS.Yön.m.6/4).

Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, geri alma hakkı şu sözleşmeler bakımından kullanılamayacaktır (MS.Yön.m.6/3):

- geri alma hakkının kullanılabileceği yedi iş günü süresinin dolmasından önce, tüketicinin rızası ile ifasına başlanmış olan hizmetlere ilişkin sözleşmelerde;
- fiyatı finans sektöründeki, sağlayıcı tarafından kontrol edilemeyen, değişimlere bağlı olan mal ve hizmetlerin sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde;

¹⁶⁷ Dilger, a.g.e., s.103.

- tüketicinin isteği üzerine veya açıkça şahsi özelliklerine göre hazırlanan veya nitelikleri gereği iade edilemeyen ya da çok çabuk bozulan veya kullanım süresi geçen malların sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde;
- paketi tüketici tarafından açılan, ses veya görüntü kayıtları veya bilgisayar programları (software) sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde;
- gazete ve dergi sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde; ve
- oyun (bahis) ve piyango hizmetlerinde.

Burada, geri alma hakkının istisnalarından olmak üzere dördüncü ayırımda “paketi tüketici tarafından açılan, ses veya görüntü kayıtları veya bilgisayar programları (software) sağlanmasına ilişkin sözleşmeler” sayılmış bulunmaktadır. Bu düzenlemedeki “paketi tüketici tarafından açılan” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere burada, kayıt veya programların off-line olarak teslimini konu alan sözleşmeler söz konusudur. Yoksa bu ifade müzik, film veya programların internet üzerinden yüklenmesi suretiyle gerçekleşen on-line işlemleri kapsamamaktadır. Ancak bu ifadenin kapsamına girmemekle birlikte, bu ürünlerin ifasının internet üzerinden on-line olarak gerçekleşmesi durumunda da tüketici bir geri alma hakkına sahip bulunmamaktadır. Zira bu durumda yukarıda üçüncü ayırımda ifade edilen “nitelikleri gereği iade edilemeyen” mallara ilişkin bir sözleşme söz konusudur¹⁶⁸. Gerçekten bu ürünler bir kere download edilip tüketicinin bilgisayarına kaydedildikten sonra artık bunların iadeye konu olması, nitelikleri gereği mümkün değildir. Bu tip bir ürünün sağlayıcıya (geri) gönderilmesi, ürünün kopyalanarak bu kopyanın gönderilmesi demektir ve bir kopya tüketicinin bilgisayarında kalmaya devam etmektedir. Gerçi bu ürünün tüketicinin bilgisayarından tamamen silinmesi mümkündür ancak bunun iade anlamına gelmeyeceği de açıktır. Şu halde müzik, film veya program gibi ürünlerin gerek off-line olarak teslimini (paketin tüketici tarafından açılması durumunda), gerekse on-line olarak tüketicinin bilgisayarına yüklenmesini hedef alan sözleşmelerde tüketicinin geri alma hakkı bulunmamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Arnold, CR 1997, s.531-532; Meents, CR 2000, s.613; Hans Werner Moritz, “Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?” CR 2000, s.67; Niko Härting, “Das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 3 FernAbsG”, VuR 2001, s.14; Dilger, a.g.e., s.134.

¹⁶⁹ Arnold, CR 1997, s.531-532; Meents, CR 2000, s.613; Moritz, CR 2000, s.67; Härting, VuR 2001, s.14; Dilger, a.g.e., s.134.

(3) Sözleşmenin İfası Sürecinde Tüketicinin Korunması:

Sözleşmenin ifasına ilişkin prensipler yönergenin 7.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, tüketicinin siparişini göndermesini takip eden günden itibaren 30 gün içinde, sağlayıcının edimini yerine getirmesi gerekmektedir (MS.Yön.m.7/1).

Sağlayıcı, sipariş edilen mal veya hizmetin mevcut olmaması sebebiyle, sözleşmede kendisine düşen yükümlülükleri ifa edemiyorsa, tüketici bu durumdan haberdar edilmeli ve tüketicinin ödemiş olduğu bedel mümkün olan en kısa sürede ve her halükarda 30 gün içinde iade edilmelidir (MS.Yön.m.7/2). Ancak üye devletler, sağlayıcıların tüketiciye aynı kalitede ve fiyatta başka bir mal sağlayabilmeleri imkanını öngörebilirler, yeter ki bu ihtimalin varlığı sözleşme öncesinde veya sözleşmede saklı tutulmuş olsun. Tüketici bu ihtimal hakkında açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmelidir. Böyle bir durumda, tüketicinin geri alma hakkını kullanması halinde iade masraflarına sağlayıcı katlanacaktır (MS.Yön.m.7/3).

Yönerge'nin 8.maddesinde ise, mesafeli sözleşmelerde büyük önem taşıyan, kredi kartı ile yapılan ödemelerde tüketicinin korunmasına ilişkin olarak, üye devletlere, tüketicinin kredi kartının, yönergenin kapsamına giren sözleşmelerle ilişkili olarak hileli kullanımlara konu olması durumunda, ödemenin iptali ve ödenmiş olan meblağın iadesini sağlayıcı önlemler alma yükümlülüğü getirilmiştir¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Geniş açıklama için bkz. Yeşim M. Atamer, "Kredi Kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşıyacaktır", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.993 vd., ve özellikle s.1022 vd.; Gezder, a.g.e., s.239. Ayrıca bkz. Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.10, (RG. 13.6.2003, S.25137).

(4) Yasaklanmış Davranışlar:

i. Emrivaki Mal ve Hizmet Sunumu:

MS.Yön.'nin 9.maddesi ile, emrivaki mal gönderilmesi veya hizmet görülmesi yasaklanmış bulunmaktadır. Aslında emrivaki mal veya hizmet sunumu bu yönergenin kapsamının dışında kalmaktadır. Zira bu uygulamada uzaktan iletişim araçlarının kullanımı söz konusu değildir ancak yine de, zaten genelde pek çok hukuk sisteminde haksız rekabet olarak kabul edilen bu uygulamanın yasaklanması yönünde düzenleme getirilmiş olması isabetli olmuştur. Gerçekten bu düzenleme ile üye devletlere, tüketici tarafından önceden sipariş edilmemiş mal ve hizmet sağlanmasının yasaklanması yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca bu şekilde bir talep edilmemiş mal ve hizmet sağlanması ile karşı karşıya kalan tüketiciden her hangi bir talepte bulunulamayacağına ve susmanın kabul anlamına gelmeyeceğine ilişkin düzenlemeler yapılması gereği de ifade olunmuştur.

ii. İletişim Araçlarına İlişkin Kısıtlama:

aa) Genel Olarak:

Satıcı veya sağlayıcıların tüketicinin önceden rızası veya talebi olmaksızın tüketici ile ticari iletişim kurmaları, yani onu zoraki bir reklama muhatap bırakmaları, ticari faaliyetlerin ve özellikle reklam faaliyetlerinin telekomünikasyon araçları vasıtasıyla yapılması konusundaki hassas konulardan birini oluşturmaktadır. Yönergenin kabulünden önce, bazı üye ülkelerde bu şekilde *talep edilmemiş reklamlar*, özel hayata müdahale ve saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirilip hukuka aykırı kabul ediliyor ve bu yöntemlerin caiz olması için önceden tüketicinin rızasının alınmış yani tüketicinin sisteme dahil olmayı kabul etmiş olması aranıyordu (opt-in system). Mesela Almanya'da talep edilmemiş reklamların §1 UWG gereğince haksız rekabet teşkil etmesi sebebiyle hukuka aykırı olduğu doktrinde ve uygulamada büyük

çoğunlukla kabul edilmekteydi¹⁷¹. İngiltere gibi daha liberal yaklaşım sergileyen diğer bazı üye ülkelerde ise bu yöntemler kural olarak caiz kabul ediliyor ancak tüketiciye itiraz hakkı yani kendisinin sistem dışı bırakılmasını isteme imkanı tanınıyor (opt-out system) ve bu itiraza rağmen tüketici ile ticari iletişim kurulması caiz görülmüyordu¹⁷². AB kanun koyucusu ise orta bir yol tutmak suretiyle sadece iki halde opt-in sistemi kabul etmiş, diğer hallerde ise uzaktan iletişim araçlarının kullanılması tüketicinin açık bir itirazının bulunmaması şartına bağlanmıştır. Gerçekten 10.maddede, sağlayıcılar tarafından insan müdahalesi olmaksızın otomatikçe bağlanmış telefon aramalarının (automatic calling machine) ve faks cihazlarının kullanılması tüketicinin önceden rızasının alınmış olması şartına bağlı tutulmuştur. Bunların dışında kalan telekomünikasyon araçlarının kullanımı ise tüketicinin açık bir itirazı bulunmadıkça caiz kabul edilmiştir (MS.Yön.m.10/2).

bb) Talep Edilmemiş E-Posta Reklamları (Spam):

Talep edilmemiş reklam faaliyetleri günümüzde en çok elektronik ticaret uygulaması içinde gerçekleşmektedir. İşletmelerin son derece düşük maliyetle çok sayıda tüketiciye e-posta gönderebilme imkanı bu yolun sıklıkla kullanılmasına sebebiyet vermiştir.

Ancak spam olarak adlandırılan bu yöntem bireyler açısından sıkıntı verici sonuçlar doğurmaktadır. Her şeyden önce bu biçimde çok sayıda e-postaya muhatap olmak rahatsız edici bir durumdur. Diğer taraftan tüketici, e-posta kutusuna gelen bu mesajları, reklam olup olmadığını anlayamadan önce açmak, sonra da silmek için internete bağlı olarak geçirdiği sürede hem zaman hem de para kaybına uğramaktadır. Ayrıca bu spam mesajlar, kullanıcının e-posta kutusunun kapasitesini doldurabilmekte ve böylece kullanımını engelleyebilmektedirler¹⁷³. Bu sebeplerle talep edilmemiş e-

¹⁷¹ Ziem, MMR 2000, s.130.

¹⁷² Reich, EuZW 1997 s. 586.

¹⁷³ Köhler/Arndt, a.g.e., s.114.

postalara karşı tüketicinin korunması ihtiyacı açık bir şekilde belirlemekte ve bu yöntemin hukukten caiz olup olmadığı tartışılmaktadır¹⁷⁴.

Yönergenin 1993 tarihli taslağında talep edilmemiş telefon ve e-posta reklamlarının kullanımı için önceden muvafakat alınması gereği yani opt-in sistem teklif edilmiş olmasına rağmen¹⁷⁵ yukarıda belirttiğimiz gibi kabul edilmiş olan yönergede e-posta reklamları için opt-out sistemi öngörölmüş bulunmaktadır. Şu halde yönergeye göre, tüketicilere bu tip mesajlar gönderilmesi caiz bulunmakta ancak tüketiciler mesajı gönderenden bir daha kendilerine bu tip reklam mesajları gönderilmemesini talep edebilmektedirler. Fakat burada da yönergenin asgariliği prensibi (MS.Yön.m.14) göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece üye devletler, spam mesajların gönderilebilmesi için tüketicinin önceden rızasını vermiş olmasını şart koşabileceklerdir.

Diğer taraftan bu konuyla ilgili olarak E-Tic.Yön.m7 düzenlemesi gözden kaçırılmamalıdır. Hatırlanacağı gibi bu hükümde, bu tip e-postaların talep edilmemiş yani spam olduğunun muhataba ulaşır ulaşmaz (e-postayı açmaya gerek kalmaksızın) açıkça ve şüphe götürmez şekilde anlaşılabilmesi gereği düzenlenmiş bulunmaktadır. Böylece tüketiciler reklam olduğu anlaşılan e-postayı açmaya gerek kalmaksızın silebileceklerdir. Ayrıca yine aynı maddede, bu mesajları gönderenlerin, opt-out listelerini düzenli bir şekilde kontrol ederek tüketicilerin bu taleplerine riayet etmeleri gereği öngörölmüştür.

¹⁷⁴ Talep edilmemiş e-posta reklamları konusunda açıklama ve tartışmalar için bkz. Tekin Memiş, "Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi", *AÜEHFD* 2001, s.431 vd.; Jan Busche / Hartmut Kraft, "Werbung per electronic mail: Eine neue Herausforderung für das Wettbewerbsrecht? " *WRP* 1998, s.1142 vd.; Axel Funk, "Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail", *CR* 1998, s.411 vd.; Andreas Günther, "Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Artikel 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG", *CR* 1999, s.172 vd.; Anastasia Papathoma-Baetge, "Zivilrechtliche Probleme der Zusendung unerbetener E-Mail Werbung in Deutschland", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.485 vd.; Alexandra Schrick, "Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung", *MMR* 2000, s.399 vd.; Ursula Zehentmeier, "Unaufgeforderte E-Mail Werbung, Ein wettbewerbswidriger Boom im Internet? " *BB* 2000, s.940 vd.; Ziem, *MMR* 2000, s.129 vd.; ve özellikle Yvonne Jöhri, *Werbung im Internet*, Zürich, Schulthess, 2000, s.75 vd.

¹⁷⁵ Reich, *EuZW* 1997, s.586.

4. Finans Hizmetlerinin Mesafeli Pazarlanmasına İlişkin Yönerge (2002/65/EC):

MS.Yön.m.3 hükmüyle istisna edilmiş olan finans hizmetlerine ilişkin tüketici sözleşmeleri, AB'nin 23 Eylül 2002 tarihli Tüketici Finans Hizmetlerinin Mesafeli Pazarlanmasına İlişkin 2002/65/EC Yönergesi¹⁷⁶ ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

97/7/EC yönergesi ile paralel düzenlemeler taşıyan bu yönerge ile, mesafeli sözleşme kavramı yine aynı doğrultuda tanımlanmıştır (m.2/a). Bu yönergede bankacılık, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım veya ödeme niteliği taşıyan herhangi bir finans hizmetine ilişkin (m.2/b), tüketici ile sağlayıcı arasında mesafeli olarak kurulan sözleşmeler düzenleme konusu yapılmış bulunmaktadır.

Ancak yönergenin uygulama alanı, finans hizmetlerine ilişkin tek tek her bir tüketici işlemine ilişkin olmayıp, takip edecek işlemlere veya aynı türden ayrı işlemler serisine, esas ya da başlangıç teşkil edecek çerçeve veya asli (initial/laufend) sözleşmeye ilişkindir (m.1/2). Böyle bir sözleşme bulunmaksızın gerçekleştirilen takip eden işlemler veya aynı sözleşme tarafları arasında aynı türden ayrı işlemler söz konusu olduğunda, tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin yönergenin 3. ve 4. maddeleri sadece ilk işlem gerçekleştirilirken uygulanacaktır. Aynı türden işlem bir yıldan fazla bir süre gerçekleştirilmezse, sonraki işlem yeni işlemler serisinin ilki olarak kabul edilecek ve 3. ve 4. maddelerdeki bilgilendirme yükümlülüğü, bu işlem için tekrar yerine getirilecektir.

Bu yönergede de koruma mekanizması olarak esas itibariyle, tüketicinin bilgilendirilmesi ve geri alma hakkına yer verildiği görülmektedir. Yönergenin 3. ve 4. maddelerinde, sözleşme öncesinde tüketicinin sağlayıcıya, finansal hizmete, mesafeli sözleşmeye ve hak arama yollarına ilişkin olarak kapsamlı olarak bilgilendirilmesi ve 5. maddesinde bu bilgilerin ve sözleşme şartlarının, kalıcı bir vasıta ile tüketiciye iletilmesi

¹⁷⁶ "Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC" O.J. L.271/16, 9.10.2002.

esas; 6.maddesinde tüketicinin geri alma hakkı ve 7. maddesinde ise, geri almadan önce sağlanan hizmetlerin ücretlendirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

D. Diğer Gelişmeler:

Elektronik ticaret hukuku alanındaki gelişmelere ilişkin olarak belli başlı hukuki düzenlemelerden olmak üzere yukarıda incelediklerimize ek olarak, özellikle uluslararası organizasyonlarca yürütülen başka çalışma ve düzenlemeler de bulunmaktadır.

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), bu yönde önemli çalışmalar yapan organizasyonlardan biri olarak göze çarpmaktadır. İlk olarak MTO bünyesinde, küresel elektronik ticaret sisteminin incelenmesi, desteklenmesi ve geliştirilmesine yönelik çalışmalarda bulunmak üzere uluslararası bir proje olan Elektronik Ticaret Projesi¹⁷⁷ yürütülmüş ve bu proje altında özellikle elektronik ticaret güvenliğini esas alan “Dijital Olarak Güvenceye Alınmış Uluslararası Ticarete Genel Uygulama” (GUIDEC)¹⁷⁸ esasları yayınlanmıştır. İlk olarak Kasım 1997’de yayınlanan ve Ekim 2001’de GUIDEC II olarak geliştirilen esaslar, hukuki bir metin olmamakla birlikte, farklı hukuk sistemlerindeki hukuk kuralları ve uygulamalarına dayanarak ve özellikle UNCITRAL model kanunları ve AB yönergelerini göz önünde bulundurarak, dijital mesajların doğrulanması ve sertifika uygulamalarına ilişkin uluslararası iş dünyasına yol göstermek, genel bir çerçeve ortaya koymak ve böylece dijital işlemlerin, uluslararası ticarete güvenli bir şekilde yapılabilme kabiliyetini yükseltme amacını taşımaktadır¹⁷⁹.

Ayrıca MTO, internet reklamlarına ve internet üzerinden gerçekleştirilen pazarlama faaliyetlerine ilişkin de bir kılavuz yayınlamıştır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ The Electronic Commerce Project.

¹⁷⁸ “General Usage in International Digitally Ensured Commerce”, www.iccwbo.org adresinden erişilebilir.

¹⁷⁹ Bkz. GUIDEC II içinde, “I.1. Objectives” ve “I.2. The aim of the GUIDEC” paragrafları.

¹⁸⁰ ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet – April 1998.

MTO bünyesindeki bir diğer çalışmayı da, belgeli akreditif işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleşmesine olanak sağlamak üzere, MTO'nın 500 sayılı "belgeli akreditif için yeknesak kurallar"ında gerekli ilaveler yapılması çalışmaları oluşturmuştur¹⁸¹. Çalışmaların tamamlanmasıyla eUCP olarak adlandırılan bu ilaveleri taşıyan düzenleme, 1 Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır¹⁸².

Bu yönde çalışmalar yapan bir diğer organizasyon da OECD'dir. Özellikle 9.12.1999 tarihinde OECD tarafından kabul edilmiş olan "Elektronik Ticarete Tüketicinin Korunması Kılavuzu"¹⁸³ bu konudaki önemli çalışmalardan birini oluşturmaktadır.

Elektronik ticaret hukukuna ilişkin ulusal veya uluslararası tüm çalışmaları ve düzenlemeleri zikretmek mümkün olmamakla birlikte, İsviçre hukukundaki gelişmeleri kısaca belirtmek gerekir. Bunlardan birincisi, 19 Aralık 2003 tarihli Elektronik İmza Kanunu'dur¹⁸⁴. Bu kanun ile e-imzanın ve sertifika hizmet sağlayıcılarının teknik ve hukuki alt yapısı düzenlenmiş olduğu gibi, ZGB, OR ve diğer bazı kanunlarda da e-imzaya ilişkin gerekli değişiklikler öngörülmüş bulunmaktadır. İsviçre E-İmza K.'nun, AB ve Türk hukuklarındaki düzenlemelerden farkı, sertifika hizmet sağlayıcılarının tanınması (anerkennung) usulüne yer vermesidir. Gerçekten İsviçre E-İmza K.'nda, sertifika hizmet sağlayıcılarının bir tanıma kurumu (anerkennungsstelle)¹⁸⁵ tarafından tanınması usulü öngörülmüştür¹⁸⁶. Sertifika hizmet sağlayıcılarının tanınması mecburi olmamakla birlikte, özel hukuk bakımından herhangi bir nitelikli sertifikaya dayanan

¹⁸¹ James G. Barnes / James E. Byrne, "E-Commerce and Letter of Credit Law and Practice", *The International Lawyer*, Spring 2001, V.35(1), s.23 vd.

¹⁸² James E. Byrne / Dan Taylor, *ICC Guide to the eUCP, Understanding the electronic supplement to UCP 500*, ICC publication No.639.

¹⁸³ Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce.

¹⁸⁴ Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES) vom 19. Dezember 2003, BBl 2003 8221, (yayın tarihi 30 Aralık 2003).

¹⁸⁵ İsviçre E-İmza K. m.2/h hükmünde, sertifika hizmet sağlayıcılarının tanınması ve kontrolü amacıyla, akreditasyon kurumu (akkreditierungsstelle) tarafından akredite edilmiş tanıma kurumları öngörülmüş bulunmaktadır.

¹⁸⁶ Sertifika hizmet sağlayıcılarının tanınması için gerekli şartlar, İsviçre E-İmza K.m.3'de düzenlenmiştir.

nitelikli e-imzalar¹⁸⁷ değil, sadece tanınmış bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenmiş bir nitelikli sertifikaya dayanan nitelikli e-imzalar elle atılan imzalara eş değer kılınmıştır, (İsviçre E-İmza K. ile getirilen OR. Art.14 Abs.2).

İsviçre hukukundaki elektronik ticaret hukukuna ilişkin diğer bir gelişme ise, Ocak 2001 tarihli Elektronik Ticaret Kanunu Tasarısı'dır¹⁸⁸. Bu tasarı ile de, İsv.BK.'nda (OR) ve Haksız Rekabet Kanunu'nda (UWG) çeşitli değişiklikler ve eklemeler öngörülmüştür¹⁸⁹.

E. Türkiye'de:

Türk hukukunda elektronik ticaret hukukuna ilişkin en önemli gelişmeleri, 4822 sayılı kanunla TKHK.'a eklenen "mesafeli sözleşmeler" kenar başlıklı TKHK.m.9/A hükmü ve 15.1.2004 tarihinde kabul edilmiş olan 5070 sayılı "Elektronik İmza Kanunu"¹⁹⁰ oluşturmaktadır. Elektronik İmza Kanunu, 23 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

TKHK.m.9/A hükmü, aksaklıkları ve yetersizlikleri dolayısıyla AB yönergeleri ile ve özellikle mesafeli sözleşmelere ilişkin 97/7/EC yönergesiyle pek çok açıdan uyumsuzluk taşımaya rağmen, elektronik ticaret uygulaması çerçevesinde ve özellikle

¹⁸⁷ İsviçre E-İmza K.m.2/c hükmünde tanımlanmış olan, "nitelikli elektronik imza" (qualifizierte elektronische Signatur) kavramı, AB düzenlemesindeki "nitelikli-gelişmiş e-imza" ve Türk hukukundaki "güvenli e-imza" kavramlarına karşılık gelmektedir.

¹⁸⁸ Entwurf für ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb), Januar 2001.

¹⁸⁹ Tasarı ile, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin OR.Art.4 Abs.2 hükmünde yapılması öngörülen değişiklikte, telefon yanında "diyalog imkanı sağlayan diğer bir elektronik iletişim aracının kullanılması" durumunda da, sözleşmenin hazırlar arasında kurulmuş sayılacağı düzenlemesine yer verilmiş; OR.Art.7 Abs. 2 ve 3'te yapılması öngörülen değişiklikte ise, tarife veya fiyat listelerinin elektronik yollarla sunulmasının da bir öneri teşkil etmeyeceği, buna karşılık, elektronik yollarla belirli bir mal veya hizmet sunumunun kural olarak öneri olarak sayılacağı belirtilmiştir. Tasarı ile, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiş ve kapıdan işlemlere ilişkin OR.Art.40a vd. hükümlerinin, mesafeli sözleşmeleri de kapsayacak şekilde, (genel olarak AB'nin MS.Yön. düzenlemesine paralel olarak), değiştirilmesi öngörülmüştür. Ayrıca tasarıda, ayıba karşı tekeffüle ilişkin OR.Art.197 vd. hükümlerinde de çeşitli değişiklik ve eklemeler yer almaktadır. Diğer taraftan tasarı ile öngörülmüş olan UWG Art. 3/b ve Art.6a hükümleriyle, özellikle bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

¹⁹⁰ RG. 23.1.2004, S.25355.

internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin bir gelişme olarak görölmek gerekir.

Elektronik ticaret hukuku ve uygulamaları bakımından diğör önemli gelişme ise şüphesiz “Elektronik İmza Kanunu”dur. AB’nin E-İmza Yönergesi ve bu yönergeyi iç hukuklarına uyarlayan bazı üye ölkelerin düzenlemeleri örnek alınarak hazırlanmış olan kanun ile, e-imzanın hukuki alt yapısı düzenlenmiş bulunmaktadır.

Gerek TKHK.m.9/A hükmü, gerekse E-İmza K. ileride inceleneceğı için buradaki açıklamalarımızı sınırlı tutmaktayız¹⁹¹.

Belirtmek gerekir ki, AB müktesebatıyla uyum açısından baktığımızda bu gelişmeler önem arz etmekle birlikte, AB’nin E-Tic.Yön ile düzenlenmiş olan bazı esasların ve mesafeli finans hizmetlerinde tüketicinin korunmasına ilişkin yönerge (2002/65/EC) hükümlerinin Türk hukukuna aktarılması ihtiyacı halen mevcut bulunmaktadır.

¹⁹¹ TKHK.m.9/A düzenlemesi IV,B; E-İmza K. düzenlemesi ise III,D,2,c bölümlerinde incelenmiştir.

III. İNTERNETTE SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

Bu bölümde inceleyeceğimiz mesele, doktrinde elektronik sözleşmeler olarak da ifade edilen, sözleşmelerin internet üzerinden kurulmasıdır. Belirtmek gerekir ki, sözleşmelerin internet üzerinden (veya diğer elektronik vasıtalarla) kurulmasını ifade etmek üzere özellikle Türk öğretisinde yerleşmiş olan “elektronik sözleşme” kavramı isabetsiz bir kavramdır¹. Bunun yerine “internette sözleşmelerin kurulması” ya da “elektronik vasıtalarla sözleşmelerin kurulması” ifadelerinin kullanılması daha doğrudur. Zira orta yerde elektronik olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme türü² veya tipi³ yoktur⁴. Elektronik olan, sözleşme değil sözleşmenin kurulmasında ve bazen de ifasında kullanılan vasıtalar⁵. Hukuk terminolojisi açısından isabetsiz olmakla birlikte, bu kullanımın Türk öğretisinde yerleşmiş olduğu söylenebilir. Ancak bu kavramın, vurguladığımız gibi, “sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulması” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Kanunen veya niteliği gereği bir engel bulunmadıkça hemen her sözleşme elektronik vasıtalarla kurulabilir. Bu bakımdan “elektronik sözleşme” kavramını, bir sözleşme tipi veya grubu olarak anlamamak gerekir⁶. İleride açıklanacak olmakla birlikte⁷ belirtelim ki, elektronik vasıtalarla kurulan sözleşme (elektronik sözleşme) kavramı, tüketici hukukuna ait bir kavram olan mesafeli sözleşme kavramıyla da karıştırılmamak gerekir.

¹ Yabancı hukuklarda gerek öğretilerde gerekse hukuki metinlerde “elektronik sözleşme” kavramına pek nadiren rastlanmaktadır.

² Bkz. Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul, Beta, 2002, s.89.

³ Bkz. Sağlam Atabarut, *a.g.e.*, s.50. Yazarın isimlendirdiği gibi elektronik sözleşmeleri “atipik bir sözleşme biçimi” olarak nitelendirmek mümkün değildir. Elektronik sözleşme kavramıyla ifade edilmek istenen, tipik veya atipik herhangi bir sözleşmenin elektronik vasıtalarla, internet üzerinden kurulmasıdır.

⁴ Falcioğlu, *a.y.*, s.26.

⁵ Bu yönde Özdemir Kocasakal, *a.g.e.*, s.37. “Elektronik sözleşme, elektronik iletişimin kendine özgü yöntemleri aracılığıyla açık ağ veya kapalı ağlar üzerinden kurulan sözleşmeleri ifade etmektedir”, (Falcioğlu, *a.y.*, s.25).

⁶ Bazı yazarlara göre elektronik sözleşmeler, (1) hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerdir, (2) katımalı (iltihaki) sözleşmelerdir ve (3) mesafeli sözleşmelerdir (Sözer, *a.g.e.*, s.109 vd.; Sağlam Atabarut, *a.g.e.*, s.52 vd.). Bu görüş son derece isabetsizdir. Gerçi bu özelliklerin tümü çoğu zaman web siteleri üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bulunmaktadır. Fakat elektronik sözleşme kavramı sadece internet üzerinden akdedilen sözleşmelerle sınırlı olmadığı gibi, internet üzerinden akdedilen sözleşmeler de sadece web siteleri üzerinden akdedilen tüketici sözleşmeleriyle sınırlı değildir. Kaldı ki, web sitesi üzerinden akdedilen bir sözleşmenin, mutlaka bu özellikleri taşıması gerektiği de iddia edilemez. Bu sebeplerle, “elektronik sözleşme” kavramını şu veya bu özellikleri taşıyan herhangi bir sözleşme grubu olarak değil, elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmeler olarak anlamak gerekmektedir.

⁷ Bkz. aşağıda IV,B,1,b,(2).

Hukukumuzda hukuki işlemlerin ve sözleşmelerin kurulması konusunda “*irade beyanı*” terimi, temel kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten BK.m.1 hükmüne göre “*iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur*”. Yani sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun **irade beyanları** gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hukuk, kural olarak ne olduğu bilinmeyen iç iradeye değil bunun dış dünyaya yansımış şekline önem verir ve hüküm bağlar. Şu halde esas olan irade değil irade beyanıdır⁸.

A. İrade Beyanları İçinde Elektronik İrade Beyanlarının Yeri:

1. Genel Olarak İrade Beyanı:

İrade beyanı, bir ayırıma göre, (1) hukuki bir sonuca varma iradesi, (2) açıklama yapma iradesi ve (3) iradenin açığa vurulması olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır⁹. İç dünyasında hukuki sonuca erişme iradesi ve açıklama yapma iradesine ulaşan bir kişi çoğu zaman herhangi bir fiil veya davranışla iradesini açığa vurur ve böylece irade beyanı ortaya çıkmış olur.

Diğer bir ayırıma göre ise irade beyanı, objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Objektif unsur, hukuki işlem yapma iradesinin harici bir fiil veya davranışla dış dünyaya ve özellikle muhataba bildirilmesidir (beyan). Sübjektif unsur ise, kişinin iç dünyasında oluşturduğu ve henüz dış dünyaya yansıtmadığı, belirli bir konuda hukuki işlem yapma kararını anlatır (irade). Bu sübjektif unsur yani irade de,

⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1985, s.143; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Giriş, Sözleşmeler**, (yayınlanmamış fakat yayına hazırlanmış haliyle) C.I, İstanbul (t.y.), §12, s.121.

⁹ H. Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung**, Bern 1941, s.12-13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s.62.

fiil iradesi (handlungswillen), beyan iradesi/şuuru (erklärungsbewußtsein), ve hukuki sonuç/muamele iradesi (geschäftswillen) olmak üzere üç ayrı unsurdan kuruludur¹⁰.

İradenin açığa vurulması, yani irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü¹¹ de olabilir (BK.m.1/II).

Maddi bir şey üzerine kelimelerle tespit edilen irade açıklamalarına “yazılı irade açıklamaları” denir. Buna karşılık sadece sözle yapılan açıklamalar ise “sözlü irade açıklamaları”nı teşkil eder¹². Bunun yanında mücessem yani cismani varlığı olan veya olmayan irade beyanları¹³ (verkörperte / nicht verkörperte willenserklärungen) ayrımı da yapılmaktadır. Maddi bir şeye bağlanmış irade beyanları mücessem irade beyanları olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık mücessem olmayan irade beyanlarında kalıcılık-daimilik özelliği bulunmamaktadır¹⁴.

Kural olarak hukukumuzda irade beyanlarının bir şekle bağlı olması gerekmemektedir. Ancak bir irade beyanının belli bir şekle bağlı olarak yapılması kanunda öngörülmüş olabileceği gibi taraflar da bunu kararlaştırabilirler. İşte bu durumda şekle bağlı irade beyanlarından bahsedilir.

Ayrıca bazı yazarlar irade beyanını doğrudan doğruya ve dolaylı irade beyanları olmak üzere ikiye ayırmaktadır¹⁵. Bu ayırmada genel olarak, hazırlar arasındaki irade beyanları doğrudan doğruya açıklamalar, hazır olmayan kişiler arasındaki irade beyanları ise dolaylı açıklamalar olarak nitelendirilmektedir.

¹⁰ Bu konuda bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968, s.22 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s.143-144; Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §12, s.121-122; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2001, s.123 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Bern, Stämpfli, 2000, s.149, kn.27.02; Wildemann, *a.g.e.*, s.9-12.

¹¹ Örtülü (zımni) irade beyanları oldukça tartışmalı bir konudur. Bu konuda geniş açıklama için bkz. Becker, *a.g.e.*, s.23-24; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s.156 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §14 s.132 vd.; Oğuzman/Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, İstanbul, Beta, 2002, s.128-130; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *a.g.e.*, s.64 vd.; Eren, *a.g.e.*, s.127 vd.

¹² Eren, *a.g.e.*, s.133.

¹³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s.171.

¹⁴ Wildemann, *a.g.e.*, s.13.

¹⁵ Eren, *a.g.e.*, s.128; Schwenzer, *a.g.e.*, s.151, kn.27.12.

Bazı beyanların tamamlanması için ayrıca bir başkasına karşı yapılması, ona yöneltilmesi ve varması aranmaz. Gerçi bu tip beyanlarda da, iradeyi başkalarının bilgisine arz etmek amacı güdülür. Fakat irade beyanının tamamlanması için belirli bir kimseye yöneltilip varması şart değildir. Vasiyetname, vakıf kurma, aleni mükafat vaadi gibi bu tip beyanlara, “*varması gerekli olmayan beyanlar*” denilmektedir¹⁶. Buna karşın çok taraflı hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin tamamının ve tek taraflı işlemlerin ise çoğunun hükümlerini doğurması için, bunların belirli bir kimseye karşı yapılması, ona yöneltilmeleri ve *varmaları* şarttır. *Varması gerekli irade beyanları* deyimiyle bu tip beyanlar kastedilmektedir¹⁷.

2. Elektronik İrade Beyanları:

Kural olarak bir irade beyanı herhangi bir şekle veya belli bir iletişim biçimine bağlı olmadığı için bugün artık elektronik yollarla yapılan (gönderilip - alınan) irade beyanlarının geçerliliği kimse tarafından sorgulanmamaktadır ve bu irade beyanlarının on-line bir görüşmede veya e-posta yoluyla ya da bir web sitesindeki sipariş formunu doldurmak suretiyle açıklanması bir fark yaratmamaktadır¹⁸.

Ancak elektronik irade beyanlarının, literatürde uzun zamandır, ikiye ayrılarak incelendiğini görmekteyiz¹⁹. Bu ayırım şu esasa göre yapılmaktadır: Elektronik bir irade beyanı acaba beyanda bulunan tarafından bizzat mı oluşturulmuş veya açıklanmış ve elektronik yollarla iletilmiştir; yoksa bir insan katılımı olmaksızın bir bilgisayar programı sayesinde otomatik ve elektronik olarak mı oluşturulmuş ve açıklanmıştır²⁰. Bu ayırım bugün için genelde tüketici olan kullanıcıların değil²¹, web sitelerinin, daha doğrusu web sitesi sahibi sağlayıcıların irade beyanlarında görülmektedir. Gerçekten web sitesi sağlayıcılarının irade beyanlarının bir insan tarafından bizzat düzenlenmesi

¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s.166.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s.166; Eren, **a.g.e.**, s.133 vd.

¹⁸ Dörner, **AcP** 2002, s.365, dn.4.

¹⁹ Rudolf Clemens, “Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren”, **NJW** 1985, s.1999 vd.

²⁰ Köhler/Arndt, **a.g.e.**, s.28, kn.87; Süßenberger, **a.g.e.**, s.39; Wildemann, **a.g.e.**, s.12.

²¹ Şüphesiz bir tüketicinin de, bilgisayarını otomatik irade beyanında bulunmak üzere programlaması mümkündür.

ve elektronik yollarla iletilmesi mümkün olduğu gibi, bu irade beyanlarının çoğu zaman olduğu gibi bir insan katılımı olmaksızın bir bilgisayar programı sayesinde otomatik ve elektronik olarak oluşturulması ve internet üzerinden muhatabına gönderilmesi de mümkündür.

Birinci durum yani iradenin bir insan tarafından oluşturulması hali, herhangi bir tereddüt yaratmamaktadır. İkinci durumda ise, bir bilgisayar, bu bilgisayara yüklenmiş bir program çerçevesinde farklı seçenekler arasında bir seçim yapmakta, beyanın içeriği hakkında karar vermekte ve irade beyanını internet üzerinden muhabata göndermektedir. Web sitesi sağlayıcısı ise, o anda bilgisayar tarafından somut olarak bir irade beyanı gönderildiğinden ve gönderilen irade beyanının içeriğinden haberdar bulunmamaktadır.

a. İrade Beyanlarının İnternette Elektronik Olarak İletilmesi:

İnternetin sunduğu tüm iletişim imkanları çerçevesinde bir kullanıcının bizzat bir irade beyanında bulunması ve bunu internet üzerinden elektronik olarak iletmesi mümkündür. Mesela kullanıcı, www’i kullanarak bir web sitesi üzerinden siparişte bulunabilir, banka havalesi emri verebilir vs., veya klasik mektup yerine e-postayı, telefon görüşmesi yerine chat bağlantısını (veya internet-telefonunu ya da video konferansı) tercih edebilir.

Bir kullanıcının internet üzerinden iradesini açıklayabileceği değişik iletişim şekillerini, internet teknolojisinin bugün için sunduğu imkanlar bakımından şu şekilde sistematize edebiliriz²²:

- (1) Kullanıcı bir web sayfasındaki formu doldurarak web sitesi sağlayıcısına gönderebilir;
- (2) Kullanıcı başka hiçbir işlem yapmaksızın, sadece bir web sayfasındaki “kabul”, “I agree”, “accept” vb. ifadeler taşıyan ilgili yere (bir sembol veya ikona) mouse ile tıklayabilir ya da klavyedeki ilgili tuşa (çoğunlukla “enter” tuşuna) basabilir;

²² Süßenberger, a.g.e., s.39-40.

- (3) Kullanıcı bir e-posta yazıp bunu internet üzerinden muhataba gönderebilir;
- (4) Bir “chat server” bağlantısı ile kullanıcı, yazmış olduğu metni bu server üzerinden aynı chat kanalındaki diğer katılımcıya (muhataba) göndererek onun ekranında metnin görünmesini sağlayabilir;
- (5) Kullanıcı, internet-telefon bağlantısı ya da video konferans yöntemiyle muhatap ile konuşabilir.

Kullanıcı, sipariş formu doldurarak veya e-posta ya da chat yoluyla iradesini bir metin (text) şeklinde muhataba gönderdiyse, yani (1), (3) ve (4) no’lu durumlarda, açıkça görülmektedir ki, beyanın içeriği bu metinle bizzat kullanıcı tarafından oluşturulmuş ve internet yoluyla muhataba gönderilmiş bulunmaktadır.

Web sayfasındaki ilgili yere mouse tıklamak veya klavyedeki tuşa basmak suretiyle iradenin açıklandığı (2) no’lu durumda ise²³ kullanıcı bir metin hazırlamamakta, yani beyanının içeriğini bizzat oluşturmamaktadır. Bu durumda beyanın içeriğini oluşturacak metin zaten çoğunlukla web sayfasında önceden hazır bulunmaktadır ve tıklanacak olan yer önceden verilmiş bu içeriğe bağlı, ona ilişkin bulunmaktadır. Kullanıcı da hazır bulunan bu içerikle birlikte beyanda bulunmaktadır. Şüphesiz bu durumda da kullanıcı, iradesini bizzat açıklamaktadır.

İnternet-telefon bağlantısı veya video konferans yoluyla iradenin sözlü olarak açıklandığı durumda ise, tıpkı normal bir karşılıklı konuşma veya bir telefon görüşmesinde olduğu gibi, söylenen sözler irade beyanının içeriğini oluşturmaktadır.

İrade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Bu bakımdan internette irade beyanının örtülü olarak gerçekleşmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak pratikte internet iletişiminin özellikleri, iradenin örtülü olarak açıklanabilmesini sınırlandırmaktadır. Özellikle ifa fiilleri veya edinme fiilleri gibi iradeyi gösteren davranışlar yoluyla iradenin açıklanması internette pek mümkün görünmemektedir. Zira gerek beyanda bulunanın gerekse muhatapın bilgisayar kullanıyor olması davranış

²³ Esas itibarıyla burada ayrı ayrı ele alınan (1) ve (2)’no’lu durumlarda teknik olarak aynı iletişim şekli söz konusudur. Daha açıklayıcı olması amacıyla bunlar ayrı ayrı ele alınmıştır.

şekillerini oldukça sınırlamaktadır. İnternet-telefon bağlantısı ve video konferans hariç internet iletişimi muhataba bir metin gönderilmesinden ibarettir ve çoğu zaman açık bir beyanı içermektedir. Gerçi e-posta ya da chat yoluyla gönderilen metinlerde örtülü ifadeler kullanılması mümkündür ama doldurulan bir formun gönderilmesi veya mouse tıklamak durumlarında bu da mümkün olmayacaktır. Nihayet belirttiğimiz gibi, ifa fiillerinin veya edinme fiillerinin internette yerine getirilmesi mümkün değildir. Kullanıcı tarafından internet üzerinden sipariş edilen bir malın, herhangi bir cevap verilmeksizin sağlayıcı tarafından posta yoluyla gönderilmesi örtülü bir irade beyanı olarak düşünülebilir ancak buradaki örtülü beyan (ifa fiili) internet üzerinden gerçekleşmemektedir yani klasik anlamdaki bir örtülü beyandır, internetle bir ilgisi bulunmamaktadır²⁴. Kullanıcı tarafından internet üzerinden satın alınan bir dijital ürünün mesela bir bilgisayar programının internet üzerinden doğrudan kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi de, örtülü bir beyan değildir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, dijital ürünlerin internet üzerinden sunulması, bir öneri teşkil etmektedir ve kullanıcının bu ürünü satın almak üzere beyanda bulunması ile sözleşme kurulmaktadır. Artık sağlayıcının satın alınan dijital ürünü internet üzerinden kullanıcının bilgisayarına yüklemesi örtülü bir irade beyanı değil, kurulmuş olan sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesidir.

Susmanın internette örtülü bir irade beyanı sayılabiliş sayılamayacağına gelince: Susma kural olarak bir irade beyanı teşkil etmez ancak somut olayın özelliği ile mevcut hal ve koşullar içerisinde, kişinin dürüstlük kuralı gereğince aktif bir davranışta bulunması ve mesela kendisine yapılan bir teklifi reddetmesi gerekirken bunu yapmamış olması durumunda susma, bir irade beyanı teşkil edecektir²⁵. Bu esasın aynen internette de geçerli olmaması için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Normal hayatta nasıl ki geleneksel yollarla bir hukuki ilişki içerisinde bir kimse dürüstlük kuralına göre aktif bir davranışta bulunması gerekirken bunu yapmamakla bir irade beyanında bulunmuş

²⁴ Süßenberger, a.g.e., s.43.

²⁵ Susmanın BK.m.6 gereğince kabul olarak değerlendirilebileceği bir hal olarak özellikle belirtmek gerekir ki, öneri, karşı tarafın öneriye daveti üzerine yapılmış ise ve öneriye davet eden, öneride bulunan ile sözleşme kurmak istemiyorsa, ret beyanını, öneriyi aldıktan sonra açıkça bildirmelidir. Aksi takdirde, öneride bulunan, sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu öneriye daveti ile ifade etmiş karşı tarafın susmasını BK.m.6 uyarınca kabul olarak değerlendirmekte haklıdır, (Kocayusufoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §20, kn.6, s.185; Gezder, a.g.e., s.120).

sayılabiliyorsa bu kişinin hukuki ilişkisinde, iletişim aracı olarak interneti kullanıyor olması bir fark yaratmayacaktır²⁶.

Sonuç olarak tekrar etmek gerekirse, irade beyanı kavramı için iradenin ne şekilde muhatabına iletiliğinin hiçbir önemi yoktur ve yukarıda belirttiğimiz internette elektronik olarak iletilen irade beyanlarının, klasik-geleneksel irade beyanı kavramından hiçbir farkı bulunmamaktadır²⁷.

b. Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları (Bilgisayar Açıklamaları):

Daha önce de belirttiğimiz gibi, otomatikleştirilmiş irade beyanları, diğer bir deyişle bilgisayar açıklamaları (computererklärungen) olarak isimlendirilen durumda, açıklama hareketi bizzat ve vasıtasız olarak bilgisayarın ve internetin kullanıcısı tarafından yani bir insan tarafından yapılmamakta, onun yerini bir bilgisayar tekniği almaktadır. Burada bilgisayar, programlanmış olduğu şekilde açıklamayı tamamen otomatik olarak oluşturmakta ve bunu internet üzerinden muhatabına göndermektedir.

Bu tür açıklamalar özellikle elektronik ticaret çerçevesinde, web sitelerinin faaliyetlerinde görülmektedir. Örneğin kullanıcı on-line satış yapan bir web sitesine girmekte, oradaki sipariş formuna gerekli bilgileri girdikten sonra formu sağlayıcıya göndermektedir. Sağlayıcının bilgisayarına ulaşan sipariş ve formdaki bilgiler, bu bilgisayar sistemi tarafından otomatik olarak değerlendirilmekte ve mesela stoklara ilişkin bilgisayar kayıtları incelenerek başvurunun işleme konulup konulmadığına, sözleşmenin kurulup kurulmadığına veya diğer bir içeriğe ilişkin bir metin yine

²⁶ Süßenberger, a.g.e., s.44. Süßenberger burada, internet iletişiminin özelliği gereği pratikte bir fark ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Şöyle ki, bugün hala internet iletişimde bazı teknik aksaklıklar yaşanmaktadır. Mesela e-posta hizmeti sağlayıcısında bir sorun yaşandığında veya muhatabın e-posta kutusu dolu olduğunda mesaj muhataba ulaşamamaktadır, aynı şekilde chat bağlantısında yaşanan bir sorun gönderilen metnin anında muhatap tarafından görülmesini engelleyebilmektedir ve bu tip sorunlar yaşandığı pek çok internet kullanıcısı tarafından bilinmektedir. Bu sebeple karşı tarafın susması durumunda bir internet kullanıcısı, bu susmanın bilinçli ve iradi olduğunu değil kendi beyanının veya karşı tarafın ret cevabının herhangi bir teknik aksaklıktan dolayı ulaşmadığını düşünebilecektir. Bu bakımdan yazara göre, bir internet kullanıcısı, geleneksel iletişim yöntemlerine kıyasen daha nadir olarak muhatabın susmasına (dürüstlük kuralı çerçevesinde) beyan anlamı yükleyecektir. Fakat bu durum susmanın internette de bir irade beyanı sayılabileceği sonucunu değiştirmemektedir, (Süßenberger, s.45).

²⁷ Bu sebeple bu irade beyanlarını, “elektronik irade beyanı” olarak nitelendirmenin gereksiz olduğu görüşü dahi ifade edilmektedir, (Süßenberger, a.g.e., s.46).

otomatik olarak bu bilgisayar sistemi tarafından oluşturulup muhataba gönderilmektedir. Hatta çoğu zaman, siparişle birlikte kullanıcının kredi kartı bilgileri alınmakta ve bilgisayar otomatik olarak bir taraftan satış bedelini bu kredi kartı hesabına yüklerken diğer taraftan da sağlayıcının muhasebe veya postalama gibi ilgili birimlerini sipariştten veya sözleşmeden haberdar etmektedir.

Bilgilerin veya bilgisayar programlarının (dijital ürünlerin) internette sunulmasına ilişkin faaliyetler de, hemen her zaman bilgisayar açıklamaları kullanılmak suretiyle yürütölmektedir. Yani kullanıcı tüm bu durumlarda bir bilgisayarla muhatap olmaktadır.

İşte yukarıda belirttiğimiz bu durumlarda mesele, bilgisayar açıklamalarının irade beyanı olarak ya da klasik-geleneksel anlamda bir irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir²⁸.

Hemen belirtelim ki, bu açıklamalar da bir insan iradesine dayanmaktadır. Bu bakımdan artık ağırlıkla hakim olan görüş, bir bilgisayarın kendisine ait bir “irade”si olamayacağı ve dolayısıyla kendisine ait bir “irade beyanında” da bulunamayacağı gerçeğinden hareketle, bilgisayar açıklamalarını, bilgisayarın kullanıcıasına ait bir irade beyanı olarak nitelendirmektedir²⁹. Zira bu durumlarda bilgisayar, belirli bir şekilde hareket etmek üzere programlanmakta ve neticede bilgisayarın gerçekleştirdiği işlemlerin temelinde insan iradesi yatmaktadır.

Bilgisayarı, muhatabın davranışına göre belirli şekillerde tepki göstermek üzere programlayan ve onu kullanıma sunan sağlayıcı, bu davranışıyla irade beyanının unsurları olan hukuki bir sonuca varma ve açıklama yapma iradesini, genel nitelikte de olsa ortaya koymuş bulunmaktadır. İradenin açığa vurulmasının daha sonra ve çoğu

²⁸ Bu konuda ileri sürölen değışik görüşlerin birlikte değıerlendirilmesi için ayrıca bkz. Clemens, NJW 1985, s.2001-2002; Gezder, a.g.e., s.84 vd.; Süßenberger, a.g.e., s.47 vd.

²⁹ Dörner, AcP 2002, s.365-366, dn.4; Meents, a.g.e., s.13, dn.37; Süßenberger, a.g.e., s.53; Wildemann, a.g.e., s.12-13. Bilgisayar teknolojisinin henüz daha yeni ortaya çıkmaya başladığı ve ne olduğünün tam olarak anlaşılamadığı dönemde bu konuya ilişkin ilk görüşü ortaya koyan yazarlar ise, otomatik bilgisayar açıklamalarının herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye bağlanamayacağı, dolayısıyla bu gibi durumlar için özel hukuki düzenlemeye gitme veya irade beyanı kavramını yeniden tanımlama ihtiyacı bulunduğünü ileri sürmüşlerdir, (Werner Susat / G. Stolzenburg, “Gedanken zur Automation”, MDR 1957, s.146).

zaman bilgisayarın işleticisinin fiili bilgisi dışında gerçekleşecek olması, bu irade beyanının ona izafe edilmesini engelleyemeyecektir. Zira o, programlamayı gerçekleştirip bilgisayarı kullanıma sunarken bunu bilmekte ve istemektedir.

İrade beyanının unsurlarını, sübjektif unsur (irade) ve objektif unsur (beyan) olarak ele alan görüş³⁰ yönünden de aynı sonuca ulaşılmaktadır. “İrade”nin unsuru olan “fiil (eylem) iradesi” sağlayıcıya ait bulunmaktadır. Yani bilgisayarın programlanıp kullanıma sunulmasıyla birlikte sağlayıcı, genel nitelikteki “fiil (eylem) iradesi”ni ortaya koymuş olmaktadır. Beyanda bulunanın gerçek ve tam bir “beyan iradesine-şuuruna” sahip olması ise zaten gerekmemektedir. Onun gerekli özeni gösterseydi açıklamasının bir irade beyanı olarak anlaşılabileceğini görebilecek ve bundan kaçınabilecek olması açıklamanın kendisine atfedilmesi için yeterlidir³¹. Bu bakımdan bilgisayar tarafından somut olarak irade beyanının gönderildiği anda sağlayıcının, gönderilen bu somut irade beyanından haberi olmaması, onun bu irade beyanı için bir beyan şuuruna sahip olmadığı anlamına gelmez. Sağlayıcı zaten, bilgisayarı başta programlarken, bunu amaçlamaktadır. Kaldı ki, “beyan şuru” için, kişinin, hareket tarzının hukuken önem taşıyan bir beyan olduğunu, başkalarının, kendisinin bu davranışından onda belirli bir hukuki sonuç iradesinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesi yeter³². Şüphesiz hukuki sonuç iradesi de, bilgisayara değil, bilgisayarı bu yönde programlarken genel nitelikteki iradesini ortaya koyan sağlayıcıya aittir.

Şu halde, bilgisayarın programlanması ve kullanıma sunulması, sağlayıcının genel olarak “fiil iradesini”, “beyan şuurunu” ve “hukuki sonuç iradesini” ortaya koyduğuna göre, irade de ona ait bulunmaktadır (sübjektif unsur). Böyle bir davranışta bulunan kişi, iş hayatındaki görüş ve anlayışlara göre belirli bir hukuki muamele yapma iradesini ortaya koyduğuna ve bu davranışı ile iradesini başkalarına bildirmek amacını taşıdığına göre (objektif unsur-beyan) irade beyanı da ona ait bulunmaktadır³³.

³⁰ Bkz. yukarıda bölüm III, dn.10.

³¹ Dörner, AcP 2002, s.366, dn.4; Hans Merz, “Vertrag und Vertragsschluss”, Freiburg, Universitätsverlag, 1988, kn.166.

³² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s.143-144.

³³ “En girift sistemler dahi, ancak insanlar tarafından ne şekilde programlanmışlarsa, o şekilde çalışabilir, kısaca, kendilerine verilen programı uygularlar. Şu halde, elektronik bilgi işlem merkezlerince

Bu bakımdan bilgisayar açıklamaları durumunda da bir gerçek veya tüzel kişiye **doğrudan** atfedilen bir irade beyanı söz konusudur ve dolayısıyla Amerikan hukukunda geliştirilen “electronic agent” kavramının³⁴ veya bilgisayar açıklamalarının bir nevi elektronik temsil olarak nitelendirilmesi ve temsil hükümlerinin kıyasen uygulanması gibi fikirlerin³⁵ hukukumuzda ithali gereksiz ve yersizdir³⁶. Vurgulamak gerekir ki, bilgisayar açıklamalarının geçerliliği için herhangi bir hukuki düzenlemeye gitme ihtiyacı³⁷ da bulunmamaktadır.

Neticede günümüzde, farklı gerekçelerle de olsa, bilgisayar açıklamalarının, klasik-geleneksel irade beyanı kavramı içinde nitelendirildiğini söyleyebiliriz³⁸.

3. İrade Beyanının Hüküm İfade Etmeye Başlaması (Etki Kazanması):

Yukarıda sözünü ettiğimiz, hükümlerini doğurmak için belirli bir kimseye karşı yapılması (yöneltilmesi) gereken irade beyanları acaba hangi anda tamamlanmış sayılacaktır? Bu konuda irade beyanının açıklanması, gönderilmesi, ulaşması veya öğrenilmesi anı olmak üzere dört ihtimal akla gelmektedir. İrade beyanının hangi anda etki kazanacağı meselesini, irade beyanının hazır bulunan (yani birlikte bulunanlar - yüz yüze olanlar) veya bulunmayanlar arasında yapılması ayrımına göre cevaplandırmak uygun olacaktır.

gerçekleştirilen irade beyanlarının arkasında, onları programlayan ve devre dışı bırakıp bırakmama konusunda son sözü söyleme hak ve iktidarına sahip bulunan insan iradesi yatar. Elektronik bilgi işlem merkezinin her mesajının arkasında, somut bir insan iradesi yoktur. Fakat, bilgi işlem merkezini otomatik olarak irade beyanlarında bulunabilecek biçimde programlayan ve işleten kişi, bu davranışı ile, önceden ve genel olarak, “eylem”, “hukuki sonuç” ve “beyan” iradelerini açığa vurmuş sayılır”, (Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §12, kn.3, s.123).

³⁴ Bkz. yukarıda bölüm II, dn.34.

³⁵ Bu görüşte, Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara, Seçkin, 2003, s.40.

³⁶ Bu yönde, Dörner, *AcP* 2002, s.366, dn.4. Bilgisayar açıklamaları konusunda çok zorlama fikirler üretildiğini görmekteyiz. Bunlar arasında, irade beyanını oluşturup gönderen bilgisayarları, sanki kendi akli ve iradesi olan varlıklar olarak gören garip fikirler dahi bulunmaktadır, (bunlar için bkz. Sinan Öztürk, “Elektronik Sözleşmeler: Kuruluş ve Geçerlilik Şartları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002 s.50 vd.).

³⁷ Böyle bir ihtiyaç bulunduğu görüşünde, Altınışık, *a.g.e.*, s.39-41.

³⁸ Josef Mehrings, “Vertragsabschluß im Internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB”, *MMR* 1998, s.31; Meents, *a.g.e.*, s.13, dn.37; Savaş Bozbel, “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler”, *YD* 2001(1), s.278; Köhler/Arndt, *a.g.e.*, s.28, kn.87-88; Sağlam Atabarut, *a.g.e.*, s.96; Süßenberger, *a.g.e.*, s.63,78.

a. Hazır Bulunan veya Bulunmayanlar Ayırımı:

Şu halde ilk olarak, “bir irade beyanı ne zaman hazır bulunan ve ne zaman hazır bulunmayan kişiye yönelik olarak yapılmış sayılacaktır” sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Yani bir iletişimin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar (gaipler) arasında mı gerçekleştiği hangi kıstasa göre tespit edilecektir?

Genel olarak, tarafların fiziken birlikte yani aynı mekanda bulunduğu durumlarda hazırlar arasında, fiziken birlikte bulunmadığı yani ayrı mekanlarda bulunduğu durumlarda ise hazır olmayanlar arasında bir görüşme söz konusudur. Fakat kanun koyucu, telefonla yapılan görüşmelerin de hazırlar arasında sayılacağını belirtmiş bulunmaktadır (BK.m.4/II). Şu halde bir görüşmenin hazırlar – gaipler arasında olduğu, sadece tarafların aynı veya ayrı mekanlarda bulunması kıstasına göre tespit edilemeyecektir. Yoksa telefon görüşmesinin, mekanlar ayrı olmasına rağmen neden hazırlar arasında sayıldığı açıklanması güç bir soru olurdu. Demek ki, taraflar ayrı mekanlarda bulunsalar bile bazı durumlarda hazırlar arasında bir görüşme söz konusu olabilecektir. Alman literatüründe de, “hazırlar – gaipler arası” ayırımının mekansal birliktelik veya ayrılık kıstasına bağlanamayacağı hususu vurgulanmaktadır. Ama bu ayırımın hangi kıstasa göre tespit edileceği de tartışmalıdır³⁹. Bazı yazarlar, hazırlar arasında yapılan görüşmelerde, tarafların doğrudan iletişim ilişkisi içinde bulunması yanında bu görüşmelerde yapılan irade beyanlarının kural olarak kaydının bulunmaması kıstasından; bazı yazarlar ise hazır olmayanlar arasındaki görüşmelerde beyanın yapılması ile ulaşması aşamalarının birbirlerinden ayrı olduğu, buna karşın hazırlar arasındaki görüşmelerde bunların bir arada bulunduğu kıstasından⁴⁰ hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁴¹.

Fakat genel olarak kabul edilmektedir ki, beyanda bulunan ve muhatap ayrı mekanlarda bulunsalar bile, aynı mekanda bulunanlar arasındaki diyaloglar gibi

³⁹ Tartışmalar için bkz. Koch, a.g.e., s.138-140.

⁴⁰ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.42.

⁴¹ Bkz. Süßenberger, a.g.e., s.133, dn.228’de zikredilen görüşler.

doğrudan ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde bulunuyorlarsa, irade beyanı, hazırlar arasında yapılmış sayılacaktır⁴². Bazı yazarlar, bu esas kabul etmekle birlikte, telefon görüşmesinde olduğu gibi sesli veya görüntülü bir iletişim imkanı var ise ancak o zaman farklı mekanlarda bulunan tarafların bir arada (hazır) bulunduğunun kabul edilebileceğini ileri sürmektedirler⁴³. Buna karşılık iletişimin yazılı olarak gerçekleştiği durumlarda da (mesela chat kanalları üzerinden gerçekleşen iletişimlerde) tarafların bir arada bulunduğu çoğunlukla kabul edilmektedir⁴⁴.

Kanaatimizce de, bir görüşmenin hazırlar arasında sayılması için, tarafların mutlaka sesli veya görüntülü bir iletişim içinde bulunması gerekmediği gibi irade beyanının kaydının bulunup bulunmadığı hususu da önem taşımamaktadır. Taraflar doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde, karşılıklı olarak derhal soru sorma, açıklama yapma ve tepki verme imkanına sahip bulunuyorlar ise hazır bulunanlar, aksi takdirde hazır bulunmayanlar arasında bir görüşme söz konusudur⁴⁵.

b. İrade Beyanlarının Ulaşması:

Hazırlar arasında gerçekleşen görüşmelerde beyanın yapılmasıyla tamamlanması kural olarak aynı anda gerçekleşmektedir. Diğer bir deyişle burada, beyan yapıldığı anda karşı tarafa ulaşır ve onun tarafından öğrenilir⁴⁶. Alman hukukunda hakim görüş, hazırlar arasındaki irade beyanlarında, cismani varlığı olan ve olmayan irade beyanı ayrımı yapmaktadır. Bu görüşe göre hazır olan bir kişiye yönelik olarak cismani varlığı olan bir irade beyanında bulunuluyorsa varma (ulaşma) teorisi (Empfangstheorie), buna karşılık yine hazır olan kişiye cismani varlığı olmayan bir beyanda, mesela sözlü bir irade beyanında bulunuluyorsa öğrenme teorisi (Vernehmungstheorie) kabul edilmektedir⁴⁷. Öğrenme teorisine göre, irade beyanının

⁴² Uwe John, "Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen", AcP 1984, s.393; Süßenberger, a.g.e., s.133.

⁴³ Dörner, AcP 2002, s.375.

⁴⁴ Koch, a.g.e., s.140; Meents, a.g.e., s.14, dn.42; Süßenberger, a.g.e., s.134; Wildemann, a.g.e., s.15. Özellikle BGB §147/1,c.2'deki değişiklikten sonra, Alman hukukunda durum açıklığa kavuşmuş görünmektedir, bkz. aşağıda III,B,2,c,(1).

⁴⁵ Dilger, a.g.e., s.23-24; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. John, AcP 1984, s.385 vd.

⁴⁶ Kocayusufoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §15, kn.7; Merz, a.g.e., kn.201.

⁴⁷ Süßenberger, a.g.e., s.131-132.

hüküm ifade etmeye başlaması için muhatap tarafından doğru olarak işitilip anlaşılması yani öğrenilmesi gerekmektedir⁴⁸. Alman hukukunda eskiden hakim olan bu görüşe göre, karşı taraf bir özrü veya dikkatsizliği yüzünden kendisine yapılan beyanı hiç duymamış veya yanlış duymuşsa, beyan geçerli değildir⁴⁹. Şimdi ağırlıkla kabul edilen “sınırlandırılmış öğrenme teorisi”ne göre ise, menfaatler dengesi ve işlem güvenliği gereği öğrenme teorisi katı bir biçimde değil, yumuşak bir şekilde uygulanmalı ve öğrenme fiilen gerçekleşmese bile şu iki durumda irade beyanının hüküm ifade etmeye başladığı kabul edilmelidir: (1) Muhatap öğrenmeyi kasıtlı olarak engellemişse ve (2) beyanda bulunan, içinde bulunulan şartlara göre muhatabın, irade beyanını öğrenmesini mümkün kılacak şekilde kendisi bakımından üzerine düşen herşeyi yerine getirerek öğrenmenin gerçekleştiğini düşünmekte haklı sayılabiliyorsa⁵⁰.

İsviçre-Türk hukuklarında ise, çoğunlukla böyle bir ayrıma gidilmemekte ve cismani varlığı bulunsun ya da bulunmasın hazırlar arasındaki tüm irade beyanlarında yani sözlü irade beyanlarında da ulaşma (varma) teorisi kabul edilmektedir⁵¹. Buna göre sözlü beyanlar da yazılı beyanlar gibi, muhatabın hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurur. Burada da asıl olan, muhatabın, irade beyanını öğrenme imkanına sahip olmasıdır. Muhatabın, irade beyanını fiilen öğrenmesi şart değildir. Bu sebeple muhatap işitme engelli veya ağır işiten bir kişi olsa bile, beyan sahibi hal ve şartlara göre bu durumu bilmedikçe, sözlü beyanı muhataba karşı yapar yapmaz bu beyan muhataba ulaşmış ve dolayısıyla hükümlerini doğurmuş olur. Görüldüğü gibi bu görüş, Alman hukukundaki sınırlandırılmış öğrenme teorisine oldukça yakındır⁵². Hazırlar arasında yazılı irade beyanının ulaştığı an ise, beyanı içeren şeyin muhataba teslim edildiği veya onun tarafından okunması mümkün olacak şekilde gösterildiği andır⁵³. Böyle bir beyan, muhataba öğrenme imkanı verecek bir şekilde teslim edilmeli veya gösterilmelidir, aksi takdirde ulaşmış sayılamayacaktır.

⁴⁸ Eren, a.g.e., s.135.

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §15, kn.7.

⁵⁰ Süßenberger, a.g.e., s.132. Alman hukukunda benimsenen bu ayırım ve esasa, İsviçre hukukunda olduğu gibi (Schwenzer, a.g.e., s.157, kn.27.32), Türk hukukunda da taraftar olan yazarlar, (bkz. Kırca, BATİDER 2000(4), s.106-107) görülebilmektedir.

⁵¹ Eren, a.g.e., s.136.

⁵² Eren, a.g.e., s.136. Zaten Alman hukukunda da, hazırlar arasında yapılan irade beyanlarında, varma veya öğrenme teorisini kabul etmenin herhangi bir fark yaratmayacağını belirten yazarlar bulunmaktadır, (bkz. Kırca, BATİDER 2000(4), s.106, dn.39).

⁵³ Karş. Eren, a.g.e., s.136.

Hazır olmayan bir şahsa yöneltilen bir irade beyanının ise hangi anda hüküm ifade etmeye başlayacağı konusunda hukukumuzda genel bir kural bulunmamaktadır. Alman hukukunda ise BGB §130/1 hükmüne göre, başka bir kimseye karşı yapılmak gereken irade beyanları, söz konusu kimsenin gıyabında yapıldıkları vakit, ona ulaştıkları anda hüküm ifade ederler. Avusturya ve İsviçre-Türk hukuklarında böyle genel bir hüküm bulunmamasına rağmen, hakim fikir, aynı sonuca sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK.m.3, 5, 9 hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle ulaşmaktadır⁵⁴. Şu halde, bizde de, hazır bulunmayan bir kişiye karşı yapılması gereken irade beyanlarında ulaşma – varma (vusul) anı esas alınmaktadır⁵⁵.

Peki “ulaşma” hangi anda gerçekleşmektedir? İsviçre-Türk hukuklarında ulaşma anı olarak irade beyanının muhatabın egemenlik alanına girmesi kabul edilmektedir⁵⁶. Buna göre, beyan, karşı tarafla öyle bir “alan-iktidar ilişkisi” içine girmiş olmalıdır ki, bundan böyle hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olmalıdır⁵⁷. Alman hukukunda baskın olan görüş ise, bu sonucu çok sert bularak yumuşatmaktadır. Varmada “öğrenilmesi beklenebilirlik” arayan bu görüşe göre eğer içinde bulunduğu somut durumda kendisine yapılan beyanı öğrenmesi muhataptan beklenemiyorsa, beyan ulaşmamış sayılmaktadır⁵⁸. Bu görüş, beyanın karşı tarafa o kadar yakın bir duruma gelmesini arıyor ki, artık muhatap normal şartlar altında onu öğrenmek iktidarını kazanmış olsun ve bahis konusu öğrenme bizzat onun tarafından alınan tedbirler veya iş hayatının

⁵⁴ Karl H. Neumayer, **Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems I**, Ed. by Rudolf B. Schlesinger, I, 1968 içinde, s.730.

⁵⁵ Azınlıkta kalan görüşe göre ise, “hukukumuzda böyle genel bir kaide yoktur. Borçlar Kanununun akdin inikadı açısından koyduğu esasın, yöneltilmesi gerekli bütün irade beyanları için uygulanması isabetli değildir. Borçlar Kanununun akdin inikadında kabul beyanının varması esasını kabul etmiş olması, burada tarafların menfaatinin denge halinde olmasındandır. Diğer irade beyanlarında da tarafların menfaati denge halinde ise varma esasını uygulamak doğrudur. Fakat muhatabın korunduğu hallerde öğrenme esasını, beyanda bulunanın korunduğu hallerde ise gönderme esasını uygulamak isabetli olur”, (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000, s.68, dn.96). Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s.168-169; Kocayusufpaşaoğlu, **Giriş, Sözleşmeler**, §15, kn.4 vd.

⁵⁶ Theo Guhl / Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, Schulthess, 2000, s.116, kn.44; Merz, a.g.e., kn.199.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s.170, ve orada dn.11’de anılan yazarlar; Kocayusufpaşaoğlu, **Giriş, Sözleşmeler**, §15, kn.8; Alfred Koller, **Empfangstheorie und Ferien-Kündigung**, ZBJV 1999, s.136.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.68-69.

adetlerine göre ondan **beklenebilsin**⁵⁹. Bu iki görüş arasındaki fark şu somut örnekte daha rahat görülmektedir: Acaba bir işyerine gönderilen mektup, normal çalışma saatinin bitiminde veya işyerinin kapalı olduğu sırada oraya ulaşır ve muhataba ait posta kutusuna konursa, varma o anda mı gerçekleşmiştir, yoksa bunu takip eden ilk çalışma gününde mutat çalışma saatinin başladığı anda mı gerçekleşecektir? Mesela, bir resmi daireye Cuma günü saat 18.30'da gelen ve daireyi terk etmiş bulunan muhatap A'nın masası üzerine bırakılan mektup o anda mı, yoksa pazartesi günü saat 9'da mı varmış sayılacaktır? Alman doktrinde ve uygulamasında hakim olan fikre göre, söz konusu mektup ancak ilk çalışma gününün mutat çalışma saatlerinin başlangıcında varmış sayılabilir. Zira daha önce, normal şartlar altında, muhataptan mektubu öğrenmesini beklemek imkanı yoktur. Oysa, beyanın muhatapla belirli bir alan-iktidar ilişkisi içine girmesini yeterli gören İsviçre-Türk hukuklarında benimsenen görüşe göre varma, Cuma günü saat 18.30'da gerçekleşmiş bulunmaktadır⁶⁰.

Fakat belirtmek gerekir ki, İsviçre – Türk hukuklarında da, Alman hukukunda benimsenen çözüm tarzına katılan, yani ulaşmada öğrenilmesi beklenebilirlik arayan yazarların çoğaldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁶¹.

B. Elektronik İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmeye Başlaması:

Varması gerekli her irade beyanı gibi, elektronik irade beyanlarının da hüküm ifade etmesi, bunun için gerçekleşmesi gereken iki safhadan oluşmaktadır: İrade beyanının yapılması (gönderilmesi) ve irade beyanının ulaşması.

1. Elektronik İrade Beyanının Yapılması (Gönderilmesi):

Bir elektronik irade beyanının ne zaman yapılmış olduğu sorusu büyük bir güçlük arz etmemektedir. Genel olarak kabul edilmektedir ki, metin olarak gönderilen bir irade beyanında, beyanda bulunanın bir daha beyanın içeriğini etkileyemeyecek ve

⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s.170; Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §15, kn.8.

⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s.170-171; Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §15, kn.8.

⁶¹ Eren, *a.g.e.*, s.138; Schwenzer, *a.g.e.*, s.154; Ayrıca bkz. aşağıda bölüm III, dn.72'e anılan yazarlar; Karş. Koller, *ZBJV* 1999, s.137.

gönderimi engelleyemeyecek şekilde nihai olarak “gönder” - “send” emrini vermesiyle irade beyanı gönderilmiş olmaktadır⁶². Beyanda bulunan, e-posta hizmet sağlayıcısının sunduğu teknik imkanları kullanarak, mesajı daha sonra belli bir zamanda gönderilmek üzere programlamışsa, gönder emri verilmiş olmasına rağmen beyanın gönderildiği an, bu emrin verildiği yani programlamanın yapıldığı an değil, mesajın programlandığı şekilde fiilen gönderildiği andır⁶³. Zira beyanda bulunan, ancak bu andan sonra irade beyanının içeriğini değiştiremeyecek veya gönderimi engelleyemeyecektir. İnternet-telefon bağlantısı veya video konferans yoluyla yapılan irade beyanlarında ise, sözlü bir beyan söz konusudur ve gerekli sözlerin muhatabın duyabileceği şekilde söylendiği an, beyanın yapıldığı andır.

2. Elektronik İrade Beyanının Ulaşması:

Elektronik irade beyanlarının ulaşması konusunda ise, yukarıda zikrettiğimiz gibi yine medeni hukuk dogmatğinde ve BK.m.4-5 maddelerinde benimsenmiş olan klasik “hazırlar arasında” – “gaippler arasında” (hazır olmayanlar arasında) yapılan irade beyanları ayırımına uygun olarak elektronik irade beyanlarının ulaşması sorununu incelemek gerekmektedir⁶⁴.

Bu bakımdan internetteki değişik iletişim şekillerinin hazırılar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı gerçekleştiğinin tespiti şarttır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu tespit taraflar arasındaki iletişimin doğrudan doğruya ve eş zamanlı olup olmadığına ve tarafların karşılıklı olarak soru sorma imkanına sahip bulunup bulunmadıklarına göre yapılmalıdır. Taraflar doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde, karşılıklı olarak derhal soru sorma, açıklama yapma ve tepki

⁶² Koch, a.g.e., s.136-137; Süßenberger, a.g.e., s.136; Michael L. Ultsch, “Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail”, NJW 1997, s.3007; Wildemann, a.g.e., s.14. Hatırlanacağı gibi, UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu’nda da, kural olarak bir veri mesajının, göndericinin veya gönderici adına hareket eden kişinin kontrolü dışındaki bir bilgi sistemine girdiğinde gönderilmiş olduğu esas belirtilmiştir (m.15/1).

⁶³ Dilger, a.g.e., s.21.

⁶⁴ İnternetteki iletişim şekillerinin tek yönlü veya çift yönlü (diyalog) olması durumlarını kıstas alarak, elektronik irade beyanlarının ulaşması sorununun, bu ayırımı göre incelendiği de görülmektedir, (Süßenberger, a.g.e., s.141 vd.).

verme imkanına sahip bulunuyorlar ise hazırlar arasında, aksi takdirde hazır olmayanlar arasında bir iletişim söz konusudur.

a. E-Posta Olarak Gönderilen İrade Beyanları:

E-posta yoluyla iletişim, genel olarak beyanda bulunanın yazdığı metni, internet üzerinden muhatabın e-posta adresine göndermesi suretiyle gerçekleşmektedir. Gönderilen mesaj muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısının (mail server) bilgisayarında bulunan muhabata ait e-posta kutusunda kaydedilmekte ve muhatap tarafından çağrılmaya hazır tutulmaktadır. Muhatap mail server'a bağlanmak suretiyle e-posta kutusunu çağırmakta ve e-posta kutusu bu şekilde kendi bilgisayarına taşındıktan sonra kendisine bir e-posta geldiğini gören muhatap bunu açmak ve okumak imkanına sahip bulunmaktadır.

(1) Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim:

E-posta iletişiminin işleyişinden açıkça görüldüğü gibi taraflar arasında doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim bulunmamaktadır. Doktrinde de ittifakla kabul edildiği üzere, e-posta yoluyla gönderilen bir irade beyanı hazır olmayanlar arasında gönderilmiş olmaktadır⁶⁵.

⁶⁵ Dilger, a.g.e., s.24-25; Gezder, a.g.e., s.114; Kırca, BATİDER 2000(4), s.108; Koch, a.g.e., s.140; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.74; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.107; Schwenzer, a.g.e., s.166, kn. 28.20; Süßenberger, a.g.e., s.163; Wildemann, a.g.e., s.18. Acaba istisnai olarak tarafların ikisinin de on-line olarak, e-posta bağlantılarının kurulu olduğu bilgisayarlarının başında birbirleriyle e-posta göndermek suretiyle görüştükleri ve birbirlerinin o anda internette on-line olduklarını bildikleri durumda yine gaipler arasında bir görüşmeden mi bahsedilecektir; yoksa, e-posta mesajlarının da kayda değer bir zaman kaybı olmaksızın iletildiğinden ve tarafların karşılıklı olarak bilgisayarlarının başında birbirleri ile e-posta yoluyla görüştüklerini biliyor olduklarından hareketle, bu iletişimi hazırlar arasında bir görüşme olarak mı kabul etmek gerekecektir? Gerçekten gönderilen bir e-postanın, muhatabın e-posta kutusuna ulaşması nadiren birkaç dakikayı bulsa bile çoğu zaman çok kısa bir süre içinde gerçekleşmektedir. Ayrıca tarafların karşılıklı olarak bilgisayar başında bulunduklarını bilmeleri, onlara soru sorma ve açıklama yapma imkanını da sağlamaktadır. Bu bakımdan bu durumlarda taraflar arasındaki görüşmenin hazırlar arasında cereyan ettiği ileri sürülebilir. Fakat bu görüşe karşı ise, e-posta iletişimde doğrudan doğruyalık ve eş zamanlılık özelliklerinin bulunmadığı söylenebilir. Zira gönderilen e-posta, muhatap on-line bile olsa, otomatik olarak muhatabın ekranında görünmemekte, okunabilmesi için muhatabın bu e-postayı önce açması (tıklaması) yani aktif bir davranışta bulunması gerekmektedir. Halbuki, hazırlar arasındaki görüşmelerin özelliği gereği bu durumlarda yapılan açıklamalar, yapılır yapılmaz (muhatabın herhangi bir davranışta bulunması gerekmeksizin) muhabata ulaşmakta hatta normal şartlar altında onun tarafından öğrenilmektedir. İşte bu özellik e-posta iletişimde bulunmamaktadır. Bu bakımdan tarafların ikisinin de on-line olarak e-posta değişimi ile haberleştikleri durumlarda dahi görüşmenin gaipler arasında

(2) Ulaşma Anı:

i. Hakimiyet Alanına Girmesi:

Yukarıda belirttiğimiz gibi İsviçre-Türk hukuklarında ulaşma anı olarak irade beyanının muhatabın hakimiyet alanına girmesi kabul edilmektedir. Buna göre, beyan, karşı tarafla öyle bir “alan-iktidar ilişkisi” içine girmiş olmalıdır ki, bundan böyle hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olmalıdır⁶⁶.

Peki bir kimsenin e-posta adresi/kutusu, o kişinin hakimiyet alanı olarak kabul edilebilir mi?

E-posta kutusunun, kullanıcının üzerinde fiili hakimiyeti bulunan bir mekan, maddi bir alan olmayıp, e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarındaki bir kayıt yeri olması ve kullanıcının bu e-posta kutusu yani kayıt yeri üzerinde dahi teknik olarak

cereyan ettiğini kabul etmek gereği ileri sürülebilir. Ancak böyle bir iletişimin gaipler arasında ya da hazırlar arasında gerçekleştiğinin kabul edilmesi arasında, iletişimin çok hızlı gerçekleşmesi sebebiyle hukuki açıdan büyük bir fark bulunmadığı da belirtilmektedir (Sağlam Atabarut, a.g.e., s.129). Zira hazırlar arasındaki bir görüşmede muhatap, kendisine yapılmış bir öneriyi derhal kabul etmek durumundadır yoksa öneride bulunan önerisi ile bağlı olmaktan kurtulacaktır. Gaipler arasındaki bir görüşmede ise öneride bulunan, zamanında ve usulüne uygun bir kabul haberinin kendisine ulaşması için geçecek süre kadar önerisi ile bağlıdır (BK.m.5). İşte bu görüşe göre bilgisayarları başında e-posta yoluyla görüşen tarafların hazır bulunmadıkları kabul edildiğinde dahi, zamanında ve usulüne uygun bir kabulün öneride bulunana ulaşması için geçecek süre, iletişimin hızı sebebiyle (zira kural olarak muhatap da, en az öneride bulunanın kullanmış olduğu iletişim yolu kadar hızlı bir iletişim yolu tercih etmelidir), son derece kısalmakta, öneriyle bağlılık süresi, tıpkı hazırlar arasındaki görüşmelerde olduğu gibi, işin önemine göre muhatabın düşünmesi için gerekli süreye inhisar etmektedir. Böylece iletişimin hazırlar arasında değil gaipler arasında cereyan ettiğinin kabulü pratikte büyük bir fark yaratmamaktadır (Dörner, AcP 2002, s.376). Kanaatimizce burada somut olayın özellikleri göz önünde tutulmalıdır. Sırf tarafların e-posta yoluyla haberleştikleri gerekçesiyle iletişimin gaipler arasında gerçekleştiği ileri sürülemez. İki taraf da, on-line olduklarını, yani diğerinin karşı tarafta bilgisayarı başında bulunduğunu bilmektedir. Son derece hızlı bir iletişim imkanına sahiptirler ve derhal soru sorma, açıklama yapma ve cevap verme imkanına sahip bulunmaktadır. Muhatap, öneride bulunanın derhal cevap beklediğini bilebilecek durumdadır. Bu bakımdan öneride bulunan derhal cevap beklemekte haklıdır ve iletişimin hazırlar arasında gerçekleştiği kabul edilmelidir (Aynı doğrultuda, Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Fasikülleri**, y.y., t.y., s.34; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.108; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Giriş, Sözleşmeler**, §19, kn.4). Bu durumun bir chat kanalı üzerinden gerçekleşen iletişimden tek farkı tarafların mouse tıklamak zorunda olmalarıdır ki, bu da sadece şekli bir farktır ve iletişimin gaipler arasında gerçekleştiğini kabule imkan vermez. Sonuç olarak bu istisnai durum haricinde, e-posta iletişiminin gaipler arasında gerçekleştiğini bir kez daha belirtelim.

⁶⁶ Bkz. yukarıda bölüm III, dn.56-57 ve ilişkin metin.

maddi bir hakimiyeti bulunmayıp sadece onu, şifresini girmek suretiyle kullanarak yani orada kaydedilmiş e-postaları çağırarak bilgisayarına yükleme imkanına sahip bulunması, e-posta kutusunun, kullanıcının hakimiyet alanına dahil olup olmadığı şüphesini doğurabilir.

Hakimiyet alanı çok dar yorumlanıp, e-posta kutusu kişinin hakimiyet alanı olarak kabul edilmez ise, e-posta olarak gönderilen bir irade beyanı ancak kullanıcının e-posta kutusunu çağırmasından sonra söz konusu e-postayı bilgisayarına yüklemesi anında yani neredeyse öğrenmesi anında ulaşmış sayılacaktır. Bu sonucun kabul edilmesi ise mümkün görünmemektedir⁶⁷. E-posta kutusu, kullanıcıya gönderilen e-postaların kabulüne ve kaydedilmesine yaramakta ve bu amaç için oluşturulmuş bulunmaktadır. Kullanıcı da, istediği zaman şifresini girip e-posta kutusuna erişmek ve içeriğini öğrenmek iktidarına sahiptir. Bu bakımdan e-posta kutusu kullanıcının hakimiyet alanına dahildir⁶⁸.

Hakim görüşe göre, e-posta olarak gönderilen bir elektronik irade beyanı, muhatap tarafından erişilmek/çağrılmak üzere muhatabın e-posta kutusunda kaydedildiği anda muhatabın hakimiyet alanına girmiş demektir⁶⁹. Azınlıkta kalan diğer bir görüş ise, muhatabın hakimiyet alanı ve beyanın ulaşma anı konusunda bir ayırımı gitmekte ve beyanın doğrudan muhatabın veri işleme sistemine iletilmesi ile üçüncü bir kişi (muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısı – mail server'ı) nezdinde bulunan bir bilgisayarda çağrılmak üzere kaydedilmesi durumlarının farklı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁰. Bu görüşe göre, eğer e-posta doğrudan muhatabın veri işleme sistemine iletiliyorsa, ulaşmanın gerçekleşmesi için, irade beyanının internet bağlantı noktasını geçerek sisteme girmesi yeterlidir ayrıca kaydedilmesi gerekmez. E-postanın, üçüncü bir kişi olan muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısı nezdindeki e-posta kutusuna iletilmesi durumundadır ki, ulaşmanın gerçekleşmesi için e-postanın buraya kaydedilmesi ve muhatap tarafından çağırılabilir olması gerekmektedir.

⁶⁷ Bu yönde, Dörner, *AcP* 2002, s.366.

⁶⁸ Süßenberger, *a.g.e.*, s.165; Wildemann, *a.g.e.*, s.19.

⁶⁹ Dörner, *AcP* 2002, s.366-367; Dilger, *a.g.e.*, s.28; Pietro Fringuelli / Matthias Wallhäuser, "Formerfordernisse beim Vertragsschluß im Internet", *CR* 1999, s.99; Kırca, *BATİDER* 2000(4), s.110; Moritz, *CR* 2000, s.63. Schwenzer, *a.g.e.*, s.154.

⁷⁰ Mehrings, *MMR* 1998, s.33.

Yukarıda belirttiğimiz gibi İsviçre – Türk hukuklarında da taraftarları artmakla birlikte esas itibariyle Alman hukukunda hakim olan fikre göre, ulaşmanın gerçekleştiğini kabul için iş hayatında hakim olan telakkilere göre muhatabın, beyanın içeriğinden haberdar olabilecek olması gerekmektedir⁷¹. Bu sebeple ticari bir ilişkide irade beyanının, muhatabın hakimiyet alanına “iş saatleri” içinde girmiş olup olmaması, ulaşmada “öğrenilmesi beklenebilirlik” şartını arayan Alman hukuku bakımından önem ifade etmektedir. Yani Alman hukukunda hakim olan fikre göre, iş saatinin bitiminden sonra muhatabın iş yerine gelen bir irade beyanı, takip eden iş gününde ulaşılmış sayılmaktadır. Ancak bazı yazarların aynı esası Türk hukuku için de takip ettiği görülmektedir⁷².

ii. E-Posta Kullanımına İzin Verilmesinin Ulaşma Anına Etkisi:

E-posta kutusu, kullanıcının hakimiyet alanına dahil bulunmakla birlikte burada cevaplanması gereken diğer temel soru şudur: Acaba e-posta adresine sahip bir kullanıcının, salt e-posta adresine sahip olması sebebiyle hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde de bu e-posta adresini kullandığı veya kullanması gerektiği sonucuna varılabilir mi? Diğer bir ifadeyle e-posta kullanıcısı, e-posta kutusunu düzenli bir şekilde kontrol etme yükümlülüğü altında mıdır? Örnek vermek gerekirse, bir kimse mektup yazmak suretiyle muhataba öneride bulunmuştur. Muhatap ise bir şekilde öneride bulunanın e-posta adresini öğrenmiş bulunmaktadır ve kabul beyanını öneride bulunana bir e-posta göndermek suretiyle açıklamıştır. Acaba bu kabul beyanı da genel kural gereğince öneride bulunanın e-posta kutusuna kaydedildiği anda mı ulaşılmış sayılacaktır?

Günümüzde e-posta adresine sahip olup da bunu bir kez dahi olsun kullanmamış kişiler bulunmaktadır. Bunun yanında e-posta kullanmakla birlikte bunu

⁷¹ Bkz.yukarıda bölüm III, dn.58-59 ve ilgili metin.

⁷² Bu konuda herhangi bir tartışmaya yer vermemekle birlikte, bu görüşe taraftar olduğu anlaşılan yazarlardan, Kırca, **BATİDER** 2000(4), s.111; Bozbel, **YD** 2001(1), s.283-284; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.110, s.113-114 ve s.121.

sadece özel yazışmalarında kullanıp, hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde kullanmayı aklına bile getirmeyen kişiler bulunabilir. Aynı şekilde bir e-posta kutusunu özel yazışmalarında, diğer bir e-posta kutusunu ise ticari yazışmalarında kullanan kişiler de bulunmaktadır⁷³.

Gelecekte, hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerde de e-posta kullanımının işlevi ve anlamı genişleyebilir. Ancak bugün için hala e-posta kullanımını, her durumda ve herkesin hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde yararlandığı bir yol olarak kabul etmek mümkün görünmemektedir⁷⁴. Bu bakımdan e-posta'nın hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerde, klasik iletişim yolları ile aynı hukuki sonucu doğuracak şekilde kullanılabilmesi, diğer bir ifadeyle gönderilen irade beyanının ulaşma ile hüküm ifade etmeye başlayabilmesi için, e-posta adresi sahibinin bu yönde bir kullanıma en azından örtülü bir şekilde müsaade etmiş olması aranmalıdır⁷⁵.

E-posta adresinin ticari bir kullanıcıya, bir işletmeye ait olması durumunda, bu e-posta adresinin herhangi bir şekilde (evraklarda, reklamlarda, web sitesinde ya da arama motorlarında v.s.) açığa vurulması yeterlidir. Yani bu durumda kullanıcının müsaadesi var demektir. Tacir kullanıcı, e-posta iletişimini hariç bırakarak sadece diğer bir iletişim şeklini kullanmak istiyorsa bunu somut olarak iletişime girdiği muhataba açıkça bildirmelidir (opt-out). Yoksa muhatap, irade beyanını bu e-posta adresine göndermekte haklı sayılır ve buraya ulaşan bir irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlar.

Kullanıcının bir tüketici olması durumunda ise, bu e-posta adresinin herhangi bir şekilde açığa vurulması da yeterli olmayıp, tüketici-kullanıcının somut olarak iletişime girdiği muhatabına e-posta iletişimini hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde de kullandığını bir şekilde bildirmesi gerekir (opt-in)⁷⁶. Mesela iletişimi e-posta yoluyla

⁷³ Dilger, a.g.e., s. 27.

⁷⁴ Karşı görüşte Kırca, BATİDER 2000(4), s.112.

⁷⁵ Dilger, a.g.e., s.26; Dörner, AcP 2002, s.367; Gezder, a.g.e., s.122; Koch, a.g.e., s.143; Ultsch, NJW 1997, s.3007. Karşı görüş ise, kullanıcı açıkça aksini belirtmediği sürece, e-posta adresinin irade beyanlarının da kabulüne ilişkin olduğunu, bu bakımdan kullanıcının bir müsaadesine gerek olmadığını savunmaktadır, (Süßenberger, a.g.e., s.166-167).

⁷⁶ Dörner, AcP 2002, s.368.

kendisi başlatan tüketici, e-posta adresinin bu yönde kullanımına müsaade etmiş demektir ve artık bu e-posta adresine gönderilen irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlayacaktır⁷⁷.

Yukarıda belirttiğimiz çerçevede e-posta adresinin kullanımına ilişkin açık veya örtülü bir izin olmaksızın e-posta olarak gönderilen bir irade beyanı ise ancak öğrenme anında ulaşmış sayılacaktır⁷⁸.

(3) Ulaşma Engelleri:

İnternet üzerinden gerçekleşen iletişim de kusursuz değildir. İletişim kesilebilmekte ya da gönderilen bilgiler kaybolabilmektedir. Bu durumlarda, gönderilen beyanın kaybolmasının veya gecikmesinin sonuçlarına kimin katlanacağı, yani iletişimden kaynaklanan risklerin nasıl paylaşılacağı sorusu gündeme gelmektedir. Şüphesiz bu sorunun, hukukumuzda geçerli olan ulaşma teorisinin esasları çerçevesinde cevaplanması gerekmektedir. Yani prensip olarak, ulaşmanın gerçekleşmesinden önceki riskler beyanda bulunana (gönderene), ulaşmanın gerçekleşmesinden sonraki riskler ise muhataba (alıcıya) ait olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, e-posta, muhatap tarafından erişilmek/çağrılmak üzere e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarında, yani muhatabın e-posta kutusunda kaydedildiği anda muhatabın hakimiyet alanına girmiş yani ulaşmış demektir.

⁷⁷ Diğer bir görüş ise, e-posta adresinin kullanılmasına muhatabın izninin bulunup bulunmadığı hususunu göz önünde bulundurmaksızın, salt muhatabın tacir olup olmamasına göre bir ayırım yapmakta ve tacir olan muhataplar için, irade beyanının muhatabın hakimiyet alanına girmesinin, tacir olmayan muhataplar için ise, irade beyanının muhatap tarafından fiilen öğrenilmesinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır, (Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.85 ve s.88). Muhatabın iznini göz önünde bulundurmaksızın, sadece sıfatını esas alan bu ayırımın menfaatler dengesine uygun olmadığı düşüncesindeyiz. E-posta adresi sahibi bir tacir dahi olsa, bu onun e-posta adresini hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerde de kullandığını kabule yeterli değildir. Ulaşma anının esas alınması için tacir tarafından e-posta adresinin herhangi bir şekilde açığa vurulmuş olması aranmalıdır. Diğer taraftan, verdiğimiz örnekte olduğu gibi, e-posta yoluyla iletişimi kendisi başlatarak e-posta kullanımına izin vermiş bir kişiye gönderilen irade beyanlarında, sırf bu kişi tacir sıfatına sahip değil diye, ulaşma değil öğrenme anının esas alınması da isabetli sayılamaz.

⁷⁸ Dörner, AcP 2002, s.368; Ergun Özsunay, "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, içinde, s.131; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.115 ve s.121; Ultsch, NJW 1997, s.3008-3009.

Bu esastan hareketle şu sonuçlara ulaşabiliriz:

(1) E-posta henüz iletim esnasında yani internetteki yolculuğu sırasında kaybolursa, ulaşma gerçekleşmez. Bu aşamada, kaybolmanın sonuçlarına beyanda bulunan (gönderen) katlanacaktır⁷⁹.

(2) E-posta, gönderildiği (hedef) bilgisayara yani muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarına (alıcının e-mail server'ına) ulaşmakla birlikte burada, muhatabın e-posta kutusuna kaydedilememişse ne olacaktır⁸⁰? E-postanın, muhatabın e-posta kutusuna kaydedildiği anda ulaşmış olacağına ilişkin yukarıda belirttiğimiz esastan hareketle doktrinde hakim olan fikre göre burada, e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarına ulaşmış olsa bile, henüz muhatabın e-posta kutusuna kaydedilmiş bir irade beyanı olmadığı için, ulaşma gerçekleşmemiştir. Çünkü e-posta daha muhatabın hakimiyet alanına girmemiştir. Muhatabın hakimiyet alanı, onun e-posta kutusudur, yoksa e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarı (mail server'ı) değildir⁸¹. Dolayısıyla riziko hala gönderene aittir⁸². Azınlıkta kalan daha yeni bir fikre göre ise, modern iletişim vasıtalarında iletişimin kolayca aksayabilmesi sebebiyle iletimden kaynaklanan riskler daha kesin bir şekilde, tarafların "etki alanına" göre paylaşılmalıdır⁸³. Bunun sonucu olarak, muhataba ait gelen mesajları kabul yerinde, normal şartlar altında kayıt imkanı bulunuyorsa ulaşma gerçekleşmiş demektir. Bu görüşe göre özellikle alıcı cihazın (muhatabın mail server'ının) işlev kabiliyetine ilişkin riskler alıcıya geçmektedir⁸⁴.

Kanaatimizce hedef bilgisayara erişmiş ancak kaydedilememiş bir e-postanın, bu iletişimi açık tutma mükellefiyetinin⁸⁵ bulunduğu bir durumda ulaşmış sayılıp

⁷⁹ Sağlam Atabarut, a.g.e., s.122; Ultsch, NJW 1997, s.3008.

⁸⁰ İlk olarak belirtmek gerekir ki, kimse kural olarak belirli bir iletişim kanalını her an ulaşılabilir tutmakla mükellef değildir. Hukuki işleme ilişkin olarak ilk teması kurmak isteyen kişi ulaşma imkanını farklı yollardan kendisi aramalıdır. Buna karşılık, halihazırda mevcut bir sözleşme ilişkisi veya başlamış olan bir sözleşme müzakeresi gibi, bazı durumlarda belli bir iletişim kanalını (burada tartıştığımız durumda elektronik iletişim imkanını) açık – ulaşılabilir tutma mükellefiyeti bulunabilir (Dörner, AcP 2002, s.370). Aynı şekilde, e-posta adresini kullandığını kamuya ilan etmiş yani e-posta adresinin kullanılmasına izin vermiş ticari kullanıcı için de bu mükellefiyet var demektir, (bu yönde Ultsch, NJW 1997, s.3008).

⁸¹ Ultsch, NJW 1997, s.3008-3009.

⁸² Bozbel, YD 2001(1), s.285; Dörner, AcP 2002, s.370; Süßenberger, a.g.e., s.169; Ultsch, NJW 1997, s.3008-3009.

⁸³ Dörner, AcP 2002, s.370 dn.19'da anılan yazarlar.

⁸⁴ Dörner, AcP 2002, s.370 dn.21.

⁸⁵ Bkz. yukarıda bölüm III, dn.80.

sayılamayacağı, kayıt edilememeye sebebiyet veren engelin kaynağına göre değerlendirilmelidir. Eğer bu engel muhatabın veya onun hizmet sağlayıcısının hiçbir etkisinin söz konusu olmadığı harici sebeplerden kaynaklanıyorsa (mail server'a yönelik hacker veya virüs saldırısı gibi), bunlar zaten iletişim vasıtasının riskleri olarak görülmeli ve gönderene ait kabul edilmelidir⁸⁶. Buna karşılık e-postanın, muhatabın veya onun hizmet sağlayıcısının etki alanında bulunan bir sebepten dolayı kaydedilememesinin rizikosunu muhataba ait olmalıdır. Bu durumun tipik örneği, muhatabın düzenli bir şekilde e-posta kutusunu boşaltmaması sebebiyle kutunun kapasitesinin dolmasıdır. Kapasitenin dolması muhatabın ihmalden kaynaklanmaktadır. Kapasite dolu olunca yeni gelen e-postalar kaydedilememektedir⁸⁷. Bu durumda beyanda bulunan, beyanın zamanında ulaşmış sayılmasını talep edebilecektir, yani riziko muhataba ait olacaktır⁸⁸. E-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarındaki harici olmayan bir sebepten, mesela bilgisayardaki bir arızadan dolayı kaydın gerçekleşmemesi rizikosunu da yine muhataba ait olmalıdır⁸⁹.

(3) E-posta, muhatabın e-posta kutusuna kaydedildikten sonra da bazı aksaklıklar doğabilir. Muhatap e-posta kutusuna erişemeyebilir; bilgisayarı arızalanabilir; bilerek veya bilmeyerek e-postayı silebilir; hatta e-posta kayıttan sonra fakat muhatap tarafından çağrılmadan önce – bu arada meydana gelen bir aksaklık sebebiyle – kendiliğinden silinebilir. Şüphesiz bütün bu durumlarda ulaşma gerçekleşmiştir yani irade beyanı hüküm ifade etmeye başlamıştır⁹⁰.

b. Web Sayfaları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları:

Bütün web siteleri, internet üzerinden irade beyanında bulunulmaya, diğer bir ifadeyle web sayfası üzerinden sözleşme akdetmeye müsait değildir. Bir web

⁸⁶ Bu yönde Dörner, AcP 2002, s.370.

⁸⁷ Diğer bir görüş bu sonuca, muhatabın objektif bir davranış yükümünü ihlal edip etmemiş olması esasından hareketle ulaşmaktadır. Muhatap objektif davranış yükümüne aykırı hareket etmiş, yani düzenli bir şekilde e-posta kutusunu boşaltmamışsa riziko da ona ait olacaktır. Aksi takdirde, mesela düzenli boşaltmaya rağmen beklenmedik spam mailler sebebiyle e-posta kutusunun kapasitesi dolmuşsa riziko gönderenin üzerinde kalmaya devam edecektir, (Ultsch, NJW 1997, s.3008; aynı yönde, Bozbel, YD 2001(1), s.285).

⁸⁸ Bozbel, YD 2001(1), s.285; Dörner, AcP 2002, s.371; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.123.

⁸⁹ Sağlam Atabarut, a.g.e., s.123-124.

⁹⁰ Dörner, AcP 2002, s.372.

sayfasındaki bilgiler, öneri veya öneriye davet şeklinde bir irade beyanı teşkil etse bile, web sayfası bu sayfa üzerinden sağlayıcıya yönelik olarak bir irade beyanında bulunulmaya imkan sağlayacak şekilde tasarlanmamış olabilir. Mesela web sayfası sadece reklam amaçlı tasarlanmıştır, ya da sağlayıcı, irade beyanlarının e-posta olarak gönderilmesini tercih etmektedir. Buna karşılık internet üzerinden elektronik ticaret faaliyetinde bulunan pek çok sağlayıcı, sözleşme kurulabilmek için web sayfalarını, irade beyanında bulunulabilecek şekilde tasarlamaktadır⁹¹.

“Web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanları” şeklinde burada incelenen durumlar şunlardır: İlk olarak “elektronik irade beyanları”na ilişkin açıklamalarımızda⁹² değindiğimiz ve orada (1)’inci ve (2)’nci durum olarak ifade ettiğimiz irade beyanları, yani kullanıcının bir web sayfasındaki formu doldurarak web sitesi sağlayıcısına göndermesi şeklindeki irade beyanları ile, web sayfasındaki ilgili yere mouse ile tıklamaktan ibaret olan irade beyanları. Bunlara ilaveten ikinci olarak, kullanıcının yukarıdaki şekilde gerçekleştirdiği irade beyanlarına cevaben, bu irade beyanını alan web sitesi sağlayıcısına ait bilgisayarın otomatik olarak hazırlayıp bir web sayfası biçiminde kullanıcının bilgisayarına gönderdiği açıklamalar (web sayfası biçimindeki bilgisayar açıklamaları)⁹³.

Form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle gönderilen irade beyanı karşı tarafta hemen hemen daima hazır ve işler durumda bulunan bir bilgisayar sistemi tarafından alınmakta ve işleme konulmaktadır. Hatta belirttiğimiz gibi çoğu zaman bu bilgisayar sistemi, anında cevap vermekte ve karşılıklı bir iletişim gerçekleşmektedir.

⁹¹ Üzerinden irade beyanında bulunulabilen web siteleri “etkileşimli”, bu imkanı sunmayanlar ise “etkileşimsiz” web siteleri olarak da nitelendirilmektedir, (Falcıoğlu, a.y., s.22-23).

⁹² Bkz. yukarıda III,A,2,a.

⁹³ Bu iki durum bir arada gerçekleşmek zorunda değildir. Yani kullanıcının bir web sayfasındaki formu doldurmak ya da form doldurmaksızın web sayfasında hazır bulunan içeriği kabul ettiğini mouse tıklamak suretiyle web sitesi sağlayıcısına gönderdiği bir irade beyanı, web sitesi sağlayıcısının bilgisayar sistemi tarafından alınıp değerlendirildikten sonra e-posta biçimindeki bir bilgisayar açıklaması olarak da cevaplandırılabilir. Fakat çoğu zaman bilgisayar açıklaması yani web sitesi sağlayıcısının irade beyanı, bir web sayfası biçiminde muhatabın bilgisayarına gönderilip, muhatabın bunu doğrudan ekranında görmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Mesela bir form doldurup gönderen kullanıcının ekranında, bu irade beyanına cevaben birkaç saniye sonra, doldurulan formda bazı eksiklikler veya hatalar bulunduğuna ya da

(1) Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim:

Bu biçimdeki iletişimin özellikleri göz önünde bulundurulduğunda açıkça görülmektedir ki, hazır olmayanlar arasında cereyan eden bir iletişim söz konusudur⁹⁴. Her ne kadar çoğu zaman çift yönlü ve eş zamanlı bir iletişim gerçekleşmekte olsa bile, bu iletişimin “hazırlar arasında” gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir⁹⁵. Zira tarafların sözleşmeyi müzakere etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Soru sorma, açıklama yapma, pazarlık etme gibi imkanları bulunmamaktadır. Önceden hazırlanmış bir sistem dahilinde gerçekleşen bir uygulama söz konusudur. Kullanıcı, özelliklerini web sayfasından gördüğü bir ürünü ya sipariş edecektir ya da etmeyecektir. Web sayfasında verilen bilgilerden başka bilgileri, mesela malın başka bir renginin bulunup bulunmadığını ya da hediye paketi yapılabilip yapılamayacağını sorma imkanı bulunmamaktadır. Nihayet kullanıcının karşısında bir bilgisayar bulunmaktadır. Şüphesiz bilgisayarlar arasında ya da bir bilgisayar ile bir kişi arasındaki iletişim hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir⁹⁶. Bu bakımdan web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan etmektedir⁹⁷.

siparişin ulaştığına ve değerlendirileceğine veya sözleşmenin kabul edildiğine ilişkin ifadeler taşıyan yeni bir web sayfası açılır.

⁹⁴ Gezder, a.g.e., s.114; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.74.

⁹⁵ İletişimin çift yönlü olması başka şey, hazırlar arasında cereyan etmesi başka şeydir, (bu konuda bkz. Süßenberger, a.g.e., s.141 vd.).

⁹⁶ Kırca, BATİDER 2000(4), s.108.

⁹⁷ Dilger, a.g.e., s.25; Süßenberger, a.g.e., s.191. Buna karşılık web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim, iki bakımdan hazırlar arasındaki irade beyanlarına benzetilebilir. İlk olarak, form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle kullanıcının gönderdiği irade beyanının öneri teşkil ettiği durumlarda bu öneri, sağlayıcının bilgisayar sistemine ulaşmakta ve bu sistem tarafından derhal işleme konularak gerekli cevap muhabata gönderilmektedir. Bu işlem son derece hızlı gerçekleştiği için öneride bulunanın önerisi ile bağlılığı neredeyse kendi irade beyanının muhatap bilgisayara ulaşması ile bu bilgisayar sistemi tarafından gönderilen cevabın kendisine ulaşması için gereken süreye inhisar etmektedir. Yani kullanıcının önerisi ile bağlılığı, iletişim hazır olmayanlar arasında gerçekleştiği için, BK.m.4 değil, BK.m.5 çerçevesinde olmasına rağmen, iletişimin özelliği sebebiyle sanki hazırlar arasında bir iletişim varmış gibi kısılmaktadır. Öneride bulunan derhal veya saniyeler içinde olmasa bile birkaç dakika içinde web sayfası biçimindeki kabul beyanının kendisine ulaşması gerektiğini beklemekte haklı sayılır. İkinci olarak kullanıcının web sayfası üzerinden gönderdiği irade beyanı (öneri veya kabul), sağlayıcının bilgisayarı tarafından derhal alındığı için, tıpkı hazırlar arasında bir iletişim varmış gibi, geri alınamayacak, yani BK.m.9 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. İletişimin hazırlar arasında gerçekleştiği görüşünde, Falcıoğlu, a.y., s.184; Ali Osman Özdelek, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2002, s.31-32.

(2) Ulaşma Anı:

Web sayfaları üzerinden gönderilen bir irade beyanı, e-posta iletişimde olduğu gibi aradaki üçüncü bir bilgisayarda muhatap tarafından erişilmek üzere kaydedilmemekte, aksine doğrudan muhatabın bilgisayarına gönderilmektedir. Yani doğrudan bir iletişim söz konusudur. Bu durum, hem kullanıcının web sitesine gönderdiği irade beyanlarında hem de web sitesinden kullanıcıya gönderilen bilgisayar açıklamalarında böyledir.

Bir fikre göre web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanlarının ulaşma anı, irade beyanının muhatabın bilgisayarına girdiği ve geçici veya sabit bir şekilde bilgisayara kaydedildiği andır⁹⁸. Diğer görüş ise, ulaşma anı olarak, bilgisayara kayıt anını değil, irade beyanının internet üzerindeki yolculuğunu tamamlayarak iletim hattını (yolunu) terk etmesi anını kabul etmektedir⁹⁹. Bu görüşe göre, irade beyanı internet üzerindeki yolculuğunu tamamladıktan sonra ulaşmış sayılmalıdır. Zira bu andan sonrası, yani irade beyanının kaydedilip kaydedilememesi muhatabın bilgisayarına ilişkin bir konudur ve gönderenin artık burada herhangi bir hakimiyeti söz konusu değildir. Gönderenin hiçbir hakimiyeti bulunmayan bu alanda meydana gelen bir sorun neticesinde irade beyanı kaydedilemese dahi ulaşmış sayılmalıdır. Zira bu alan artık muhatabın hakimiyet alanıdır ve bu alandaki rizikoyu muhatap taşımalıdır¹⁰⁰.

Bilindiği gibi, internet üzerinden gönderilen bir veri, önce paketlere (veri paketlerine) ayrılmakta, bu veri paketleri gönderildikleri bilgisayara ulaşmakta ve bu bilgisayar tarafından tekrar bir araya getirilmektedir. Ancak veri paketleri bir araya getirildikten sonradır ki, kullanıcının gönderdiği irade beyanının sağlayıcının bilgisayar sistemi tarafından algılanması mümkün olmakta ya da sağlayıcının gönderdiği irade beyanının kullanıcının ekranında belirmesi, yani onun tarafından görülmesi sağlanmaktadır. İşte internetteki yolculuğunu tamamlayan veri paketleri muhatabın bilgisayarında, yani muhatabın hakimiyet alanında her hangi bir problem bulunmasa dahi bir araya getirilemeyebilir. Bu durumda web sayfası şeklindeki irade beyanını

⁹⁸ Süßenberger, a.g.e., s.193-195.

⁹⁹ Wildemann, a.g.e., s.17 ve orada dn.93'te zikredilen yazarlar; aynı yönde Mehrings, MMR 1998, s.33.

¹⁰⁰ Wildemann, a.g.e., s.17.

oluşturan veri paketleri, muhatap bilgisayar tarafından tekrar bir araya getirilemez ise, gönderilen irade beyanının sağlayıcının bilgisayarı tarafından algılanması ya da kullanıcı tarafından görülmesi mümkün olamayacaktır.

Kanaatimizce her ne kadar muhatabın bilgisayarı onun hakimiyet alanında bulunsa bile, muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple henüz bir araya getirilip kaydedilmeyen irade beyanı ulaşmış sayılamaz. Zira irade beyanının salt muhatabın hakimiyet alanına girmiş olması “ulaşma” için yeterli değildir. Hatırlanacağı gibi İsviçre – Türk hukuklarında kabul edilen görüşe göre, irade beyanının ulaşması için, (yazılı) beyanın karşı tarafla öyle bir alan (saha/mezan) ilişkisi içine girmiş olması gerekir ki, artık hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olsun¹⁰¹. Yani Alman hukukundaki gibi “öğrenilmesi beklenebilirlik” aranmamakla birlikte, öğrenmenin mümkün olması yine de şarttır. Oysa veri paketleri internetten bilgisayara girmiş olmasına rağmen bir araya getirilerek kaydedilememiş ise, irade beyanının muhatap tarafından öğrenilmesi mümkün değildir. İrade beyanının, muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple onun bilgisayarı tarafından kaydedilememesi, iletişim yolunun rizikosu olarak görülmeli ve rizikonun göndericiye ait olduğu kabul edilmelidir¹⁰². Bu bakımdan web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanı, muhatabın bilgisayarına girdiği ve bu bilgisayara kaydedildiği anda ulaşmış sayılmalıdır¹⁰³.

c. Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları:

Chat kanalları üzerinden iletişim, iki veya daha fazla kullanıcının aynı anda bilgisayarları başında internette ve aynı chat server veya chat kanalı üzerinden

¹⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, s.170.

¹⁰² Bu konuda bir diğer görüş ise, ulaşma anının tespitinde irade beyanının kullanıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına göre ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre tarafların hakimiyet alanı birbirinden farklıdır. Sağlayıcının hakimiyet alanı onun bilgisayar sistemi, buna karşılık kullanıcının hakimiyet alanı bilgisayarının ekranıdır. Şu halde kullanıcının irade beyanı, sağlayıcının bilgisayar sistemine girdiği anda, sağlayıcının irade beyanı ise, kullanıcının ekranında görüntülendiği anda ulaşmış olur, (Falcioğlu, a.y., s.210-211).

¹⁰³ Süßenberger, *a.g.e.*, s.195.

birbirlerine yazılı metinler göndermesi suretiyle gerçekleşmektedir. Her kullanıcı hem kendi metnini muhataba göndermekte hem de muhatabın gönderdiği metni ekranında görmektedir. Bu iletişim doğrudan ve eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir. Yazılan metin “gönder” emriyle birlikte, arada herhangi bir aşama söz konusu olmaksızın doğrudan muhatabın ekranında belirlemek ve onun tarafından öğrenilmesi sağlanmaktadır. Ayrıca taraflar, gönderilen bir irade beyanı üzerine derhal tepki-cevap verme, soru sorma ve açıklama yapma imkanına sahip bulunmaktadırlar. İnternet telefonu veya video konferans yoluyla gerçekleşen bir görüşme, teknik farklılıkları dışında, aynen klasik telefon veya görüntülü telefon yoluyla gerçekleşen bir görüşme gibidir. Yani internet telefonunda, normal bir telefon görüşmesinde olduğu gibi sesli, video konferansda ise buna ek olarak görüntülü bir iletişim eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir.

(1) Hazırlar Arasında Gerçekleşen İletişim:

Şu halde taraflar, aynı anda karşılıklı ve doğrudan iletişim ilişkisi içinde bulunduklarına göre, eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gerçekleşen iletişimin hazırlar arasında cereyan ettiği açıkça görülmektedir¹⁰⁴.

Halbuki Alman doktrininde birçok yazar, değişik iletişim şekilleri arasında bir ayırım yapmaksızın, internet-telefon bağlantısı ve video konferans hariç, internetteki tüm irade beyanlarını kural olarak hazır olmayanlar arasında yapılmış olarak kabul etme eğilimindeydiler¹⁰⁵. Yani bu görüşü savunanlar, özellikle “chat” yoluyla yapılan iletişimi de hazır olmayanlar arasında değerlendirmekte veya bu ayırımı göz ardı etmekteydiler. 2001 yılında BGB’de yapılan değişiklikle birlikte ise¹⁰⁶, BGB §147/1,c.2 hükmünde sadece telefonla değil, diğer benzer teknik vasıtalarla kişiden kişiye yapılan önerilerin de hazırlar arasında yapılan öneriler olduğu düzenlemesi getirilmiş

¹⁰⁴ Gezder, a.g.e., s.113; Kırca, BATİDER 2000(4), s.108; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.76.

¹⁰⁵ Stefan Ernst, “Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet”, NJW-CoR 1997, s.166; Mehrings, MMR 1998, s.32-33; Köhler/Arndt, a.g.e., s.30, kn.94; Moritz, CR 2000, s.62; Brunhilde Steckler, “Current Legal Aspects of Electronic Commerce Regarding German Contract Law”, E.I.P.R. 1999, V.21(5), s.251; aynı eğilimi takip ettiği anlaşılan Bozbel, YD 2001(1), s.279.

¹⁰⁶ Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr von 13.7.2001, BGBl.2001 I 1542.

bulunmaktadır. Kanunun gerekçesinde de, “diğer teknik vasıtalarla” örnek olarak video konferanslar belirtildiği gibi, internette iki veya daha çok kişi arasındaki yazılı sohbetler (chat) de sayılmış bulunmaktadır. Zira gerekçeye göre, “chat” yoluyla iletişimde taraflar, doğrudan doğruya ve kayda değer bir zaman kaybı olmaksızın birbirleriyle iletişim kurabilme, karşı tarafın açıklamalarına anında tepki verebilme ve gerektiğinde soru sorabilme imkanına sahip bulunmaktadırlar¹⁰⁷.

(2) Ulaşma Anı:

Yukarıda belirttiğimiz gibi, İsviçre-Türk hukuklarında, Alman hukukundan farklı olarak¹⁰⁸ cismani varlığı bulunsun ya da bulunmasın hazırlar arasındaki irade

¹⁰⁷ Dörner, AcP 2002, s.375. Fakat Dörner, bu düzenlemeye rağmen, “chat” yoluyla yapılan iletişimlerin yine de hazır olmayanlar arasında gerçekleştiğini kabul etmek gerektiğini, zira görüntülü veya sesli bir iletişim olmadan, muhatabın davranışlarının (jest veya mimiklerinin) ne anlama geldiğinin kesin olarak anlaşılmasının mümkün olmadığını ve bu bakımdan öneri ile bağlılık süresinin BGB §147/2’ye göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir, (Dörner, AcP 2002, s.375). Buna karşılık Alman doktrinde, BGB §147/1,c.2’deki değişiklikten önceki dönemde dahi, “chat” yoluyla iletişimin hazırlar arasında gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır, (Koch, a.g.e., s.140; Meents, a.g.e., s.14, dn.42; Wildemann, a.g.e., s.15-16; Süßenberger, a.g.e., s.177).

¹⁰⁸ Daha önceki açıklamalarımızdan hatırlanacağı gibi, Alman hukukunda genel olarak kabul edilen esasa göre hazırlar arasındaki görüşmelerde cismani varlığı bulunmayan bir irade beyanı, öğrenme anında hüküm ifade etmeye başlamaktadır. Chat kanalları üzerinden gerçekleşen iletişim hazırlar arasında cereyan ettiğine göre bu yolla iletilen bir irade beyanı, bu esasa göre öğrenme üzerine hüküm ifade etmeye başlayacaktır ve beyanda bulunanın, chat kanalı üzerinden muhataba gönderdiği irade beyanı, muhatabın bilgisayarına ulaşıp ekranında görüldüğü ve muhatap tarafından öğrenildiği anda hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Bu ana kadar irade beyanının gecikmesi veya kaybolması rizikosuna beyanda bulunana aittir. Ancak “sınırlandırılmış öğrenme teorisi” göz önünde bulundurulduğunda, buradaki “öğrenme”yi mutlak bir öğrenme olarak anlamamak lazım. Gönderilen metin başarıyla hedefine ulaşmış yani muhatabın ekranına yansımış olmasına rağmen, muhatap sırf kendisinden kaynaklanan sebeplerle beyanı öğrenmemiş olabilir. Mesela muhatap, o sırada gözlerini kapattığı veya başka bir şeyle meşgul olduğu ya da sırf istemediği için ekrana yansıyan metni okumamış olabilir. Bu durum konuşmada taraflardan birinin kulaklarını tıkaması veya telefon görüşmesinde ahizeyi kulağından uzaklaştırması durumlarıyla aynıdır. Bu durumlarda öğrenme fiilen gerçekleşmediği için irade beyanının hüküm ifade etmeyeceği kabul edilemez. Zira böyle bir sonuç irade beyanının hüküm ifade edip etmemesinin, muhatabın keyfine bırakılması demek olur. Şu halde bu esas çerçevesinde öğrenme teorisi katı bir biçimde değil, yumuşak bir şekilde uygulanmalı ve öğrenme fiilen gerçekleşmese bile şu iki durumda irade beyanının hüküm ifade etmeye başladığı kabul edilmelidir: (1) Muhatap öğrenmeyi kasıtlı olarak engellemişse ve (2) beyanda bulunan, içinde bulunulan şartlara göre muhatabın, irade beyanını öğrenmesini mümkün kılacak şekilde kendisi bakımından üzerine düşen herşeyi yerine getirerek öğrenmenin gerçekleştiğini düşünmekte haklı sayılabiliyorsa, (Süßenberger, a.g.e., s.132 ve s.183). Alman hukukunda bir diğer görüş ise chat kanalları üzerinden yapılan yazılı iletişimin hazırlar arasında gerçekleştiğini kabul etmekle birlikte, bu şekilde gönderilen irade beyanlarının ne zaman hüküm ifade etmeye başlayacağını, gönderilen yazılı beyanın kalıcı yani daha sonra tekrar erişilebilecek bir şekilde muhatabın bilgisayarında kayıt edilip edilmediği ayırımına göre tespit edilmesi gerektiğini savunmakta ve eğer iletilen beyan kalıcı bir şekilde kayıt edilmekte ise ulaşma anını, kayıt edilmemekte ise öğrenme anını esas almaktadır, (Süßenberger, a.g.e., s.177 vd).

beyanlarında da ulaşma (varma) teorisi kabul edilmektedir¹⁰⁹. Buna göre eş zamanlı bir iletişim kanalı üzerinden gönderilen beyanlar da, muhatabın hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurur. Burada asıl olan, muhatabın, irade beyanını öğrenme imkanına sahip olmasıdır. Muhatabın, irade beyanını fiilen öğrenmesi şart değildir. Mesela bir chat iletişiminde muhatap, ekrana yansıyan irade beyanını kendisinden kaynaklanan herhangi bir sebeple (mesela görüştüğü kişiyi haberdar etmeden o sırada bilgisayarın başından kalkmış olduğu için) okumamış olsa bile, beyan sahibi hal ve şartlara göre bu durumu bilmedikçe, irade beyanı muhataba ulaşmış ve dolayısıyla hükümlerini doğurmuş olur.

Yani muhatap, chat kanalı üzerinden gönderilen ve ekrana yansıyan bir irade beyanını, sırf kendisinden kaynaklanan bir sebeple öğrenememişse, irade beyanı yine de hüküm ifade etmeye başlayacaktır.

C. İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması:

1. Genel Olarak Öneri (İcap) ve Kabul:

İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin kurulması, bir tarafın önerisini diğer tarafın kabul etmesiyle olur¹¹⁰. Bu şekilde

¹⁰⁹ Bkz yukarıda bölüm III, dn.51 ve ona ilişkin metin.

¹¹⁰ Merz, a.g.e., kn.191. Gerçekten kural olarak sözleşme bir tarafın önerisinin diğeri (muhatap) tarafından kabul edilmesiyle kurulur. Ancak acaba açık veya örtülü bir kabul olmaksızın da sözleşmenin kurulması mümkün müdür? Burada ifade etmeye çalıştığımız husus, sık rastlanmayan bir mesele olan, birbirine uygun kesişen öneriler (**identical cross-offers / kreuzofferten**) bulunması durumudur. Kesişen öneriler durumunda, iki taraf da karşılıklı olarak, birbirine uygun şartlar taşıyan öneride bulunmakta fakat ikisinin de bir diğerinin önerisinden haberi bulunmamaktadır. Mesela (A) antika piyanosunu X liraya (B)'ye satmak istediğini belirten bir mektup yazmış ve bunu postalamıştır. Mektuptan haberi olmayan (B)'de aynı sırada (A)'nın piyanosunu yine X liradan almak istediğini belirten bir mektubu (A)'ya göndermiş bulunmaktadır. Tarafların iradeleri aynı yöndedir ancak ortada belirgin bir kabul yoktur. Buna rağmen acaba sözleşme kurulmuş mudur? Mesele tüm hukuk çevrelerinde tartışmalıdır, (Rudolf B. Schlesinger, **Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems I**, Ed. by Rudolf B. Schlesinger, I, 1968 içinde, s.105). Alman, İsviçre ve Avusturya literatüründe yazarlar ikiye bölünmüş durumdadırlar. Nispeten eski bir görüş olan ve “*şekli uzlaşma teorisi*” olarak adlandırılan görüşü savunan yazarlar, sözleşmenin kurulması için önerilerden en az birinin kabul edilmesi gerektiğini aramaktadırlar, (Neumayer, Schlesinger içinde, s.703, dn.13'te anılan yazarlar). Ancak bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, diğer tarafın kesişen önerisinin ulaşmasına rağmen sessiz kalınmasının bir zımni kabul sayılabileceğini ve sözleşmenin bu şekilde kurulabileceğini kabul etmektedirler, (Neumayer, Schlesinger içinde, s.703, dn.14'te anılan yazarlar). Fakat bu görüş, taraflardan her birinin sözleşmenin

sözleşmenin kurulmasında genellikle, kısa veya uzun bir müzakere süreci yaşanır ve bu müzakereler sonunda sözleşme kurulur. Bu durum hem bireysel sözleşmelerde hem de genel işlem şartlarına bağlı sözleşmelerde görülebilir¹¹¹. Bazen de sözleşme, self-servis satışlarında veya otomatik satış makinelerinde olduğu gibi, bir tarafın önerisinin, diğeri tarafından herhangi bir müzakere olmaksızın kabul edilmesiyle kurulur¹¹².

a. Öneri (İcap):

Taraflardan birinin diğesine veya umuma yaptığı ve muvafakat edildiği takdirde sözleşmenin meydana gelmesini sağlayacak nitelikteki irade beyanına öneri (icap) denir¹¹³. Bir irade beyanının öneri sayılabilmesi için, hedef tutulan sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli bulunan unsurları (essentialia negotii) belirli veya belirlenebilir bir şekilde içermesi gerekir (örneğin satım sözleşmesinde, satılan şey ve fiyat). Aynı şekilde önerinin, muhatabına ve sözleşmenin nevi ve tipine yani öneride

kurulmasına itiraz edebilme imkanını ortadan kaldırmamaktadır. Zira bu durumda irade bozukluklarına dayanma, özellikle, BK.m.23 vd. hükümleri çerçevesinde sözleşmenin hata sebebiyle iptal edilebilmesi imkanı saklıdır, (Kocayusufoğlu, Giriş, Sözleşmeler, § 20, kn.8). Daha yakın zamanlarda genelde kabul gören ve “maddi uzlaşma teorisi” olarak adlandırılan görüşü savunan yazarlar ise, birbirine uygun kesişen önerilerin sözleşmeyi kurduğunu kabul etmektedirler, (Neumayer, Schlesinger içinde, s.702, dn.12’de anılan yazarlar; Peter Gauch / Walter R. Schlupe, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band I, Zürich, Schulthess, 1991, s.82, kn.483). Bu görüşe göre, sözleşmenin sadece, öneri ve kabulün belirgin bir sırayla yapılması suretiyle kurulacağını kabulü; buna karşın birbirine uygun ama bağımsız irade beyanlarının değişimi suretiyle sözleşmenin kurulmasının reddi her şeyden önce sözleşme özgürlüğü ilkesine ters düşmektedir. Ayrıca maddi uzlaşma teorisinin, iki tarafın da arzu ettiği hukuki sonuçların daha hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlaması bakımından modern iş hayatının gereklerine daha uygun düştüğü belirtilmektedir, (Karl H. Neumayer, “Vertragsschluss durch Kreuzofferten”, Festschrift für Otto Riese 1964 içinde, s.309 vd.; Neumayer, Schlesinger içinde, s.703). Gerçekten, bir kesişen öneri muhatabının, kendisi de aynı anda, aynı içerikteki karşı önerisi ile bağlı iken, sırf karşı tarafın irade beyanının kendisinininkine cevaben yapılmamış olması gerekçesi ile, sözleşmenin kurulmasına itiraz hakkının bulunması kolay açıklanamaz, (Kramer, **Münchener Kommentar**, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3.Auflage, München 1993, §151, kn.4a; Neumayer, Festschrift für Otto Riese s.315 vd.). Ayrıca kanaatimizce, öğrenme değil ulaşma teorisini kabul eden hukuk sistemimize göre, maddi uzlaşma teorisinin kabulü daha tutarlı olmaktadır. Zira irade beyanının hüküm ifade etmesi için muhatabın hakimiyet alanına girmiş olması yeterli olup ayrıca muhatap tarafından öğrenilmiş olması gerekmemektedir. Nitekim bir kimsenin, kendi hakimiyet alanına girmiş-ulaşmış (yani hüküm ifade etmeye başlamış olan) ancak henüz öğrenmemiş olduğu bir öneriye uygun surette fakat ona cevap niteliğinde olmayan bir irade beyanında bulunması, kesişen öneriden başka bir şey değildir ve bu durumda karşı önerinin sözleşmeyi kurduğunun reddedilmesi, bir irade beyanının (ilk ulaşan beyanın) ulaşması ile hüküm ifade etmeye başlayacağına ilişkin ulaşma teorisi ile çelişki teşkil eder. Bu sebeplerle, kesişen öneriler bulunması durumunda da sözleşmenin kurulmuş olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda sözleşme, zaman itibarıyla sonra ulaşan kesişen önerinin muhatabın hakimiyet alanına girdiği anda kurulmuş olur, (Neumayer, Festschrift für Otto Riese, s.324 vd.).

¹¹¹ Merz, a.g.e., kn.191.

¹¹² Merz, a.g.e., kn.193.

¹¹³ Schwenzer, a.g.e., s.162, kn.28.03; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s.82.

bulunanın kira sözleşmesi mi yoksa satım sözleşmesi mi kurmak istediğine veya malı almak mı yoksa satmak mı istediğine ilişkin hususlarda yeterli bir belirlilik veya belirlenebilirlik taşıması gerekir¹¹⁴.

Öneri belirli bir veya birkaç kişiye yöneltilebileceği gibi, umuma da (ad incertas personas) yöneltilebilir. Nitekim BK.m.7/III hükmüne göre bedel göstererek mal sergilenmesi kural olarak öneri kabul edilir.

Kanun veya tarafların anlaşması ile, yapılacak sözleşme için bir şekil öngörülmüş olmadıkça öneri bir şekle tabi değildir. Fakat yapılacak sözleşme kanun veya tarafların anlaşması ile bir şekle tabi tutulmuş ise öneri buna uygun olarak yapılmadıkça geçerli değildir¹¹⁵.

(1) Öneri – Öneriye Davet:

Bir irade beyanının öneri sayılabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir: İlk olarak, beyanda bulunanın, karşı tarafın kabulü üzerine sözleşmenin kurulmasını arzu ettiğinin yani bağlanma iradesinin varlığının, irade beyanından anlaşılması gerekir¹¹⁶. Şayet irade beyanı sadece bir müzakereye girişmek arzusunu açıklıyorsa bu irade beyanı bir öneri değil öneriye davettir¹¹⁷.

İkinci olarak ise, irade beyanının, kurulması arzu edilen sözleşmeye ilişkin bütün esaslı unsurları içermesi, yani sözleşmenin kurulmasını sağlayabilecek olgunlukta bir beyan olması gerekir ki, bir öneri söz konusu olsun¹¹⁸. İrade beyanında sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli unsurlardan biri veya birkaçı eksikse öneriye davet söz konusudur. Unsurlar tamam olmakla birlikte önerinin bağlayıcı olmadığı açık veya örtülü bir şekilde irade beyanından veya içinde bulunulan hal ve vaziyetten anlaşılıyorsa yine bir öneriye davet söz konusudur¹¹⁹. Borçlar Kanunu bu konuya ilişkin olarak

¹¹⁴ Schwenzer, a.g.e., s.162-163, kn.28.05 vd.

¹¹⁵ Eren, a.g.e., s.228; Gauch/Schluep, a.g.e., s.66, kn.386; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.53.

¹¹⁶ Schwenzer, a.g.e., s.163, kn.28.09.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.50.

¹¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §18, kn.2.

¹¹⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.50; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.84.

ayrıca, tarife veya fiyat listesinin öneri teşkil etmeyeceğini, yani öneriye davet olduğunu belirtmiştir (BK.m.7/II). Diğer taraftan yukarıda da belirttiğimiz gibi, fiyat konularak mal teşhiri kural olarak öneri sayılır (BK.m.7/III).

Bir irade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu konusunda anlaşmazlık doğması durumunda bu irade beyanının niteliği, güven prensibinin ışığında gerek irade beyanının içeriğine gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak tespit edilmelidir¹²⁰.

(2) Önerinin Bağlayıcılığı ve Öneri ile Bağlılık Süresi:

İsviçre-Türk ve Alman hukuklarında öneri, bağlayıcı bir hukuki etkiye sahiptir. Önerinin bağlayıcılığı, bunun serbestçe geri alınamaması demektir¹²¹. Öneri kural olarak serbestçe geri alınamamakla birlikte, geri alma beyanı muhataba öneriden önce veya öneri ile aynı zamanda ulaşırsa veya daha sonra ulaşmakla birlikte muhatap öneriyi öğrenmeden önce geri alma beyanını öğrenirse geri alma hüküm ifade eder, yani öneri sahibi önerisinden dönmüş olur (BK.m.9).

Öneride bulunan, önerisiyle sınırsız bir süreyle de bağlı değildir. Öneri süreli olabileceği gibi süre belirtilmeden de (süresiz olarak) yapılmış olabilir. Süre öngörülerek yapılan önerilerde, öneride bulunan sürenin sonuna kadar önerisiyle bağlı kalmaya devam eder. Bu süre bitmeden kabul haberi öneride bulunana ulaşmazsa artık öneriyle bağlılık sona erer (BK.m.3). Verilen sürenin yeterli olup olmaması önem taşımaz. Öneriyi yapan bunu serbestçe tayin eder, sonradan süreyi uzatabilir fakat kısaltamaz¹²². Süre geçtikten sonra gelen bir kabul cevabı, artık muhatabın yaptığı bir öneri kabul edilir¹²³.

Öneride kabul için herhangi bir süre belirtilmemişse, Borçlar Kanunu hazır olan bir kimseye yapılan öneri ile hazır olmayan bir kimseye yapılan öneri durumlarını

¹²⁰ Gauch/Schluep, a.g.e., s.63, kn.371; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.50.

¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §19, kn.1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.86.

¹²² Oğuzman/Öz, a.g.e., s.56.

¹²³ Schwenger, a.g.e., s.167, kn.28.25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.91.

birbirinden ayırmaktadır: Öneri süre konulmaksızın hazır olan bir kimseye yapılırsa, bu öneri derhal kabul olunmadığı takdirde, öneride bulunan önerisiyle bağlı kalmaz (BK.m.4/I). Telefon ile yapılan bir öneri de hazırlar arasında yapılmış sayılır (BK.m.4/II).

Hazır olmayan bir kimseye süre belirtilmeksizin yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun bir kabul haberinin varacağı ana kadar öneride bulunanı bağlar (BK.m.5/I). Şu halde öneride bulunanın bu durumda bağlı kalma süresi şu üç zaman diliminin toplamından ibarettir: (1) Önerinin muhataba ulaşması için geçecek zaman; (2) muhatabın işin önemine göre uygun düşecek normal düşünme süresi; ve (3) düşünme süresi biter bitmez usulüne uygun olarak gönderilecek bir kabul cevabının öneride bulunana ulaşması için geçecek zaman¹²⁴. Kabul beyanının mutlaka öneride bulunanın kullanmış olduğu iletişim yoluyla gönderilmesi şart değildir. Ancak kabul beyanının usulüne uygun sayılabilmesi için, kural olarak öneride bulunanın kullanmış olduğu iletişim yolunun hızına eş değer hıza sahip bir iletişim yolunun tercih edilmesi gerekir¹²⁵.

Ancak bazen öneri muhataba geç ulaştığı için kabul haberi de gecikmiş olabilir veya zamanında gönderilen kabul haberi gecikerek öneride bulunana ulaşabilir. Borçlar Kanunu düzenlemesine göre, eğer öneri geciktiği için kabul haberi geciktiyse sözleşme kurulmaz. Zira B K.m.5/II d düzenlemesine göre öneride bulunan, önerisinin zamanında ulaştığını varsayma hakkına sahiptir. Tabiatıyla ancak öneriyi yapan önerinin geciktiğini bilmiyorsa bu hükümden istifade edebilir. Eğer öneri sahibi önerinin geciktiğini biliyorsa, normal bekleme süresine önerinin ulaşmasındaki gecikme zamanını da eklemesi gerekir¹²⁶. Ancak öneri zamanında varmış ve kabul haberi de zamanında gönderilmiş olmakla beraber kabul haberi gecikerek ulaşmış ise ve öneri sahibi artık sözleşmeyi kurmak istemiyorsa durumu derhal karşı tarafa bildirmeye mecburdur

¹²⁴ Schwenzer, a.g.e., s.166, kn.28.20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, a.g.e., s.89; Ögüzman/Öz, a.g.e., s.58.

¹²⁵ Gauch/Schluep, a.g.e., s.69-70, kn.411-412; Kramer, a.y. §147 kn.7; Schwenzer, a.g.e., s.166, kn.28.20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, a.g.e., s.89-90.

¹²⁶ Ögüzman/Öz, a.g.e., s.58.

(BK.m.5/III). Aksi takdirde gecikmiş kabul haberi sözleşmenin kurulmasını sağlayacaktır¹²⁷.

b. Kabul:

Muhatapça yapılan ve sözleşmenin öneriye uygun olarak kurulmasına muvafakati kapsayan irade beyanına kabul denmektedir¹²⁸. Kabul, tıpkı öneri gibi etkili olabilmesi ulaşmasına bağlı olan bir irade beyanıdır¹²⁹.

Kanun veya tarafların anlaşması ile yapılacak sözleşme için bir şekil öngörülmüş olmadıkça ya da öneride bulunan kabul için bir şekle uyulmasını şart kılmış olmadıkça kabul beyanı bir şekle tabi değildir, sözle, yazı ile veya kanaat verici bir davranışla yapılabilir¹³⁰.

Kabul açık bir beyanla yapılabileceği gibi sipariş edilmeden gönderilen malın kullanılması, önerilen bir işin yapılması, ya da siparişin gönderilmesi gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir¹³¹. Aynı şekilde susma da bazen örtülü bir kabul teşkil edebilir. Gerçi kural olarak susma bir irade beyanı değildir ve öneriye karşı bir cevap vermeyerek susan muhatap – böyle bir durumun kabul teşkil edeceği öneride belirtilmiş dahi olsa – öneriyi kabul etmiş sayılmaz¹³². Ancak BK.m.6 hükmü susmanın ne zaman kabul sayılacağı konusunda şu düzenlemeyi getirmektedir: “*İcabı dermeyan eden kimse, gerek işin hususi mahiyetinden gerek hal ve mevkiin icabından naşi sarih bir kabule intizar mecburiyetinde olmadığı takdirde, eğer icap münasip bir müddet içinde red olunmamış ise, akde münakit olmuş nazarı ile bakılır*”. Ancak muhatap, susmanın kabul anlamına geldiği durumlarda hata hükümlerine dayanabilir¹³³.

¹²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §19, kn.12-13; Schwenzer, a.g.e., s.168, kn.28.26.

¹²⁸ Schwenzer, a.g.e., s.168, kn.28.30.

¹²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.93.

¹³⁰ Gauch/Schluep, a.g.e., s.76, kn.445 vd.

¹³¹ Schwenzer, a.g.e., s.169, kn.28.32.

¹³² Schwenzer, a.g.e., s.169, kn.28.33.

¹³³ Kocayusufpaşaoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §20, kn.8; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.62.

Kural olarak kabul beyanı sözleşmenin kurulmasını sağlarsa da öneri gibi kabul de, belli bir ana kadar geri alınabilir. Önerinin geri alınmasına ilişkin esaslar kabul beyanının geri alınmasında da uygulanır (BK.m.9/II). Yani geri alma beyanı, öneride bulunana kabul haberinden önce veya kabul haberi ile birlikte ulaşırsa ya da geri alma beyanı daha geç ulaşmakla birlikte öneri sahibi kabulü öğrenmeden önce geri alma beyanını öğrenirse kabule ilişkin irade beyanı yapılmamış sayılır ve sözleşme kurulmaz. Hazır bulunan bir kimseye verilen kabul cevabının geri alınması ise söz konusu olmaz.

Kabul için bir süre öngörülmüş ise, bu süre içinde öneriyi yapana ulaşmayan kabul beyanı sözleşmenin kurulmasını sağlamaz. Şayet öneride bir süre öngörülmemişse hazırlar arasındaki görüşmelerde kabul beyanının derhal verilmesi (BK.m.4); hazır olmayanlar arasındaki görüşmelerde ise zamanında ve usulüne uygun bir kabul haberinin öneride bulunana varması gereken zamana kadar ulaşması gerekmektedir (BK.m.5). Ancak zamanında gönderilen kabul haberinin geç ulaşması durumunda, yukarıda “öneri” başlığı altında zikrettiğimiz BK.m.5/III hükmü uygulama alanı bulacaktır.

c. Sözleşmenin Kurulduğu An:

Kabul beyanı hazır olan bir kimseye yöneltilmişse, kabul iradesi açıklanır açıklanmaz sözleşme kurulmuş olacaktır¹³⁴.

Kabul beyanı hazır olmayan bir kimseye yöneltilmişse sözleşmenin hangi anda kurulmuş sayılacağına ilişkin açık bir hüküm BK.’da yer almamaktadır. Fakat sözleşmenin kurulmasına ilişkin BK.m.3,5 ve 9 hükümlerinde hep “vusul”den, yani ulaşmaktan söz edildiğine göre, sözleşmenin de, kabul haberinin öneride bulunana vardığı anda kurulmuş olduğu genellikle kabul edilmektedir (varma teorisi)¹³⁵.

¹³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.95; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.67.

¹³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Giriş, Sözleşmeler, §22, kn.1, s.190; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.68; Diğer bir fikre göre ise, “sözleşme, kabul beyanının, icapçıya ulaşması ve zamanında geri alınmaması şartıyla, yollanması anında kurulmuştur”, (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.96).

Ulaşmanın, hukukumuzda, kabul haberinin öneride bulunanın hakimiyet alanına girmesi anlamına geldiğini, yukarıda irade beyanına ilişkin açıklamalarımızda vurgulamış bulunmaktayız.

Her ne kadar sözleşme kabul haberinin öneriyi yapana ulaşması anında kurulsada, hükümlerini kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğuracağı, yani geriye etkili olacağı esas BK.m.10 hükmünde belirtilmiş bulunmaktadır¹³⁶.

Açık bir kabule gerek bulunmayan hallerde sözleşme, ret müddetinin geçmesi veya kabul anlamına gelen davranışların icrası anında kurulmuş olur. Bu şekilde yani kabul iradesinin susma veya fiili davranışlarla açıklanması suretiyle kurulmuş olan bir sözleşme, önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacaktır (BK.m.10/II).

2. İnternette Öneri ve Kabul:

a. Öneri:

(1) Öneri – Öneriye Davet:

i. Genel Olarak:

E-posta yoluyla iletişimin geleneksel posta haberleşmesinden çok da farklı olmadığını belirtmiş bulunmaktayız. Chat kanalları üzerinden gerçekleşen iletişimi ise, doğrudanlık ve eş zamanlılık özelliği bakımından telefon görüşmesine benzetmek yanlış olmayacaktır. Yalnız burada görüşme sesli olarak değil yazılı olarak gerçekleşmektedir. Hatta internet telefon bağlantısı veya video konferans yoluyla sesli veya görüntülü bir görüşme, internet üzerinden de sağlanmaktadır.

Bu bakımdan bir sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak bu yollarla yapılan irade beyanlarının hukuki nitelendirilmesi yani bunların öneri mi yoksa öneriye davet

¹³⁶ Bu hükmün eleştirisi için bkz. Kocayusufoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §22, kn.2, s.191.

mi oldukları sorunu bir güçlük arz etmemekte; bu konuda literatürde herhangi bir tartışmaya veya görüş ayrılığına da rastlanmamaktadır.

Şu halde bu yollarla yapılan bir irade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu, daha önce zikrettiğimiz genel prensipler gereğince tespit edilecek, yani güven prensibinin ışığında gerek beyanın içeriğine, gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca varmak gerekecektir.

ii. Web Sayfalarının Öneri veya Öneriye Davet Oluşturması:

Ürünlerin internette sunulmasına ilişkin web sitelerinin, yani web sayfalarındaki irade beyanlarının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu hususunun ise literatürde yoğun bir şekilde işlendiği ve tartışıldığı görülmektedir¹³⁷. Şüphesiz web sayfasında, malların veya hizmetlerin salt tanıtımının yapılmasıyla yetiniliyorsa, bir öneriden bahsetmek güçleşir, orta yerde çoğu zaman sadece bir öneriye davet vardır. Ancak web sayfasında malların veya hizmetlerin tanıtımıyla kalınmayarak bunlara ilişkin sözleşmelerin kurulmasını sağlayıcı imkanlar da yer alıyor ve mesela web sayfası üzerinden sipariş vermeyi mümkün kılan bir form bulunuyorsa, işte bu web sayfasının öneri mi yoksa öneriye davet mi teşkil ettiği sorusunun cevabı biraz daha zorlaşmaktadır¹³⁸.

¹³⁷ Alman doktrininde bu tartışmanın temeli, internetin yaygınlaşmasından daha önceye, çift yönlü iletişim imkanı sunan televizyon yayını sisteminde, televizyon ekranı üzerinden malların sunulmaya başlandığı döneme tekabül etmektedir, (Dilger, a.g.e., s.31). Gerçekten Almanya’da internet henüz daha duyulmamışken, 80’li yıllarla birlikte söz konusu televizyon sistemlerinin (Bildschirmtext – Btx) ortaya çıkması ve bunun klasik televizyon yayınlarındaki gibi tek yönlü (analog) değil çift yönlü bir iletişim imkanı sunarak sözleşmelerin kurulmasını da sağlaması, elektronik irade beyanlarının nitelendirilmesi, ulaşması, bu yolla sözleşmelerin kurulması gibi daha sonra internette de ortaya çıkacak aynı içerikli pek çok sorunun o zamanlardan itibaren doktrinde yoğun bir şekilde tartışılmasını ve cevap arayışlarını beraberinde getirmiş ve böylece o tartışmalar günümüze de ışık tutmuş bulunmaktadır, (bu konuda bkz. Andreas Auerbach, “Bestellvorgänge mittels Bildschirmtext”, CR 1988, s.18 vd.; Harald Bartl, “Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirmtextes”, DB 1982, s.1097 vd.; Werner Brinkmann, “Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext”, BB 1981, s.1183 vd.; Werner Brinkmann, “Zivil- und presserechtliche Fragen bei der Nutzung von Bildschirmtext”, ZUM 1985, s.337 vd.; Ulrich Kleier, “Bildschirmtext – Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen”, WRP 1983, s.534 vd.; Jens Peter Lachmann, “Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtextes”, NJW 1984, s.405 vd.; Hans Wolfgang Micklitz, “Verbraucherschutz und Bildschirmtext”, NJW 1982, s.263 vd.; Helmut Redeker, “Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst”, NJW 1984, s.2390 vd.).

¹³⁸ Tartışmalar için bkz. Gezder, a.g.e., s.96 vd.; Falcioğlu, a.y., s.175 vd.

Hatırlanacağı gibi UNCITRAL Konvansiyon taslağının öneriye davet başlıklı 9.maddesinde, web sayfalarının, kural olarak (irade beyanında bulunanın bağlanma iradesini göstermediği sürece), öneriye davet teşkil edeceği düzenlenmiş bulunmaktadır¹³⁹.

AB yönergelerinde bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak AB kanun koyucusunun eğiliminin, web sayfalarındaki irade beyanlarını öneri olarak kabul etmek yönünde olduğunu söyleyebiliriz. İlk olarak aradaki benzerlik dolayısıyla, Televizyon yayınlarına ilişkin AB yönergelerinin¹⁴⁰ m.1/f hükmündeki **“teleshopping”** tanımı bu yönde bir ipucu vermektedir. Zira teleshopping uygulamalarında da, sadece mal ve hizmetlere ilişkin tanıtım yapılmakla kalınmamakta, aynı zamanda bir telefon numarası verilerek, tüketicilere, bu telefon numarasını arayarak siparişlerini verebilecekleri mesajı iletilmektedir. İşte bu hükümde teleshopping, *“malların ve hizmetlerin sürümünü artırmak amacıyla kamuya yönelik olarak yayınlanan doğrudan öneriler(dir)”* şeklinde tanımlanmıştır. Mesafeli sözleşmelere ilişkin 97/7/EC yönergelerinin 4 no’lu gerekçesinde ve 4.maddesinin 1/(h) bendinde de *“öneri”*¹⁴¹ kelimesi kullanılmış ve 7/1 hükmünde ise *“tüketiciin siparişini göndermesini takip eden günden itibaren 30 gün içinde, sağlayıcının siparişi yerine getirmesi”* gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır. Nihayet AB kanun koyucusunun eğilimini gösteren bir diğer nokta ise, kabul edilen son halinde bulunmasa bile, E-Tic.Yön.’nin taslak halindeki¹⁴² 11/1 maddesidir: Bu hükümde açıkça, *“hizmet sağlayıcının önerisinin, muhatap tarafından kabul edilmesi”* ifadesi yer almakta idi¹⁴³. Bu hükümlerden kesin ve

¹³⁹ UNCITRAL konvansiyon taslağının bu hükmünü değerlendirirken, taslağın kural olarak tüketici işlemlerini kapsamadığını, tacirler arasındaki işlemleri esas aldığını göz önünde tutmakta fayda bulunduğu düşüncesindeyiz.

¹⁴⁰ “Council Directive of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities” (89/552/EEC, bkz. O.J. No L. 289/23, 17.10.1989), yönergelerinin 30.06.1997 tarihli yönerge ile değişik hali, bkz. O.J. No L. 202/60, 30.07.1997.

¹⁴¹ Yönergenin İngilizce metninde *“offer”*, Almanca metninde ise, *“angebot”* terimi kullanılmıştır.

¹⁴² O.J. C. 30/4, 5.2.1999

¹⁴³ Ancak yönergenin yürürlüğe giren son halinde bu ifade yer almamaktadır. 11.maddenin son halinde, kullanıcının irade beyanının kabul teşkil ettiği yönünde açık veya örtülü bir ifade bulunmamakta, yalnızca, “siparişin” ulaştırılmasının teyit edilmesi gerektiği düzenlemesi yer almaktadır, (karş. Kırca, BATİDER 2000(4), s.104-105).

açık bir sonuç çıkartmak mümkün olmasa dahi¹⁴⁴, AB kanun koyucusunun eğiliminin görülebildiği düşüncesindeyiz.

Doktrinde hakim görüş, sunulan ürünler açısından ayırım yapmakta ve web sayfalarında maddi malların sunulmasını yani web sayfaları üzerinden sözleşmenin kurulduğu ancak teslimin off-line yani posta gibi geleneksel yollarla yapıldığı, dolaylı elektronik ticaret işlemlerine ilişkin sayfaları öneriye davet; buna karşın dijital ürünlerin internet üzerinden kopyalanarak kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi suretiyle gerçekleşen doğrudan elektronik ticaret işlemlerine ilişkin sayfaları ise öneri olarak nitelendirmektedir¹⁴⁵.

Bu görüş şu gerekçelere dayanmaktadır¹⁴⁶: Maddi malların sunumuna ilişkin bir web sitesi sağlayıcısının menfaati, bağlayıcı bir öneride bulunmakta değil, kullanıcıyı öneriye davet etmektedir. Zira sağlayıcı, kullanıcının önerisi üzerine stoklarını, yani siparişi ifa kabiliyetini kontrol edip ona göre öneriyi kabul edecek veya etmeyecektir. Web sayfası öneri olarak ve kullanıcının siparişi ise kabul beyanı olarak nitelendirilirse, sağlayıcı ifa edememeden dolayı tazminat taleplerine muhatap olabilir. Diğer taraftan sağlayıcı için, siparişte bulunan muhatabın kimliğini ve özellikle ödeme gücünü tespit etmek de önemlidir. Bu sebeplerle sağlayıcının web sayfasında öneriye davette bulunmaktaki menfaati kullanıcı tarafından da anlaşılabilir niteliktedir ve siparişte bulunan kullanıcı, hemen bu siparişi üzerine sağlayıcının ifa ile mükellef olduğunu düşünmeyecektir. Şu halde web sayfası bir öneriye davettir¹⁴⁷. Kullanıcının form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle gönderdiği irade beyanı ise öneriyi oluşturmaktadır. Öte yandan, dijital ürünlerin internet üzerinden sağlanmasına ilişkin

¹⁴⁴ Bu yönde, Schröder, a.g.e., 196.

¹⁴⁵ Bozbel, YD 2001(1), s.280-281; Briner, a.g.e., s.36-37; Ernst, NJW-CoR 1997, s.165; Kırca, BATİDER 2000(4), s.103; Köhler/Arndt, a.g.e., s.30, kn.93; Özsunay, (internet hukuku sempozyumu), s.130; Thot, a.g.e., s.55-56; Rolf H. Weber / Yvonne Jöhri, "Vertragsabschluss im Internet", Geschäftsplattform Internet, Ed. by. Rolf H. Weber, Reto M. Hilty, Rolf Auf der Maur, Zürich, Schulthess, 2000 içinde s.43; Wildemann, a.g.e., s.31. Bazı yazarlar ise, hakim görüşe katılmakla birlikte böyle kesin ve katı bir tespitte bulunmaktan kaçınmakta, istisnai olarak malların sunulmasına ilişkin web sayfalarının da bağlayıcı bir öneri olarak nitelendirilebileceğini, fakat beyanın bağlayıcılığının açıkça anlaşıldığı bu istisnai durumların haricinde web sayfalarının kural olarak yine de öneriye davet olduğunu savunmaktadırlar, (Dörner, AcP 2002, s.379; Koch, a.g.e., s.135).

¹⁴⁶ Bkz. Dilger, a.g.e., s.31-33; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.58-59.

¹⁴⁷ Köhler/Arndt, a.g.e., s.30, kn.93; Kırca, BATİDER 2000(4), s.103-104.

web siteleri bakımından ise bu gerekçeler söz konusu değildir. Dijital ürünün tükenmesi diye bir şey yoktur, zira bunlar, internet üzerinden kullanıcının bilgisayarına kopyalanmak suretiyle yüklenirler ve bunların sınırsız sayıda kopyalanması mümkündür. Yani sağlayıcı her zaman ifa kabiliyetine sahiptir. Ayrıca bu işlemlerde dijital ürünün kullanıcının bilgisayarına yüklenmesinden önce kullanıcının kredi kartı bilgileri alınmak suretiyle ürün bedeli bu kredi kartı hesabına yüklendiği için, kullanıcının ödeme kabiliyetine sahip olup olmadığı hususu da önemini yitirmektedir. Şu halde internet üzerinden dijital ürünlerin doğrudan sunulmasına ilişkin web sayfaları bağlayıcı bir öneri teşkil etmekte, kullanıcının irade beyanı ise bir kabul beyanı olmak suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır¹⁴⁸.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş ise daha da ileri giderek mal sunumuna ilişkin web sayfalarının öneriye davet oluşturmalarının şüphe götürmez olması bir yana dijital ürünlerin sunulmasına ilişkin web sitelerinin de öneriye davet olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, dolaylı elektronik ticaret uygulamasının öneriye davet olarak kabul edilmesi gerekliliğine ilişkin gerekçeler doğrudan elektronik ticaret uygulaması, yani dijital ürünlerin internetten kopyalanmasına ilişkin faaliyetler için de geçerlidir. Zira bu görüşe göre, her ne kadar dijital ürünün kopyalanması sebebiyle tükenmesi söz konusu olmasa bile, zaman zaman sağlayıcının veri bankasına geçici olarak erişilememesi söz konusu olabilir veya kullanıcının talep ettiği programın yüklenmesi teknik problemlerden dolayı engellenebilir. Bu durumlar kullanıcı tarafından da bilinmesi gerektiği için kullanıcının da bağlayıcı bir öneri ile karşı karşıya bulunduğunu düşünmesi beklenemez. Kaldı ki, aynı dijital ürünü, kullanıcının talebine göre, ister internet üzerinden on-line olarak kullanıcının bilgisayarına yüklemek, isterse de off-line olarak bir disket şeklinde klasik posta yoluyla teslim etmek şeklinde seçenek sunan bir web sayfasında, ifa şekline göre aynı irade beyanının öneri veya öneriye davet olarak farklı hukuki nitelendirmeye tabi tutulması ve internet üzerinden yüklemeyi tercih eden bir kullanıcının bu web sayfasını bağlayıcı bir öneri, buna karşılık klasik yollarla teslimi tercih edecek kullanıcının bir

¹⁴⁸ Kırca, **BATİDER** 2000(4), s.103-104.

öneriye davet olarak görmesi beklenemez. Bu sebeplerle sunulan ürün ne olursa olsun web sayfalarının öneriye davet olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁴⁹.

Bu görüşlere şu gerekçelerle karşı çıkıldığı görülmektedir: Sağlayıcıların, web sitelerinde önerilerinin bağlayıcı olmadığını veya stokları el verdiğince geçerli olduğunu açıkça beyan etme imkanları bulunmaktadır. Bunun yapılmadığı durumlarda, sözleşmenin kurulması için gerekli tüm unsurların açıkça bulunduğu ve kullanıcıdan sadece bir form doldurup göndermesinin veya çoğu zaman “kabul” yazılı yere mouse ile tıklamasının beklendiği bir web sayfasının, bağlayıcı bir öneri değil sadece bir öneriye davet olduğunun kullanıcı tarafından anlaşılması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla genellikle web sayfalarının bir öneri olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵⁰.

Kanaatimizce de, maddi mallara ilişkin web sayfalarının icaba davet niteliğinde bulunduğunun kesin ve katı bir şekilde kabul edilmesi son derece isabetsizdir. Somut irade beyanının (web sayfasının) içeriği göz önünde bulundurulmaksızın, genel bir yaklaşımla tüm web sayfalarının bir öneriye davet olarak kabul edilmesi her şeyden önce irade özgürlüğü prensibinin gözardı edilmesi anlamına gelir. Ayrıca bu görüşü desteklemek üzere ileri sürülen gerekçeler de doğru değildir. Zira klasik satış yerlerinden farklı olarak web sitesi sağlayıcısının stoklarını elektronik olarak sürekli izlemesi hatta stok durumundaki değişiklikleri web sayfasında yansıtması son derece kolaydır. Ayrıca 20.yy’da seri üretime geçilmesiyle birlikte, seri halinde üretilen malların satımına ilişkin pek çok işlemde alıcının kimliği önemini yitirmiş bulunmaktadır. Artık “ilgili için işlem” gereğince pek çok satış yerinde olduğu gibi internette de web sitesi sağlayıcısı için alıcının kimliği hiçbir önem arz etmemektedir. Bu çerçevede sadece paranın ödenmesi önem kazanmaktadır ki, web sayfalarından yapılan sunumlarda, bu da bir zorluk teşkil etmemekte, çoğu zaman kredi kartı bilgilerinin siparişle birlikte verilmesiyle ödemenin yapılması sağlanmaktadır. Diğer

¹⁴⁹ Dilger, a.g.e., s.33-34. Aynı yönde, Steckler, E.I.P.R. 1999, s.250; Arthur Waldenberger, “Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet”, BB 1996, s.2365. Bunun tam karşısı bir görüş ise, gerek malların gerekse dijital ürünlerin web sayfaları üzerinden her türlü sunumunun öneri olduğunu ileri sürmektedir (Özdilek, a.g.e., s.31; aynı doğrultuda, Sağlam Atabarut, a.g.e., s.102).

¹⁵⁰ Mehrings, MMR 1998,s.32; Ayrıca bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.59 vd. ve özellikle s.66.

tarafından güven prensibi çerçevesinde irade beyanlarının yorumunda, “stokların kontrolü” veya “karşı tarafın ödeme gücü” gibi subjektif kıstasların esas alınması ne kadar doğrudur? Bu sebeplerle malların satışı ile, dijital ürünlerin doğrudan satışına ilişkin web sayfaları arasında ayırım yapılması da, tamamen yapay bir farklılıktır. BK.m.7/II ve III hükümlerinden yola çıkıldığında ise, sözleşmenin kurulmasına imkan sağlayan web sayfalarının, ikinci fıkrada belirtilen tarife veya fiyat listelerinin yayınlanmasından çok, üçüncü fıkradaki semeni göstererek mal teşhirine benzediğini kabul etmek gerektiğini düşünmekteyiz¹⁵¹. Bu bakımdan temeli, özellikle Alman doktrininde çift yönlü iletişim sağlayan televizyon sistemlerine (Btx'lere) ilişkin olarak ileri sürülen fikirlere¹⁵² dayanan görüş ve gerekçeleri büyük bir şüpheyile karşılamaktayız.

Web sayfalarının kesin ve katı bir şekilde öneri ya da öneriye davet olarak nitelendirilmesi, herhangi bir ihtiyacı karşılayacak da değildir ve gereksizdir.

Sonuç olarak, web sayfalarının peşinen genel bir yargı olarak ne bağlayıcı bir öneri ne de bir öneriye davet olarak nitelendirilmesi mümkündür. Web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken, bir irade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğunun tespitinin bir yorum meselesi olduğuna ve bunun güven prensibinin ışığında tespit edilmesi gereğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bu bakımdan tekrar edelim ki, bu nitelendirme her somut olayda, kullanıcının web sayfasının içeriğine, dürüstlük kuralı ve tüm şartlar çerçevesinde vermesi gereken anlama göre yapılmalı ve o web sayfasının öneri mi yoksa öneriye davet mi teşkil ettiği bu şekilde tespit edilmelidir¹⁵³.

¹⁵¹ Şüphesiz BK.m.7/II ve III hükümleri, sorunun çözümüne doğrudan ve tek başına yeterli hükümler değildir (karş. Özdemir Kocasakal, *a.g.e.*, s.62). Ancak bu hükümlerden kıyas yoluyla yararlanılabilecektir.

¹⁵² Bkz. yukarıda bölüm III, dn.137.

¹⁵³ Aynı yönde Süßenberger, *a.g.e.*, s.217-218; Meents, *a.g.e.*, s.19.

(2) Öneri İle Bağlılık Süresi:

i. E-Posta Yoluyla Yapılan Öneri İle Bağlılık Süresi:

E-posta yoluyla iletişim kural olarak hazır olmayanlar arasında gerçekleştiğine göre, öneride bulunan, kabul için bir süre belirtmemişse, BK.m.5 hükmüne göre zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir cevabın kendisine ulaşacağı ana kadar önerisi ile bağlıdır. Bu durumda bağlılık süresi, (1) önerinin muhataba ulaşması süresi; (2) muhatabın işin önemine göre ihtiyaç duyacağı asgari düşünme süresi; ve (3) bunun üzerine gönderilen bir kabul haberinin öneride bulunana ulaşması süresinin toplamından ibarettir.

İnternet üzerinden gerçekleşen iletişimin hızı sebebiyle e-posta yoluyla yapılan bir önerinin muhataba ulaşması en fazla birkaç dakika sürecektir ve gönderilen öneri muhatabın e-posta kutusunda daha sonra muhatap tarafından erişilmek üzere kaydedildiği anda ise ulaşmış olacaktır. Elbette önerinin geri alınmasına ilişkin kurallar burada da geçerlidir (BK.m.9).

İşin önemine göre muhatabın ihtiyaç duyacağı düşünme süresi tabiatıyla her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir¹⁵⁴.

Gönderilen kabulün, öneride bulunana ulaşması için geçecek sürenin tayininde, acaba muhatabın kabul cevabını, yine bir e-posta olarak göndermesi gerektiği söylenebilecek midir? Elbette öneride bulunan bunu şart koşabilir. Ancak böyle bir şey belirtilmemişse muhatabın cevabını mutlaka e-posta olarak göndermesi gerektiği söylenemez, meğerki dürüstlük kuralı gereğince somut olayda aksini kabul etmek gereksin.

Kural olarak cevabın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekmemekle birlikte, yukarıda da belirttiğimiz üzere, muhatap kabul beyanını, öneride bulunanın tercih ettiği

¹⁵⁴ Schwenzer, a.g.e., s.166, kn.28.20.

iletişim yolunun hızına eş değer bir iletişim yolu ile g ndermelidir¹⁵⁵. Bu bakımdan kabul beyanı telefon, faks veya teleks yoluyla da açıklanabilir fakat normal posta yoluyla gönderilen bir kabul beyanı, gecikmiş bir kabul beyanı olarak g r lmek gerekir¹⁵⁶.

ii. Web Sayfası  zerinden Yapılan  neri İle Bağlılık Süresi:

Web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre, öneride bulunanın,  nerisi ile bağlılığı BK.m.5 hükmüne göre değerlendirilecektir.

Web sayfalarının somut durumda ya bir öneri ya da bir öneriye davet oluşturacağını belirtmiş bulunmaktayız. Web sayfasının bir öneri teşkil ettiği durumda bu öneri, sağlayıcı web sayfasındaki öneriyi kullanıcılar tarafından erişilmeye hazır bulundurduğu sürece ge erlidir¹⁵⁷. Aşağıda belirtilecek olmakla birlikte yeri gelmişken değinmek gerekir ki, TKHK.m.9/A¹⁵⁸ hükmüne dayanılarak  kartılan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Y netmelięin¹⁵⁹ (MSY.) “ n bilgiler” kenar başlıklı 5.maddesinde, t keticiiye verilmesi gerektiği belirtilen bilgilerden birisi de, satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik s residir (m.5/f). Yani bu hüküm gereğince sağlayıcı, önerisinin geçerli olduğu diğer bir deyişle  nerisi ile bağlı olduğu süreyi kanunen tayin etmek zorundadır. Bu durumda kabul için bir süre belirtilmiş olduğundan, BK.m.3 gereğince sağlayıcı bu sürenin sonuna kadar önerisinden d nemeyecektir.

Bunun dışında sağlayıcının teknik olarak  nerisi ile bağlılığı süresi, kullanıcının web sayfasını bilgisayarına yüklemesinin ardından zaruri olan düşünme süresi ve kabul beyanını oluşturarak sağlayıcının bilgisayarına göndermesi için gerekli s reden oluşmaktadır. Web sayfasının öneri teşkil etmesinin yanında, kabul beyanının

¹⁵⁵ Bkz. yukarıda bölüm III, dn.125.

¹⁵⁶ S benberger, a.g.e., s.207.

¹⁵⁷ Gezder, a.g.e., s.117.

¹⁵⁸ Bu madde Kanuna, 4822 sayılı ve 6.3.2003 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. 14.3.2003, S.25048) 14.maddesi ile eklenmiştir.

¹⁵⁹ RG.13.6.2003, S.25137.

verilmesi için muhatap tarafından doldurulacak bir form ya da mouse ile tıklanacak bir imkan sunması, yani kabul beyanının da bu web sayfası üzerinden verilmesi gerektiği durumda kabul beyanının oluşturularak sağlayıcıya ulaşması için gerekli süre kısalmaktadır. Buna karşılık kabul beyanının web sayfası dışında kullanıcı tarafından bir e-posta olarak bizzat oluşturularak açıklanmasının gerektiği durumlarda daha uzun bir sürenin hesaplanması gerekecektir¹⁶⁰.

Web sayfasının bir öneriye davet teşkil ettiği durumlarda ise, form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle kullanıcının gönderdiği irade beyanı öneriyi oluşturmaktadır. Bu öneri, sağlayıcının bilgisayar sistemine ulaştıktan sonra bu sistem tarafından derhal otomatik olarak değerlendirilmekte ve gerekli cevap muhataba gönderilmektedir. Otomatik ve elektronik olarak yapılan bu işlem son derece hızlı gerçekleştiği için öneride bulunanın bağlayıcılığı neredeyse kendi irade beyanının muhatap bilgisayara ulaşması ile bu bilgisayar sistemi tarafından gönderilen cevabın kendisine ulaşması için gereken süreye inhisar etmektedir. Yani kullanıcı, normal şartlar altında BK.m.5 kuralına göre, saniyeler için olmasa bile birkaç dakika içinde (ki bu süre içinde sağlayıcının bilgisayar sistemi stok durumunu ve müşterinin ödeme kabiliyetini kontrol ederek cevabı gönderebilecektir) web sayfası biçimindeki kabul beyanının kendisine ulaşması gerektiğini beklemekte haklı sayılır, yoksa saatlerce beklemesi gerektiği söylenemez¹⁶¹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle web sayfası üzerinden kullanıcının gönderdiği öneri (veya kabul), anında sağlayıcının bilgisayarı tarafından alınıp işleme konulduğu için, bu önerinin geri alınması, iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan etmesine rağmen, pratik olarak mümkün bulunmamaktadır¹⁶².

¹⁶⁰ Süßenberger, a.g.e., s.218-219.

¹⁶¹ Moritz, CR 2000, s.62; Süßenberger, a.g.e., s.219; Aynı yönde, Falcıoğlu, a.y., s.186.

¹⁶² Falcıoğlu, a.y., s.189.

iii. Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Yapılan Öneri İle Bağlılık Süresi:

Chat kanalı üzerinden yapılan iletişim, doğrudan doğruya ve eş zamanlı olarak gerçekleştiği için hazırlar arasında cereyan ettiğine göre, öneride bulunan kabul için bir süre belirtmemişse, BK.m.4 hükmüne göre öneri derhal kabul olunmazsa önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur. Şüphesiz bu durum internet telefonu veya video konferans yoluyla gerçekleşen görüşmeler için de geçerlidir.

“Derhal” kelimesi ile, öneride bulunanın, muhatabın cevap verebilmesi için zaruri olan asgari düşünme süresince bağlı olduğu anlaşılmaktadır¹⁶³.

b. Kabul ve Sözleşmenin Kurulduğu An:

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulması için de şüphesiz tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları gerekmektedir ve sözleşmelerin bu şekilde kurulması, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel prensiplere göre herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

Elektronik sözleşmeler de, muhatabın öneride bulunana yönelttiği ve sözleşmenin öneriye uygun olarak meydana gelmesini sağlayan “kabul beyanı” ile kurulmaktadır.

Tüm irade beyanlarında olduğu gibi kabul beyanının hüküm ifade etmesi de öneride bulunana ulaşmasına bağlıdır. “Elektronik irade beyanlarının hüküm ifade etmeye başlaması” başlığı altındaki açıklamalarımızda ortaya koyduğumuz prensipleri uygulayacak olursak, internet üzerinden gönderilen kabul beyanlarının, sözleşmeyi kurduğu anı şu şekilde tespit edebiliriz:

¹⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s.87.

E-posta olarak gönderilen bir kabul beyanı, daha sonra muhatapça erişilmek üzere muhatabın e-posta kutusunda kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşmeyi kurmuş olur¹⁶⁴. Bunun için öneride bulunanın, e-posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gerekliliği unutulmamalıdır¹⁶⁵.

Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise web sayfasının öneri veya öneriye davet teşkil etmesine göre saptanacaktır. Buna göre, web sayfası öneri niteliğindeyse, kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla; web sayfası öneriye davet niteliğindeyse, sağlayıcının kabulünün kullanıcının bilgisayarında kaydedilerek ekranda belirmesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır.

Chat kanalı üzerinden gerçekleşen bir iletişimde veya internet telefon bağlantısı ya da video konferans görüşmesinde ise hazırlar arasında cereyan eden bir görüşme söz konusu olduğu için, kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır.

Türk hukukunda bu konuya ilişkin olarak TKHK.m.9/A hükmünün ikinci fıkrası olağan dışı bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu hükme göre, “*mesafeli satış sözleşmesinin*¹⁶⁶ *akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez.*”. İnternet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinin büyük bir kısmı, mesafeli sözleşmeler kapsamına gireceğine göre, tüketicilerin akdedeceği bu sözleşmelerin kurulması, bu hüküm uyarınca çıkarılan MSY.nin 5.maddesinde öngörülmüş olan¹⁶⁷, bilgilerin edinildiğinin tüketici tarafından teyit edilmesi şartına bağlanmış gibi görünmektedir. Bu teyidin yapılmamasının, sözleşmenin kurulmaması müeyyidesine bağlanması, hiçbir amaca hizmet etmemesi ve özellikle tüketicilerin lehine değil aleyhine olması sebebiyle isabetsiz olması yanı sıra, gerek fiilen gerekse hukuken uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Aşağıda detaylı bir

¹⁶⁴ Ancak bu beyan BK.m.9 çerçevesinde geri alınabilir.

¹⁶⁵ Bkz. yukarıda III,B,2,a,(2),ii.

¹⁶⁶ Bu fıkra mesafeli satış sözleşmesinden bahsedilmekle birlikte, bu ifadenin mesafeli sözleşme olarak anlaşılması gerekir.

¹⁶⁷ Bkz. aşağıda IV,B,2,a.

şekilde inceleneceği için¹⁶⁸ burada sadece belirtelim ki, bu düzenleme mesafeli sözleşme kavramıyla çelişkilidir ve teyit gerçekleşmeden sözleşmenin kurulmamış sayılması başta tüketici olmak üzere kimsenin menfaatine değildir. Diğer taraftan tüketiciyi korumak amacıyla çıkartılmış olan bir kanunda, tüketiciye bir teyit yükümlülüğü yükleyip tüketici aleyhine bir düzenlemeye gidildiği her halde düşünülemez. Bu bakımdan bu düzenleme, lafzen ifade ettiği anlamda kabul edilemeyecektir. Bu hükmün lafzı hiçbir ihtiyacı karşılamadığına ve hiçbir hukuki menfaate hizmet etmediğine göre, hükmün amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Gerçekten teyit mekanizmasının amacı, tüketicinin aleyhine olarak, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin yüzlerce yıllık en temel hukuk kuralını bertaraf etmek olamaz. Kanun koyucunun amacı, sözleşmenin kurulması durumunda bu bilgilerin kesinlikle tüketiciye verilmesinin sağlanmasıdır. Teyit mekanizması ile de ispat kolaylığı amaçlanmakta ve bilgilerin tüketiciye verilip verilmediğinin bu yolla sağlayıcı tarafından ispat edilebilmesi mümkün kılınmaktadır. Kanun koyucunun amacı bundan başka bir şey olamayacağına göre, hükmü amacına göre yorumlamak gerekir. Bu yoruma göre, gerekli bilgileri tüketiciye verdiğini ispatlamadığı sürece tüketicinin geri alma hakkı için öngörülmüş olan sürenin işlemeye başlamayacağı sonucuna ulaşılacak gerekecektir. Kısaca belirtmek gerekirse, sözleşmenin kurulması için, gerekli bilgilerin tüketiciye verilmesi ve tüketicinin bu bilgileri edindiğini teyit etmesi gibi bir gereklilik bulunmamaktadır.

D. İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Şekil:

1. BK. Düzenlemesi Çerçevesinde Şekil:

Özel hukukumuzun temel prensibi şekil serbestisidir. Yani kişiler iradelerini kural olarak diledikleri şekilde açığa vurabilirler: Sözle, yazı ile, fiili davranışlarla hatta bazen susarak. Borçlar Kanunumuzun “akitlerin şekli” başlığını taşıyan 11/I maddesi bu

¹⁶⁸ Bkz. aşağıda IV,B,2,b.

prensibi “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir” hükmü ile ifade etmektedir¹⁶⁹.

Diğer taraftan kanunun özel bir hükümle şekil mecburiyeti koyduğu hukuki işlemler bu prensibin dışındadır ve bunların geçerli olabilmesi, kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılmalarına bağlıdır (BK.m.11/II)¹⁷⁰. Yani Türk hukukunda şekil serbestisi kural olup, şekil mecburiyeti yalnız istisnai hallerde kabul edilmiştir. Bu istisnalar yani şekil mecburiyeti yalnız kanunla (kanuni şekil) veya tarafların iradesiyle (iradi şekil) öngörülebilir yoksa örf ve adet hukukuyla veya hakimın yarattığı hukukla şekil zorunluluğu öngörülmesi mümkün değildir¹⁷¹.

Şekil türleri, sözlü şekil, adi yazılı şekil, resmi bir memurun tasdikine bağlı (mevsuf) yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere ayrımlara tabi tutulmaktadır¹⁷².

Hemen belirtelim ki, “sıhhat” yani “geçerlik” şekli ile “ispat şekli”ni birbirinden ayırmak gerekir. Usul hukuku kurallarına göre, geçerliliği için herhangi bir şekle riayet edilmesi gerekmeyen birçok işlem ancak yazılı bir belge ile (senetle) ispat edilebilir. Gerçekten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, yapıldığı tarihteki değeri 288’inci maddede belirtilen meblağı aşan hukuki işlemler, yazılı bir belge ile yani senetle ispat edilmelidir. Yani yazılı şekil usul hukuku açısından bir ispat şartıdır. Geçerlik şartı olan şekil ile ispat şartı olan şekil arasındaki fark, özellikle “ikrar” ve “yemin” müesseseleri karşısında açıkça ortaya çıkmaktadır. Senetle ispat şartına bağlı hallerde borçlu borcunu ikrar ederse iddia edilen alacak ispat edilmiş olur. Aynı şekilde borçlunun mahkemede kendisine teklif edilen yeminden kaçınması halinde de, senetle ispatı gereken alacak hakkı senetsiz de olsa sabit olur. Buna karşılık şekil, geçerlik şartı ise, sözleşmenin geçerliliği ancak öngörülen şekle uyulmuş olmasına bağlıdır. Şekle

¹⁶⁹ Bu maddede yalnız sözleşmeden söz edilmekle birlikte, bundan, hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanlarında ve bu arada özellikle karar ve tek taraflı hukuki işlemlerde de şekil serbestisi ilkesinin kabul edildiği sonucu kıyas yoluyla çıkarılmalıdır, (Eren, a.g.e., s.246-247).

¹⁷⁰ Şekil şartına uyulmamasının sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara, Yetkin, 1998, s.89 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §29, s.246 vd.; Eren, a.g.e., s.267 vd.

¹⁷¹ Eren, a.g.e., s.247; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.116.

¹⁷² Resmi tescil ve ilan bir şekil türü olup olmadığı tartışmalı bir konudur, bu konudaki tartışmalar için bkz. Altaş, a.g.e., s.80; Kocayusufpaşaoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §25, kn.3 s.219; Ayrıca bkz. Eren, a.g.e., s.251; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.112.

uyulmadan yapılan işlem, ikrar veya yeminle kabul edilse bile geçerli olmaz. Ayrıca geçerlik şekline ilişkin kurallar emredici hukuk kurallarıdır, taraflarca bunların aksi kararlaştırılamaz. Oysa taraflar ispat şekline bağlı işlemin bu şekle bağlı kalmadan da, yani serbestçe ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler.

Sözleşmede şekilden söz edildiği zaman kural, adi yazılı şekildir¹⁷³. Kanunen yazılı şekilde yapılması öngörülmüş olan hallere örnek olarak, alacağın temliki (BK.m.163); şuf'a sözleşmesi (BK.m.213); bağışlama vaadi (BK.m.238); çıraklık sözleşmesi (BK.m.318); rekabet yasağı sözleşmesi (BK.m.350); kefalet sözleşmesi (BK.m.484); tüketici kredisi sözleşmesi (TKHK.m.10) sayılabilir. Tekrar belirtmek gerekir ki, kanun öngörmüş olmasa bile taraflar bir sözleşmenin şekle tabi olarak yapılmasını kararlaştırmışlarsa (iradi şekil) bu şekle uyulması zorunludur. Aksi halde taraflar bağlanmış olmazlar (BK.m.16)¹⁷⁴.

“Adi yazılı şekil” veya sadece “yazılı şekil”den maksat, borç altına girenlerin irade beyanları ile sözleşmenin esaslı noktalarının yazılı olması ve bunun borç altına girenler ya da bir hakkı devredenler tarafından imzalanmasıdır¹⁷⁵.

Şu halde adi yazılı şekli meydana getiren unsurlar metin ve imza olmak üzere ikiye ayrılır¹⁷⁶.

Sözleşmede, taraf veya tarafların iradelerinin içeriğinin yazılı bir şekilde ifade edilmesine metin denir¹⁷⁷. Metnin üzerine yazıldığı madde önem taşımaz. Şekil şartı bir

¹⁷³ Eren, a.g.e., s.252.

¹⁷⁴ Ancak taraflar, yaptıkları şekil anlaşmasını, hiçbir şekle uymadan (çok defa iradeyi gösteren davranışlarla, yani örtülü biçimde) değiştirebilirler, (Kocayusufoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §31, kn.9, s.266). Bu bakımdan, iradi şeklin kararlaştırılmış olması, tarafların daha sonra farklı şekilde hareket etmesini engellemez. Taraflar bağlanma iradesiyle, sözleşmeyi geçerli olarak kurmuşlarsa, önceden kararlaştırmış oldukları iradi şekli, bilinçli veya bilinçsiz, göz ardı etmiş olmaları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, (bu yönde Gauch/Schluep, a.g.e., kn.594, s.101). Hatemi tarafından belirtildiği gibi, “iradi şekle uyulmamış olması, sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmamalıdır. Şekil anlaşmasının gereğinin yerine getirilmesini ileri sürmeksizin sözleşmeyi yapanlar veya ifa edenler daha sonra bu sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremezler. Sözleşmenin yapılmasından önce ise, kararlaştırılan şekle uyulmaksızın kendilerinin asıl borç için bağlanmış ve borçlu olmadıklarını ileri sürebilirler”, (Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1997, §10, kn.80, s.125).

¹⁷⁵ Krş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.113.

¹⁷⁶ Eren, a.g.e., s.252; Kocayusufoğlu, *Giriş, Sözleşmeler*, §26, s.225; Oğuzman/Öz, a.g.e., 118-119.

¹⁷⁷ Krş. Eren, a.g.e., s.252.

kez yerine geldikten sonra metnin kısmen veya tamamen telef olması geçerliliği etkilemez¹⁷⁸.

Yazılı şeklin diğer unsuru olan imza ise, irade beyanında bulunan kimseyi belirleyecek bir işarettir¹⁷⁹. BK.m.14/I hükmünün önceki haline göre imzanın mutlaka elle atılması gerekmektedir. Bu hükmüne göre “*imza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır*”. Aşağıda incelenecek olmakla birlikte, yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, E-İmza K.’nın 22.maddesinin, BK.m.14/I hükmüne getirdiği eklemeye, metnin “*güvenli elektronik imza*” ile de imzalanabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan artık, imza şartı borç altına giren kişinin el yazısı ile veya güvenli e-imza ile yerine getirilebilir. Şekil şartının yerine gelmesi için tatbik edilecek olan e-imzanın “*güvenli e-imza*” olması şarttır.

Sözleşmede yalnız borç altına giren şahsın yani borçlunun imzasının bulunması gerekli ve yeterlidir. İki tarafa borç yükleyen akitlerde her iki tarafın beyanının da metinde yer alması ve metni ikisinin de imzalaması gerekir. Metni iki tarafın aynı anda imzalaması şart olmadığı gibi imzaların aynı metinde olması da şart değildir. Her birinin beyanının ayrı bir metinde yer alması ve metnin sadece onun tarafından imzalanması ve tarafların her birinin imzaladığı metni karşı tarafa vermesi kural olarak yeterlidir¹⁸⁰.

Bu şekliyle imza basit bir formaliteden ibaret değildir. İmzanın, dolayısıyla yazılı şeklin önemli bazı fonksiyonları bulunmaktadır. Bu fonksiyonları, metnin sona erdiğini gösterme fonksiyonu; bununla bağlı olarak irade beyanının içeriğini ve kesinliğini belirleme fonksiyonu; irade beyanında bulunanın kimliğini tespit fonksiyonu; delil teşkil etme fonksiyonu ve tarafları düşünmeye sevk etme yani uyarma fonksiyonu olarak ifade edebiliriz¹⁸¹.

¹⁷⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.118; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.120-121.

¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.119; Eren, a.g.e., 253; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.114.

¹⁸⁰ Eren, a.g.e., s.254; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.119.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. Eren, a.g.e., s.244-246; Koch, a.g.e., s.148-149; Süßenberger, a.g.e., s.91; Thot, a.g.e., s.68.

2. İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Şekil Sorunu:

a. Genel Olarak:

Yazılı şeklin, metin ve imza olmak üzere iki unsurdan meydana geldiğini belirtmiş bulunmaktayız.

Elektronik belgelerde acaba “metin” unsuru bulunmakta mıdır¹⁸²? Borçlar Kanununda metnin, maddi varlığı bulunan bir belge olması gerektiği yönünde açıklık bulunmamakla birlikte doktrinde bu şartın arandığı görülmektedir¹⁸³. Eren’e göre “metin, sürekli ve dayanıklı bir madde üzerine yazılmış olmalıdır. Bilgisayar, disk veya disketlere yüklü olan veriler de bu anlamda yazılı metin sayılmaz. Ancak bilgisayardan yazıcı (printer) vasıtasıyla alınan çıktı imzalandığı takdirde durum değişir”¹⁸⁴. Kanaatimizce burada metin unsurunun bulunmadığı söylenemez. BK.m.14/I’n önceki haline göre bu görüşü değerlendirmek gerekirse, burada metin unsurunun bulunmamasından değil, metnin elle imzalanamaması yani imza yokluğu sebebiyle yazılı şekil şartının gerçekleşmemesinden söz etmek gerekirdi. Metnin mutlaka maddi varlığı bulunan bir belge olması gerektiği ileri sürülürse, o zaman bu unsuru Alman hukukunda olduğu gibi “belge” unsuru olarak isimlendirmek daha tutarlı olacaktır. “Metin” kelime anlamı olarak bir yazıyı oluşturan kelimeler bütünüdür ve mutlaka kağıt, taş, demir gibi bir madde üzerine yazılması şart değildir. Elektronik belgeler,

¹⁸² Alman hukukunda bu unsur – BGB §126’da açıkça “belge” (urkunde) kelimesinden bahsedildiği için – “belge” unsuru olarak nitelendirilmektedir. “Belge” kavramının kanunda tanımı bulunmamakla birlikte Alman doktrininde belge genel olarak, maddi-cismani varlığı bulunan (verkörperte) ve yazılı metni taşıyan bir nesne olarak tanımlanmaktadır, (Fringuelli/Wallhäuser, CR 1999, s.94; Koch, a.g.e., s.152-153; Süßenberger, a.g.e., s.95). Bu tanım çerçevesinde bazı yazarlar, elektronik dokümanların belge niteliği taşımadığını zira bunların maddi varlığı bulunan nesneler değil sadece okunabilme niteliği bulunan bilgisayar verileri olduğunu bu bakımdan belge kavramının içine girmeyeceğini savunmaktadırlar, (Koch, a.g.e., s.152-153; Süßenberger, a.g.e., s.95 ve orada dn.157’de anılan yazarlar). Buna karşılık belgenin kalıcılık özelliğini vurgulayan yazarlar, kayıt edilmesi durumunda elektronik dokümanların da kalıcılık özelliğine sahip bulunduğunu ayrıca yazılı metnin maddi varlığının mutlaka iletim sırasında da bulunması gerektiğini, iletim gerçekleşip kaydedildikten sonra ise artık bu dokümanın bir nesne üzerinde (bilgisayarda) kayıtlı bulunduğunu bu bakımdan belge niteliğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler, (Fringuelli/Wallhäuser, CR 1999, s.95; Wildemann, a.g.e., s.33). Ernst daha da ileri giderek kayıt zorunluluğunu da aramamakta, iletim sırasında dahi cismani varlığı olan bir belgenin bulunduğunu iddia etmektedir, (Ernst, NJW-CoR 1997, s.166). Fakat elektronik belgelere ilişkin bu tartışmalar BGB’ye eklenen §126a (elektronik şekil) ve §126b (text şekli) hükümleri karşısında pratik olarak önemini yitirmiş bulunmaktadır.

¹⁸³ Eren, a.g.e., s.252; Aynı yönde Oğuzman/Öz, a.g.e., s.118.

¹⁸⁴ Eren, a.g.e., s.252.

okunabilirliği olan bilgisayar verileri olduğuna göre, metin olarak nitelendirilmek gerekir, zira bunlar da, bir yazıyı meydana getiren anlamlı kelimeler bütünü oluştururlar. Zaten E-İmza K. düzenlemesi ile “güvenli elektronik imza”, elle atılan imzaya eş değer kılındığına göre, bu düzenlemenin anlam ifade edebilmesi için, elektronik belgelerin metin unsurunu taşıdığı kabul edilmek gerekir.

E-İmza K.’nın kabulü üzerine, artık Türk hukukuna göre, yazılı şekil şartına tabi bir sözleşmenin de, internet üzerinden elektronik olarak kurulması mümkündür.

b. Elektronik İmza:

(1) Tanımı:

E-imzanın işlevini ve konuya ilişkin hukuki düzenlemeleri göz önünde bulundurduğumuzda e-imzayı “**bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan ve imzalayanın kimliğini, verinin içeriğini ve bu içeriğin imzalayan tarafından kabul edildiğini doğrulamaya yarayan elektronik veriler**” şeklinde tanımlayabiliriz¹⁸⁵. E-İmza K.m.3/b hükmünde de, e-imza, benzer bir ifadeyle, “*başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*” şeklinde tanımlanmıştır.

Esasında imzalayanın kimliğinin e-imzadan kesin olarak anlaşılması mümkün değildir. Yani muhatap sırf e-imzaya dayanarak imza sahibinin gerçekten adı geçen şahıs olduğundan emin olamaz¹⁸⁶. İmza sahibinin kimliğinin tespiti, bunun üçüncü bir

¹⁸⁵ Hatırlanacağı gibi, UNCITRAL Elektronik İmza Model Kanunu m. 2/a hükmü ile e-imza, “*bir veri mesajına eklenen veya bununla mantıksal olarak bağlantılı olan ve veri mesajıyla ilişkili olarak, imzalayanın kimliğini tespit etmekte ve imzalayanın veri mesajının içeriğinde yer alan bilgiyi onayladığını göstermekte kullanılabilecek elektronik biçimdeki veriler*” şeklinde; E-Sign Act Sec. 106(5) hükmü ile “*sözleşmeye veya diğer bir kayda eklenen veya bunlarla mantıksal olarak bağlantılı olan ve bir kişi tarafından kaydı imzalamak niyetiyle tatbik veya kabul edilen elektronik bir ses, sembol veya yöntem*” olarak; AB’nin E-İmza Yön. (99/93/EC) m.2/1 hükmü ile ise, “*başka bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan ve doğrulama aracı (method of authentication) olarak hizmet veren elektronik veriler*” olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Literatürdeki tanımlar için bkz. Pestalozzi/Veit, *AJP* 2000, s.599; Reed, *a.g.e.*, s.158; Zarife Şenocak, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, *AÜHFD.*, C.50, 2001(2), s.98.

¹⁸⁶ Karş. Leyla Keser Berber, *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, Ankara, Yetkin, 2002, s.136-137; Şenocak, *AÜHFD.*, 2001(2), s.100.

kişi tarafından doğrulanması ile mümkün olmaktadır¹⁸⁷. Bu üçüncü kişi de, sertifika hizmet sağlayıcısı (certification service provider, zertifikat dienstanbieter), yani muhatabın aldığı metindeki e-imzayı atmak için gerekli imza yaratım verisine (gizli anahtara) sahip olan kişinin (imzalayanın), kimliğini teyit etmeye yarayan sertifikayı düzenleyen kişidir¹⁸⁸.

Teknolojik bir uygulamadan ibaret olan e-imza'nın pek çok farklı yöntemi bulunmaktadır. Gerçekten hiçbir güvenlik ve güvenilirlik derecesi bulunmayan ve mesela elle atılan bir imzanın tarayıcı (scaner) yardımıyla elektronik ortama kopyalanarak ilgili metnin sonuna eklenmesinden ibaret olan bir e-imza'dan, çok sıkı güvenlik şartlarına bağlı "nitelikli sertifikaya dayanan ve güvenli bir imza aracı tarafından yaratılmış gelişmiş e-imza" ya kadar, farklı teknolojik esaslara dayanan pek çok e-imza biçimi bulunmaktadır.

(2) Çeşitleri:

Her geçen gün farklı bir teknolojiye dayanan yeni bir e-imza yönteminin geliştirilmesi muhtemeldir. Bununla beraber bugün için e-imzaları, insanların bazı şahsî özelliklerinin sayısallaştırılmış kaydına dayalı (ses, göz retinası vs.) **biyometrik imza** ve veri mesajlarının şifrelenmesi esasına dayalı **dijital imza** olarak sınıflandırabiliriz¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Keser Berber, *a.g.e.*, s.153-154.

¹⁸⁸ Bu kişilere E-İmza K.'nın kabulünden önceki eserlerde "onay kurumu", "sertifika kurumu", "belgelendirme mercii" gibi isimler (Arıkan, a.y., s.23; Keser Berber, *a.g.e.*, s.153; Sağlam Atabarut, *a.g.e.*, s.152) verildiği de görülmektedir. Bu ifadelerde yer alan kurum, merci gibi kelimeler resmi bir makam, bir kamu kurumu olarak anlaşılmamalıdır. Sertifika hizmet sağlayıcılarının resmi bir sıfatı bulunmamaktadır ve konuya ilişkin uluslararası ve ulusal hukuki düzenlemelerde bu faaliyetlerde bulunmanın herhangi bir kamu otoritesinin iznine dahi tabi bulunmadığı vurgulanmaktadır (örnek olarak bkz. E-İmza Yön.m.3/1).

¹⁸⁹ Literatürde, "dijital imza" ve "elektronik imza" kavramlarının aynı anlama gelmek üzere kullanıldığı (bkz. Koch, *a.g.e.*, s.153; Keser Berber, *a.g.e.*, s.119 vd; Özsunay, (internet hukuku sempozyumu), s.135 vd.) görülmektedir. Bu kullanım muhtemelen ilk başlarda elektronik ortamda imza sorununa çözüm ve elle atılan imzanın fonksiyonlarını elektronik ortamda yerine getirecek bir alternatif olarak en iddialı ve uygun yöntemin dijital imza olarak görülmüş olmasından ve bu konudaki ilk hukuki düzenlemelerden olan 1996 tarihli Utah ve 1997 tarihli eski Alman kanunlarının "Dijital İmza Kanunu" adıyla sadece dijital imzayı esas almasından kaynaklanmaktadır. Halbuki dijital imza, üst kavram olan elektronik imzanın sadece bir çeşidini oluşturmaktadır, (Arıkan, a.y., s.23, dn.32; Şenocak, *AÜHFD.*, 2001(2), s.98; Altınışık, *a.g.e.*, s.79; Sağlam Atabarut, *a.g.e.*, s.141-142). Gerçi bilgisayar ortamındaki tüm veriler gibi, kullanılan teknoloji ne olursa olsun elektronik her imza da, sayısal (dijital) verilerden oluşmaktadır. Bu sebeple bilgisayarın işleyiş tekniği bakımından bütün e-imzaları dijital imza olarak adlandırmanın bilgisayarın teknik terminolojisi açısından yanlış olmadığı iddia edilebilir. Fakat dijital imza kavramı,

Biyometrik imza, insanların ses, parmak izi, göz retinası gibi bazı şahsi özelliklerinin sayısallaştırılması suretiyle elde edilen verilerin, imzalanmak istenen metne eklenmesi şeklindeki e-imza uygulamasıdır. Biyometrik imza ile imzalanmış metni alan muhatap bu imzadaki verileri, ya daha önceden kendisine verilmiş olan imzalayana ait biyometrik imza verileri ile ya da güvenilir bir üçüncü kişide tutulmakta olan verilerle kıyaslamak suretiyle imzalayanın kimliğini kontrol edebilmektedir¹⁹⁰. Elle atılan bir imza da, biyometrik bir imza niteliğini kazanabilmektedir. Burada imzalayan, sayısallaştırıcı bir alet üzerinde imzasını tatbik etmektedir. Ancak bu alet sadece elle atılan imzanın görüntüsünü bilgisayar ortamına geçirmekle kalmamakta, imzalayanın imzasını atarkenki hızı, ivmesi, kalem vuruşları ve kaldırışları gibi pek çok özelliğini kaydetmektedir. İmza olarak metne eklenen bu biyometrik veriler, yukarıda belirttiğimiz şekilde imzalayanın daha önceki verileri ile kıyaslanabilmektedir¹⁹¹.

Dijital imza ise, gönderilecek (imzalanacak) olan elektronik metnin şifrelenmesi yöntemidir¹⁹². Şifreleme konusunda, simetrik şifreleme (single key encryption) ve asimetrik şifreleme (public key encryption) olmak üzere iki yöntem bulunmaktadır. Simetrik şifrelemede mesajı hem şifrelemek hem de deşifre etmek için bir tek anahtar bulunmaktadır ve bu anahtar hem gönderici hem de alıcı tarafından bilinmektedir¹⁹³. Yani imza yaratım verisi ile imza doğrulama verisi birbirinin aynısıdır. Bu sebeple mesajı kimin şifrelediğini (imzaladığını) tespit etmek her zaman mümkün olamayacağı gibi internet ortamında birbirini tanımayan kişiler arasında simetrik şifrelemenin kullanılması da mümkün bulunmamaktadır¹⁹⁴. Zaten dijital imza kavramı, büyük çoğunlukla açık anahtar altyapısına (public key infrasutruktur) dayanan asimetrik şifreleme yöntemini ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

farklı bir anlamda ve belli bir şifreleme yöntemine dayanan e-imza teknolojisini ifade etmek üzere kullanıldığı için bu iki kavramı birbirinden ayırmak ve elektronik imzayı, dijital imzayı da kapsayan üst kavram olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır. Nitekim bu konuda AB, ABD ve UNCITRAL düzenlemeleri yanında Elektronik İmza Kanunumuzda, terminoloji olarak “elektronik imza” kavramını esas almakta ve sadece dijital imzaya değil her çeşit e-imza teknolojisine ilişkin bulunmaktadır.

¹⁹⁰ Reed, a.g.e., s.161.

¹⁹¹ Reed, a.g.e., s.161.

¹⁹² Koch, a.g.e., s.153; Pestalozzi/Veit, AJP 2000, s.600; Reed, a.g.e., s.158; Şenocak, AÜHFD., 2001(2), s.99; Altınışık, a.g.e., s.80.

¹⁹³ Reed, a.g.e., s.159.

¹⁹⁴ Reed, a.g.e., s.159.

Burada, biri mesajı şifrelemek diğeri de deşifre etmek için kullanılan iki ayrı şifre (anahtar) bulunmaktadır. Şifrelerden biri imzalayanın gizli anahtarı (privat key), diğeri de açık anahtarıdır (public key). Diğeri bir ifadeyle gizli anahtar imza yaratım verilerini, açık anahtar ise imza doğrulama verilerini oluşturmaktadır. Bu anahtar çifti asimetrik matematiksel hesaplamalardan (algoritmalarından) oluştuğu için, pratik olarak açık anahtardan gizli anahtarın elde edilmesi mümkün bulunmamaktadır¹⁹⁵.

Dijital imzanın oluşturulmasında ilk olarak, matematiksel bir uygulama olan “hash fonksiyonu” yoluyla gönderilecek olan metnin matematiksel değeri elde edilmekte yani hash değeri (“hash value”, “hash result”) denilen matematiksel özeti oluşturulmaktadır. Bu hash değeri metne göre çok daha kısa olmasının yanı sıra o metne ilişkin yegane değeri ifade etmektedir. Yani metindeki en ufak bir değişiklik bambaşka bir hash değerinin elde edilmesi sonucunu doğurmaktadır. İkinci olarak bu hash değeri, imzalayanın genellikle sertifika hizmet sağlayıcısından temin ettiği ve kural olarak sadece kendisi tarafından bilinen gizli anahtarıyla (imza yaratım verisiyle) şifrenmekte ve metne eklenmektedir. İşte şifrelenen bu hash değeri o metnin dijital imzasını teşkil etmektedir. Nihayet metin, ekli olan şifrelenmiş hash değeriyle birlikte yani dijital imza ile imzalanmış olarak internet üzerinden muhataba gönderilmektedir.

Metni dijital imzalı olarak alan muhatap ise, yine hash fonksiyonu vasıtasıyla kendisine ulaşan metnin hash değerini elde etmekte, daha sonra ise metne ilişkin dijital imzayı (yani şifreli hash değerini), imzalayanın açık anahtarıyla (imza doğrulama verisiyle) deşifre etmektedir. Kendisine ulaşan metnin hash değeri ile deşifre ettiği dijital imza birbirine uyuyor ise muhatap, metnin imzalayandan geldiğinden (daha doğrusu metnin, imzalayanın gizli anahtarı ile imzalanmış olduğundan) ve imzalandıktan sonra değişikliğe uğramadığından emin olmaktadır. İmza doğrulama verisi, yani açık anahtar imzalayan tarafından muhataba bizzat iletebileceği gibi muhatap bunu sertifika hizmet sağlayıcısından da temin edebilecektir¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Pestalozzi/Veit, *AJP* 2000, s.600.

¹⁹⁶ Dijital imza teknolojisine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Pestalozzi/Veit, *AJP* 2000, s.600; Reed, *a.g.e.*, s.158; Şenocak, *AÜHFD.*, 2001(2), s.98; Keser Berber, *a.g.e.*, s.136 vd.; Dörner, *AcP* 2002, s.384;

E-imza çeşitlerine yukarıda, biyometrik ve dijital olmak üzere, teknolojik alt yapıları bakımından değinmiş bulunmaktayız. Bunun yanında, AB'nin E-İmza Yön.'nde ve aynı doğrultuda düzenlenmiş olan E-İmza K.'nda olduğu gibi, e-imzalar, güvenilirlik dereceleri bakımından da birbirlerinden ayrılmaktadır¹⁹⁷.

c. Elektronik İmza Kanunu:

(1) Genel Olarak:

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu¹⁹⁸ ile, kanunun genel gerekçesinde belirtildiği üzere, elektronik ticaretin hukuki yönlerinin bütünü ile düzenlenmesi hedef alınmamış, elektronik ticaretin ve kamu alanında yürütülecek olan e-devlet projelerinin alt yapısının asli unsuru olarak, sadece e-imza düzenlenmiştir.

Kanun hükümlerinden açıkça anlaşıldığı ve madde gerekçelerinde de vurgulandığı gibi, kanun hazırlanırken, AB'nin E-İmza Yönergesi, esas alınmıştır.

(2) Elektronik İmza Tanımı ve Çeşitleri:

E-İmza K. m.3/b hükmüne göre e-imza *“başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla*

Koch, a.g.e., s.153-154; Altınışık, a.g.e., s.81 vd.; Bozbel, YD 2001(1), s.289-291; Briner, a.g.e., s.152 vd.; Sağlam Atabarut, a.g.e., s.143 vd.; Spahr, a.g.e., s.45 vd.

¹⁹⁷ Hatırlanacağı gibi, E-imza Yönergesinde “e-imza”, güvenlik ve güvenilirlik derecesine göre üç ayrı kategoriye ayrılmıştır: (1) Basit e-imza; (2) gelişmiş e-imza ve (3) nitelikli bir sertifikaya dayanan ve bir güvenli imza yaratım aracı vasıtasıyla oluşturulmuş gelişmiş e-imza. Bu imza ayrımları ve imzaların taşınması gereken şartlar daha önce incelendiği için burada tekrar edilmeyecektir. Fakat tekrar vurgulamak gerekir ki, E-imza Yön.m.5 hükmü ile sadece (3). kategoriye giren e-imzalar elle atılmış imzalara eş değer kılınmıştır. Tabiatıyla aynı ayırıma, 22.5.2001 tarihinde yürürlüğe giren Alman elektronik imza kanununda da yer verilmiştir, bkz. Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften (SigG), BGBl. 2001, I, 876 vd., §2 Nr.1,2,3. Yukarıdaki ayırımda üçüncü kategoride belirtilen e-imza, SigG §2 Nr.3 hükmündeki “nitelikli elektronik imza”ya (qualifizierte elektronische Signatur) tekabül etmektedir. Türk hukukundaki ikili ayırıma ise aşağıda değinilecektir.

¹⁹⁸ Bkz. yukarıda bölüm II, dn.190.

kullanılan elektronik veriyi” ifade etmektedir. Bu hükmünde “genel olarak”, diğer bir deyişle “basit e-imza”nın tanımı yapılmıştır.

E-İmza K.’nda ikili bir ayrıma gidilmiştir: Kanunun m.4-7 hükümlerinde düzenlenmiş olan “güvenli e-imza” ve güvenli e-imzanın özelliklerini taşımayan “basit e-imza”¹⁹⁹.

İlk bakışta, Kanun, AB’nin üçlü bir ayrımı öngören E-İmza Yön.’nden farklı bir düzenleme getirmiş gibi görünmekle birlikte, iki düzenleme arasında esas itibarıyla önemli bir fark bulunmamaktadır. Fark sadece formülasyonda olup, E-İmza Yön. m.2/2 hükmünde öngörülmüş olan “gelişmiş e-imza” ve E-İmza Yön. m.5/1’deki şartları taşıyan “nitelikli-gelişmiş e-imza” kavramları, E-İmza K.’unda, “güvenli e-imza” (m.4) kavramı altında birleştirilmiştir.

E-İmza K. m.4 hükmüne göre güvenli e-imzanın şu şartları taşıması gerekmektedir:

Güvenli e-imza,

a) Münhasıran imza sahibine bağlı olmalıdır;

b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan “güvenli elektronik imza oluşturma aracı”²⁰⁰ ile oluşturulmuş olmalıdır;

c) Nitelikli elektronik sertifikaya²⁰¹ dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlamalıdır;

¹⁹⁹ Bkz. m.3/b hükmüne ilişkin madde gerekçesi.

²⁰⁰ E-imza Kanunu m.6 hükmüne göre, güvenli elektronik imza oluşturma araçları; (a) Ürettiği elektronik imza oluşturma verilerinin kendi aralarında bir eşi daha bulunmamasını; (b) Üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin araç dışına hiçbir biçimde çıkarılamamasını ve gizliliğini; (c) Üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin, üçüncü kişilerce elde edilememesini, kullanılamamasını ve elektronik imzanın sahteciliğe karşı korunmasını; ve (d) İmzalanacak verinin imza sahibi dışında değiştirilememesini ve bu verinin imza sahibi tarafından imzanın oluşturulmasından önce görülebilmesini, sağlayan imza oluşturma araçlarıdır.

²⁰¹ E-imza Kanunu m.9 hükmüne göre, nitelikli elektronik sertifikada; (a) sertifikanın "nitelikli elektronik sertifika" olduğuna dair bir ibarenin; (b) sertifika hizmet sağlayıcısının kimlik bilgileri ve kurulduğu ülke adının; (c) imza sahibinin teşhis edilebileceği kimlik bilgilerinin; (d) elektronik imza oluşturma verisine karşılık gelen imza doğrulama verisinin; (e) sertifikanın geçerlilik süresinin başlangıç ve bitiş tarihlerinin; (f) sertifikanın seri numarasının; (g) sertifika sahibi diğer bir kişi adına hareket ediyorsa bu yetkisine ilişkin bilginin; (h) sertifika sahibi talep ederse meslekî veya diğer kişisel bilgilerinin; (ı) varsa sertifikanın kullanım şartları ve kullanılacağı işlemlerdeki maddî sınırlamalara ilişkin bilgilerin; ve (j) sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikada yer alan bilgileri doğrulayan güvenli elektronik imzasının, bulunması zorunludur.

d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlamalıdır.

(3) Elektronik İmzanın Hukuki Etkileri:

E-İmza K. m.5 hükmüne göre, güvenli e-imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracaktır. Bu hüküm sayesinde, özel hukuk alanında hem şekle tabi sözleşmelerin elektronik ortamda kurulabilmesi, hem de güvenli e-imza ile imzalanmış elektronik belgelerin mahkemelerde senet olarak kabul edilmesi mümkün olmaktadır.

Ayrıca E-İmza K.m.22 hükmü ile, BK.m.14/I'e, "*güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir*" cümlesi eklenmiştir. Şüphesiz, bu maddede "ispat gücü"nden bahsedilmesi, talihsizlik olmuştur. BK.m.14 hükmü, yazılı şekil şartının unsuru olan imzanın ne olduğu ve nasıl tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin olup, bu hükmün ispatla veya ispat gücüyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, ispat gücü ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle hem amaç yeteri kadar iyi ve açık olarak ifade edilememiş hem de BK.m.14 hükmünün ahengi bozulmuştur. Zaten ispata ilişkin olarak, aşağıda görüleceği gibi, E-İmza K.m.23 ile, güvenli e-imza ile imzalanmış bir elektronik belgenin, senet hükmünde olduğu ayrıca düzenlenmiştir. İki ayrı maddede aynı esasın düzenlenmiş olduğu düşünülemez. Bu sebeplerle, "ispat gücü" ifadesine rağmen hükmü, güvenli e-imzanın, elle atılan imza ile hukuken eşdeğer olduğu, yani yazılı şekil şartı için gerekli imza unsurunu yerine getirdiği şeklinde anlamak gerekir.

E-İmza K.m.5/II'ye göre ise, kanunen resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutulmuş hukuki işlemlerin ve teminat sözleşmelerinin, yani kefalet, garanti ve rehin sözleşmelerinin ise güvenli e-imza ile imzalanmış dahi olsa elektronik ortamda akdedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümle, E-Tic.Yön.m.9/2 hükmünde üye devletlerce istisna edilebileceği belirtilmiş olan hususlar, Türk hukukunda büyük ölçüde istisna edilmiş olmaktadır.

Diğer taraftan E-Tic.Yön.m.9/2-d hükmünde, aile veya miras hukuku alanına giren sözleşmelerin istisna edilebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte²⁰² E-İmza K.'nda bu yönde bir istisna belirtilmemiştir. Resmi şekle veya özel merasime tabi hukuki işlemler istisna edilmiş olduğu için, aile ve miras hukuku alanlarında resmi şekle veya merasime tabi sözleşmeler elektronik olarak kurulamayacaktır. Fakat resmi şekle veya merasime tabi olmayanlar, mesela mirası paylaşma sözleşmesi (MK.m.676/III), elektronik olarak gerçekleştirilebilecektir.

(4) Sertifika Hizmetleri:

E-İmza K.'nun ikinci kısmının ikinci bölümü, sertifika hizmetlerine ayrılmıştır.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika²⁰³, zaman damgası²⁰⁴ ve e-imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişileridir (E-İmza K. m.8).

E-İmza K.'nun m.8 hükmünde, sertifika hizmet sağlayıcısının gerek faaliyete başlayabilmesi için ve gerekse faaliyetlerinin niteliklerine ilişkin şartlar²⁰⁵; m.10 hükmünde, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının genel olarak²⁰⁶, m.11'de nitelikli

²⁰² Gerçi bu maddede bir istisna getirme zorunluluğu değil, serbestisi düzenlenmiştir.

²⁰³ E-İmza K.m.3/1 hükmüne göre, elektronik sertifika, *imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kaydı* ifade etmektedir.

²⁰⁴ E-İmza K.m.3/h hükmüne göre, zaman damgası, *bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve / veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kaydı*, ifade etmektedir.

²⁰⁵ E-İmza K.m.8'e göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, Telekomünikasyon Kurumuna yapacağı bildirimden iki ay sonra faaliyete geçer (f.1,c.2). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı yapacağı bildirimde; (a) güvenli ürün ve sistemleri kullanmak; (b) hizmeti güvenilir bir biçimde yürütmek; ve (c) sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini önlemekle ilgili her türlü tedbiri almak, ile ilgili şartları sağladığını ayrıntılı bir biçimde gösterir (f.2). Kurum, yukarıdaki şartlardan birinin eksikliğini veya yerine getirilmediğini tespit ederse, bu eksikliklerin giderilmesi için, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına bir ayı geçmemek üzere bir süre verir, bu süre içinde elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetlerini durdurur. Sürenin sonunda eksikliklerin giderilmemesi halinde elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetine son verir. Kurumun bu kararlarına karşı, Kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükümleri gereğince idare mahkemesinde itiraz edilebilir (f.3). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerinin devamı sırasında bu maddede gösterilen şartları kaybetmeleri halinde de aynı hükümler uygulanır (f.4).

²⁰⁶ E-İmza K.m.10'a göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı; (a) hizmetin gerektirdiği nitelikte personel istihdam etmekle; (b) nitelikli sertifika verdiği kişilerin kimliğini resmî belgelere göre güvenilir bir biçimde tespit etmekle; (c) sertifika sahibinin diğer bir kişi adına hareket edebilme yetkisi, meslekî

sertifikanın iptal edilmesine²⁰⁷ ve m.12'de bilgilerin korunmasına²⁰⁸ ilişkin yükümlülükleri; m.13 hükmünde, sertifika hizmet sağlayıcısının hukuki sorumluluğu; m.14'de yabancı ülkelerde yerleşik bulunan sertifika hizmet sağlayıcılarının düzenledikleri nitelikli sertifikaların Türk hukukunda geçerliliği²⁰⁹; m.15'de sertifika hizmet sağlayıcılarının denetimi ve m.18'de kanuni yükümlülüklerini yerine getirmeyen sertifika hizmet sağlayıcılarına ilişkin idari para cezaları düzenlenmiştir.

Bu hükümlerde, sertifika hizmet sağlayıcısının, nitelikli sertifika düzenleyip düzenlememesi ayırımına gidilmemiştir. Kanunda sertifika hizmet sağlayıcılarına ilişkin şartların, yükümlülüklerin ve sorumlulukların, sadece nitelikli sertifika düzenleyen

veya diğer kişisel bilgilerinin sertifikada bulunması durumunda, bu bilgileri de resmî belgelere dayandırarak güvenilir bir biçimde belirlemekle; (d) imza oluşturma verisinin sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından veya sertifika talep eden kişi tarafından sertifika hizmet sağlayıcısına ait yerlerde üretilmesi durumunda bu işlemin gizliliğini sağlamak veya sertifika hizmet sağlayıcısının sağladığı araçlarla üretilmesi durumunda, bu işlemin güvenliğini sağlamakla; (e) sertifikanın kullanımına ilişkin özelliklerin ve uyumsuzlukların çözüm yolları ile ilgili şartların ve kanunlarda öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu hakkında sertifika talep eden kişiyi sertifikanın tesliminden önce yazılı olarak bilgilendirmekle; (f) sertifikada bulunan imza doğrulama verisine karşılık gelen imza oluşturma verisini başkasına kullandırmaması konusunda, sertifika sahibini yazılı olarak uyarmak ve bilgilendirmekle; (g) yaptığı hizmetlere ilişkin tüm kayıtları yönetmelikle belirlenen süreyle saklamakla; ve (h) faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma ve elektronik sertifika sahibine bildirmekle, yükümlüdür (f.1). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı üretilen imza oluşturma verisinin bir kopyasını alamaz veya bu veriyi saklayamaz (f.2).

²⁰⁷ E-İmza K.m.11'e göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı; (a) nitelikli elektronik sertifika sahibinin talebi; (b) sağladığı nitelikli elektronik sertifikaya ilişkin veri tabanında bulunan bilgilerin sahteliğinin veya yanlışlığının ortaya çıkması veya bilgilerin değişmesi; (c) nitelikli elektronik sertifika sahibinin fiil ehliyetinin sınırlandığının, iflâsının veya gâipliğinin ya da ölümünün öğrenilmesi, durumunda vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaları derhal iptal eder (f.1). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, nitelikli elektronik sertifikaların iptal edildiği zamanın tam olarak tespit edilmesine imkân veren ve üçüncü kişilerin hızlı ve güvenli bir biçimde ulaşabileceği bir kayıt oluşturur (f.2). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, faaliyetine son vermesi ve vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaların başka bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından kullanımının sağlanamaması durumunda vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaları derhal iptal eder (f.3). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetine Kurum tarafından son verilmesi halinde Kurum, faaliyetine son verilen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaların başka bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına devredilmesine karar verir ve durumu ilgililere duyurur (f.4). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı geçmişe yönelik olarak nitelikli elektronik sertifika iptal edemez (f.5).

²⁰⁸ E-İmza K.m.12'ye göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı; (a) elektronik sertifika talep eden kişiden, elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri kişinin rızası dışında elde edemez; (b) elektronik sertifika sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz; (c) elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel verileri elde etmesini engeller. Bu bilgileri sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz.

²⁰⁹ E-İmza K.m.14'e göre, yabancı bir ülkede kurulu bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilen elektronik sertifikaların hukukî sonuçları milletlerarası anlaşmalarla belirlenir (f.1). Yabancı bir ülkede kurulu bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilen elektronik sertifikaların, Türkiye'de kurulu bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından kabul edilmesi durumunda, bu

sağlayıcılar bakımından geçerli olduğuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Aksine kanunda bu hükümlerin, nitelikli sertifika düzenlesin veya düzenlemesin bütün sertifika hizmet sağlayıcıları açısından geçerli olduğu anlamını veren genel ifadeler kullanılmıştır. Bu düzenleme tarzının isabetli olduğu söylenemez. Uygulamayı zaman gösterecek olmakla birlikte, bu düzenleme tarzı, tüm sertifika hizmet sağlayıcılarını aynı hukuki rejime tabi tutmakla, nitelikli sertifika düzenlemek istemeyecek sağlayıcıları faaliyet göstermekten caydırıcı veya tüm sertifika hizmet sağlayıcılarını nitelikli sertifika düzenlemeye zorlayıcı bir etkiye sahiptir. E-İmza K.m.5'e göre sadece güvenli e-imzalar elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağına ve güvenli e-imzaların nitelikli sertifikaya dayanması zorunlu olduğuna göre nitelikli sertifika düzenlemeyen sağlayıcıların aynı hukuki rejime, yani ağır hukuki yükümlülöklere tabi tutulmasını anlamak mümkün değildir. Sertifika nitelikli değilse ve nitelikli sertifika olduğu iddiasını da taşımıyorsa, desteklediği e-imza da güvenli e-imza olmayacak ve elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurmayacaktır. Böyle bir sertifikaya muhatap olan kişi, sertifikanın nitelikli olmadığını görmesine rağmen buna güvenir ve zarara uğrarsa, bu zarardan neden sertifika hizmet sağlayıcısı sorumlu olsun? Sertifika nitelikli olmadığı için, sertifika hizmet sağlayıcısı E-İmza K.m.9'daki bilgilerin doğruluğunu taahhüt etmemektedir ki, bu bilgilerin doğruluğunu taahhüt eden nitelikli sertifika düzenleyen bir sağlayıcı ile aynı hukuki yükümlölöklere tabi olsun ve özellikle E-İmza K.m.18'deki idari para cezalarına muhatap olsun. Telekomünikasyon Kurumu'nun yapacağı denetim bakımından da, bu düzenlemenin gereksiz bürokrasi yaratacak olması ve tüm sertifika hizmet sağlayıcıları denetlenirken, hukuki sonuçları daha ağır ve önemli olan nitelikli sertifika düzenleyen sağlayıcıların denetiminin layıkıyla yapılmasını engelleyecek olması da muhtemeldir.

Hatırlanacağı gibi, AB'nin E-İmza Yön. düzenlemesinde sertifika hizmet sağlayıcıları arasında bu ayırım gözetilmiştir. Özellikle sertifika hizmet sağlayıcılarının denetlenmesi (E-İmza Yön.m.3/3) ve sorumluluğu (E-İmza Yön.m.6), nitelikli sertifika

elektronik sertifikalar nitelikli elektronik sertifika sayılır. Bu elektronik sertifikaların kullanılması sonucunda doğacak zararlardan, Türkiye'deki elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı da sorumludur (f.2).

düzenleyen sağlayıcılar için öngörülmüştür. İsviçre E-İmza K.²¹⁰ düzenlemesine göre de, sertifikanın düzenlenmesine ve iptaline ilişkin yükümlülükler (İsviçre E-İmza K.m.8-10) ve sertifikaya güvenden kaynaklanan zararlardan sorumluluk (İsviçre E-İmza K.m.16), nitelikli sertifika düzenleyen sağlayıcılar bakımından öngörülmüştür. Denetim mekanizması da sadece tanınmış sertifika hizmet sağlayıcıları için getirilmiştir (İsviçre E-İmza K.m.15). Zira İsviçre E-İmza K.'na göre, sadece tanınmış bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenen nitelikli sertifikaya dayanan nitelikli e-imzalar elle atılan imza ile eş değer kılınmıştır.

Kanaatimizce E-İmza K.'nda bu yönde bir açıklık bulunmamasına rağmen, sertifika hizmet sağlayıcılarına ilişkin yükümlülüklerin ve sorumlulukların, sadece nitelikli sertifika düzenleyen sağlayıcılar bakımından geçerli olduğu kabul edilmelidir²¹¹. Kanunun sistematigi de bu görüşümüzü desteklemektedir. E-İmza K.m.9 hükmü ile nitelikli elektronik sertifika düzenlenmiş olduğundan, takip eden maddelerdeki yükümlülüklerin de (E-İmza K.m.10/son ve m.12 hükümleri hariç), nitelikli sertifika düzenleyen sağlayıcılara ilişkin olduğu kabul edilmelidir²¹². Bir sertifika hizmet sağlayıcısı hem nitelikli, hem de nitelikli sertifikanın unsurlarını taşımayan sertifikalar düzenliyor ise, yükümlülükleri ve sorumlulukları da, sadece düzenlediği nitelikli sertifikalar bakımından söz konusu olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sertifika hizmet sağlayıcılarının hizmet kalitesini yükseltmek amacıyla E-İmza Yön.'nde öngörülmüş olan ihtiyari akreditasyon sistemine²¹³, E-İmza K.'nda yer verilmemiştir.

²¹⁰ Bkz. yukarıda bölüm II, dn.184.

²¹¹ Nitekim kanunun gerekçesinde, AB'nin E-İmza Yön.'nin ve çeşitli üye ülke düzenlemelerinin dikkate alındığı belirtilmektedir ama sertifika hizmet sağlayıcılarına ilişkin olarak bu düzenlemelerde yer alan ayırıma kanunda neden yer verilmediğine ilişkin bir açıklama gerekçede bulunmamaktadır. Bu bakımdan kanunda, sertifika hizmet sağlayıcılarına ilişkin ayırımın açıkça vurgulanmaması, bilinçli bir tercihten çok kanunun kaleme alınmasındaki bir ihmal olarak değerlendirilebilir.

²¹² Zaten bu maddelerin bazı fıkralarında (mesela E-İmza K.m.10/b, m.13/IV, VII), rasgele de olsa nitelikli sertifikadan bahsedilmektedir. E-İmza K.m.11 hükmü ise zaten doğrudan nitelikli sertifikanın iptal edilmesine ilişkindir.

²¹³ E-İmza Yön.m.2/13.

(5) Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu:

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, elektronik sertifika sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tabidir (E-İmza K.m.13/I). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, E-İmza K. veya bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlali suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları da, herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat edemediği sürece, tazminle yükümlüdür (E-İmza K.m.13/II).

Görüldüğü gibi buradaki sorumluluk, ispat külfeti yer değiştirmiş bir kusur sorumluluğudur. Ayrıca elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, söz konusu yükümlülük ihlalinin istihdam ettiği kişilerin davranışına dayanması halinde de zarardan sorumlu olup, bu sorumluluğundan, BK.m.55 gereğince bir kurtuluş beyinnesi getirerek kurtulamayacaktır (E-İmza K.m.13/III). Nihayet, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının üçüncü kişilere ve nitelikli e-imza sahibine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü şart geçersiz kılınmıştır (E-İmza K.m.13/IV).

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda sertifika hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunun, sadece düzenledikleri nitelikli sertifikalar bakımından kabul edilmesi gerektiğini tekrar hatırlatalım.

Bu maddenin birinci fıkrasında, sertifika hizmet sağlayıcısının sertifika sahibine karşı sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğunun belirtilmiş olması, sanki üçüncü kişilere karşı sorumlulukla sertifika sahibine karşı sorumluluğun farklı esaslara tabi olduğu izlenimini yaratmaktadır. Halbuki maddenin devam eden fıkralarının düzenlemesi karşısında, sertifika hizmet sağlayıcılarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ile sertifika sahibine karşı sorumluluğu arasında önemli bir fark bulunmadığı görülmektedir. Zira sertifika sahibi ile sertifika hizmet sağlayıcısı arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır ve sertifika sahibinin zarara uğraması durumunda BK.m.96 vd. hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda pratik olarak, gerek ispat külfeti gerekse yardımcı şahısların kusurundan sorumluluk konusunda, sertifika hizmet sağlayıcısının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ile sertifika sahibine karşı sorumluluğu aynı esaslara tabi olmaktadır. Şu halde aradaki tek fark zamanaşımı sürelerine inhisar

etmektedir. Sertifika sahibinin talep hakkı BK.m.125 gereğince on yıllık, buna karşılık üçüncü kişilerin talep hakkı BK.m.60 gereğince zararı ve sorumluyu öğrenmelerinden itibaren bir ve her halde on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır²¹⁴.

d. Elektronik İmzaya İlişkin Hukuki Sorunlar:

(1) Elektronik İmzanın Geçerliliğine İlişkin Sorunlar:

Elle atılan imzadan farklı olarak e-imza teknik bir uygulama gerektirmekte ve imza sahibi ile sertifika hizmet sağlayıcısı arasındaki bir sözleşmeye dayanmaktadır. İşte bu özellikler önemli bazı hukuki sorunlar doğurmaktadır.

(i) İlk olarak belirtmek gerekir ki, imza sahibi ile sertifika hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin geçersizliği e-imzanın, dolayısıyla şekil şartının geçerliliğini etkilemeyecektir. Geçerli bir e-imza için gerekli olan şartlar kanunda sayılmış olup bu şartları yerine getiren bir e-imza geçerlidir yani bu e-imzanın kullanıldığı bir sözleşmede şekil şartı yerine gelmiştir. E-imzaya dayanak teşkil eden, imza sahibi ile sertifika hizmet sağlayıcısı arasındaki anlaşmanın geçersizliği bu sonucu etkilemez²¹⁵.

(ii) Kanunda, elektronik olarak kurulamayacağı belirtilmiş olan sözleşmeler, güvenli e-imza ile imzalanmış bir elektronik belge vasıtasıyla dahi kurulamaz. Böyle bir sözleşme şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır.

(iii) E-İmza K.m.5 hükmünde ifade edilen, güvenli e-imzaların, elle atılmış imzalar ile eş değer kılınması, esas itibarıyla kanunen şekle bağlı sözleşmeler açısından önem arz etmektedir. Ancak kanunen şekle tabi olmayan bir sözleşmede, taraflar herhangi bir açıklık getirmeksizin iradi şekil kararlaştırmışlarsa, BK.m.16/II gereğince, bu sözleşmenin de yine güvenli e-imza ile imzalanması gerekir. Şüphesiz taraflar, şeklin

²¹⁴ E-İmza K.m.13 hükmü ile hemen hemen aynı düzenlemeye sahip İsviçre E-İmza K.m.16 hükmünde ise, sertifika hizmet sağlayıcılarının sertifika sahibi ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğu konusunda böyle bir ayırımı gidilmemiştir. Zamanaşımı sürelerindeki farklılık ise, İsviçre E-İmza K.m.18 gereğince aynı Türk hukukunda olduğu gibidir.

²¹⁵ Dörner, AcP 2002, s.385.

niteliğini serbestçe belirleyebileceklerinden, basit e-imzanın kullanılmasını öngörmek suretiyle de, iradi şekil kararlaştırabilirler. Alman hukukunda ise, E-imza Yön. iç hukuka uyarlanırken, farklı bir esas benimsenmiş ve taraflar arasında şekil şartının öngörülmüş olması durumunda, bu şartın herhangi bir e-imza ile de yerine getirilmiş olacağı düzenlenmiştir (BGB § 127/3)²¹⁶. BGB'nin bu hükmüne göre, iradi şekil olarak elektronik şeklin kararlaştırılmış olması durumunda, tarafların açık veya örtülü olarak "nitelikli e-imza"²¹⁷ kullanımını kararlaştırdıkları anlaşılmıyorsa, herhangi bir e-imza, yani basit e-imza kullanımı, iradi şekil şartının yerine getirilmesi için yeterli olacaktır.

(iv) Kanunen şekle tabi sözleşmelerin elektronik ortamda geçerli olarak kurulması için güvenli e-imza ile imzalanması gerekmektedir. Bu tip bir e-imzanın taşınması gereken şartlar ise tarafların iradesine bağlı değildir. Güvenli e-imzanın taşınması gerektiği şartlar, ne imza sahibi ile sertifika hizmet sağlayıcısı arasındaki, ne de imza sahibi ile muhatap arasındaki bir sözleşme ile değiştirilebilir. Kanunun, sözleşmenin geçerliliğini bağladığı güvenli e-imzanın taşınması gereken şartlar, kanun koyucunun iradesiyle belirlenmiştir. Bu şartlar tamamlanmadan şekil şartının yerine geldiğinden bahsedilemez²¹⁸.

(v) Bu sebeple, sertifikaya ilişkin bir sınırlama da, kanunen şekle tabi bir sözleşme söz konusu olduğu durumlarda, taraf iradesiyle bertaraf edilemez. Söyle ki, imza sahibi sertifika hizmet sağlayıcısıyla sözleşme akdederken, sertifikanın geçerli olacağı hukuki işlemlere veya meblağa ilişkin bir sınırlama getirebilir. Yani e-imzayı kullanabileceği hukuki işlemleri kendi iradesiyle sınırlayabilir ve mesela sertifikada imza sahibinin akdedeceği tüketici kredisi sözleşmelerinin bir milyar lira ile sınırlı olacağı bilgisine yer verilebilir. İşte tüketici kredisi sözleşmesi kanunen şekle tabi bir sözleşme olduğu için ve elektronik şekle ilişkin şartlar ise tarafların iradesine bağlı olmadığı için imza sahibi bir milyar liranın üzerindeki bir meblağ için tüketici kredisi sözleşmesi akdedemeyecek, sertifikadaki sınırlamaya rağmen akdedilmiş böyle bir sözleşme şekle aykırılık teşkil edecektir. Şüphesiz imza sahibi sertifika hizmet

²¹⁶ Dörner, AcP 2002, s.387.

²¹⁷ Alman hukukundaki "nitelikli e-imza", Türk hukukunda, E-İmza K. ile öngörülmüş olan "güvenli e-imza" kavramına tekabül etmektedir.

²¹⁸ Dörner, AcP 2002, s.386-387.

sağlayıcısına baş vurarak sınırlamanın değiştirilmesini talep edebilir. Ancak sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikadaki gerekli değişikliği yapmasından sonradır ki, imza sahibi bu sınırlamayla bağlı olmaksızın kanunen şekle tabi sözleşmeyi istediği şartlarda kurabilecektir²¹⁹.

(2) Elektronik İmza Sahibinin Sorumluluğu:

E-imza konusunda karşılaşılabilecek en önemli sorunlardan biri de, imzalayanın gerçek imza sahibi yani belgeyi imzalamış olarak görünen kişi olmaması durumudur. Gerçekten e-imzanın yaratılmasına yarayan ve imza yaratım verileri olarak ifade edilen veriler, bir yazılım veya donanımdan ibaret olan “imza yaratım aracı” ile oluşturulmaktadır. Bu imza yaratım aracının ise, mesela imza sahibinin çip kartının ve bu kartı kullanmak için gerekli şifrenin, bir başka kişi tarafından ele geçirilmesi ve kullanılarak elektronik bir belgenin bu kişi tarafından sanki imza sahibi tarafından imzalanıyormuş gibi imzalanması mümkündür.

İmza yaratım aracının, imza sahibinden başka bir kişinin elinde bulunması ya imza sahibinin iradesine dayanır, ya da bu kişi imza yaratım aracını imza sahibinin iradesi dışında bir şekilde ele geçirmiş olabilir.

İmza yaratım verisinin üçüncü bir kişi tarafından kullanılması durumunda, bu üçüncü kişinin hiçbir şekilde sözleşmenin tarafı olmayacağı açıktır. Onun beyanı, temsil kaidelerinin kıyasen uygulanması suretiyle imza sahibi bakımından değerlendirilmek gerekecektir²²⁰.

İmza sahibi, imza yaratım aracını belli bir işlemin yapılması amacıyla diğer bir kişiye vermiş ve bu kişi de o işlemi yapmışsa bu kişi temsil yetkisiyle hareket etmektedir. Dolayısıyla bu işlemde doğan haklar ve borçlar, imza sahibine ait olacaktır (BK.m.32/I).

²¹⁹ Dörner, AcP 2002, s.386-387.

²²⁰ Dörner, AcP 2002, s.387-388.

Öte yandan, imza yaratım aracı, imza sahibi tarafından diğer bir kişiye verilmekle birlikte bu kişi temsil yetkisinin sınırlarını aşmış veya hiç yetkili olmadığı bir konuda işlem yapmış olabilir. Burada yetkisiz temsil durumu söz konusudur. Yetkisiz temsil durumunda kural olarak temsil olunan, sözleşme ile bağlı değildir fakat sözleşmeye icazet vererek sözleşmenin geçerli olarak kendisi bakımından hüküm ifade etmesini sağlayabilir (BK.m.38). Burada da imza sahibi, yetkisiz temsilcinin yaptığı bu işleme icazet vererek sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını sağlayabilir. Fakat icazeti bulunmasa bile, bu durumda güven prensibi gereğince imza sahibinin hukuki görünüş sorumluluğu (rechtsscheinhaftung) bulunmaktadır²²¹. Gerçekten BK.m.38 hükmüne rağmen, güven prensibinin haklı gösterdiği istisnai hallerde yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemler, adına hareket edilen kimse için de bağlayıcı olabilmektedir²²².

Burada da imza sahibi, imza yaratım aracını vermekle, imzayı atan kişinin üçüncü kişiler nezdinde sanki imza sahibinin kendisi veya yetkili temsilcisiymiş gibi görünmesine bilinçli olarak sebep olmaktadır. İşte bu durumu kendisi yaratmış olan imza sahibinin, (icazeti bulunmasa bile) sözleşme ile bağlı olduğunu kabul etmek gerekir²²³.

Diğer durum yani imza yaratım aracının imza sahibinin iradesi dışında diğer bir kişinin eline geçmesi ise çok farklı şekillerde meydana gelebilir: Mesela imza sahibi, şifresini üzerine yazdığı çip kartını kaybetmiş veya iş yerinde gelişi güzel bırakmış ve bir kimse de bunları kolayca ele geçirmiş olabilir veya çip kartı çalan kişi daha öncesinde imza sahibini gözetleyerek şifreyi öğrenmiş ya da imza sahibi tatildeyken eve giren hırsız uzun arayışlardan sonra çip kartı ve imza sahibinin ajandasındaki bir telefon numarasıymış gibi yazılmış olan şifreyi bulmuş olabilir.

İmza yaratım aracının imza sahibinin elinden rızası dışında çıkmış olması durumunda da acaba bir hukuki görünüş sorumluluğundan bahsedilebilecek ve imza sahibinin sözleşme ile bağlı olduğu sonucuna varılabilecek midir?

²²¹ Dörner, AcP 2002, s.388.

²²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s.207; Eren, a.g.e., s.406.

²²³ Dörner, AcP 2002, s.388-389.

Bu konuda Alman hukukunda baskın görüş²²⁴, isteyerek olmasa bile hukuki görünüşe ihmali ile sebebiyet veren kişinin, bu ihmal sebebiyle yarattığı izlenimin sonuçlarına katlanması gereğini savunmaktadır. Bu görüşe uygun olarak, imza sahibinin ihmali bir davranışı ile başka bir kimseye kendi imza yaratım araçlarını kullanması imkanını yaratması ve bu şekilde elektronik irade beyanının kendisinden kaynaklandığı izlenimini doğurması halinde imza sahibi sözleşme ile bağlı olmalıdır.

Gerçekten internetin erişim ve kullanım alanının genişliği, hızı ve sağladığı anonimlik karşısında e-imzaların kötüye kullanımında muhatap, geleneksel hukuki işlemlere göre çok daha belirgin bir korunma ihtiyacı karşısında bulunmaktadır²²⁵.

İsviçre kanun koyucusu, bu konuyu bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır. E-İmza K.'nın²²⁶ ekinde getirilen hükümle İsviçre BK.'na, e-imza sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu düzenleyen OR.Art.59a hükmü eklenmiştir. Bu maddeyle, tanınmış bir sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenmiş geçerli bir nitelikli sertifikaya güvenmelerinden dolayı üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan, imza sahibinin sorumlu olduğu öngörülmüştür. Ancak maddenin ikinci fıkrasında, imza sahibine bir kurtuluş beyinnesi getirme imkanı tanınmıştır. Buna göre imza sahibi, imza anahtarlarının (imza yaratım araçlarının) korunması için halin icabına göre gereken ve beklenen güvenlik önlemlerini aldığını inandırıcı şekilde ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır.

UNCITRAL Elektronik İmza Model Kanunun 8.maddesinde de, imzalayanın (signatory) yükümlülükleri düzenlenmiş ve bu yükümlülükleri yerine getirmemesinin sonuçlarına imzalayanın katlanacağı belirtilmiştir. Buna göre imzalayan, (a) imza yaratım verisinin yetkisiz kullanımını önlemek için makul özeni gösterecek; (b) imza yaratım verisinin (yetkisiz kullanıma yol açabilecek şekilde) tehlikede olması durumunda, makul olarak e-imzaya güvenmesi veya e-imzayı desteklemek üzere hizmet

²²⁴ Dörner, AcP 2002, s.391, dn.100'de anılan BGH kararları için bkz.NJW. 1981, s.1727; 1991, s.1225; 1998, s.1854. Ayrıca bkz. aynı yer dn.101'de anılan yazarlar.

²²⁵ Dörner, AcP 2002, s.392-393.

²²⁶ Bkz. yukarıda bölüm II, dn.184.

sağlaması beklenebilecek kişileri gecikmeksizin durumdan haberdar edecek; ve (c) sertifikaya dahil edilmek üzere veya sertifikanın geçerlilik süresince sertifikaya ilişkin olarak imzalayan tarafından yapılan tüm gerekli bildirimlerin doğru ve eksiksiz olduğunu sağlamak için makul özeni gösterecektir.

Hukukumuzda bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen, elektronik irade beyanının kendisinden kaynaklandığı izlenimine ihmali ile sebebiyet veren e-imza sahibinin bu beyanla bağlı olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık her türlü makul özeni göstermesine ve önlemi almasına rağmen yetkisiz kullanıma engel olamayan e-imza sahibinin sorumluluğu reddedilmelidir. İmza yaratım aracını gereği gibi korumayan ve mesela şifresi üzerinde yazılı çip kartı kaybeden veya ortalıkta bırakan bir e-imza sahibinin bu e-imzanın kullanımı ile bağlı olduğu kabul edilmeli, buna karşılık iyi bir şekilde korunmasına rağmen kartı çalan hırsızın daha önce imza sahibini gözetleyerek şifreyi öğrenmiş olması veya imza sahibi tatildeyken eve girerek uzun arayışlar sonrasında kartı ve şifreyi ele geçirmesi durumlarında, imza sahibinin sorumluluğu ve e-imza ile bağlılığı reddedilmelidir. İmza yaratım aracını saklama konusunda makul özeni gösteren ve böylece kural olarak sorumluluğu bulunmayan imza sahibi, imza yaratım aracının tüm önlemlerine rağmen yine de yetkisiz kullanıma yol açabilecek şekilde tehlikede olduğunu fark ederse, durumu gecikmeksizin sertifika hizmet sağlayıcısına ve varsa e-imzaya muhatap olabileceğini düşündüğü kişilere bildirmelidir. Bu konuda ihmal göstermesi durumunda yine sorumluluğu doğacaktır, meğerki muhatap e-imzanın yetkisiz kullanıldığını bilsin veya bilebilecek olsun.

3. İspat Hukuku Açısından Elektronik İmza ve Elektronik Belgeler:

Kanuni delil sisteminin geçerli olduğu ispat hukukumuz açısından deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olup bu delillerden biri ile ispat edilen bir vakayı hakim doğru olarak kabul etmek zorundadır. Yani hakim bu delillerle bağlıdır. Takdiri deliller ise, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir. Takdiri delillerle hakim bağlı

değildir, bu delillerle ispatlanan bir vakıanın doğru olup olmadığını serbestçe takdir eder²²⁷.

İşte HUMK.'nda, bazı hususların kesin delillerle ispatı zorunluluğu öngörülmüş bulunmaktadır. Senetle (kesin delille) ispat zorunluluğu ve senede karşı senetle (veya kesin delille) ispat zorunluluğu olarak ifade edilen bu durumlarda ilk olarak, yapıldıkları zamandaki miktar veya değeri HUMK.'nın 288. maddesinde belirtilen meblağı aşan hukuki işlemlerin, kanunda sayılan istisnalar haricinde²²⁸, yazılı bir belge ile yani senetle (kesin delille) ispatlanması zorunludur (HUMK.m.288). Aynı şekilde, senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı savunma olarak ileri sürülen hukuki işlemler de, değeri ne olursa olsun, senetle (kesin delille) ispat edilmelidir, yoksa tanıkla ispatı mümkün değildir (HUMK.m.290).

E-İmza K.'ndan önce, Türk hukukunda, en yüksek güvenlik ve güvenilirlik unsurlarına sahip bir e-imza ile imzalanmış dahi olsa elektronik belgeleri senet olarak kabul etmek²²⁹ mümkün değildi²³⁰. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi, E-İmza K.m.5 ile, güvenli e-imzanın, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı esası kabul edilmiş bulunmaktadır. Bunun yanında, E-İmza K.m.23 hükmüyle, HUMK.'na 295/A maddesi eklenmiştir. HUMK.m.295/A'ya göre: *“Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye*

²²⁷ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul, Demir Demir, 2001, s.2032-2033.

²²⁸ Bkz. HUMK.m.287/II, 289, 292-294.

²²⁹ Keser Berber tarafından E-İmza K.'nin kabulünden önce ileri sürülen, “fakat istisnai olarak, görülen bir davada delil olarak ileri sürülen elektronik belge altındaki dijital imza, bu belgeyi dijital olarak imzalayan kişi tarafından ikrar edilirse, ancak bu durumda dijital imzalı elektronik belge adi senet ve dolayısıyla kesin delil teşkil edecektir” görüşüne (Keser Berber, a.g.e., s.209-210) katılmak mümkün değildir. Bu tartışma, E-İmza K.'nin kabulünden sonra da, güvenli e-imzalar dışındaki, yani basit e-imzalar için, önemini hala korumaktadır. Bugün için, güvenli e-imza niteliğini taşımayan bir dijital imzanın sahibi, bu imzayı kabul etse bile, elektronik belge adi senet niteliği kazanamaz. E-İmza K. ile sadece güvenli e-imza ile imzalanmış belgeler senet olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında, borçlu basit e-imzayı ikrar etse yani e-imzanın kendisine ait olduğunu kabul etse bile, elektronik belgenin içeriğine itiraz edebilir ki, bu durum senet kavramıyla bağdaşmaz, dolayısıyla bir kesin delilden bahsedilemez. Ancak tabiidir ki, elektronik belgenin içeriğindeki hususlar ikrar edilebilir, fakat bu durumda da kesin delil “ikrar”dır yoksa elektronik belgenin adi senet niteliği kazanması gibi bir durum yine söz konusu değildir.

²³⁰ Altınışık, a.g.e., s.95; Keser Berber, a.g.e., s.209; Hakan Pekcanıtez, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.408. Yine E-İmza K.'nin kabulünden önce, e-imza ile imzalanmış dokümanların yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilip edilemeyeceği de

kadar kesin delil sayılırlar” (f.1). “Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu Kanunun 308 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır” (f.2). Böylece, güvenli e-imza ile imzalanan bir elektronik belge, senet olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, senetle ispat zorunluluğuna tabi bir hukuki işlem, güvenli e-imza ile imzalanmış bir elektronik belge ile ispat edilebilecektir.

Görüldüğü gibi, bir hukuki işlemin, güvenli e-imza ile imzalanmış elektronik belge ile ispatlanması bir güçlük yaratmayacaktır. Fakat acaba, güvenli e-imza niteliği taşımayan, basit e-imzaların ispat değeri nedir? E-İmza K.’nda, bu hususa ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bunlar senet olarak kabul edilemeyecektir ancak, acaba yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilmeleri mümkün olabilir mi?

Bilindiği gibi, kesin delil ile (senetle) ispatı gereken bir hukuki işlem, bunun hakkında yazılı bir delil başlangıcı bulunması durumunda, takdiri delillerle, yani yazılı delil başlangıcını teyit edecek diğer delillerle, mesela tanıkla ispat edilebilmektedir (HUMK.m.292/I). HUMK.m.292/II’ye göre, yazılı delil başlangıcı, *müddeabihin tamamen sübutuna kafi olmamakla beraber, bunun vukuuna delalet eden ve kendisi aleyhine ibraz edilmiş olan tarafça verilmiş bulunan evrak ve vesikalardır*. Buna göre, yazılı delil başlangıcından bahsedebilmek için şu üç şartın bulunması aranmaktadır: (1) Yazılı bir belge bulunmalıdır; (2) belgenin, aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması gerekmektedir; ve (3) belge hukuki işlemin vukuuna delalet etmelidir²³¹. Her ne kadar kanunda, yazılı bir belge olarak evrak ve vesailten bahsedilmekte ise de, elektronik belgelerin de bu kavrama dahil edilmesi gerekmektedir. E-İmza K. ile getirilen HUMK.m.295/A hükmü ile elektronik belgeler (güvenli e-imza ile oluşturulmak şartıyla) senet olarak kabul edilebildiğine göre, bunların yazılı delil başlangıcı teşkil edebilecek olması evleviyetle kabul edilmelidir. Yani yazılı delil başlangıcının ilk şartı olan yazılı bir belge bulunması şartını, elektronik bir belge de

tartışılmıştır, (Sözer, a.g.e., s.122; Özdişek, a.g.e., s.40,42. Geniş bir değerlendirme için bkz. Pekcanitez, (internet hukuku sempozyumu), s.410-420; Karş. Altınışık, a.g.e., s.95-96).

²³¹ Kuru, a.g.e., C.II, s.2289-2291; H. Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 3.Bası, İstanbul, 2003, §30,IV,c; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 2.Bası, Ankara, Seçkin, 2001, s.412-413; Necip Bilge / Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3.Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s.566-567.

taşımaktadır. Şu halde, basit e-imza ile imzalanmış elektronik belgenin, yazılı delil başlangıcı teşkil edip etmeyeceğinin tespitinde diğer iki şartın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Kanaatimizce, bir e-imzanın, güvenli e-imza niteliğini taşınamamasının sebebi, salt nitelikli elektronik sertifikaya dayanmaması ise, yani basit e-imza, E-İmza K.m.4'deki diğer unsurları taşıyor²³² ve sadece nitelikli sertifikaya dayanmama sebebiyle bu hüküm gereğince güvenli e-imza kabul edilemiyorsa, böyle bir e-imza ile imzalanmış belgeyi, yazılı delil başlangıcı olarak kabul etmek gerekir. Zira e-imzanın bu unsurları taşıması durumunda, belgenin, aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması ve belgenin hukuki işlemin vukuuna delalet etmesi şartları yerine gelmiş olmaktadır. Fakat nitelikli elektronik sertifikaya dayansa bile E-İmza K.m.4'deki diğer unsurları veya bunlardan birini taşımayan bir e-imza, bu şartları yerine getiremeyeceği için yazılı delil başlangıcı olarak dahi kabul edilemez. Bunlar, özel hüküm sebebi olarak, ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde delil olarak ileri sürülebilirler

Şu halde kural olarak, senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, güvenli e-imza ile imzalanmamış elektronik belgelerin, yazılı delil başlangıcı da teşkil etmiyorlar ise, delil olarak sunulması mümkün değildir. Ancak bunun iki önemli istisnası bulunmaktadır.

Birinci istisna delil sözleşmesidir (HUMK.m.287/II, 289). Delil sözleşmesi, bir vakıanın yalnız belli bir delille veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki delillerle de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında davadan önce veya dava sırasında yapılan usuli bir sözleşmedir²³³. Delil sözleşmeleri münhasır veya münhasır olmayan delil sözleşmeleri olmak üzere iki çeşittir. Taraflar bir vakıanın sadece belli bir delil ile ispat edilebileceğini kararlaştırmışlarsa münhasır delil sözleşmesi söz konusudur. Bu durumda taraflar delil sözleşmesinde kararlaştırdıkları delilden başka

²³² Yani, (a) münhasıran imza sahibine bağlı olma; (b) sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulma; ve (d) imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlama unsurlarını taşıyan bir e-imza.

²³³ Kuru, a.g.e., C.III, s.2881.

delile dayanamazlar. Mesela tanıkla ispatı mümkün olan bir hukuki işlemin sadece senetle ispat edilebileceğini kararlaştırmışlarsa o hukuki işlem yalnız senetle ispatlanabilir, bunun dışında başka bir delille ispatı mümkün değildir. Buna karşılık taraflar sözleşme ile bir vakıanın sadece belli bir delille veya delillerle değil de, başka bir delil ve delillerle de ispatlanabileceğini kararlaştırmışlarsa münhasır olmayan delil sözleşmesi söz konusudur²³⁴. Mesela taraflar aslında senetle ispatı gereken bir hukuki işlemin başka delillerle de ispatlanacağını kararlaştırmış olabilirler. İşte taraflar aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkta, delil olarak imzasız da olsa elektronik belgelerin veya basit e-imza ile imzalanmış elektronik belgelerin de kullanılabileceğini kararlaştırmışlarsa, senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu durumlarda dahi, bu elektronik belgeler delil olarak sunulabilecektir²³⁵.

İkinci istisna devletler özel hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmakta ve mesela ispat vasıtalarının kabul edilebilirliği, bir delilin nev'i ve ileri sürülebilme şekli hakkında lex fori'nin karar vereceği savunulmakla birlikte²³⁶, ispat vasıtalarının kabulü hakkında, ihtilaf konusu işlemin doğduğu yer hukukunun (lex loci contractus) tercih edilmesi fikrinin yaygınlaşmakta olduğu da tespit edilmektedir²³⁷. İşte hukuki işlem nerede ve hangi ülkenin maddi kanunlarına göre doğmuşsa bu konuda gösterilecek delillerin de o ülke kanununa tabi olması gerekir²³⁸. Böylece hukuki işlemin doğumuna esas teşkil eden hukuk, elektronik belgeleri (ya da basit e-imza ile imzalanmış elektronik belgeleri) delil olarak kabul ediyorsa, Türk hakiminin de aynı esasları uygulayarak bu belgeleri delil olarak kabul etmesi gerekmektedir.

²³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, a.g.e., C.III, s.2885 vd.

²³⁵ Pekcanitez, (internet hukuku sempozyumu), s.421.

²³⁶ Nomer, a.g.e., s.309.

²³⁷ Nomer, a.g.e., s.309; Buna göre, "senetle ispat zorunluluğu konusunda, hakim kanunu (lex fori) mutlak olarak uygulanamaz. Çünkü, senetle ispat zorunluluğu her devlette mevcut olmayıp, ancak bazı devletlerde vardır yani istisnadır. (...) Senetle ispat zorunluluğu hakkında hakim kanununun uygulanması, Türkiye dışında yapılmış olan hukuki işlemlerin ispatını çok güçleştirir. Çünkü taraflar (alacaklı), senetle ispat zorunluluğu bulunmayan bir ülkede yaptıkları bir hukuki işlemin, ilerde senetle ispat zorunluluğu olan bir ülkede senetle ispat edilmesi gerekebileceğini hukuki işlemi yaparken öngöremezler. Bu nedenlerle, senetle ispat zorunluluğu konusunda, hakim kanunu değil, hukuki işlemin yapıldığı yer kanunu uygulanmalıdır. HUMK.'nın 288. maddesinin alındığı yer olan Fransa'daki uygulama bu şekilde olduğu gibi, (senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu diğer ülkeler olan) İtalya ve İspanya'da da, senetle ispat zorunluluğu hakkında, hukuki işlemin yapıldığı yer kanunu uygulanmaktadır", (Kuru, a.g.e., C.II, s.2314-2315).

²³⁸ Pekcanitez, (internet hukuku sempozyumu), s.409.

Yukarıdaki iki istisnanın söz konusu olmadığı durumlarda, herhangi bir e-imza taşımayan veya basit e-imza ile imzalanmış elektronik belgeler ise, özel hüküm sebepleri içine girerler ve takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde delil olarak ileri sürülebilirler²³⁹.

E. İnternette Açık Artırma Suretiyle Kurulan Sözleşmeler (Online Artırmalar):

1. Genel Olarak:

İnternette sözleşmelerin kurulmasının mümkün olduğu bir diğer yöntem de internet üzerinden düzenlenen açık artırmalar yani online artırmalardır²⁴⁰.

Online artırmaların farklı şekillerde düzenlenebildiği görülmektedir²⁴¹: İlk olarak belirtmek gerekir ki, online artırmalarda artırmayı düzenleyen, web sitesi sağlayıcısının kendisi olabileceği gibi bir başka kişi de olabilir. Bu ikinci durumda sağlayıcı artırmayı bizzat düzenlememekte, yani kendisi artırma suretiyle akdedilen sözleşmenin bir tarafını teşkil etmemekte, sadece internette artırma suretiyle sözleşme akdetmek isteyen kişilere (satıcı ve alıcılara), buna imkan sağlayan uygun bir elektronik ortam, teknik bir platform sunmaktadır. Online artırmaların eş zamanlı (canlı – live auctions) olarak gerçekleşmesi mümkündür. Bunlar geleneksel anlamdaki artırmalara benzer olup kısa süre içerisinde gerçekleşmekte; katılımcılar birbirlerinin peşi sıra pey sürmektedirler²⁴². Burada da artırmayı idare eden bir kimse bulunmakta ve ihale²⁴³ bu

²³⁹ Bu yönde, Pekcanitez, (internet hukuku sempozyumu), s.424.

²⁴⁰ Şartları yerine getiren herkesin katılabildiği, artırmaların yapılacağından önceden çeşitli araçlarla kamuya duyurulduğu ve satımın satıcının iradesine dayandığı artırmalar “ihtiyari açık artırma” olduğu için (Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2002, s.211), ve online artırmalarda da bu özellikler bulunduğu için internet üzerinden düzenlenen artırmalar çoğu zaman ihtiyari açık artırma niteliğindedir. Fakat internet üzerinden, önceden ilan yapılmayan ve ancak belirli kimselerin katılabileceği “ihtiyari özel artırmaların” düzenlenmesi de pek ala mümkündür.

²⁴¹ Bkz. Stefan Ernst, “Die Online Versteigerung”, **CR** 2000, s.304-305; Andreas Wiebe, “Vertragsschluss bei Online Auktionen”, **MMR** 2000, s.323.

²⁴² Artırmada, katılımcıların yaptıkları teklife pey sürme denir.

²⁴³ Artırmaya çıkarılan malın en yüksek fiyatı verene satılmasına ihale denmektedir.

kişi tarafından yapılmaktadır. Ancak online artırmalar çoğu zaman daha uzun bir süre (birkaç hafta veya ay gibi) devam etmektedir. Artırmayı idare eden bir kişi bulunmamakta ve artırma, ihale yerine, önceden ilan edilmiş olan sürenin tamamlanmasıyla sona ermektedir. Bu sürenin sonunda en yüksek peyi sürmüş olan kişi artırmayı kazanmaktadır. Tabiatıyla fiyatın, eksiltme suretiyle tespit edilmesi de mümkündür. Eksiltme suretiyle fiyatın belirlenmesinde uygulanan bir yöntemde sağlayıcı, belli zaman aralıklarıyla fiyatı düşürmektedir ve halihazırda geçerli olan fiyatı ilk kabul eden kişi ihaleyi kazanmaktadır.

2. Geleneksel Artırmalar – Online Artırmalar:

Artırma bir sözleşme tipi olmayıp, edim – karşı edim ilişkisinin belirlenmesine ve sözleşmenin karşı tarafının seçimine ilişkin olarak henüz sözleşmenin kurulması aşamasında baş vurulan özel bir mekanizmadır²⁴⁴. Kira, hizmet, istisna sözleşmesi gibi pek çok sözleşme türlerinde sözleşmenin karşı tarafı ve karşı edim artırma suretiyle belirlenebilir²⁴⁵. Ancak uygulamada en çok satım sözleşmelerinde rastlandığı için Borçlar Kanunu da artırmayı satım sözleşmesinin bir türü olarak buna ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir (BK.m.225-231).

Kanunda tanımı bulunmamakla birlikte doktrinde artırma ile satım “önceden tespit edilen zaman ve yerde, önceden tayin edilen şartlara göre, hazırlar arasında, fiyat birbirini izleyen tekliflerle oluşacak biçimde, en yüksek teklifte bulunan kimse ile akdedilen satımdır” şeklinde tanımlanmaktadır²⁴⁶.

Geleneksel artırmaların işleyişi esas alınarak yapılmış olan bu tanımlama ile online artırmaların özellikleri ise tam olarak uyuşmamaktadır. Eş zamanlı online artırmalarla büyük farklar bulunmamakla birlikte çoğunlukla karşılaşılan uzun süreli online artırmaların işleyişleri göz önüne alındığında geleneksel artırmalar ile aralarında

²⁴⁴ Zarife Şenocak, “İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi”, AÜHFD., C.50, 2001(3), s.97.

²⁴⁵ Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.98.

²⁴⁶ Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.I/1, Ankara, 1985, s.315-316; Yavuz, a.g.e., s.210.

şu farkların bulunduğu görülmektedir: (1) Online artırmalar çoğunlukla hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir; (2) Online artırmalar, günlerce hatta birkaç hafta sürdüğü halde, geleneksel artırmalar kural olarak aynı gün tamamlanır; (3) Online artırma bu amaca yönelik bir bilgisayar programının yüklü olduğu bilgisayarlar aracılığıyla (bilgisayar açıklamaları vasıtasıyla) yönetilirken, geleneksel artırma gerçek kişiler tarafından yürütülür; (4) Geleneksel artırmada hazır bulunanlar arasında verilen en yüksek bedel fiyatı oluştururken, online artırmalarda belirlenen süre sonunda verilen en yüksek teklif fiyatı oluşturur²⁴⁷.

Tüm bu farklılıklara rağmen, geleneksel artırmalar ile online artırmalar arasında hukuki açıdan bir fark gözetilmesi mümkün görünmemektedir²⁴⁸. Artırma için esaslı ve belirleyici olan, artırma konusu şeyin satımı için mümkün olan en yüksek teklife ulaşmayı sağlayacak bir yöntemin, yani ilgililerin artırmayı kazanmak için daha yüksek pey sürmek suretiyle birbirleriyle rekabet edebilecekleri bir ortamın sağlanmasıdır²⁴⁹. Bu durum online artırmalar için de geçerlidir.

3. Online Artırmalarda Sözleşmenin Kurulması:

Genel olarak kabul edildiği üzere, BK.m.225/2 hükmüne göre, artırmayı (ya da eksiltmeyi) yapanın beyanı kural olarak katılanlara yönelik bir öneriye davet niteliğindedir; pey sürenlerin teklifleri ise öneri teşkil eder. Her pey süren daha iyi bir teklifin yapılması bozucu şartına bağlı olarak önerisiyle bağlıdır. Artırmayı yapanın ihalesi, yani kabul beyanı ile de sözleşme kurulmuş olur²⁵⁰.

Sürülen peyler öneri niteliğinde olduğundan, kural olarak satıcının ihale yapmak suretiyle sözleşmeyi kurma mecburiyeti yoktur. Diğer taraftan BK.m.225/2 hükmü emredici değildir, dolayısıyla artırma şartnamesine en yüksek peyi sürmüş olana

²⁴⁷ Mustafa Fadıl Yıldırım, “İnternette Artırma Suretiyle Satım ve Yargı Kararları”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2002, içinde, s.1313; Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.98-99.

²⁴⁸ Ernst, CR 2000, s.304; Wiebe, MMR 2000, s.324; Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.98. Karş. Yıldırım, (Ömer Teoman’a Armağan), s.1338.

²⁴⁹ Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.98.

²⁵⁰ Tandoğan, a.g.e., s.316; Yavuz, a.g.e., s.212.

ihalenin yapılacağı şeklinde bağlayıcı şartlar konulabilir²⁵¹. Bu gibi durumlarda artırmayı yapanın beyanı öneri, pey sürenlerin irade beyanı ise daha yüksek bir teklifin yapılması bozucu şartına bağlı bir kabul teşkil edecektir.

Online artırmalarda da sağlayıcı, web sitesinde hemen daima artırma şartnamesine yer vermektedir ve artırmaya katılabilmek için ilgililerin bu şartnameyi kabul ettiklerini beyan etmesi gerekmektedir. İşte genel işlem şartları şeklinde sunulan bu artırma şartnamesinden artırmanın düzenlenmesinin bağlayıcı bir öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu anlaşılabacaktır. Bu bakımdan internet üzerinden yapılan artırmalarda tarafların irade beyanlarını yorumlarken artırma şartnamesi niteliğini taşıyan genel işlem şartlarının dikkate alınması gerekmektedir²⁵². Uygulamada çoğu zaman bu genel işlem şartlarında, artırmayı yapanın beyanının öneri niteliğinde olduğu şartına yer verildiğini belirtmek gerekir²⁵³. Şüphesiz artırma şartnamesinde, artırmayı düzenleyenin, sözleşmeyi kurup kurmamakta serbest olduğu yani artırmanın düzenlenmesinin öneriye davet niteliğinde olduğu da belirtilebilir.

Şu halde, artırma şartnamesinde, malın web sayfasında artırmaya çıkarılmasının bir öneri olduğu veya sözleşmenin artırma süresinin bitiminde en yüksek teklifte bulunmuş olan kişi ile kurulmuş olacağının belirtildiği durumlarda, satıcının irade beyanı öneri, pey sürenlerin irade beyanı ise daha yüksek fiyatın teklif edilmesi bozucu şartına bağlı bir kabul beyanı teşkil edecektir²⁵⁴.

Bu durum, artırmayı düzenleyenin bizzat web sitesinin sağlayıcısı olması durumunda geçerli olduğu gibi, web sitesi sağlayıcısının sadece artırmanın yapılmasına teknik destek (elektronik ortam) sağladığı ve artırmayı düzenleyenin (satıcının), sağlayıcının web sitesinde sunduğu genel işlem şartlarını kabul ederek web sitesi

²⁵¹ Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.107.

²⁵² Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.108.

²⁵³ Gerçekten, artırma şartnamesi niteliğinde olan bu genel işlem şartlarında genellikle, “satıcı, artırma konusu mala ilişkin teklifinin satıcının web sayfasında yayınlanmasıyla, artırma için belirlenen süre dolduğunda en yüksek peyi sürmüştü olana malı satacağına dair bağlayıcı bir öneride bulunmuş sayılır”; ya da “satıcı tarafından tespit edilen sürenin dolmasıyla, en yüksek peyi sürmüştü olan kişi ile satıcı arasında bir satım sözleşmesi meydana gelmiş olur” şeklinde şartlara yer verildiği görülmektedir (Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.96-97).

²⁵⁴ Bu yönde, Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.108.

üzerinden artırma düzenlemek isteyen bir kişi olması durumunda da geçerlidir²⁵⁵. Zira bu durumda artırmayı düzenleyen (satıcı), artırmayı düzenleyebilmek için ilk önce, web sitesi sağlayıcısının sunduğu ve artırmanın düzenlenmesinin öneri niteliğinde olduğunun ifade edildiği genel işlem şartlarını kabul etmektedir. Gerçi artırmayı düzenleyen, beyanının öneri niteliğinde olduğu ya da süre sonunda en yüksek teklifi vermiş olanla sözleşmenin kurulmuş olacağına dair beyanını web sitesinin sağlayıcısına karşı yapmaktadır. Pey sürenlere yönelik bir beyanı yoktur ama bu beyanın pey sürenler açısından da geçerli olmaması için hiçbir sebep yoktur. Bu beyan üçüncü kişi lehine bir şart (BK.m.111) niteliğindedir²⁵⁶.

İrade beyanlarının ulaşması, artırma suretiyle kurulan sözleşmeler bakımından herhangi bir özellik arz etmemekte olup yukarıda incelediğimiz genel prensiplere tabidir.

İnternet üzerinden gerçekleşen artırma, eş zamanlı (canlı) ise, sözleşme artırmayı idare edenin ihalesi ile kurulmaktadır. Fakat çoğu zaman olduğu gibi uzun süreli bir artırmanın söz konusu olduğu durumda artırma, ilan edilen sürenin sona ermesiyle sonuçlanacaktır. Bu durumda artırmayı düzenleyen irade beyanı öneri teşkil ediyorsa, sözleşme bu sürenin sona ermesiyle en yüksek peyi sürmüş olan kişi ile kurulmuş olacak ve bu kişiye sözleşmenin kurulmuş olduğuna dair gönderilen bir e-posta, sadece bildirici nitelik taşıyacaktır²⁵⁷. Artırmayı düzenleyen beyanının öneriye davet teşkil ettiği durumda ise, en yüksek teklifin artırmayı düzenleyen tarafından kabul edilmesi gerekir ki, bu kabul beyanının en yüksek teklifte bulunana ulaşması ile sözleşme kurulmuş olacaktır²⁵⁸.

²⁵⁵ Karş. Yıldırım, (Ömer Teoman'a Armağan), s.1318.

²⁵⁶ Ernst, CR 2000, s.309; ayrıca bkz. Wiebe, MMR 2000, s.325.

²⁵⁷ Bu yönde, Ernst, CR 2000, s.308; Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.109.

²⁵⁸ Kural olarak ihale, ulaşması gerekli bir irade beyanı değildir. Bu bakımdan geleneksel artırmalarda en yüksek peyi süren kişi salondan ayrılmış veya eş zamanlı online artırmalarda internet bağlantısı kesilmiş bile olsa ihalenin yapılmasıyla birlikte sözleşme kendisiyle kurulmuş olur, (Ernst, CR 2000, s.308; Wiebe, MMR 2000, s.324). Ancak internet üzerinden düzenlenen uzun süreli artırmalarda ihale bulunmamaktadır ve artırma sürenin tamamlanmasıyla sona ermektedir. Bu bakımdan pey sürenlerin beyanlarının öneri oluşturduğu durumlarda en yüksek teklifin artırmayı düzenleyen tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. İhale söz konusu olmadığı için, ulaşması gerekli olmayan bir irade beyanından

4. Mülkiyetin Geçmesi:

BK.m.231 hükmüne göre, “*artırma ile menkul bir malı alan kimse malın mülkiyetini ihale anında kazanır*”. Yani mülkiyetin intikali için malın alıcıya teslimine gerek yoktur. Kanaatimizce bu hükmün online artırmalarda uygulanması mümkün değildir²⁵⁹.

BK.m.231 düzenlemesi şu gerekçelere dayandırılmaktadır: İlk olarak, ihale beyanı artırmaya katılanlar önünde yapıldığı için yeterince alenilik sağlanmaktadır, ayrıca aynı haklarda aleniliği sağlama amacı güden zilyetliğin nakline gerek yoktur. İkinci olarak ise, geleneksel artırmalarda satım konusu mal kural olarak artırma salonunda bulunmaktadır ve mal ihale beyanından hemen sonra alıcıya teslim edilecektir²⁶⁰. Online artırmalarda ise bu durumlar söz konusu olamamaktadır. Bu sebeple online artırmalarda BK.m.231 hükmünün uygulanamayacağını ve mülkiyetin ancak teslimle geçeceğini kabul etmek gerekmektedir.

F. Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti:

Türk hukukunda borçlar hukuku sözleşmelerinin hangi hukuka tabi olacağının yani akit statüsünün tayinine ilişkin kural MÖHUK.m.24 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu hükme göre ilk olarak, taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku bizzat seçebilirler²⁶¹. Tarafların hukuk

bahsedilemez. Dolayısıyla bu durumlarda, sözleşmenin kurulması için artırmayı düzenleyenin kabul beyanının en yüksek peyi sürmüş olan muhataba ulaşması gerekir.

²⁵⁹ Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.110.

²⁶⁰ Şenocak, AÜHFD., 2001(3), s.110.

²⁶¹ Seçilen hukuk, Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Yabancı bir hukukun seçimi için sözleşmenin bir yabancılik unsuru taşıması şart değildir. Zira yabancı bir hukukun seçimi ile o hukuki ilişki yabancı unsurlu bir hukuki ilişki haline gelir, (Nomer, a.g.e., s.264). Karş. EGBGB.m.27/3: Bu hükme göre ise, hukuk seçiminin yapıldığı anda yalnızca bir ülkenin hukuku ile irtibatlı olan sözleşmelere seçilen hukuk uygulanır ancak ilgili ülkenin emredici hukuk kuralları seçilen hukuk tarafından bertaraf edilemez.

seçimi açık olmalıdır²⁶² (MÖHUK.m.24/I). Seçilen bu hukuk, ehliyet, şekil ve temsil meseleleri hariç, sözleşmenin yorumlanması, edimlerin ifası, ifa engelleri gibi sözleşmenin bütününe uygulanacak olan hukuktur yani akit statüsüdür²⁶³. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin meselelere de akit statüsü uygulanacaktır²⁶⁴. Hukuk seçimi anlaşmasının meydana gelmesi ve hükümleri de akit statüsüne tabi olacaktır yoksa lex fori'ye değil²⁶⁵.

Taraflar herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa Türk hukukunda, borcun ifa yeri objektif bir bağlama noktası olarak uygulanacak hukuku tayin edecektir. İki taraflı sözleşmelerde olduğu gibi, ifa yeri birden fazla ise borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden yani onu karakterize eden edimin ifa yeri nazara alınacaktır²⁶⁶. Mesela satım sözleşmesinde satıcının edimi sözleşmenin ağırlığını teşkil eder, bu sebeple satıcının ediminin ifa yeri hukuku akit hukuku olur (MÖHUK.m.24/II).

Belirtmek gerekir ki, taraflarca seçilen hukukun sözleşmeye bütünüyle uygulanacağına ilişkin kural, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmeleri alanında mutlak değildir.

Alman hukukundan (EGBGB.m.29) veya İsviçre hukukundan (IPRG.m.120) farklı olarak Türk devletler özel hukukunda tüketici sözleşmelerine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın Türk hukukunda da kamu menfaati gereği müdahaleci normlar²⁶⁷ olarak adlandırılan bazı kuralların ve bu kurallardan olmak üzere

²⁶² Hukuk seçiminin açık olması gereğinin ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Nomer, a.g.e., s.265. Alman hukukunda ise, hukuk seçimi açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Gerçi EGBGB.m.27/1 hükmünde hukuk seçiminin açık olması veya halin icabından veya sözleşme hükümlerinden yeter derecede kesinlikle (*mit hinreichender Sicherheit*) anlaşılması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte gerek uygulamada (Köhler/Arndt, a.g.e., s.147, dn.64-71'de zikredilen kararlar), gerekse doktrinde son derece geniş bir tutum sergilenmektedir, (Köhler/Arndt, a.g.e., s.147; Abbo Junker, "Internationales Vertragsrecht i m Internet, I m B lickpunkt: Internationale Zuständigkeit und a nwendbares Recht", RIW 1999, s.817). Ayrıca bkz. İsviçre IPRG.m.116/2.

²⁶³ Nomer, a.g.e., s.265; Köhler/Arndt, a.g.e., s.146, kn.470.

²⁶⁴ Köhler/Arndt, a.g.e., s.146, kn.470.

²⁶⁵ Nomer, a.g.e., s.265.

²⁶⁶ Nomer, a.g.e., s.269.

²⁶⁷ Müdahaleci norm kavramı için bkz. yukarıda bölüm II, dn.76.

tüketiciyi koruyucu normların akit statüsünden bağımsız olarak uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmektedir²⁶⁸.

İsviçre hukukunda tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin olarak yapılmış olan hukuk seçimi geçersizdir, (İsviçre IPRG.m.120/2)²⁶⁹. Roma Sözleşmesi²⁷⁰ m.5 hükmüne ve buna paralel olarak Alman hukukuna göre ise, hukuk seçimini yasaklayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir ve tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak da hukuk seçimi yapılabilir. Ancak yapılmış olan hukuk seçimi, tüketicinin mutat meskeni hukukundaki emredici normların korumasını bertaraf edemez (EGBGB.m.29)²⁷¹. Bu hukukun tüketici için daha elverişli olan normları, seçilen hukuka rağmen uygulama alanı bulur. Yani hakim, tüketici için daha elverişli olan hükümleri uygulayacaktır. Ancak tüketiciyi koruyucu bu esaslar yabancılık unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmelerinde değil ancak belli şartları taşıyan tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten, gerek Roma Sözleşmesi m.5, gerek İsviçre IPRG.m.120 ve gerekse EGBGB.m.29 hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşmenin kuruluşunda şu durumlardan birinin bulunması gerekmektedir: (a) Sözleşme tüketicinin mutat meskeni ülkesinde gerçekleştirilen bir pazarlama faaliyeti (bir öneri veya reklam) üzerine kurulmuş olmalı ve tüketici sözleşmenin kurulması için gerekli hukuki fiilleri bu ülkede gerçekleştirmiş olmalı; veya (b) karşı akid veya temsilcisi, siparişi tüketicinin mutat meskeni ülkesinde almalı; ya da (c) menkul satımına ilişkin bir sözleşme, satıcı tarafından tüketiciyi satın almaya sevk etmek için düzenlenen bir gezide kurulmuş olmalıdır²⁷².

Aynı esasın Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir: “Tüketicinin mutaden bulunduğu yerdeki tüketicinin korunmasına ilişkin emredici

²⁶⁸ Nomer, a.g.e., s.271, s.275.

²⁶⁹ Seçilen hukukun tüketici için daha elverişli olduğu hallerde bu hukuk seçiminin bertaraf edilme nedenini açıklamak güçtür. Zaten bu düzenleme İsviçre doktrininde de eleştirilmektedir. Açıklama için bkz. Yeşim M. Atamer, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, İHFM., 1995-1996, C.LV, s.436-437.

²⁷⁰ Roma Sözleşmesinin metni için bkz. Günseli Öztekin Gelgel, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000, s.187 vd.

²⁷¹ Atamer, İHFM, 1995-1996, s.436-437.

²⁷² Açıklama için bkz. Öztekin Gelgel, a.g.e., s.63 vd.; Gülin Güngör, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, AÜHFD., 1997, s.104-105; Atamer, İHFM, 1995-1996, s.429 vd.

hükümlerin hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilememesi, bu hükümlerin niteliğinden ileri gelen bir sonuçtur. Tüketicii koruma maksadıyla konulmuş hükümlerin, Türk hukukunda kamu yararına olduğu açıkça belirtilmiştir (TKHK.m.1). Tüketicinin korunmasını temel alan bu anlayışın kanunlar ihtilafı alanındaki anlamı, tüketicinin korunmasıyla ilgili hükümlerin korumada *asgari sınır* teşkil edeceğidir. Bu bakımdan, tüketicinin mutaden bulunduğu yerin Türkiye olması halinde, Türk hukukunun tüketicii koruma maksadıyla konulmuş olan emredici nitelikteki maddi hukuk hükümlerinin getirmiş olduğu koruma asgari sınırı teşkil eder. Bu sınırın üstünde hüküm ifade etmek üzere, kuruluşu veya hükümleri itibariyle yurt sınırları dışına taşan tüketici akitlerinde tarafların hukuk seçimi yoluyla yabancı bir hukuka tabi olmalarını engelleyecek bir düşünce mevcut değildir”²⁷³.

²⁷³ Nomer, a.g.e., s.276. Bu konuda bir düzenleme yapılması gerektiği görüşünde, Atamer, İHFM., 1995-1996, s.446.

IV. İNTERNET ÜZERİNDEN KURULAN SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

A. Genel Olarak:

Hukukumuzda, internet üzerinden kurulan sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeyi, 6.3.2003 tarihinde kabul edilmiş olan 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen, “mesafeli sözleşmeler” kenar başlıklı, TKHK.m.9/A hükmü oluşturmaktadır. Ayrıca bir de, bu hüküm gereğince Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılmış “Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”¹ bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemeden önce de tüketiciler, internet üzerinden akdedilen sözleşmeler alanında belli bir korumaya sahip bulunmakta idiler. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler kavramı içine girdiğinden bu sözleşmelerin önemli bir bölümü mesafeli satış adı altında, kapıdan satışlara² ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde (her ne kadar isabetsiz dahi olsa³) kabul edilmekte ve tüketiciler buna ilişkin korumadan yararlanabilmekte idiler⁴. TKHK.m.8-9 hükümlerinde bir açıklık bulunmamakla birlikte, Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğin⁵ 2-d maddesinde, mesafeli satışların da, kapıdan satış

¹ RG.13.6.2003, S.25137.

² Kapıdan satışlar; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında yapılan satımlardır (TKHK.m.8). 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklikle önce ise bu maddede kapıdan satışlar, “işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında, önceden mutabakat olmaksızın yapılan, değeri Türk Lirasını aşan, tecrübe ve muayene koşullu satışlardır” şeklinde tanımlanmakta idi.

³ Bkz. aşağıda IV,B,1,b,(3).

⁴ Kapıdan satışlara ilişkin geniş açıklama için bkz. Mehmet Demir, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2001; Çağlar Özel, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, t.y, s.151 vd.; Murat Aydoğdu, **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998 s.15 vd.; Yılmaz İ. Aslan, **Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2.Baskı, 2004, s.385 vd.

⁵ RG. 21.12.1995, S.22500. Bu tebliğ 4822 sayılı kanunla, TKHK.’da yapılan değişiklikten sonra yürürlüğe giren “Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG.13.6.2003, S.25137) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

olarak değerlendirileceği hükme bağlanmış bulunmakta idi⁶. Burada, “mesafeli satış” kavramı kullanılmış olmakla birlikte, ifade edilmek istenen şüphesiz, BK.m.183/II, m.186/I ve m.201 hükümlerinde söz konusu olan ve satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi şartıyla yapılan satışlar için kullanılan mesafe satışı/uzaktan satış kavramı değildir⁷. Aksine ifade edilmek istenen, burada incelediğimiz mesafeli sözleşme kavramıdır⁸.

Mesafeli sözleşmeler, kapıdan satışlar içinde değerlendirilince⁹, bir taraftan tüketici, TKHK.m.8 çerçevesinde yedi günlük geri alma hakkına sahip bulunmakta, diğer taraftan ise satıcı TKHK.m.8-9 hükümlerindeki yükümlülükleri yerine getirmek zorunda bulunmakta idi.

Ayrıca mesafeli sözleşmeler, “doğrudan pazarlama” denilen satış tekniğine dayandığından¹⁰, “doğrudan satış reklamları”na ilişkin mevzuat hükümleri¹¹ de, sınırlı da olsa, tüketicileri koruyucu bir görev ifa etmekte idiler¹².

⁶ “Kanunla düzenlenmemiş bir hususun, tebliğ ile düzenlenmesi hukuk tekniği bakımından olanaklı değildir”, (Akipek, **BATİDER** 2002(4), s.63).

⁷ Aydoğdu, a.g.e., s.130.

⁸ Nitekim, söz konusu tebliğin 4/f maddesinde, mesafeli satış kavramının “yazılı veya görsel yayın yoluyla satışa sunulan ürünlerin posta ve sair nakil araçları ile tüketiciye ulaştırıldığı satış türünü” ifade ettiği belirtilmekte idi.

⁹ Kapıdan satışlara ilişkin tebliğin 19.maddesinde, gıda maddelerinin; halkın gündelik tüketiminin düzenli olarak karşılanmasına yönelik ürünlerin; eğitim veya kültürel amaçlı ses kaseti, video kaseti veya benzerlerini kapsayan ürünlerin; işyeri dışında satışa sunulması, teamül, ticari örf veya adetten kabul edilen mal veya hizmetlerin satışlarına ve sigorta sözleşmelerine bu tebliğ hükümleri uygulanmayacağı hükme bağlanmış idi.

¹⁰ Aydoğdu, a.g.e., s.33.

¹¹ Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ m.8, (RG. 21.12.1995, S.22500). Bu tebliğ, “Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik”in (RG.14.6.2003, S.25138) uygulamaya girmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır fakat, doğrudan satış reklamlarına ilişkin düzenleme bu yönetmeliğin 9.maddesinde de korunmuştur. Ayrıca bkz. Radyo ve Televizyon Kuruluşları Reklam Yayın İlkeleri ve Usulleri ile Reklam Gelirleri Üst Kurul Paylarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik (RG.20.11.1994, S.22117).

¹² Doğrudan satış reklamlarına ilişkin açıklama için bkz. İnal, a.g.e., s.57-58.

B. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması:

1. Mesafeli Sözleşme Kavramı¹³:

a. Tanımı ve Unsurları:

TKHK.m.9/A ve MSY.m.4/1 hükümlerine göre mesafeli sözleşmeler, *telefonla veya elektronik ortamda ya da yazılı, görsel veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan tesliminin veya ifasının kararlaştırıldığı sözleşmelerdir*¹⁴.

Bu tanımda yer alan “...malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler” ifadesi, mesafeli sözleşmelere ilişkin bir özellik olmadığı için son derece gereksizdir¹⁵. Ayrıca, taraflar sözleşmede edimin ifa edileceği zamanı mutlaka *kararlaştırmak* zorunda da değildirler. Sözleşmede, sözleşme konusu edimin ne zaman (anında veya sonradan) ifa edileceğinin kararlaştırılması olağan bir durum olarak düşünülebilir ancak zaruri değildir¹⁶. Dolayısıyla, tanımda sanki mesafeli sözleşmelerin bir unsuruymuş gibi ifade edilen “anında veya sonradan teslimin veya ifanın kararlaştırılması” söz konusu olmasa bile orta yerde bir mesafeli sözleşme bulunabilir. Bu anlamsız ifadeye tanımda yer verilmesinin sebebini anlamak mümkün değildir.

¹³ Terminoloji konusunda açıklama için bkz. yukarıda bölüm II, dn.131.

¹⁴ Kanunda yer alan tanım ifade bozukluğu içerdiğinden, burada tanım aynen değil, ifade bozukluğu düzeltilerek verilmiştir. Bu hükümdeki ifade bozukluğuna henüz daha taslak aşamasında iken işaret edilmiş olmakla birlikte (Yeşim M. Atamer, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Öngören Taslağın Sözleşme Hukukunun Bazı Yönleri Açısından Avrupa Birliği Mevzuatıyla Karşılaştırılması”, MHB 2001, s.25, dn.52), bu uyarı dikkate alınmamıştır.

¹⁵ Bu yönde, Sağlam Atabarut, a.g.e., s.64.

¹⁶ Gerçekten, edimin gelecekte ifasına ilişkin bir vade, sözleşmeyle, kanunla, adetle ya da işin özelliklerine veya dürüstlük kuralına göre tayin edilebilir, (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s.801; Eren, a.g.e., s.940 vd.). Bütün bunlara göre edimin ifası için bir vade söz konusu değil ise, yani sözleşmeye, işin özelliklerine ya da dürüstlük kuralına göre, edimin gelecekte gerçekleşeceği anlaşılmıyorsa ve kanunda da bir vade öngörülmüş değilse, edim derhal yani doğumunu takiben hemen muaccel olur ve ifa kabiliyeti kazanır, (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s.800). BK.m.74 hükmünde bu kural şu şekilde ifade edilmiştir: “Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir”. Ancak buradaki “derhal” kelimesi, “alacağın doğduğu anda” anlamına gelecek kadar dar yorumlanmamalıdır; burada maksat, ifanın, alacağın doğumunu takiben, iş hayatının gereklerine uygun olarak ve objektif bakımdan makul

Tanımdan anlaşıldığı kadarıyla mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için şu unsurların bulunması gerekmektedir: (1) Sözleşmenin, iletişim araçları kullanılarak akdedilmesi; (2) Sözleşmenin akdinde tarafların karşı karşıya gelmemesi¹⁷. Bu hususlar tanımda ayrı iki unsur olarak ifade edilmiş olmakla birlikte, esasında bunların tek bir unsur olarak aynı şeyi ifade ettiğini de belirtmek gerekir. Zira mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sözleşmenin sadece iletişim araçları vasıtasıyla kurulması gerekir ki, bu zaten, sözleşmenin kurulmasında tarafların karşı karşıya gelmemesi ile aynı anlamdadır.

AB'nin MS.Yön. düzenlemesindeki tanım¹⁸ göz önünde bulundurulduğunda görülmektedir ki, yönergeye göre mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek için şu iki şartın gerçekleşmesi aranmaktadır: (1) Sözleşmenin kurulmasında sadece uzaktan iletişim araçlarının kullanılması¹⁹; ve (2) sözleşmenin, sağlayıcıya ait düzenli bir uzaktan satış veya hizmet tedariki tertibi çerçevesinde kurulması²⁰.

Şu halde TKHK.m.9/A hükmündeki tanım AB yönergesindeki tanımla karşılaştırıldığında, Türk hukukundaki mesafeli sözleşme kavramının yani yukarıdaki iki unsurun AB yönergesindeki sadece (1). unsura karşılık geldiği, (2). unsurun Türk hukukunda aranmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten ne TKHK.m.9/A hükmünde, ne de MSY.nde, “sözleşmenin, sağlayıcıya ait düzenli bir uzaktan satış veya hizmet tedariki sistemi çerçevesinde kurulması” şartı aranmaktadır. Bu düzenleme

görülmeyen bir gecikmeye meydan vermeden yapılması lüzumunu ifade etmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.801).

¹⁷ Gezder, a.g.e., s.51; Karş. Aydın Zevkliler / Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara, Seçkin, 2004, s.262-263. Tanımdaki “karşı karşıya gelinmeksizin” ifadesi, tarafların aynı anda fiziki olarak bir arada bulunmaması olarak anlaşılmalıdır. Yani buradaki ifade, BK.m.4-5 hükümlerindeki hazırlar arası – gaip arası ayırımından farklı bir nitelendirmedir, (bu yönde Gezder, a.g.e., s.52).

¹⁸ AB'nin MS.Yön.m.2/(1) hükmünde, mesafeli sözleşmeler şu şekilde tanımlanmıştır: “Sözleşmenin kurulmasına kadar ve kurulması anı da dahil olmak üzere, sadece bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracı kullanılarak, sağlayıcıya ait düzenli (organize) bir uzaktan satış veya hizmet tedariki tertibi (sistemi) çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında mal ve hizmetlere ilişkin olarak akdedilen sözleşmelere mesafeli sözleşmeler denir”.

¹⁹ Bazı yazarlar bu şartı, “sözleşmenin, tarafların (sağlayıcı ve tüketicinin) eşzamanlı fiziki birlikteliği olmaksızın kurulması şartı” olarak da ifade etmektedirler, bkz. Reich, **EuZW** 1997, s.583; Engin, a.y., s.466.

²⁰ Bu unsurları, yukarıda mesafeli sözleşmelere ilişkin AB yönergesini incelerken açıkladığımız için, burada önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz bkz. yukarıda II,C,3,b,(1).

tarzına göre Türk hukukunda sağlayıcı, mesafeli sözleşmeler akdetmek üzere işletmesini düzenlememiş, bu yönde bir sistem oluşturmamış olsa ve mesela akdedilen sözleşme, sağlayıcı açısından istisnai bir nitelik teşkil etse bile mesafeli bir sözleşmeden bahsedilebilecektir; yeter ki sözleşme, taraflar bir araya gelmeksizin ve iletişim araçları vasıtasıyla kurulmuş olsun²¹.

Diğer taraftan, 97/7/EC yönergesinden farklı olarak, Türk hukukundaki mesafeli sözleşme tanımında, sözleşme müzakereleri de dahil olmak üzere, tarafların hiçbir aşamada bir araya gelmemesi, diğer bir ifadeyle sözleşmenin hem müzakere hem de kurulma aşamalarında “sadece (münhasıran)” uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gereği açıkça vurgulanmamıştır. Bu durumda, salt kurulma anında uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasının yeterli olduğu izlenimi doğmasına rağmen, aynı esastan, yani tarafların hiçbir aşamada fiziken bir araya gelmemesi gereğinin Türk hukukunda da geçerli olduğundan şüphe edilmemelidir²².

b. Benzer Kavram ve Kurumlardan Farkı:

Yeni ve tüketici hukukuna özgü bir kavram olan mesafeli sözleşme kavramının, sıklıkla başka kavram ve kurumlarla karıştırıldığı görülmektedir. Bu bakımdan bu kavramın benzerlerinden ayırt edilmesi önem arz etmektedir.

²¹ Gezder, a.g.e., s.58-59; Falcıoğlu, a.y., s.42. Karş. Demir, BATİDER, 2003(1), s.223: Yazar, sözleşmenin bir tarafını oluşturacak olan satıcı veya sağlayıcının, yine de, “bir mal teslimi ya da hizmet ifası için işleyecek şekilde *organize edilmiş mesafeli sürüm sistemi* içerisinde” faaliyette bulunması gereğini aramaktadır.

²² Bu yönde Gezder, a.g.e., s.53-54. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Gezder tarafından BGB § 312b f.2’ye dayanılarak ileri sürülen, “BGB’ye göre, sözleşme görüşmelerinde mesafeli iletişim araçları kullanılсын ya da kullanılmasın, sözleşme eğer mesafeli iletişim aracıyla akdedilirse, bu sözleşme mesafeli sözleşme olarak addedilecektir” iddiası (Gezder, a.g.e., s.53, dn.23) yerinde değildir. Alman hukukuna göre de, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için, uzaktan iletişim aracının sadece sözleşmenin kurulması anında kullanılması yeterli olmayıp, müzakere aşaması da dahil olmak üzere “münhasıran”, yani her aşamada kullanılması şarttır. Bu durum mesafeli sözleşmenin tanımının yapıldığı BGB § 312b f.1 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. BGB § 312b f.2 hükmünde mesafeli sözleşmenin değil, uzaktan iletişim araçlarının tanımı yapıldığı için, bu hükme dayanılarak yazar tarafından iddia edilen sonucun çıkarılması mümkün değildir.

(1) Mesafeli Sözleşme – Mesafeli Satış Ayırımı:

İlk olarak vurgulamak gerekir ki, mesafeli sözleşme kavramı, bir medeni hukuk terimi olan ve satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi şartıyla yapılan satışlar için kullanılan “mesafe satışı / uzaktan satış” terimi ile karıştırılmamalıdır. “Mesafeli sözleşmeler (fernabsatzverträge)” terimi ile “mesafe satışı / uzaktan satış (Distanzverkauf / Versendungskauf)” terimleri, birbirinden tamamen farklı, iki ayrı kavramı ifade etmektedir²³. Bu iki kavramın tek ortak noktası, mesafeli sözleşmenin konusunun bir satım sözleşmesi ve satım sözleşmesinin konusunun da maddi bir mal olması durumunda, malın gönderilmesi olgusudur²⁴. Yukarıda belirttiğimiz gibi mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sözleşmenin sadece iletişim araçları kullanılarak akdedilmesi, yani sözleşme taraflarının müzakere ve sözleşmenin kurulması aşamalarında karşı karşıya gelmemesi (fiziken bir arada bulunmaması) zorunludur. Buna karşılık, fiziki olarak bir arada bulunan taraflar da, bir satım sözleşmesini mesafe satışı / uzaktan satış olarak, yani satılanın gönderilmesi şartıyla akdedebilirler. Bu durumda bir mesafe satışı vardır ama mesafeli sözleşmeden bahsedilemez, çünkü sözleşme tarafların fiziki olarak bir arada bulunması suretiyle kurulmuştur. Yani uzaktan satışın söz konusu olması için, tarafların hiçbir surette bir araya gelmemesi ve iletişim araçlarının kullanılarak sözleşmenin kurulması gerekli değildir. Halbuki bunlar, bir mesafeli sözleşmenin temel unsurlarını teşkil eder. Mesafe satışı, satım sözleşmesinde edimin ifa şekli dolayısıyla ortaya çıkan bir kavram iken, mesafeli sözleşme, edimin ifa şekli değil, sözleşmenin kurulma şekli dolayısıyla ortaya çıkan bir kavramdır. Diğer taraftan mesafeli sözleşmeler, tüketici hukukuna ait bir kavram olup, aşağıda göreceğimiz gibi, mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sözleşmenin bir tarafını tüketicinin, diğer tarafını ise satıcı – sağlayıcının teşkil etmesi şarttır. Halbuki uzaktan satış için böyle bir şart bulunmamaktadır. Nihayet, mesafeli sözleşmelerin konusu sadece satım sözleşmesi ile sınırlı değildir.

²³ Bu yönde Demir, **BATİDER**, 2003(1), s.223-224.

²⁴ Bu yönde Akipek, **BATİDER**, 2002(4), s.61.

Bu bakımdan özellikle vurgulamak gerekir ki, mesafeli sözleşmeler, herhangi bir sözleşme tipi veya çeşidi de değildir²⁵. Tüketici sözleşmelerinin kurulmasında izlenen bir yöntemdir²⁶. Kanun koyucu, bu yöntemin (uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasının), tüketiciler açısından doğurduğu sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, mesafeli sözleşmeler adı altında bu yöntemi ayrıca düzenleyerek tüketicileri koruma yoluna gitmiştir.

(2) Mesafeli Sözleşme – Elektronik Sözleşme Ayırımı:

Mesafeli sözleşme ve elektronik vasıtalarla kurulan sözleşme (elektronik sözleşme) kavramları birbirinden farklıdır²⁷. Her şeyden önce mesafeli sözleşme kavramı tüketici hukukuna ait bir kavramdır. Hukukumuzda mesafeli sözleşmeler, TKHK.m.9/A hükmünde düzenlenmiştir ve bunların tüketicilerle kurulan sözleşmeler olduğu bu hükümde ifade olunmuştur. Aynı şekilde AB'nin MS.Yön.m.2/(1) hükmünde de, mesafeli sözleşmelerin *“sağlayıcı ile tüketici arasında akdedilen sözleşmeler”* olduğu belirtilmiştir. Oysa elektronik vasıtalarla kurulan tüm sözleşmeler tüketici sözleşmesi değildir. Diğer taraftan, elektronik vasıtalarla kurulan her tüketici sözleşmesi de mesafeli sözleşme kapsamına girmez. Bilindiği gibi, mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sağlayıcı ile tüketicinin sözleşme kurulana kadar hiçbir aşamada bir araya gelmemesi şarttır. Bu bakımdan, taraflar bir araya gelmişler ancak sözleşmenin kurulması daha sonra iletişim araçlarıyla gerçekleşmişse, ortada elektronik vasıtalarla kurulan bir sözleşme vardır ama bu sözleşme mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemez²⁸.

²⁵ Savaş Bozbel, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, AÜEHFD Aralık 2003, C. VII, S.3-4, s.784; Gezder, a.g.e., s.50, 76.

²⁶ Gezder, a.g.e., s.50, 76; Falcıoğlu, a.y., s.40. Aynı durum, kapıdan işlemler bakımından da geçerlidir. Gerçekten kapıdan işlemler de, “özel borç ilişkileri alanındaki temlik amacı güden sözleşmeler arasında yeni bir tipte sözleşme kategorisi oluşturmaz. Kapıdan işlemler terimi, bu şekilde çok sayıda ve çeşitli tipte (satım, kira, ödünç – kredi, istisna gibi), yapılan tüketici sözleşmelerini kapsar”, (Demir, a.g.e., s.296).

²⁷ Falcıoğlu, a.y., s.44.

²⁸ Bu sebeplerle, elektronik vasıtalarla kurulan tüm sözleşmelerin mesafeli sözleşme niteliğinde olduğu görüşü (Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.41 vd.) isabetli sayılamaz. Aynı sebeplerle, yine yazar tarafından ileri sürülen “her hazır olmayanlar arası sözleşmenin aynı zamanda bir mesafeli sözleşme” olduğu iddiası da (Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.45), yerinde değildir. Yani tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan bir sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması durumunda bir mesafeli sözleşmeden bahsedilemeyeceği gibi, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşme bir tüketici sözleşmesi olsa bile, sözleşmenin kurulması öncesinde yani müzakere aşamasında taraflar bir araya gelmişlerse artık bu

(3) Mesafeli Sözleşme – Kapıdan Satış Ayırımı:

Mesafeli sözleşmeler, kapıdan satışların (işlemlerin) bir türü veya çeşidi de değildir²⁹. Kapıdan işlemler ile mesafeli sözleşmeler birbirinden çok farklı iki kurumdur. Mantıken bunlar, birbirinin tamamen zıddı şekilde işlemekte, birbirinin karşısını oluşturmaktadır³⁰. Kapıdan işlemlerde, tüketici ile satıcı ya da sağlayıcının yüz yüze gelmesi esas olduğu halde, mesafeli sözleşmelerde tam tersi bir durum söz konusudur³¹. Diğer bir deyişle, kapıdan işlemin unsurları, mesafeli sözleşmelerde bulunmamaktadır. Özellikle ani bir baskınla gafil avlanma ve kişisel ve sözlü görüşmelerle tüketicinin işlem iradesinin zedelenmesi gibi kapıdan işlemlere özgü tipik tehlikeli olgular, mesafeli sözleşmelerde mevcut değildir³². Tam tersine mesafeli sözleşmelerde sözleşmenin kurulması yönünde aktif davranış (sipariş), büyük çoğunlukla tüketiciden gelmektedir. Bu bakımdan mesafeli sözleşmelerin kapıdan işlem olarak değerlendirilemeyeceği doktrinde kabul edilmektedir³³.

Buna rağmen maalesef, TKHK.m.9/A f.5 hükmünde, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin mesafeli sözleşmelere de uygulanacağı belirtilmiştir. Acaba, kapıdan satışlar ile mesafeli sözleşmeler birbirinin tamamen zıddını oluşturmakta iken, böyle bir hükme neden gerek duyulmuştur? TKHK.m.9/A düzenlemesinde bu hükmün yer alması, bu maddenin hazırlanmasındaki özensizlik, dikkatsizlik ve ihmal sonucu olarak görülmek gerekir. Gerçekten Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü tarafından, TKHK. kapsamına mesafeli sözleşmelerin de eklenmesi yönünde ilk değişiklik hazırlıkları yapıldığında, kapsamlı bir düzenleme düşünülmemiştir, o zaman yürürlükte olan Kapıdan Satışlara İlişkin Tebliğin 2.maddesine paralel bir şekilde,

sözleşme, hazır olmayanlar arasında kurulmasına rağmen mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla, mesafeli sözleşmelerle hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin özdeşleştirilmesi doğru değildir.

²⁹ Ancak, hem mesafeli sözleşmelerin, hem de kapıdan işlemlerin, “doğrudan pazarlama” yönteminin çeşitleri olması sebebiyle, aralarında bu yön itibarıyla benzerlik bulunduğu söylenebilir. Doğrudan pazarlama konusunda geniş açıklama için bkz. Demir, a.g.e., s.74 vd.

³⁰ Akipek, **BATİDER** 2002(4), s.63; Gezder, a.g.e., s.77.

³¹ Akipek, **BATİDER** 2002(4), s.63.

³² Demir, a.g.e., s.100.

³³ Geniş açıklama için bkz. Demir, a.g.e., s.126 ve özellikle s.209 vd.; Ayrıca bkz. Aslan, a.g.e. (2004), s.411.

kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin mesafeli sözleşmelere de uygulanacağı şeklinde bir hükmün TKHK.'a eklenmesiyle yetinilerek, bu sayede tüketicinin bilgilendirilmesi ve geri alma hakkına sahip olmasının sağlanması düşünülmüş idi. TKHK.m.9/A hükmü ve bu hükmeye dayanılarak çıkarılan MSY. ile mesafeli sözleşmeler, tüm yönleri ile kapsamlı ve detaylı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan artık, kapıdan satışlara ilişkin hükümlere atıf yapılmasına gerek olmadığı gibi, böyle bir atfın ne bir anlamı ne de tüketiciyi koruyucu bir etkisi vardır³⁴. Bu hüküm sadece içinden çıkılması güç bir durum yaratmaktadır. Bu hükmün yanlışlığına ve anlamsızlığına vurgu yapan ama bu hükmeye iyi niyetle bir anlam vermeye çalışan bir görüşe göre, bu hüküm, ifadenin yer aldığı fıkra geri alma hakkına dair olduğu için, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin sadece geri alma hakkına ilişkin olanlarının mesafeli sözleşmelere uygulanacağı şeklinde anlaşılmak gerekir, yoksa kapıdan satışlara ilişkin tüm hükümlerin mesafeli sözleşmelere de uygulanacağı şeklinde anlaşılamaz³⁵. Kanaatimizce kanunda yer almasına rağmen bu hükmün, ihmal ve dikkatsizlik ürünü olduğunun göz önünde bulundurulması ve tamamen yok sayılması gerekmektedir.

(4) Mesafeli Sözleşme – Tecrübe veya Muayene Şartıyla Satım Ayırımı:

Mesafeli sözleşmeler, tecrübe veya muayene şartıyla satım değildir. Bir kere, mesafeli sözleşmelerin konusunun sadece satım sözleşmesinden ibaret olmadığını belirtmiştik. Bu yönüyle artık bir tecrübe veya muayene şartıyla satımdan bahsedilemez. Diğer taraftan, satım sözleşmesinin söz konusu olduğu mesafeli sözleşmelerde dahi, ne fiili ne de farazi bir tecrübe veya muayene şartı söz konusudur. Aksi takdirde, tüketiciye geri alma hakkı tanınmasının sebebini açıklamak mümkün olmazdı. Bu bakımdan

³⁴ Karş. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.50.

³⁵ Gezder, a.g.e., s.205. Geri alma hakkı, MSY.m.8 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlendiği için, geri alma hakkına ilişkin hükümler bakımından dahi kapıdan satışlara dair düzenlemeye gidilmesine gerek olmadığı bir gerçektir. Aslan, bu atfın işlevsizliğini belirtmekle birlikte geçerli olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, “kapıdan satışlarda cayma hakkına ve kullanılmasına ilişkin hükümler, mesafeli sözleşmelerde de aynen geçerli olacaktır. Ancak, Bakanlık Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğine bu konuda da hükümler koymuştur. Bu nedenle, kanunun bu yollaması işlevsiz kalmış gibi görünmektedir. Bununla birlikte, kanunla verilmiş hakların, yönetmelikle sınırlandırılmasının söz konusu olamayacağı açıktır”, Aslan, a.g.e. (2004), s.428.

mesafeli sözleşmelerin, tecrübe veya muayene şartıyla satım olarak nitelendirilmesi³⁶ isabetsizdir.

c. İstisnalar:

TKHK.m.9/A hükmünde herhangi bir istisnaya yer verilmiş olmamakla birlikte, MSY.m.11 düzenlemesine göre, (a) banka ve sigorta ile ilgili; (b) otomatik satış makineleri vasıtasıyla akdedilen; (c) halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla akdedilen; (d) açık artırma yolu ile akdedilen; (e) gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili; ve (f) sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren sözleşmelere bu yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır³⁷.

Bu hüküm, düzenleme şekli bakımından isabetsizdir. Zira bu istisnalara yönetmelikte değil, TKHK.m.9/A hükmünde yer verilmeli idi. Kanunda yer almayan veya en azından dayanağı bulunmayan istisnaların yönetmeliklerle düzenlenmesi hukuk tekniği ve hukuk güvenliği açısından son derece sakıncalıdır³⁸.

Diğer taraftan bu hükümde, içerik bakımından da yanlışlıklar bulunmaktadır. Yönetmeliğin, AB yönergesi örnek alınarak hazırlandığı anlaşılmakla birlikte, yönerge hükümlerinin aynen alınmaması garipliklere sebebiyet vermektedir. Şöyle ki, 11.maddenin (c) bendinde “halka açık jetonlu³⁹ telefonlar vasıtasıyla akdedilen”

³⁶ Tecrübe ve muayene şartıyla satış görüşünde, Bozbel, AÜEHFD Aralık 2003, s.784.

³⁷ Burada sayılan sözleşmelere “bu yönetmelik hükümlerinin” uygulanmayacağı ifadesi kafa karıştırıcıdır. Bu ifade, sanki bu sözleşmeler sadece bu yönetmelik uygulaması bakımından istisna kılınmış olup TKHK.m.9/A hükmü bu sözleşmeler bakımından hala geçerliliğini koruyor izlenimini doğurmaktadır. Şüphesiz bu sözleşmeler, sadece bu yönetmelik bakımından değil, TKHK.m.9/A hükmü bakımından da istisna teşkil etmektedir. Yani bu sözleşmelerde tüketiciler, kanunun tanıdığı bilgilendirme ve geri alma hakları ile korunmuş değildirler.

³⁸ Kanunda herhangi bir dayanağı bulunmaksızın yönetmelikte çeşitli istisnalara yer verilmesinin ancak bir düzen hükmü olarak kabul edilebileceği ve TRKGM.’nün idari denetimi bakımından anlam ifade edeceği, buna karşılık maddi hukuk bakımından hakimi bağlayıcılığı bulunmadığı öne sürülebilir. Ancak, nitelikleri gereği bazı sözleşmeleri istisna kılmanın bir zorunluluk olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu istisnaların maddi hukuk bakımından da geçerli kabul edilmesi uygun olacaktır.

³⁹ Burada ifade edilmek istenen ankesörlü telefonların (telefon kulübelerinin) kullanılmasıdır yoksa bugün artık jetonlu telefon kulübeleri yok denecek kadar azdır.

sözleşmeler istisna kılınmıştır. Halbuki, bir kimsenin evindeki veya otel odasındaki telefonu vasıtasıyla kurduğu bir sözleşme mesafeli sözleşme kapsamına girerken, aynı sözleşmenin köşe başındaki telefon kulübesi vasıtasıyla kurulması durumunda sözleşmenin bu kapsama girmemesi gibi garip bir sonuç kabul edilemez. Bu durum, AB yönergesindeki istisna, iç hukukumuzda ithal edilirken yapılan yanlışlıktan kaynaklanmaktadır. Zira AB yönergesinin 3.maddesine göre kapsam dışı bırakılan sözleşmeler, salt “genel kullanıma açık telefonlar vasıtasıyla kurulan sözleşmeler” değil, bu telefonlar vasıtasıyla ama telekomünikasyon operatörleri ile akdedilen sözleşmelerdir. Şu halde halka açık telefonlar vasıtasıyla kurulan sözleşme, telekomünikasyon operatörü ile değil (istisna edilmeyen) herhangi bir sağlayıcı ile akdedilen bir sözleşme ise bu sözleşme mesafeli sözleşmedir yoksa salt halka açık bir telefon kullanıldı diye kapsam dışı kalan bir istisna söz konusu değildir. Yönetmeliğin 11/c düzenlemesini mehzaz hükme uygun olarak bu şekilde anlamak gerekir. Aksi halde yukarıda ifade ettiğimiz garip sonuç meydana gelecektir. Diğer taraftan yönergede bütün finansal hizmetler istisna kılındığı halde⁴⁰ MSY. m.11/a hükmü ile sadece banka ve sigorta ile ilgili sözleşmeler istisna edilmiştir.

d. Taraflara İlişkin Uygulama Alanı:

Elektronik ticaret uygulaması içerisinde, tacirler arasında akdedilen (B2B) sözleşmeler ve internette iki kişinin ne ticari ne de mesleki amaç taşıyan bir konuda akdettikleri sözleşmeler, mesafeli sözleşme kavramına girmezler. Mesafeli sözleşme kavramı, uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla akdedilen tüketici sözleşmelerini ifade eder.

Bu sebeple mesafeli sözleşmeden, yani TKHK.m.9/A hükmünün uygulama alanından bahsedebilmek için sözleşmenin bir tarafını tüketicinin diğer tarafını ise satıcı-sağlayıcının teşkil etmesi gerekmektedir⁴¹.

⁴⁰ Finansal hizmetler, 97/7/EC yönergesinin kapsamından istisna edilmiş olmakla birlikte bu konuya ilişkin AB'nin ayrı bir yönergesi bulunduğunu yukarıda belirtmiştik. Bkz. yukarıda II,C,4.

⁴¹ Bozbel, AÜEHFD Aralık 2003, s.786; Aynı yönde Demir, BATİDER 2003(1), s.223.

(1) Tüketici:

Tüketici kavramının farklı şekillerde tanımlandığı ve bir kişinin tüketici kavramına girip girmediği veya bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığı konusunda farklı kıstaslar öne sürüldüğü görülmektedir⁴². Fakat günümüzde tüketicinin tespitinde diğer bir deyişle tüketici tanımı yapılırken, temel olarak, somut hukuki işlemle takip edilen amaç esas alınmakta yani işlevsel ölçüt benimsenmektedir. Diğer bir ifadeyle tüketicinin tespitinde önemli olan, hukuki işlemin niteliği veya kişinin fakir ya da zengin, eğitilmiş ya da eğitimsiz, tecrübeli ya da tecrübesiz olması veya tacir ya da memur gibi sıfatlar taşıyıp taşıyamaması değil, mal ya da hizmeti hangi amaçlarla elde ettiğidir⁴³.

İşlevsel ölçüt kullanılarak yani takip edilen amaç esas alınarak yapılan tanımların da, esas itibarıyla olumlu ve olumsuz tanımlar olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.

Tüketici kavramına ilişkin olarak olumlu tarzda yapılan tanımlarda tüketicinin, *şahsi, ailevi ya da ev ihtiyaçları doğrultusunda yani özel amaçlarla sözleşme akdeden kişi* olarak tanımlandığı görülmektedir⁴⁴.

Olumsuz tarzda yapılan tanımlarda ise tüketici, *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi* olarak tanımlanmaktadır. AB mevzuatında⁴⁵ ve TKHK.'un

⁴² Geniş açıklama için bkz. Aslan, a.g.e. (2004), s.61 vd.; Aydoğdu, a.g.e., s.75 vd.; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", AÜHFD. 2001(1), C.50, s.55 vd.; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.663 vd.

⁴³ Ozanoğlu, (Oğuzman Armağanı içinde), s.671.

⁴⁴ TKHK.m.3/f hükmünün 4822 sayılı kanundan önceki eski halinde ve İsviçre BK.m.40a hükmünde; 1980 tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun 2(a) maddesinde; yine Birleşmiş Milletler bünyesinde UNCITRAL tarafından hazırlanan ve yukarıda incelemiş olduğumuz elektronik sözleşmelere ilişkin konvansiyon taslağının 2(a) maddesinde tüketici kavramı bu şekilde olumlu tarzda tanımlanmıştır.

⁴⁵ AB'nin tüketiciyi koruyucu yönergelerinde yapılan tüketici tanımları hep bu çerçevededir. Bkz. İşyerleri Dışında Kurulmuş Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin 20 Aralık 1985 tarihli 85/577/EEC Yönergesi, m. 2, (O.J. No. L. 372/31, 31.12.1985); Tüketici Kredilerine İlişkin 22 Aralık 1986 tarihli 87/102/EEC Yönergesi m.1/2(a), (O.J. No. L. 42/48, 12.2.1987); Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 5 Nisan 1993 tarihli 93/13/EEC Yönergesi m.2(b), (O.J. No. L.

4822 sayılı kanunla değişik m.3/e düzenlemesinde bu yönde bir tanımlamaya gidilmiştir⁴⁶.

Bu tanımlama özellikle şu iki sorunun cevaplanmasını gerektirmektedir: Birincisi, acaba mesleki faaliyet bağımsız mı olmalıdır; yoksa, bağımlı olarak çalışan bir kişi de, bu bağımlı mesleki faaliyeti ile ilgili konularda yine de tüketici sıfatını haiz olabilecek midir? Mesela iş yerinde giymek üzere önlük veya diğer bir elbise alan bir işçi mesleki bir amaçla hareket etmektedir ancak bu onun bağımsız mesleki faaliyeti değildir⁴⁷. Yukarıdaki tanım doğrultusunda ne AB mevzuatında ne de TKHK.m.3/e hükmünde bu yönde açık bir ifade bulunmamakla birlikte bu hükümlerdeki mesleki faaliyet kavramının “bağımsız mesleki faaliyet” olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸.

Cevaplanması gereken diğer soru ise, çifte nitelikli amaçlarla hareket eden bir kişinin tüketici sayılıp sayılmayacağıdır. Mesela hem mesleki hem de özel amaçlarla kullanmak üzere diz üstü bilgisayarı alan bir avukat ya da mimar, acaba tüketici olarak değerlendirilebilecek midir? Bu gibi durumlarda hangi amacın daha ağır bastığına bakmak gerekecektir. Eğer hukuki işlemin arkasında yatan ağırlıklı amaç ticari-mesleki olup, özel amaç tali nitelikte kalıyorsa, tüketici sıfatını reddetmek, buna karşın özel amaç ağır basıyorsa tüketici sıfatını kabul etmek gerekecektir⁴⁹. Eğer amaçlardan biri

95/29, 21.4.1993); ve Mesafeli sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin 97/7/EC Yönergesi m.2/2, (O.J. No. L. 144/19, 4.6.1997).

⁴⁶ Esasen ticari veya mesleki amaç kavramları bir bütün olarak, özel alanla ilgili faaliyetlerin tam karşısında yer almaktadır (Ozanoğlu, Oğuzman Armağanı içinde, s.673, dn.28). Yani “ticari veya mesleki olmayan amaç” kavramı, “özel amaç” kavramının karşıt anlamı olup aynı kapsamın farklı (zıt) ifade şeklini oluşturmaktadır. Bu sebeple tüketici kavramına ilişkin yukarıdaki olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı formülasyonun, tüketiciyi aynı kapsamda tanımladığını söyleyebiliriz. Zaten 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki TKHK.m.3/f hükmünde tüketici tanımlanırken “özel amaçlar” ifadesi kullanılmış olup, doktrinde bu ifade, “mesleki veya ticari olmayan amaçlar” olarak açıklanmakta idi (bkz. Aslan, a.g.e. (1996), s.10; Ahmet Battal, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s.316; İnal, a.g.e., s.124). Kısaca vurgulamak gerekirse, TKHK.’da tüketici tanımı değişmiş olmasına rağmen, bu tanımın içeriği yani tüketici kavramı değişmemiştir.

⁴⁷ Alman hukukunda bu sorun bir şüphe yaratmamaktadır. Zira tüketicinin tanımını yapan BGB §13 hükmünde açıkça “bağımsız mesleki faaliyet” ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁸ Meents, a.g.e., s.177-178; Dilger, a.g.e., s.63-64; Ozanoğlu, (Oğuzman Armağanı içinde), s.676-677; Zevkliler / Aydoğdu, a.g.e., 2004, s.84.

⁴⁹ Demir, a.g.e., s.154; Meents, a.g.e., s.180; Ozanoğlu, (Oğuzman Armağanı içinde), s.682; Ozanoğlu, AÜHFD. 2001(1), s.61. Aksi yönde bir fikre göre ise, “karma amaçlı satın almalarda, muhasebe tekniği açısından bölünme mümkün olmadığı için ticari amaç ağır basar”, dolayısıyla karma amacın bulunduğu

daha ağır basmıyor yani hukuki işlemin arkasında yatan mesleki ve özel amaç eşit ağırlık taşıyor ise kanaatimizce tüketici niteliğinin kabulü uygun olacaktır. Yine şüphe halinde, yani hangi amacın ağır bastığının tespit edilemediği durumlarda da, tüketici sıfatının varlığı kabul edilmelidir⁵⁰.

AB mevzuatı ve üye ülkeler hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, tüzel kişilerin de tüketici sıfatını haiz olabileceği TKHK.m.3/e hükmünde öngörülmüştür. Bu düzenlemenin daha isabetli ve ileri olduğu görüşüne⁵¹ biz de katılmaktayız.⁵²

(2) Satıcı – Sağlayıcı:

Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sözleşmenin bir tarafını tüketicinin oluşturması gerekirken, diğer tarafını da satıcı veya sağlayıcının oluşturması gerekmektedir. Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı sıfatını haiz olmayan bir kişiyle, ve mesela antika piyanosunu satmaya çalışan bir kişiyle, uzaktan iletişim araçlarıyla da olsa sözleşme akdetmesi durumunda bir mesafeli sözleşmeden bahsedilemeyecektir.

TKHK.m.3/f-g hükümlerinde (mal satımı ve hizmet sağlanması ayırımına göre) satıcı veya sağlayıcı “kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal veya hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler” şeklinde tanımlanmıştır⁵³.

her durumda tüketici sıfatı reddedilmelidir (Aydoğdu, a.g.e., s.80; Zevkliler / Aydoğdu, a.g.e., s.84). Kanaatimizce tüketici sıfatı, “muhasabe tekniği açısından uygunluk” gibi hukuk dışı kısıtlarla tespit edilmez. Kaldı ki, karma amaçlı işlemin muhasabe kaydına geçmesi de şart değildir.

⁵⁰ Bu yönde Köhler/Arndt, a.g.e., s.148, kn.479.

⁵¹ Ozanoğlu, (Oğuzman Armağanı içinde), s.689-690; Zevkliler / Aydoğdu, a.g.e., s.81.

⁵² Ancak bu düzenlemenin AB hukukuyla uyumsuzluk teşkil ettiğini teslim etmemiz gerekir. Her ne kadar tüketiciyi koruma amaçlı AB yönergelerinde, yönergelerin asgariliği prensibine yer verilmiş yani üye ülkelerin tüketiciyi koruyucu daha katı düzenlemelere gidebileceği belirtilmişse de, bu prensip, yönergelerde tüketici olarak kabul edilen kişilere daha iyi bir koruma sağlanabileceğini ifade etmektedir. Yoksa tüketici kavramının genişletilerek bu kavram dışında kalan kişilere de koruma sağlanabileceği şeklinde anlaşılamaz, (bu yönde Dilger, a.g.e., s.65).

⁵³ Bu tanım, AB mevzuatıyla ve özellikle mesafeli sözleşmelere ilişkin yönergenin m.2/3 hükmü ile uyumludur.

e. Mesafeli Sözleşmeler Şekle Tabi Değildir:

Mesafeli sözleşmelere ilişkin TKHK.m.9/A hükmünde, mesafeli sözleşmelerin şekle tabi olduğuna dair bir ifade yer almamaktadır. Buna rağmen TKHK.m.6 f.6 hükmünde, kanunun “9/A maddesinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri”nden bahsedilmektedir. Ancak belirttiğimiz gibi m.9/A’da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁵⁴.

Buna karşılık MSY.m.7 hükmünde, “mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur” ifadesi yer almaktadır. Burada mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte bu düzenlemenin “yazılı şekil şartı” olarak anlaşılması mümkün değildir.

Zira mesafeli sözleşmelerin şekle tabi tutulması gibi bir husus söz konusu olamaz⁵⁵. Şekil şartı, mesafeli sözleşme kavramıyla bağdaşmaz. Yukarıda belirttiğimiz gibi, mesafeli sözleşme kavramı, herhangi bir sözleşme tipi veya türü değildir. Sadece sözleşmenin kurulması yöntemidir. Bir yöntemin şekle tabi kılınması ise, hukuk alemine yabancıdır. Hukuken, kefalet veya bağışlama sözleşmelerinde olduğu gibi, sadece belli sözleşme türleri (bir kanun hükmüyle) şekle tabi kılınabilir, bunun dışında sözleşmelerin kurulmasında kullanılan bir yöntemin şekle tabi olması düşünülemez.

⁵⁴ TKHK.m.9/A hükmünde, mesafeli sözleşmelere ilişkin bir şekil şartı yer almamasına rağmen Gezder, böyle bir şekil şartının kanunda (TKHK) öngörüldüğü düşüncesiyle hareket etmekte, ancak böyle bir şekil şartının kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, “TKHK.’un mesafeli sözleşmelere (sözleşmelerin şekline) dair düzenlemesi bir kanun boşluğu içermektedir. Zira kanun koyucu bir yandan mesafeli yolla akdedilen sözleşmelerin yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak yapılacağını hükme bağlarken, diğer taraftan bu sözleşmelerin yazılı yapılmasını, farkında olarak ya da olmayarak, istemekte ve fakat bu yazılılığın nasıl yerine getirileceğini hükme bağlamamaktadır (...) Taraflar yazılı şekil koşulunu yerine getirmek istese dahi bunu başaramayacaklardır. O halde ortada bir gerçek olmayan boşluk söz konusudur. Zira ortada bir hüküm olmasına rağmen bu hüküm, baştan beri kanun koyucunun kanunlaştırma kurgusunun bir yanlışlığı, imalat hatası nedeniyle, yürürlükteki hukuk açısından hiçbir mantığa sahip değildir. Bu durumda kanun koyucu bu durumu düzeltinceye kadar, yargıç önce MK.m.2 f.2’nin norm düzeltme etkisinden faydalanarak bu kuralın uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesi çerçevesinde bir norm suiistimali oluşturacağı gerekçesine dayanarak mesafeli yolla akdedilen sözleşmelerin yazılı yapılması koşulunun uygulanmasını somut olayda bertaraf edecektir”, (Gezder, a.g.e., s.148-150). Aslan ise, telefonla yapılan ve bu sebeple yazılı olarak yapılması fiilen mümkün olmayan sözleşmeleri mesafeli sözleşme olarak kabul etmesine rağmen (Aslan, a.g.e. 2004, s.411-412), TKHK.m.9/A, f.5 hükmündeki kapıdan satışlara ilişkin hükümlere atıftan hareketle, kapıdan satışların olduğu gibi mesafeli sözleşmelerin de yazılı olarak yapılması gerektiğini savunmaktadır, (Aslan, a.g.e. 2004, s.421).

⁵⁵ Zevkliler / Aydoğdu, a.g.e., 2004, s.275.

Hukuken bir sözleşme ya şekle tabidir ya da değildir. Bir sözleşmenin kurulmasında kullanılan yöntemle göre değişken şekil şartı tahayyül edilemez. Mesafeli sözleşmelerin şekle tabi olabileceği düşüncesi, satım, kira, istisna gibi sözleşmelerin geleneksel yöntemlerle mesela bir işyerinde kurulması durumunda şekle tabi olmaması, fakat aynı sözleşmelerin iletişim araçları vasıtasıyla kurulması durumunda şekle tabi olması gibi bir sonuca ulaştırır. Şüphesiz böyle bir sonuç, hukukun yanında mantıkla da bağdaşmaz.

Diğer taraftan pratikte, bir yöntem olarak dahi mesafeli sözleşmelerin şekle tabi olması düşünülemez. TKHK.m.9/A hükmüne göre telefonla kurulan sözleşmeler de mesafeli sözleşmedir. Telefon ile yazılı bir sözleşme akdedilmesi ise mümkün değildir. Zaten kanunen şekle tabi olmayan sözleşmelerin (BK.m.11), akdedilmelerinde iletişim vasıtalarının kullanılması sebebiyle ve bir yönetmelik hükmüyle, yazılı şekle tabi tutulması düşünülemez.

Şu halde bu hükümde bir ifade bozukluğu söz konusudur. Yani burada, mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilirken, amaç, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için yazılı olarak yapılması zorunluluğu, diğer bir ifadeyle bir sıhhat şekli ihdas edilmesi değildir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, MSY.m.7 hükmü, mesafeli sözleşmenin kurulması durumunda tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkindir. Bu yönetmelik hükmüyle, mesafeli olarak akdedilebilecek tüm sözleşmeler yazılı şekil şartına tabi kılınamayacağına göre, burada amaç zaten geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmede, bu maddede belirtilen bilgilerin yazılı olarak (kağıt üzerinde veya diğer bir kalıcı vasıta ile) tüketiciye verilmesinin, yani tüketicinin yazılı olarak bilgilendirilmesinin sağlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle bu maddedeki yazılılık şartı, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir şekil şartı olmayıp, bilgilendirmeye ilişkindir ve maddede sayılan bilgilerin yazılı olarak tüketiciye verilmesi gereğini ifade etmektedir.

2. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi:

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin olarak, TKHK.m.9/A f.2 hükmünde, sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin

bilgilendirilmesi gereği ifade edilmiş, ancak hangi bilgilerin tüketiciye sağlanacağı açıklanmayarak, bu bilgilerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılacak tebliğle (MSY. ile) belirleneceği ifade olunmuştur. Bu ifadeden anlaşılmaktadır ki, TKHK.m.9/A hükmü, sadece sözleşmenin kurulmasından önce bazı bilgilerin tüketiciye sağlanmasını öngörmekte, sözleşme öncesi ve sonrası (sözleşmenin kurulması durumunda) bilgilendirme ayırımı yapmamaktadır⁵⁶.

Fakat MSY. hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki, TKHK.m.9/A hükmünde yapılmayan ayırıma yönetmelikte yer verilmiş bulunmaktadır. Gerçekten MSY.'nin, 5.maddesinde sözleşme öncesi bilgilendirme, 7.maddesinde ise sözleşmenin kurulması durumunda bilgilendirme, (yönetmelikte ifade edildiği şekliyle, sözleşmede bulunması gereken şartlar) düzenlenmiş bulunmaktadır.

a. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme:

TKHK. 9/A maddesinin ikinci fıkrasında “*mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur*” hükmü yer almaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu cümlede “mesafeli satış” ifadesinin yer alması yine tamamen ihmal eseridir⁵⁷. Şüphesiz, sadece satış sözleşmelerinde değil, mesafeli olarak akdedilen tüm sözleşmelerde bu hüküm gereğince sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

İşte bu hükmün atfıyla MSY.'nin “ön bilgiler” başlığını taşıyan 5.maddesinde, mesafeli sözleşmenin akdinden önce şu bilgilerin tüketiciye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır: (a) Satıcı veya sağlayıcının ismi, unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer erişim bilgileri; (b) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin temel özellikleri; (c) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin tüm vergiler dahil

⁵⁶ Gezder, a.g.e., s.175.

⁵⁷ Doktrinde bazı yazarlarca ve hatta özellikle doğrudan bu düzenlemenin taslak haline ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde (19-20 Mart 2001 tarihinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlenmiş olan Tüketici Konseyinde sunulan tebliğ ve bu tebliğin yayınlanmış halinde, Atamer, MHB 2001, s.26; ayrıca İnal, a.g.e., s.59), “mesafeli satış” ifadesinin yanlış olduğu ve kullanılmaması gerektiği uyarısı yapılmış olmasına rağmen bu uyarı nedense taslağı hazırlayanlar tarafından dikkate alınmamıştır.

satış fiyatı; (d) Satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi; (e) Tüketicinin ödemelerinin nasıl yapılacağına dair bilgiler; (f) Teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ilişkin masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler; (g) Geri alma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler; (h) Tüketicie bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti; (ı) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin, teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program.

MSY.'nin 5.maddesindeki “*mesafeli sözleşmenin akdinden önce aşağıdaki bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur*” ifadesi, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün, sanki müzakere aşaması tamamlanmış ve artık kurulma aşamasına gelmiş bir sözleşmenin kurulmasının hemen öncesindeki bir bilgilendirmeye ilişkin ve böyle bir bilgilendirmenin yeterli olduğu zannını uyandırmaya müsaittir. Zira AB'nin 97/7/EC yönergesinin, sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin 4.maddesindeki, verilmesi gereken bilgilerin, sözleşmenin kurulmasından önceki yeterli bir zaman içerisinde verilmesi gerektiği esası, yönetmeliğin 5.maddesinde açıkça ifade olunmamıştır. Buna rağmen tereddütsüz kabul edilmek gerekir ki, sözleşme öncesi bilgilendirmenin amacı, tüketicinin aydınlatılmış olarak sağlıklı ve doğru karar almasının sağlanmasıdır. Bunun sağlanabilmesi için ise, bilgilendirmenin en azından karar alma sürecinin tamamlanmasından önce yerine getirilmesi şarttır. Tüketici sözleşmeyi akdetme kararını verdikten sonra, yani sözleşmenin kurulmasından hemen önce bilgilendirmenin yerine getirilmesi ise, çoğu zaman bir işe yaramayacak, yani tüketiciyi koruyucu bir görev ifa etmeyecektir. Bu bakımdan, yönetmeliğin 5.maddesindeki bilgilendirmenin, sözleşmenin kurulmasından önceki yeterli bir zamanda, yani müzakere (düşünme – değerlendirme – karar verme) sürecinin başlamasıyla birlikte yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bu maddede, AB'nin MS.Yön.m.4/(2) ve (3) hükümlerine yer verilmemiş olmakla birlikte, tüketiciye sağlanması gerekli bilgilere ilişkin m.4/(1) hükmüne nispeten uygun bir düzenleme getirilmiş olmaktadır.

b. Sözleşme Öncesi Bilgilendirmenin Yazılı Teyidi:

Sözleşme öncesi bilgilendirme, sözleşmenin kurulmasıyla bağlı olunmaksızın bazı bilgilerin tüketiciye sunulması demektir. Sözleşme akdedilsin veya akdedilmesin, sözleşmenin müzakeresi veya tarafların karşılıklı olarak görüşmediği durumlarda tüketicinin düşünme, karar verme (değerlendirme) aşaması olarak nitelendirebileceğimiz aşamada tüketicilerin bu bilgilere ulaşabilmesi gerekir. Böylece tüketicilerin aydınlatılmış olarak, mümkün olduğu kadar sağlıklı ve güvenli bir şekilde karar verebilmesi sağlanabilecektir. Bu aşamanın sonucunda tüketici, kendisine sağlanan bilgilerin ışığında sözleşme akdeder veya akdetmez. Şu halde mesafeli sözleşmeler akdetmek suretiyle faaliyet gösteren sağlayıcılar bu faaliyetleri çerçevesinde söz konusu bilgileri kendileriyle temas edecek tüketicilere sağlamak mecburiyetindedirler ki, tüketiciler aydınlatılabilirler. Görüldüğü gibi bu bilgilerin sağlanması mecburiyeti kurulacak sözleşme ilişkisinden tamamen bağımsızdır.

Buna rağmen, TKHK.m.9/A,f.2, c.2'de ve MSY. m.6'da, sözleşme öncesi bilgilendirmeyi sözleşmenin kurulması olgusu ile ilişkilendiren, olağan dışı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, tüketici bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemeyecektir. Yukarıda da kısaca değindiğimiz gibi⁵⁸ bu hükümlerin lafzen ifade ettikleri manada anlaşılabilmesi mümkün değildir.

Zira ilk olarak, bu düzenleme şekli tüketiciyi koruyucu hiçbir görev ifa edecek nitelikte değildir. Tüketici bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedi diye sözleşmenin kurulmamış sayılmasının tüketicinin menfaatine olacağı bir somut durum tahayyül etmek mümkün değildir. Tam tersine bu düzenleme tüketiciyi mağdur edebilecek niteliktedir⁵⁹. Siparişini yapmış ve ifanın yerine getirilmesini dört gözle bekleyen bir tüketici, bu bilgiler kendisine sağlanmış dahi olsa, sırf teyit yükümlülüğünü yerine getirmediği için sözleşmenin akdedilmemiş olduğu sürpriziyle karşılaşabilecektir. Tüketicinin korunması hakkında kanunda, tüketiciyi korumak amacıyla getirilen bir düzenlemenin, tüketicinin aleyhine sonuç doğurması, onu mağdur

⁵⁸ Bkz. yukarıda III,C,2,b.

⁵⁹ Falcıoğlu, a.y., s.215.

etmesi kabul edilemez, dolayısıyla bu hükümlerin lafzen değil kanun koyucunun gayesine göre yorumlanması zorunludur.

İkinci olarak hükümde, “tüketici bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeden, teyit yapılmadıkça sözleşmenin geçersiz olarak dahi olsa henüz kurulmamış yani “yok” hükmünde olduğu anlamı çıkmaktadır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmasına rağmen sırf teyit yükümü yerine getirilmediği için bir sözleşmeyi yok saymak mümkün değildir. Zira bir sözleşme, kurucu unsurları ihtiva etmiyorsa kurulmamış, meydana gelmemiş bir sözleşmedir. Yani hukuk düzeni ancak, kurucu unsurlarından yoksun bir sözleşmeye yokluk müeyyidesini bağlamıştır⁶⁰. Buradaki teyit yükümünün ise kurucu bir unsur olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan kanunen şekil şartının arandığı sözleşmelerde dahi şekil şartının yerine getirilmemiş olmasının müeyyidesi yokluk değil butlandır. Bunun sonucu olarak, şekil şartına uyulmamış olmasına rağmen butlanın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerli kabul edilebilmektedir. Ancak yokluk durumunda böyle bir ihtimal bulunmamaktadır⁶¹, çünkü ortada geçersiz de olsa bir sözleşme yoktur. İşte kanuni şekil şartına kıyasla çok daha hafif bir zorunluluk olan teyit yükümünün yerine getirilmemiş olmasına, daha ağır bir müeyyide uygulamak hukuken kabulü mümkün olmayan bir sonuçtur.

Diğer taraftan bu düzenleme, mesafeli sözleşmelerin tanımlandığı TKHK.9/A maddesinin birinci fıkrasıyla, yani mesafeli sözleşme kavramıyla çelişkilidir. Bilindiği gibi birinci fıkradaki tanıma göre, telefonda ve tüketiciyle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan (kurulan) sözleşme bir mesafeli sözleşmedir yani orta yerde kurulmuş bir sözleşme vardır. Ancak böyle bir sözleşmenin kurulma aşamasında, bilgilerin edinildiğini yazılı olarak teyit etmek ise bugünkü yaygın telefon teknolojisinde mümkün değildir. Şu halde telefonda, birbirine uygun irade beyanlarının değişimi durumunda bu sözleşme kurulmuş mudur, kurulmamış mıdır? Birinci fıkraya göre evet, ikinci fıkraya göre (yazılı teyit olmadığı için) hayır. Belirtmek gerekir ki, hiçbir hukuk sisteminde

⁶⁰ Eren, a.g.e., s.307.

⁶¹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.129; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s.378.

böyle bir hüküm bulunmamaktadır⁶². Bütün hukuklarda geçerli olarak kabul edilen bir sözleşmenin Türkiye’de, bazı bilgilerin tüketiciye verilmemiş veya verilmesine rağmen tüketicinin bu durumu teyit etmemiş olması sebebiyle kurulmamış kabul edilmesi gibi bir sonuca varılamaz. MSY. m.6 düzenlemesi de kendi içinde çelişkilidir. Zira bir taraftan ilk cümlede, yazılı teyit olmadıkça sözleşmenin akdedilemeyeceğinden bahsedilirken, diğer taraftan son cümlede “sözleşme konusu mal ulaşmadan” veya hizmetler için “sözleşmenin ifasından önce” teyidin yapılması gereğinden bahsedilerek, teyidin yapılmasından önceki aşamada dahi bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir. Böylece açıkça görülmektedir ki, TKHK.m.9/A,f.2 ve MSY. m.6 hükmü hazırlanırken, hukuki prensipler ve özellikle hukuki kavramların teknik anlamı göz önünde bulundurulmamıştır. Teknik anlamı göz önünde bulundurulmadan kullanılan bir ifadenin, teknik anlamına göre anlaşılması istenemez ve beklenemez.

Son olarak belirtmek gerekir ki, mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeye gidilirken AB’nin MS.Yön. düzenlemesi örnek alınmıştır. Ancak yönerge hükümleri anlaşılmamış olsa gerek, buradaki teyit mekanizmasının ve müeyyidesinin, örnek alınan AB yönergesi ile hiçbir alakasının bulunmadığı da açıkça görülmektedir. Hatırlanacağı gibi, AB yönergesinde, sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin yönergenin 4.maddesinde düzenlenmiş yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumu için, herhangi bir sözleşmesel müeyyide öngörülmemiştir⁶³. Zira bu bilgilendirme, sözleşmenin kurulması olgusundan bağımsızdır. Tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilme hakkı yalnızca, yönerge m.11/2 hükmünde öngörülmüş olan kitle adına dava imkanı ile

⁶² E-imzanın geçerliliğine ilişkin olması sebebiyle içeriği ve yaptırımı bakımından son derece farklı ve sadece sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin bir beyanını veya teyidini araması bakımından benzerlik taşıyan bir hüküm, Amerikan hukukunda E-Sign Act Sec.101(c)(1)(C)(i-ii) düzenlemesinde bulunmaktadır. Hatırlanacağı gibi, Amerikan hukukunda, bilgilerin tüketiciye yazılı olarak sunulmasının şart olduğu durumlarda, bu şartın elektronik kayıtlar kullanılarak yerine getirilebilmesi için tüketicinin, elektronik kayıtların kullanılmasına olumlu yönde rıza göstermiş ve bu rızasını geri almamış olması gerekmektedir [E-Sign Act Sec.101(c)(1)(A)]. İşte bu rızanın verilmesinden önce, elektronik kayda erişmek ve elektronik biçimdeki bilgiye erişebilme imkanının bulunduğunu makul olarak gösterecek şekilde, elektronik olarak vermeli veya elektronik olarak teyit etmelidir [E-Sign Act Sec.101(c)(1)(C)(i-ii)]. Ancak bu gereğin yerine getirilmemiş, yani tüketicinin rızasının veya teyidinin gereği gibi alınmamış olmasının, sözleşmenin geçerliliğine hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Tüketicinin rızası veya teyidi bu şekilde elde edilmemiş olsa bile, sözleşmenin kendisi geçerli olarak kalacak ancak sağlayıcı bu sözleşme ilişkisi içerisinde tüketiciye hukuken bazı bilgileri yazılı olarak verme yükümlülüğü altında ise, bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılacaktır [E-Sign Act Sec.101(c)(3)], (bkz. yukarıda II,B,5).

⁶³ Härting, MDR 2002, s.65.

korunmaktadır⁶⁴. Gerçekten yönergenin 11/2 hükmü çerçevesinde, 4.madde hükmüne riayet etmeyen sağlayıcılar, ilgili kamu kurumlarının, tüketici örgütlerinin veya meslek kuruluşlarının davalarına muhatap olabilecektir. Buna karşılık yönergenin m.5 hükmünde öngörülmüş olan ve sözleşme öncesi bilgilendirmeden farklı bir mekanizma oluşturan, sözleşmenin akdedilmesi durumunda bazı bilgilerin tüketiciye yazılı olarak verilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ise, tüketicinin geri alma hakkı süresinin üç aya kadar uzaması ile müeyyidelendirilmiştir (MS.Yön.m.6). İşte TKHK.m.9/A,f.2 ve MSY. hazırlanırken, örnek AB yönergesinin 4. ve 5. maddelerindeki birbirinden farklı bu iki mekanizmasının birbirine karıştırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu sebeplerle, sözleşme hukukumuzun dayandığı pek çok prensibi çiğneyen bu düzenleme, lafzen ifade ettiği anlamda kabul edilemeyecektir. Bu hükmün lafzı, hiçbir ihtiyacı karşılamadığına ve hiçbir hukuki menfaate hizmet etmediğine göre, hükmün amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Gerçekten kanun koyucunun ve bu hükmün amacı, tüketicinin aleyhine olarak, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin yüzlerce yıllık en temel hukuk kuralını bertaraf etmek olamaz. Burada amaç, sözleşme öncesi bilgilendirmenin temini ve sözleşmenin kurulması durumunda ise, bu bilgilerin tüketiciye kesinlikle – mutlaka verilmesinin sağlanmasıdır. Teyit mekanizması ile de, ispat kolaylığı amaçlanmakta ve bilgilerin tüketiciye verilip verilmediğinin bu yolla sağlayıcı tarafından ispat edilebilmesi mümkün kılınmaktadır. Kanun koyucunun amacı bundan başka bir şey olamayacağına göre, hükmü amacına göre yorumlamak gerekir. Bu yoruma göre, gerekli bilgileri tüketiciye verdiğini sağlayıcı ispatlamadığı sürece, tüketicinin geri alma hakkı için öngörülmüş olan sürenin işlemeye başlamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir⁶⁵.

Bu yorum, AB'nin MS.Yön. düzenlemesi ile uyumlu olduğu gibi, gerek tüketici hukukumuzun esaslarıyla (yani TKHK.m.9/son hükmüyle) ve gerekse

⁶⁴ Dilger, a.g.e., s.78-79.

⁶⁵ Karş. Aslan, a.g.e. (2004), s.419-420; Falcıoğlu, a.y., s.215-216; Gezder, a.g.e., s.198 v.d.; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s.50.

Yargıtay'ın bugüne kadarki uygulamalarıyla da uyumlu bir sonuçtur. Zira mesafeli sözleşmelere ilişkin TKHK.m.9/A düzenlemesinin kabulünden önce bu sözleşmelere, kapıdan satışlara ilişkin hükümler uygulanmakta idi ve kapıdan satışlara ilişkin eski TKHK.m.9/son hükmü, doktrin ve uygulamada yukarıda belirttiğimiz şekilde anlaşılmakta idi. Gerçekten THKH.m.9/son hükmünün, 4822 sayılı kanunla değişik yeni haline göre: *“Bu madde hükümlerine göre düzenlenmiş bir sözleşmenin ve malın tüketiciye teslim edildiğini ispat satıcıya veya sağlayıcıya aittir. Aksi takdirde, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir”*. Önceki hükümde ise, *“satıcı tüketiciden almış olduğu imzalı belgeyi bir uyuşmazlık halinde mahkemeye ibraz etmekle yükümlüdür, satıcının bu belgeyi ibraz edememesi ya da ibraz etmemesi halinde, satıcının bu belgede belirtilmiş olan borçlarını yerine getirmemiş olduğu kabul edilir”* ifadesi yer almakta idi. İşte Yargıtay, 9.maddenin değişiklikten önceki ifade şeklinin isabetsizliğine rağmen bu hükmü, daha sonra 4822 sayılı kanunla kabul edilmiş bulunan şekline uygun olarak yorumlamakta ve satıcı tarafından geri alma hakkının varlığı hususunda tüketiciyi bilgilendirici belgenin 9.maddenin 1.fikrasına uygun olarak verilmemesi veya verildiğinin ispatlanamaması durumlarında, tüketicinin yedi günlük süre ile bağlı olmayacağını kabul etmekte idi⁶⁶. Bu görüş doktrinde de desteklenmiştir⁶⁷.

Fakat belirttiğimiz gibi, sözleşme öncesi bilgilendirme, sözleşmenin akdedilmesi olgusundan tamamen bağımsızdır. Sağlayıcı, sözleşme akdedilecek olsun veya olmasın, kendisiyle temasa geçen tüketicilere söz konusu bilgileri sağlamak zorundadır. Bu bakımdan sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin tek müeyyidesi, sözleşmenin kurulması şartına bağlı olarak geri alma süresinin uzaması olamaz.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, AB yönergesinde, sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin yükümlülüğün (m.4) yerine getirilmemesi durumu için, herhangi bir sözleşmesel

⁶⁶ Y.13.HD.'nin 08.02.1999 t. ve E.1999/2, K.1999/587 sayılı kararı, (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü 1999 Yılı Çalışma ve Sonuçları, Mart 2000, s.129); Y.13.HD.'nin 19.04.1999 t. ve E.1999/2438, K.1999/2957 sayılı kararı, (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü 2000 Yılı Faaliyet Raporu, Mart 2001, s.94); Y.13.HD.'nin 30.04.2001 t. ve E.2001/2404, K.2001/4554 sayılı kararı, (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü 2001 Yılı Faaliyet Raporu, Nisan 2002, s.106).

⁶⁷ Aslan, a.g.e. (1996), s.241; Aydoğdu, a.g.e., s.192. Karş. Özel, a.g.e., s.194.

müeyyide değil yalnızca, yönerge m.11/2 hükmünde kitle adına dava imkanı öngörülmüş bulunmaktadır. İşte bu imkan hukukumuzda da, TKHK.m.23/4 hükmü ile tanınmış bulunmaktadır. Gerçekten bu hükme göre, *“Bakanlık ve tüketici örgütleri, münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler”*. İşte sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, bu fıkra ifade edilen, münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren bir durum vardır ve kanunda öngörülmüş olan yükümlülüğün ihlali söz konusudur. Ayrıca bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, TKHK.m.25/2 hükmünde öngörülmüş olan idari para cezası ile de müeyyidelendirilmiş bulunmaktadır.

c. Sözleşmenin Kurulması Durumunda Bilgilendirme, (Tüketiciye Yazılı Olarak Verilmesi Gereken Bilgiler):

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, MSY. m.7 hükmü, mesafeli sözleşmenin kurulması durumunda tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkindir ve her ne kadar bu hükmün birinci fıkrasında, mesafeli sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmişse de, burada amaç bu maddede belirtilen bilgilerin yazılı olarak (kağıt üzerinde veya diğer bir kalıcı vasıta ile) tüketiciye verilmesinin, yani tüketicinin yazılı olarak bilgilendirilmesinin sağlanmasıdır.

MSY. m.7 hükmüne göre, tüketiciye yazılı olarak verilmesi gereken bilgiler şunlardır: (a) Tüketicinin, satıcı veya sağlayıcının ismi, unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer erişim bilgileri; (b) Sözleşmenin düzenlendiği tarih; (c) Malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi ve şekli; (d) Teslimat ve ifaya ilişkin masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler; (e) Sözleşme konusu malın veya hizmetin cinsi veya türü, miktarı ve varsa marka ve modeli; (f) Malın veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı; (g) Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı; (h) Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere

gecikme faizi oranı; (i) peşinat tutarı; (j) Ödeme planı; (k) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

Sonuç olarak, MSY. m.5,6,7 hükümlerini, yukarıda açıkladığımız şekilde yani olması gerektiği gibi yorumladığımızda şu sonuca ulaşılmaktadır: Yönetmeliğin 5.maddesinde belirtilen bilgilerin sözleşmenin kurulmasından önceki yeterli bir zaman içinde tüketiciye sunulması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması durumunda ise, sağlayıcı gerek 5.maddedeki gerekse 7.maddedeki bilgileri tüketiciye yazılı olarak (yani kalıcı bir vasıta ile) verdiğini ispat edemediği sürece tüketicinin geri alma hakkını kullanabileceği yedi günlük süre işlemeye başlamayacaktır. Nitekim MSY. m.8,f.5 hükmü de bu sonucu doğrulamaktadır. Bu hükme göre, “Yönetmeliğin 6. ve 7. maddelerindeki koşullardan biri eksik olduğu takdirde satıcı veya sağlayıcı en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda yedi günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar”. Halbuki 6. ve 7. maddedeki ifade şekli esas alınsa ortada eksikliği giderilecek geçerli bir sözleşme dahi bulunmamaktadır. Eksiklik giderildiğinde yani bilgilendirme yükümü, gereğince yerine getirildiğinde ise geri alma süresi kendiliğinden işlemeye başlayacağı için, baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı şüphe götürmemektedir. Ancak AB yönergesinde, bu durumda geri alma hakkının kullanılabilmesi sürenin üst sınırının (mallara ilişkin sözleşmelerde teslimden, hizmetlere ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren) üç ay olduğu öngörülmüş bulunmaktadır. Bu yönde açık bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu sebeple geri alma hakkının kullanılabilmesi sürenin üst sınırı, dürüstlük kuralına göre çizilmek gerekecektir, yoksa sınırsız bir süre söz konusu değildir⁶⁸.

⁶⁸ Bu bakımdan, kanunda bir üst sınır belirtilmediği için, Türk hukukunda (TKHK.m.9 f.4 gereğince) sınırsız bir sürenin söz konusu olduğu ve bunun hukuki istikrarsızlığa yol açacağı endişesi (Gezder, a.g.e., s.215) yersizdir.

3. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketiciiye Tanınan Geri Alma Hakkı:

a. Geri Alma Hakkının Hukuki Niteliği, Süresi ve Kullanılması:

(1) Geri Alma Hakkının Hukuki Niteliği:

Türk doktrinde ve gerek İsviçre (OR.art.40a-g), Alman (BGB § 355 vd., § 312, §312d) hukuklarında ve gerekse tüketiciyi koruyucu AB yönergelerinde benimsenmiş bir kavram olan “geri alma hakkı”nın (“right of withdrawal”, “Widerrufsrecht”), TKHK.m.8-9/A hükümlerinde “cayma hakkı” olarak ifade edildiği ve bu kavramın bazı yazarlar⁶⁹ tarafından da kullanıldığı görölmektedir⁷⁰.

Geri almanın işlevi, daha önce yapılan irade beyanının etkilerini önlemek veya ortadan kaldırmaktır⁷¹. Geri alma hakkı kural olarak, kanunla, hukuki işlemin sadece bir tarafı lehine tanınır. Böyle bir hakkın tanınmasındaki temel amaç, belirli bir hukuki ilişkiyi sona erdirmeye önemli olan belirgin çıkarın korunmasıdır⁷².

Öneri ve kabulün geri alınması ya da bağışlamanın geri alınması gibi değişik alanlarda geri alma hakkının çeşitli görünümüne rastlamak mümkündür⁷³. Tüketici hukuku alanında, tüketicinin korunmasında çok önemli bir yeri olan geri alma hakkı, “tüketiciyi koruyan geri alma hakkı” (Verbraucherschutzendewiderrufsrecht) olarak adlandırılmaktadır⁷⁴.

Tüketiciyi koruyan geri alma hakkı, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere yenilik doğuran bir haktır, dolayısıyla varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır⁷⁵.

⁶⁹ Aslan, a.g.e. (2004), s.393 vd., s.428 vd.; Gezder, a.g.e., s.204 vd.; Zevkililer / Aydoğdu, a.g.e., s.278-279.

⁷⁰ Kavram ve terminoloji konusunda açıklama için bkz. Özel, a.g.e., s.73 vd. ve dn.296; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1975, s.129 vd.

⁷¹ Demir, a.g.e., s.264; Özel, a.g.e., s.77.

⁷² Demir, a.g.e., s.265.

⁷³ Bunlar için bkz. Demir, a.g.e., s.264-265; Özel, a.g.e., s.83 vd.

⁷⁴ Demir, a.g.e., s.289 vd.; Özel, a.g.e., s.75, dn.308 ve özellikle s.97 vd.

⁷⁵ Aydoğdu, a.g.e., s.186; Özel, a.g.e., s.100.

Ancak bu kurallar, yani yedi günlük sürenin mallara ilişkin sözleşmelerde teslimden, hizmetlere ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlayacağı kuralı, yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, ancak sağlayıcının üzerine düşen bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması şartına bağlıdır. Eğer teslimin yapıldığı veya sözleşmenin kurulduğu tarihte, sağlayıcı henüz Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği m.5 ve m.7 hükümlerindeki bilgileri yazılı olarak (veya kalıcı diğer bir vasıta ile) tüketiciye vermemiş ise yedi günlük süre işlemeye başlamayacaktır⁸¹. Teslimden veya sözleşmenin kurulmasından sonra, yani gecikmiş olarak dahi olsa bu bilgiler ne zaman tüketiciye yazılı olarak verilirse, yedi günlük süre de o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır, (MSY. m.8,f.5). Bazen bu bilgilerin tüketiciye yazılı olarak verilmiş olması da tek başına yeterli olmayabilir, uyumsuzluk durumunda, sağlayıcının bu bilgileri verdiğini ispatlayabilecek durumda olması gerekir (TKHK.m.9/A f.2 ve kıyasen m.9/son).

AB'nin MS.Yön.m.5 hükmünde öngörülmüş olan yazılı teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, geri alma hakkının kullanılabilmesi sürenin üst sınırı (mallara ilişkin sözleşmelerde teslimden, hizmetlere ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren) üç ay olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu yönde açık bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu sebeple geri alma hakkının kullanılabilmesi sürenin üst sınırı dürüstlük kuralına göre çizilmek gerekecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi geri alma hakkı, yenilik doğuran bir haktır, dolayısıyla varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır⁸². Geri alma hakkının süresi içinde kullanılmış sayılması için geri alma beyanının yedi günlük süre içinde gönderilmiş olması yeterlidir yoksa bu süre içinde bir de varması aranmayacaktır⁸³.

⁸¹ Aynı yönde Gezder, a.g.e., s.214.

⁸² Aydoğdu, a.g.e., s.186; Özel, a.g.e., s.100.

⁸³ Aydoğdu, a.g.e., s.191; Demir, a.g.e., s.325; Özel, a.g.e., s.192; Aynı yönde Atamer, MHB 2001, s.22. Geri alma beyanının, süresi içinde gönderilmiş olmasının yeterli olduğu, ayrıca ulaşılmış olmasına gerek olmadığı BGB § 355/1, c.2'de açıkça düzenlenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, geri alma hakkının kullanılması herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁸⁴. Kapıdan işlemlere ilişkin TKHK.m.8 f.2 hükmünün önceki halinde, geri alma bildiriminin iadeli taahhütlü mektup veya noter aracılığı ile yapılması öngörülmüş idi. 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra kapıdan işlemler için bu zorunluluk kaldırıldığı gibi, mesafeli sözleşmeler için de geri alma bildiriminin şekline ilişkin bir zorunluluk öngörülmemiştir.

b. Geri Alma Hakkının Kullanılamayacağı Sözleşmeler:

Geri alma hakkının kullanılamayacağı sözleşmeler, MSY.nin 8.maddesinin 2. ve 4. fıkralarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre: (1) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmelerde; (2) Tüketicinin özel isteği ve talebi uyarınca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapılarak kişiye özel hale getirilen mallara ilişkin sözleşmelerde; ve (3) Niteliği itibarıyla iade edilemeyecek, hızla bozulma veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallara ilişkin sözleşmelerde, geri alma hakkı kullanılamayacaktır.

Görüldüğü gibi AB'nin MS.Yön.m.6/(3) hükmünde yer verilen bazı istisnalar yönetmelikte sayılmamıştır. Gerçekten AB yönergesine göre bunların dışında, fiyatı finans sektöründeki, sağlayıcı tarafından kontrol edilemeyen değişimlere bağlı olan mal ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerde; paketi tüketici tarafından açılan ses veya görüntü kayıtları veya bilgisayar programlarına ilişkin sözleşmelerde; gazete ve dergilere ilişkin sözleşmelerde ve bahis ve piyango hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde de, tüketicinin bir geri alma hakkı bulunmamaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, MSY.'de bu sözleşmelerin istisna tutulduğu açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, bu sözleşmeleri, *nitelikleri gereği geri alma hakkının kullanılamayacağı sözleşmeler* olarak nitelendirmek ve hukukumuzda da bu sözleşmelerde tüketicilere geri alma hakkı tanımamak isabetli olacaktır. Zaten paketi tüketici tarafından açılan ses veya görüntü

⁸⁴ Karş. Gezder, a.g.e., s.217.

kayıtları veya bilgisayar programları ve gazete ve dergiler, niteliği itibariyle iade edilemeyecek *mallar* oldukları için doğrudan yönetmeliğin 8.maddesinin 4.fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.

c. Geri Alma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları:

Geri alma hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak çözümler ve bir tasfiye ilişkisine dönüşür⁸⁵. Genel olarak kabul edildiği üzere bu tasfiye, birinci derecede kanun ve yönetmelik hükümleri ve ikinci derecede tamamlayıcı nitelikte olmak üzere, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir⁸⁶.

MSY.m.8/I hükmünde tüketicinin, geri alma hakkını hiçbir gerekçe göstermeksizin ve hiçbir sorumluluk üstlenmeksizin kullanabileceği ifade edildikten sonra, son cümlede geri alma hakkının kullanımından kaynaklanan masrafların satıcı veya sağlayıcıya ait olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Yani geri alma hakkının kullanılması durumunda tüketiciden, kullanma ücreti, cezai şart veya sözleşme ile kararlaştırılmış benzeri bir kesinti talep edilemeyeceği gibi, malın veya tüketici tarafından ödenmiş paranın iadesi masrafları da tüketiciye yüklenemeyecektir. Hatırlanacağı gibi MS.Yön.'nin 6.maddesinin 1.ve 2. fıkralarında, “geri alma hakkının kullanılmasından dolayı” tüketiciye, sadece, doğrudan doğruya malın iadesinden kaynaklanan masrafların yüklenebileceği, ifade edilmiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi Türk hukukunda, doğrudan doğruya malın iadesinden kaynaklanan masraflar dahi sağlayıcıya ait bulunmaktadır⁸⁷.

Mal tüketici tarafından inceleme amacının ötesinde kullanılmaya başlanmış ve bunun sonucu olarak malın değerinde bir azalma vuku bulmuşsa, bu zarar kime ait olacaktır? Yönetmelik m.8/I hükmünde tüketicinin, “*hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin*” geri alma hakkına sahip olduğunun ifade edilmiş olması, inceleme

⁸⁵ Demir, a.g.e., s.328; Özel, a.g.e., s.196-197.

⁸⁶ Demir, a.g.e., s.328; Özel, a.g.e., s.196-198.

⁸⁷ Gezder, a.g.e., s.235.

amacı dışındaki kullanımdan kaynaklanan zararın dahi sağlayıcıya ait olduğu sonucunu çıkartmaya elverişlidir. Kanaatimizce bu sonuç çok ağırdır⁸⁸. Tüketicinin hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmek zorunda olmaması, malı inceleme amacı dışında kullanmaya başlayarak, malın değerinin azalmasına sebebiyet vermesinden dahi sorumlu olmayacağı şekilde yorumlanmamalıdır. Tüketici malı daha önce görmediği ve inceleyemediği için, malı incelemekte ve özellikle denemekte haklıdır. Ama malı inceleme ve denemenin ötesinde kullanmaya başlamasının sonuçlarına da katlanmalıdır. Bu bakımdan malın inceleme amacı dışında kullanılmasından kaynaklanan zarar (malın değerinde vuku bulan azalma), malı kullanmaya başlayarak zarara sebebiyet veren tüketiciye ait olmalıdır⁸⁹. Ancak kullanma sebebiyle malın değerinde bir azalma yani bir zarar söz konusu değilse, tüketici sırf malı kullanmış olması sebebiyle bir kullanım karşılığı ödemek zorunda da değildir⁹⁰.

Kapıdan satışlara ilişkin TKHK.m.8,f.4 hükmüne göre ise, tüketici kapıdan satışlarda, malın mutlak kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalarından sorumlu değildir. Zaten kapıdan satışlara göre, mesafeli sözleşmelerde malın kullanılmasından kaynaklanan zararlardan sorumluluk konusunda farklı bir esas kabul edilmesi doğaldır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi kapıdan satışlar ile mesafeli sözleşmeler birbirinin karşısını oluşturur. Kapıdan satışlarda satıcı, çoğu zaman hiç beklenmedik bir anda tüketicinin kapısına dayanmakta ve tüketicinin belki hiç ihtiyacı olmayan bir malı, çeşitli pazarlama teknikleriyle ne yapıp edip ona satmaktadır. Bu işlem sırasında ise tüketicinin malı ya da malın fiyatını veya kalitesini başka ürünlerle karşılaştırma imkanı da bulunmamaktadır. Halbuki mesafeli sözleşmelerde, sağlayıcının tüketiciye yönelik böyle bir icbarı söz konusu olmadığı gibi, sözleşmenin kurulmasına yönelik sipariş çoğu zaman tüketiciden gelmekte, malın kendisine gönderilmesini tüketici istemektedir. Yani çoğu zaman mesafeli sözleşmelerde,

⁸⁸ Diğer taraftan yönetmelik m.8/1,c.son hükmünde yer alan, geri alma hakkının kullanılmasından kaynaklanan masrafların sağlayıcıya ait olduğu ifadesi bakımından incelenecek olursa, mal kullanılmış ve sonucunda zarar görmüş ise artık malın değerinde meydana gelen azalma, “geri alma hakkının kullanılmasından kaynaklanan masraf” kapsamında değerlendirilemez, (bu yönde Gößmann, MMR 1998, s.90-91).

⁸⁹ Alman hukukunda da malın kullanılmasından kaynaklanan zarar tüketiciye ait bulunmaktadır ancak, BGB §357/(3) hükmüne göre, tüketicinin malı (inceleme dışında) kullanmaya başlamasından kaynaklanan değer azalmasından sorumlu tutulabilmesi için, bu hukuki sonuçtan en geç sözleşmenin kurulması anında yazılı olarak (“in textform”) haberdar edilmesi gerekmektedir

⁹⁰ Karş. Atamer, MHB 2001, s.23.

tüketicinin ihtiyaç duyduğu bir sözleşmeyi akdetmesi durumunun söz konusu olduğu ve siparişi vermeden önce, gerekli karşılaştırmaları yapmış olduğu veya yapması gerektiği söylenebilir⁹¹. Bu bakımdan, kullanmadan kaynaklanan zararın veya değer azalmasının dahi sağlayıcıya ait olması çok aşırı ve adaletsiz bir sonuç olur. Menfaatler dengesi gereğince, kullanma neticesinde malın değerinde bir azalma olmamışsa, sağlayıcının bu kullanma karşılığında herhangi bir bedel talep edememesinin fakat malın değerinde bir azalma olmuşsa artık bu zarara tüketicinin katlanması en adil sonuç olacağı düşüncesindeyiz.

TKHK.m.9/A,f.son ve MSY. m.9,f.2 hükümlerine göre, satıcı veya sağlayıcı, geri alma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketicuyu bu hukuki işlemde dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür.

Ayrıca, tüketicinin ödediği bedel, sağlayıcı veya sağlayıcı ile aralarındaki anlaşma gereğince bir üçüncü kişi tarafından karşılanıyorsa yani bir bağlı kredi varsa, geri alma hakkının kullanılması ile birlikte bu kredi sözleşmesi de kendiliğinden sona erer. Ancak bunun için, geri alma bildiriminin kredi verene de yazılı olarak iletilmesi gerekmektedir (MSY. m.8,f.son).

⁹¹ Nitekim elektronik ticaretin en önemli avantajlarından biri olarak, tüketicinin internet üzerinden kolayca karşılaştırma yaparak ihtiyaç duyduğu ürünü en kolay ve isabetli şekilde bulması imkanının gösterildiği unutulmamalıdır, bkz. yukarıda. I,B,2,a,(2).

SONUÇ:

1- Bir iletişim teknolojisi ve yöntemi olarak internet, hayatın tüm alanlarını olduğu gibi, ticari faaliyetlerin ve hukuki işlemlerin yapılış şekillerini de etkilemiş bulunmaktadır. Telekomünikasyon ağları üzerinden gerçekleşen iletişime dayanan ticari faaliyetleri ifade eden elektronik ticaretin, en yaygın ve en yüksek oranda karşılaşılan şekli internet üzerinden gerçekleşen elektronik ticarettir. Nitekim iletişim ağları üzerinden ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesi yeni bir yöntem olmamasına rağmen, elektronik ticaret kavramı, internetin yaygınlaşmasıyla birlikte genel olarak kullanılmaya başlanmış ve yerleşmiştir. İşte internetin etkisiyle elektronik ticaret alanında yaşanan hızlı gelişme, “elektronik ticaret hukuku” adı altında yeni bir inceleme alanının oluşmasını sağlamıştır.

2- Elektronik ticaret hukukunun, hukukun ayrı ve bağımsız bir disiplini olarak kabul edilip edilmeyeceğini zaman gösterecektir. Bugün için elektronik ticaret hukuku, hukukun bağımsız bir disiplini olarak görülemez. Bu kavram, elektronik ticaret faaliyetleri çerçevesinde karşılaşılan tüm hukuki sorunları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Medeni hukuktan vergi hukukuna, devletler özel hukukundan usul hukukuna, haksız rekabet hukukundan fikri mülkiyet hukukuna, elektronik ticaret faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkan tüm hukuki sorunlar, elektronik ticaret hukukunun kapsamına girmektedir. Diğer bir ifadeyle elektronik ticaret hukuku, bağımsız bir disiplin olmayıp, hukukun çeşitli disiplinlerinin ve bunlara ait kuralların, elektronik ticarete uygulama alanı bulması, yani bu faaliyetler çerçevesinde karşılaşılan sorunlara uygulanması olarak görülmek gerekir. Bu nedendir ki, elektronik ticaret hukukunu yeni bir “inceleme alanı” olarak nitelendirmekteyiz.

3- Elektronik ticaret, çok çeşitli faaliyetleri ve uygulamaları içermekte ve aynı oranda değişik hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Tüm bunların temelinde ise, şüphesiz elektronik vasıtalarla sözleşmelerin kurulması, yani Türk hukukunda yaygın kullanımıyla elektronik sözleşmeler yatmaktadır. Sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulmasıyla da, elektronik ticaret faaliyetleri hayat bulmaktadır. Elektronik sözleşme kavramı, bir sözleşme tipini veya grubunu ifade etmez. Hukuki nitelikleri ne olursa

olsun, elektronik vasıtalarla (ve bu anlamada olmak üzere elbette internet üzerinden) kurulan tüm sözleşmeler, elektronik sözleşme kavramına dahil bulunmaktadır.

4- Hukukumuzda irade beyanı kural olarak herhangi bir şekle veya belli bir iletişim biçimine bağlı değildir. Bu sebeple sözleşmenin elektronik vasıtalarla kurulmasını sağlayacak olan irade beyanlarının, elektronik yollarla yapılmasına yani bunların geçerliliğine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durum hem, bir insan tarafından bizzat oluşturulmuş – açıklanmış ve elektronik yollarla iletilmiş irade beyanları için, ve hem de, insan katılımı olmaksızın bir bilgisayar programı sayesinde otomatik ve elektronik olarak oluşturulmuş ve açıklanmış irade beyanları (bilgisayar açıklamaları) için söz konusudur. Zira bu ikinci durumda bilgisayar, belirli bir şekilde hareket etmek üzere programlanmakta ve neticede bilgisayarın gerçekleştirdiği işlemlerin temelinde insan iradesi yatmaktadır. Bu bakımdan bilgisayar açıklamaları durumunda da, bir gerçek veya tüzel kişiye **doğrudan** atfedilen bir irade beyanı söz konusudur. Bu irade beyanının, bir insan tarafından bizzat oluşturulmuş ve açıklanmış irade beyanları ile bir farkı bulunmamaktadır.

5- Sözleşmelerin geleneksel yollarla kurulması ile elektronik vasıtalarla kurulması arasındaki tek fark kullanılan iletişim vasıtası olup, bu fark özel bir hukuki düzenleme gerektirmemektedir. Yani sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel kurallar, tabiidir ki, sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulması bakımından da geçerlidir. Sadece, bu genel kurallar elektronik vasıtalarla sözleşmelerin kurulmasına uygulanırken, söz konusu iletişim şeklinin özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, AB'nin E-Tic.Yön. hükümleri çerçevesinde, elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmelere ilişkin hükümler getirilmiş olmakla birlikte bu hükümler, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel kuralları değiştiren ilkeler ihtiva etmemektedir. Ancak, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel kurallar değişmemekle birlikte, E-Tic.Yön hükümleri, elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmenin bir tarafını oluşturan sağlayıcıya çeşitli yükümlülükler yüklemiş bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, E-Tic.Yön.m.10'da öngörülmüş olan sözleşme öncesi “bilgilendirme yükümlülüğü” ile, E-Tic.Yön.m.11'de öngörülmüş olan, “siparişin ulaştırılmasının teyidi” ve “girdi hatalarının

düzeltilmesi için teknik imkanlar sağlama” yükümlülükleridir. Bu hükümler henüz Türk hukukuna uyarlanmamış olup, bu yönde düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

6- Sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel kurallar, internet üzerinden sözleşmelerin kurulmasına uyarlanırken öncelikle, internetteki değişik iletişim şekillerinin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı gerçekleştiğinin tespiti uygun olacaktır. Bu tespit taraflar arasındaki iletişimin doğrudan doğruya ve eş zamanlı olup olmadığına ve tarafların karşılıklı olarak soru sorma imkanına sahip bulunup bulunmadıklarına göre yapılmalıdır. Taraflar, doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde, karşılıklı olarak derhal soru sorma, açıklama yapma ve tepki verme imkanına sahip bulunuyorlar ise hazırlar arasında, aksi takdirde hazır olmayanlar arasında bir iletişim söz konusudur. Bu kıstası uyguladığımızda görülmektedir ki, e-posta yoluyla veya web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanları hazır olmayanlar arasında; eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen gerek yazılı gerekse sözlü veya görüntülü (chat, internet telefonu veya video konferans yoluyla yapılan) irade beyanları ise hazırlar arasında yapılmış olmaktadır.

7- E-posta olarak gönderilen bir elektronik irade beyanı, muhatap tarafından erişilmek/çağrılmak üzere muhatabın e-posta kutusunda **kaydedildiği anda** muhatabın hakimiyet alanına girmiş demektir. Ancak ulaşmanın, yani irade beyanının hüküm ifade etmeye başlamasının bu anda gerçekleştiğini kabul etmek için, e-posta adresi sahibinin bu yönde bir kullanıma izin vermiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, e-postanın hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerde, klasik iletişim yolları ile aynı hukuki sonucu doğuracak şekilde kullanılabilmesi, yani gönderilen irade beyanının ulaşma ile hüküm ifade etmeye başlayabilmesi için, e-posta adresi sahibinin bu yönde bir kullanıma en azından örtülü bir şekilde müsaade etmiş olması gerekmektedir. E-posta adresinin ticari bir kullanıcıya ait olması durumunda, bu yönde bir kullanıma izin verilmiş olduğunun kabulü için, bu e-posta adresinin herhangi bir şekilde açığa vurulması-bildirilmesi yeterlidir. Kullanıcının bir tüketici olması durumunda ise bu e-posta adresinin herhangi bir şekilde açığa vurulması yeterli olmayıp, tüketici-kullanıcının somut olarak iletişime girdiği muhatabına e-posta iletişimini hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde de kullandığını bir şekilde bildirmesi gerekir. Mesela iletişimi e-posta yoluyla kendisi başlatan tüketici bu

e-posta adresinin bu yönde kullanımına müsaade etmiş demektir ve artık bu e-posta adresine gönderilen irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlayacaktır. E-posta adresinin kullanımına ilişkin açık veya örtülü bir izin olmaksızın e-posta olarak gönderilen bir irade beyanı ise ancak öğrenme anında ulaşmış sayılacaktır. Web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanları, muhatabın bilgisayarına girdiği ve bu bilgisayara kaydedildiği anda ulaşmış olacaktır. Chat kanalları üzerinden gönderilen irade beyanları da, muhatabın hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurur. Burada asıl olan, muhatabın, irade beyanını öğrenme imkanına sahip olmasıdır. Muhatabın, irade beyanını fiilen öğrenmesi şart değildir.

8- Bir irade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu konusunda anlaşmazlık doğması durumunda bu irade beyanının niteliği, güven prensibinin ışığında gerek irade beyanının içeriğine gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak tespit edilmelidir. Bu temel prensip, internet üzerinden yapılan irade beyanlarının tespitinde de geçerlidir. Ancak web sayfalarındaki irade beyanlarının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce, web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken, bunun güven prensibinin ışığında tespit edilmesi gereğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bu nitelendirme her somut olayda, kullanıcının web sayfasının içeriğine, dürüstlük kuralı ve tüm şartlar çerçevesinde vermesi gereken anlama göre yapılmalı ve o web sayfasının öneri mi yoksa öneriye davet mi teşkil ettiği bu şekilde tespit edilmelidir.

9- Tüm irade beyanlarında olduğu gibi kabul beyanının hüküm ifade etmesi de öneride bulunana ulaşmasına bağlıdır. E-posta olarak gönderilen bir kabul beyanı, daha sonra muhatapça erişilmek üzere muhatabın e-posta kutusunda kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşmeyi kurmuş olur. Bunun için öneride bulunanın, e-posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gerekliliği unutulmamalıdır. Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise web sayfasının öneri veya öneriye davet teşkil etmesine göre saptanacaktır. Buna göre, web sayfası öneri niteliğindeyse, kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla; web sayfası öneriye davet niteliğindeyse, sağlayıcının kabulünün kullanıcının bilgisayarında kaydedilerek ekranda belirmesiyle sözleşme kurumuş olacaktır. Chat kanalı üzerinden

gerçekleşen bir iletişimde veya internet telefon bağlantısı ya da video konferans görüşmesinde ise hazırlar arasında cereyan eden bir görüşme söz konusu olduğu için, kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır.

10- Buraya kadar belirttiğimiz şekliyle, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel kurallar, elektronik ticaretin güvenli bir şekilde gerçekleştirilebilmesi hususunda, iki noktada yetersiz kalmıştır. Daha doğru bir ifadeyle, elektronik ticaretin gelişmesi için tarafların kendilerini güven içerisinde hissetmeleri gerekmektedir. Bu güven duygusunun oluşması, özellikle, e-imza ve tüketicinin korunması hususlarında hukuki düzenlemeler yapma ihtiyacını doğurmuştur. Gerçekten elektronik ticaretin en belirgin özelliği, hukuki işlemlerin kağıda dayanır olmasına ilişkin geleneksel uygulamayı değiştirmiş olmasıdır. Elektronik ticarete hukuki işlemler, kağıt üzerinde değil, elektronik belgeler (dokümanlar) şeklinde gerçekleşmektedir. Böyle olunca, bu elektronik belgelerin hukuki geçerliliğinin ve ispat gücünün tanınması gerekmiştir. Bu da, e-imzaların hukuken tanınması ve elle atılan imzalarla hukuken eş değer kılınması ile mümkün olmuştur.

11- E-imza konusunda birçok ülke özel kanunlar çıkarttığı gibi, uluslararası organizasyonlar da çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Türk hukukunda da 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bu konuda düzenlemeye gidilmiştir. E-imzayı “bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan ve imzalayanın kimliğini, verinin içeriğini ve bu içeriğin imzalayan tarafından kabul edildiğini doğrulamaya yarayan elektronik veriler” şeklinde tanımlamaktayız. AB’nin E-İmza Yön.’nin düzenlemesi içerisinde e-imza, hiyerarşik olarak üç ayrı kategoriye ayrılmıştır: (1) Genel olarak e-imza (basit e-imza); (2) Gelişmiş e-imza, ve (3) Yönerge m.5/1’deki şartları taşıyan gelişmiş e-imza. Yani, nitelikli bir sertifikaya dayanan ve bir güvenli imza yaratım aracı vasıtasıyla oluşturulmuş gelişmiş e-imza (nitelikli-gelişmiş e-imza). İşte E-İmza Yön. m.5/1-a hükmü gereğince, sadece *nitelikli-gelişmiş e-imza* elle atılmış bir imza ile hukuken eş değer kılınmıştır. Amerikan hukukunda ise, oldukça farklı bir düzenleme tarzı benimsenmiştir. E-Sign Act Sec.101(a) ve Sec.106(5) düzenlemeleri ile, tüm e-imzalar, elle atılmış bir imza ile hukuki açıdan eşdeğer kılınmış

bulunmaktadır ve bu eşdeğer kılınma hiçbir şekilde, e-imzanın belirli şartları taşıması gerekliliğine tabi tutulmamıştır. E-Sign Act ile, güvenilirlik derecesi ne olursa olsun her türlü e-imza, elle atılmış bir imza ile eşdeğer kılınmıştır. Buna karşılık bir e-imza veya kaydın geçerliliği, muhatapça kabul edilmesine bağlanmıştır, E-Sign Act Sec.101(b)(2).

12- AB düzenlemesine paralel olarak Türk hukukunda ise E-İmza K. ile, ikili bir ayrıma gidilmiştir: (1) Kanunun m.4-7 hükümlerinde düzenlenmiş olan “güvenli e-imza” ve (2) güvenli e-imzanın özelliklerini taşımayan “basit e-imza”. E-İmza K. m.5 hükmüne göre, güvenli e-imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracaktır. Bu hüküm sayesinde, özel hukuk alanında hem şekle tabi sözleşmelerin elektronik ortamda kurulabilmesi, hem de güvenli e-imza ile imzalanmış elektronik belgelerin mahkemelerde senet olarak kabul edilmesi mümkün olmaktadır. İstisna olarak E-İmza K.m.5/II’ye göre ise, kanunen resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutulmuş hukuki işlemlerin ve teminat sözleşmelerinin ise, güvenli e-imza ile imzalanmış dahi olsa elektronik ortamda akdedilemeyeceği düzenlenmiştir. İspat hukuku açısından ayrıca, E-İmza K.m.23 hükmüyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 295/A maddesi eklenerek, güvenli e-imza ile imzalanan elektronik belgeler, senet olarak kabul edilmiştir. Ancak güvenli e-imza niteliği taşımayan, basit e-imzaların ispat değeri konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bir e-imzanın, güvenli e-imza niteliğini taşılamamasının sebebi, salt nitelikli elektronik sertifikaya dayanmaması ise, yani basit e-imza, E-İmza K.m.4’deki diğer unsurları taşıyor ve sadece nitelikli sertifikaya dayanmama sebebiyle bu hüküm gereğince güvenli e-imza kabul edilemiyorsa, böyle bir e-imza ile imzalanmış belgeyi, yazılı delil başlangıcı olarak kabul etmek gerekir. Zira e-imzanın bu unsurları taşıması durumunda, belgenin, aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması ve belgenin hukuki işlemin vukuuna delalet etmesi şartları yerine gelmiş olmaktadır. Fakat nitelikli elektronik sertifikaya dayansa bile E-İmza K.m.4’deki diğer unsurları veya bunlardan birini taşımayan bir e-imza, bu şartları yerine getiremeyeceği için yazılı delil başlangıcı olarak dahi kabul edilemez. Bunlar, özel hüküm sebebi olarak, ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde delil olarak ileri sürülebilirler.

13- İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde tüketicinin korunması ise, mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde sağlanmaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, tüketicinin bilgilendirilmesinin sağlanması ve tüketiciye geri alma hakkı tanınması, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması bakımından büyük önem taşımaktadır. Özellikle vurgulamak gerekir ki, mesafeli sözleşme, herhangi bir sözleşme tipi veya çeşidi değildir. Tüketici sözleşmelerinin kurulmasında izlenen bir yöntemdir. Kanun koyucu, bu yöntemin (uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasının), tüketiciler açısından doğurduğu sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, mesafeli sözleşmeler adı altında bu yöntemi ayrıca düzenleyerek tüketicileri koruma yoluna gitmiştir. Kısaca mesafeli sözleşmeler, tüketici hukukuna ait bir kavramdır. Bu bakımdan benzer kavram ve kurumlar ile karıştırılmamalıdır. AB'nin konuya ilişkin bir yönergesi bulunduğu gibi, Türk hukukunda da, 4822 sayılı kanunla "mesafeli sözleşmeler" düzenlenmiş bulunmaktadır, (TKHK.m.9/A). Ayrıca bir de, bu hüküm gereğince Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılmış "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" bulunmaktadır. Türk hukukundaki mesafeli sözleşme düzenlemesi AB'nin MS.Yön. düzenlemesine göre oldukça farklıdır ve çeşitli aksaklıklar taşımaktadır. Fakat Türk hukukundaki düzenlemeyi esas olarak AB yönergesine paralel olarak yorumlamak ve anlamak tutarlı olacaktır.

14- Türk hukukundaki düzenlemede üç önemli sakatlık bulunmaktadır: (1) İlk önemli sakatlık, MSY.m.7 hükmünde, "*mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur*" ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Halbuki, TKHK.m.9/A hükmünde, mesafeli sözleşmelerin şekle tabi olduğuna dair bir ifade yer almamaktadır. Zaten mesafeli sözleşmelerin şekle tabi tutulması gibi bir husus söz konusu olamaz. Şekil şartı, mesafeli sözleşme kavramıyla bağdaşmaz. Ayrıca bir yönetmelik hükmüyle, satım, kira, istisna gibi birçok sözleşmenin, uzaktan iletişim araçları ile kurulması durumu için yazılı şekil şartı öngörülmesi düşünülemez. MSY.m.7 hükmü, mesafeli sözleşmenin kurulması durumunda tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkindir. Bu hükümle, mesafeli olarak akdedilebilecek tüm sözleşmeler yazılı şekil şartına tabi kılınamayacağına göre, burada amaç zaten geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmede, bu maddede belirtilen bilgilerin yazılı olarak (kağıt üzerinde veya diğer bir kalıcı vasıta ile) tüketiciye

verilmesinin, yani tüketicinin yazılı olarak bilgilendirilmesinin sağlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle bu maddedeki yazılılık şartı, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir şekil şartı olmayıp, bilgilendirmeye ilişkindir ve maddede sayılan bilgilerin yazılı olarak tüketiciye verilmesi gereğini ifade etmektedir. (2) İkinci önemli sakatlık, TKHK.m.9/A f.5 hükmünde, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin mesafeli sözleşmelere de uygulanacağını belirtilmesidir. Halbuki, kapıdan işlemler ile mesafeli sözleşmeler birbirinden çok farklı iki kurumdur. Mantıken bunlar, birbirinin tamamen zıddı şekilde işlemekte, birbirinin karşısını oluşturmaktadır. Kapıdan işlemlerde, tüketici ile satıcı ya da sağlayıcının yüz yüze gelmesi esas olduğu halde, mesafeli sözleşmelerde tam tersi bir durum söz konusudur. TKHK.m.9/A düzenlemesinde bu hükmün yer alması, bu maddenin hazırlanmasındaki özensizlik, dikkatsizlik ve ihmal sonucu olarak görülmek gerekir. Bu sebeple bu hüküm tamamen yok sayılmalıdır. (3) Nihayet TKHK.m.9/A,f.2, c.2'de ve MSY. m.6 hükümlerinde, sağlayıcının sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü, sözleşmenin kurulması olgusu ile ilişkilendiren, olağan dışı bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükümlere göre, tüketici bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemeyecektir. Bu sonucun kabul edilmesi ise mümkün değildir. Burada amaç, sözleşme öncesi bilgilendirmenin temini ve sözleşmenin kurulması durumunda ise, bu bilgilerin tüketiciye kesinlikle verilmesinin sağlanmasıdır. Teyit mekanizması ile de, ispat kolaylığı amaçlanmakta ve bilgilerin tüketiciye verilip verilmediğinin bu yolla sağlayıcı tarafından ispat edilebilmesi mümkün kılınmaktadır. Kanun koyucunun amacı bundan başka bir şey olamayacağına göre, hükmü amacına göre yorumlamak gerekir. Buna göre, sağlayıcı gerekli bilgileri tüketiciye verdiğini ispatlamadığı sürece, tüketicinin geri alma hakkı için öngörülmüş olan sürenin işlemeye başlamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

15- Son olarak belirtmek gerekir ki, AB'nin E-Tic.Yön. çerçevesinde öngörülmüş olan (bilgilendirme, girdi hatalarının düzeltilmesi imkanı sağlama ve siparişin ulaştığının teyidi yükümlülükleri ve internet aracı hizmet sağlayıcılarının sorumlulukları gibi) çeşitli düzenlemelerin ve Tüketici Finans Hizmetlerinin Mesafeli Pazarlanmasına İlişkin 2002/65/EC Yönergesinin, Türk hukukuna uyarlanması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA:

- ACAR, FARUK: "Uzağa Satış Sözleşmesi Yapımında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Avrupa Topluluğu Direktifi", **İBD**, 2000, s.45.
- Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, (Dictionary of Computer and Internet Terms, Dowining,Covington,Covington, BARRON'S, 1996) Çev. Erkan, Karaerkek, Keskin, Songür, Ankara 1999.
- AHRENS, HANS-JÜRGEN: "Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce Richtlinie", **CR** 2000, s.835.
- AKİPEK, ŞEBNEM: "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyum", **BATİDER** Aralık 2002(4), C.XXI, s.45.
- AKİPEK, ŞEBNEM / DARDAĞAN, ESRA: "Sanal Ortamda Telif Hakları", **BATİDER**, C.XXI, Haziran 2001(1), s.47.
- AKİPEK, ŞEBNEM / DARDAĞAN, ESRA: "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHFD.**, C.50, 2001(3), s.115.
- AKKAYA, MUSTAFA: "Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi", **Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Ankara 2001 içinde, s.175 vd.
- ALANGOYA, H. YAVUZ: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 3.Bası, İstanbul, y.y., 2003.
- ALTAŞ, HÜSEYİN: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998
- ALTINIŞIK, ULVİ: **Elektronik Sözleşmeler**, Ankara, Seçkin, 2003.
- ARIKAN, AYŞE SAADET: "Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler", **Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Ankara, NOTEV, 2001 içinde, s.13 vd.
- ARIKAN, AYŞE SAADET: "İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.89.
- ARNOLD, DIRK: "Verbraucherschutz im Internet, Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie", **CR** 1997, s.526.

- ASLAN, İ. YILMAZ: **Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 1. Baskı 1996, 2.Baskı 2004. (Eserin her iki baskısına da atıf bulunmakta olup, atıflar yayın tarihleri belirtilerek yapılmıştır).
- ATAMER, M. YEŞİM: “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, **İHFM** 1995-1996, C.LV, s.421.
- ATAMER, M. YEŞİM: “Kredi Kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşıyacaktır”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.993.
- ATAMER, M. YEŞİM: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Öngören Taslağın Sözleşme Hukukunun Bazı Yönleri Açısından Avrupa Birliği Mevzuatıyla Karşılaştırılması”, **MHB**. 2001, s.1.
- AUERBACH, ANDREAS: “Bestellvorgänge mittels Bildschirmtext”, **CR** 1988, s.18.
- AYDOĞDU, MURAT: **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998.
- BARNES, G. JAMES / BYRNE, E. JAMES: “E-Commerce and Letter of Credit Law and Practice”, **The International Lawyer**, Spring 2001, V.35(1), s.23
- BARTL, HARALD: “Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirmtextes”, **DB** 1982, s.1097.
- BAŞALP, NİLGÜN: “Kişilik Hakkının Korunması Sorunu Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2003.
- BATTAL, AHMET: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- BECKER, H.: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, I. Abteilung, Bern 1941.
- BERNSTORFF, CHRISTOPH GRAF: “Der Abschluss elektronischer Verträge”, **RIW** 2002, s.179.
- BİLGE, NECİP / ÖNEN, ERGUN: **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- BLAUROCK, UWE / ADAM, JÜRGEN: “Elektronische Signatur und europäisches Privatrecht”, **ZEuP** 2001, s.93.
- BONE, G. ROBERT: “Bağlanma (Linking), Toplama, (Aggregating) ve Buluş Yapma (Innovating): Web Sitelerine ve Site İçeriklerine Erişimin Düzenlenmesinde Mülkiyet, Sözleşme ve Haksız Fiil Prensiplerinin Rolü”, (Çev. Ayça Akkayan

- Yıldırım), Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.31.
- BOZBEL, SAVAŞ: “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN – Tahkim Usulü”, Prof.Dr.Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.215.
- BOZBEL, SAVAŞ: “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler”, **YD** 2001(1), s.273.
- BOZBEL, SAVAŞ: “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, **AÜEHFD** Aralık 2003, C. VII, S.3-4.
- BÖRNER, FRITJOF / HEITMANN, STEPHAN / SENGPIEL, MARKUS / STRUNK, GÜNTHER / ZÖLLKAU, YORK: **The German Internet Law Adviser, Legal and Tax Implications for E-Commerce**, Köln, Bundesanzeiger, 2000
- BRINER, G. ROBERT: **Verträge und Haftung im Internet**, Zürich, Orell Füssli, 2002.
- BRINKMANN, WERNER: “Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext”, **BB** 1981, s.1183.
- BRINKMANN, WERNER: “Zivil- und presserechtliche Fragen bei der Nutzung von Bildschirmtext”, **ZUM** 1985, s.337.
- BRISCH, M. KLAUS: “EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr”, **CR** 1999, s.235.
- BRÜNGGER, RENATA JUNGO: “Konsumentenrechtsrelevanter Datenschutz”, **Geschäftsplattform Internet**, Ed. by. Rolf H. Weber, Reto M. Hilty, Rolf Auf der Maur, Zürich, Schulthess, 2000 içinde, s.295.
- BUDNITZ, MARK E.: “Privacy Protection for Consumer Transactions in Electronic Commerce”, **S.C.L.R.** 1998, V.49(4), s.847.
- BUSCHE, JAN / KRAFT, HARTMUT: “Werbung per electronic mail: Eine neue Herausforderung für das Wettbewerbsrecht?” **WRP** 1998, s.1142.
- BÜHLER, LUKAS: **Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1999.
- BYRNE, E. JAMES / TAYLOR, DAN: **ICC Guide to the eUCP, Understanding the electronic supplement to UCP 500**, ICC publication No.639.
- CADOSCH, M. ROGER: **Besteuerungsprobleme beim Electronic Commerce**, Bern, Stämpfli, 2001.

- CANPOLAT, ÖNDER: **E-Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler**, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı TRKGM yayını, Ankara, 2001.
- CHISSICK, MICHAEL / KELMAN, ALISTAIR: **Electronic Commerce: Law and Practice**, London 1999.
- CICHON, CAROLINE: **Rechtsnatur von Internetverträgen: Verträge über Internet-Leistungen und Ecommerce**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999.
- CLEMENS, RUDOLF: "Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren", **NJW** 1985, s.1998.
- CROCKER, THOMAS: "The E-Sign Act, In Facilitation of E-Commerce", (çevrimiçi), <http://www.ftc.gov/bcp/workshops/esign/postcomments/crocker.pdf>, 3.4.2004.
- DEMİR, MEHMET: **Kapıdan İşlemlerde Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2001.
- DEMİR, MEHMET: "4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler", **BATİDER** Haziran 2003(1), C.XXII, s.203.
- DENİZ, RECEP BAKİ: **İşletmeden Tüketicuyu İnternette Pazarlama ve Türkiye'deki Boyutları**, İstanbul 2001.
- DICKIE, JOHN: **Internet and Electronic Commerce Law in the European Union**, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999.
- DILGER, PETRA: **Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet**, München, Verlag C.H. Beck, 2002.
- DOĞAN, MURAT: "İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.463.
- DÖRNER, HEINRICH: "Rechtsgeschäfte im Internet", **AcP** 2002, s.363.
- DÖRR, BIANKA SOFIE: **Elektronische Signaturen und Haftung der Anbieter von Zertifizierungsdiensten**, Zürich, 2002.
- ENGİN, BAKİ İLKAY: "Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler", Türk Hukukunun Avrupa Hukukuna Uyumu -Acquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul 2001 içinde, s.463.
- EREN, FİKRET: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2001.
- ERNST, STEFAN: "Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet", **NJW-CoR** 1997, s.165.
- ERNST, STEFAN: "Die Online Versteigerung", **CR** 2000, s.304.

EROĞLU, SEVİLAY: “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.209.

EROĞLU, SEVİLAY: “İnternette Telif Hakkı”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.65.

ESCHER, MARKUS: “Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet”, WM 1997, s.1173.

FALCIOĞLU, METE ÖZGÜR: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Elektronik Satım Sözleşmesinin Kuruluşu”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2004.

FINA, SIEGFRIED: “Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht”, ZfRV 2001, s.1.

FREYTAG, STEFAN: “Providerhaftung im Binnenmarkt, Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie”, CR 2000, s.600.

FRINGUELLI, PIETRO / WALLHÄUSER, MATTHIAS: “Formerfordernisse beim Vertragsschluß im Internet”, CR 1999, s.93.

FUNK, AXEL : “Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail”, CR 1998, s.411.

GAUCH, PETER / SCHLUEP, R. WALTER: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band I, Zürich, Schulthess, 1991.

GEIS, IVO: “Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur”, RDV 2000, s.208.

GEZDER, ÜMİT: **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, Beta, 2004.

GILLES, PETER: “Deutscher Landesbericht: Prozessrecht und Internet”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.355.

GÖßMANN, CHRISTINE: “Electronic Commerce, Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien”, MMR 1998, s.88.

GUHL, THEO / KOLLER, ALFRED: **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, Schulthess, 2000.

- GÜNGÖR, GÜLİN: "Internet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", **AÜHFD.**, 1997, s.101.
- GÜNTHER, ANDREAS: "Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Artikel 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG", **CR** 1999, s.172.
- GÜNVER, R. OSMAN: "İnternette Ödeme", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.209.
- HAFNER, KATIE / IYON, MATTHEW: **İnternet Tarihi**, çev. Sinem Yazıcıoğlu, İstanbul, Güncel Yayıncılık, 2000.
- HÄRTING, NIKO: "Fernabsatz – Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", **MDR** 2002, s.61.
- HÄRTING, NIKO: "Das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach §3 FernAbsG", **VuR** 2001, s.11.
- HATEMİ, HÜSEYİN: **Borçlar Hukuku Fasikülleri**, y.y., t.y.
- HATEMİ, HÜSEYİN: **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1997
- HOEREN, THOMAS : "Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, Eine Erste Kritische Analyse", **MMR** 1999, s.192.
- HUGENHOLTZ, P.BERNT (Ed.): **Copyright and Electronic Commerce, Legal Aspects of Electronic Copyright Management**, London, Kluwer, 2000.
- HUNGER, PATRICK: **Die Begründung der Geschäftsverbindung im Internet-Banking**, Zürich, Schulthess, 2000.
- İÇEL, KAYIHAN: **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, Beta, 2001.
- İNAL, EMREHAN: **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, Beta, 2000.
- JOHN, UWE: "Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen", **AcP** 1984 (184), s.385.
- JÖHRI, YVONNE: **Werbung im Internet**, Zürich, Schulthess, 2000.
- JUNKER, ABBO: "Internationales Vertragsrecht im Internet, Im Blickpunkt: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht", **RIW** 1999, s.809.
- KAPLAN, YAVUZ: "İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü", **AÜEHFD.**, C.VII, S.3-4, Aralık 2003, s.697.

- KESER BERBER, LEYLA: “Elektronik Ödeme Araçları, Elektronik Paranın Merkez Bankasının Para Politikası ve Kara Para Aklaması Açısından Değerlendirilmesi”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.219.
- KESER BERBER, LEYLA: **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, Ankara, Yetkin, 2002.
- KILIAN, WOLFGANG: “EG-Richtlinie über digitale Signaturen in Kraft”, **BB** 2000, s.733.
- KIRCA, ÇİĞDEM: “İnternette Sözleşme Kurulması”, **BATİDER** Aralık 2000(4), C.XX, s.99.
- KIRCA, İSMAİL: “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, Prof.Dr.Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.527.
- KIRÇOVA, İBRAHİM: **İnternette Pazarlama**, İstanbul 1999.
- KLEIER, ULRICH: “Bildschirmtext – Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen”, **WRP** 1983, s.534.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1985. (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Giriş, Sözleşmeler**, (yayınlanmamış fakat yayına hazırlanmış haliyle) C.I, İstanbul (t.y.). (Kocayusufpaşaoğlu, **Giriş, Sözleşmeler**).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP: **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968. (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**).
- KOCH, A. FRANK: **Internet-Recht: Praxishandbuch mit dem neuen Medien und Telediensterecht, Checklisten und Musterverträgen**, München, Oldenbourg, 1998.
- KOLLER, ALFRED: **Empfangstheorie und Ferien-Kündigung**, **ZBJV** 1999.
- KÖHLER, MARKUS / ARNDT, H. WOLFGANG: **Recht des Internet**, Heidelberg, Müller, 2000.
- KRAMER: **Münchener Kommentar**, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3.Auflage, München 1993.
- KUNER, CHRISTOPHER: “Beyond Safe Harbor: European Data Protection Law and Electronic Commerce”, **The International Lawyer** 2001 V.35(1), s.79.

- KURU, BAKİ: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.II-III, İstanbul, Demir Demir, 2001.
- LACHMANN, JENS-PETER: "Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtextes", **NJW** 1984, s.405.
- LURGER, BRIGITTA / VALLANT, SONJA MARIA: "Grenzüberschreitender Wettbewerb im Internet", **RIW** 2002, s.188.
- MAENNEL, FRITHJOF A.: "Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission", **MMR** 1999, s.187.
- MANKOWSKI, PETER: "Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce Richtlinie", **ZVglRWiss** 2001, s.137.
- MAYER, C. FRANZ: "Recht und Cyberspace", **NJW** 1996, s.1782.
- MECKLENBURG, WILHELM: "Internet Freiheit", **ZUM** 1997, s.525.
- MEENTS, JAN GEERT: "Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet", **CR** 2000, s.610.
- MEENTS, JAN GEERT: **Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1998.
- MEHRINGS, JOSEF: "Vertragsabschluß im Internet, Eine neue Herausforderung für das „alte“ BGB", **MMR** 1998, s.30.
- MEMİŞ, TEKİN: "Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi", **AÜEHFD** 2001, s.431.
- MERZ, HANS: **"Vertrag und Vertragsschluss"**, Freiburg, Universitätsverlag, 1988.
- MICKLITZ, HANS-WOLFGANG: "Verbraucherschutz und Bildschirmtext", **NJW** 1982, s.263.
- MORITZ, HANS-WERNER: "Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?", **CR** 2000, s.61.
- NEUMAYER, KARL H.: **Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems I**, Ed. by Rudolf B. Schlesinger, 1968 içinde, s.699 vd.(Neumayer, Schlesinger içinde).
- NEUMAYER, KARL H.: "Vertragsschluss durch Kreuzofferten", **Festschrift für Otto Riese** 1964 içinde, s.309. (Neumayer, **Festschrift für Otto Riese**).
- NOMER, ERGİN: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta, 1998.

OĞUZMAN/BARLAS: **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul, Beta, 2002.

OĞUZMAN/ÖZ: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000.

OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.663 (Oğuzman Armağanı içinde).

OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı) ”, **AÜHFD**. 2001(1), C.50, s.55.

ÖZDİLEK, ALİ OSMAN: **İnternet ve Hukuk**, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2002.

ÖZEL, ÇAĞLAR: **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, t.y.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, HATİCE: **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003.

ÖZSUNAY, ERGUN: **Karşılaştırmalı Hukuka Giriş**, İstanbul 1976.

ÖZSUNAY, ERGUN: “Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.121. (Özsunay, internet hukuku sempozyumu).

ÖZTEKİN GELGEL, GÜNSELİ: **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000.

ÖZTÜRK, SİNAN: “Elektronik Sözleşmeler: Kuruluş ve Geçerlilik Şartları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002.

PAPATHOMA-BAETGE, ANASTASIA: “Zivilrechtliche Probleme der Zusendung unerbetener E-Mail Werbung in Deutschland”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.485.

PEKCANITEZ, HAKAN: “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 içinde, s.389. (Pekcanitez, internet hukuku sempozyumu).

PEKCANITEZ, HAKAN / ATALAY, OĞUZ / ÖZEKES, MUHAMMET: **Medeni Usul Hukuku**, 2.Bası, Ankara, Seçkin, 2001.

- PESTALOZZI, SIMONE R. / VEIT, MARC D.: "Elektronische Signaturen: schweizerische Regulierungsansätze im europäischen Umfeld", **AJP** 2000, s.599.
- REDEKER, HELMUT: "EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht", **CR** 2000, s.455.
- REDEKER, HELMUT: "Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst", **NJW** 1984, s.2390.
- REED, CHRISTOPHER: **Internet Law Text and Materials**, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000.
- REED, CHRISTOPHER: "Legally Binding Electronic Documents: Digital Signatures and Authentication", **The International Lawyer**, Spring 2001, V.35(1), s.89.
- REICH, NORBERT: "Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", **EuZW** 1997, s.581.
- ROBERTSON, R.J.: "Electronic Commerce on the Internet and the Statue of Frauds", **S.C.L.R.** 1998, V.49(4), s.787.
- ROTENBERG, MARC: **The Privacy Law Sourcebook 1999, United States Law, International Law, and Recent Developments**, Washington DC, Electronic Privacy Information Center, 1999.
- SAĞLAM ATABARUT, İPEK: "Elektronik Sözleşmeler", (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2003.
- SCHLESINGER, B. RUDOLF: **Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems I**, Ed. by Rudolf B. Schlesinger, I, 1968 içinde, s.104.
- SCHRICK, ALEXANDRA: "Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung", **MMR** 2000, s.399.
- SCHRÖDER, CHRISTOF: **Tele-Shopping**, Frankfurt, Peter Lang, 2000.
- SCHWENZER, INGEBORG: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Bern, Stämpfli, 2000.
- SEROZAN, RONA: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975.
- SEVİMLİ, AHMET K.: "Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası", Prof.Dr.Hayri Domanıç'e 80.Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001, s.1023. (Sevimli, Domanıç'e Armağan).
- SORIEUL, RENAUD / CLIFT, JENNIFER R. / FARIA, JOSE ANGELO: "Establishing a Legal Framework for Electronic Commerce: The Work of the

- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)", **The International Lawyer**, Spring 2001, V.35(1), s.107.
- SÖZER, BÜLENT: **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul, Beta, 2002.
- SPAHR, CHRISTOPH: **Internet und Recht**, Zürich, Hochschulverlag, 2000.
- SPINDLER, GERALD: "Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip", **NJW** 2002, s.921.
- SPINDLER, GERALD: "Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstegesetz", **RIW** 2002, s.183.
- SPINDLER, GERALD: "Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce Richtlinie", **ZHR** 2001, s.324.
- SPINDLER, GERALD: "Kartellrechtliche Probleme der Domain-Vergabe im Internet", **Das Internationale Wirtschaftsrecht des Internet**, Ed. by, Ulrich Immenga, Natalie Lübben, Hans-Peter Schwintowski, Baden Baden, Nomos, 2000, s.47.
- SPINDLER, GERALD / F ALLENBÖCK, MARKUS: "Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich", **ZfRv** 2002, s.214.
- STECKLER, BRUNHILDE: "Current Legal Aspects of Electronic Commerce Regarding German Contract Law", **E.I.P.R.** 1999, V.21(5), s.248.
- SUSAT, WERNER / STOLZENBURG, G.: "Gedanken zur Automation", **MDR** 1957, s.146.
- SÜßENBERGER, CHRISTOPH: **Das Rechtsgeschäft im Internet**, Frankfurt, Peter Lang, 2000.
- ŞENOCAK, ZARİFE: "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", **AÜHFD.**, C.50, 2001(2), s.97.
- ŞENOCAK, ZARİFE: "İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi", **AÜHFD.**, C.50, 2001(3), s.93.
- TANDOĞAN, HALÛK: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, Ankara 1985.
- TETTENBORN, ALEXANDER: "Die Novelle des Signaturgesetzes", **CR** 2000, s.683.
- THOT, B. NORMAN : **Elektronischer Vertragsschluß: Ablauf und Konsequenzen. Ein Rechtsvergleich zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht**, Frankfurt, Peter Lang, 1999.

- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.
- ULTSCH, MICHAEL L.: “Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail”, **NJW** 1997, s.3007.
- WALDENBERGER, ARTHUR: “Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG Kommission”, **EuZW** 1999, s.296.
- WALDENBERGER, ARTHUR: “Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet”, **BB** 1996, s.2365.
- WEBER, H. ROLF / JÖHRI, YVONNE: “Vertragsabschluss im Internet”, **Geschäftsplattform Internet**, Ed. by. Rolf H. Weber, Reto M. Hilty, Rolf Auf der Maur, Zürich, Schulthess, 2000 içinde, s.39. (Weber/Jöhri, Geschäftsplattform Internet içinde).
- WEGNER, RALF: “Der rechtliche Schutz von Internetdomains, Kennzeichenrechtliche und deliktische Anspruchsgrundlagen”, **CR** 1999, s.250.
- WESTELL, SHERREE: “E-Commerce and Intellectual Property Rights: Protection and Infringement”, **I.C.C.L.R.**, 1999, V.10(6), s.180.
- WIEBE, ANDREAS: “Vertragsschluss bei Online Auktionen”, **MMR** 2000, s.323.
- WIEGAND WOLFGANG (Ed.): **E-Banking, Rechtliche Grundlagen**, Bern, Stämpfli Verlag, 2002.
- WIGOD, MYRNA L.: “Privacy in Public and Private E-Mail and Online Systems”, **Pace Law Review**, 1998, V.19(1), s.95.
- WILDEMANN, DANIELA: **Vertragsschluß im Netz**, München, VVF, 2000.
- YALTI, BİLLUR: **Elektronik Ticarete Vergilendirme**, İstanbul, Der, 2003.
- YAVUZ, CEVDET: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2002.
- YILDIRIM, MUSTAFA FADİL: “İnternette Artırma Suretiyle Satım ve Yargı Kararları”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2002, içinde, s.1303. (Yıldırım, Ömer Teoman’a Armağan).
- ZEHEMTEIER, URSULA: “Unaufgeforderte E-Mail Werbung, Ein wettbewerbswidriger Boom im Internet? ” **BB** 2000, s.940.
- ZEVKLİLER, AYDIN / AYDOĞDU, MURAT: **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara, Seçkin, 2004.

ZIEM, CLAUDIA: "Spamming, Zulässigkeit nach §1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce Richtlinienentwurf", **MMR** 2000, s.129.



ÖZGEÇMİŞ:

1975 yılında Ankara’da doğdum. İlk ve orta öğrenimimi Ankara’da tamamladıktan sonra 1991 yılında M.Ü. Hukuk Fakültesine kaydımı yaptırdım. 1995 yılında hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra aynı yıl avukatlık stajına başladım. 1997 yılında İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladım. Aynı yıl başladığım yüksek lisans eğitimimi 1999 yılında savunduğum “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması” konulu yüksek lisans tezi ile tamamladım. Yine 1999 yılında, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk bölümünde doktora programına kaydoldum.