

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN TÜKETİCİNİN KORUNMASI
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**TEZ DANIŞMANI
YRD. DOÇ. DR. EMEL BADUR**

**HAZIRLAYAN
BEHİCE BENĞİ GÜMGÜM**

ANKARA

2010

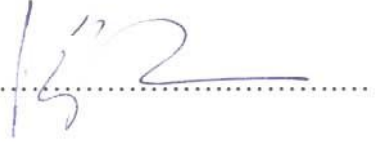
Behice Bengi GÜMGÜM tarafından hazırlanan **Elektronik Sözleşmelerin Tüketicinin Korunması Açısından Değerlendirilmesi** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR
Tez Danışmanı

: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Fırat ÖZTAN
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.


Prof. Dr. Taner ALTUNOK

Tez Sınav Tarihi : 18 Ocak 2010

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi)



Doç. Dr. Cemal OĞUZ

(Çankaya Üniversitesi)



Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

(Çankaya Üniversitesi)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Behice Bengi GÜMGÜM

İmzası



Tarih

: 18 Ocak 2010

ÖZET

ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN TÜKETİCİNİN KORUNMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

GÜMGÜM, Behice Bengi

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Ocak 2010, 123 sayfa

Elektronik sözleşmeler Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olan bir sözleşme tipi olmadığından a tipik bir sözleşmedir. Bu nedenle de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili yönetmeliklerle gerekli düzenlemeler yapılarak tüketicinin korunması sağlanmaktadır. Elektronik sözleşmelerde sözleşmenin taraflarından alıcı (tüketici) satın almış olduğu şeyin parasını ödemek borcu altına girmekte, satıcı ise parası ödenen şeyi tüketiciye teslim etme borcunu üstlenmektedir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı olarak sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Elektronik sözleşmelerde taraflar sözleşmenin kurulması sırasında karşılıklı hazır olmadıkları için tarafların bir takım yükümlülükleri de bulunmaktadır. Öncelikli edim yükümlüsü alıcı yani tüketici olduğu için tüketicinin korunmasına ilişkin tedbirler ve tüketicinin hakları da bu açıdan önem arz etmektedir.

ABSTRACT

ASSESSMENT OF ELECTRONIC CONTRACTS IN TERMS OF PROTECTION OF CONSUMERS

GÜMGÜM, Behice Bengi

Graduate School of Social Sciences Department of Private Law

Supervisor : Ass. Prof. Dr. Emel BADUR

January 2010, 123 pages

Electronic contracts are “type a” contracts since they are not among contract types governed by the Code of Obligations specifically. For this reason, protection of consumers is ensured by making required arrangements through the Law on Protection of Consumers and the relevant regulations. In electronic contracts, buyer (consumer), one of the parties of the contract, assumes the liability for paying the price of the object he/she buys; and seller, the other party of the contract, assumes the liability for delivering the object, for which the payment is made, to consumer. Accordingly, the parties have mutual rights and obligations arising from the contract. Since the parties are not present mutually during the execution of contract in electronic contracts, they also have certain obligations. Measures for protection of consumers and rights of consumers also have importance in this respect since primary performance obligor is buyer, i.e. consumer.

GİRİŞ

Elektronik Sözleşme; herhangi bir sözleşmenin internet üzerinden akdedilmiş olması halinde kullanılan bir terimdir. Elektronik sözleşmeler son zamanlarda internet teknolojisinin gelişimine binaen hızla gelişme göstermiş ve özellikle de internet aracılığıyla yapılan işlemler ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. On sene öncesine kadar belki herkes için yabancı bir kavram olan internet artık herkesin hayatına girmiş olduğu gibi bilgiye ulaşmanın da en hızlı ve en ucuz aracı haline gelmiştir. Teknolojide meydana gelen bu değişimler hukuk dünyasını da yakından etkilemektedir. İnternet kullanımının giderek artması bazı hukuki problemleri de beraberinde getirmiştir. Tarafların hukuksal işlem iradelerini, internet üzerinden elektronik irade beyanları biçiminde açıklayıp, karşı tarafa iletmeleri suretiyle mesafeli elektronik sözleşmeler kurma eğilimleri de günümüzde giderek artmaktadır. Bu özellikleri sayesinde gün geçtikçe ticari hayata hakim olmaya başlayan elektronik sözleşmeler bir takım hukuki problemleri de beraberinde getirmekte olup bu problemlerin en önemli kaynağını da sözleşmeyi akdedenler olan satıcı (sağlayıcı) ve tüketici (alıcı) arasındaki ilişki oluşturmaktadır.

Günümüzde tüketiciler, buldukları yerden sadece bilgisayarlarını kullanmak suretiyle istedikleri ürün veya hizmetin değişik alternatiflerini görüp karşılaştırarak kendileri için en uygun seçeneği belirlemektedir. Aynı şekilde kendileri için en uygun olan seçeneği belirledikten sonra siparişlerini internet üzerinden verebilmekte ve hatta ödemeyi de internet üzerinden gerçekleştirebilmektedirler. İnternette sanal mağaza kuran firmalar da satışlarını internet üzerinden gerçekleştirerek hem maliyetlerinden ciddi oranlarda tasarruf edebilmekte hem de internetin global yapısı sayesinde daha geniş bir çevreye mal ve hizmetlerini arz edebilmektedirler.

Yukarıda bahsi geçen özellikler nedeniyle de gün geçtikçe ticari hayata hakim olmaya başlayan bu sözleşme şekli bir takım hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir.

4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 06.03.2003 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 14 Mart 2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bu değişikliklerle Türk Hukukunda ilk defa “*mesafeli sözleşmeler*” düzenlenmiştir.

Mesafeli Sözleşmeler, TKHK’nun 9/A maddesinde “*yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketicie anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler*” olarak tanımlanmıştır. Elektronik sözleşmelerde mesafeli sözleşmelerin elektronik ortamda akdedilmesi suretiyle oluşturulan sözleşmelerdir.

Tez çalışmasında öncelikle birinci bölümde; elektronik sözleşme kavramının ayrıntılı bir şekilde tanımı, kapsamı, tarafları, türleri, nitelikleri, unsurları da açıklanılarak tanıtıldıktan sonra sözleşmenin nasıl kurulduğu incelenmiştir. İkinci bölümde; sözleşmenin kuruluşu sonrasında tarafların edimlerini nasıl ifa edecekleri ve bunun neticesinde ne gibi yükümlülükler altına girecekleri ve sözleşmenin sona erme hali incelenmiştir. Son olarak üçüncü bölümde ise tez çalışmasının asıl önemli noktasını (internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketiciler tarafından yapılan işlemler oluşturduğu için) oluşturan elektronik sözleşmelerin akdedilmesinde tüketiciyi koruyan tedbirlerin neler olduğu ve tüketicinin ne gibi hakları kullanabileceği ve tarafların sözleşmeye aykırı hareket etmeleri halinde bundan doğan sorumluluklarının neler olduğu hususları incelenmiştir.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
GİRİŞ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER.....	1
1.1. Tanım ve Kapsam	1
1.1.1. Tanım	1
1.1.2. Kapsam.....	4
1.1.2.1. EDİ (Elektronik Data İnterchange) Aracılığıyla.....	5
1.1.2.2. E-mail Aracılığıyla.....	7
1.1.2.3. IRC Aracılığıyla.....	8
1.1.2.4. Web Sayfası Aracılığıyla	9
1.1.2.5. Online Kitlesele Pazara Yönelik Sözleşmeler	11
1.1.2.6. Elektronik Temsilci Aracılığıyla Yapılan İşlemler	11
1.2. Taraflar	12
1.2.1. Satıcı-Sağlayıcı	12
1.2.2. Alıcı-Tüketici	13
1.3. Türleri	17
1.3.1. Mal Satımına Yönelik Sözleşmeler.....	17
1.3.2. Dijital Ürün Satımına Yönelik Sözleşmeler.....	19
1.3.3. Hizmet Sunumuna İlişkin Sözleşmeler	20
1.3.4. Bilgi Teminine Yönelik Sözleşmeler	21

1.4. Nitelikleri.....	21
1.4.1. Hazır Olmayanlar (Gaipler) Arasında Yapılan Bir Sözleşme Olması	22
1.4.2. Katımlı (İltihaki) Bir Sözleşme Olması	24
1.4.3. Mesafeli Satış Sözleşmesi Olması	26
1.4.4. Atipik Bir Sözleşme Olması.....	27
1.4.5. Elektronik İmza Kullanılarak Gerçekleştirilmesi.....	28
1.5. Unsurları	29
1.5.1. Sözleşmenin Kurulmasında İletişim Araçları Kullanılması.....	29
1.5.2. Satıcının Mesafeli Satış İçin Organize Olması	30
1.6. Sözleşmenin Kuruluşu	30
1.6.1. İcap	31
1.6.2. Kabul	39
1.6.3. Susma	42
1.6.4. İcap ve Kabulün Geri Alınması.....	44
1.7. Sözleşmenin Sona Ermesi	46
1.7.1. İfa - İbra.....	46
1.7.2. Yenileme (Tecdit)	47
1.7.3. Dönme	48
1.7.4. Takas	48
1.7.5. Zamaşımı	49

İKİNCİ BÖLÜM

2. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE EDİMLERİN İFASI VE TARAF-LARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	51
2.1. İfa Kavramı.....	51
2.2. Alıcının (Tüketicinin) İfasi ÖDEME.....	55
2.2.1. Nakit Olarak Ödeme	55
2.2.2. Kredi Kartı İle Ödeme.....	56
2.2.3. E-Fon Transferi İle Ödeme	56
2.2.4. Elektronik Çek İle Ödeme.....	57
2.2.5. Akıllı Kart İle Ödeme.....	58

2.2.6. Elektronik Para İle Ödeme	59
2.3. Satıcının (Sağlayıcının) İfası TESLİM	60
2.3.1. İfa Yeri	60
2.3.2. İfa Zamanı	63
2.4. Tarafların Kimliğini Açıklama Yükümlülüğü (Aydınlatma Yükümlülüğü).....	65
2.4.1. Aydınlatmanın Zamanı.....	66
2.4.2. Aydınlatmanın Kapsamı.....	68
2.4.3. Aydınlatmanın Şekli	69
2.5. Şeffaf Bilgi Sağlama Yükümlülüğü	71
2.6. Malı Teslim ve Hizmeti Sağlama Yükümlülüğü	74
2.7. Tarafların Sözleşmeye Aykırı Hareket Etmesinin Sonuçları	76
2.7.1. Alıcının (Tüketicinin) İfa Etmemesinin Sonuçları.....	76
2.7.2. Satıcının İfa Etmemesinin Sonuçları.....	76
2.8. İspat Sorunları.....	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN AKDEDİLMESİNDE TÜKETİCİYİ KORUYAN TEDBİRLER.....	80
3.1. TKHK ve BK Kapsamında Tüketicinin Hakları	80
3.1.1. Ücretsiz Onarım	80
3.1.2. Ayıp Oranında Bedel İndirimi	81
3.1.2.1. Ayıp kavramı	82
3.1.2.2. Ayıbın Niteliği	84
3.1.2.3. Ayıbın Çeşitleri	87
3.1.3. Malın Ayıpsız Misliyle Değiştirilmesi.....	90
3.1.4. Bedel İadesini de İçeren Sözleşmeden Dönme	91
3.1.5. Tazminat.....	93
3.2. Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına Dair Tedbirler ve Tüketicinin Hakları	96
3.2.1. Cayma Hakkı.....	96
3.2.1.1. Cayma Hakkının Kullanılabileceği Süre	98

3.2.1.2. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	103
3.2.1.2.1. Bedelin Tüketiciye İadesi	104
3.2.1.2.2. Kredi Sözleşmesinin Doğrudan Sona Ermesi.....	105
3.2.1.2.3. Malın Geri Alınması.....	106
3.2.2. Bilgi Alma Hakkı	107
3.2.3. Kredi Kartı ya da Benzeri Kart İle Yapılan Ödeme İşleminin İptalini İsteme Hakkı.....	109
3.3. Bu Hakların Kullanılmasında Zamanaşımı	111
3.4. İspat Yükü.....	112
SONUÇ	114
KAYNAKÇA	117
EK	
ÖZGEÇMİŞ.....	123

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ARPANET	: Advanced Research Projects Authority Net
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
age.	: adı geçen eser
agm.	: adı geçen makale
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dn.	: Dipnot
E-	: Elektronik
E.	: Esas
EDI	: Elektronik Data Interchange
E-Mail	: Elektronik Posta
E-Sözleşme	: Elektronik Sözleşme
E-Ticaret	: Elektronik Ticaret
f.	: fıkra
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
md.	: madde
MSHY	: Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
p.	: paragraf
s.	: sayfa
S.	: Sayı
t.	: Tarih
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

1.1. Tanım ve Kapsam

1.1.1. Tanım

Elektronik sözleşmeler, ticari hayatı forma sokan ve gün geçtikçe ticaret hayatı içerisindeki payı giderek çoğalan elektronik ticareti besleyen en önemli hukuki unsurdur.¹ Elektronik sözleşme teriminin genel kabul görmüş bir tanımı olamamakla birlikte elektronik sözleşmeyi yalnızca internete özgülemek de isabetli bir yaklaşım değildir². Elektronik sözleşmeler kısaca, tarafların bir elektronik iletişim aracı yardımıyla, karşılıklı ve birbirine uygun elektronik irade beyanında bulunmaları sonucunda kurdukları sözleşmelerdir³.

Daha detaylı başka bir tanımlama yapılacak olursa; sözleşmenin her iki tarafının veya taraflardan birinin irade beyanının yazı, görüntü, ses ve diğer verilerin sayısallaştırılması suretiyle meydana geldiği ve bu şekilde karşı tarafa iletildiği sözleşme şeklidir⁴. Bir diğer tanıma göre; elektronik sözleşme “internet üzerinden ve bilgisayar desteği ve telekomünikasyon teknolojisi

¹ SAĞLAM, İ. (2007), *Elektronik Sözleşmeler*, s. 71, İstanbul.

² SARIAKÇALI, T. (2008), *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler*, s. 18, Ankara.

³ DEMİR, M. (2004), *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, s. 164 Ankara.

⁴ SAĞLAM, İ., age, s. 71.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2003), *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, s. 5, İstanbul.

*kullanılarak mal üretilmesi ve hizmetlerin tanıtılması ve bunların ticari amaçlarla piyasaya arz edilmesi, satışlarının yapılması ve satış bedellerinin tahsil edilmesi olarak ifade edilebilir.*⁵” Elektronik sözleşmeleri klasik anlamdaki diğer sözleşmelerden ayırt eden en önemli nokta da elektronik sözleşmelerin elektronik bir biçimde akdedilmeleridir. Bunun dışında elektronik sözleşmeler klasik anlamdaki sözleşmeler ile temelde aynı hukuki unsurlara sahiptir⁶. Elektronik sözleşmelerin diğer klasik sözleşmelerden farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmelerde her türlü maddi veya dijital mal ya da hizmet ifa konusu edim olarak kararlaştırılabilir⁷. Şunu da eklenilmesinde yarar vardır ki, internet araçları kullanılarak yapılan tüm sözleşmeler, elektronik sözleşme olarak kabul edilemez⁸. Örneğin; web sayfası kurulması, bir server üzerinden reklam yapılması, internete bağlanabilmek için bir servis sağlayıcı ile yapılan sözleşmeler, elektronik sözleşme teşkil etmemektedir⁹. Bu gibi ilişkiler mutad iletişim imkanları ve araçları kullanılmak suretiyle yapılan tür sözleşmelerdir¹⁰.

Daha önceki açıklamalarda da belirtilmiş olduğu gibi elektronik sözleşmelerin genel kabul görmüş bir tanımı olmadığı gibi herhangi bir yasada da bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Elektronik sözleşmeler bakımından bulunan bu büyük boşluk doktrinin de katkılarıyla¹¹ giderilmeye çalışılmıştır. Elektronik sözleşmeye ilişkin yukarıda yapılmış olan tanımlardan da anlaşılacağı üzere elektronik sözleşmeler aslında Borçlar Hukuku yönünde

⁵ **SÖZER, B.** (2002), *Elektronik Sözleşmeler*, s. 89, İstanbul.

⁶ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 71.

⁷ **DEMİR, M.**, age, s. 166.

⁸ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 72.

⁹ **SÖZER, B.**, age, s. 89.

¹⁰ **SÖZER, B.**, age, s. 89.

¹¹ **BOZBEL, S.**, *İnternet Üzerinden yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler*, s. 5, <http://www.hukukcu.com>; **AKİPEK, Ş.** (2000), *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumunu*, BATİDER, Aralık 2000, C. XXI, S. 4, s. 45 vd.

akdedilen normal sözleşmelerden elektronik ortamda yapıldığı için ayırt edilmektedir. Bu sebeple bu sözleşmeler de, Borçlar Hukukunun sözleşmelerle ilgili getirmiş olduğu ilkelere tabi olacaktır¹².

Tez çalışmasında öncelikle elektronik sözleşmelerin internet kullanımı ile gerçekleşmesi nedeniyle dünyada her alanda bir çığır açan olağanüstü teknoloji internetin, nasıl ortaya çıktığı ve ne gibi evreler geçirdiği hususu da aşağıda kısaca incelenecektir.

1969 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde çeşitli cinsten haberleşme ağları arasındaki iletişimin sağlanması amacıyla bir araştırma programı kurulmuştur. Bu bir fiili merkezi güvenlik sistemini hedef alan bir projedir. Bu proje ilk etapta sadece savunma amaçlı kullanılıyor iken geliştirilerek haberleşme ağı olan ARPANET olarak adlandırıldı. ARPANET'in gelişimini takiben şahsi bilgisayar kullanımı arttı ve haberleşme ağına gelişmeler kaydedildi. Bu şekilde son derece dar bir çerçevede olan bilgisayar iletişim imkanı kalabalık kitlelere yayıldı. Bu şekilde haberleşme ağı trafiğinde yoğunlaşma meydana gelmiştir. İnternet kullanıcıları da farklılaşmıştır. Kullanıcılar sadece akademisyen ve bilim adamları değil yaşamın her kesitinden oluşmaktadır. İnsanlar interneti değişik amaçlar için örneğin bilgi edinmek, sohbet etmek, eğlenme amaçlı olarak kullanabilirler. Ancak internet, tez çalışması açısından en büyük önemi arz eden ticaret yapmak için de kullanılabilir.

Özellikle internet vasıtasıyla sözleşme kurma imkanlarının ortaya çıkması ve bunların yaygınlaşması, bu şekilde mal ve hizmet satın alan kimselerin daha fazla korunması gereğini açığa çıkarmıştır. Örneğin internet aracılığıyla sözleşme kurulmasının, tüketici açısından hızlı ve rahat sipariş verme ve ödeme yapması gibi avantajlarının yanı sıra tüketicinin sipariş

¹² **ÖZDEMİR KOCASAKAL, H.**, age, s. 37.; **DEMİR, M.**, age, s. 144.; **FALCIOĞLU, M. Ö.** (2004), *Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, s. 61, Ankara.; **KIRCA, Ç.** (2002), *İnternette Sözleşme Kurulması*, BATİDER, C. XX, S. 4, s. 99, Aralık.

verirken satın almak istediği malı görememesi ve hemen muayene etme imkanının bulunmaması gibi dezavantajları da bulunmaktadır¹³. İnternetin bu amaçla kullanılması sadece ülke içindeki sınırlarda değil, ülkeler arasındaki sınırlar da aşarak dünyayı adeta global bir Pazar haline getirmektedir¹⁴.

Ülkemizde ve diğer ülkelerde daha önce var olan düzenlemelerin bu alanda uygulama imkanı olmadığını söylemek yanlış olacağı gibi bu konuda herhangi bir düzenlemenin olmayışı zaman zaman sorun teşkil ettiğinden yeni bir takım düzenlemelere gidilmiştir. Örneğin AB, 20 Mayıs 1997’de Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönergeyi kabul etmiştir¹⁵. Yönergenin hükümlerinin bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte üye ülkelerin iç mevzuatlarını 4 Haziran 2000 tarihine kadar yönerge ile uyumlu hale getirmeleri öngörülmüştür¹⁶. Bu yönerge gereğince Almanya’da “*Mesafeli Sözleşmeler Hakkında Kanun*” kabul edilmiş ve 30 Haziran 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷.

1.1.2. Kapsam

Elektronik sözleşmeler aynı yapıya sahip ve değişim gösterme niteliğinde olmayan sözleşmeler değildir¹⁸. Teknolojinin her geçen gün gelişimi ile birlikte daha önce elektronik olarak gerçekleştirilmesi mümkün

¹³ BÜYÜKAY, Y. (2004), *İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, e-akademi aylık internet dergisi, Şubat 2004, Sayı 24’den naklen: BORGES, G., *Weltweite Geschäfte per internet und deutscher Verbraucherschutz*, <http://www.rwsverlag.de/volltext/borges.htm>; AMOND, D. (1997), *Verbraucherschutz im internet, Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie*, CR 1997, s. 526.

¹⁴ BÜYÜKAY, Y., agm., s. 1.

¹⁵ BÜYÜKAY, Y., agm., s. 1.

¹⁶ BÜYÜKAY, Y., agm, s. 1.

¹⁷ BOZBEL, S., age, s. 5.

¹⁸ SAĞLAM, İ., age, s. 89.

olmayan sözleşmeler bile artık elektronik ortamda yapılmaktadır¹⁹. Bu nedenle de aşağıda incelenilecek olan elektronik sözleşme tipleri sınırlı sayıda değildir.

1.1.2.1. EDİ (Elektronik Data İnterchange) Aracılığıyla

Elektronik veri değişimi²⁰ “EDI” bilgi işlem sistemlerinin veri transferini herhangi bir insan unsurundan faydalanılmaksızın gerçekleştirildiği sadece bilgisayarlar arasında yürütülen ve tamamlanan bir sistemdir²¹. Diğer bir tanıma göre; bilgisayar ortamında düzenli ticari veriler aracılığıyla doğrudan transfer edilmesidir²². EDI kısaca kağıt kullanılmaksızın ticari dokümanların nakli işlemidir. Bu yönüyle de elektronik ticaretin en önemli araçlarından biri olmuştur²³. EDI yöntemi genel olarak bir elektronik ticaret türü olarak kabul edilmiş olsa da tipik bir elektronik sözleşme değildir²⁴. Bu nedenle de EDI bir sözleşme değildir. Çünkü bir sözleşmeden bahsedebilmemiz için sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmuş olmaları ve arzu ve niyetlerini de birbirlerinin bilgi alanına ulaştırmış olmaları gerekmektedir. EDI yönteminde ise; karşılıklı ilişki ve iletişim içinde olanlar sadece bilgisayarlardır ve düzenlenmiş bir programa uygun olarak belirli şartlarla belirli mesajları iletmektedirler²⁵. EDI, kurulmuş olan bir sözleşmenin ifa aşamalarının gerçekleştirilmesinde uygulanan bir

¹⁹ SAĞLAM, İ., age, s. 89.

²⁰ Elektronik Veri Değişimi kavramı, bundan böyle EDI kısaltması biçiminde kullanılacaktır.

²¹ ÖZTÜRK, S. (2002), Elektronik Sözleşmeler: (Kuruluş ve Geçerlilik şartları), T.C.İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 13, İstanbul.; SÖZER, B., age, s. 90.

²² SAĞLAM, İ., age, s. 89’den naklen: JACCARD, M. (1996), La Conclusion De Contrasts Par Ordinateur Aspects Juridiques De L’exchange De Donnees Informatisees (EDI), Lausanne.

²³ SAĞLAM, İ., age, s. 90.

²⁴ SÖZER, B., age, s. 90.

²⁵ SÖZER, B., age, s. 90.

yöntemdir²⁶. Aralarındaki iş ilişkilerinde EDI kullanacak olan işletmelerin önceden bu hususu düzenleyen bir sözleşme yapmaları zorunludur. Her ne kadar EDI bir sözleşme olmamasına rağmen bu anlaşma bir EDI sözleşmesi olarak anılabilir²⁷. Bu anlaşmanın web üzerinden yapılması durumunda tipik bir elektronik sözleşme niteliğini kazanır²⁸. Bu sözleşme “*Trading Partner Agreement*”²⁹ olarak adlandırılmaktadır. Görüldüğü gibi bu varsayıma göre taraflar arasında iki ayrı sözleşme yapılmaktadır. Bir tanesi asıl iş ilişkisini gösteren sözleşme diğeri ise Ticaret Ortağı Sözleşmesi olan asıl iş ilişkisini gösteren sözleşmeden doğan borçların EDI yönteminin kullanılması yolu ile nasıl ifa edileceğini gösteren sözleşmedir³⁰. Ticaret Ortağı Sözleşmesi, sözleşme tarafları arasındaki ilişkinin ve sözleşmenin içeriğinin niteliğine göre bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilebilir³¹. Ancak EDI’yı işlemlerinde kullanacak olan firma, çoğunlukla bu sistemi kendisine sunan şirketten düzenli olarak bakım, teknik destek vb. hizmetleri isteyeceği için Ticaret Ortağı Sözleşmesi, ani edimli bir sözleşme olmayıp aksine sürekli edimli bir sözleşme niteliğindedir³².

Yukarıda belirtilmiş nedenlerden dolayı EDI bir sözleşme ve elektronik sözleşme modeli olarak kabul edilmemektedir.

²⁶ SÖZER, B., age, s. 90.

²⁷ SÖZER, B., age, s. 91.

²⁸ SÖZER, B., age, s. 91.

²⁹ Bu kavram Türkçeye “*Ticaret Ortağı Sözleşmesi*” şeklinde çevrilebilir.

³⁰ SÖZER, B., age, s. 90.; SAĞLAM, İ., age, s. 91.

³¹ SAĞLAM, İ., age, s. 92.

³² SAĞLAM, İ., age, s. 92.

1.1.2.2. E-mail Aracılığıyla

E-mail diğer adıyla elektronik posta, iki kişi arasında bilgisayar ağları aracılığıyla mesaj iletilmesidir³³. Elektronik postanın özelliği her kullanıcının mesajlarını göndermek ve gelen mesajları almak için kendisine ait bir web adresinin bulunmasıdır. Bu şekilde kullanıcı kendisine mesaj gönderildiği zaman internete bağlı olmasa bile mesaj kutusunda saklanan bu mesajı daha sonradan görebilme imkanına sahip olmaktadır³⁴. Sözleşme taraflarının karşılıklı irade beyanlarını elektronik posta yoluyla açıklayarak bir sözleşme akdetmeleri mümkündür³⁵. Yani sözleşmenin her iki tarafında da insan unsurunun bulunduğu söz edebiliriz. E-mail; teleks ve faksa göre daha doğrudan bir iletişim imkanıdır. Çünkü kağıt kullanımı yoktur ve taraflar karşıdan gelen mesajı okumak için bunun kağıda basılmasını dahi beklemek mecburiyetinde olmadığı gibi kağıt bittiği için gelen mesajı almama ihtimali gibi bir tehlike de bulunmamaktadır³⁶. E-mailin hukuksal haberleşme yöntemlerinden tek farkı dijital ortamda cereyan etmesidir. Bu nedenle e-mail yolu ile kurulan sözleşmeler de elektronik sözleşme sayılmazlar³⁷.

³³ SARIAKÇALI, T., age, s. 41.

³⁴ SARIAKÇALI, T., age, s. 41.

³⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, H., age, s. 67.; ALTINIŞIK, U. (2003), *Elektronik Sözleşmeler*, s. 35, Ankara.; ÖZDİLEK, A. O. (2002), *İnternet ve Hukuk*, s. 31, İstanbul.; KIRCA, Ç., age, s. 101.; ÖZSUNAY, E. (2002), *Elektronik Sözleşmelerin Temel Sorunları*, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 128, İzmir.

³⁶ SÖZER, B., age, s. 92.

³⁷ Avrupa Birliği'nin 8 Temmuz 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Direktifinin 11.maddesinde, e-maili kapsam dışı tuttuğu dikkate alınmalıdır. (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and the Council of 8 June 2000 on certain Legal Aspects of Information Society Services in Particular Electronic Commerce in the Internal Market)

1.1.2.3. IRC Aracılığıyla

IRC, birçok kişinin aynı anda karşılıklı mesajlaşma ile haberleşebildiği bir platform ve bunu sağlayan programa verilen isimdir³⁸. Bu şekilde internette iki veya daha fazla kişi internet üzerinden eş zamanlı olarak birbirleriyle haberleşebilmektedirler³⁹. Bir diğer anlatımla internet üzerinden canlı, gerçek zamanlı ve tam karşılıklı iletişim içerisinde sohbet etmenin yollarından biri olarak gerçekleştirilen bir bilgisayar yazılım programıdır⁴⁰. Birbirleriyle iletişim kurmak isteyen kişiler chat aracılığıyla bir araya gelirler ve gruplar ya da bireysel-özel olarak dünyanın her bir yerinden bu programı kullanan diğer kişilerle canlı iletişim süreci ve sohbet ortamı yaratıp konuşabilirler⁴¹. Chat yolu ile yapılan haberleşmeler, elektronik posta yolu ile gerçekleştirilen haberleşmelerden oldukça farklıdır. Chat yolu ile yapılan haberleşmeler (IRC) hiçbir gecikme ve kesintiye uğramadan muhabata ulaşmaktaysa da elektronik posta yolu ile gerçekleştirilen haberleşmelerde, muhatap; posta kutusuna gelen bilgileri sadece çağırdığı zaman öğrenemez⁴². Bu nedenle de chat ortamında yapılan bir sözleşme gündeme gelse, yapılan sözleşme, hazırlar arası bir sözleşme olarak adlandırılacaktır⁴³. Bir sözleşme chat ortamı içinde kurulmaktaysa, bu sözleşme bir elektronik sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁴⁴. Sözleşme kurmayı hedefleyen taraflar, beyanlarını chat yapmak suretiyle ortaya koymaktadırlar.

³⁸ **KIRÇOVA, İ., ÖZTÜRK, P.** (2000), *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:2000-29, s. 12, İstanbul.

³⁹ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 94.

⁴⁰ **DEMİR, M.**, age, s. 140.

⁴¹ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 94'den naklen: **MADISON, A. D.** (1999), *İnternet Copyright Infringement and Service Providers: The Case For A Negotiated Alternative*, San Diego Law Review, Volume 35, No.1, Winter 1999, s.235.; **DEMİR, M.**, age, s. 140.

⁴² **SAĞLAM, İ.**, age, s. 95.

⁴³ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 95.; **DEMİR, M.**, age, s. 176.

⁴⁴ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 95.

Bu aşama da, fiziksel ortam yerine dijital ortamda yaşanmaktadır⁴⁵. Yani farklı olan tarafların bir araya geldikleri ve irade beyanlarını ortaya koydukları ortamdır⁴⁶.

1.1.2.4. Web Sayfası Aracılığıyla

Ürünlerini ve hizmetlerini tanıtmak ve satışını yapmak üzere internet ortamında mal veya hizmet sunumunda bulunmak isteyen işletmeler, bir web sitesi kullanırlar⁴⁷. Bu tür web sayfalarında ürün ve hizmetlerin sunumu yapılabildiği gibi satışı için sipariş de alınmaktadır⁴⁸. Ancak bütün web siteleri, internet üzerinden irade beyanında bulunmaya yani web sayfası üzerinden sözleşme akdetmeye müsait değildir⁴⁹. Mesela web sayfası sadece reklam amaçlı tasarlanmış olabilir⁵⁰ ya da sağlayıcı, irade beyanlarının e-posta olarak gönderilmesini tercih etmiş olabilir⁵¹. Bütün bunlara rağmen elektronik faaliyette bulunan pek çok sağlayıcı, sözleşme kurabilmek için web sayfalarını, irade beyanında bulunabilecek şekilde tasarlamaktadır⁵². Gerçek anlamda elektronik sözleşme, web sayfası üzerinden kurulan sözleşmedir⁵³.

Web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulabilmesi için bir tarafta bilgisayar aracılığıyla mesaj gönderen bir insan, diğer tarafta ise web sitesinin

⁴⁵ SAĞLAM, İ., age, s. 95.

⁴⁶ SAĞLAM, İ., age, s. 95.

⁴⁷ SARIAKÇALI, T., age, s. 39.

⁴⁸ SARIAKÇALI, T., age, s. 40.

⁴⁹ İNAL, E. (2005), *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, s. 114, İstanbul.

⁵⁰ İNAL, E., age, s. 114.

⁵¹ İNAL, E., age, s. 114.

⁵² İNAL, E., age, s. 114.

⁵³ SÖZER, B., age, s. 92.

sunucusuna yüklenmiş olan parametrelerin bulunması gerekmektedir⁵⁴. Bu nedenle de web sitesinde bulunan açıklamalar, karşı tarafın nasıl hareket edeceğini göstermekte, şayet karşı taraf yazılı talimatlara uymazsa da bir sonraki aşamaya geçememekte ve böylece bir sözleşme kurulamamaktadır⁵⁵.

Doktrinde, Borçlar Kanunu ilkeleri gereğince web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulmasının mümkün olmadığını, ancak hukukun toplumdaki gelişmelere ayak uydurma zorunluluğu karşısında bunun kabul edilebileceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır⁵⁶. Bu görüşe göre; sözleşmenin kurulması için irade beyanının bulunması zorunludur ve geçerli bir irade beyanı ancak insan tarafından gerçekleştirilebilir. Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise irade beyanında bulunan bir makina olduğundan bunun geçerli bir irade beyanı olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁷. Bu durumda irade beyanında bulunan bir makine değildir, zaten bir makinenin kendi başına irade beyanında bulunması doğa kuralları gereği mümkün değildir⁵⁸. Bu ilişkide bilgisayar, yalnızca site sahibinin iradesini beyan etmekte kullandığı araçtır⁵⁹.

Burada önemli olan, sözleşmenin kurulması için kabul edilecek tüm şartların satıcı tarafından belirlenmiş olması ve alıcı tarafın bunlar hakkında müzakerede bulunmak, bunları değiştirmek veya karşı teklif ileri sürmek şans ve imkanı hatta yetkisi de bulunmamaktadır⁶⁰.

⁵⁴ SARIAKÇALI, T., age, s. 40.

⁵⁵ SARIAKÇALI, T., age, s. 40.

⁵⁶ SARIAKÇALI, T., age, s. 40.

⁵⁷ SÖZER, B., age, s. 93.

⁵⁸ SARIAKÇALI, T., age, s. 40.

⁵⁹ SARIAKÇALI, T., age, s. 40.

⁶⁰ SÖZER, B., age, s. 92.

Alıcı taraf, ancak bilgisayarın algılayabileceği şekil ve içerikte beyanda bulunmak, daha doğrusu bu beyanlarını karşı tarafın ona göstermiş olduğu düzene uygun olarak ifade etmek zorundadır⁶¹.

1.1.2.5. Online Kitlese Pazara Yönelik Sözleşmeler

Bir tarafta yayımcının diğere tarafta ise online kullanıcının bulunduğu sözleşmelerdir. Yayımcı, yazılım veya başka dijital içerikleri kalıp sözleşmeler halinde elektronik ortamda arz etmekte online kullanıcı ise içerikleri bilgisayarına indirmek suretiyle almaktadır. Online kullanıcının yaptığı bu işlem yani bu içerikleri bilgisayarına indirmesi (download) işlemi kalıp sözleşmenin kabulü niteliğindedir.

1.1.2.6. Elektronik Temsilci Aracılığıyla Yapılan İşlemler

Taraflardan birinin veya ikisinin elektronik temsilci kullanarak sözleşme yapabilmesi mümkündür. *Elektronik temsilci*, şahısların aracılığı olmadan bir hareket başlatan, elektronik mesajlara ya da uygulamalara cevap veren bir yazılımdır. Yazılım, Borçlar Hukuku anlamında temsilci olarak tanımlanabilir. EDI farklı olarak bir bilgisayar programı değil yazılım söz konusudur ve program gibi sabit değil yazılımı oluşturanlarca sürekli yenilenir. Yazılımın oluşturulması ve yenilenmesi bizzat yapıldığından dolayı kullanıcının görüş ve düşüncesinin yansıttığı kabul edilir. Taraflardan birinin temsilci olabileceği gibi iki tarafta da temsilci olabilir. Kişinin bu şekilde yazılımı oluşturması ve değişiklikleri işlemesi sebebiyle ABD’de yapılan düzenlemeye göre “*kişi elektronik temsilcisinin hareketini ya da işlemin sonuçlarının neler olacağını bilmese bile sözleşme geçerlidir*” hükmüne yer verilmiştir.

⁶¹ SÖZER, B., age, s.93.

1.2. Taraflar

Mesafeli sözleşme çeşidi olan elektronik sözleşmeler, uzaktan iletişim vasıtasıyla akdedilen tüketici sözleşmelerini ifade etmektedir⁶². Bu nedenle mesafeli sözleşmelerden, yani TKHK'nun 9/A maddesinin uygulama alanından bahsedebilmek için sözleşmenin bir tarafının tüketici, diğer tarafının ise satıcı-sağlayıcının teşkil etmesi gerekmektedir⁶³.

1.2.1. Satıcı-Sağlayıcı

Elektronik sözleşmelerde meydana gelen problemlerin en önemli kaynağını da sözleşmeyi akdedenler olan satıcı (sağlayıcı)⁶⁴ ve tüketici (alıcı)⁶⁵ arasındaki ilişki oluşturmaktadır.

Satıcı veya sağlayıcı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un⁶⁶ 3.maddesinin f ve g bentlerinde (mal satımı ve hizmet sağlanması ayırımına göre) "*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal veya hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler*" şeklinde tanımlanmıştır⁶⁷. Satıcı-sağlayıcı (girişimci) taraf, düzenli ve sürekli olarak bir mesleki veya ticari işletmeye özgü etkinliği çerçevesinde bir tüketim malının teslimini ya da hizmet ediminin sağlanmasını bir bedel karşılığında üstlenen gerçek veya tüzel kişidir⁶⁸.

⁶² İNAL, E., age, s.173.

⁶³ İNAL, E., age, s. 174.

⁶⁴ Elektronik Sözleşmenin tarafı olarak bundan böyle "*satıcı*" olarak anılacaktır.

⁶⁵ Elektronik Sözleşmenin tarafı olarak bundan böyle "*tüketici*" olarak anılacaktır.

⁶⁶ Bundan böyle TKHK olarak anılacaktır.

⁶⁷ İNAL, E., age, s. 176.; "Bu tanım, AB mevzuatıyla ve özellikle mesafeli sözleşmelere ilişkin yönergenin md. 2/3 hükmü ile uyumludur."

⁶⁸ DEMİR, M., age, s. 22.

1995 yılında yürürlüğe konulan TKHK'na yapılan haklı eleştiriler dikkate alınarak⁶⁹ sağlayıcı kavramı tanıma yeni olarak eklenmiştir. 97/7/EG Sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi tüketicinin karşı tarafı olarak “*sağlayıcı*” kelimesini kullanırken, Kapı Önü İşlemleri Hakkındaki Direktifte ise; “*tüccar*” kelimesi kullanılmaktadır. Fakat tüketici için bu durum farklılık yaratmamaktadır⁷⁰. İki direktif arasındaki en önemli fark, Mesafeli Satış/Sürüm Direktifinde sağlayıcının yardımcılarından bahsedilmemesidir⁷¹.

Satıcı-sağlayıcı kavramı, tacir sıfatını da kapsamakla birlikte bundan daha geniş bir çerçeveyi de ifade etmektedir⁷². Bu nedenle, yürütülen mesleki ya da ticari etkinliğin türü, konusu ve kapsamıyla sınırlı kalınmadan, birer firma şeklindeki işletmenin sahibi her girişimci (Avukat, doktor gibi serbest meslek sahipleri ve esnaf veya sanatkar gibi tacir sıfatına sahip olmayan kişiler) de tüketicinin karşısında satıcı-sağlayıcı kavramına dahil olabilirler⁷³.

1.2.2. Alıcı-Tüketici

Tüketici kavramının farklı şekillerde tanımlandığı ve bir kişinin tüketici kavramına girip girmediği veya bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığı konusunda farklı kıstaslar öne sürülmektedir⁷⁴. Tüketici kavramını

⁶⁹ **YAVUZ, C.**, “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Öntasarısı Üzerine Düşünceler*”, MÜHFHAD, C. 7, S. 1-3, s. 261,262; “*1995 tarihli TKHK’nda taraflar arasında yapılan tüketici sözleşmelerinde tüketici dışındaki tarafı (sözleşmenin niteliği satım ya da hizmet olsa dahi) sadece satıcı olarak nitelendirmesi Borçlar Hukuku sistemimize uymamaktaydı*” şeklinde belirtilmiştir.

⁷⁰ **GEZDER, Ü.** (2004), “*Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*” , s. 64, İstanbul.

⁷¹ **GEZDER, Ü.**, age, s. 64.

⁷² **İNAL, E.**, age, s. 176.

⁷³ **DEMİR, M.**, age, s. 22.

⁷⁴ **OZANOĞLU, H. S.** (2001), *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı*, AÜHFD, 2001(1), C. 50, s. 55 vd., **OZANOĞLU, H. S.** (2000), *Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı*, Prof.Dr.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, s. 663, İstanbul.

belirleyebilmek için üç değişik kriter kullanılmaktadır⁷⁵. Bunlar; fonksiyonel (işlevsel) kriter, nesnel kriter ve şahsi kriterdir⁷⁶. Fonksiyonel (işlevsel) kriterde, yapılan işlemin amacı dikkate alınmakta⁷⁷, nesnel kriter ise her ne kadar yapılan işlemin kapsamını, büyüklüğünü, ya da türünü nazara alsada bu sınırlama tek başına bir şey ifade etmediğinden bu kriterin de diğer kriterlerle birlikte ele alındığı zaman tüketici işlemi olduğuna hükmedilecektir⁷⁸. Şahsi kriter, sadece tüketiciyi nazara almaktadır⁷⁹. Fakat günümüzde esas olarak somut hukuki işlemle takip edilen amaç esas alınmakta yani fonksiyonel (işlevsel) kriter benimsenmektedir⁸⁰. Diğer bir anlatımla, 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 ettiğidir⁸¹.

Fonksiyonel (işlevsel) kriter kullanılarak, yani takip edilen amaç esas alınarak yapılan tanımların da, esas itibariyle olumlu ve olumsuz tanımlar olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir⁸².

Tüketici kavramına ilişkin olarak olumlu tarzda yapılan tanımlamalarda tüketicinin, şahsi, ailevi ya da ev ihtiyaçları doğrultusunda, yani özel amaçlarla sözleşme akdeden kişi olarak tanımlandığı görülmektedir⁸³.

⁷⁵ GEZDER, Ü., age, s. 61.

⁷⁶ GEZDER, Ü., age, s. 61.

⁷⁷ GEZDER, Ü. (1998), *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, s. 157, İstanbul.; DOĞAN, V. (1996), *Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, SHFD, C. 5, 1996, S. 1-2, s. 153-179.

⁷⁸ GEZDER, Ü., *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, s. 157.; DOĞAN, V., agm, s. 155-157.

⁷⁹ GEZDER, Ü., *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, s. 157.; DOĞAN, V., agm, s. 155-157.

⁸⁰ İNAL, E., age, s. 174.

⁸¹ OZANOĞLU, H. S., age, (Oğuzman Armağanı içinde), s. 671.

⁸² İNAL, E., age, s. 174.

Olumsuz tarzda yapılan tanımlamalarda ise; tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olarak tanımlanmaktadır⁸⁴. AB mevzuatında ve TKHK'nun 4822 Sayılı kanunla değişik md.3/e düzenlemesinde bu yönde bir tanımlamaya gidilmiştir. Her ne kadar TKHK'unda tüketici tanımı değişmişse de bu tanımın içeriği, yani tüketici kavramı değişmemiştir⁸⁵.

Önemli olan çift nitelikli amaçlarla (mesleki ve özel amaçlar) hareket eden birinin tüketici sayılıp sayılmayacağıdır⁸⁶. Eğer hukuki işlemin arkasında yatan ağırlıklı amaç ticari-mesleki olup, özel amaç tali nitelikli kalıyorsa, tüketici sıfatını reddetmek, buna karşılık özel amaç ağır basıyorsa tüketici sıfatını kabul etmek gerekecektir⁸⁷. Eğer amaçlardan biri ağır basmıyor, yani hukuki işlemin arkasında yatan mesleki ve özel amaç eşit ağırlık taşıyor ise tüketici niteliğinin kabulü uygun olacaktır⁸⁸. Yine şüphe halinde, yani hangi amacın ağır bastığının tespit edilemediği durumlarda da tüketici sıfatının varlığı kabul edilmelidir⁸⁹.

Yasal düzenlemelere bakıldığı zaman AB mevzuatı ve diğer üye ülkeler hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda, tüzel kişilerin de tüketici sıfatını haiz olabileceği TKHK md.3/e hükmünde öngörülmüştür. Bu

⁸³ İNAL, E., age, s. 174 “TKHK'nun md.3/f hükmünün 4822 Sayılı Kanundan önceki eski halinde ve İsviçre BK.md.40/a hükmünde; 1980 tarihli Uluslar arası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun 2(a) maddesinde; yine Birleşmiş Milletler bünyesinde UNCITRAL tarafından hazırlanan elektronik sözleşmelere ilişkin konvansiyon taslağının 2 (a) maddesinde tüketici kavramı bu şekilde olumlu tarzda tanımlanmıştır.”

⁸⁴ İNAL, E., age, s. 174.

⁸⁵ BATTAL, A. (1998), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı*, Ali Bozer'e Armağan, s. 316, Ankara.

⁸⁶ İNAL, E., age, s. 175.

⁸⁷ OZANOĞLU, H. S., age, (Oğuzman Armağanı içinde), s. 682.

⁸⁸ İNAL, E., age, s. 175.

⁸⁹ İNAL, E., age, s. 176.

düzenlemenin daha isabetli ve ileri olduğu görüşü benimsenmektedir⁹⁰. TKHK md.3/e'ye göre; “Tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi” ifade etmektedir⁹¹. TKHK, 2003 yılında yapılan değişikliklerle her ne kadar Avrupa Birliği Hukukunda kural olarak benimsenen tüketici tanımına yakınlaşmış olsa da; TKHK tüzel kişilere tüketici sıfatını vermeye devam etmektedir⁹². Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki; 2003 yılındaki değişiklikten önce de kanun bu tutumda olduğundan o tarihten beri doktrinde dernek vb. gibi tüzel kişilerin tüketicilik vasfı konusunda değil de şirketlerin tüketicilik vasfı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁹³. Şimdi de bu konuda örnek bir Yargıtay Kararını zikredilecek olunursa:

Yargıtay 20.Hukuk Dairesi'nin⁹⁴ bir kararına göre; “.... *Türk Ticaret yasasında tacir sıfatının gerçek ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı düzenlendiği gözlenmiştir. (TTK md.14,18)... Aynı maddenin 2.fıkrasında; kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı derneklerin tüzel kişi olmalarına ve ticari işletme işletmelerine rağmen tacir sayılamayacakları düzenlenmiştir. Oysa ki ticari şirketler yasa gereği tacirdirler. Tacirin ticari işletmeyle ilgili sözleşmelerinde tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri uygulanmaz. Somut olayda; davacı limited ortaklık adına ticari işletmede kullanılmak üzere alınan araç nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta uyuşmazlığın ticari nitelik taşıması ve davacının tüzel kişi tacir olması nedeniyle davanın genel hükümlere göre görülüp*

⁹⁰ **OZANOĞLU, H. S.**, age, (Oğuzman Armağanı içinde), s. 689-690.; **İNAL, E.**, age, s. 176.

⁹¹ 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.2 p.2'ye göre; “Tüketici bu Direktifin kapsadığı sözleşmelerde, sanatı, ticareti ya da mesleki dışındaki bir amaç için hareket eden herhangi bir gerçek şahıs anlamına gelir.”

⁹² **GEZDER, Ü.**, *İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, s. 62.

⁹³ **POROY, R.** (1978), *Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları*, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s. 524-525, İstanbul.; **ASLAN, İ. Y.** (1996), *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*, s. 11, Bursa.; **ZEVKLİLER, A.** (1996), *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, s. 25, İzmir.

⁹⁴ Bundan böyle HD olarak anılacaktır.

sonuçlandırılması gerekir....⁹⁵” şeklindedir. Görüldüğü gibi üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olup olmadığı hakkında karar vermede önem arz eden nokta, üçüncü şahsın tüketici olup olmadığı değil, sözleşme tarafının tüketici olup olmadığıdır⁹⁶.

1.3. Türleri

Elektronik ticaretin gerçekleştirilmesine olanak sağlayan en önemli araç, elektronik sözleşmelerdir. Tez konusunun önemli bir parçası olan elektronik sözleşmeler ise elektronik ticaretin en önemli unsurudur. İnternet üzerinden ya da dijital ortamda yapılan elektronik sözleşmeler vasıtasıyla, müteşebbisler farklı alanlarda ticari faaliyetlerde bulunabilirler. Elektronik ticaretin ve dolayısıyla onun önemli bir parçası olan elektronik sözleşmelerin türleri, aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir.

1.3.1. Mal Satımına Yönelik Sözleşmeler

Web sayfalarından mal satışı yapılması günümüzde teknolojinin gelişimi ile birlikte yaygınlaşmakta olup elektronik işlemlerin en yaygın uygulama şekli de mal satımında görülür⁹⁷. Bu durum da elektronik işlemlerin gelişimine neden olmaktadır⁹⁸. Elektronik ortamda yapılan işlemlere Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesini düzenleyen 182 vd. maddeleri ile bu maddelerde hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümler uygulanır⁹⁹.

⁹⁵ Yargıtay 20.HD. E.2002/8260, K.2002/9761, T.28.11.2002 (YKD, C. 29, S. 3, Mart 2003, s. 424-426.)

⁹⁶ **GEZDER, Ü.**, age, s. 63'den naklen: **PETER M.** (2002), Verbrauchervertrag und Vertrag zu Gunsten Dritter Vur, 8/2002, s. 277.

⁹⁷ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 65.

⁹⁸ **SÖZER, B.**, age, s. 23.

⁹⁹ **SÖZER, B.**, age, s. 23.

İnternet üzerinden mal satımında genel geçer prensip uyarınca, mal kavramı; para ile değiştirilebilen ve ekonomik değeri bulunan bütün değerler için kullanılabilir¹⁰⁰. Mal kapsamı içerisine oyuncaklar, kıyafetler ve kitaplar gibi tüketici ürünleri de girer¹⁰¹. Bu bakımdan, mal kavramına giren maddi-maddi olmayan her değer sözleşmenin konusunu teşkil edebilir¹⁰². Ancak mevzuatın aradığı bazı şartlar özellikle de sözleşmeye ilişkin şekli şartlar, bazı alanlarda sınırlama getirmekte ve elektronik sözleşme yapılmasına imkan vermemektedir¹⁰³. Örneğin taşınmaz mal satışı veya fikri haklara ilişkin sözleşmeler yazılı şekle tabi sözleşmeler olduğundan internet üzerinden yapılmasına mevzuat bakımından imkan bulunmamaktadır¹⁰⁴.

Sözleşme internet araçları kullanılarak bir elektronik sözleşme olarak yapılmış olsa bile, satıcı borcunu klasik usullerle ifa edecektir¹⁰⁵. Yani ifa, satılan malın zilyetliğinin Medeni Kanun hükümleri gereğince alıcıya devri yolu ile gerçekleştirilecektir¹⁰⁶. Alıcı ise kendi borcu olan semeni ödeme borcunu, elektronik ortamda kredi kartı veya banka havalesi şeklinde ödemektedir¹⁰⁷. Alıcıların mal bedelini, sadece dijital para ile tamamen internet ortamından ödeme imkanları da mevcuttur, ancak bu yöntem kısmen teknolojiye dayandığı gibi kısmen de mevzuata dayandığından belli bir yasal alt yapının oluşmasından sonra uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁸.

¹⁰⁰ SÖZER, B., age, s. 23.

¹⁰¹ SAĞLAM, İ., age, s. 66.

¹⁰² SÖZER, B., age, s. 23.

¹⁰³ SÖZER, B., age, s. 23.

¹⁰⁴ SÖZER, B., age, s. 23.

¹⁰⁵ SÖZER, B., age, s. 23.

¹⁰⁶ SÖZER, B., age, s. 23.

¹⁰⁷ SÖZER, B., age, s. 23.; SAĞLAM, İ., age, s. 66.

¹⁰⁸ SÖZER, B., age, s. 23.

1.3.2. Dijital Ürün Satımına Yönelik Sözleşmeler

Elektronik ticaretin ve elektronik sözleşmelerin en tipik uygulama alanı dijital ürün teminidir¹⁰⁹. Bu durum özel hukuk bakımından hem en enteresan ve hem de en kılçıklı problemlerin çıkacağı bir alandır¹¹⁰. Bu sözleşme türünde her şey baştan sona dijital ortamda gerçekleşmektedir. Yapılan sözleşmelerin her iki tarafı da edimlerini dijital ortamda ifa etmektedirler. Bu türün “*Dijital Ürün Satışı*” diye adlandırıldığı modelinde satıcı, borcunu üzerinde satılması hususunda her iki tarafın anlaştığı bir ürünün, alıcıya “*download*”¹¹¹ edilmesini temin ile ifa etmiş olmaktadır¹¹². En çok kullanıldığı alanlar, müzik parçaları, bilgisayar yazılımları, dijital ortamda varlığı bulunan her türlü unsur bu şekilde alışverişin konusu olmaktadır¹¹³.

Alıcı konumunda bulunan kullanıcı ise aldığı bu ürünler karşılığında, sözleşmeden doğan yükümlülüğü olan ödemeyi kredi kartı ile yapmaktadır¹¹⁴. Bu sözleşme türünün hiçbir aşamasında fiziksel bir teslim bulunmamakta her şey sanal ortamda cereyan etmektedir¹¹⁵. Bu durum, elektronik sözleşmelerin diğer geleneksel anlamdaki sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayan bir unsurdur¹¹⁶.

¹⁰⁹ SAĞLAM, İ., age, s. 68.

¹¹⁰ SÖZER, B., age, s. 26.

¹¹¹ Down-load etmek kavramı Türkçeye hard diske yüklemek olarak çevrilebilir.

¹¹² SÖZER, B., age, s. 26.

¹¹³ SÖZER, B., age, s. 26.

¹¹⁴ SAĞLAM, İ., age, s. 68.

¹¹⁵ SAĞLAM, İ., age, s. 69.

¹¹⁶ SAĞLAM, İ., age, s. 69.

1.3.3. Hizmet Sunumuna İlişkin Sözleşmeler

Mal veya hizmete ilişkin yapılan ayırım, her zaman çok net olmamakla birlikte hizmette insanın fikri veya bedeni emeği ön planda bulunmaktadır¹¹⁷. Web sayfasından karşı tarafa fiilen bir hizmet taahhüdü altına girilmektedir¹¹⁸. Örneğin bir dükkandan standart bir yazılım programı almak bir mal satışı iken; bir firmadan yapılan siparişe göre bir yazılım programı hazırlanmasını ücret karşılığında talep etmek bir hizmet temini sözleşmesidir¹¹⁹.

Hizmet temini sözleşmelerinde, bir taraf web sayfası üzerinden diğer tarafa karşı bir hizmeti gerçekleştirme taahhüdü altına girmektedir¹²⁰. Yani az önce de ifade edildiği gibi web sayfasından karşı tarafa fiilen bir hizmet taahhüdü altına girilmektedir¹²¹. Havale virman gibi on-line bankacılık işlemleri, uçak bileti temini, hisse senedi alım satımına ilişkin borsa hizmetleri, otel rezervasyonu yapılması ve benzeri durumlar, hizmet temini örnekleri olarak sayılabilir¹²². Hizmet temini sözleşmelerinde karşı taraf edimini fiziksel olarak yerine getirebileceği gibi dijital yoldan da ifa edebilmektedir¹²³. Buna karşılık alıcının hizmet bedelini taraflar arasında aksine bir anlaşma yapılmadıkça daima dijital ortamda ifa etmek imkanı bulunmaktadır¹²⁴. Diğer bir ifadeyle, hizmet temin eden, kredi kartının numarasını web sayfası

¹¹⁷ SAĞLAM, İ., age, s. 66.

¹¹⁸ SÖZER, B., age, s. 24.

¹¹⁹ SAĞLAM, İ., age, s. 66'dan naklen: TAY, C. (1998), Contracts, Technology and Electronic Commerce: The Evolution Continues, Journal of Law and Information Science, Vol.9, No. 2, s. 184.

¹²⁰ SAĞLAM, İ., age, s. 66.

¹²¹ SÖZER, B., age, s. 24.

¹²² SAĞLAM, İ., age, s. 66.

¹²³ SÖZER, B., age, s. 24.

¹²⁴ SÖZER, B., age, s. 24.; SAĞLAM, İ., age, s. 67.

üzerinden hizmet sunan şirkete vermekte, hizmet sunan şirket de, bu kartları hizmet bedeli olarak talep ettiği miktarı kesmektedir¹²⁵.

1.3.4. Bilgi Teminine Yönelik Sözleşmeler

Elektronik sözleşmelerin bu türünde, web sayfası üzerinden kullanıcıya, enformasyon iletilmektedir. Yani kullanıcı herhangi bir aktif davranışta bulunmamakta, herhangi bir taahhüt altına da girmemektedir¹²⁶. Bu gibi bilgiler, herkese açık ve ücretsiz Web sayfalarından yayınlanmaktadır¹²⁷. Web üzerinden bilgi teminine örnek olarak döviz kurlarının, deniz otobüsü tarifelerinin, hava durumunun, günlük gazetelerin, tren ve uçak tarifelerinin vb. pek çok bilginin iletildiği sayfalar gösterilebilir¹²⁸. İnternet teknolojisi ile herkese açık olarak yapılan bu bilgilendirmenin, gündelik hayatta duraklarda, panolarda, duvarlarda, döviz bürolarında, ışıklı levhalarda vb. yerlerde gerçekleştirilen bilgi temini biçimlerinden hukuki açıdan bir farkı yoktur¹²⁹.

1.4. Nitelikleri

Aşağıda sırasıyla elektronik sözleşmelerin hukuki niteliğini belirlemeye yarayacak özellikleri ana hatları ile incelenilecek olursa;

¹²⁵ SAĞLAM, İ., age, s. 67'den naklen: DELTA, G. B., MATSUURA, J. H. (2000), *Law of the Internet*, s. 103, New York.

¹²⁶ SAĞLAM, İ., age, s. 67.

¹²⁷ SÖZER, B., age, s. 25.; SAĞLAM, İ., age, s. 67.

¹²⁸ SAĞLAM, İ., age, s. 68.; SÖZER, B., age, s. 26.

¹²⁹ SAĞLAM, İ., age, s. 68.; SÖZER, B., age, s. 26.

1.4.1. Hazır Olmayanlar (Gaipler) Arasında Yapılan Bir Sözleşme Olması

Elektronik vasıtalar kullanılarak yapılan sözleşmelerin hazır olan taraflar arasında mı yoksa hazır olmayan taraflar¹³⁰ arasında mı yapıldığı hususunun tespiti son derece önemlidir. Zira, bir sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başladığı an ile sözleşmenin kurulduğu zamanın saptanması hususu, hazırlar arasında kurulan sözleşmelerde ve gaipler arasında kurulan sözleşmelerde farklı hükümlere tabi tutulmuştur¹³¹. Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerde tarafların birbirlerine doğrudan ulaşabilecekleri ve doğrudan iletişime geçebilecekleri bir ortam mevcuttur¹³². Kısaca taraflar aynı anda aynı yerde bulunmak zorunda olmadığı gibi coğrafi uzaklık ve yakınlığın da bir önemi yoktur¹³³. Akustik açıdan aynı yerde bulunma yeterlidir¹³⁴. Yabancı hukuklarda bu konu tartışmalıdır¹³⁵. Elektronik sözleşmenin gaipler arasında kurulduğunu açıkça kabul edenler olduğu gibi hazırlar arasında yapılan bir sözleşme türü olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır. Bu konuda çıkan tartışmanın ana noktası elektronik sözleşmenin kurulmasında kullanılan aracın nasıl nitelendirileceğidir¹³⁶. Bu konuda doktrinde iki karara dayanılmaktadır. Her iki karar da teleks haberleşmesinin hazırlar arasında yapılmış sayılacağını kabul etmektedir.

¹³⁰ **EREN, F.** (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9.Bası, s. 123, İstanbul.; “Hazırlar arasında irade beyanları ile hazır olmayanlar arasında irade beyanları yerine doğrudan irade beyanı ile dolaylı irade beyanı tanımlamaları da kullanılmaktadır.”

¹³¹ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 73.

¹³² **SAĞLAM, İ.**, age, s. 73.

¹³³ **SAĞLAM, İ.**, age, s. 73.

¹³⁴ **KIRCA, Ç.** (2000), *İnternette Sözleşme Kurulması*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XX, S. 4, Aralık 2000, s. 107.

¹³⁵ **SÖZER, B.**, age, s. 109.

¹³⁶ **SÖZER, B.**, age, s. 109.

Hukukumuzda ise OĞUZMAN¹³⁷ telgraf, teleks, faks ve bilgisayar aracılığı ile yapılan irade beyanlarının hazır olmayanlar arasında yapıldığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre web sayfası üzerinden kurulan elektronik sözleşmeler de gaipler arasında kurulmuş sayılacaktır. TEKİNAY¹³⁸ ise konuyu teleks ile ilgili olarak ele alarak daha farklı yaklaşmıştır. TEKİNAY'a göre şayet teleks ile icapta bulunan taraf hemen cevap bekliyorsa muhatap da teknik imkanlara göre derhal cevap verebilecek durumdaysa buna hazırlar arasında cereyan eden bir sözleşme denilmelidir. SÖZER¹³⁹'e göre tartışmayı münferit olaylara ve tarafların tutumuna bakarak çözmeye çalışmak anlamlı değildir. Bu nedenle sorunu BK md.4/II. Maddesi açısından irdelemek gerekmektedir¹⁴⁰. Bu hüküm tarafları karşılıklı yüz yüze müzakere ediyormuş gibi kabul etmektedir. Bu madde uyarınca, telefonla yapılan irade beyanları hazırlar arasındaki irade beyanlarıdır. Bir telefon görüşmesinde taraflar birbirlerinden uzak mesafede bulunsalar bile birbirlerinin tekliflerini araya zaman girmeksizin öğrenebileceklerdir¹⁴¹. Telefonun iki ucunda bulunan taraflar arada uzun bir mesafe bulursa dahi soru cevap şeklinde birbirleri ile doğrudan iletişim kurma olanağına sahiptirler¹⁴². Bu maddenin uygulanmasında önem arz eden bir diğer nokta ise; taraflar haberleşirken birbirlerinin düşünce ve duygularını anlayabilecekleri ve hiç olmazsa işiterek sürdürdükleri bir ortam içinde kullanılmalıdır¹⁴³. Bu görüş benimsendiği takdirde; telefon, faks ve e-mail hazırlar arasında değil gaipler arasında sürdürülen bir iletişim yöntemi olarak kabul edilecektir¹⁴⁴.

¹³⁷ OĞUZMAN, ÖZ (1995), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 55, İstanbul.

¹³⁸ TEKİNAY, S. (1985), *Borçlar Hukuku*, s. 115-116, İstanbul.

¹³⁹ SÖZER, B., age, s. 110.

¹⁴⁰ SÖZER, B., age, s. 110.; SAĞLAM, İ., age, s. 74.

¹⁴¹ KIRÇOVA, İ., ÖZTÜRK, P. (2000), *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İstanbul Ticaret Odası, s. 55, İstanbul.

¹⁴² SAĞLAM, İ., age, s. 74.

¹⁴³ SÖZER, B., age, s. 110.

¹⁴⁴ SÖZER, B., age, s. 110.

Elektronik sözleşmelerde bir taraf ki bu çoğu zaman satıcıdır ortada hiç yoktur, iradesini belli bir çerçevede yazıya dökmüş ve muhataba iletmek üzere dijital ortama aktarmıştır¹⁴⁵. Diğer taraf olan alıcı da satıcı ile irtibata geçmek imkanına sahip değildir¹⁴⁶.

Tez çalışmasında belirtilen elektronik sözleşmeler, satıcının şartlarının alıcı tarafından aynen itirazsız bir şekilde kabul etmesine bağlı olarak ve dolayısıyla taraflar arasında herhangi bir müzakere aşaması cereyan etmeden kurulan sözleşmedir. Bu nedenle de hazırlar arasında yapılmış bir sözleşme değildir.

1.4.2. Katılnalı (İltihaki) Bir Sözleşme Olması

Elektronik sözleşmelerin bir diğer özelliği ise katılnalı sözleşme olmalarıdır.

Günümüzde iş hayatında pek çok mal ve hizmet seri biçimde üretilip kitlelere sunulmaktadır. Bu şekilde binlerce sözleşme kurulmaktadır. İşte bu nedenle de üreticiler, farklı taraflarla farklı sözleşmeler kurarlarken her seferinde sözleşmenin içeriğini tespit etmek için fazladan zaman ve emek harcamayı engellemek için standart sözleşmeler sunmaya başlamışlardır¹⁴⁷. Genel işlem şartları katılnalı sözleşmelere çok benzemektedir. Genel işlem şartları *“gelecekte belirsiz sayıda kişilerle, belirsiz sayıda yapılacak sözleşmelere temel olmak amacıyla müteşebbisin tek başına veya diğer müteşebbislerle birlikte önceden hazırladığı genel ve soyut nitelikteki bir takım kurallar”*¹⁴⁸ olarak tanımlanabilir. Katılnalı sözleşmeler genel işlem şartlarına

¹⁴⁵ SÖZER, B., age, s. 110.

¹⁴⁶ SÖZER, B., age, s. 110.;“ daha önce de ifade edildiği üzere elektronik sözleşme insanın makine ile karşı karşıya gelerek kurduğu bir modeldir. ”

¹⁴⁷ Bu standart sözleşmelere doktrinde genel işlem şartları denilmektedir.

¹⁴⁸ SOYER, P. (1987), *Genel İş Koşulları*, s. 27, İzmir.

benzer özellikler taşımasına rağmen bu sözleşmelerde içerik hiçbir müzakereye açık değildir. Bu sözleşmelerde sözleşmenin hükümleri taraflardan birisince veya bir üçüncü şahıs tarafından önceden belirlenmiştir.

Uygulamada katılnalı sözleşmelere daha çok bireylerin idare ile yaptıkları hukuki ilişkilerde rastlanılmaktadır¹⁴⁹. Ancak ortada katılnalı bir sözleşme mevcuttur diyebilmek için taraflardan birisinin mutlaka kamu tüzel kişisi olması şart değildir. Önemli olan sözleşmenin içeriği ve bu içeriğin müzakere edilebilir olup olmamasıdır. Katılnalı sözleşmelerde içerik çok katıdır. Karşı taraf bunu kabul ettiği takdirde sözleşmenin tarafı haline gelebilir.

Elektronik sözleşmelerde katılnalı sözleşmelerdendir. Elektronik sözleşmelerde taraflar iradelerini dijital ortamda beyan etmektedirler ve tarafların karşılıklı müzakere edebilme imkanları mevcut değildir¹⁵⁰. Satıcı, web sayfası üzerinde kurmayı hedeflediği sözleşmenin tüm şartlarını önceden hazırladığı şekilde sunar ve karşı taraftan da bu şartlara aynen uymasını bekler¹⁵¹. Görüldüğü gibi, satış sözleşmesine taraf olmak isteyen kullanıcıların satım konusu şeye ilişkin soru sorma, tartışma, yeni teklifler ileri sürme ve pazarlık edebilme olanağı bulunmamaktadır. Alıcı ve satıcı hukuki işlemi web sayfası üzerinde bulunan hükümler çerçevesinde kurarlar. Aksi takdirde sözleşmenin ileri aşamalarına geçilemeyecek ve sözleşme tamamlanamayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar sonucu, web sayfası üzerinde koşulları belirlenmiş bir sözleşmeye taraf olmak isteyen kişiye serbestçe hareket edebileceği bir alan bırakılmamışsa ve ancak satıcının açıklamış olduğu

¹⁴⁹ SAĞLAM, İ., age, s. 78.

¹⁵⁰ SAĞLAM, İ., age, s. 80.

¹⁵¹ KIRÇOVA, İ., ÖZTÜRK, P., agm, s. 59.

iradeye boyun eğmek suretiyle sözleşme kurulabiliyorsa ortada bir katımlı sözleşme vardır.

Elektronik sözleşmelerin bir diğer önemli özelliği ise bir tarafta bilgisayar ve diğer tarafta insanın bulunmasıdır. Her iki tarafta da bilgisayarın olması halinde ortada EDI ilişkisinde olduğu gibi burada sözleşme kavramına uyan hiçbir unsur yoktur. Her iki tarafta insanın bulunması halinde ise (e-mail gibi) burada da ortaya elektronik sözleşme diye bir kavramı ortaya çıkarmaya gerek yoktur. Çünkü e-mail ile yapılan haberleşmenin mektup, telgraf, teleks vb. ile kurulan sözleşmelerden hiçbir farkı yoktur. Bunlarda da katımlı sözleşme yapmak mümkündür.

1.4.3. Mesafeli Satış Sözleşmesi Olması

Elektronik sözleşmeler bir mesafeli satış sözleşmesi çeşididir¹⁵². 4822 Sayılı 06.03.2003 kabul tarihli ve 14.03.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 14.maddesi ile 4077 sayılı Kanuna 9.maddeden sonra gelmek üzere Mesafeli Sözleşmeler başlıklı madde 9/A eklenmiştir. Bu bahsi geçen ek maddenin düzenlemesi kapsamında elektronik ortamda kurulan sözleşmelerin de mesafeli sözleşmeler olarak kabul edileceği düzenlemesi dahil edilmiştir¹⁵³.

MSHY md.4/1’e göre mesafeli sözleşmeler; “*Yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeleri* ” ifade etmektedir.

¹⁵² SÖZER, B., age, s. 116-118.

¹⁵³ SAĞLAM, İ., age, s. 82.

4822 Sayılı Kanunla ek madde olarak düzenlenen madde 9/A'ya göre ise; “*Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu düzenleme ile ilk kez bir kanun metninde elektronik ortamda kurulan sözleşmelerden açıkça bahsedilmiştir.

Mesafeli sözleşmeler, satım konusu şeyin akdin icrası için ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini konu edinen satışlardır¹⁵⁴. İşte TKHK’da eksik olan husus da burada ortaya çıkmaktadır. TKHK’daki tanımda, ifa yerinden, satım konusu şeyin ifa yerinden başka bir yere nakledilmesinden veya sözleşme konusu şeyin bulunduğu yerden ifa yerine taşınmasından hiç söz edilmemiştir¹⁵⁵.

Elektronik sözleşmelerin bir mesafeli satış türü olarak kabul edilmesi ve düzenlenmesi neticesinde, bu sözleşmelere uygun olduğu ölçüde “*Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esas Hakkında Yönetmelik*” hükümleri ve 23.02.1995 tarihli ve 4077 sayılı “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*” hükümleri uygulanacaktır.

1.4.4. Atipik Bir Sözleşme Olması

Mesafeli sözleşmeler Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediğinden a tipik sözleşmelerdendir. Bu nedenle TKHK ve ilgili yönetmeliklerle gerekli düzenlemeler yapılarak tüketicinin korunması gereği gündeme gelmiştir.

¹⁵⁴ SAĞLAM, İ., age, s. 83.

¹⁵⁵ SAĞLAM, İ., age, s. 86..

1.4.5. Elektronik İmza Kullanılarak Gerçekleştirilmesi

İnternet üzerinde yapılan işlemlerde çözülmesi gereken sorunlardan en önemlilerinden biri de internette işlem yapan kişilerin sahteciliğe karşı korunmasıdır. Elektronik ortamda yapılan işlemlerde, taraflar birbirini görmemekte ve hatta çoğu zaman birbirlerini hiç tanımamaktadır. Bu nedenle de elektronik ortamda işlem yapan taraflar karşısındakinin kimliği konusunda emin olmak istemektedirler¹⁵⁶. Bu nedenle de elektronik imza teknolojisi geliştirilmiş ve el yazısı ile imzanın alternatifi olarak bir çok hukuk sisteminde yerini almıştır. Ülkemizde de 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile, kanunda belirtilen şartları taşıyan elektronik imza, el yazısı ile atılan imzaya eş değer tutulmuştur.

5070 Sayılı Kanun'un md. 3/b'de elektronik imza, *“Başka bir elektronik veriye eklenen ve elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri ”* olarak tanımlanmıştır.

Elektronik imza sayesinde internet üzerinden yapılan irade beyanlarının belirli bir kişiye izafe edilebilmesi mümkün olmaktadır. İrade beyanını alan kişi elektronik imzayı deşifre ederek o irade beyanının kimden geldiğini ve bir değişikliğe uğrayıp uğramadığını anlayabilmektedir.

Elektronik İmza Kanununun 5. maddesine göre, güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Aynı kanunun 22. maddesinde; güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücünü taşıdığı hükmü yer almaktadır. Güvenli elektronik imza ise yetkili bir elektronik hizmet sertifikası veren kurumdan alınan bir sertifika ile oluşturulan imzadır. Hatta UYAP kapsamında avukatlara da elektronik sertifika verilerek internet üzerinden dava açmak olanaklı hale gelmiştir. İşte bu çipli kredi kartına benzer elektronik sertifika kullanılarak atılan güvenli elektronik imza

¹⁵⁶ SARIAKÇALI, T., age, s. 65.

yazılı belge gibi kesin delil olma özelliğine sahiptir. Bu hükümlerden hareketle Türk Hukukunda güvenli elektronik imza ile imzalanan elektronik sözleşmelerin Borçlar Kanununda yer alan geçerlilik şartı olarak aranan adi yazılı şekil şartını yerine getirmiş olduğu sonucu çıkmaktadır. Böylece kanunlarda yazılı olarak yapılması öngörülen tüm sözleşmelerin güvenli elektronik imza ile elektronik olarak yapılması mümkün hale gelmiştir.

1.5. Unsurları

1.5.1. Sözleşmenin Kurulmasında İletişim Araçları Kullanılması

Tüketici ile satıcı/sağlayıcı, fiziksel veya zamansal olarak halihazırda bulunmaya gerek kalmadan, aralarında bir sözleşmenin kurulmasını ya da görüşme ilişkisine geçilmesini sağlayacak bir ya da birden çok uzaktan iletişim aracına başvurmuş olmalıdır¹⁵⁷. Uzaktan iletişim aracı öncelikle sözleşmenin görüşülme veya kurulma aşamalarında tüketiciyle iletişim amacıyla kullanılan teknik anlamda bir araç olmalıdır¹⁵⁸. Diğer taraftan sözleşmenin taraflarının fiziksel olarak aynı zamanda karşı karşıya gelmeden iletişim kurabilmesi olanağını sağlaması gerekir.

Bu unsur, TKHK’nda “*yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak*” şeklinde ifade edilmiştir. Maddedeki “*elektronik ortamda*” teriminin açıklığı karşısında, internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinin, maddedeki diğer unsurunda mevcut olması halinde mesafeli sözleşme olarak kabul edileceğine şüphe bulunmamaktadır¹⁵⁹. Maddede ayrıca “*diğer iletişim araçları*” da denilerek ileride ortaya çıkabilecek iletişim araçları da kapsam içine alınarak teknolojik gelişim gözetilmiştir.

¹⁵⁷ DEMİR, M., age, s. 29.

¹⁵⁸ DEMİR, M., age, s. 30.

¹⁵⁹ SARIAKÇALI, T., age, s. 145.

1.5.2. Satıcının Mesafeli Satış İçin Organize Olması

Mesafeli bir satım için organize olmamış tarafların tesadüfen telefon vasıtası ile mal satması durumunda, TKHK'daki mesafeli sözleşmeler için öngörülen hükümler uygulanmayacaktır¹⁶⁰. Satıcının yada hizmet sağlayıcının mesafeli satışların yapılması amacıyla, personel çalıştırması, gazete ilanları vermesi, internet ortamında bu amaçla web sitesinin bulunması, bu kimseleri mesafeli satış için organize oldukları anlamına gelmektedir.

Mesafeli satış için gerekli altyapıyı hazırlamamış olan bir beyaz eşya satıcısından tüketicinin telefon aracılığı ile bir buzdolabı satın alınmak istediği durumda mesafeli sözleşmeler için öngörülen koruyucu hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Örneğin tüketici cayma hakkından yararlanmayacaktır. Bu durumda taraflar mesafeli satış için organize olmadıkları için elektronik sözleşmenin özelliği yerine getirilmemiş olacaktır.

1.6. Sözleşmenin Kuruluşu

Borçlar Hukuku alanında hukuk düzeni kişilere kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla, hukukî ilişkilerini diledikleri gibi düzenlemek hakkını tanımıştır¹⁶¹. Sözleşme tamamen bir hukukî ilişki içine girmek isteyen kişilerin isteklerine bağlı olarak kurulur. Bu bakımdan, sözleşmenin kurulması için tarafların bir sözleşme kurmak amacı ile iradelerini beyan etmeleri üzerine mümkün olabilir¹⁶². Diğer bir ifade ile, sözleşmeyi kuran unsur ilgili kişilerin yapacakları irade beyanıdır. Kişinin içinde kalmış olan ve dış aleme yansımamış olan istekler ve iradeler hukuk açısından değer ve önem

¹⁶⁰ BÜYÜKAY, Y., agm, s. 4.

¹⁶¹ Bu hakkın dayanağı ve kaynağı Anayasa'nın "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*" şeklindeki md.48/II hükmündedir.

¹⁶² SÖZER, B., age, s. 30.

taşımazlar. Ancak kişinin dışı vurduğu iradesi, dolayısı ile irade beyanı önemlidir¹⁶³.

Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için önce taraflardan birinin diğer tarafa, bir sözleşme ilişkisine girmeye yönelik iradesini iletmesi gerekmektedir. Diğer taraf da, benzer doğrultuda bir iradeye sahip bulunduğu takdirde ve kendisine yapılan söz konusu beyanın içeriğini oluşturan ilişkiye girmeyi uygun görmesi üzerine, vereceği olumlu cevap ile sözleşme ilişkisinin kurulmasını sağlamış olur¹⁶⁴.

Sözleşme tarafların anlaşması ile kurulur, geçerli ve bağlayıcı olarak hukuk aleminde yerini alır. Bu sonucu sağlamak için tarafların birbirlerine bir şey vermeleri, maddî öğeleri (para, mal) alıp vermeleri gerekmez. Sözleşme sadece iradelerin uyuşması ile kurulur. Ekonomik değerlerin değişimi ise ifa aşamasında yapılır ve ifa aşamasını oluşturur.

Sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanlarından birincisine *icap*, ikincisine *kabul* adı verilir. Sözleşme icap - kabul aşamaları içinde kurulur.

1.6.1. İcap

İcap, bir sözleşmenin kurulması amacı ile karşı tarafa yöneltilmiş bir öneri niteliğini taşır¹⁶⁵. İcabin öngörülen sözleşmenin kurulmasını sağlayacak niteliği, beyanın muhataba ulaşması ile olur. İrade beyanlarının hukukî sonuç yaratabilmesi için açıklanması, alenileştirilmesi ve karşı tarafın bu iradeden

¹⁶³ SÖZER, B., age, s. 30.

¹⁶⁴ SÖZER, B., age, s. 30.

¹⁶⁵ OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 47.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP (1993), Tekinay Borçlar Hukuku, s. 82, İstanbul.; EREN, F., age, s. 226.; SÖZER, B., age, s. 31.

haberdar edilmesi lazımdır. Bu şartın hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı hakkında dört kriter¹⁶⁶ bulunmaktadır. Bunlar;

1. Açıklama (İzhar) Teorisi: Bu kritere göre, irade açıklandığı anda, hukukî etkisini de göstermeye başlar.

2. Gönderme (İrsal) Teorisi: Bu kritere göre, irade (özellikle karşı karşıya bulunmayan kişiler bakımından) muhataba gönderildiği zaman hukukî etkisini göstermeye başlar.

3. Varma / Erişine (Vusul) Teorisi: Bu kritere göre, iradenin hukukî etkisi karşı tarafa vardığı andan itibaren başlar. Bu teoride esas olan haberin muhatabın egemenlik alanına ulaşmasıdır, yoksa onun muhatap tarafından fiilen öğrenilmiş (okunmuş) olması önemli değildir. Bu bakımdan, varma teorisinin kabul edildiği hallerde, muhatap fiilen haberi olmadan da bir sözleşme ile bağlanmış olabilir.

4. Öğrenme (İttıla) Teorisi: Bu kritere göre ise, irade ancak muhatap tarafından fiilen öğrenildikten sonra hukukî etkisini göstermeye başlayabilir.

Bir sözleşme ilişkisi kurmak isteyen kişi tarafından yapılan beyana icap denilir. İcap; bir satış sözleşmesinde, alıcı tarafından gelebileceği gibi satıcı tarafından da gelebilir. Örneğin kiralık evi olan bir kişinin evinin camına “kiralık ev” yazılı bir kağıt asmaı veya kiralık ev arayan bir kişinin, boş ve dolayısı ile de kiralık gibi görünen bir ev için talepte bulunması gösterilebilir¹⁶⁷. Ancak, icap her durumda, ilk yapılan irade beyanıdır; kabul beyanı ise ancak bir icaba karşı yapılabildiği için, icaptan sonra gelir.

¹⁶⁶ SÖZER, B., age, s. 31.

¹⁶⁷ OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 47.

İcapın en önemli özelliği, karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasına zemin sağlamasıdır. Bir irade beyanının icap olarak kabul edilebilmesi için, icabı yapan tarafın, karşı taraftan gelecek kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasını istediğini ifade etmiş olması gerekir¹⁶⁸. İcap muhataba kabul beyanında bulunarak sözleşmeyi kurmak yetkisini veren bir beyandır; icapta bulunan, karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmeyi kurmasını engelleyemez¹⁶⁹. Bu nedenle icap, kurulması öngörülen sözleşmeye ilişkin tüm önemli bilgileri içermelidir¹⁷⁰. Muhatap, yani kabul beyanında bulunacak olan taraf, kurulacak sözleşmenin konusu ve içeriği, BK. md. 2/II hükmünde ifadesini bulan temel ilke itibarı ile “... *akdin esaslı noktaları* ..” hakkında yeterli bilgiye sahip olmalıdır. İcap, bu beyanda bulunan taraf için bağlayıcı bir niteliğe sahiptir, bu nedenle icapta bulunan, karşı tarafın kabul veya red beyanı gelinceye kadar icabı ile bağlı kalır ve bundan geri dönemez¹⁷¹.

İcap çoğunlukla belli ve icabı yapanın bildiği bir kişiye karşı yapılan irade beyanıdır. Ancak, icap aynı zamanda kimliği önceden belli olmayan kişilere karşı, yani genel olarak topluma karşı da yapılabilir¹⁷². Bu tür icaplarda icapta bulunan taraf sözleşme kurmak hususundaki iradesini önceden belirlediği somut bir kişiye karşı değil, fakat yapmakta olduğu icabın konusu ve içeriği ile ilgilenen herkese karşı yönelmiş olmaktadır. İcapın bu özelliği dolayısı ile de, icap ile ilgilenen herhangi bir kişinin yapacağı kabul beyanı ile, sözleşme kurulmuş olur. Genel olarak, kamuya açık bütün satış yerlerinde veya topluma karşı sunulan hizmetlerde, örneğin dükkanlarda, pazar yerlerinde satıcıların, şehir içinde çalışan otobüslerde, dolmuşlarda vasıtaları kullananların durumu bu şekildedir.

¹⁶⁸ OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 48.

¹⁶⁹ OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 50.

¹⁷⁰ TEKİNAY, S., age, s. 108, dn. 2.

¹⁷¹ SÖZER, B., age, s. 33.

¹⁷² OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 48.

Yukarıda da belirtildiği üzere; icabın öngörülen sözleşmenin kurulması için gereken tüm bilgileri içermesi ve kendisine yöneltilen kişinin kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına olanak sağlayacak öğeleri yansıtmaları gereklidir. Ancak, icap tüm bu karakteristik nitelikleri içermek kaydı ile açık (sarih) olarak yapılabileceği gibi, örtülü (zımnî) şekilde de yapılabilir.

Açık (sarih) icap, sözleşme ile ilgili tüm bilgilerin ve icapta bulunmak iradesinin açık - seçik ve doğrudan doğruya ifade edilerek dış aleme iletilmesi ve bu suretle muhataba nakledilmesidir²⁷. Açık icaplarda kullanılan sözlerin yalnız olarak ifade ettikleri anlama bakılır.

Örtülü (zımnî) icap ise, iradenin dolaylı olarak ifade edildiği durumlarıdır. Örtülü icap, daha çok eylemler ve davranışlar ile gerçekleşir, ki günlük hayatımızda -çoğunlukla da bilinçli bir surette olmaksızın yaptığımız hareketler bu tür irade açıklamaları oluşturur. Meselâ, ücretini tezgahın üzerine koyarak gazete alınması, ayakkabı boyatılması isteği ile, boyacının sandığına ayak uzatılması, vb. gibi.

İrade beyanında bulunan kişi muhatabın kabulü halinde sözleşmenin kurulması arzusuyla değil de sadece müzakereye girişmek arzusuyla hareket ediyorsa, bu durumda bir icaptan değil, “*icaba davetten*” söz edilecektir¹⁷³. Bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. Zira yapılan irade beyanının icap olduğu kabul edildiği takdirde bunun bazı hukuki sonuçları olacaktır.

Bazı durumlarda icap ile icaba daveti birbirinden ayırmak zordur. İrade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun tespiti, yapılan beyanın yorumuna bağlıdır. Bu konuda meseleyi güven nazariyesi ışığında ele alarak, beyanın muhtevasına ve beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakmak suretiyle beyanda

¹⁷³ ALTINIŞIK, U., age, s. 42.

bulunanın gerçek arzusunun belirlenmesi gerekir¹⁷⁴. Borçlar Kanunu'nun 7/1. maddesi bu esası şu şekilde açıklamaktadır:

"İcabı dermeyen eden kimse bu bapta hakları mahfuz olduğunu sarahaten beyan eder, yahut akdi iltizam etmemek niyetinde olduğu gerek halin muktezasından gerek işin hususi mahiyetinden istidlal olunursa, icap, lüzum ifade etmez".

Borçlar Kanunu, yapılan beyanın yorumu için koymuş olduğu bu esasın yanında, bazı durumlar için özel yorumlayıcı kaideler de koymuştur. BK md. 7/II'ye göre:

"Tarife ve carifiat irsali, icap teşkil etmez. BK m. 7/III'e göre ise; "Semeni gösterilerek emtia teşhiri kaideten icap addolunur".

Bu durumda eşyanın kendisi teşhir edilmeksizin resminin veya diğer birtakım özelliklerinin gösterildiği tarifeler, broşürler, kataloglar vs. gönderilmesi icap teşkil etmeyecektir. Buradaki "gönderilmesi" deyiminin geniş yorumlanarak, gazete, radyo, televizyon, internet gibi genel duyuru araçlarının da kapsama alınması gerekir¹⁷⁵. Eşyanın kendisinin semeni de gösterilerek teşhirinin ise kural olarak icap olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁶. Maddede, bu durumun kural olarak icap kabul edildiği belirtilmekle, bunun bir kaine olduğu ve aksinin ispat edilebileceği vurgulanmaktadır. Bu durumda ispat yükü, hareketinin icap olmadığını iddia edendedir¹⁷⁷.

E-posta yoluyla iletişimin geleneksel posta haberleşmesinden çok da farklı olmadığını belirtmiş bulunmaktayız. Chat kanalları üzerinden gerçekleşen iletişimi

¹⁷⁴ OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 47.; ALTINIŞIK, U., age, s. 42.

¹⁷⁵ ALTINIŞIK, U., age, s. 42.; EREN, F., age, s. 230.

¹⁷⁶ SARIAKÇALI, T., age, s. 45.

¹⁷⁷ OĞUZMAN, ÖZ., age, s. 47.; ALTINIŞIK, U., age, s. 43.

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 icap mı yoksa icaba davet 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 icap mı yoksa icaba davet mi olduğu hususu şu şekilde ayırt edilebilir: BK. md. I/II hükmüne göre³⁰ icaba muhatap olan kişi, kabul beyanında bulunduğu zaman sözleşme kurulmuş olmalıdır, şu halde muhatapın yapacağı bir kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayacak içerik ve nitelikte yapılmış olan beyan icap olarak yorumlanacak, böyle bir hukukî neticeye yönelik olmayan beyanlar ise sadece icaba davet olarak görülecektir¹⁷⁸. Fakat bu husus her olayda, objektif ve olay açısından önem ve değer taşıyan şartlar dikkate alınarak tespit edilmelidir.

Ürünlerin internette sunulmasına ilişkin web sitelerinin, yani web sayfalarındaki irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu hususunun literatürde yoğun bir şekilde işlendiği ve tartışıldığı görülmektedir¹⁷⁹. Şüphesiz web sayfasında, malların veya hizmetlerin salt tanıtımının yapılmasıyla yetiniliyorsa, bir icaptan bahsetmek güçleşir, orta yerde çoğu zaman sadece bir icaba davet vardır. Ancak web sayfasında malların veya hizmetlerin tanıtımıyla kalmıyarak bunlara ilişkin sözleşmelerin kurulmasını sağlayıcı imkanlar da yer alıyor ve mesela web sayfası üzerinden sipariş vermeyi mümkün kılan bir form

¹⁷⁸ SÖZER, B., age, s. 34-35.

¹⁷⁹ İNAL, E., age, s. 126.

bulunuyorsa, işte bu web sayfasının icap mı yoksa icaba davet mi teşkil ettiği sorusunun cevabı biraz daha zorlaşmaktadır¹⁸⁰.

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 icaba davet; buna karşın dijital ürünlerin internet üzerinden kopyalanarak kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi suretiyle gerçekleşen doğrudan elektronik ticaret işlemlerine ilişkin sayfaları ise icap olarak nitelendirmektedir¹⁸¹.

Doktrindeki bu yazarlar gerekçe olarak¹⁸²; maddi malların sunumuna ilişkin bir web sitesi sağlayıcısının menfaatinin, bağlayıcı bir icapta bulunmakta değil, kullanıcıyı icaba davet etmekte olduğunu belirtmektedirler. Zira sağlayıcı, kullanıcının icabı üzerine stoklarını, yani siparişi ifa kabiliyetini kontrol edip ona göre ifayı kabul edecek veya etmeyecektir. Web sayfası icap olarak ve kullanıcının siparişi ise kabul beyanı olarak nitelendirilirse, sağlayıcı ifa edemeden 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 icaba 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 icaba davettir. Kullanıcının form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle gönderdiği irade beyanı ise icabı oluşturmaktadır. Öte yandan, dijital ürünlerin internet üzerinden sağlanmasına ilişkin web siteleri bakımından ise bu gerekçeler

¹⁸⁰ **GEZDER, Ü.** (2004), “*Mukayeseli Hukukta Web Sitelerindeki Tekliflerin İcap mı İcaba Davet mi Olduğu Sorunu*”, Prof.Dr.Ergun Özsunay’a Armağan, s. 701 vd., İstanbul.; **FALCIOĞLU, M. Ö.** (2004), *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku bakımından Elektronik Satım Sözleşmesinin Kuruluşu*, s. 175, İstanbul.

¹⁸¹ **DEMİR, M.**, age, s. 216.; **KIRCA, Ç.**, age, s. 103.

¹⁸² **ÖZDEMİR, KOCASAKAL**, age, s. 58-59.

söz konusu değildir. Dijital ürünün tükenmesi diye bir şey yoktur çünkü dijital ürünler. 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 icap teşkil etmekte, kullanıcının irade beyanı ise bir kabul beyanı olmak suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır¹⁸³.

Web sayfalarının kesin ve katı bir şekilde icap ya da icaba davet olarak nitelendirilmesi, herhangi bir ihtiyacı karşılayacak değildir ve gereksizdir.

Web sayfalarının peşinen genel bir yargı olarak ne bağlayıcı bir icap ne de bir icaba davet olarak nitelendirilmesi mümkündür. Web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken, bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun tespitinin bir yorum meselesi olduğuna ve bunun güven prensibinin ışığında tespit edilmesi gereğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bu bakımdan bu nitelendirme her somut olayda, kullanıcının web sayfasının içeriğine, dürüstlük kuralı ve tüm şartlar çerçevesinde vermesi gereken anlama göre yapılmalı ve o web sayfasının icap mı yoksa icaba davet mi teşkil ettiği bu şekilde tespit edilmelidir¹⁸⁴.

¹⁸³ KIRCA, Ç., age, s. 103-104.

¹⁸⁴ İNAL, E., age, s. 131.

1.6.2. Kabul

Kabul, yapılmış olan bir icaba karşılık, muhatap tarafından icabı yapana yöneltilen ve icap ile öngörölmüş bulunan sözleşmeyi, yine icaba uygun olarak kurmak iradesinin, kesin olarak, ifade edildiği beyandır¹⁸⁵.

Kabul beyanı, icabın karşı tarafça uygun göröldüğü ve dolayısı ile de kabul edildiği anlamını belirtir. Kabul beyanının, icap ile tam bir tutarlılık içinde olması, icaba oranla yeni veya değişik şartları içermemesi gerekir, aksi takdirde bu yeni bir icap sayılır ki buna da karşı icap denilmektedir. Bu beyan ilk icabı yapan tarafından kabul edilecek olursa, sözleşme kurulmuş olur. İcabı oluşturan bir beyan ve buna karşı yapılan kabul beyanı ile kurulan sözleşmeler çok basit günlük işlerde görölmesine (meselâ gazete, sigara - kibrit alınması, ayakkabı boyatılması, sinema - tiyatro için bilet alınması, gittiği yer ve izlediği yol belli olan otobüse veya dolmuşa binilmesi gibi) rağmen bu gibi sıradan işlemlerin dışında kalan sözleşmeler müzakerelerin sonucunda kurulmaktadır¹⁸⁶. Bunların muhatap tarafından tespiti yine kabul sayılır¹⁸⁷.

Kabul beyanı sözleşmeyi kurar; diğer bir deyişle, kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur ve ne icapta bulunmuş olan taraf ne de kabul beyanında bulunmuş olan taraf artık sözleşmenin meydana gelmesini engelleyemezler¹⁸⁸.

Kabul, yukarıda da kısaca değinildiği gibi, hazırlar arasında cereyan eden müzakerelerde, süre söz konusu edilmemişse, makul bir düşünme süresini takiben derhal ve süre tayin edilmişse, bu sürenin bitiminden evvel

¹⁸⁵ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 57.; TEKİNAY, S., age, s. 121.

¹⁸⁶ SÖZER, B., age, s. 31.

¹⁸⁷ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 58.

¹⁸⁸ SÖZER, B., age, s. 40.

icapta bulunmuş olan tarafa bildirilmelidir. Gaipler arasında yapılan icaba karşı da, icapta süre belirtilmişse, bu sürenin sonuna kadar, icap süresiz ise, kabul beyanının icapta bulunan tarafa erişmesi için geçecek zaman da hesaba katılarak, makul bir süre içinde kabul beyanında bulunulmalıdır.

Yukarıda kısaca değinilen bu hüküm saklı kalmak kaydı ile, BK. diğer taraftan prensip olarak örtülü (zımnî) kabule yer vermektedir. BK. md. 10/II “*Eğer sarih bir kabule ihtiyaç bulunmazsa ...*” diyerek, örtülü kabul ile sözleşmenin kurulacağını kabul etmektedir⁶¹.

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 etmemektedir¹⁸⁹.

Elektronik sözleşmeler de, muhatabın icapta bulunana yönelttiği ve sözleşmenin icaba uygun olarak meydana gelmesini sağlayan “*kabul beyanı*” ile kurulmaktadır.

Tüm irade beyanlarında olduğu gibi kabul beyanının hüküm ifade etmesi de icapta 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 an şu şekilde tespit edilebilir:

E-posta olarak gönderilen bir kabul beyanı, daha sonra muhatapça erişilmek üzere muhatabın e-posta kutusunda kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşmeyi kurmuş olur. Ancak bu beyan BK md.9 çerçevesinde geri de alınabilir.

¹⁸⁹ İNAL, E., age, s. 133.

Bunun için icapta bulunanın, e-posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gereklidir¹⁹⁰.

Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise web sayfasının icap veya icaba davet teşkil etmesine göre saptanacaktır. Buna göre, web sayfası icap niteliğindeyse, kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla; web sayfası icaba 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.

Bu konuda TKHK. md. 9/A hükmünün ikinci fıkrası şu şekilde bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu hükmüne göre, *"mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez"*, internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinin büyük bir kısmı, mesafeli sözleşmeler kapsamına gireceğine göre, tüketicilerin akdedeceği bu sözleşmelerin kurulması, bu hüküm uyarınca çıkarılan MSHY 5.maddesinde öngörülmüş olan, bilgilerin edinildiğinin tüketici tarafından teyit edilmesi şartına bağlanmıştır. Bu teyidin yapılmamasının, sözleşmenin kurulmaması müeyyidesine bağlanması, hiçbir amaca hizmet etmemesi ve özellikle tüketicilerin lehine değil aleyhine olması sebebiyle isabetsiz olmasının yanı sıra, gerek fiilen gerekse hukuken uygulanma kabiliyetine sahip değildir¹⁹¹. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü gereği bu düzenleme mesafeli sözleşme kavramıyla çelişkilidir ve teyit gerçekleşmeden sözleşmenin kurulmamış

¹⁹⁰ İNAL, E., age, s. 134.

¹⁹¹ İNAL, E., age, s. 134.

sayılması başta tüketici olmak üzere kimsenin menfaatine değildir¹⁹². Diğer taraftan tüketiciyi korumak amacıyla çıkartılmış olan bir kanunda, tüketiciye bir teyit yükümlülüğü yükleyip tüketici aleyhine bir düzenlemeye gidildiği her halde düşünülemez. 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 verilir verilmemesinin bu yolla sağlayıcı tarafından ispat edilebilmesi mümkün kılınmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, sözleşmenin kurulması için, gerekli bilgilerin tüketiciye verilmesi ve tüketicinin bu bilgileri edindiğini teyit etmesi gibi bir gereklilik bulunmamaktadır¹⁹³.

1.6.3. Susma

Kabul beyanı da açık (sarih) veya örtülü (zımnî) olarak yapılabilir. Hatta, kabul beyanlarının örtülü surette yapılması çok sık rastlanan bir durumdur. Ancak, bu konuda dikkate alınması gereken çok önemli bir kural vardır: İlke olarak hiç kimse kendisine yöneltilmiş bir beyana cevap vermekle yükümlü tutulamaz. Diğer bir deyişle, hiç kimse kendisine yapılan bir icaba cevap vermediği için bu teklifi kabul etmiş sayılamaz¹⁹⁴. Sükût, ancak gelen bir icaba cevap vermek yükümlülüğü bulunduğu takdirde kabul anlamına yorumlanabilir¹⁹⁵. İcabın kural olarak muhatabı için cevap vermek mecburiyetine yol açmaması dolayısı ile icapta bulunan kimse, cevap vermediği takdirde icabın kabul edilmiş sayılacağını belirtmiş olsa dahi, sükût kabul olarak yorumlanamaz. Çünkü hiç kimse kendisinin sebep olmadığı sorulara cevap vermekle yükümlü tutulamaz.

¹⁹² İNAL, E., age, s. 135.

¹⁹³ İNAL, E., age, s. 135.

¹⁹⁴ TEKİNAY, S., age, s. 86.

¹⁹⁵ SÖZER, B., age, s. 41.

Bu temel prensipler göz önünde tutulduğu takdirde, BK. md. 6 hükmünün çok isabetli bir düzenlemeyi yansıtmadığı söylenebilir. Bu maddeye göre; yapılan icap ile kurulması öngörülen sözleşme, eğer özelliği bakımından kurulması açık bir kabul beyanında bulunulmasını zorunlu kılıyorsa veya olayı çevreleyen tüm koşullar dikkate alındığı *zaman*, yine mutlaka açık bir kabulün bulunması gerekmekte ise, örtülü kabul ile sözleşmenin kurulması kabul edilemez. Aksi takdirde, yani gerek konunun niteliği ve özelliği ve gerekse olayın tüm şartları açık bir kabul beyanının beklenmesini mecburi tutmuyorsa, icabın makul bir süre içinde red edilmemesi (diğer bir deyişle muhatapın sükut etmesi) sözleşmenin kurulmasına yol açar; dolayısı ile de böyle bir sözleşme ilişkisine girmek istememiş olan taraf, red cevabı vermediği için, iradesi hilafına, sözleşme ile bağlanmış olur.

Kabul açık bir beyanla yapılabileceği gibi sipariş edilmeden gönderilen malın kullanılması, önerilen bir işin yapılması, ya da siparişin gönderilmesi gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir¹⁹⁶. Aynı şekilde susma da bazen örtülü bir kabul teşkil edebilir. Gerçi kural olarak susma bir irade beyanı değildir ve icaba karşı bir cevap vermeyerek susan muhatap böyle bir durumun kabul teşkil edeceğini icapta belirtilmiş dahi olsa icabı kabul etmiş sayılmaz¹⁹⁷. Ancak BK.m.6 hükmü susmanın ne zaman kabul sayılacağı konusunda şu düzenlemeyi getirmektedir: "*icabı dermeyen eden kimse, gerek işin hususi mahiyetinden gerek hal ve mevkiin icabından naşı 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 dayanabilir¹⁹⁸.

¹⁹⁶ İNAL, E., age, s.124.

¹⁹⁷ İNAL, E., age, s.124.

¹⁹⁸ OĞUZMAN, ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.62, İstanbul.

1.6.4. İcap ve Kabulün Geri Alınması

Borçlar Kanununun 9. maddesinde, icap ve kabulün geri alınmasının esasları hükme bağlanmıştır. Buna göre, yapılan icap veya kabulün geri alınmasına ilişkin beyan, icap veya kabulden daha önce veya aynı anda muhataba vardığı takdirde geçerli olacak ve ilk yapılan beyan hükümsüz kalacaktır. (BK m.9/I)¹⁹⁹ Geri alma beyanı icap veya kabulden sonra varmış olsa dahi, muhatap geri alma beyanını daha önce öğrendiği takdirde yine aynı sonuç doğacaktır.

Bu durumda hazırlar arasında cereyan eden bir müzakerede yapılan icap ve kabul beyanının geri alınması mümkün değildir²⁰⁰. Zira bu durumda muhatap, yapılan beyanı anında öğrenmekte olup, geri alma beyanını daha önce öğrenmesi mümkün değildir²⁰¹. İnternette hazırlar arasında akdedilen sözleşmelerde (IRC, internet telefonu, telekonferans vs.) yapılan icap ve kabul beyanlarının geri alınması da bu nedenle mümkün olmayacaktır.

İcap ve kabulün geri alınması, yalnızca gaipler arasında yapılan müzakerelerde uygulanma imkanı bulur. Örneğin mektupla gönderilen bir icabın, henüz mektup muhatabın eline ulaşmadan telefonla geri alınması mümkündür. Aynı şekilde mektup ulaşmış olsa dahi, muhatap henüz mektubu okumadan yapılan icap geri alınırsa da durum aynı olacaktır.

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde, icap ve kabulün geri alınması, gaipler arasında yapılmış olsalar dahi, klasik sözleşmelere nazaran daha sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır²⁰². İnternetin teknik yapısı gereği yapılan beyan anında

¹⁹⁹ BÜYÜKAY, Y., age, s. 5.

²⁰⁰ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 51.; EREN, F., age, s. 239.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, H., age, s. 77.; ALTINIŞIK, U., age, s. 48.

²⁰¹ SARIAKÇALI, T., age, s. 53.

muhabatına ulaşmakta, geri alma beyanının ilk beyandan önce ulaşması mümkün olmamaktadır. İcap ve kabulün geri alınması, bu sözleşmelerde ancak Borçlar Kanununun 9/II. maddesi gereğince, yani geri alma beyanının ilk beyandan daha önce öğrenilmesi ihtimalinde söz konusu olmaktadır.

Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde, sitede mal ve hizmet sunumunun icap olarak kabul edilmesi durumunda, yapılan icap siteye girildiği anda öğrenileceğinden icabın geri alınması mümkün değildir²⁰³. Bu durumda müşterinin kabul beyanı da, sipariş formunun doldurulup gönderilmesi ile karşı tarafta anında algılanıp işleme konulduğundan geri alma mümkün olmamaktadır²⁰⁴. Müşterinin siparişinin icap sayıldığı hallerde de, yine aynı şekilde, müşterinin icabını geri alması mümkün değildir. Bu durumda web sitesinin kabul beyanı, anında müşterinin bilgisayarının ekranında görünmekte ve öğrenilmekte olduğundan geri alma yine mümkün değildir. Ancak bu tür sözleşmelerde, web sitesi tarafından genellikle, tüketicilerin korunması amacıyla, siparişin her adımından sonra müşteriye devam etmek isteyip istemediği sorulmakta, bu suretle müşteriye henüz sözleşme kurulmadan müzakereyi kesme olanağı verilmektedir²⁰⁵.

İcap ve kabulün geri alınması, sınırlı da olsa elektronik posta ile kurulan sözleşmelerde uygulama alanı bulabilir. İcap veya kabul beyanını içeren mesaj, öncelikle alıcının posta kutusunda saklanmakta ve alıcının çağırması için bekletilmektedir. Henüz alıcı mesajını açmadan geri alma beyanını içeren mesaj gönderildiği ve alıcı önce bu mesajı okuduğu takdirde, yapılan ilk beyan hükümsüz kalacaktır²⁰⁶. Bunun yanında, icap veya kabul beyanını içeren elektronik posta

²⁰² KIRCA, Ç., age, s. 112.; ALTINIŞIK, U., age, s. 48.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, H., age, s. 77.

²⁰³ ALTINIŞIK, U., age, s. 49.

²⁰⁴ SARIAKÇALI, T., age, s. 54.

²⁰⁵ SARIAKÇALI, T., age, s. 54.

²⁰⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, H., age, s. 78.; “Yapılan irade beyanı henüz okunmadan geri alma beyanının gönderilmesi durumunda muhabatın her iki mesajı birlikte değerlendirme

henüz okunmadan, yapılan beyanın, telefonla, yüz yüze görüşme suretiyle veya başka bir şekilde geri alınması da mümkündür²⁰⁷.

1.7. Sözleşmenin Sona Ermesi

1.7.1. İfa - İbra

BK borcu sona erdiren sebepler arasında ibraya yer vermemiştir. İbra, alacaklının borçluyu borçtan kurtarması sonucu borcun son bulmasıdır²⁰⁸. İbra ile alacaklı borçluyu yaptığı sözleşme ile onu borçtan kurtarmakta, borçlu ise borcu ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır²⁰⁹.

İbra tek taraflı bir hukuksal işlem değildir. Alacaklı ile borçlu arasındaki bir sözleşmeyi gerektirir. Bu nedenle alacaklının alacak hakkından vazgeçmesi ile ibrayı ayırt etmek gerekir. Alacaklının alacak hakkından vazgeçmesi tek taraflı bir hukuksal işlemidir. İbra alacaklı açısından bir tasarruf işlemidir. Zira alacaklı bu sözleşme ile alacak hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmektedir.

İbrada alacaklının borçluyu borçtan kurtarma iradesine sahip olması gerekmektedir. Alacaklının borçluyu borcun tamamından kurtarması zorunlu değildir. Alacaklı borçluyu borcun bir kısmı için de borçtan kurtarabilir.

İbra ile birlikte asıl borç tamamen veya kısmen ferileriyle son bulur.

fırsatı bulduğundan hangi mesajın önce açılmış olduğunun geri almanın geçerliliği bakımından önemli olmadığı ifade edilmektedir.”

²⁰⁷ SARIAKÇALI, T., age, s. 55.

²⁰⁸ TURANBOY, K. N. (1998), *İbra Sözleşmesi*, s. 26, Ankara.

²⁰⁹ KILIÇOĞLU, A. (2002), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 578, Ankara.

1.7.2. Yenileme (Tecdit)

BK md.114 borcu sona erdiren sebeplerden yenilemeyi hükme bağlamıştır. Söz konusu maddede yenilemenin tanımı yapılmamış bu tanımı yapma öğretisi ve yargı kararlarına bırakılmıştır.

Yenileme, doktrinde “*mevcut bir borcun yeni bir borç yaratmak suretiyle sona erdirilmesi*” olarak tanımlanmaktadır²¹⁰.

Yenilemeden söz edebilmek için mevcut borç ilişkisinin bulunması ve bunun sona erdirilmesi gerekir.

Mevcut borç tarafların anlaşmasıyla sona erdiğinde ya da alacaklı borçluyu ibra ettiğinde borç son bulmakta, borçlu yeni bir borç nedeniyle sorumluluk altına girmemektedir. Yani yenilemeden söz edebilmek için sadece mevcut borcun sona ermesi yeterli olmayıp, yeni bir borcun yaratılması zorunludur.

BK md.114/1 hükmü, “*Borcun tecdidi akitten vazih surette anlaşılmalıdır.*” ifadesiyle yenilemenin tarafların anlaşmasına dayanan bir sona erme sebebi olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, taraflar mevcut borcun yerine yeni bir borcun yaratılması konusunda anlaşmış olmalıdırlar. Yenileme için sadece mevcut borcun sona erdirilmesi iradesi yeterli olmayıp bunun yerine yeni borcun yaratılması konusunda da taraf iradelerinin birleşmesi zorunludur.

Yenileme ile mevcut borç ilişkisi son bulduğundan aslı ve ferileriyle birlikte sona erer. Yenileme ile mevcut borç sona erdiğinden buna ilişkin savunma araçları yeni borç için kullanılamaz.

²¹⁰ KOYUNCUOĞLU, T. (1972), *Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi*, İstanbul.

1.7.3. Dönme

Dönme konusu, yukarıda I.Bölümde “Sözleşmenin Kuruluşu” başlığı altında incelenildiğinden oraya atıf yapılmaktadır.

1.7.4. Takas

BK takası da 118-124. maddeleri arasında borcu sona erdiren sebepler arasında saymıştır.

Bu maddelerde takasın bir tanımına yer verilmemiştir. Ancak BK md.118/1’de takasın tanımını yapmamıza yarayacak unsurlara yer verilmiştir. Bu maddeden hareketle takas şu şekilde tanımlanabilir: “İki kişinin karşılıklı ve aynı cinsten muaccel olan borçlarının, birbirini karşıladığı oranda, taraflardan birinin tek taraflı irade açıklamasıyla sona erdirilmesine takas adı verilir.”²¹¹

Borcun takas yolu ile sona erdirilebilmesi için alacak ve borçların karşılıklı ve geçerli olması gerekmektedir. Alacak ve borçların karşılıklı olması demek, iki kişinin birbirinden alacaklı ve borçlu olması demektir.

Alacak ve borçların aynı cinsten olması gerekmektedir. Bu anlamda olmak üzere para para ile, piriñç piriñç ile petrol petrol ile takas edilebilir.

Alacaklar muaccel olmalıdır. Taraflardan birinin alacağı muaccel olduğu halde, karşı taraf olan borcu için bir vadeden yararlanıyorsa, bu alacak talep edildiğinde diğer taraf, henüz muaccel olmayan kendi alacağını takas olarak ileri süremez.

²¹¹ ARAL, F. (1994), *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, s. 1, Ankara.

Alacaklar takasa elverişli olmalıdır.

Takas, yukarıda belirtilen koşullar bulunsa bile kendiliğinden borcu sona erdiren bir sebep değildir. Bunun için borçlunun takas iradesini açıklaması gerekmektedir.

1.7.5. Zamanaşımı

Borçlar Kanunumuz borcu sona erdiren sebepler arasında zamanaşımına da yer vermiştir.Zamanaşımının borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmesinin değişik gerekçeleri vardır.Tarafları uzun süre borç ilişkisi nedeniyle karşı karşıya getirmek bunlar arasında ve dolayısıyla toplumda huzursuzluğa yol açar. Zamanaşımı tehlikesi sayesinde, alacaklılar alacaklarını zamanında takip ve tahsil etmek suretiyle, borç ilişkileri nedeniyle gereksiz sürtüşme ve uyuşmazlıklara son verilmiş olur.²¹²

Zamanaşımı, alacak hakkını değil dava ve takip hakkını ortadan kaldırmaktadır.Bu nedenle hak düşürücü süreden de ayrılmaktadır.

Zamanaşımından dolayı dava hakkının ortadan kalkabilmesi için;

- Zamanaşımına tabi olan bir borcun varlığı
- Borcun muaccel olması
- Yasada öngörülen sürelerin dolması gerekmektedir.

Ayıptan doğan ihtilaflarda zamanaşımı süreleri yukarıda incelenmişti.Genel olarak sözleşmelerden doğan alacaklarda ise Borçlar Kanununun 125.maddesine göre zamanaşımı süresi borcun muaccel olduğu tarihten itibaren 10 yıldır. Elektronik sözleşmelerden doğan ihtilaflarda da kıyas yoluyla 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerekmektedir.

²¹² KILIÇOĞLU, A., age, s. 600.

Zamanaşımı, borcu kendiliğinden ve yalnız başına sona erdiren bir sebep değildir. BK. md.140 zamanaşımının, ancak borçlunun ileri sürmesi ile borcu sona erdirebileceğini, böyle bir savunma ileri sürülmedikçe yargıcın zamanaşımını kendiliğinden göz önünde tutamayacağını hükme bağlamıştır.²¹³

Zamanaşımının yukarıda sayılan koşulları gerçekleştiğinde borç son bulacaktır. Zamanaşımı sadece asıl borcu değil, borcun ferilerini de sona erdirir.Feri borçlara örnek olarak faiz, cezai şart, rehin, kefalet, banka teminat mektubu gösterilebilir.²¹⁴

²¹³ KILIÇOĞLU, A., age, s. 615.

²¹⁴ KILIÇOĞLU, A., age, s. 617.

İKİNCİ BÖLÜM

2. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE EDİMLERİN İFASI VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1. İfa Kavramı

Sözleşme ilişkisi kendi içinde iki ayrı ve belirgin kısımdan meydana gelir. Bu şu şekilde ifade edilebilir: “ *Sözleşme + İfa* ”; sözleşmenin kurulması ve ifa edilmesidir. Birinci kısım olan sözleşme, borç doğuran aşamayı oluşturmakta olup ikinci kısımda ise bu borç yerine getirilir. Daha önce de ifade edildiği gibi sözleşme tamamen rızaya dayanan ve tarafların iradelerini açıklamaları ile kurulan bir hukukî ilişkidir. Bir sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması için, tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları gerekmekte olup birbirlerine sözleşmenin konusu ile ilgili olarak herhangi bir fizikî veya nakdî değer vermeleri gerekmemektedir. Böyle bir değer değişimi, ifa kısmında yer alır.

Tarafların bir sözleşme yapmalarının ve dolayısı ile de bir borç ilişkisi kurmalarının sebebi, çoğunlukla ekonomik, bazen tamamen kişisel de olsa, ortak amaç olan bir yarar elde etmek olduğuna göre, sözleşmenin hedefi de bu yararın sağlanması ve gerçekleştirilmesi olmalıdır²¹⁵. İşte ifa aşaması bu yararın sağlandığı, elde edildiği aşamadır. Yani sözleşmenin amacı ifadır²¹⁶. İfa

²¹⁵ SÖZER, B., age, s. 61.

²¹⁶ SÖZER, B., age, s. 61.

ile sözleşme ilişkisi veya diğer bir deyişle, borç ilişkisi sona erer²¹⁷. Tarafların arasında kurulmuş olan hukukî bağ da ortadan kalkar.

Bu sonucun elde edilebilmesi için, ifanın, tam ve gereği gibi yapılmış olması icap eder. Borçlanılan şey ne ise ifa edilecek olan da o şeydir. Buna *ifanın edime uygun olması prensibi* denir²¹⁸. Alacaklı, eksik veya kısmî ifayı kabule mecbur tutulamaz, bu halde de borç ifa edilmiş olmaz. Sözleşme ile borç yaratılır, borcun ifa edilmemesi ise sorumluluk sebebidir.

İfa gerek sözleşmenin içerdiği şartların gerekse de sözleşmenin konusuna ilişkin hukuk kurallarının (ilgili kanun, tüzük, vb. gibi) buyurduğu şekilde yapılmalıdır. Bu anlamda ifa hem sübjektif kurallara ve hem de objektif normlara uygun olmalıdır²¹⁹.

İfa, kural olarak, sözleşmenin diğer tarafını teşkil eden kişi yani borçlu tarafından, yapılmalıdır. Ancak, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının korunmaya değer özel bir menfaati yoksa, yani borcun borçlu veya başka herhangi bir kişi tarafından ifasının alacaklı bakımından önem taşımadığı hallerde, BK. md. 67'ye göre borcu başka birisi de ifa edebilir.

Diğer taraftan, ifanın tam olması lâzımdır. Taraflar özel olarak anlaşmış olmadıkça, BK. md. 68'e göre alacaklı kısmî veya eksik ifayı kabule mecbur tutulamaz.

İfanın, edimin tamamını mı içerdiği yoksa bir kısmını mı hedef aldığı bazen tartışmaya yol açabilir. Konu para borçlarında pek ortaya çıkmaz, fakat verme borçlarında, özellikle satış sözleşmelerinde satıcının borcunun ifasında

²¹⁷ SÖZER, B., age, s. 61.

²¹⁸ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 203.

²¹⁹ SÖZER, B., age, s. 61.

tartışmalı durumlar belirebilir. Örneğin; bir bilgisayar satışında, açıkça hariç tutulmamışsa, işletim sistemi de satış konusuna (edime) dahil olmalıdır ve alıcı sadece dört köşe ve önünde ekran bulunan bir kutuyu almaya zorlanamaz; yazıcı ile birlikte satın alınan bir bilgisayarın, yazıcı kullanıma hazır olmadan teslim edilmek istenmesi de kısmî ifa sayılır ve yine alıcı bunu kabule mecbur değildir.

Bununla beraber; taraflar anlaşarak, ifa aşamasında borçlunun edim konusundan başka bir şey vermesini kabul edebilirler. Bu tür anlaşmalar, tarafların ortak iradesine göre, ya *ifa yerine edim* ya da *ifa uğruna edim* olarak nitelendirilmektedir.

İfa yerine edimde, tarafların anlaşması ile borçlu alacaklısına borç konusu olan şeyi değil fakat başka bir şey vererek ifada bulunur ve borç ortadan kalkar²²⁰. Meselâ; satıcı satış sözleşmesinin konusu olan bir dizüstü bilgisayar yerine, başka bir model dizüstü bilgisayar vermeyi önerirse ve alacaklı da bunu asıl edimin yerini almak üzere kabul ederse, ifa yerine edim yolu ile borç ortadan kalkmış olur²²¹. Borçlu, borcunu nakit olarak ödemek yerine alacaklısına bir mal verecek olursa, alacaklı bununla borcun ödenmiş sayılacağını kabul etmesi halinde borçlu da borcunu ifa etmiş olur²²². Alacaklı parasını elde etmek için o malı satılığa çıkarırsa ve satıştan gelen para asıl alacaktan az olursa, alacaklı açık kalan miktar için borçluya başvuramayacağı gibi, alacağından fazlasını elde ederse bu fazlalığı borçluya iade etmek zorunda da değildir. Aynı şekilde, borçlu alacaklıya olan borcunu nakit para ile ödemek yerine, kendisinin bir başkasından olan alacağını devir (temlik) ederse, alacaklının muvafakati olmak koşulu ile, borç ortadan kalkar; alacaklı söz konusu parayı tam veya hiç tahsil edemese dahi borç ifa edilmiş olur ve

²²⁰ SÖZER, B., age, s. 62.

²²¹ SÖZER, B., age, s. 63.

²²² SÖZER, B., age, s. 63.

artık borçluya başvuramaz²²³. Bu şekilde bir para alacağının devrine ifa yerine temlik denir.

İfa uğruna edimde ise; yine anlaşma uyarınca, borçlu alacaklıya sözleşme konusundan başka bir şey vermektedir, fakat borç bu işlemle sona ermemekte, ancak alacaklının bu farklı şeyi paraya çevirip alacağı tutarı elde etmesi ile ifa yapılmış kabul edilmektedir²²⁴.

Borçlu alacaklısına olan borcunu nakit olarak ödemeyip alacağının yerine bir yüzük verirse, borç ancak borçlunun alacaklısına bu yüzüğü satıp alacağını elde etmesi şartı ile ifa edilmiş olur ve dolayısı ile de borçlu ancak bu şartla borcundan kurtulur²²⁵. Borçlu, alacaklısına nakit ödeme yapmak yerine, bir başkasından olan alacağını devir ve temlik eder, borç ancak alacaklı temlik edilmiş olan tutarı tahsil ettiği zaman ve tahsil edebildiği oranda ifa edilmiş sayılır. Eksik kalan kısım için borçlunun sorumluluğu devam eder ve ancak bu tutar da ödendiği takdirde ifa tamamlanmış sayılır. Bu tür bir işleme, ifa uğruna temlik denir.

Alacaklı alacağını tam olarak elde edemediği takdirde, borçlu bu farktan sorumlu olmaya devam eder. Alacaklı, asıl borç tutarından daha fazla bir para elde eder ise, bu fazlanın borçluya geri verilmesi icap eder²²⁶.

Tarafların anlaşmasının yorumunda tereddüt duyulduğu takdirde, ortada açık bir çözüm olmadıkça, esas kural olarak *ifa uğruna edimde* anlaşılması olduğu kabul edilmelidir²²⁷.

²²³ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 204-206.

²²⁴ SÖZER, B., age, s. 63.

²²⁵ SÖZER, B., age, s. 63.

²²⁶ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 204-206.

²²⁷ OĞUZMAN, ÖZ, age, s. 206.

2.2. Alıcının (Tüketicinin) İfası ÖDEME

Elektronik sözleşmelerde de diğer sözleşme şekillerinde olduğu gibi ödemenin nakit para ile yapılabilmektedir. Zira elektronik sözleşmelerde ödeme nakit olarak yapılabildiği gibi elektronik para, kredi kartı, banka havalesi yolu ile de yapılabilmektedir²²⁸. Aşağıda da ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere ödeme yöntemleri arasında en yaygın olanı nakit para ile yapılan ödemedir²²⁹. Daha sonra kredi kartı ile yapılan ödemeler ve diğerleri gelmektedir. Elektronik para ile ödeme yapılabilmesi için ödeme yöntemlerini hesaba bağlı olan ve hesaba bağlı olmayan şeklinde sistemler olarak ikiye ayırarak incelemek gerekecektir²³⁰.

Aşağıda sırasıyla elektronik sistemlerin getirdiği yenilikleri yansıtan ödeme yöntemleri incelenmiştir.

2.2.1. Nakit Olarak Ödeme

Yukarıda da kısaca belirtmiş olduğum gibi nakit olarak ödeme, tipik olarak akla gelen ilk ödeme şekillerindedir. Bu ödeme taraflar arasındaki anlaşmaya göre peşin, vadeli yahut da taksitli olarak yapılabilir²³¹. Ancak bu yöntem elektronik sözleşmelerin ifasında çok sık kullanılan bir yöntem değildir. Elektronik ortamda bu yöntem ancak satıcının bedelin sözleşme yapıldıktan sonraki bir tarihte özellikle de malın tesliminden sonra ödenmesini kabul ettiği hallerde söz konusu olabilir²³². Aynı şekilde bedelin çek, bono,

²²⁸ SÖZER, B., age, s. 129.

²²⁹ SÖZER, B., age, s. 129.

²³⁰ SÖZER, B., age, s. 129'dan naklen: "Account-based and non account-based systems. HANCE and BALZ, XX, 160-161, 313, 341-342."

²³¹ SÖZER, B., age, s. 129.

²³² SÖZER, B., age, s. 129.

poliçe veya diğer tür senetlerle ödenmesi de nakit ödeme usulüne paralel yöntemler olarak nitelendirilmektedir²³³.

2.2.2. Kredi Kartı İle Ödeme

Satım sözleşmelerinde mal bedelinin kredi kartı kullanılarak ödenmesi yöntemi özellikle tüketici işlemlerinde, yaygın bir yöntem haline gelmiştir²³⁴.

Kredi kartı kullanımı tipik bir üçlü ilişkiye dayanır. Bir tarafta kredi kartını çıkaran kart şirketi diğer tarafta bu işletmenin çıkardığı kartı kullanan kişiler yani kart hamilleri, üçüncü tarafta ise söz konusu kartı çıkaran kart şirketlerinin çıkardığı kartı kullanan kart hamillerine, mal satmayı veya hizmet sunmayı kabul etmiş olan üye işyerleri (mağazalar, lokantalar, oteller vb.) bulunur²³⁵.

2.2.3. E-Fon Transferi İle Ödeme

Elektronik fon transferi, en basit tanımı ile bir paranın bir bankadaki hesaptan bir başka bankadaki hesaba elektronik ortamda nakledilmesidir. Bu işlem ancak bankalar arası işlemlerde uygulanabilmektedir. Ayırt edici özelliği ise işlemin yapılmasında ve sonuçlandırılmasında hiçbir yazılı aracın kullanılmamasıdır²³⁶.

E-fon transferi internet aracılığıyla gerçekleştirilen bir işlemdir. İnternete ulaşma olanağı bulunan herkes tarafından yapılabilir. Aslında internet üzerinden yapılan kredi kartı ödemeleri ile POS terminali kullanılarak yapılan

²³³ SÖZER, B., age, s. 129.

²³⁴ SÖZER, B., age, s. 131.

²³⁵ SÖZER, B., age, s. 131.

²³⁶ SÖZER, B., age, s. 142.

ödemeler de birer elektronik fon transferi modelidir. Kağıt kullanılmadan elektronik ortamda gerçekleştirilen para hareketleri elektronik fon transferidir.

E-Fon transferi yolu ile para aktarılmasında iki yol izlenebilir. Borçlu kendi bankasına talimat vererek alacaklının hesabına elektronik fon transferi yolu ile havale yaptırabileceği gibi bu işi kendisi bilgisayarı aracılığıyla da yapabilir²³⁷.

E-Fon transferi usulünde paranın e-fon transferi yolu ile alacaklının hesabına aktarılması halinde borç ifa edilmiş olur. Borç, gönderilen paranın alacaklının hesabına girmesi ile ifa edilmiştir.

2.2.4. Elektronik Çek İle Ödeme

Elektronik çek de aslında elektronik fon transferidir ve elektronik fon transferinin en tipik uygulamalarından birisidir. Yasal anlamı itibariyle bir çek değildir.

Elektronik çekin e-fon transferi içinde gösterdiği tek özellik, ekranda bir çek yaprağının belirmesi ve ödemeyi yapacak kişinin havaleyi mutad işlemlerden aşına olduğu şekil içinde yapmasıdır²³⁸. Bu açıdan bakıldığında elektronik çeke sanal çek de denilebilir.

Elektronik çekle yapılan ödemede, çeki düzenleyen taraf bunu internet üzerinden yani elektronik yoldan alacaklısına gönderir, yani alacaklının elektronik ortamına intikal ettirir. Alacaklı da bu çeki yine elektronik yoldan bankasının bilgisayarına aktarır. Bundan sonraki işlem ise alacaklının bankası ile borçlunun bankası arasında cereyan eder. Bu şekilde eğer borçlunun hesbı

²³⁷ SÖZER, B., age, s. 142.

²³⁸ SÖZER, B., age, s. 143.

müsait ise, para alacaklının bankasına ve oradan da alacaklının hesabına aktarılır. İfa da bu anda yapılmış olur.

Hukukumuzda elektronik çekin, çek olarak ele alınmasına imkan yoktur. Öncelikle imza yönünden bu mümkün olamayacaktır. Elektronik çekin, ödemeyi sağlamak için fiziksel olarak bankaya ibrazı da mümkün değildir²³⁹.

2.2.5. Akıllı Kart İle Ödeme

Akıllı kartlara yüklenmiş değer kartları adı da verilmektedir. Akıllı kartlar kart hamili ile üçüncü kişiler arasındaki ödemelerde kullanılır. Akıllı kartların kullanılması şu şekilde olmaktadır:

Her kullanıcı bir PIN şifresi sahibidir. Kart sahibi PIN numarasını kullanarak kartına para doldurur. Kullanıcılar bu işlemi ya bankalarındaki bir ATM kullanarak yaparlar ya da gereken donanım ve yazılıma sahip iseler, kendi PC'lerinden de yapabilirler. Kart sahibinin hesabından da doldurulan para ne kadarsa o miktarda para düşmektedir.

Kart sahibi bir ödeme yapmak istediği zaman kartını POS terminaline veya akıllı kart için kullanılabilen bir kart okuyucu cihaza tanıtmaktadır. Kartta yüklü olan tutar, kart sahibinin hesabından aktarıldığı için yapılan ödeme, nakit para kullanılarak yapılan ödeme kadar basit ve doğrudan bir işlem olmaktadır.

Kart sahibi, POS terminali veya diğer bir okuyucu cihazın üzerindeki tuşları kullanarak ödenecek tutarı belirtmektedir. Ödeme doğrudan doğruya alacaklıya yapıldığı için alacaklının bu parayı kullanabilmesi için tekrar banka sistemine girmesine gerek yoktur.

²³⁹ SÖZER, B., age, s. 144.

Yapılan işlemlerin tutarları kartın yongasına yazılmakta ve kart sahibi bu bilgileri de ATM veya benzeri terminallerin ekranından izleyebilmektedir²⁴⁰.

Elektronik sözleşmelerde de alıcıların bu sistemi kullanarak ödeme yapmaları mümkündür. Ancak bunun için her iki tarafta da akıllı kartı okuyacak yazılım ve donanımın bulunması gerekmektedir.

Akıllı kart kullanılarak yapılan ödemenin yasal tanımlar içerisinde bir ödeme olmadığı açıkça görülmektedir²⁴¹. Akıllı kartın kendisi para değildir. Kullanılmaya devam edilebilmesi için tekrar belli bir elektronik işlem den geçmesi gerekir.

Şu halde akıllı kart ile yapılan ödemenin, gerçek bir ifa olduğu söylenemez. Akıllı kart ile yapılan ödemenin bir ifa yerine edim olarak yorumlanması düşünülebilir²⁴².

2.2.6. Elektronik Para İle Ödeme

Elektronik sözleşmelerde, taraflardan birinin edimi çoğunlukla belirli bir miktar paranın ödenmesi şeklinde olmaktadır²⁴³. Elektronik ticarete en yaygın olarak kullanılan ödeme aracı kredi kartı olmasına rağmen güvenlik problemleri nedeniyle elektronik ödeme için elverişli bir ödeme vasıtası değildir²⁴⁴. Bu nedenle elektronik ödemeler için farklı sistem arayışlarına

²⁴⁰ SÖZER, B., age, s. 146.

²⁴¹ SÖZER, B., age, s. 146.

²⁴² SÖZER, B., age, s. 147.

²⁴³ SARIAKÇALI, T., age, s. 110.

²⁴⁴ SARIAKÇALI, T., age, s. 111.

girişilmiş ve birçok farklı sistem geliştirilmiştir. Bunlar arasında elektronik para, ödeme sistemlerinin özellikleri açısından en uygun sistemdir²⁴⁵.

Elektronik para, bir bilgisayarın sabit diskine veya bir mikro işlemciye kopyalanabilen karşılığı önceden yatırılmış değer birimidir²⁴⁶. Elektronik paranın en önemli özelliği, doğrudan ödemeyi sağlama kabiliyetidir. Elektronik para ile bir ödeme yapıldığı takdirde gönderilen değer hiçbir aracı kuruma ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan alıcıya transfer edilmektedir²⁴⁷.

Elektronik paranın kullanılabilmesi için karşılığının ödenerek, ödenen bu değerın sabit bir diske ya da akıllı karta yüklenmesi gerekmektedir.

Elektronik para, kabul zorunluluğunun bulunmaması, ek donanım veya yazılım gerektirmesi nedeniyle genel kabul görmemektedir²⁴⁸. Aynı zamanda elektronik paranın tedavül kabiliyetinin bulunmaması, sahtecilik riskinin bulunması ve anonimliğinin tam olarak sağlanamaması nedenleriyle nakit paradan ayrılmaktadır²⁴⁹.

2.3. Satıcının (Sağlayıcının) İfası TESLİM

2.3.1. İfa Yeri

Borcun nerede ifa edileceği, belli surette saptanmış olmalıdır. Bu yer, sözleşmeye göre bir malın verilmesi söz konusu ise bu teslimin icra edilmesi

²⁴⁵ SARIAKÇALI, T., age, s. 111.

²⁴⁶ SARIAKÇALI, T., age, s. 111.

²⁴⁷ SÖZER, B., age, s. 148.

²⁴⁸ SARIAKÇALI, T., age, s. 112.

²⁴⁹ KESER, L. (2002), *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, s. 93, Ankara.; SÖZER, B., age, s. 77.

gereken yer, veya bir paranın ödenmesi icap etmekte ise, bu ödemenin yapılması gereken yerdir²⁵⁰.

İfa yerinin başlıca özelliği, borçlu borcunu ancak bu yerde ifa ettiği takdirde borç ifa edilmiş sayılır ve borçlu da borçtan kurtulmuş olur ve buna paralel olarak, alacaklı da borcun ancak bu yerde yerine getirilmesini isteyebilmektedir²⁵¹.

İfa yeri kanun tarafından belirtilmiş olabileceği gibi, taraflar da sözleşme ile ifa yerini tayin edebilirler. Taraflar ifanın nerede yapılacağını sözleşmede açıkça belirleyebilecekleri gibi, zımnen (örtülü olarak) de belirtmiş olabilirler. Bu husus BK. Md.73/I'de "*Borcun ifa edilmesi lazım gelen yer, iki tarafın sarıh veya zımni arzusuna göre tayin edilir...*" şeklinde belirtilmiştir.

Ulusal kanunlar halen internet aracılığıyla dijital olarak teslim edilen ediminin ifa yerini düzenleyen hükümler koymamışlardır²⁵². Burada önem arz eden husus; internet aracılığıyla yerine getirilen edanın satıcının mevkiinde mi (bilginin gönderildiği yerde mi) yoksa tüketicinin mevkiinde mi ifa edildiğidir²⁵³. İfa yeri BK. md.73'e göre taraflarca kararlaştırılabilir. Tarafların ifa yerini kararlaştırmamış olduğu durumlarda BK. md.73'e göre; ifa yeri şu esaslara göre tayin edilir: Para Borcu: Borç bir paranın ödemesi ise, bu ödeme BK md.73/II'ye göre alacaklının ödeme zamanındaki ikametgâhında yapılmalıdır. Ticari işlerden doğan borçlarda, ödemenin alacaklının ticarî işletmesinde yapılması icap eder. Ancak, bono, poliçe gibi kıymetli evrakta ödeme senedin borçlusuna ibrazı üzerine yapılır, dolayısı ile de kıymetli evraktan doğan borçlarda ifa kanun tarafından belirtilmiş olan yerde, yani

²⁵⁰ SÖZER, B., age, s. 64.

²⁵¹ SÖZER, B., age, s. 64.

²⁵² GEZDER, Ü., age, s. 265.

²⁵³ GEZDER, Ü., age, s. 265'den naklen: FREI, O. (2001), Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, y.y 2001, s. 150,151, Zürich.

borçlunun ikametgâhında gerçekleştirilir²⁵⁴. Borcun konusu belirli bir malın teslimi ise, bu mal sözleşme yapıldığı, daha doğrusu hüküm ifade ettiği zaman nerede ise, orada teslim edilir. Diğer tüm borçların borç doğduğu zaman borçlunun ikametgahı nerede ise orada ifa edilmesi gerekir²⁵⁵.

Diğer taraftan borçların ifa yeri bakımından BK. md.73/3'e göre başka bir ayırım yapmak da mümkündür. Aranılacak borçlarda; borçlu diğer borç yükümlülüklerini yani para ve parça borcu dışındaki borçlarını, borçların oluştuğu zamanda kendi ikametgahı nerede ise orada ifa etmelidir²⁵⁶. Yani alacaklı, borçlunun ikametgahına gelerek alacağını talep etmektedir²⁵⁷. Götürülecek borçlarda; borçların ifa yeri alacaklının ikametgahıdır ve borçlu borcunu ifa etmiş olmak için edimi alacaklının ikametgahına götürmek zorundadır²⁵⁸. Örneğin para borcu götürülecek borçlardandır²⁵⁹. Son olarak gönderilecek borçlarda; borçlu borç konusunu alacaklısına bizzat götürmek mecburiyetinde olmamakla beraber bir taşıyıcıya teslim ederek alacaklısına erişirmek yükümlülüğündedir²⁶⁰.

Bu hükümler mesafeli satış sözleşmeli için uygun değildir²⁶¹. Çünkü mesafeli satış sözleşmelerinde borç genellikle tüketicinin ikametgahında ifa edilmektedir. Tüketicinin malı, satıcının ikametgahından veya malın bulunduğu yerden gidip alması beklenemez²⁶².

²⁵⁴ SÖZER, B., age, s. 64.

²⁵⁵ SÖZER, B., age, s. 64.

²⁵⁶ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, age, s. 811.

²⁵⁷ SÖZER, B., age, s. 64.

²⁵⁸ GEZDER, Ü., age, s. 266.

²⁵⁹ SÖZER, B., age, s. 65.

²⁶⁰ SÖZER, B., age, s. 65.

²⁶¹ GEZDER, Ü., age, s. 266.

²⁶² GEZDER, Ü., age, s. 266.

Mevcut bulunan duruma göre, internet veritabanı ve internet servis sözleşmeleri için BK. md.73 uygulanacaktır. Bu nedenle taraflar arasında aksi kararlaştırılmamışsa ifa yeri bundan böyle tüketicinin ikametgahı olması önerisi yeterli değildir²⁶³. Bunun önlenmesi için emredici bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir²⁶⁴.

2.3.2. İfa Zamanı

Kural olarak, borç hemen ifa edilmelidir. Bu esas BK. md. 74'te “ *Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.* ” hükmü ile ifade edilmiştir. Buna göre, taraflar borcun ifası için ileri bir tarih kararlaştırmamışlar, yani ifa için bir vade tespit etmemişler ise veya sözleşmenin niteliği ve özelliğinden, ifanın daha sonraki bir tarihte yapılacağı anlaşılmıyor ise, borçlu borcunu hemen ifa etmek yükümlülüğü altındadır²⁶⁵. Buna paralel olarak da, alacaklı borcun derhal ifa edilmesini istemek hakkına sahiptir. İfa zamanı kavramı, sözleşmenin tarafları açısından iki farklı anlam taşır: Borçlu açısından, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için sahip olduğu süreyi gösterir; alacaklı açısından ise, ifayı talep etmek ve borç ifa edilmediği takdirde, borçluyu kanunî yoldan zorlamak hakkını elde edeceği tarihi belirtir²⁶⁶.

BK. md. 74 metninde yer alan *ecel* kelimesi *vade* anlamındadır; borç bir vadeye bağlanmamış ise, hemen ifa edilmesi icap eder, vade varsa ancak vadesinde ifa edilir ve vadeye kadar alacaklı da bir talepte bulunamamaktadır.

BK. md.74-82'de düzenlenen ifa zamanına ait hükümler düzenleyici olduğundan, tarafların ifa zamanına dair “*Mesafeli Sözleşmeler Hakkında*

²⁶³ GEZDER, Ü., age, s. 267.

²⁶⁴ GEZDER, Ü., age, s. 267.

²⁶⁵ SÖZER, B., age, s. 65.

²⁶⁶ SÖZER, B., age, s. 65.

*Yönetmelik*²⁶⁷ md.7/2-b gereği malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihini sözleşmede kararlaştırmaları sonucu bu kararlaştırılan ifa zamanına dair kurallar BK'nın hükümlerinden önce uygulanacaktır²⁶⁸. Hukukumuzda 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifine uyma babından, ifa zamanına dair Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm konulmuştur. Bu durumda ortada hem tarafların MSHY md.7/2-b,c'ye göre anlaştıkları bir ifa zamanı hem de kanun hükmünün belirlediği bir ifa zamanı mevcut olacaktır²⁶⁹. İfa zamanı bir kanun hükmüyle belirlenmişse, taraflar sözleşmede aksini öngörmemişlerse bu kanun hükmü uygulanacaktır²⁷⁰.

TKHK md.9/A 3.fikrasının lafzından ve konuluş amacından emredici hüküm olduğu anlaşıldığından, taraflar daha uzun bir süreyi, tüketicinin aleyhine olacağından kararlaştıramayacaklardır²⁷¹.

TKHK md.9/A 3.fikraya göre; *“Satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirir. Bu süre, tüketicie daha önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla en fazla on gün uzatılabilir.”* şeklinde belirtilmiştir.

MSHY md.9/1 açık bir şekilde; *“.... En geç otuz gün içerisinde....”* demektedir.

Taraflar sözleşmeyi yaparken, bunun ne zaman ifa edileceğini de kararlaştırabilirler. Bu bir para borcunun ödenmesinde ya da bir malın hazırlanıp teslim edilmesinde de olabilmektedir²⁷². Ayrıca, sözleşme

²⁶⁷ Bundan böyle MSHY olarak anılacaktır.

²⁶⁸ GEZDER, Ü., age, s. 252.

²⁶⁹ GEZDER, Ü., age, s. 252.

²⁷⁰ EREN, F. (2002), *Borçlar Hukuku*, 7.Baskı, s. 943, İstanbul.

²⁷¹ GEZDER, Ü., age, s. 252.

konusunun özelliği ve sözleşme ile üstlenilen borcun niteliği de, ifanın ne zaman yapılacağını belirten öğelerdir. Ismarlama elbisenin hemen aynı gün teslim edilemeyeceği, basit bir bilgisayar programının yüklenmesinin bile, yerine göre birkaç günlük bir süreyi gerektireceği, özellikle karmaşık bir yazılımın ancak birçok deneme ve sınama yapıldıktan sonra teslim edilebileceği dikkate alınmalıdır²⁷³.

2.4. Tarafların Kimliğini Açıklama Yükümlülüğü (Aydınlatma Yükümlülüğü)

MSHY md.5'e göre; "*Satıcı veya sağlayıcının ismi, ünvanı, açık adresi, telefonu ve varsa diğer erişim bilgileri*" tüketiciye verilmelidir. Bu düzenleme ile şüpheli satıcılar/sağlayıcılar artık rastgele fantezi markalar ve anonim posta kutuları arkasında gizlenemeyeceklerdir. Ticaret sicil kaydına göre firma isminin kullanılması, gerçek işyerini bildirmeyi ve memnun olmayan müşterilerin şikayetlerini yöneltebileceği bir adresi vermeyi ihtiva etmektedir²⁷⁴.

Ancak belirtilen bu uygulama; TKHK, MSHY, E-Ticaret Direktifi, 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi'nin ilgili kuralları, belirli sözleşme türlerine uygulanmayacaktır²⁷⁵. Böylece bunlarda kimlik hakkında bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Fakat tüketiciyi belirli sözleşmelerde sağlayıcının kimliği hakkında mahrum bırakmak için hiçbir dayanak yoktur.

²⁷² SÖZER, B., age, s. 66.

²⁷³ SÖZER, B., age, s. 66.

²⁷⁴ GEZDER, Ü., age, s. 179.

²⁷⁵ MSHY m. 11'de kapsam dışı sözleşmeler belirtilmiştir; "*Banka sigorta ile ilgili, otomatik satış makineleri vasıtasıyla akdedilen, halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla akdedilen, açık artırma yolu ile akdedilen, gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili, satıcı/sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren sözleşmelere uygulanmaz.*"

Tüketici bu durumlarda da taleplerinde başarıya ulaşabilmek için mutlaka satıcının/sağlayıcının kimliğine ihtiyaç duyacaktır.

2.4.1. Aydınlatmanın Zamanı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A bilgi verme yükümlülüğünün “sözleşmenin akdinden önce” yerine getirilmesi hükmünü içermekte olduğundan bu hükmün reklam üzerinde kurulan ilişkilerde de geçerli olması gerekmektedir.

97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.4 ve 5’e göre bilgi verme yükümlülüğü ya sözleşmenin akdinden önce veya eğer sözleşmenin akdinden önce verilmemişse, sonrasında teyit edilerek ve sözleşmenin akdinden sonra yerine getirilmelidir. Buna göre, 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.4’te sözleşme akdedilmeden önce yerine getirilecek olan bilgi verme yükümlülüklerini, md.5’te ise ancak sözleşme ifa edilirken verilecek olan bilgi verme yükümlülüklerini göstermekte ve bunları birbirinden ayırt etmektedir. Elbette tüketici cayma hakkını ve sözleşme muhatabının kimliği hakkında bilgiyi mümkün olan en erken zamanda elde etmelidir. Bu bilgi verme yükümlülükleri zaten sözleşme kurulmadan önce yerine getirilmelidir.

Türk Hukukunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A²⁷⁶ sözleşmenin akdinden önce bilgilerin sağlanmasını öngörmekte yani başka bir anlatımla sözleşme öncesi ve sonrası verilecek bilgilerde doğrudan doğruya bir ayırım yapmamakta²⁷⁷ ve sözleşmenin akdinden önce verilecek bilgilerin tüketici

²⁷⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A f.2: “Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır.” şeklindedir.

²⁷⁷ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A f.5’in göndermesi nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9’un da mesafeli sözleşmelerde uygulanacağı nazara alındığında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A’nın dolaylı olarak

tarafından alındığının yazılı teyidini sözleşmenin kurulması için şart koşmaktadır. Ancak bu hükümde bu bilgilerin neler olduğu belirtilmeyip bunlar Bakanlıkça çıkarılacak bir Tebliğe bırakılmış ve yürürlüğe konan MSHY md.5'te bunların belirtilmesi ile yetinilmemiş md.7 ile sözleşmede bulunması gereken şartlar da sıralanmıştır.

İnternet aracılığıyla akdedilen sözleşmelerde tüketicinin korunmasında bu önceden bilgi vermenin, merkezi bir role sahip olduğunu görmekteyiz. Tüketici aceleci ve düşüncesizce sözleşme akdine girişmeden önce bilgisayar ekranında bilgilendirilirse böylelikle korunabilecektir. Fareyi 100 kere önemsiz olarak tıkladıktan sonra 101. tıklamanın hukuksal olarak bağlayıcı bir irade beyanı teşkil edebileceği bir görüngüdür²⁷⁸.

İnternet aracılığıyla akdedilen sözleşmelerde bilginin nakli şu anlama gelecektir: Tüketicinin bir sözleşmenin kuruluşuna yönelttiği irade beyanından önce ekranda bu bilgiler gösterilmelidir. Bu, web sitesinde ya da E-Mail aracılığıyla gönderilen “teklifin” bir icap mı yoksa sadece bir icaba davet mi olarak ele alınıp alınmayacağı tartışmasından bağımsızdır²⁷⁹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A ve MSYH md.5 sözleşmenin akdinden önce bilgilerin verilmesini öngörmektedir. E-Ticaret Direktifi md.10 birinci paragrafına göre siparişin yapılmasından önce bilgi verilmelidir.

İnternet'te akdedilen tüketici sözleşmelerinde servis sağlayıcı (satıcı, sağlayıcı) E-Ticaret Direktifi md.10'daki bilgileri tüketicinin siparişini yapmasından önce tüketiciye sağlamak zorundadır. Taraflardan birini tüketici

mesafeli sözleşmede bulunması gereken bilgileri (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9 f. 1) içerdiği söylenebilecektir.

²⁷⁸ GEZDER, Ü., age, s. 177.

²⁷⁹ GEZDER, Ü., age, s. 176.

teşkil ediyorsa, bu bilgilerin sağlanmaması kararlaştırılmayacaktır²⁸⁰. Başka bir anlatımla E-Ticaret Direktifi m. 10, tüketici sözleşmelerinde emredici bir hükümdür. Nitekim TKHK m.9/A 2.fikrasının, “... zorunludur...” ifadesinden onun da emredici²⁸¹ bir hüküm olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

2.4.2. Aydınlatmanın Kapsamı

Satıcının/Sağlayıcının adresinin tamamen bildirilmesi mutlak esastır. Bu bilgi verilmezse, tüketici hiçbir talep ileri süremeyecektir: Tüketici sözleşmenin tarafını tanımaz ve nerede dava açacağını bilmezse tüketiciye tanınan cayma hakkının ve diğer bütün tüketici haklarının kendisi için hiçbir faydası olmayacaktır²⁸². Özellikle İnternet'te kimliğin, merkezin ya da ikametgahın ve adresin tespiti ana sorunlardan birini teşkil etmektedir. MSHY md.5/a'ya göre, satıcının veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri tüketiciye verilmek zorundadır.

MSHY md.5/a'da, “... telefon ve varsa diğer erişim bilgileri” ile kastedilen bir irtibat adresinin verilmesidir. Mesela E-Mail adresi İnternet'te bir erişim sağlayacaktır. Oysa ki E-Ticaret Direktifi md.5 birinci paragrafın c bendinde e-mailin verilmesi de bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu durumda internet araçlarıyla sözleşmenin akdinden önce satıcının/sağlayıcının telefonunu tüketiciye bildirmesi bir zorunluluk oluştururken, E-Mail adresini bildirmesi, MSHY md.5/a'nın “... ve varsa” ifadesi nedeniyle zorunluluk teşkil etmeyecektir. Mesafeli sözleşmelerin sınır tanımayan doğaları nazara alındığı zaman, satıcının/sağlayıcının telefonun bilinmesinin tüketici için faydalı ancak çokta masraflı olabileceği görülecektir. Oysa tüketici E-Mail yo-

²⁸⁰ Bakınız E-Ticaret Direktifi md. 10 p. 1.

²⁸¹ **SEROZAN, R.:** Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (1998), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 17, İstanbul., “Zayıf olan tüketiciyi koruma yollarından biri de emredici hükümler vazetmek olduğundan bu hükmün emredici olması yerinde bir düzenlemedir”.

²⁸² **GEZDER, Ü.,** a.g.e., s. 179.

luyla çok ucuz bir şekilde satıcıyla/sağlayıcıyla bağlantıya geçebilecektir. Bir E-Mail adresine sahip olmak satıcı/sağlayıcı için de bir telefona sahip olmaktan daha ucuza mal olacağına göre, bundan sonra hukukumuzda yapılacak olan düzenlemede E-Ticaret Direktifine uygun olarak E-Mail adresinin bildirilmesinin de açıkça hükme bağlanması, anılan gerekçeler nedeniyle kanaatimce daha uygun olacaktır.

MSHY md.5/a'da belirtilmekle yetinilmemiş ve yine aynı maddenin j bendinde de yine aynı şekilde istenen bilgiler tekrar istenilmektedir. Bu durumdan şu sonuç çıkarılmaktadır; b bendine göre satıcı/sağlayıcı hem günlük işlerinde kullanılan telefonunu vermeli hem de j bendine göre tüketicinin talep ve şikayetlerini iletebileceği ayrı bir telefon hattı da vermelidir.

2.4.3. Aydınlatmanın Şekli

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 2.fikrasında ve MSHY md.5, **mesafeli sözleşmenin akdinden önce** tüketiciye verilmesi gereken bilgilerin nasıl verileceğini belirtmemiştir²⁸³. Bu nedenle tüketicinin bu bilgileri edinmesini sağlamak için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 2.fikrasında ve MSHY md.6'da, mesafeli sözleşmenin akdinden önce verilmesi gereken bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğine yönelik tüketiciden yazılı teyit alınması gerektiği öngörülmektedir. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işleminin, yine elektronik ortamda yapılabileceğini getirerek, elektronik ortamın doğasına uygun olarak, bunlarda geleneksel yazılı olma şartını aramamaktadır²⁸⁴. Şu halde satıcı/sağlayıcı İnternette

²⁸³ Oysa ki 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.5 p.1'e göre bilgi, yazılı ya da tüketici için mevcut ve alınabilir sürekli/sağlam bir iletişim aracında sözleşmenin inikadından önce tüketiciye verilecektir.

²⁸⁴ GEZDER, Ü., age, s. 188.

MSHY md.5'in gereklerine en erken şekilde ulaşılmasını sağlamalıdır ki tüketicuyu teyide (MSHY md.6) zorlayabilsin²⁸⁵.

MSHY md.5 de sözleşmenin akdinden önce verilmesi gereken bilgilerin ne şekilde sağlanacağı düzenlenmemektedir. Bununla birlikte MSHY md.6 “*Ön Bilgilerin Doğruluğunun Yazılı Olarak Kanıtlanması*” başlığıyla bir hüküm getirmektedir. Bu hükümlerle ifade edilen, tüketici ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde bu teyit işlemi yine elektronik ortamda yapılır. Tüketici mallar için sözleşme konusu mallar kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 2.fikrasında, MSHY md.5 ve md.6'nın ifadeleri şu şekilde anlaşılacaktır: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 2.fikrasında ve MSHY md.5 önbilgileri aldığına dair tüketicinin yazılı olarak ya da elektronik ortamında yapacağı teyidini aradığından satıcı/sağlayıcı hangi tarz ve usulde olursa olsun (E-Mail aracılığıyla, bilgisayar ekranında vb.) tüketiciye bunu bir şekilde sağlamalıdır ki tüketici bu teyidi yapabilmelidir. Sonuç olarak mesafeli sözleşmenin akdinden önce tüketiciye verilmesi gereken bilgilerin ne şekilde sağlanacağı ne Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A'da ne de MSHY'de herhangi bir şekilde bağlanmadığından, satıcı/sağlayıcı internet araçlarıyla bu bilgileri verebilecektir. MSHY md.6 3.cümlesinde ise ispata ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemede “*tüketici, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre; satıcı/sağlayıcı tarafından gönderilen yazılı onayı tüketicinin alması, satıcının/sağlayıcının önbilgileri tüketiciye verdiğini gösterecektir²⁸⁶. MSHY

²⁸⁵ GEZDER, Ü., age, s. 188.

²⁸⁶ GEZDER, Ü., age, s. 203.

md.9 3.fikrasına göre, “*satıcı veya sağlayıcı mesafeli sözleşme konusu malın veya hizmetin tüketiciye teslimi veya ifasından önce sözleşmenin bir nüshasını ve ön bilgilerin teyidine ilişkin yazılı onayın bir nüshasını tüketicinin kendi el yazısı ile imzalanmasını sağlayarak teslim eder. Uyuşmazlık halinde ispat külfeti satıcı ve sağlayıcıya aittir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

2.5. Şeffaf Bilgi Sağlama Yükümlülüğü

E-Ticaret Direktifi topluluk hukukunu korumasının yanı sıra bir yandan da bilgi ve şeffaflık yükümlülükleri gibi tüketiciyi korumayı destekleyen birçok sayıda hüküm içererek E-Ticarette tüketicinin korunmasına yüksek bir seviye sunmaya çalışmaktadır. Şeffaflığı sağlamak için¹ E-Ticaret Direktifi bilgi toplum hizmeti sağlayıcılarının müşterilere ve yetkili otoritelere kendi faaliyetleri ile ilgili genel bilgileri kolay, doğrudan doğruya ve sürekli erişilebilir bir yolla vermelerini öngörmektedir²⁸⁷.

Zira tüketicinin güvenini ve şeffaflığı sağlamak için ticari iletişim belirlenilen bilgi gereklerine gereksinim duymaktadır²⁸⁸.

Dürüst ticareti ve tüketicinin korunmasını etkili bir biçimde temin edebilmek için E-Ticaret Direktifi md.10 elektronik araçlarla sözleşmelerin yapılma usulünün şeffaf olmasını amaçlamaktadır.

Satıcıya/Sağlayıcıya yüklenen bilgi verme yükümlülüğü ile, mesafeli iletişim araçlarıyla sözleşme kuruluşunda tüketiciye bağımsız bir karar verebilmesi için gerekli bilgileri edinmesi sağlanmaktadır. Böylece tüketici, mesafeli sözleşme akdetmeye çalışırken her bir basamakta fiyat, nitelik ve de servis hakkında bilinçli bir karar verebilmek için gerekli bilgilere

²⁸⁷ Bunun için bkz. E-Ticaret Direktifi md. 5.

²⁸⁸ Bunun için bkz. E-Ticaret Direktifi md. 6.

ulaşacaktır²⁸⁹. Hüküm altına alınan bu yükümlülük, mesafeli sözleşmelerin kurulmasının spesifik riskleri hesaba katılarak genişletilmiştir. Çünkü tüketici alacağı taşınır malı görmemektedir. O, satıcı/sağlayıcı ile hiç ya da sadece yüzeysel bir ilişkide bulunmakta ve sözleşmenin akdi çok çabuk vuku bulabilmektedir²⁹⁰.

Ancak 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi ve E-Ticaret Direktifi pek çok bilgi verme yükümlülüğünü fazla detaylı ve muğlak vermesinden dolayı seçilen unsurları sınırlandırmak oldukça zor olması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir. Çok fazla hükümlerle ifade ederek ayrıntılı düzenlemenin gerçekten tüketicinin korunmasına hizmet edip etmediği şüphelidir. Ne kadar çok bilgi tüketiciye verilirse, tüketicinin bu bilgiyi gerçekten öğrenmesi olasılığı o kadar çok azdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A 2.fıkrasında ise, mesafeli satış²⁹¹ sözleşmesinin akdinden önce tüketiciye sağlanacak bilgilerin Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirleneceğini hükme bağlamış, bunun üzerine yürürlüğe konulan MSHY “*Ön Bilgiler*” başlığıyla md.5’i, “*Sözleşmede Bulunması Gereken Şartlar*” başlığıyla da md.7’yi düzenlemiştir. MSHY bunları düzenlerken 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifine uyma çabasında olmuştur.

²⁸⁹ GEZDER, Ü., age, s. 172’den naklen: MICKLITZ, H. W. (1999), Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, Zeup, s. 19.

²⁹⁰ GEZDER, Ü., age, s. 172.

²⁹¹ GEZDER, Ü., age, s. 172-173.; “*Kanaatimce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A f.2’deki “... mesafeli satış sözleşmesinin ...” ifadesi dikkatsizce kaleme alınmıştır. Zira zaten mesafeli iletişim araçlarıyla akdedilen sözleşmelerin satım ve hizmet sözleşmelerini kapsadığı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A f. 1’den de açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle sözleşme öncesi bilgilerin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A f.2’nin lafzına rağmen, sadece mesafeli iletişim araçlarıyla akdedilen satış sözleşmelerinde verileceği gibi bir anlam çıkarılamayacaktır. Nitekim MSHY md.5’te, “mesafeli sözleşmenin ...” ifadesi kullanılmıştır. Bundan da mesafeli iletişim araçlarıyla akdedilen satım ve hizmet sözleşmeleri anlaşılacaktır.*”

Hukukta genel bir bilgi sağlama yükümlülüğü mevcut olmadığından dolayı, bu yükümlülük kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğacaktır²⁹².

Yukarıda izah ettiğim gibi, 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi ve E-Ticaret Direktiflerinde olduğu gibi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve MSHY de bilgi sağlama yükümlülüğünü getirmektedir. Bilgi sağlama hakkı, cayma hakkına değil bilakis mesafeli iletişim aracılığıyla amaçlanan sözleşme kuruluşuna bağlıdır²⁹³. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A'ya göre mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce (keza MSHY m.5) ve MSHY md.7'ye göre sözleşmede, E-Ticaret Direktifi md.10 birinci paragrafa göre siparişin yapılmasından önce ve 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.4 ve md.5'e göre de sözleşmenin akdinden önce ve sonra bilgiyi elde etme subjektif hakkı vardır. Bu hak ancak tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında bir bağlantı kurulduktan sonra ortaya çıkacaktır. Ancak hemen belirtelim ki bu bağlantıyı kimin önce kurduğu önemli değildir. Bir bağlantı kurulduysa, tüketici mevzuatının öngördüğü bilgilere hak kazanacaktır²⁹⁴.

E-Ticaret Direktifi md. 10 paragraf 1 ve 3'e göre Üye Devletler, ulusal mevzuatları yoluyla, bir alıcı ile E-Ticaret işlemine giren bir satıcıdan/sağlayıcıdan sözleşmenin koşullarını açıkça bildirmesini istemelidirler. Böylece alıcının sözleşmeye girmeden önce onları okuyabilmesi ve anlayabilmesi mümkün olacaktır.

Satıcı/Sağlayıcı keza, sözleşmenin akdedilmesi için gerekli teknik adımlar, hataları düzeltme araçları ve sözleşmenin akdedilmesi için önerilen

²⁹² EREN, F., age, s. 370.

²⁹³ GEZDER, Ü., age, s. 173.

²⁹⁴ GEZDER, Ü., age, s. 173'den naklen: MICKLITZ, H. W. (1999), Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, Zeup, s. 20.

diller gibi konular hakkında alıcıya not/uyarı konulmalıdır. Böylece sözleşmesel terimlerin ve koşulların şeffaflığı sağlanmış olacaktır²⁹⁵.

Sözleşme öncesi tüketiciye sağlanması gereken bilgilerin neler olduğu MSHY md.5'te düzenlenmektedir.

Tüketiciler mesafeli satışta/sürümde mağazalara gitmelerinden farklı olarak sipariş ettikleri malı ya da hizmeti ancak teslim anında görebildikleri için mesafeli satış/sürüm satıcısından/sağlayıcısından teklif ettikleri ürünlerin/hizmetlerin esaslı vasıflarının belli bir tarifini de isteyebilmelidirler. Fiyatın belirliliği ve tüketiciye yüklenen tüm masrafların tamamen bildirilmesi şeffaflığı tamamlamaktadır. Bu doğrultuda MSHY md.5/c'ye göre de, *“satıcı/sağlayıcı tüketiciye malların ve hizmetlerin tüm vergilerini de içeren fiyatını bildirmelidir”* şeklinde düzenlenmiştir. Ödeme koşulları da bu satış/sürüm metodunda büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü taraflar fiziksel olarak hazır bulunmadıklarından para ile ödeme mümkün değildir. Bu anlamda da şeffaf bilgi sağlama yükümlülüğü büyük bir önem arz etmektedir.

2.6. Malı Teslim ve Hizmeti Sağlama Yükümlülüğü

Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde taraflar karşılıklı olarak aynı yerde bulunmadıklarından ve çoğu zamanda farklı ülkelerde bulduklarından ifa kuralı olarak, derhal yapılmamaktadır. Peşin ödeme tüketici tarafından yapılmış olsa dahi mal satıcı tarafından teslim edilmelidir.

BK'nunda ifa zamanına ilişkin hükümler düzenleyici olduğundan MSHY md.7/e b.c. gereği malın veya hizmetin teslim ve ifa tarihinin sözleşmede kararlaştırılmış olması ifa zamanına dair kuralların BK'nın hükümlerinden önce uygulanacağını göstermektedir. Bu durumda

²⁹⁵ GEZDER, Ü., age, s. 178.

hukukumuzda hem tarafların MSHY md.7/2 b.c.'ye göre anlaştıkları bir ifa zamanı hem de kanun hükmünün belirlediği TKHK md.9/A 3.fikrasında düzenlenen ifa zamanı mevcuttur. Kanaatimce ifa zamanı bir kanun hükmüyle belirlenmişse, taraflar sözleşmede aksini öngörmemişlerse bu kanun hükmü uygulanacaktır²⁹⁶. GEZDER'e göre ise TKHK md.9/A 3.fikrasının lafzından ve konuluş amacından emredici hüküm olduğu anlaşıldığından taraflar daha uzun bir süreyi tüketicinin aleyhine olması halinde kararlaştıramayacaklardır²⁹⁷.

TKHK md.9/A 3.fikrasına göre; *“Satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirir. Bu süre tüketicie daha önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla en fazla on gün uzatılabilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. MSHY md.9/1'de ise açık bir şekilde *“..... en geç otuz gün içerisinde.....”* demektedir. TKHK md.9/A 3.fikrasındaki 2.cümle zaten 1.cümledeki 30 günlük sürenin sonunun en geç olarak anlaşılmasına imkan vermektedir.

Bu sürenin başlangıcı ise TKHK'na göre tüketicinin, siparişi satıcıya/sağlayıcıya ulaştığı andan itibaren başlamaktadır. TKHK'nda kabul edilen ulaşma ilkesi tüketicinin aleyhine bu otuz günlük sürenin daha da uzamasına neden olacaktır. Yani satıcı/sağlayıcının 30 günlük süresi olduğundan bu sürede temerrüde düşemez. Diğer bir anlatımla da bu süre biter bitmez satıcı/sağlayıcı temerrüde düşmektedir.

Genel olarak tüketici ödeme yapmadıkça satıcı/sağlayıcı siparişi yerine getirmemektedir.

Tüketicinin sözleşmeye uygun olarak ödemeyi yerine getirmesi halinde satıcının malı teslim yükümlülüğü başlamaktadır. Satıcı/sağlayıcı bu yükümlülüğünü sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmelidir.

²⁹⁶ EREN, F., age, s. 943.

²⁹⁷ GEZDER, Ü., age, s. 253.

2.7. Tarafların Sözleşmeye Aykırı Hareket Etmesinin Sonuçları

2.7.1. Alıcının (Tüketicinin) İfa Etmemesinin Sonuçları

Alıcının (tüketiciinin) borcu olan para borçları, sözleşme ile tespit edilmiş olduğu tutar olarak ödenmelidir. Sözleşmede faiz de kararlaştırılmış ise, bunun da alıcı tarafından tam olarak ödenmesi gerekir.

BK md.211'de alıcının sadece semeni ödemek hususundaki temerrüdü açıkça hükme bağlanmıştır.

Alıcının semeni ödemek hususundaki temerrüdünün sonuçları düzenlenirken alalade satım- ticari satım ayrımı yapılmamış semenin ödenme zamanına göre bir ayırım yapılmıştır²⁹⁸.

Semenin peşin ödenmesi gerektiği tez konumu da oluşturan elektronik sözleşmelerde , akit gereğince satılan şey semenin ödenmesinden sonra veya ödenmesi anında ödemeye karşılık olarak teslim edilecektir. Bu gibi satımlarda alıcı semeni ödemekte temerrüt ettiği takdirde satıcı satımı feshedebilir. (BK. Md.211/1). Yalnız satıcı fesih hakkını kullanmak istediğinden alıcıyı derhal haberdar etmelidir. (BK. Md.211/2).

2.7.2. Satıcının İfa Etmemesinin Sonuçları

Satıcının borcu olan verme borçları, örneğin bir mal satışında satıcı hiçbir kusur ve noksanı olmayan mal teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Yapma borçlarında da, borçlu üstlendiği işi ve/veya hizmeti, her türlü kusur ve noksandan arınmış olarak yapmak zorundadır.

²⁹⁸ TANDOĞAN, H. (1988), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1, s. 213, İstanbul.

Satıcının bir defada ifa olunması gereken teslim borcunun kısmen yerine getirilmiş olması halinde alıcı yani tüketici BK md.68'e dayanarak kısmi teslimi reddedebilir ve satıcıyı borcun tamamı için mütemerrit kılabilir.

BK md.188/1'e göre; *"borcu ifa etmeyen satıcı, alıcıya bu yüzden terettüp eden zararı zamin olur."* şeklindedir.

Satıcının temerrüdü, BK md.187 hükmü ile vadesi belli olan ticari satımlar bakımından düzenlenmiştir²⁹⁹. Bunun dışında, teslim için belli vade konulmamış olan ticari satımlar ile ticari olmayan satımlarda temerrüd BK md.106 vd.'nda yer alan genel hükümlere tabidir.

BK md.187/I hükmü ile bu tür satış sözleşmelerinde satıcı teslim borcunu vadesinde yerine getirmezse, alıcının malın tesliminden vazgeçerek tazminat isteyeceği karine olarak kabul edilmiştir³⁰⁰. Alıcı (tüketici) gecikmeye rağmen malın teslim edilmesini istemekte ise, vadenin gelmesi ile birlikte bu iradesini derhal satıcıya bildirmelidir. Kanunun bu düzenlemesi gereği satıcıyı temerrüde dürmek için ihtarda bulunmaya gerek yoktur. Vadenin gelmesine rağmen alıcının (tüketicinin) herhangi bir beyanda bulunmaması, alıcının teslimden vaz geçip tazminat isteyeceğini gösterir³⁰¹.

Ticari nitelikte olmayan satış sözleşmelerinde ise BK'nun genel hükümleri uygulanacaktır. Buna göre de alıcının hakları BK md.106 vd. maddelerine göre tayin edilir. Satıcının teslim borcu muaccel olmuşsa satıcıyı temerrüde düşürmek için alıcının ihtarda bulunması ve seçimlik hakkını kullanmadan önce bir mehil vermesi gerekmektedir³⁰². Verilen bu mehile rağmen de satıcı teslim borcunu yine ifa etmezse, alıcının ifadan vazgeçip

²⁹⁹ SÖZER, B., age, s. 87.

³⁰⁰ SÖZER, B., age, s. 87.

³⁰¹ SÖZER, B., age, s. 88.

³⁰² SÖZER, B., age, s. 88.

müspet zararının tazminini istediğini veya sözleşmeyi feshedip menfi zararının tazminini talep ettiğini satıcıya bildirmesi gerekir. Şayet alıcı hiçbir beyanda bulunmuyor ise BK md.106/II'ye göre; bu alıcının gecikmelide olsa ifayı ve gecikmeden doğan zararı isteyeceğini gösterir³⁰³.

Satıcının kısmi ifa gerçekleştirmesi durumunda ise iki ihtimal bulunmaktadır:

İlk ihtimalde, alıcı BK md.68 hükmüne dayanarak, kısmi ifayı red edip satıcıyı borcun tamamı için temerrüde düşürebilir. Kısmi teslim herhangi bir çekince beyan edilmeden kabul edilirse, alıcı BK md.106 ve 107'den doğan haklarını ancak teslim edilmemiş olan kısım için kullanabilir.

Aynı zamanda, teslim edilmemiş olan kısım, esasında alıcı için bir yarar sağlamıyor ve edimin tamamı ifa edilmedikçe sözleşmeden beklenen amaç gerçekleşmeyecek ise kısmi kabule rağmen sözleşmenin tamamının feshine imkan verilmesi daha doğru olur³⁰⁴.

2.8. İspat Sorunları

Tüketici eğer satılanı ifa olarak kabul etmişse, doktrin ve uygulamadaki hakim görüşe göre, ayıpların varlığını ispatlamakla yükümlüdür³⁰⁵. Bu sebeple, bozuklukları iddia eden alıcı, sözleşmenin ifa edilmediğini ya da tekeffül talebine ilişkin özel koşulların bulunduğunu ispatlamak zorundadır³⁰⁶.

³⁰³ TANDOĞAN, H., age, s. 131.

³⁰⁴ TANDOĞAN, H., age, s. 136.

³⁰⁵ GEZDER, Ü., age, s. 288.

³⁰⁶ TUNÇOMAĞ, K. (1977), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, II.Cilt, s. 157, İstanbul.

İster peşin ödeme isteyen satıcı malı alıkoymuş olsun isterse tüketici tesellümü reddetmiş olsun, eğer tüketici malı henüz teslim almamışsa, teklif edilen malın ifa edilmesi gerekli mal olduğunu yani malın sözleşmeye uygun olduğunu satıcı ispatlamakla yükümlüdür³⁰⁷. Şu halde tüketici tesellümü reddederek ispat yükümlülüğünden kurtulacaktır³⁰⁸.

Ancak tüketici sadece malın tesliminden sonra ayıbı ileri sürebilecektir. Belki de bu nedenle, yani malın tesliminden sonra ancak ayıbın ileri sürülebileceği ve bu durumda ayıbın ispatının da tüketiciye düşeceğini kabul eden Türk kanun koyucusu, elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olduğunu ispatlamanın tüketici için oldukça güç ve nerdeyse imkansız olduğunu hesaba katarak açıkça bu durumlarda ispat yükünün satıcıya veya sağlayıcıya ait olduğunu hükme bağlamıştır. Bu durum TKHK md.9/A 4.fikrasına göre; *“satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlüdür.”* şeklinde belirtilmektedir.

Ancak elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen başka bir anlatımla dijital şekilde yerine getirilen bir borcun (gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin) ayıpsız teslim edildiğini ispat etmek oldukça zordur. Diğer taraftan belirli bir yazılım internet yoluyla yüklendiğinde tüketici bir yandan onun ayıplı olduğunu ileri sürerken diğer taraftan da bir kopyasını kendisi için alabilecektir. Bu durumda ayıpsız teslim olduğunu ispatlamak oldukça zor olduğundan, ayıpsız olduğu ispatlanamadığından tüketici sözleşmeden dönse bile teslim aldığı geri göndermelidir. Ancak yazılım dijital bir yolla geri alınamayacaktır. Zira geri gönderen tüketici zaten bir kopyasını kendisi için almış olacaktır.

³⁰⁷ TUNÇOMAĞ, K., age, s. 157.

³⁰⁸ GEZDER, Ü., age, s. 288.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN AKDEDİLMESİNDE TÜKETİCİYİ KORUYAN TEDBİRLER

3.1. TKHK ve BK Kapsamında Tüketicinin Hakları

BK md.202 1.fikrasında, satılan malın ayıbından dolayı tekeffül durumunda alıcının mevcut olan seçimlik haklarını saymaktadır: Alıcı sözleşmeden dönebilmekte ya da isterse malın düşen değerinin bedelini talep edebilmektedir.

3.1.1. Ücretsiz Onarım

Şu halde BK satım hukukunda misli olmayan mal için tamir hakkı tanımamaktadır³⁰⁹. Alıcının tamir ettirme talebinin reddiyle kanun koyucu bir ayıbın giderilebilip giderilemeyeceğinin belirlenmesindeki pratik sorunlardan kaçınmak istemiştir. Bunun gerçek bir boşluk mu yoksa kanun koyucunun bilerek susması mı olduğu oldukça tartışılmıştır³¹⁰. Doktrinin büyük bir kısmı böyle bir talebin mevcut olmamasının bir kanun boşluğuna sebep olduğu yorumunu reddetmektedir³¹¹. Diğer yazarlar, tamirin borcu doğru ifa etme

³⁰⁹ ARAL, F. (2000), *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, s. 135, Ankara.

³¹⁰ GEZDER, Ü., age, s. 278.

³¹¹ GEZDER, Ü., age, s. 278.

yükümlülüğünün bir sonucu olduğu düşüncesindedirler³¹². Bu yazarlar, alıcının satıcının *bizzat* kendisinden tamiri talep etmesini yasaklamakla beraber, alıcının fiyat indirilmesinden tamir masraflarını dolaylı olarak en sonunda satıcıdan talep etmesini mümkün kılan Federal Mahkeme İçtihatlarını³¹³ vurgulamaktadırlar. Vurgulanmak istenen husus; nakledilmesi çok zor ve/veya ancak satıcı tarafından yapılabilecek zahmetli tamir isteyen satım konusunun pratikte tamirinin büyük faydası olabileceği vurgulanmaktadır.

3.1.2. Ayıp Oranında Bedel İndirimi

Yürürlükte olan BK md.202 birinci fıkrasında, satılan malın ayıbından dolayı tekeffül durumunda alıcının mevcut olan seçimlik haklarını saymaktadır: Alıcı sözleşmeden dönebilmekte ya da isterse malın düşen değerinin bedelini talep edebilmektedir. Böylece yürürlükte olan BK md.202, istisna sözleşmesi hakkındaki BK md.360 2.fıkrasından³¹⁴ farklı olarak, satıcıya ayıplı malı tamir etme yükümlülüğü öngörmemektedir.

BK md.202 birinci fıkrasında fiyat indirimini zaten öngörmektedir. Nitekim bu akıma uygun olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4 2.fıkrasında da bunu öngörmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4 böyle bir hüküm içermemekte fakat Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 bu boşluğu doldurmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fıkrasına göre, “*tüketici onarım hakkını kullanmışsa veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı bu talebi*

³¹² GEZDER, Ü., age, s. 278'den naklen: BEAT, G. (1986), Der Nachbesserungsanspruch von Käufer und Besteller in Schweizerischen Recht, s. 13, 67 vd., Basel.; THOMAS, A. S. (1990), Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung der Schweizerischen Kaufrechts, s. 57 vd., Tolochenaz.

³¹³ GEZDER, Ü., age, s. 278.; “Federal Mahkeme kısaca, satıcıya bir tamir yükümlülüğü yüklememiştir. Fakat alıcıya tamirin masraflarını ödeyeceği fiyattan düşürme hakkı vermiştir.”

³¹⁴ SEROZAN, R. (Serozan Borç), s. 22-26.

reddedemez.” Türk yargıcı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fikrasındaki “... *tamirin mümkün bulunmadığın ...*”dan, tamirin ayıbın büyüklüğünden veya doğasından dolayı imkansız veya nispetsiz olmasını aramalıdır³¹⁵. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fikrasına göre, “*Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir ...*” Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fikrasında açıkça **geç veya kötü yapma** ifadesi kullanılsa da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fikrasındaki “*garanti süresi içerisinde sık sık arızalanması*” onarımın kötü yapıldığını; “*tamiri için gereken azami sürenin aşılması*” ise onarımın geç yapıldığını gösterecektir. Fakat Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fikrasında, açıkça satıcının tamir etmekten imtina etmesini belirtmemiştir. Ancak GEZDER’e göre³¹⁶; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.13 3.fikrasında geçen “*tamirin mümkün bulunmadığının anlaşılması*” ifadesine, bu imtina etme girecektir. Zira satıcı tamirden imtina ediyorsa, tamirin mümkün olmayacağı açıktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4 2.fikrası ve md.4/A 2.fikrası bunu, “*ayıp oranında bedel indirimi hakkı*” olarak ifade etmektedir.

3.1.2.1. Ayıp kavramı

Elektronik satım sözleşmesine konu mal ya da hizmet, satıcı/sağlayıcının sözleşmede vaad ettiği veya dürüstlük kuralına göre sahip olması gerekli (lüzumlu) niteliklerden yoksun ise ayıplıdır. Bir başka deyişle, taraflar arasında akdedilen elektronik sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre

³¹⁵ GEZDER, Ü., age, s. 279.

³¹⁶ GEZDER, Ü., age, s. 280.

“*olması gereken nitelik*” ile fiilen mevcut “*olan nitelik*” arasındaki farka ayıp denir. Elektronik sözleşmeye konu malın ya da hizmetin taşınması gereken nitelikleri ise özellikle sözleşmeyle belirlenir³¹⁷.

Ayıp, malın/hizmetin sözleşmeye aykırı olduğunu, dolayısıyla satıcı/sağlayıcının edimini gereği gibi ifa etmediğini gösterir. Fakat burada satıcının edimini ifa etmemesi ya da tüketicinin temerrüde düşmesi değil, satıcının edimini gereği gibi ifa etmemesi ya da kötü ifası söz konusudur.³¹⁸ Malın ya da hizmetin ayıplı olması, elektronik sözleşmesinin içeriğine bağlı olduğundan nispi bir kavramdır; bunun tespiti için sözleşmede aranılan vasıflarla malın ya da hizmetin fiilen taşıdığı vasıfları karşılaştırmak gerekir.³¹⁹

Ayıbın söz konusu olması için sözleşmeye konu malın ya da hizmetin teslim edilmesi gerekir.

Satılan maldaki ayıp kavramı hem Borçlar Kanununda hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tarif edilmiştir. Ayıp kavramı maddi ve hukuki ayıpları kapsar.

BK md.194’e göre; “*Satıcı, alıcıya karşı satılanın zikir ve vaat ettiği vasıflarını mutekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mutekeffildir.*” Ayıp sözünden bir şeyde bulunması gereken objektif bozukluklar ve eksiklikler anlaşılır³²⁰.

³¹⁷ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, age, s. 79.

³¹⁸ **ERMAN, H.** (1973), *Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*, İÜHFİM, S. 1-4, s. 87, İstanbul.

³¹⁹ **TANDOĞAN, H.**, age, C. II, s. 162.

³²⁰ **YAVUZ, C.** (1996), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, s. 91, İstanbul.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4.maddesi ayıp kavramını Borçlar Kanunu'nun 194.maddesinden daha farklı ve detaylı tarif etmiştir. TKHK md.4'e göre; *“Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında bedel indirimi, ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.”* şeklinde belirtilmektedir.

3.1.2.2. Ayıbın Niteliği

Borçlar Kanununun 360.maddesi ayıbı *“işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması”* şeklinde ifade etmiştir. Ayıp tespit edilirken, yapılan karşılaştırmada tüketicinin sözleşmenin içeriğine ve iyi niyet kurallarına göre nasıl bir mal ya da hizmet beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır. Tüketici malın ya da hizmetin sözleşmede kararlaştırılan özellikleri, değer kalitesi veya kullanılabilirlik açısından lüzumlu olan vasıfları taşımasını istemekte haklıdır.³²¹ Bu aşamada ayıbı belirlemek için, sözleşmede öngörülen niteliklerin bulunmaması ile lüzumlu niteliklerin eksikliği hallerini ayırmak gerekir.

TKHK. md.4/I'e göre; *“Ambalajında, etiketinde tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaat edilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mal veya hizmetler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet olarak kabul edilir.”*

³²¹ TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 162.

- Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıfların Eksikliği :

Taraflar sözleşme yaparken çeşitli vasıflar üzerinde anlaşırlar. Bu vasıflardan birinin eksikliği mal ya da hizmeti ayıplı kılar. Nitekim satıcı/sağlayıcı herhangi bir şekilde kullanılmaya müsait olanı değil, sözleşmede kabul edilen koşullara ve kullanım amacına elverişli olanı tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. Vasıflar konusunda yapılan anlaşma, elektronik sözleşmesinin bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşır. Bu anlaşmada satıcının beyanı önceliklidir.³²² Satıcı/sağlayıcı, sözleşmede belirlenen nitelikler bakımından vasıflarla ilgili sorumluluk yüklendiği beyanında bulunsa da bulunmasa da ya da beyanı iş sahibinin sözleşmeyi yapma kararına etkili olsa da olmasa da BK.md.359 uyarınca sorumlu olur. Fakat doktrindeki bazı görüşlere göre satıcının bazı vasıflara ilişkin olarak garanti vermesi ayıp sonucu zarar için kusursuz sorumluluğu kabul ettiği anlamına gelir.³²³ Zira artık burada bir çeşit garanti sözleşmesi söz konusudur.

Teslim edilen sözleşme konusu malın teknik bakımdan kusursuz olması, eksik niteliğe rağmen sözleşme konusu mal ile aynı şekilde kullanılabilir derecede bulunması veya değer taşıması ayıplı sayılması gereğini ortadan kaldırmaz.³²⁴ Hatta sözleşmede öngörülen niteliğin sözleşme konusu malda bulunmaması o malı daha kullanışlı ya da objektif yönden daha değerli hale getirirse dahi yine ayıplı bir mal söz konusudur. Fakat bu durumda tüketicinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının şartları bulunmayabilir veya bu hakların ileri sürülmesi iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edebilir.³²⁵

Sözleşmede kararlaştırılan vasıflar, sözleşme konusu malın tahsis amacının gerçekleştirilmesine uygun değilse veya malın kullanılabilmesini

³²² TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 163.

³²³ TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 163.; ERMAN, H., age, s. 89.

³²⁴ TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 163.; ERMAN, H., age, s. 89.

³²⁵ TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 163.

engelliyorsa, bu vasıfların bulunmaması satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğurmamalıdır. Bu durumda taraflar objektif iyi niyet kurallarına göre çözüm bulmalıdır.

Sözleşmede, sözleşme konusu malın taşıyacağı asgari vasıflar gösterildiği hallerde, tüketici, maldaki/hizmetteki vasıfların asgari olarak belirlenen ölçünün üstünde olmadığını ileri sürerek ayıp hükümlerinden yararlanamaz. Söz konusu malın ayıplı olması için maldaki vasıfların asgari seviyenin altında olması gerekir. Taraflar bazen de sözleşmede, sözleşme konusu maldaki bulunmaması gereken nitelikleri de belirlemiş olabilirler. Bu durumda da teslim edilen malda bu vasıfların bulunması onu ayıplı hale getirir.

- Zorunlu Unsurların Eksikliği :

Aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça dürüstlük kurallarının ve ticari doğruluğun gereği olarak, satıcı kullanmaya elverişli ve değer kalitesini taşıyan bir mal teslim etmekle yükümlüdür.³²⁶ Bu sonuç elektronik sözleşmelerin iyi niyet kurallarına göre yorumlanmasından, genel yaşam deneyimlerinden ve kullanılabilirlik bakımından edimin amacından çıkmaktadır.

Sözleşme konusu malın, teslimden sonra bozulması ve bazı vasıfları kaybetmesi, daha önceki bir ayıpla bağlantılı değilse (önceki bir ayıbın büyümesi veya ikinci bir ayıba yol açması) ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz. Keza satıcının kararlaştırılandan tamamen başka bir mal teslim etmesi halinde de ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulanmalıdır.³²⁷

³²⁶ TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 163.; TUNÇOMAĞ, K., age, s. 1015.

³²⁷ TANDOĞAN, H., age, C. II, s. 166.

3.1.2.3. Ayıbın Çeşitleri

Satıcı/sağlayıcı tarafından sağlanacak olan maldaki ayıplar, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu görünüşleri ile ayıplar usulü veçhile muayenesinde görülebilen “açık ayıp” ve gözle görülmeyip teknik bir inceleme sonucu saptanan “gizli ayıp” olmak üzere ayrılabilceği gibi, “hukuki ayıp”, “maddi ayıp” ya da ayıbın önem derecesine göre “önemli ayıp” ya da “önemsiz ayıp” olarak ortaya çıkabilmektedir.

Ayıbın en son ne zamana kadar teşekkül etmesi gerektiği konusunda TKHK’da bir hüküm yoktur. Gerçi TKHK. 4/II. md. de “..tüketici teslim aldığı malı 15 gün içerisinde...” kanunun kendisine verdiği hakları kullanabileceği belirtilmiştir. Burada gecen “teslim alma” anına kadar ayıbın mevcut olması gerektiği sonucu, ilk bakışta çıkar. Ancak burada gecen teslim alma anı, kanunda gecen hakların kullanılması için başlangıç teşkil eder. Bu bakımdan ayıbın gerçekleştiği en son an nef’i ve hasarın intikal anında gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin tüketiciye tanıdığı hakları kullanabilmesi için uyulması gereken hususları belirlemek açısından bu ayırım önem taşımaktadır.³²⁸

Tüketici sözleşme konusu malın kendisine teslimini takiben en kısa zamanda o malı muayene ederek veya ettirerek, tespit edeceği ayıpları satıcıya bildirmek durumundadır.

Açık Ayıp-Gizli Ayıp

Açık ayıp BK. md.362/1 maddesinde ifade edildiği üzere malın tesliminde “usulü veçhile yapılan muayenesinde görülebilen” ayıplardır. Bir

³²⁸ **ERMAN, H.**, age, s. 91.

başka deyişle bu tür ayıplar, ilk bakışta anlaşılabilen veya teknik bir inceleme olmadan alelade bir muayene ile anlaşılabilen ayıplardır.

Malın gözle ve elle yapılan muayenesinde saptanması mümkün olmayan, özel teknik bir inceleme ile veya bir zaman süreci sonunda bulguları ortaya çıkan ayıplar gizli ayıp olarak nitelendirilmektedir.

Gizli ayıp, genellikle satıcının fenni koşullara uygun ve yeterlilikte malzeme kullanılmadan oluşturulan malın teslim edilmesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin elektronik sözleşme yolu ile satın alınan bir ayakkabının yapımında gerekli temel malzemelerin kullanılmaması ya da orijinal ürünlerinin kullanılmamasından kaynaklı nedenlerle ayıplı bir şekilde teslim edilen ayakkabının bu ayıbı, önceden tüketici tarafından yapılan muayenesinde anlaşılması mümkün olmadığı halde, gizli kalan bu ayıp, bir zaman süreci içinde, kullanımdan meydana gelen eksilmeler veya sair şekilde kendini göstermesi ile ortaya çıkar. Gizli ayıbın ortaya çıkması halinde ve tüketici tarafından öğrenilmesi halinde, tüketici bu ayıbı derhal satıcıya bildirmek zorundadır. Bu ihbarın gecikmesi halinde, tüketici gizli ayıptan dolayı zararlarını talep hakkından vazgeçmiş sayılır (BK. md.362/3).

TKHK uygulaması bakımından da ayıbın gizli olması gerekmektedir. Buradaki gizlilikten maksat, alıcının ayıbı bilmemesidir. Alıcının ayıbı bilerek aldığı mal ve hizmetler için TKHK hükümleri uygulanmaz (TKHK md.4/VI). Alıcının kolayca görebileceği “özürlüdür” ibaresini ihtiva eden bir etiketin bulunmasına rağmen, alıcının malın ayıplı olduğunu bilmemesi bir bilgisizlik olarak kabul edilmez. Ayrıca ayıplı mal satan işyerlerinden veya işyerinin sürekli olarak ayıplı mal satılan bir bölümünden satın alınan mallar hakkında da tüketicinin ayıbı bilmediği ileri sürülemez.

Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp

BK md.194'de ayıbın, maldan beklenen menfaati ortadan kaldırması veya alıcının ondan beklediği menfaati önemli ölçüde azaltması aranmaktadır. TKHK'da ise bu şekilde bir kayıt yoktur. Maldan beklenen menfaatin ayıp dolayısıyla gerçekleşmemesi, şüphesiz TKHK bakımından da ayıptır. Buna karşılık TKHK'da ayıbın kapsamı genişletilerek tüketicinin beklediği faydanın azaltılması yeterli görülmüştür. Ayıp önemli olmasa bile, sadece varlığı kanunun uygulanması için yeterlidir. Buna karşılık tüketicinin beklediği fayda salt tüketicinin subjektif beklentilerine bakılarak değil; o mal ve hizmetin tahsis amacına göre tespit edilmelidir.

Bu ayırım ayıba karşı tekeffül hükümlerinin tüketicie tanıdığı haklardan hangilerinin kullanılabilceğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Önemli ayıplar eserin kullanılmasını engelleyen ve tüketicinin malı kabule zorlanamayacağı ayıplardır. Buna karşılık, malın kullanılmasına aykırı olmayan daha az önemli ayıplarda bile satım sözleşmesinden farklı olarak tüketici ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre satıcının sorumluluğuna gidebilirse de bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamalıdır. Ayrıca önemsiz ya da daha az önemli ayıplarda ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı incelenmelidir.³²⁹

Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp

Hukuki ayıplar çoğu zaman kamu hukukunun binalar, makineler, araçlar ve diğer imal olunan şeylerin kullanılması, işletilmesi için güvenlik ya da başka açılardan koyduğu kurallara uyulmamasından doğarlar. Örneğin; inşaatla ilgili iskan raporunun alınmasını yüklenen müteahhidin, işin bitiminde iskan raporu almaksızın inşaatı teslim etmesi hukuki bir ayıp sayılmaktadır. Bir

³²⁹ **ERMAN, H.**, age, s. 92.

başka açıdan eser, yapılışı bakımından kullanılacağı yerdeki belli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen ya da tamamen kullanılmıyorsa ve iş sahibi müteahhidin bu kurallar uymasını beklemekte haklı ise, eser ayıplı sayılır.

Maddi ayıplar ise, malın fiziki özelliklerindeki ayıpları ifade eder. Bu tür ayıplar şekil, renk, mukavemet gibi tekniksel, kimyasal ve fiziksel nitelikteki ayıplardır.

3.1.3. Malın Ayıpsız Misliyle Değiştirilmesi

Tüketici, malı teslim aldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde ayıplı malları satıcı firmaya geri vererek değiştirilmesini isteyebilir. Yukarıda Borçlar Kanunu uygulamasında anlatıldığı gibi, tüketicinin bu hakkını kullanabilmesi aldığı malın, misli mal olmasını gerektirir. Bu sonuca TKHK’nda bir hüküm bulunmamakla birlikte, işin mahiyetine göre değiştirmenin ancak misli mal satışlarında olabileceği hükmünden varmaktayız.

Diğer taraftan “*Ayıplı hizmetler hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır. Ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkansızlaşmışsa veya amaca aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte ise bedel iadesinde tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılır.*” (TKHK 4/V) hükmü dikkate alındığında ayıplı hizmet edimleri için hizmetin yeniden görüleceği sonucu çıkmaktadır.

Hizmetin yeniden ifasının talebi için öncelikle kanunun ifadesinde de yer aldığı gibi hizmetin ifasının yeniden görülmesinin imkansızlaşmamış olması gerekir. Diğer bir şart ise, hizmet ediminden beklenen faydanın tamamen boşa çıkmasıdır. Eğer kısmen dahi olsa tüketici hizmet ediminden bir fayda sağlamışsa, ücretsiz olarak hizmet edimin tekrar edilmesini talep edemez. Mal edimleri konusunda tüketici serbestçe seçimlik haklarından birini seçebilir. Bu arada elindeki ayıplı malı iade ederek değiştirme talebinde

bulunabilir. Ancak, hizmet edimlerinde aynı imkanı bulmak işin mahiyetine uygun değildir; zira tüketicinin kendisine karşı yapılan ayıplı hizmet edimini iade etmesi söz konusu değildir.

Yürürlükte olan BK md.203 “Satılanın Tebdili” başlığı altında, bir ayıplı misli şey³³⁰ teslim edilen alıcının taleplerini saymaktadır. Böylece mesela yeni bir bilgisayarın (misli mal) alıcısı, ikinci el/kelepir bir bilgisayarın (misli olmayan mal) alıcısından daha az hakka sahip olmamalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4 f.2, “*malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkı*”³³¹ tanıdıktan sonra, “*ücretsiz onarımı isteme hakkı*” derken misli ve misli olmayan mal ayrımı yapmadığından, misli malların da ücretsiz onarımının istenmesi hakkını tanıdığı açıkça anlaşılmaktadır.

3.1.4. Bedel İadesini de İçeren Sözleşmeden Dönme

Tüketici teslimi müteakip 15 gün içerisinde sözleşmeden dönerek ödediği bedelin iadesini talep edebilir. Kanunda her ne kadar sözleşmeden dönme veya fesihden bahsedilmiyorsa da, ödenen bedelin iadesini talep etmek, sözleşmeden dönmeye işaret eder. Bu durumda, sözleşmeden dönme ile ilgili genel kurallar geçerlidir. Bedelin ödenmesi (sözleşmeden dönme) hakkının nasıl kullanılacağı, kapsamı ve sonuçları konusunda TKHK’da bir düzenleme yoktur. Bu sebeple Borçlar Kanunu hükümlerine göre sözleşmeden dönme konusu sonuçlandırılmalıdır. Bu halde, her iki taraf da aldıklarını iade etmekle yükümlüdür. Tüketicinin kusursuz olarak aldığı malı zayı etmiş olması, elinden çıkarmış olması, ayıp dolayısıyla malın kendiliğinden telef olması, mücbir sebeple malın telef olması sözleşmeden dönmesini engellemez. Sözleşmeden dönme, alıcıya (tüketiciye) tanınan seçimlik bir hak olmakla birlikte, alıcı, bu

³³⁰ ARAL, F., age, s. 151.; YAVUZ, C., age, s. 152-160.

³³¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/A f.2 hizmetlerin doğasına uygun olarak bunu, “*hizmetin yeniden görülmesi hakkı*” olarak ifade etmektedir.

hakkını doğruluk ve güven kurallarına aykırı bir şekilde kullanmamalıdır. Mesela, çok basit bir tamir ile malın amaca uygunluğu sağlanabilmesine rağmen sözleşmeden dönme yoluna gitmek hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Bunun gibi durumlarda hakim sözleşmeden dönmeyi haksız bularak bedel indirimi yoluna gidebilmelidir. Diğer taraftan, satım konusu birden çok parça ise sadece ayıplı çıkan parçalarla ilgili kısmi dönme yoluna gidilebilir. Eğer parçalar bir bütünlük taşıyor ve ayrılması her iki taraf içinde ehemmiyetli zarar doğuracak nitelikte ise, kısmi dönme yerine tam dönme yapılabilir. Satılan şeyin aslı ile ilgili dönme, ayrı bir fiyatla satılmış olsa bile feriler hakkında da geçerlidir. Buna mukabil feri hakkındaki dönme, asıl için geçerli değildir.

Yürürlükte olan BK md.205³³², sözleşmeden dönüldüğünde alıcının ve satıcının yükümlülüklerini düzenlemektedir.

BK md.205/2’de bir terkin ve md.205/3’de lağvı ile işaret edilen tüm tazminat taleplerinden vazgeçilmektedir.³³³

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2 sadece dönme demekle yetinmemiş, bunu “*bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme*” olarak ifade etmiştir. Bilindiği üzere alıcı sözleşmeden dönünce her iki taraf da aldığı geri vermek zorundadır. Zira sözleşme başlangıçtan itibaren hükümlerini yitirmiştir³³⁴. Başka bir anlatımla dönme durumunda sözleşme ilişkisi ex tunc sona ermektedir³³⁵. Nitekim BK md.205/2 sadece bedel iadesini değil, satıcının almış olduğu semeni faizi ile beraber iadesini öngörmektedir.

³³² ZEVLİLER, A. (2002), *Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, s. 116-125, Ankara.

³³³ GEZDER, Ü., age, s. 281.

³³⁴ TUNÇOMAĞ, K., age, s. 169.

³³⁵ HATEMİ, H. (1999), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 68, İstanbul.; YAVUZ, C., age, s. 131.

Şu halde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2'nin “*bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme*” ifadesi, kanun yapma tekniği açısından yanlış olduğu gibi tüketiciyi açık bir şekilde korumaktan da uzaktır. Zira bu hükme dayanarak satıcı, eğer özel kanun olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sadece “*dönme*” kelimesi kullanılmış olsaydı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.30 gereği BK md.205 uygulanacak ve bedel iadesi faizi de kapsayacaktı, oysa sadece bedelin iadesi ibaresi kullanılmıştır. Bu durumda bu boşluk tüketici lehine şu şekilde doldurulmalıdır: Mademki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.30 gereği BK md.205 uygulama alanı bulacaktır, her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2 faizi öngöremese de, BK md.205/2 bunu açıkça belirtmektedir. Şu halde satıcının aldığı semen faizi ile beraber iade edilecektir. Kaldı ki satıcı sadece bununla da kurtulamayacaktır. Zira satıcının dönme durumunda BK md.205/2 gereği, satılanın tamamen zaptı halinde olduğu gibi muhakeme masrafları ile tüketicinin satılana vaki olan masraflarını ödemesi lazımdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/A 2.fıkrasında ise ayıplı hizmetler için sadece “*sözleşmeden dönme*” ibaresini kullanmaktadır. Bu hüküm sonra “... *Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir ...*” şeklinde devam etmektedir.

3.1.5. Tazminat

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2 ve md.4/3'e göre, “... *Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.*”³³⁶. Şu halde tüketici seçimlik haklardan hangisini seçerse seçsin, bu seçtiğiyle birlikte tazminat da isteme hakkına sahiptir. Ancak bunun için

³³⁶ TKHK md.4/A f.2'ye göre, “... Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 4 üncü maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebilir ...”

ayıplı mal ölüme ve/veya yaralanmaya yol açmalı ve/veya kullanımdaki diğer mallara zarar vermelidir. Hükmün ve/veya ifadesinin anlamı, bu sayılanlardan hepsinin birden gerçekleşmesi ya da sadece bir halin gerçekleşmesinin tazminat için gerekli ve yeterli olduğudur. Mesela ayıplı mal ölüme veya yaralanmaya sebep olmamış ve fakat kullanımdaki diğer mallara zarar vermişse tazminat da istenebilecektir.

Burada önemli olan tüketicinin “*tazminat isteme hakkını*” bir seçimlik hak olarak kullanabilip kullanamayacağıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2'nin lafzı bunu öngörmemektedir. Zira buna göre, “... *Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde*” Görüldüğü gibi madde, “... *bu seçimlik haklar yerine veya bunlarla birlikte tazminat da isteyebilir*” dememektedir. Dikkat edilirse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2 yürürlükte olan BK md.205'in tazminat hükümlerinin özelliklerini ve bilhassa doğrudan doğruya ve dolaylı zararların ayrımını dikkate almamıştır.

Bir diğer önemli nokta da tüketicinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2'deki tazminatı satıcıdan değil imalatçı-üreticiden talep edecek olmasıdır. Şu halde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2'nin bu ifadesi şu anlama gelmektedir³³⁷: Eğer ayıplı mal ölüm ve/veya yaralanmaya ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olursa, tüketici dört seçimlik haktan biriyle birlikte bu zararının tazmini için imalatçıdan-üreticiden tazminat isteyebilecektir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2 bu hükümle, sözleşmeye taraf olmayan imalatçıdan üreticiden tazminat istenmesini mümkün kılmak istemektedir.

Ancak her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2'deki tazminata muhatap olarak sadece imalatçı-üretici gösterilmişse

³³⁷ GEZDER, Ü., age, s. 283.

de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/3’de genel bir hüküm vardır. Buna göre, *“İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur”* Şu halde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2 her ne kadar sadece imalatçı-üretici dese de, böyle bir zarar ayıplı maldan dolayı ortaya çıktığından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/3’ün açık ifadesi karşısında, tüketici seçimlik hakkı ve ayıplı malın verdiği zarardan dolayı tazminat için maddede sayılanlardan dilediğine başvurabilecektir.

Ayıplı hizmetler için getirilen ifade biraz daha açıktır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/A 3.fıkrasına göre, *“sağlayıcı, bayi, acente ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren, ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur”* Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/3 her ne kadar sadece *“....ayıplı imaldan”* dese de, ayıplı maldan sorumluluk herhalde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4/A 3.fıkrasındaki gibi, *“ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan...”* anlamına gelmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/3’te bir boşluk söz konusudur. Bu boşluk Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/A 3.fıkrasına göre kıyasla doldurulmalıdır. Buna göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/3’teki ayıplı maldan müteselsilen sorumluluk, ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan sorumluluk olarak anlaşılmalıdır. Dikkat edilirse, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2’de olduğu gibi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/A 3.fıkrasında da yürürlükte olan BK md.205’in tazminat hükümlerinin özellikleri ve bilhassa doğrudan doğruya ve dolaylı zararların ayrımı nazarı dikkate alınmamıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/A 3.fıkrasında genel bir ifadeyle, her türlü zarardan sorumluluk olarak öngörülmüştür.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.4/2'deki diğer bir sorunda maddede geçen “... *kullanımdaki diğer mallarda zarar ...*” ifadesidir. Kullanımdaki mallardan ne kast edildiği anlaşılmazdır. Eğer kast edilen tüketicinin her gün olağan kullandığı mallarsa, her gün kullanmadığı mallar korunmaya layık değil midir? İmalatçı-üretici, ama sen bu malı zaten kullanmıyorsun, o halde tazminat isteyemezsin savunmasında bulunursa, nasıl bir karar verilmelidir? Tüketicinin korunması amacıyla bu ifadenin anlamsızlığı bu ibareyi şu şekilde yorumlanmaya teşvik etmektedir: Kullanımdaki diğer mallardan kast edilen, tüketicinin kullandığı veya kullanabileceği tüm mallardır.

3.2. Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına Dair Tedbirler ve Tüketicinin Hakları

3.2.1. Cayma Hakkı

Türk doktrininde ve gerekse tüketiciyi koruyan AB yönergelerinde benimsenmiş bir kavram olan “*geri alma hakkının*” TKHK md.8-9/A hükümlerinde “*cayma hakkı*” olarak ifade edildiği ve bu kavramın bazı yazarlar³³⁸ tarafından da kullanıldığı görülmektedir. Cayma hakkını az önce ifade ettiğim gibi “*geri alma hakkı*” olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır³³⁹. 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi³⁴⁰ gibi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A ve MSHY md.5'in getirdiği en önemli hükümlerden biri cayma hakkına ilişkin olmaktadır.

³³⁸ ASLAN, İ. Y. (2004), *Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, s. 393-398, Bursa.; GEZDER, Ü., age, s. 204-208.

³³⁹ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme, cayma hakkı, ‘geri alma imkanı’, s. 188.; SEROZAN, R. (2003), *Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliği'nin Artıları ve Eksileri*, İÜHFİM, C. LXI, S. 1-2, s. 352, ‘serbest geri alma hakkı’; ÖZEL, Ç. (1999), *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Batider, Ankara, ‘geri alma hakkı’; DEMİR, M. (2001), *Kapıdan İşlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara, ‘geri alma hakkı’ olarak da adlandırılmaktadır.

³⁴⁰ GEZDER, Ü., age, s. 204.

Geri almanın işlevi, daha önce yapılan irade beyanının etkilerini önlemek veya ortadan kaldırmaktır³⁴¹. Bu hakkın tanınmasındaki temel amaç, belirli bir hukuki ilişkiyi sona erdirmeye önemli olan belirgin çıkarın korunmasıdır³⁴².

Tüketiciyi koruyan geri alma hakkı, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere yenilik doğuran bir haktır³⁴³. Bu nedenle de varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır³⁴⁴.

TKHK md.8 ve 9/A hükümlerinde öngörülmüş olan geri alma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır³⁴⁵. Yani tüketici, kanunun kendisine verdiği hakkı süresi içerisinde kullanarak, bu durumu geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma imkanına sahiptir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 5.fıkrasında, “... dışında kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır.” ifadesini içermektedir. Bu ifade, sanki kapıdan satışlara ilişkin bütün hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır gibi bir manaya sebebiyet verse de, GEZDER’e göre bu eksik düzenleme dar bir yorumla şu şekilde anlaşılmalıdır³⁴⁶: “İfadenin yer aldığı fıkra cayma hakkına dair olduğundan aslında kanun koyucu kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin cayma hakkına dair olanlarının mesafeli sözleşmelerde de uygulanacağını düzenlemek istemiştir”. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 5.fıkrası geniş

³⁴¹ DEMİR, M. (2001), *Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, s. 264, Ankara.

³⁴² DEMİR, M., age, s. 265.

³⁴³ İNAL, E., age, s. 186.

³⁴⁴ İNAL, E., age, s. 186.

³⁴⁵ GEZDER, Ü., age, s. 228.

³⁴⁶ GEZDER, Ü., age, s. 205.

yorumlansa bile, GEZDER'e göre³⁴⁷, şu şekilde bir yorum yapılmalıdır: *“Kapıdan satışlara ilişkin hükümlerden mesafeli sözleşmelerin bünyesine uygun düşenler ancak mesafeli sözleşmelere uygulanabilecektir. Aksi takdirde mesafeli sözleşmelerin kapıdan satış sözleşmeleri olduğu, başka bir ifadeyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8'e uymayan haliyle kapıdan satış olmayan sözleşmelerin mesafeli sözleşme olamayacağı gibi bir durum ortaya çıkacaktır”*.

Cayma hakkının sağlanması, kapı önü sözleşmelerinde olduğu gibi, tüketicinin aceleci karar verme riskine karşı bir önlem oluşturmaktadır. Şüphesiz ki mesafeli sözleşmeler, kapı önü sözleşmeleriyle aynı risklere sahip değildir³⁴⁸. Bununla birlikte mesafeli sözleşmeler de tüketicinin aceleci karar vermesi tehlikesini gerçekten taşımaktadır. Çünkü mesafeli iletişim aracıyla tüketicinin evine doğrudan doğruya ulaşılabilirdiğinden, o, daha kolayca etkilenebilecek bir durumda bulunmaktadır.

3.2.1.1. Cayma Hakkının Kullanılabileceği Süre

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkı, TKHK md.9/A hükmünde ifade edilmiş olmakla birlikte cayma hakkına ilişkin kurallar esas itibariyle MSHY md.8 hükmünde düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 5.fıkrasının atfı gereği mesafeli sözleşmelerde de uygulanacak olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 8/3'e göre, *“.... tüketici, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbesttir. Hizmetlerin satımında³⁴⁹ ise bu süre, sözleşmenin*

³⁴⁷ GEZDER, Ü., age, s. 205.

³⁴⁸ GEZDER, Ü., age, s. 205'den naklen: KÖHLER, H. (1998), Die Rechte des Verbrauchers beim teleshopping (TV Shopping, Internet- Shopping), NJV, s. 187.; REICH, N. (1997), Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EUZW, s. 581.

imzalandığı tarihten itibaren başlar.” MSHY md.8³⁵⁰,de de benzer bir düzenleme getirilmiş ancak ilave olarak birinci fıkrasının 3.cümlesinde, “... Sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kullanabilir.” ibaresi eklenmiştir.

Bu hükme göre; tüketici, mallara ilişkin sözleşmelerde teslimden, hizmetlere ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren yedi gün içerisinde hiçbir gerekçe göstermeksizin ve hiçbir sorumluluk üstlenmeksizin cayma hakkına sahiptir.

Görüldüğü gibi, cayma hakkının ancak cayma süresi içinde kullanılması durumunda etkili olacağı açıktır. Tüketici, sözleşmenin akdinden önce sağlanan ürünü gerçekten göremediğinden ya da hizmetin doğasını tahkik edebilmesi mümkün olmadığından ve satıcı/sağlayıcı ile sadece yüzeysel ya da hiçbir doğrudan doğruya ilişkisi bile bulunmadığından kolayca etkilenebilecek pozisyondadır. Mesafeli iletişim araçları sözleşmenin **kuruluş** yöntemlerini önemli bir şekilde hızlandırdığından, akdi bir yükümlülüğe dahil olmak çok kolay olmaktadır. Mesela bir fare tıklama ile bir sözleşme birkaç saniye içinde kurulabilir. Nihayet tarafları aceleci bir karar vermektan korumak için kabul edilen yazılı şekil fonksiyonu, elektronik imzanın tanınmasıyla artık kısmen sağlanabilecektir. Bütün bu sebeplerden dolayı, tüketiciye üzerine aldığı yükümlülükler hakkında düşünmesi ve gerekli görürse sözleşmeden cayabilmesi için bir süre tanınması haklı görülmektedir.

³⁴⁹ MSHY md.8’de doğru bir şekilde ‘... hizmet sunumu ...’ olarak ifade edilirken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8/3’de, hukuk sistemimize uymayan bir şekilde ‘... hizmet satımı’dan bahsedilmektedir.

³⁵⁰ MSHY md.8/1’e göre, ‘tüketici; mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar. Sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kullanabilir...’

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8/3 ve MSHY md.8/1 sadece yedi gün demekle tüketici açısından olumsuz bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifini değil İsviçre Hukukunun düzenlemesini hukukumuzaya uyarlamıştır³⁵¹. Bu düzenlemenin olumsuz olmasının nedeni ise tatil günlerinin de bu yedi günün hesabında nazara alınacağından, daha kısa bir sürenin öngörülmüş olmasıdır. Bununla 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifinin hükümlerine aykırı olduğu açıktır. Zira unutulmamalıdır ki 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi tüketicinin korunması açısından asgari hükümler içermektedir ve 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifinde tanınan haklar tüketiciden alınamayacaktır³⁵².

97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.6 birinci paragrafında tüketicinin cayma hakkını kullanması için en az yedi iş günlük bir süreyi öngörmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta sürenin işgünü olarak belirtilmesidir. Bu hüküm karşısında Avrupa Birliği Üye Devletleri her ne kadar kendi uygulamalarına göre farklı anlaşılabilirler olmasına karşın, kendilerine göre yedi iş gününden az olmayan süre kararlaştırabilirler³⁵³.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 5.fıkrasının hükmü gereği uygulanacak olan ve 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.6'ya benzer bir şekilde kaleme alınan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8 ve md.9'da cayma süresinin başlaması için taşınır mallarda malın teslimi³⁵⁴ ve hizmetlerde sözleşmenin imzalandığı tarihe ilaveten bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesini açıkça aramasa da, GEZDER'e göre³⁵⁵,

³⁵¹ GEZDER, Ü., age, s. 209.

³⁵² Bkz. 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.12 p.1 ve md.14.

³⁵³ GEZDER, Ü., age, s. 208.

³⁵⁴ MSHY md.8/3'e göre, "malın teslimi sözleşmeye taraf olan tüketici dışında bir kişiye yapılırsa dahi tüketici cayma hakkını kullanabilir..."

³⁵⁵ GEZDER, Ü., age, s. 214.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 2.fikrasının lafzından şöyle bir yorum yapılabilecektir: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 2.fikrasında, “....sözleşmenin akdinden önce bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez.” hükmü göstermektedir ki, ilgili bilgiler verilmedikçe sözleşme akdedilemeyecek haliyle akdedilmemiş bir sözleşmeden cayma da söz konusu olamayacaktır. Şu halde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A da, 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifindeki gibi, cayma için bilgilerin verilmesini aramaktadır.

Ayrıca MSHY md.8/5, şu düzenlemeyi getirmektedir: “*Bu Yönetmeliğin 6ncı ve 7 nci maddesindeki koşullardan biri eksik olduğu takdirde satıcı veya sağlayıcı en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda 7 günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar.*”

MSHY md.8/5, mesela satıcı ancak otuz gün sonra eksiklikleri giderirse tüketicinin 7 günlük cayma hakkı süresinin söz konusu eksiklikleri gideren bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu durumda tüketicinin, otuz gün artı eksiklikleri gideren bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı zaman ve bundan sonra 7 günlük cayma süresi olacaktır.

97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi md.6'ya göre hizmetlerde cayma süresi kural olarak sözleşmenin **kuruluşuyla** başlamasına rağmen, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8/3'e ve MSHY md.8/1'e göre, hizmet sözleşmesinin **imzalandığı** tarihte başlamaktadır. Şüphesiz ki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8/3 ve MSHY md.8/1'de ifade edilen sözleşmenin imzalanması durumunda da sözleşme kurulmuş olacak ve bu bakımdan 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifinin düzenlemesine uymuş olacaktır. Ancak Türk Hukukundaki bu

düzenleme şu bakımda farklılık arz etmektedir³⁵⁶: 97/7/EG sayılı Mesafeli Satış/Sürüm Direktifi hizmet sözleşmelerinin kuruluşundan başlar demekle, hizmet sözleşmelerini de herhangi bir şekle bağlı kılmamaktadır. Başka bir anlatımla Türk Hukukunda da geçerli olan şekil serbestisi ilkesini bu sözleşmeler için de kabul etmektedir.

Şu halde hizmetlerde cayma süresi kural olarak sözleşmenin imzalanmasıyla başladığından, hizmet sözleşmesinin imzalanmasından ancak yedi gün geçtikten sonra ifa edilirse, artık tüketicinin cayma hakkı olmayacağından hizmetlerde tüketicinin durumu daha zayıftır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/4, bu madde hükümlerine göre düzenlenmiş bir sözleşmeyi ve malın tüketiciye teslim edildiğini ispat edemeyen satıcı veya sağlayıcıya karşı tüketicinin yedi günlük süre ile bağlı olmadığı sınırsız bir süre vermektedir. GEZDER'e göre³⁵⁷ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/4'ün düzenlemesi süre sınırlaması koymadığından hukuki istikrarsızlığa yol açacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.3 b.c'de malın tanımı, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları da kapsadığından, mesela bir yazılım (Software) satışı, TKHK açısından, bir mal satışı olduğundan cayma süresi bu gayri maddi malın tesliminden itibaren başlayacaktır.

Sözleşmenin konusu mal ise, ademi ifa ya da kısmen ifa durumlarında cayma süresinin başlangıcını saptamak sorun olmamaktadır. Zira MSHY md.5'e göre de cayma süresi malın teslimiyle başlayacaktır, teslimin hiç olmaması ya da kısmen olması süreyi başlatmayacaktır. Çünkü her ne kadar MSHY md.8 de sadece tüketici tarafından malın teslim alınmasından söz etse

³⁵⁶ GEZDER, Ü., age, s. 215.

³⁵⁷ GEZDER, Ü., age, s. 215.

de, maddenin ruhundan ve amacından mesafeli satışla sipariş edilen malların **tamamen teslimi** anlaşılmalıdır. Üstelik bir mal tam teslim edilmiş ve fakat malın niteliği MSHY md.5/1-b bendi manasında malın tarifine uymazsa, cayma hakkı yanında ayıplı mal sorumluluğu söz konusu edilecektir.

Hizmetlerde tüketicinin durumu açıkça daha kötüdür. Bunlarda eda etmeme ya da kısmen eda veya ayıplı eda durumları MSHY md.8'de ifadesini bulan cayma hakkına **doğrudan doğruya** etki etmeyecektir. Çünkü bunlarda cayma süresinin başlangıcı sözleşmenin **imzalandığı** tarihte ya da MSHY md.8/5'e göre, “... *en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda 7 günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştığı tarihten itibaren başlar.*”

3.2.1.2. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Tüketicinin cayma hakkını kullanmasının hukuki sonuçları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/2, m.9/A. 6.fıkrası ve MSHY md.8/1'de hükme bağlanmıştır.

Cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak çözülür ve bir tasfiye ilişkisine dönüşür³⁵⁸. Bu tasfiye, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir³⁵⁹.

Mal, tüketici tarafından inceleme amacının ötesinde kullanılmaya başlanmış ve bunun sonucu olarak malın değerinde bir azalma meydana gelmiş ise, bu zararın kime ait olacağı hususu TKHK md.8/1'de hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre; tüketicinin “*hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenilmeksizin*” cayma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu maddeden inceleme amacı dışındaki kullanımdan kaynaklanan zararın

³⁵⁸ DEMİR, M., age, s. 328.

³⁵⁹ DEMİR, M., age, s. 328.

bile satıcı/sağlayıcıya ait olduğu sonucu çıkarılmaktadır³⁶⁰. Tüketici, malı daha önce görmediği için malı incelemekte ve denemekte haklıdır. Ancak malı inceleme ve denemenin ötesinde kullanmaya başladığı takdirde bunun sonuçlarına da katlanmakla yükümlüdür. Bu bakımdan malın inceleme amacı dışında kullanılmasından kaynaklanan zarar, malı kullanmaya başlayarak zarara sebebiyet veren tüketiciye ait olmalıdır³⁶¹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/2, md.9/A 6.fikrası ve MSHY md.8/1'den çıkan sonuca göre tüketici hiçbir şey ödemek zorunda değildir. Keza Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8/4'e göre, tüketici, malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalarından sorumlu da değildir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.8/4'e göre tüketici, malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmayacaktır. MSHY md.8/1'e göre ise, tüketicinin cayma hakkını kullanmasından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya ait olacaktır.

TKHK md.9/A, f.son ve MSHY md.9/2 hükümlerine göre, satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkının kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukuki işlemde dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür.

3.2.1.2.1. Bedelin Tüketicie İadesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/2 ve MSHY md.8/1, cayma hakkını, tüketicinin hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin yapabileceği şeklinde ifade etmektedir.

³⁶⁰ İNAL, E., age, s. 189.

³⁶¹ İNAL, E., age, s. 190.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/2 ve MSHY md.8/1’de “... hiçbir hukuki sorumluluk üstlenmeksizin” ve MSHY md.8/1 son cümle, “... Cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir.” düzenlemesi ile farklı bir kabul yoluna gitmiştir. Yani Türk Hukukuna göre tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda tek masraf olarak malın geri gönderilmesi masrafı dahi istenemeyecektir. Bu tüketicinin lehine olduğu için uygun bir düzenlemedir.

3.2.1.2.2. Kredi Sözleşmesinin Doğrudan Sona Ermesi

Bu konuya MSHY md.8/son maddesinde değinilmiştir. Bu maddeye göre; “Tüketicinin ödediği bedel kısmen veya tamamen satıcı veya sağlayıcı tarafından ya da satıcı veya sağlayıcı ile kredi veren arasındaki anlaşmaya dayanılarak karşılanıyorsa, cayma hakkının kullanılması halinde, kredi sözleşmesi de hiçbir tazminat veya cezai şart tutarını ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaksızın kendiliğinden sona erer. Ancak bunun için, cayma bildirimiminin kredi verene de yazılı olarak iletilmesi gerekir.” şeklindedir.

Bu düzenleme ile kredi verene de cayma bildiriminin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Bu şartın yerine getirilmesi halinde, kredi sözleşmesi de hiçbir cezai şart veya tazminat yükümlülüğü altına girmeksizin sona erecektir.

Bildirim kredi veren firmaya yapılmaması halinde ise tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşme sona ermesine rağmen kredi sözleşmesi ayakta kalacak, böylece tüketici kredi ödemelerini yapmaya devam edecektir. Ancak bu durumda tüketici, satıcı/sağlayıcı firmadan mal veya hizmetin bedelini kanunda belirtilen on günlük süre içinde talep edebilecektir³⁶².

³⁶² SARIAKÇALI, T., age, s. 157.

3.2.1.2.3. Malın Geri Alınması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A 6.fikrası ve MSHY md.9/2 ise satıcı veya sağlayıcıyı cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukukî işlemten dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlü tutmaktadır.

Malın geri alınması yükümlülüğünün satıcıda olduğu hükmünün bir sonucu olarak MSHY md.8/1'e göre; bu hakkın kullanılmasından kaynaklanan masrafların da satıcıya ait olduğu hükmünü içermektedir³⁶³. Bu nedenle nakliye masraflarını satıcı yüklenmek zorundadır. Sözleşmede nakliye masraflarının tüketiciye ait olduğu kararlaştırılsa bile, cayma hakkının kullanılması halinde satıcı bu masrafları karşılamak zorunda olacak, ayrıca sözleşme gereği malın tüketiciye teslimi esnasında oluşan masrafı da geri ödemek zorunda kalacaktır³⁶⁴.

TKHK md.8/4'e göre; cayma hakkı kullanılıncaya kadar malın mutad kullanımı dolayısıyla malda meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan tüketici sorumlu olmayacaktır. Bu durumda satıcının malın kullanılmış olması nedeniyle malı geri almaktan imtina etme hakkı bulunmamaktadır³⁶⁵. Maldaki olağan dışı değişiklik ve bozulmalardan tüketici her halde sorumlu olacaktır. Ancak bu durumda yine de satıcının malı geri almaktan imtina etme hakkı bulunmamaktadır. Yapılabilecek olan, bu olağandışı değişiklik ve bozulma nedeniyle malda meydana gelen değer farkının tüketiciye yüklenmesidir³⁶⁶.

³⁶³ SARIAKÇALI, T., age, s. 156.

³⁶⁴ ASLAN, İ. Y., age, s. 432.

³⁶⁵ SARIAKÇALI, T., age, s. 156.

³⁶⁶ ASLAN, İ. Y., age, s.400.

3.2.2. Bilgi Alma Hakkı

Tüketicinin bilgi alma hakkı en temel tüketici haklarından birisidir. Bu sayede tüketici, gerçekçi, bilinçli ve kararlı tüketim yapma olanağına kavuşmuş olur³⁶⁷. Bilgi alma hakkının gerçekleşmesi sonucunda tüketici, aldatıcı reklamlara karşı korunmuş olduğu gibi, ürün ve firma bilgileri arasında karşılaştırma yaparak kendisi için en uygun seçeneği bulma olanağına da sahip olmaktadır. Özellikle internet ortamında yapılan mesafeli sözleşmelerde tüketici, satın alacağı malı fiziken algılama ve test edebilme olanağına sahip olamamakta, hizmet sunumunda da sunulacak olan hizmetin içeriğini tam olarak kontrol edememektedir. Bunun gibi satıcı/sağlayıcı firma hakkında da yeterli ve güvenilir bilgi edinememektedir. Bu yüzden tüketicinin doğru bilgilendirilmesi mesafeli sözleşmelerde büyük bir önem taşımaktadır.

Tüketicinin bilgi alma hakkı, TKHK md.9/A-II maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır.*”

Yukarıda belirtilen maddede, tüketiciye sözleşme kurulmadan önce verilmesi gereken bilgilerin içeriğine yer verilmeyerek bunlar idari düzenlemelere bırakılmıştır. Bu bilgilerin içeriği, MSHY md.5’te Ön Bilgiler başlıklı maddesinde;

“*Mesafeli sözleşmenin akdinden önce aşağıdaki bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur.*”

³⁶⁷ DEMİR, M. (2004), *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, s.36, Ankara.

- a) Satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,
- b) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin temel özellikleri,
- c) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin tüm vergiler dahil 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) Cayma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler,
- h) Tüketicinin bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti,
- i) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin, teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program,
- j) Tüketicinin talep ve şikayetlerini iletebileceği satıcı veya sağlayıcının açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri.” şeklindedir.

Yönetmeliğin 6. maddesinde ise; *“Tüketici, ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde bu teyit işlemi yine elektronik ortamda yapılır. Tüketici, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır.”* belirtilmiştir.

Bu maddelerde dikkat edileceği üzere bu bilgilerin doğru ve eksiksiz olarak tüketici tarafından teyit edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu teyit işlemi elektronik ortamda da yapılabilir. Yazılı olarak teyit işlemi, satıcı/sağlayıcı firmanın bilgileri verdiğini ispat etmek üzere kullandığı bir araçtır³⁶⁸. Bu yazılı teyit olmaksızın, ispat yükü kendisinde olan satıcı/sağlayıcı, tüketicinin bilgileri aldığını ispatlayamayacak ve böylece tüketici açısından cayma süresi başlamayacaktır. Cayma hakkının varlığı tüketici açısından en geniş hukuki korumayı sağlamaktadır. Cayma hakkı ile

³⁶⁸ İNAL, E., age, s. 183.

tüketici hiçbir neden ileri sürmeksizin sözleşmeden dönme hakkına sahip olmaktadır.

Bu durumda tüketiciyi bilgilendirmemenin en büyük yaptırımı, tüketiciye cayma hakkını kullanmak üzere tanınan sürenin başlamamasıdır.

3.2.3. Kredi Kartı ya da Benzeri Kart İle Yapılan Ödeme İşleminin İptalini İsteme Hakkı

Kredi kartı ya da benzeri bir ödeme kartı numarası verilerek yapılan online ödemeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.9/A anlamında mesafeli sözleşme gereği yapılmalıdır. Hileli kullanım, kartın üçüncü şahıs tarafından herhangi bir şekilde kötü kullanılmasını ifade etmektedir. Burada kartın sadece fiziksel kullanılması değil, kartın bilgilerinin kullanılması da söz konusudur³⁶⁹.

Kredi kartlarının rıza dışı kullanılması durumunun, internette sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Kişilerin kredi kartı numaraları kolaylıkla elde edilebilecek nitelikte olmakla birlikte, internette ödeme kabul eden firmalara ödeme yapmak için kredi kartı numarası dışında herhangi bir şeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu da kredi kartı sahibi olan herkesi , kartının internette rızası dışında kullanılması riskiyle karşı karşıya bırakmaktadır. MSHY md.10 ile kredi kartı sahipleri için karşı karşıya oldukları bu risk konusunda bir koruma mekanizması öngörülmüştür. Buna göre; *“Mesafeli sözleşmelerde, ödemenin kredi kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile yapılması halinde tüketici, kartın kendi rızası dışında ve hukuka aykırı biçimde kullanıldığı gerekçesiyle ödeme işleminin iptal edilmesini talep edebilir. Bu halde, kartı çıkaran kuruluş itirazın kendisine bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme tutarını tüketiciye iade eder.”* şeklindedir.

³⁶⁹ GEZDER, Ü., age, s. 239.

Bu maddede “*hileli kullanma*” kavramı yerine “... *rıza dışında ve hukuka aykırı biçimde kullanılması* ...” ifadesi yer almaktadır. Bunlardan hilenin varlığı anlaşılmalıdır. O halde kanuna uygun olarak maddede tek bir kelime olarak “hile”nin kullanılması kanun yapma tekniği açısından daha yerinde olurdu³⁷⁰.

Bu hüküm uyarınca, ödemenin kredi kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile yapılması halinde, kart sahibi, kartın rıza dışı ve hukuka aykırı olarak kullanıldığını beyan ederek, işlemin iptal edilmesini talep edebilir. Kart sahibine bu konuda herhangi bir ispat külfeti yüklenmiş değildir³⁷¹. MSHY md.10’un da asıl etkisi rıza dışı ve hukuka aykırı kullanılma durumunda riskin kartı çıkarana yüklenmesidir. Kart sahibinin beyanının varlığı halinde, kartı çıkaran kuruluş, beyanın kendisine ulaşmasından itibaren on gün içerisinde itiraz konusu işlemin tutarını iade etmek zorundadır. Buradaki iadede kast edilen, kart sahibine nakit iadesi değil, kart sahibinin kredi hesabına işlem tutarının alacak olarak kaydedilmesidir³⁷². İadeyi yapacak olan kuruluş, Visa vb. kredi kartı kuruluşları değil, kart sahibinin kredi hesabının bulunduğu bankadır³⁷³.

Türk Hukukunda bu konu bir Yönetmelik olan MSHY’de düzenlenmiş olmasına rağmen, Yönetmelik düzenlemesinin kanun hükümleri gibi emredici hüküm olamayacakları ileri sürülebilirse de, MSHY’nin emredici hüküm olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.9/A’nın atfı ile yürürlüğe konulduğundan bahisle MSHY’nin maddelerinin de emredici olduğu, tüketiciyi korumak için, dermeyer edilebilecektir³⁷⁴.

³⁷⁰ GEZDER, Ü., age, s. 239.

³⁷¹ SARIAKÇALI, T., age, s. 159.

³⁷² GEZDER, Ü., age, s. 241.

³⁷³ SARIAKÇALI, T., age, s. 160.

³⁷⁴ GEZDER, Ü., age, s. 241.

MSHY md.10 süre konusunu da düzenlemektedir. Buna göre kartı çıkaran kuruluş tüketicinin itirazını kendisine bildirmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme tutarını tüketiciye iade eder. MSHY md.10 sadece, ödeme tutarının tüketiciye iadesinden bahsetmektedir. Şu halde bu, MSHY md.10'daki şartlar gerçekleşmişse, yapılan ödemenin tüketiciye kartı çıkaran kurumca iade edilmesini doğuracaktır. Bu durumda kartın kullanılması tüketiciye nakit avantajı verecektir. Bununda haklı olmadığı açık olduğundan ödeme tutarını yeniden kredilendirme ya da onu geri verme şeklindeki bir düzenleme daha yerinde olurdu³⁷⁵.

Yönetmelikte kart sahibinin itirazı için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak Yönetmelikte süre öngörülmemiş olması, kart sahibinin itiraz hakkının sonsuza kadar var olduğu anlamına da gelmemektedir³⁷⁶. Kart sahibine bildirilen hesap özetlerine itiraz süresi sözleşmelerde belirlenmiştir. Bu konuda banka ve kart sahipleri arasında akdedilen kredi sözleşmesinde, dönemsel hesap özetlerine itiraz için kararlaştırılan süre, kart sahibi açısından bağlayıcıdır. Bu süre geçirildikten sonra yapılacak olan itirazın herhangi bir hükmü yoktur.

3.3. Bu Hakların Kullanılmasında Zamanaşımı

TKHK md.4'e göre ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir³⁷⁷. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın

³⁷⁵ GEZDER, Ü., age, s. 241.

³⁷⁶ SARIAKÇALI, T., age, s. 160.

³⁷⁷ BÜYÜKAY, Y., age, s. 75.

ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Tüketici MSHY md.8'e göre; mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar. Sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kullanabilir. Cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir.

MSHY'nın 6. ve 7. maddesindeki koşullardan biri eksik olduğu takdirde, yani, ön bilgilendirmenin teyit edilmediği ya da sözleşmede belirtilmesi gereken unsurlardan birinin eksik olması durumunda, satıcı veya sağlayıcı en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda 7 günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar.

3.4. İspat Yükü

Cayma Hakkı konusunda ne TKHK'da ne de MSHY'de ispat yüküne ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Türk Hukuku açısından bu konuda genel temel kurallar uygulanacaktır³⁷⁸.

İspat yüküne ilişkin, TKHK md.9/A bir hükme yer vermemiştir. TKHK md.9/4'e göre; *"Bu madde hükümlerine göre düzenlenmiş bir sözleşmenin ve malın tüketiciye teslim edildiğini ispat satıcıya veya sağlayıcıya aittir..."*

³⁷⁸ GEZDER, Ü., age, s. 239.

MSHY md.9/3'e göre de; *“Saticı veya sağlayıcı mesafeli sözleşme konusu malın veya hizmetin tüketiciye teslimi veya ifasından önce sözleşmenin bir nüshasını ve ön bilgilerin teyidine ilişkin yazılı onayın bir nüshasını tüketicinin kendi el yazısı ile imzalanmasını sağlayarak teslim eder. Uyuşmazlık halinde ispat külfeti satıcı ve sağlayıcıya aittir.”* şeklinde belirtilmektedir.

SONUÇ

Son on yıl içerisinde bilgi teknolojilerindeki gelişimin yanı sıra toplumda günlük yaşamın her alanında bilgisayar ve internet kullanımının vazgeçilmez olduğu aşikardır. Bu nedenle de toplumsal refahın artmasında elektronik sözleşmelerin payı oldukça fazladır.

İnternet teknolojisi niteliği itibariyle global olduğundan kişiler coğrafi konumları ne olursa olsun karşılıklı bir araya gelerek iletişim içerisine girebilmektedirler. İnternet, kişiler arasındaki sınırları da yok etmekte ve kişilerin aralarında kolaylıkla hukuki ilişki içerisine girebilmelerine olanak vermektedir. İnternet global olduğu için, mümkün olduğu kadar uluslar arası bir birlikte çalışma formu yaratılması idealdir.

Elektronik sözleşmeler, internet üzerinde ve internet araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olduğundan elektronik ticaretin de günlük hayatımıza daha fazla girmesi, elektronik ticaretin yapı taşını oluşturan elektronik sözleşmeler sayesinde gerçekleşmektedir.

Elektronik sözleşmelerin akdedilmesi de internet yolu ile olacağından internetin de hukukun denetimine girme zorunluluğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar bunun derecesini ve şeklini belirlemek çok önemli olsa da teknolojinin gelişmesi ve yaygınlaşmasının önüne de geçilmemelidir. Elektronik ticaret tüketiciler için sadece faydalar sunmamakta aynı zamanda çok da önemli riskler ihtiva etmektedir. Bu nedenle de yeni teknolojinin imkanlarının ihlaline karşı tüketicinin haklarını korumak için yapılacak olan düzenlemelerin yasak ve sınır koymaya yönelik olmaması gerekmektedir.

Elektronik sözleşmelerin insanların hayatına girerek bu denli önemli bir yerde bulunması insanların günlük ve ticaret hayatlarını önemli oranda kolaylaştırmaktadır.

İnternet üzerinden akdedilen elektronik sözleşmelerde tüketicinin korunması hususu mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde sağlanmaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, tüketicinin bilgilendirilmesinin sağlanması, ve tüketiciye cayma hakkının tanınması, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Öncelikle belirtilmesi gereken mesafeli sözleşmenin herhangi bir sözleşme tipi ya da çeşidi olmadığıdır. Tüketici sözleşmelerinin kurulmasında uzaktan iletişim araçları kullanılarak izlenen bir yöntemdir. Kanun koyucu, uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasının tüketiciler açısından doğurduğu sakıncaları bertaraf etmek amacıyla mesafeli sözleşmeler adı altında bu yöntemi ayrıca düzenleyerek tüketicileri koruma yoluna gitmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi mesafeli sözleşmeler, tüketici hukukuna ait bir kavramdır. Bu nedenle de benzer kavramlarla da karıştırılmamalıdır.

Türk hukukunda mesafeli sözleşmelere ilişkin getirilen ilk önemli eksiklik, MSHY md.7 hükmü ile getirilen “mesafeli sözleşmelerin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin tüketiciye verilmesi zorunludur” düzenlemesidir. Buna karşılık TKHK’da mesafeli sözleşmelerin şekline ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Zaten mesafeli sözleşmelerin şekle tabi olması söz konusu olamaz. MSHY md.7 hükmü, mesafeli sözleşme kurulması durumunda tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkindir. Burada amaç geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olmayıp söz konusu maddede belirtilmiş olan bilgilerin tüketiciye yazılı olarak bildirilmesidir.

İkinci büyük eksiklik; TKHK md.9/A 5.fıkrası hükmüne göre mesafeli sözleşmelere kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin düzenlemedir. Zira kapıdan işlemler ile mesafeli sözleşmeler birbirlerinden çok farklı iki kurumdur.

Diğer bir önemli eksiklik, satıcının sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü, sözleşmenin kurulması ile ilişkilendiren TKHK md.9/A 2.fikrasında, 2.cümledeki düzenlemedir. Bu bilgilere göre tüketici, bilgileri aldığını yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemeyecektir. Buna göre; satıcı gerekli bilgileri tüketiciye verdiğini ispatlamadığı sürece, tüketicinin cayma hakkı için öngörölmüş olan sürenin işlemeye başlamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

Tüm bu açıklamalar ışığında elektronik sözleşmelerin kullanılmasının insanların günlük ve ticaret hayatlarını kolaylaştıracağını söylemek yanlış olmayacaktır. Globalleşen toplumda, Türkiye'nin de iyi bir yer alması için gelişmiş diğer ölkelerde olduğu gibi, elektronik sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin tamamlanması ve yukarıda da bahsi geçen önemli eksikliklerin giderilmesi şarttır.

KAYNAKÇA

- [1] **AKİPEK, Ş.** (2000), “*Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumunu*”, BATİDER, Aralık 2000, C. XXI, S.4, s. 45-54.
- [2] **ALTINIŞIK, U.** (2003), *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara.
- [3] **ARAL, F.** (2000), *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, Ankara.
- [4] **ARAL, F.** (1994), *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, Ankara.
- [5] **ASLAN, İ. Y.** (2004), *Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, Bursa.
- [6] **ASLAN, İ. Y.** (1996), *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*, Bursa.
- [7] **ATASOY, Ö. A., TAŞKIN, A. H.** (2000), *Tüketiciyi Koruma Hukuku İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları*, Ankara.
- [8] **BATTAL, A.** (1998), “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı*”, Ali Bozer'e Armağan, Ankara.
- [9] **BOZBEL, S.**, “*İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler*”, 20.06.2009.
http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzerinden_hukuki_islem.htm
- [10] **BÜYÜKAY, Y.** (2004), “*İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*”, e-akademi aylık internet dergisi, Şubat 2004, Sayı 24, 17.06.2009.

<http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNETTE%20KURULAN%20MESAFEL%DD%20S%D6ZLE%DEMELERDE%20T%DCKET%DDC%DDN%DDN%20KORUNMASI&kimlik=265466054&url=makaleler/ybuyukay-7.htm>

- [11] **DOĞAN, V.** (1996), “*Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*”, SHFD, C. 5, S. 1-2, s. 153-179.
- [12] **DEMİR, M.** (2004), *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara.
- [13] **DEMİR, M.** (2001), *Kapıdan İşlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara.
- [14] **ENE, S.** (2002), *E-Ticarete Tüketicinin Korunması ve Bir Uygulama*, İstanbul.
- [15] **ERDOĞAN, İ.** (1997), “*Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 53.
- [16] **EREN, F.** (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul.
- [17] **EREN, F.** (2002), *Borçlar Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul.
- [18] **ERMAN, H.** (1973), “*Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, İÜHFİM.
- [19] **FALCIOĞLU, M. Ö.** (2004), *Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Ankara.
- [20] **FALCIOĞLU, M. Ö.** (2004), *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Elektronik Satım Sözleşmesinin Kuruluşu*, İstanbul.
- [21] **GEZDER, Ü.** (2004), *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul.

- [22] **GEZDER, Ü.** (2004), “*Mukayeseli Hukukta Web Sitelerindeki Tekliflerin İcap mı İcaba Davet mi Olduğu Sorunu*”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul.
- [23] **GEZDER, Ü.** (1998), *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul.
- [24] **GÖÇ GÜRBÜZ, D.** (2001), “*e-Ticarete Tüketicinin Korunması Sorunu*”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:49, Şubat 2001, s. 124-142.
- [25] **HATEMİ, H.** (1999), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul.
- [26] **İNAL, E.** (2005), *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul.
- [27] **KESER, B.** (2002), *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, Ankara.
- [28] **KILIÇOĞLU, A.** (2002), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- [29] **KIRCA, Ç.** (2002), “*İnternette Sözleşme Kurulması*”, BATİDER, Aralık 2002, C. XX, S. 4.
- [30] **KIRCA, Ç.** (2000), “*İnternette Sözleşme Kurulması*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XX, Sayı 4, Aralık 2000, s. 108-109.
- [31] **KIRÇOVA, İ., ÖZTÜRK, P.** (2000), *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2000-29, İstanbul.
- [32] **KIRÇOVA, İ., ÖZTÜRK, P.** (2000), *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul.
- [33] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU , HATEMİ, SEROZAN, ARPACI,** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme.

- [34] **KOYUNCUOĞLU, T.** (1972), *Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi*, İstanbul.
- [35] **KÜÇÜKÖZYİĞİT, G. H.**, “*e-Ticaret, E-İmza ve Hukuk*”, 07.08.2009.
http://paribus.tr.googlepages.com/g_kucukozyigit2.doc
- [36] **OĞUZMAN, ÖZ.** (1995), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- [37] **OĞUZMAN, ÖZ.** (2000), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- [38] **OZANOĞLU, H. S.** (2001), “*Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)*”, AÜHFD, 2001(1), C. 50, s. 55.
- [39] **OZANOĞLU, H. S.** (2000), “*Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, s. 663-692, İstanbul.
- [40] **ÖZDEMİR KOCASAKAL, H.** (2003), *Elektronik Sözleşmelerden Dağan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul.
- [41] **ÖZDİLEK, A. O.** (2002), *İnternet ve Hukuk*, İstanbul.
- [42] **ÖZSUNAY, E.** (2002), *Elektronik Sözleşmelerin Temel Sorunları*, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir.
- [43] **ÖZTÜRK, S.** (2002), *Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlilik Şartları)*, T.C.İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- [44] **POROY, R.** (1978), “*Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları*”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul.
- [45] **SAĞLAM, İ.** (2007), *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul.

- [46] **SARIAKÇALI, T.** (2008), *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler*, Ankara.
- [47] **SEROZAN, R.** (2003), “*Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliği'nin Artıları ve Eksileri*”, İÜHFİM, c.LXI, S.1-2, s.339-356.
- [48] **SEROZAN, R., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU , HATEMİ, SEROZAN, ARPACI** (1998), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul.
- [49] **SEROZAN, R.** (1969), *Parça Borcu-Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayırım*, İstanbul.
- [50] **SOYER, P.** (1987), *Genel İş Koşulları*, İzmir.
- [51] **SÖZER, B.** (2002), *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul.
- [52] **ŞENOCAK, Z.** (2001), “*İnternette Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi*”, C. 50, S. 3, s. 93-114.
- [53] **TANDOĞAN, H.** (1988), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1, İstanbul.
- [54] **TEKİNAY, S.** (1985), *Borçlar Hukuku*, İstanbul.
- [55] **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1993), *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul.
- [56] **TUNÇOMAĞ, K.** (1977), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, II. Cilt, İstanbul.
- [57] **TURANBOY, K. N.** (1998), *İbra Sözleşmesi*, Ankara.
- [58] **YAVUZ, C.,** *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Öntasarısı Üzerine Düşünceler*, MÜHFHAD, C. 7, S. 1-3, s. 259-271.

- [59] **YAVUZ, C.** (1996), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul.
- [60] **YAVUZ, N.** (2008), *Ayıplı İfa*, Ankara.
- [61] **ZEVKLİLER, A.** (1996), *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, İzmir.
- [62] **ZEVKLİLER, A.** (2002), *Özel Borç ilişkileri*, 7. Baskı, Ankara.

EK

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : GÜMGÜM, Behice Bengi
Uyruğu : Türkiye (T.C.)
Doğum Tarihi ve Yeri : 09.010.1984, İskenderun
Medeni Hali : Bekar
Telefon : +90 312 446 24 69
Email : bengigumgum@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk	2010
Lisans	Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi	2006
Lise	Bornova Anadolu Lisesi, İzmir	2002

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konumu
2007 – Şimdi	Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A. Ş.	Avukat
2006 – 2007	Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A. Ş.	Stajyer Avukat

YABANCI DİLLER

Orta Seviye İngilizce

YAYINLAR

1. Çiftçi P./Mukannasgil E./Aslantürk H./Gümgüm B./Böke B., “2005 Elsa Avrupa Genç Hukukçular Derneği Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu Kurgusal Duruşma Yarışması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2005

HOBİLER

Spor, sinema, tiyatro.