

AÜHFD

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Açılış Dersi

Aynur YONGALIK

"İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi 1

Makaleler

Sinan Sami AKKURT

Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve

Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri 19

Leyla ÇAKICI GERÇEK

Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu 47

Veli KAFES

Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi 83

Belkıs KONAN

Türk Kadınının Siyasal Hakları Kazanma Süreci 157

Turgut TURHAN

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti-Azerbaycan İlişkileri 175

68.YIL

YAYIN SAHİBİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Fakülte Dekanı Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Fakülte Dekan Yardımcısı Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

EDITÖR

Doç. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

EDITÖR YARDIMCILARI

Yrd. Doç. Dr. Aybars PAMİR, Arş. Gör. Nurchan DALCI, Arş. Gör. Orhan Ersun CİVAN, Arş. Gör. Murat GÜREL, Arş. Gör. Hikmet BİLGİN

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Merih ÖDEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Zariife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan AYRANCI (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY (Ankara Üniversitesi)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Sabih ARKAN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Yüksel İNAN (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hakan PEKANİTEZ (Galatasaray Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Yaşar Üniversitesi)

YAYIN İDARE MERKEZİ ADRESİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cemal Gürsel Caddesi, No:58 06590 Cebeci, Ankara-TÜRKİYE

SÜRDÜRÜM VE İLETİŞİM

auhfd@law.ankara.edu.tr

URL: <http://auhfd.ankara.edu.tr/auhfd/>

YAYIN İDARE MERKEZİ TELEFONU: 0 (312) 595 50 00

FAX: 0 (312) 363 56 96

YAYININ TÜRÜ: Yerel Süreli Yayın

YAYININ ARALIĞI: Yılda dört sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

DİLİ: Türkçe ve yabancı diller

BASIM YERİ: Ankara Üniversitesi Basımevi, İnciataş Sokak No: 10, 06510 Beşevler/ANKARA
Tel: 0 (312) 213 66 55

BASIM TARİHİ: 20/05/2011

ISSN 1301-1308

© Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Bu Derginin tamamı ya da Dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı Yasanın hükümlerine göre Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemiyle çoğaltılamaz, yayımlanamaz.



Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

| | |
|----------------------------|---|
| Editör | : Ali Ersoy KONTACI |
| ISSN | : 1301-1308 / |
| Yıllık Yayın Sayısı | : 4 |
| Web Sitesi | : http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/ |
| Diğer Adı | : |
| Eski Adı | : |
| Yeni Adı | : |

Dizinlendiği Yıllar

| | |
|------|--------|
| 2014 | Sosyal |
| 2013 | Sosyal |
| 2012 | Sosyal |
| 2011 | Sosyal |
| 2010 | Sosyal |

ELEKTRONİK ORTAMDA HİZMET SUNUMU VE BUNA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ ÖZELLİKLERİ

Online Service Delivery and Legal Features About Online Service Delivery Agreements

Sinan Sami AKKURT*

ÖZET

Hizmet kavramı, hukukun çeşitli alanlarında farklı tanımlamalara sahiptir. Elektronik hizmet sunumu denildiğinde ise daha çok Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hizmetlerin sunulmasına ve temin edilmesine yönelik sözleşmelerin, elektronik ortamda akdedilmesi kastedilir. Elektronik ortam kavramı geniş anlamda, verilerin sayısallaştırılarak aktarıldığı her türlü ortamı ifade etmekte, dar anlamda ise kapalı ve açık bilgisayar ağlarını özellikle "internet"i kapsamaktadır.

Hizmet Sunumunun elektronik ortam vasıtasıyla temin edilmesini sağlayan temel hukuki müessese elektronik sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin hukuki niteliği genel olarak mesafeli, hazır olmayanlar

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (samiakkurt@selcuk.edu.tr).

arası, katılnalı sözleşmeler olarak öngörölse de sözleşme konusu hizmetin (şeyin) veya sözleşme, elektronik ortamda akdedilirken başvuruulan araçların niteliğine yahut tarafların iradelerine göre zaman zaman değişkenlik gösterebilmektedir.

Elektronik ortamda, hizmet sunumuna ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin ifa edileceği yer de, sözleşmede öngörölen yükümlölüğün türüne göre değişkenlik göstermekte ve bu paralelde fiziksel ortamda ifa edilebileceği gibi elektronik ortamda da ifası mümkün olabilmektedir. Başka bir deyişle bu tespit için aranan kıstas, münferit elektronik sözleşmenin, işin yahut kullanılan araçların niteliğine göre belirlenen hukuki niteliğidir.

İnternet üzerinden akdedilen ve hizmet sunumunu konu edinen elektronik sözleşmeler elektronik posta, web sayfaları, elektronik veri değişimi sistemleri (EDI) gibi çeşitli vasıtalar kullanılarak yapılabilmektedir. Bunların yanı sıra kitlesel pazara yönelik çevrimiçi (online) sözleşmeler gibi yollarla da elektronik ortamdan hizmet temin edilebilmektedir. Hatta değişen ve gelişen ihtiyaçlara elektronik ortamda çareler bulma gereksinimi dolayısıyla günümüzde, şahısların aracılığı olmaksızın bir hareket başlatarak elektronik mesajlara ve uygulamalara cevap veren, “elektronik temsilci” adındaki yazılımlar ile sözleşme kurulumuna olanak sağlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Hizmet, Sözleşme, Çevrimiçi, İnternet, Katılnalı, Mesafeli

ABSTRACT

The term “service” might be defined differently depending on each particular discipline of law. In cases where the provision of electronic service is involved, mostly there is a contract concluded in electronic media under which the service provider provides certain services set forth in the Law on the Protection of Consumers. In a broader sense, electronic media means any device, medium or technology used to transmit or store

information in a digital form. However, in the strict sense, ,electronic media includes close and/or open computer networks, particularly the “internet”.

In lawyers’ jargon, a contract concluded in electronic media is called an “electronic contract.” While electronic contracts are legally qualified as non-negotiable (which are typically concluded by the acceptance of one party of the other’s fixed contract conditions without any change) and distant contracts, this rule may change from time to time, depending on the will of the parties and the characteristics of the devices used for such transaction.

The place of performance of the electronic contracts may also change depending on the governing law of the contract and the nature of the obligation set forth therein. Accordingly, while it is physically possible to perform an obligation physically, one may be obliged to perform its obligation via electronic media as well, if possible. In other words, the legal characteristics of an electronic contract (including its performance) might differ subject to the nature of the service, the agreement of the parties and the particular devices used to conclude such transaction.

Electronic contracts might be validly concluded via various means such as electronic mail, web page and electronic data interchange (EDI). Furthermore, one may also provide services electronically via Online Mass Market Agreements. Today, it is possible to conclude a contract with the assistance of a software called “electronic representative” which starts an activity and responds to the electronic messages and applications automatically, even without the involvement of any real person.

Keywords: Service, Contract, Online, Internet, Distance, Delivery

I- GİRİŞ

Ondokuzuncu yüzyılda başlayıp halen devam etmekte olan sanayileşme hareketleri ve buna bağlı olarak gelişen teknoloji, toplumsal

ticaret anlayışını da değiştirmiştir. Nitekim “tarım toplumu” anlayışından “sanayi ve bilgi toplumu” modeline geçen insanlık, yirmibirinci yüzyılda yaşanan teknolojik gelişmelerin de etkisiyle, birbirleriyle olan ticarî ilişkilerini farklı üslup ve yöntemlerle gerçekleştirmeye ve bu yönde yeni hukukî işlemler ile bunlara ilişkin kanunî düzenlemeler ihdas etmeye yönelmiştir. Bu değişim sürecinin temel dinamikleri, bilişim ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen hızlı gelişmelerden ibarettir. Başka bir deyişle “bilişim teknolojileri” olarak adlandırılan bu dinamiklerin, küreselleşme ile etkileşime girmesi sonucunda “yeni ekonomi – yeni kuşak (generation next)” adı verilen yepyeni bir ekonomik düzen meydana gelmiştir. Bahsi geçen yeni ekonomik düzenin en temel vasıtalarından biri de elektronik ticarettir.

Elektronik ticaret genel olarak, birey ya da kurumların telekomünikasyon bağlantıları vasıtasıyla, açık ya da kapalı ağlar üzerinden gerçekleştirdiği; metin, ses ve görüntü biçimindeki sayısallaştırılmış verilerin, elektronik ortamda işlenmesi, saklanması, iletilmesi esasına dayanan işlemler bütünü olarak tanımlanmaktadır¹. Bu bağlamda bireylerin yahut kurumların, internet gibi “açık” veya “LAN (local area network)” gibi “kapalı” elektronik ortamlar (ağlar) vasıtasıyla gerçekleştirdikleri ticarî faaliyetlerin yanı sıra telefon, fax, televizyon, elektronik fon transferi, elektronik veri değişimi gibi iletişim yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen her türlü ticarî faaliyet de “elektronik ticaret” kapsamında değerlendirilmektedir.

Bireylerin ve kurumların, karşılıklı ekonomik ilişkilerini elektronik ortamda devam ettirmeye yönelik eğilimleri, bu konuda teknik ve hukukî bir alt yapının tesis edilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Hakikaten elektronik ticaretten bahsedildiği zaman akla ilk gelen kavramlardan birisi, niteliği itibarıyla hukukî bir işlem olan elektronik sözleşmelerdir ki bireyler ve kurumlar, dijital ortamda akdedilen elektronik sözleşmeler vasıtasıyla farklı alanlarda ticarî faaliyetlerde bulunabilirler.

¹ Altınışık, Ulvi. (2003). Elektronik Sözleşmeler. Ankara, s. 30.

Elektronik sözleşmeler vasıtasıyla bireylerin ve kurumların elektronik ortamda gerçekleştirebileceği ticarî faaliyetler (elektronik ticarete konu teşkil eden ilişkiler) “*mal satışı*”, “*bilgi temini*”, “*dijital (elektronik) ürün temini*” gibi hususlara ilişkin olabileceği gibi “*hizmet sunumu (veya temini)*”nu da konu edinebilir.

Çalışmanın konusunu elektronik ortamda hizmet sunumuna dair faaliyetler teşkil ettiğinden, öncelikle konuya ilişkin kavramlara genel olarak değinilecek, gelişme kısmında elektronik ortamda (özellikle internette) hizmet sunumu ile buna ilişkin elektronik sözleşmelerin hukukî niteliği, kuruluşu, kuruluş şekilleri incelenecektir. Çalışmanın sonuç kısmında ise, gelişen elektronik ticaretin etkisiyle uygulama alanını genişleten elektronik uygulamaların alternatif örnekleri değerlendirilerek, bu alanda hizmet sunumuna ilişkin kanunî hükümler değerlendirilecektir.

II- GENEL OLARAK HİZMET KAVRAMI VE ELEKTRONİK ORTAM İLE ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMLARI

A) GENEL OLARAK HİZMET KAVRAMI

Genel anlamda hizmet kavramı”nın tanımlanabilmesi için öncelikle mal kavramının ne anlama geldiğinin bilinmesi gerekir. Zira genel olarak hizmet, “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan *mal sağlama dışındaki* her türlü faaliyeti” ifade etmektedir (TKHK.m.3 – d). Mal kavramı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3.maddesinin (c) bendi ile Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesinin (d) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre mal, “alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları” ifade eder. Mal² kavramı ile

² Mal ile eşya kavramları hukuken farklılık arz etmekte ve çoğu zaman bu iki kavramın konuşma dilindeki kullanımları karışıklığa yol açmaktadır. TKHK. anlamında mal kavramı, alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, *konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları* ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Bu açıdan TKHK. anlamında mal kavramı içerisine sadece, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar girmekte, bunun dışında örneğin ticari bir amaca

hizmet kavramı arasındaki ayırım kimi zaman net olmayabilse de hizmeti mallardan ayıran temel unsur, insan fikir ve emeğinin, hizmet kavramında mallara oranla daha ön planda olmasıdır³. Bu paralelde hizmet kavramı genel olarak, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ve alış-verişe konu olabilen taşınır / taşınmaz eşya ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanmış görüntü, ses gibi soyut eşyanın temin veya temlik edilmesi (sunulması) dışında kalan her türlü bedenî ve fikrî faaliyet olarak tanımlanabilir⁴.

Türk mevzuatının ilgili alanlarında, *özel anlamda* hizmet kavramının tespiti ile sonuçlarının belirlenmesine ilişkin çeşitli tanımlamalar bulunmakta ve anılan kavramın içeriği ile hangi hukuk dalının ilgi alanına gireceği, somut duruma göre mevzuatın ilgili hükümlerince tespit edilmektedir. Örneğin iş hukukunun konusuna giren hizmetlerde, işçi (hizmet sunan) ile işveren (kendisine hizmet sunulan) arasında yoğun bir bağımlılık ilişkisi bulunmakta, dolayısıyla işçinin, sunduğu hizmeti işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak ifa etmesi gerekmektedir⁵. İşçi, sunduğu hizmeti işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak yerine getirmekle, hizmetin ayıplı sunulmasından doğan sorumluluktan kurtulur. Bu halde kural olarak sorumluluk ve zarara işveren katlanır. Anılan bu “*bağımlılık unsuru*”, iş hukuku anlamında, hizmet sözleşmesi ile eser (istisna) sözleşmesi arasındaki en belirgin farkı ifade eder. Zira eser

özülenmiş taşınmazlar ilgili kanun kapsamında değerlendirilmemektedir. Eşya kavramı ise ekonomik değeri olan, üzerinde fiili hâkimiyet kurulabilen, sınırlandırılmış, şahıs dışı her türlü varlığı anlatır ki bunun içerisine, özgülendiği amaç önem arz etmeksizin her türlü taşınmaz dâhildir. **Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer. (2009). Eşya Hukuku (12 bs.). İstanbul, s. 3 – 4; **Ünal M.** / **Başpınar V.** (2008). Şekli Eşya Hukuku (4 bs.). Ankara, s. 62 vd.; **Ayan**, Mehmet. (2010). Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili (5 bs.). Konya, s.3. Ayrıca bkz. a.g.e., s.3, dn.1. Diğer taraftan elektronik sözleşme yoluyla mal satışında da mal kavramı, para ile değiştirilmesi mümkün olan ve ekonomik değeri bulunan tüm değerler olarak tanımlanmakta ancak taşınmazların bu kapsamda değerlendirilmelerinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Sağlam**, İpek. (2007) Elektronik Sözleşmeler. İstanbul, s. 65.

³ **Sağlam**, s. 66.

⁴ **Altınışık**, s. 30.

⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Çelik**, Nuri. (2009). İş Hukuku Dersleri (22 bs.), İstanbul, s. 73 vd.

sözleşmesinde müteahhidin işverene bağımlılığı, hizmet sözleşmesindeki kadar yoğun değildir. Müteahhidin belirli bir şeyi (eseri) inşa etme yükümlülüğü bulunmakta ancak bu eseri meydana getirmek için kullandığı yardımcı şahıslar ile hizmetin ifası (eserin inşası) için uyguladığı yöntem sözleşmenin diğer tarafını ilgilendirmemektedir. Aynı şekilde ücretin, iş hukuku anlamında hizmet sunumunun karşılığı ve aslî unsuru olmasına rağmen, borçlar hukukunun ilgi alanına giren vekâlet sözleşmesinde ücret, aslî unsurlar arasında yer almamaktadır. Elektronik ortamda hizmet sunumunda “ücret (veya menfaat)” aslî unsur olarak kabul edilebilirse de hizmet sunulan, hizmet (iş) sözleşmesinde olduğu gibi diğer tarafın emir ve talimatlarına sıkı şekilde bağlı olarak edimini ifa etmesi (kullanacağı yardımcı şahısların “kendisine hizmet sağlanan” tarafından belirlenmesi, ortaya çıkan hizmetin, emir ve talimatlara bağlı olarak çalışmak kaydıyla sonucundan (ayıbından) sorumlu olmaması vb.), ilişkinin mahiyeti gereği kendisinden beklenemez. Bu açıdan elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin elektronik sözleşmelerde kural olarak “bağımlılık unsuru”nun aslî unsurlar arasında yer almadığı söylenebilir. Nitekim elektronik ortamda hizmet sunan birey yahut kurum çoğu zaman, eser (istisna) sözleşmesinin tarafı olan müteahhit gibi, hizmetin sağlanması için kullanılacak yöntemleri ve kullanılacak yardımcı şahısları kendisi belirlemekte, ancak hizmetin gerektiği gibi sunulmaması halinde de ayıplı hizmetin sonucundan bizzat sorumlu olmaktadır.

B) ELEKTRONİK ORTAM İLE ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMLARI

1- Elektronik Ortam Kavramı

Elektronik ortam kavramı hukukî ilişkiler bazında değerlendirildiğinde, kişilerin hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade beyanlarının sayısallaştırılmış veriler aracılığıyla açıklandığı her türlü platform akla gelir. Bu paralelde geniş anlamda elektronik ortam kavramı, sadece kapalı ya da açık bilgisayar ağlarını değil, iradelerin sayısallaştırılarak veriler haline dönüştürülmesiyle transferinin sağlandığı

telefon⁶, fax, elektronik fon transferi, elektronik veri değişimi gibi olguları da ifade eder⁷.

Elektronik ticaret ve dolayısıyla elektronik sözleşmeler açısından elektronik ortam kavramı denildiğinde ise kapalı ve açık bilgisayar ağları ile özellikle internet kavramı akla gelmektedir. Zira elektronik ticaretin teknolojik alt yapısını internet oluşturmaktadır⁸. İnternet, birden fazla haberleşme ağının birlikte oluşturduğu bir bağlantı sistemi olup anılan sistemi, sisteme bağlı bilgisayarlar oluşturmaktadır. Bu ağı oluşturan bilgisayarlar “TCP / IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol)” olarak adlandırılan ortak bir dil kullanarak birbirleriyle haberleşebilmektedirler⁹.

2- Elektronik Sözleşme Kavramı

Elektronik sözleşme kavramı, elektronik ortamda gerçekleştirilen hukukî ilişkilerin sözleşmesel nitelik arz etmeleri halinde ortaya çıkan hukuki bir baędır¹⁰. Diğer bir ifadeyle, elektronik iletişim araçları kullanılmak suretiyle akdedilen sözleşmeler “elektronik sözleşme” olarak adlandırılır¹¹. Elektronik sözleşmede taraflardan biri yahut her ikisi, iradesini yazı, görüntü, ses ve benzeri diğer verilerin sayısallaştırılması suretiyle açıklamakta ve karşı tarafa bu şekilde yöneltmektedir.

⁶ Telefon da elektronik ortam kavramına dâhildir. Ancak doktrinde tam bir fikir birliği olmamakla birlikte telefon vasıtasıyla kurulan sözleşmeler, çoğunlukla, hukuki nitelikleri itibariyle hazırlar arasında yapılmış kabul edilmektedirler. İnternet aracılığıyla yapılan elektronik sözleşmelerin ise mesafeli sözleşmeler kategorisinde bulunduğu konusunda neredeyse tam bir fikir birliği mevcuttur.

⁷ Bu konuda bkz., **Semerci**, Murat. (2007). Elektronik Ticaretin İşleyişi, Denetimi ve Muhasebeleştirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Kahramanmaraş, s. 11.

⁸ **Topaloğlu**, Mustafa. (2005). Bilişim Hukuku. Adana, s. 81; **Falcioglu**, M. Özgür. (2004). Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluğu, Ankara, s. 45.

⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Güran / Akunal / Bayraktar / Yurtcan / Kendigelen / Beller / Sözer**. (2003). İnternet ve Hukuk. İstanbul, s. 11 vd. Ayrıca bkz., **Başpınar V. / Kocabey D.** (2007). İnternette Fikrî Hakların Korunması. Ankara, s.71 vd.

¹⁰ **Falcioglu**, s. 61.

¹¹ **Altınışık**. (2003). Elektronik Sözleşmeler. Ankara, s. 33; **Sözer**, Bülent. (2002). Elektronik Sözleşmeler. İstanbul, s. 89; **Sağlam**, s. 71.

Doktrinde bir görüşe göre elektronik sözleşme kavramı, sadece internet üzerinden kurulan sözleşmeleri kapsamaktadır¹². Bu görüş aynı paralelde, elektronik sözleşmeyi “web” üzerinden kurulan sözleşmeler olarak tanımlamaktadır¹³. Bununla birlikte, elektronik ticaret uygulamaları bakımından elektronik sözleşme olgusunun, sadece açık ağ internet üzerinden kurulan sözleşmeler ile sınırlandırılmasını zorunlu kılan bir gerekçe olmadığı, bu nedenle elektronik sözleşme kavramının, elektronik iletişimin kendine özgü yöntemleri aracılığıyla açık ağ yahut kapalı ağlar üzerinden kurulan sözleşmeleri de kapsadığı yönünde görüşler mevcuttur¹⁴.

III- ELEKTRONİK ORTAMDA HİZMET SUNUMU

A) KAVRAM

Yukarıda da belirtildiği gibi hizmet, alış – veriş konu olabilen maddî ve gayri maddî malların temin ve temlik amacı olmaksızın, ücret veya menfaat karşılığında yapılan her türlü bedenî veya fikrî insan faaliyetidir. Hizmet niteliğindeki bu insan faaliyetlerinin elektronik ortam vasıtasıyla temin edilmesi ise “elektronik ortamda hizmet temini¹⁵”, hizmetin, elektronik ortam vasıtasıyla birey ya da kurumlar tarafından sunulmasına ise “elektronik ortamda hizmet sunumu” adı verilir.

Elektronik ticaret biçimlerinden biri olan hizmet sunumunda bir taraf, elektronik ortamda (çoğu zaman internette bir web sitesi üzerinden)

¹² **Güran / Akünel / Bayraktar / Yurtcan / Kendigelen / Beller / Sözer**, s. 27.

¹³ **Sözer**, s. 89. Sözer ve Altınışık, bu görüş doğrultusunda, “*web sayfası kurulması, bir server üzerinden reklam ya da yayın yapılması veya internete bağlanabilmek için bir ISP ile yapılan anlaşmaların*” elektronik sözleşme kavramı içinde değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bkz., **Sözer**, s. 89; **Altınışık**, s. 33. Ne var ki bu tip sözleşmelerin de, uygulamada çok sık rastlanmamakla birlikte, elektronik ortam, hatta dar anlamda internet üzerinden yapılmasına teorik açıdan olanak bulunmaktadır.

¹⁴ **Miller / Jents**. (2002). Law for Electronic Commerce. West Thomson Learning, p. 146; **Falcıoğlu**, s. 61.

¹⁵ Hizmet temini konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Tay**, Cristopher. (1998). Contracts, Technology and Electronic Commerce: The Evolution Continues. Journal of Law and Information Science, V.9 (2), p. 184.

diğer tarafa karşı bir hizmeti gerçekleştirme taahhüdünde bulunmaktadır¹⁶.

B) ÇEŞİTLERİ

Elektronik ortamda hizmet sunumunu öngören sözleşmelerde hizmet sunan taraf, edimin niteliğine göre, yüklendiği edimi fizikî olarak yerine getirebileceği gibi elektronik (dijital) yoldan da ifa edebilmektedir. Elektronik ortamda hizmet temin eden adına bir toplantıya çiçek gönderilmesinde hizmet sunan, edimini fizikî yollarla ifa etmektedir. Elektronik ortamda gerçekleştirilen hesaplar arası para havalesi, virman yapılması, internet ve telefon bankacılığı aracılığıyla ilk defa mevduat hesabı açtırılması, tüm kredi taleplerinin sonuçlandırılması, kredi kartı ve çek karnesi verilmesi gibi bankacılık hizmetlerinde veya elektronik ortamda hisse senedi alım satımına ilişkin borsa hizmetlerinde hizmet sunan taraf¹⁷, yüklendiği edimi elektronik ortamda ifa etmiş olacaktır¹⁸. Bunun yanı sıra elektronik ortamda hizmet sunan tarafın, edimini elektronik ortamda ifa edebileceği durumlara örnek olarak otel ve uçak rezervasyonları teminine ilişkin elektronik sözleşmeler verilebilir. Şöyle ki, seyahat acentesi yahut havayolu şirketi (hizmet sunan taraf), rezervasyonun yapılmasından sonra müşteriye (hizmet temin eden tarafa), elektronik ortam (internet) marifetiyle, rezervasyonun yapıldığına ilişkin teyit yazısı ulaştırır ve hizmetten yararlanacak taraf olduğunu ispatlayacak bir referans veya takip numarası bildirir.

Gelişen teknoloji ve özellikle internete erişimin ekonomik ve fizikî açıdan oldukça kolaylaşması, elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin örneklerin sayısını gün geçtikçe arttırmaktadır. Örneğin satıcılar ve üreticiler artık, elektronik ortamda aynı zamanda teknik destek hizmeti

¹⁶ **Sözer**, s.66; **Sağlam**, s. 24.

¹⁷ **Sağlam**, s. 66.

¹⁸ **Altınışık**, s. 34; **Sözer**, s. 24. Bu konuda ayrıca bkz., T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü İzleme Değerlendirme Bilgilendirme ve Kontrol Daire Başkanlığı 18.11.2008 tarih ve 2008 / 97 sayılı Kayıt Dışı İstihdam Hakkında Genelge, (http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/3b55f9804217cc5f8408cee258adf5bf/2010_47.pdf?MOD=AJPERES, 25.05.2010).

sunmayı da taahhüt etmektedirler. Anılan kimseler bu hizmeti çoğunlukla “trouble – shooting” olarak adlandırılan yönlendirme ve bakım talimatnamelerini elektronik ortamda yayınlayarak, hizmet temin eden tarafın ürünle ilgili karşılaşıcağı sorunları bertaraf edebilmesine olanak sağlamaktadırlar¹⁹. Hatta bazı üretici ve satıcılar bununla da yetinmeyip, teknik destek ve bakım hizmetini fizikî yollarla ifa etmeyi taahhüt etmektedirler. Aynı şekilde münferit sorunlarla karşılaşan müşterinin, karşılaştığı sorunu ve ayrıntılarını elektronik iletişim yoluyla kendilerine bildirmesi halinde, o soruna ilişkin özellikli çözümü ona tekrar elektronik ortam vasıtasıyla bildirmeyi taahhüt eden üretici ve satıcılar da elektronik ortamda hizmet sunmaktadırlar.

Yazılı ve görsel basın da günümüzde, elektronik ortamda hizmet sunmaktadır. Nitekim gazetelerin ve televizyonların internetten takip edilebilmesi elektronik hizmet sunumuna gösterilebilecek örnekler arasında yer almaktadır. Burada değinilmesi gereken husus, yayın organlarının elektronik ortamda sunduğu bu hizmetin ücretsiz olması durumunda, anılan hizmetlerin hukukî niteliğinin ne olacağı noktasında kendisini göstermektedir. Bilindiği gibi, hizmet kural olarak ücret karşılığı sunulur. Yayın kuruluşlarının sunduğu hizmeti ücretsiz olarak hizmet temin edenlere ulaştırması, ilgili kuruluşların, sundukları hizmetten hiçbir menfaat elde etmedikleri şeklinde anlaşılmalıdır. Zira yayın kuruluşlarının aslî gelirleri arasında reklâm bedelleri yer almaktadır. Sundukları hizmetin niteliği ve kalitesiyle doğru orantılı olarak anılan hizmete yönelik talebin artması, reklâm gelirlerini de arttırmakta, bu yolla elektronik ortamda sundukları hizmetin “menfaat” unsuru karşılanmış olmaktadır. Aynı şekilde “arama motorları (search engines)” da elektronik ortamda hizmet temin eden kişilere, istedikleri veri tabanına (data base) doğrudan doğruya ulaşabilmeleri olanağını vermekte, bu yolla elektronik ortamda hizmet sunmaktadırlar. Arama motorlarını finanse eden firmalar da tıpkı yazılı ve görsel basında olduğu gibi, sundukları hizmetin karşılığını başta reklâm gelirleri olmak üzere

¹⁹ Sözer, s.25.

çeşitli yollardan sağlamaktadırlar. Dolayısıyla sunulan hizmet, ücret karşılığı olarak değil, menfaat karşılığı olarak değerlendirilmelidir.

Elektronik ortamda hizmet sunumuna örnek olarak meslekî ihtiyaçları karşılamaya yönelik, sipariş üzerine hazırlanan otomasyon yazılımları ile bu tür bilgilere ulaşılabilmesine olanak sağlayan veri tabanları gösterilebilir. Örneğin hukuk konusunda hizmet veren bazı web siteleri ve veri tabanlarının bir araya toplandığı paket bilgi erişim programları, belirli bir bilgiye ücret karşılığında ulaşılabilmesine olanak tanımaktadır. Elektronik ortamda hizmet temin eden taraf, çoğunlukla “abonelik ücreti” olarak tabir edilen yıllık tutarı irat şeklinde veya peşin olarak ödemek kaydıyla, hizmet sunanın bilgiye erişirme hizmetinden faydalanabilmektedir.

Elektronik ortamda hizmet sunan tarafın, işin mahiyeti elverdiği takdirde, yüklendiği edimi fiziksel veya elektronik ortamlardan birinde ifa edebilme seçimlik yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık elektronik ortamda hizmet temin edenin, yararlandığı hizmetin karşılığı olan ücreti, elektronik hizmet sunumuna ilişkin sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, elektronik ortam vasıtasıyla ödemesi gerekmektedir²⁰.

IV- ELEKTRONİK ORTAMDA HİZMET SUNUMUNU KONU EDİNER ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KURULMASI VE KURULUŞ ŞEKİLLERİ

Elektronik ortamda hizmet sunumunu konu edinen elektronik sözleşmeler, genellikle hazır olmayanlar (gaipler) arasında yapılmakta olup, hukukî nitelikleri itibarıyla “katımlı (iltihakî)” ve “mesafeli” sözleşmelerdir. Anılan sözleşmelerin kurulmalarında ise, kural olarak Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanır.

²⁰ Sağlam, s.67; Sözer, s. 24.

A) ELEKTRONİK ORTAMDA HİZMET SUNUMUNU KONU EDİLEN ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Hazır Olmayanlar (Gaipler) Arasında Yapılan Bir Sözleşme Olması

Elektronik ortamda yapılan hizmet sunumuna ilişkin sözleşmelerin hazırlar arsında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılmış olduğu hususunun tespiti, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm ifade etmeye başladığı anın belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki hazırlar arsında akdedilen bir sözleşmede, icap yapıldığında muhatabın, BK.m.4 / f.1 uyarınca derhal kabul beyanında bulunması gerekir ve bu kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur. Aksi takdirde icapta bulunan, icabıyla bağlı olmaktan kurtulur. Hazır olmayanlar arasında akdedilen sözleşmelerde ise icapta bulunan, usulüne uygun olarak ve zamanında karşı tarafa yönelttiği icap beyanının varmasını beklemesi gereken ana kadar icabıyla bağlı kalır (BK.m.5 / f.1). Hazır olmayanlar arasında akdedilen sözleşme, karşı tarafın kabul beyanını gönderdiği andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlar ve kabul haberinin icapta bulunan tarafa ulaşmasıyla (varmasıyla) kurulmuş sayılır.

“Hazır” kavramı, sözleşmenin taraflarının, icap ve kabul beyanlarını açıkladığı anda öğrenebilecek durumda olmalarını ifade eder²¹. Taraflar arasındaki mesafenin, başka bir deyişle coğrafi açıdan uzaklığın bu konuda bir önemi bulunmamaktadır. Tarafların, icap ve kabul beyanlarını açıkladığı anda derhal öğrenebilecek durumda olmalarını sağlayan herhangi bir ortam veya vasıta kullanmış olmaları, akdettikleri sözleşmenin “hazırlar arası sözleşme” olması sonucunu doğurur²². Dolayısıyla, geniş anlamda elektronik ortam kavramı içerisinde bulunan telefon vasıtasıyla akdedilen sözleşmeler, taraflar coğrafi açıdan

²¹ Sağlam, s. 73.

²² Kırcı, Çiğdem. (2000). İnternette Sözleşme Kurulması. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 20 (4), s. 107.

birbirlerinden uzak yerlerde dahi olsa, birbirlerinin tekliflerini araya zaman unsuru girmeksizin öğrenebildiklerinden, hazırlar arasında akdedilmiş kabul edilirler (BK.m.4 / f.2). Aynı şekilde tarafların, internet üzerinde anında (simültane) iletişimde bulunabilmelerini sağlayan yazışma programları²³ marifetiyle akdettikleri sözleşmeler de, şartları dahilinde hazırlar arası yapılmış sayılırlar.

Karşı tarafın, icap beyanını anında değil de, bir müddet geçtikten sonra öğrenebilmesi söz konusuysa, hazır olmayanlar arasında akdedilen bir sözleşmeden bahsedilir. Bu durumda taraflar arasında soru cevap şeklinde cereyan eden, kesintisiz bir iletişim olanağı bulunmamaktadır. Faks, teleks, telgraf, elektronik posta gibi vasıtalarla açıklanan iradeler, her ne kadar anılan yollarla anında karşı tarafa gönderilebilse de, karşı tarafın, beyan edilen bu iradeleri öğrenebilme hızı ve zamanı telefondaki gibi eş zamanlı olmayabilir. Başka bir deyişle yukarıda adı geçen yollarla açıklanan iradenin akıbetinden emin olunması kesin olarak mümkün değildir. Dolayısıyla faks, teleks, telgraf, elektronik posta gibi vasıtalarla akdedilen sözleşmeler, nitelikleri itibariyle “hazır olmayanlar arasında yapılmış” sözleşmelerdir.

Web siteleri aracılığıyla yapılan sözleşmeler ise, sitenin teknolojik alt yapısına göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin elektronik ortamda hizmet sunumu taahhüt eden bir web sitesinden yararlanmak isteyen kimsenin bu yöndeki irade açıklamasını anında algılayarak, hizmet sunumuna ilişkin taahhüdü uygulamaya koyan bir sistemde, yapılan işlem hazırlar arasında yapılmış kabul edilebilir²⁴. Ancak niteliği ve alt yapısı itibariyle, kendisine ulaşılmış olan irade beyanlarını öncelikle bir kontrol mekanizmasına veya iş sahiplerine gönderip, onların onayı ile prosedürü başlatan bir web otomasyonu vasıtasıyla yapılan sözleşmeler, hazır olmayanlar arasında yapılmış kabul edilirler.

²³ “Chat”, “ICQ”, “IRC”, “MSN” vb.

²⁴ **Perdue**, s. Elisabeth. Challenges of Online Contracts With a Point And a Click, 10.12.2008 tarihinde http://www.ljx.com/internet/97_12_click.html adresinden erişildi. **Chissick & Kelman**. (2000). Electronic Commerce: Law and Practice, Sweet & Maxwell. 2nd ed. London, p. 82.

2- Katımlı (İltihakî) Bir Sözleşme Olması

Katımlı (iltihakî) sözleşme kavramı, sözleşen taraflardan birinin önceden belirlediği şart ve hükümler çerçevesinde hazırlanan ve bu nedenle sözleşmenin karşı tarafının, önceden hazırlanan bu içeriği tek taraflı olarak tartışabilme ve değiştirebilme imkânından yoksun olarak akdettiği sözleşmeleri ifade eder²⁵. Bu tip sözleşmelerde kabul beyanında bulunacak taraf ya önceden hazırlanan içeriği harfiyen kabul ederek sözleşmeyi akdeder yahut anılan sözleşmenin tarafı olamaz²⁶. Bu yönüyle “katımlı sözleşmeler” ile bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan “genel işlem şartları” (standart sözleşmeler, kitle sözleşmesi, formüler sözleşmeler²⁷), sözleşme serbestisi ilkesinin sınırlandırılmış olduğu istisnaî durumlara örnektir.

Başta internet vasıtasıyla ve web siteleri aracılığıyla yapılan bankacılık, borsa işlemleri gibi hizmet sunumuna ilişkin sözleşmeler ile elektronik ortamda satış ve bilgi teminine ilişkin sözleşmeler olmak üzere hemen hemen tüm elektronik sözleşmeler²⁸, önceden taraflardan birince

²⁵ Katımlı sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Atamer**, Yeşim M. (2001). Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. İstanbul, s. 19 – 20, 43 – 47; **Tekinalp**, Ünal. (1986). Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları. Prof. Dr. Ernest E. HIRSCH’in Hatırasına Armağan (1902 – 1985). Ankara, s. 123 – 160.

²⁶ **Sağlam**, s. 76.

²⁷ Standart sözleşmelere örnek olarak havagazı, su, elektrik, posta işletmeleri, bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri ile yapılan sözleşmeler gösterilebilir.

²⁸ Telefon, telgraf, teleks, faks gibi, irade beyanlarını sayısallaştırılmış verilere dönüştüren ve karşı tarafa bu şekilde intikal ettiren vasıtalar da geniş anlamda elektronik ortam kavramının kapsamında değerlendirildiklerinden, bu vasıtalar kullanılarak akdedilen sözleşmeler de elektronik sözleşme olarak adlandırılırlar. Örneğin bir telefon görüşmesi ile karşılıklı iradelerini birbirlerine açıklayan tarafların, genel işlem şartları ihtiva etmeyen bir sözleşmenin içeriğini beraberce tanzim edebilme imkânları bulunmakta, dolayısıyla telefon marifetiyle akdedilen bu elektronik sözleşmenin, katımlı sözleşme niteliğinde bulunmaması durumu ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, geniş anlamda, tüm elektronik sözleşmelerin “katımlı sözleşme” niteliğinde değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira kabul beyanında bulunacak tarafa bir takım konularda karar verebilme hakkı tanınmışsa veya bu kimsenin sözleşme içeriğinin belirlenmesinde az da olsa bir rolü varsa sözleşme bir katımlı sözleşme olmaktan çıkar. Sözleşmenin, değiştirilemez bir takım şartlar ihtiva etmesi, onu katımlı

hazırlanmış genel işlem şartları içeren “katılmalı” sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin içerdiği genel işlem şartları ve diğer sözleşme hükümleri, hizmet sunan (veya satıcı) tarafından önceden ve tamamen kendi tercihleri doğrultusunda belirlenmiş, o kimse tarafından aynı doğrultuda yapılacak tüm sözleşmelerde kullanılmak amacıyla hazırlanmış, objektif hükümler içeren düzenlemelerdir²⁹. Hizmet temin etmek isteyen taraf, sadece hizmet sunan tarafından belirlenmiş olan bu şartları kabul etmek, hatta bununla da yetinmeyip hizmet sunan tarafından istenen bilgileri vermek ve tercihleri bildirmek kaydıyla sözleşmenin tarafı olabilir. Örneğin hesaplar arasında havale yapılmasına ilişkin bir elektronik hizmet sunumunda, hizmet temin etmek isteyen taraf, öncelikle ilgili bankanın (hizmet sunan tarafın) genel işlem şartları içeren katılmalı sözleşme niteliğindeki anlaşmasını akdetmek, sonrasında da elektronik ortamda hizmet sunanın istediği kişisel bilgileri vermek ve önceden düzenlenmiş bulunan hükümlerin gerektirdiklerini yerine getirmekle yükümlüdür ki hizmet sunumundan yararlanabilsin.

3- Mesafeli Sözleşme Olması

Mesafeli sözleşme kavramı³⁰, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 14. maddesi ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna “Mesafeli Sözleşmeler” başlığı altında eklenen 9/A maddesinde düzenlenmiştir. TKHK.m.9/A / f.1 hükmü uyarınca mesafeli sözleşmeler “*yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin*

sözleşme niteliğine sokmamakta, ancak anılan sözleşme, genel işlem şartları içeren sözleşme niteliğinde değerlendirilmektedir.

²⁹ **Sözer**, s.115.

³⁰ Mesafeli sözleşme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Bülter**, Ahmet. (2003). Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı. GÜESEFD., 11 (13), s.12 -29; **Tiryaki**, Betül. (2008). E – Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması. XIII. Türkiye’de İnternet Konferansı Bildirileri. Ankara, s. 91 – 96; **Collins**. (1999). Regulating Contracts. Oxford: Oxford University Pres; **Aslan**, İ. Yılmaz. (2006). Tüketici Hukuku Dersleri. Bursa, s. 243 vd.; **Gezder**, Ümit, Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul; **Demir**, Mehmet. (2004). Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması. Ankara.

tüketicie anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan” sözleşmelerdir. Buna göre mesafeli sözleşmeler, satıcı veya sağlayıcı (hizmet sunan) ile tüketicinin karşı karşıya gelmeksizin, iletişim araçları vasıtasıyla akdettikleri sözleşmelerdir³¹.

TKHK.m.9/A hükmünde düzenlenen ve mesafeli sözleşme kavramının içinde değerlendirilen elektronik sözleşmeler, tüketiciler ile satıcı veya sağlayıcıların fiziksel olarak bir araya gelmeksizin, internette kullanılan elektronik iletişim yöntemleriyle (veya geniş anlamda elektronik ortam araçları kullanarak) kurdukları, mal veya hizmetin tüketicie anında veya sonradan teslimi / ifası taahhüdünü içeren sözleşmelerdir³². Bu yönüyle Türk Hukukunda³³, elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin olan elektronik sözleşmeler de, hukuki nitelikleri itibariyle “mesafeli sözleşme kavramı” içerisinde yer almaktadırlar.

Elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin elektronik sözleşmelerin “mesafeli sözleşme kavramı” kapsamında değerlendirilmesinin pratik sonucu ve önemi, sözleşmenin ifa yerinin tespit edilmesi noktasında kendisini gösterir. Hakikaten mesafeli sözleşme ayırımı, sözleşmenin kurulması aşaması ile ilgili değil, icrası aşaması ilgili bir ayırımdır. Örneğin elektronik ortamda satın alınan bir hediye, alıcı adına, hizmet sunanın bulunduğu yer dışındaki bir yere gönderilmesini konu edinen bir elektronik hizmet sunumunda, hizmet temin eden ile malı kararlaştırılan yere taşımayı ve ilgili yere teslim etmeyi taahhüt eden (hizmet sunan) kişi arasındaki sözleşme “mesafeli” bir sözleşmedir.

Elektronik sözleşmeler aynı zamanda mesafeli sözleşme niteliğinde buldukları için ifa yeri çoğu zaman alıcını yahut hizmet temin edenin yerleşim yeridir. Ancak ifa yeri genel işlem şartlarında belirlenmiş yahut hizmetin niteliğine göre taraflara da bırakılmış olabilir. Örneğin

³¹ **Aslan**, s.410.

³² **Falcıoğlu**, s.76.

³³ Konu hakkındaki yasal düzenlemelere ilişkin eleştiriler için bkz., **Falcıoğlu**, s.75 – 77; **Sağlam**, s.82 -89; **Sözer**, s.116 – 118.

elektronik ortam vasıtasıyla bir malın başka bir yere taşınmasını konu edinen ve kargo şirketleriyle akdedilen sözleşmelerde ifa yeri, genel işlem şartları ile kargo şirketinin teslim yerindeki deposu olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda hizmet sunan, sözleşme konusu malı, önceden belirlenmiş ifa yeri olan depoya nakletmekle ifayı gerektiği gibi yerine getirmiş olur. Oysa bir çiçekçiye, adrese teslim olmak kaydıyla verilen çiçek siparişinde ifa yeri, işin niteliği gereği, hizmet temin eden kişi tarafından belirlenir. Bu durumda mesafeli sözleşmede ifa yerinin taraflara bırakılması söz konusu olur.

Elektronik sözleşmelerde ifa yeri elektronik ortam da olabilir. Örneğin satın alınan bir bilgisayar yazılımının, aynı zamanda hedef bilgisayara kurulumunu da konu alan bir elektronik hizmet sunumunda, hizmet sunan tarafın, kendi bilgisayarından açık ya da kapalı bir ağ vasıtasıyla ve veri transferi (upload) yoluyla hedef bilgisayara gerekli kurulumu yapması halinde ifa elektronik ortamda gerçekleştirilmiş olur.

B) ELEKTRONİK ORTAMDA HİZMET SUNUMUNU KONU EDİLEN ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

Tüm elektronik sözleşmeler gibi elektronik ortamda hizmet sunumunu konu edinen sözleşmeler de genel hükümler uyarınca, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla kurulmaktadır. Bu açıdan elektronik sözleşmelerin kurucu unsuru, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır (consensus + res).

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından, zaman itibarıyla önce yapılabildiği "icap" adı verilir³⁴. İcap, tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıdır ve

³⁴ **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut. (2009). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (7 bs.). İstanbul, s. 46; **Reisoğlu**, Safa. (2006). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (18 bs.). İstanbul, s. 58; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (7 bs.). İstanbul, s.108; **Eren**, Fikret. (2008). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (10 bs.). İstanbul, s. 219; **von Tuhr**, A. (1983). Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çeviren: Cevat Edege), (2 bs.). C.1. Ankara, s. 176; **Ayan**, Mehmet. (2010). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (6 bs.). Konya, s.122.

sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını kapsar³⁵. Bazı durumlarda icaptan önce, sözleşme ile ilgili görüşmeler yapılabilir. Bu gibi durumlarda taraflardan biri, yaptığı beyan ile bağlı olma iradesi olmaksızın, karşı tarafı bir icapta bulunmaya yöneltmeye çalışır. İcaba davet (invitatio ad offerendum) adı verilen bu beyanda, sözleşmenin esaslı unsurları ile sözleşmeyle bağlı olma iradesi bulunmamaktadır³⁶.

Elektronik ortamda hizmet sunumunu konu edinen bir sözleşme, usulüne uygun olarak yöneltilmiş icap beyanının ilgili tarafça kabul edilmesiyle kurulmuş olur ve bu andan itibaren sözleşme taraflar açısından bağlayıcılık arz eder. Elektronik posta yoluyla açıklanan icap beyanının, yine elektronik ortam vasıtasıyla kabul edilmesiyle sözleşme kurulmuş olur.

Doktrinde tartışıla gelen husus, mal ve hizmetlerin web sayfaları aracılığıyla teşhir edilmesi halinde, satıcı veya sağlayıcıların bu beyanlarının icap niteliğinde mi yoksa icaba davet niteliğinde mi olduğudur³⁷. Bir görüş uyarınca mal ve hizmetlerin web siteleri aracılığıyla teşhir edilmesi, aynen fiyat listesi veya katalog gönderilmesinde olduğu gibi BK.m.7 / f.2 anlamında bir “icaba davet” olarak kabul edilmelidir³⁸. Diğer bir görüş ise BK.m.7 / f.3 de düzenlenmiş bulunan “Semenini göstererek emtia teşhiri kaideten icap addolunur.”, ve TKHK.m.5 de düzenlenmiş bulunan “Üzerinde numunedir veya satılık değildir ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görünebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı, bu malların satışından kaçınmaz.” düzenlemeleri uyarınca, web siteleri aracılığıyla fiyatı gösterilerek mal veya hizmet teşhir edilmesinin “icap” niteliğinde değerlendirilmesi

³⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 82.

³⁶ Oser / Schönenberger. (1936). Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Zurich, 229 – 236.

³⁷ Konu hakkındaki çeşitli görüşler için bkz., İnal, Emrehan. (2005). E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması. İstanbul. Sağlam, s. 116 – 118; Sözer, s. 96 – 98.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Necip. (2008). Borçlar Hukuku – Genel Bölüm (4 bs.). C.1. İstanbul, s.167 vd.

gerektiğini savunmaktadır³⁹. Gerçekten ticari bir kuruluşun, web siteleri aracılığıyla, ürettiği yahut sattığı malları veya sağladığı hizmetleri fiyatını belirterek teşhir etmesi, anılan faaliyetin BK.m.7 / f.3 uyarınca icap niteliğinde olması yolunda bir karine teşkil etmektedir. Meğerki bu teşhirin, sadece reklâm amaçlı olduğu yahut malların satılık olmadığı veya hizmetlere ilişkin bir katalog ya da fiyat listesi niteliğinde bulunduğu yönünde bir kayıt konulmuş olsun.

Elektronik ortamda hizmet sunumunu konu edinen sözleşmelerin, kuruldukları ve hüküm ifade etmeye başladıkları anın tespiti sorunu, anılan sözleşmelerin hazırlar arası sözleşme yahut hazır olmayanlar arası sözleşme niteliğinde bulunup bulunmamlarına göre ve Borçlar Kanununun genel hükümleri dairesinde çözüme kavuşturulur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, elektronik ortamda yapılan her sözleşmenin, hazır olmayanlar (gaipler) arasında akdedildiğinden bahsedilmez. Örneğin anlık yazışma (chat) yoluyla simültane olarak akdedilen bir elektronik sözleşme, her ne kadar mesafeli bir sözleşme niteliğinde olsa da, tıpkı telefon vasıtasıyla kurulan sözleşmelerde olduğu gibi hazırlar arasında akdedilmiş sayılır. Hazırlar arasında akdedilen sözleşmelerde icap ve kabul beyanları genellikle makul aralıklarla ve peş peşe açıklandığı için sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm ifade ettiği an hemen hemen aynı zaman dilimi içerisinde. Ancak web siteleri aracılığıyla yahut elektronik posta yoluyla akdedilen sözleşmeler, vasıtaların niteliği gereği hazır olmayanlar arası akdedilmiş sayıldığından, sözleşmenin hüküm ifade etmeye başladığı an, kabul beyanının gönderildiği an; sözleşmenin kurulduğu an ise icapta bulunan tarafa kabul beyanının vardığı an olarak tespit edilir. Başka bir deyişle, kabul beyanının, icapta bulunan tarafa varmasıyla kurulan sözleşme, hükümlerini, kabul beyanının gönderildiği andan itibaren geçmişe etkili olarak doğurmaya başlar.

³⁹ Sözer, s.96 vd.

C) ELEKTRONİK ORTAMDA (İNTERNETTE) HİZMET SUNUMUNU KONU EDİNER ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞ ŞEKİLLERİ

1- Genel Olarak

Yazılım teknolojilerinin gelişmesi ve internet kullanımının yaygınlaşmasıyla farklı bir boyut kazanan ticari iletişim, bu platformdaki hukuki ilişkilerin yelpazesini de değiştirmiş ve pek çok alternatif çarelerin doğumuna yol açmıştır. Ticarî faaliyetler, küreselleşmenin de etkisiyle, satıcı ve sağlayıcıların daha geniş kitlelere ulaşmayı hedeflemeleri sonucunu doğurmuş ve bilişim teknolojilerinin çeşitlilik arz etmesine vesile olmuştur. Bu açıdan, elektronik ortamda yürütülen ticarî faaliyet ve ilişkilerin sağlanmasına hizmet eden pek çok alternatif vasıta ve yöntem geliştirilmektedir. Aşağıda, elektronik ortamda yürütülen ticarî faaliyetlerin devam ettirilmesine hizmet eden başlıca araç olan elektronik sözleşmelerin kuruluş şekilleri; başka bir ifade ile elektronik sözleşmelerin hangi yollarla ve hangi araçlarla akdedildiği incelenecektir.

2- Hizmet Sunumunu Konu Edinen Elektronik Sözleşmelerin Elektronik Posta Yoluyla Kurulması

Taraflar, karşılıklı elektronik posta alış verişiyle icaba davet, icap ve kabul beyanlarını birbirlerine ileterek hizmet sunumuna ilişkin sözleşmeler akdedebilirler. Tarafların bu yolla akdettikleri elektronik sözleşmeler çoğunlukla mesafeli ve hazır olmayanlar arasında yapılmış sözleşmeler olsa da katılmalı (iltihakî) nitelikte olup olmaması işin niteliğine yahut tarafların iradelerine göre farklılık arz eder.

Elektronik posta görünüm olarak, klâsik iletişim yöntemlerinden mektup, telgraf, faks ve teleks ile önemli benzerlikler gösterir. Ancak elektronik posta marifetiyle çeşitli formatlarda görüntü, ses ve benzeri sayısallaştırılmış veriler de sözleşme eklentileri olarak karşı tarafa iletilebilir. Elektronik postanın içeriği, gönderen tarafından sisteme yollandığında değişkenlik özelliğini yitirerek “donuk” hale gelir. Bu durumda içerik, elektronik postayı tanzim eden kişi tarafından dahi değiştirilemez. Elektronik posta mesajının internet kanalıyla iletilebilmesi

için, mesajın gönderildiği kişinin eksiksiz elektronik posta adresinin belirtilmesi şarttır. Mesajın, gönderildiği adrese varması, gönderenin elektronik posta kutusunun bağlı olduğu sunucudan çıkması anından sonra artık sistemin geneli ile ilgili bir sorun haline gelir⁴⁰.

3- Hizmet Sunumunu Konu Edinen Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması

İnternette web sayfaları aracılığıyla kurulan ticari iletişim, elektronik ticaretin ve buna bağlı olarak elektronik sözleşmelerin kendine özgü niteliklerini en belirgin biçimde bünyesinde barındıran iletişim yöntemlerinden birisidir. Elektronik ticarete kullanılan web siteleri “etkileşimli web siteleri” ve “etkileşimsiz web siteleri” olmak üzere iki kategoride incelenirler⁴¹.

Etkileşimsiz web siteleri kural olarak, sağlayıcı ve hizmet temin eden arasında hukukî işlem yapma olanağı sağlamamakta bu yönüyle elektronik ticaretin doğrudan pazarlama ögesinden kısmen yoksun bulunmaktadır. Etkileşimsiz web siteleri aracılığıyla hizmet teşhir eden sağlayıcılar, genellikle sundukları hizmetin reklamını yapmakta ve hizmet temin etmek isteyen kimseler nezdinde sundukları hizmet hakkında bir kanaat uyandırmaya çalışmaktadırlar. Bu yolla hizmet teşhir eden bir sağlayıcının faaliyeti, çoğunlukla BK.m.7 / f.2 anlamında katalog veya fiyat listesi sunma olarak nitelendirilmekte ve sağlayıcının web sitesi vasıtasıyla beyan ettiği hususlar “icap” olarak değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla etkileşimsiz web siteleri üzerinden yapılan irade açıklamaları, kural olarak “icaba davet” olarak nitelendirileceklerdir.

Etkileşimli web siteleri vasıtasıyla yapılan irade açıklamalarının niteliği konusunda ise Türk Hukukunda BK.m.7 / f.3 ve TKHK.m.5 hükümleri öne çıkmakta ve anılan türdeki web siteleri üzerinden yapılan irade açıklamalarının “icap” niteliğinde olduğu hususunda bir karinenin varlığından bahsedilmektedir. Etkileşimli web siteleri, elektronik ortamda

⁴⁰ Elektronik posta hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., **Falcıoğlu**, s.125 vd.

⁴¹ **Falcıoğlu**, s.189 vd.

doğrudan pazarlamaya olanak vermek suretiyle taraflar arasında bağlayıcı nitelikte hukuki işlemler yapılabilmesini sağlayan elektronik ticaret vasıtalarıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, etkileşimli bir web sitesi üzerinden, sağladığı hizmetin başta fiyatı olmak üzere, akdedilecek olan sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını yayımlayan sağlayıcının beyanı, hukuken “icap” hükmünde değerlendirilecek ve bu kimse icabıyla, şartları ve hükümleri dâhilinde bağlı olacaktır⁴².

Web siteleri aracılığıyla kurulan elektronik sözleşmeler, hukuki nitelikleri itibariyle mesafeli, hazır olmayanlar arası ve çoğunlukla katımlı sözleşmeler olarak karşımıza çıkar. Teknik açıdan web siteleri üzerinden yürütülen ticari faaliyetlerde, çoğu zaman bir web sitesi operatörü satılık mallar veya sunuma yönelik hizmetler önerir. Alıcı veya hizmet temin etmek isteyen taraf, operatör tarafından ekrana yerleştirilen forma, satıcı veya sağlayıcı tarafından istenen bilgileri girerek formu tamamlar ve karşı tarafa iletir. Daha sonra mal ve hizmetler fiziki biçimde çevrimdışı olarak veya çevrimiçi olarak elektronik ortamda ifa edilir⁴³.

4- Hizmet Sunumunu Konu Edinen Elektronik Sözleşmelerin Elektronik Veri Değişimi Sisteminde (EDI) Kurulması

Elektronik Veri Değişimi (EDI⁴⁴), sayısallaştırılmış ve standartlaştırılmış verilerin bilgisayarlar arasında doğrudan değişimi olarak tanımlanmaktadır. Sadece önceden belirlenmiş standartlara göre biçimlendirilmiş veriler, alıcı (hedef) bilgisayar tarafından doğrudan işleme konulabilmektedir. Bu nedenle EDI sisteminin temel özelliği, teknik ve hukukî standardizasyona dayanmasıdır⁴⁵. EDI sisteminde taraflar arasında kurulan iletişim, internet açık ağı üzerinden gerçekleşmez. EDI sisteminin tarafları, altyapıyı oluşturabilmek ve işletim masraflarını karşılayabilmek için yeterli sermaye birikimine sahip

⁴² Sözer, s.96; Falcıoğlu, s.193. Karşı görüş için bkz., Kocayusufpaşaoğlu, s.172.

⁴³ Altınışık, s.35.

⁴⁴ Electronic Data Interchange.

⁴⁵ Robertson, R. J. Jr. (1998). Electronic Commerce On The Internet And The Statue Of Frauds. South Carolina Law Review, Summer / 49, p.790.

olan büyük işletmelerdir⁴⁶. EDI standart satın alma ve hizmet siparişlerinin, kabullerinin, faturaların ve diğer kayıtların iletiminde kullanılır⁴⁷.

V- SONUÇ

Hizmet kavramı, hukukun çeşitli alanlarında farklı tanımlamalara sahiptir. Elektronik hizmet sunumu denildiğinde ise daha çok Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan hizmetlerin sunulmasına ve temin edilmesine yönelik sözleşmelerin elektronik ortamda akdedilmesi kastedilir. Elektronik ortam kavramı geniş anlamda, verilerin sayısallaştırılarak aktarıldığı her türlü ortamı ifade etmekte, dar anlamda ise kapalı ve açık bilgisayar ağlarını özellikle interneti kapsamaktadır.

Hizmet sunumunun elektronik ortam vasıtasıyla temin edilmesini sağlayan temel hukukî müessese elektronik sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin hukukî niteliği genel olarak mesafeli, hazır olmayanlar arası, katılmalı sözleşmeler olarak öngörülse de sözleşme konusu hizmetin (şeyin) veya sözleşme elektronik ortamda akdedilirken başvuru araçlarının niteliğine yahut tarafların iradelerine göre zaman zaman değişkenlik gösterebilmektedir.

Elektronik ortamda, hizmet sunumuna ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin ifa edileceği yer de, sözleşmede öngörülen yükümlülüğün türüne göre değişkenlik göstermekte ve bu paralelde fiziksel ortamda ifa edilebileceği gibi elektronik ortamda da ifası mümkün olabilmektedir. Başka bir deyişle bu tespit için aranan kıstas, münferit elektronik sözleşmenin, işin yahut kullanılan araçların niteliğine göre belirlenen hukukî niteliğidir.

İnternet üzerinden akdedilen ve hizmet sunumunu konu edinen elektronik sözleşmeler elektronik posta, web sayfaları, elektronik veri değişimi sistemleri (EDI) gibi çeşitli vasıtalar kullanılarak yapılabilmektedir. Bunların yanı sıra kitlesel pazara yönelik çevrimiçi

⁴⁶ Falcıoğlu, s.236.

⁴⁷ Altınışık, s.35.

(online) sözleşmeler gibi yollarla da elektronik ortamdan hizmet temin edilebilmektedir. Hatta değişen ve gelişen ihtiyaçlara elektronik ortamda çareler bulma gereksinimi dolayısıyla günümüzde, şahısların aracılığı olmaksızın bir hareket başlatarak elektronik mesajlara ve uygulamalara cevap veren, “elektronik temsilci” adındaki yazılımlar ile sözleşme kurulumuna olanak sağlanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Altınışık**, Ulvi. (2003). Elektronik Sözleşmeler. Ankara.
- Aslan**, İ. Yılmaz. (2006). Tüketici Hukuku Dersleri. Bursa.
- Atamer**, Yeşim M. (2001). Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. İstanbul.
- Ayan**, Mehmet. (2010). Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili (5 bs.). Konya.
- Ayan**, Mehmet. (2010). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (6 bs.). Konya.
- Başpınar V. / Kocabey D.** (2007). İnternette Fikrî Hakların Korunması. Ankara.
- Bülter**, Ahmet. (2003). Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı. GÜESEFD., 11 (13), 12 -29.
- Chissick & Kelman.** (2000). Electronic Commerce: Law and Practice. Sweet & Maxwell, 2nd ed. London.
- Collins.** (1999). Regulating Contracts. Oxford: Oxford University Press,.
- Çelik**, Nuri. (2009). İş Hukuku Dersleri (22 bs.). İstanbul.
- Demir**, Mehmet. (2004). Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması. Ankara.
- Eren**, Fikret. (2008). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (10 bs.). İstanbul.
- Falcıoğlu**, M. Özgür. (2004). Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu. Ankara.
- Gezder**, Ümit. (2006). Mesafeli Sözleşmeler. İstanbul.
- Güran / Akünal / Bayraktar / Yurtcan / Kendigelen / Beller / Sözer.** (2003). İnternet ve Hukuk. İstanbul.

- İnal**, Emrehan. (2005). E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması. İstanbul.
- Kırca**, Çiğdem. (2000). İnternette Sözleşme Kurulması. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 20 (4). Aralık.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip. (2008). Borçlar Hukuku – Genel Bölüm I (4 bs.). İstanbul.
- Miller / Jents**. (2002). Law for Electronic Commerce. West Thomson Learning.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer. (2009). Eşya Hukuku (12 bs.). İstanbul.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut. (2009). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (7 bs.). İstanbul.
- Oser / Schönenberger**. (1936). Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Obligationenrecht II. 2. Aufl. Zurich, 229 – 236.
- Perdue**, S. Elisabeth. Challenges of Online Contracts With a Point And a Click. 10.12.2008 tarihinde http://www.ljx.com/internet/97_12_click.html adresinden erişilmiştir.
- Reisoğlu**, Safa. (2006). Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (18 bs.). İstanbul.
- Robertson**, R. J. Jr. (1998). Electronic Commerce On The Internet And The Statue Of Frauds. South Carolina Law Rewiew, Summer 1998 / 49.
- Sağlam**, İpek. (2007). Elektronik Sözleşmeler. İstanbul.
- Semerci**, Murat. (2007). Elektronik Ticaretin İşleyişi, Denetimi ve Muhasebeleştirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Kahramanmaraş.
- Sözer**, Bülent. (2002). Elektronik Sözleşmeler. İstanbul.

- Tay**, Cristopher. (1998). Contracts, Technology and Electronic Commerce: The Evolution Continues. *Journal of Law and Information Science*, 9 (2), 1998.
- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (7 bs.)*. İstanbul.
- Tekinalp**, Ünal. (1986). Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları. Prof. Dr. Ernest E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan (1902 – 1985). Ankara, 123 – 160.
- Tiryaki**, Betül. (2008). E – Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması. XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri. Ankara, 91 – 96.
- Ünal Mehmet / Başpınar** Veysel. (2008). *Şeklî Eşya Hukuku (4 bs.)*. Ankara.
- von Tuhr**, Andreas. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı I (Çeviren: Cevat Edege)*, (2 bs.). Ankara.