

ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞUNA İLİŞKİN İRADE BEYANLARI VE BU BEYANLARIN GERİ ALINMASI

STATEMENTS OF INTENT CONCERNING FORMATION OF ELECTRONIC CONTRACTS AND REVOCATION OF THESE STATEMENTS

Turan ŞAHİN*

Özet : Günümüzde iletişim ve bilgisayar teknolojilerindeki inanılmaz hızlı gelişmeler, ticari faaliyetlerinde elektronik ortamda yapılmasına imkân sağlamış ve bunun sonucunda da elektronik ticaret olarak adlandırılan yeni bir ticaret yöntemi ortaya çıkmıştır. Elektronik ticaretin hukuki alt yapısı esas olarak elektronik sözleşme kavramına dayanmaktadır. Elektronik sözleşme genel anlamda elektronik iletişim araç ve yöntemleriyle kurulan sözleşmeleri ifade etmektedir. Elektronik sözleşmede, normal yollarla yapılan sözleşmeler gibi tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile doğar. Ancak elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu ve bu beyanların geri alınmalarının mümkün olup olmadığı hususu hukuki açıdan incelenmesi gereken bir konu olmuştur. Bizde bu çalışmamızda elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanları ve bu beyanların geri alınması konusunu incelemeye çalıştık. Çalışmamızın ilk kısmında elektronik sözleşme kavramı üzerinde durulmuştur. İkinci kısımda ise elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanları anlatılmıştır. Üçüncü kısımda ise elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanlarının geri alınması konusu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Sözcükler : Elektronik Sözleşme, Elektronik Ticaret, irade beyanı.

Abstract : Nowadays, unbelievable rapid developments in communication and computer technologies enabled also the commercial activities to be performed in the electronic medium, and as a result of this, a new form of commerce emerged that is called as electronic commerce. Legal infrastructure of electronic commerce is fundamentally based on electronic contract. In general meaning, electronic contract expresses the contracts formed with electronic communication tools and methods. Electronic contract is also born with the coherent and reciprocal statements of intent of the parties like contracts formed in normal ways. However, the

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

issue whether the statements of intent made in electronic medium is offer or invitation to offer, and whether the revocation of these statements is possible or not has been a subject that shall be examined from the point of view of legal perspective. In this work, we studied for examining the statements of intent concerning the formation of electronic contracts and the issue of the revocation of these statements. In the first part of our work, electronic contracts concept has been dealt with. In the second part, statements of intent concerning the formation of electronic contracts were told. Lastly, in the third part, the issue of revocation of the statements of intent concerning electronic contracts has been dealt with.

Keywords: Electronic contract, Electronic commerce, Statements of Intent.

I- ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN TANIMI, ÖZELLİKLERİ, TÜRLERİ VE KURULUŞ ŞEKİLLERİ

A-Elektronik Sözleşmenin Tanımı

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 sözleşmeye elektronik sözleşme denir¹.

Elektronik sözleşmeler, klasik usuldeki sözleşmeler gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile doğar. Elektronik sözleşmeleri klasik usuldeki sözleşmelerden ayıran en önemli nokta, elektronik sözleşmelerin elektronik bir biçimde akdedilmeleridir. Yoksa elektronik sözleşmelerdeki unsurlar klasik usuldeki sözleşmelerde yer alan unsurlardan farklı değildir. Elektronik sözleşmelerin hukuki niteliği ve konusu klasik usuldeki sözleşmelerle aynıdır². Burada ifade edilmesi gereken bir önemli husus internet araçları kullanılarak yapılan tüm sözleşmelerin elektronik sözleşme olarak kabul edilmeyeceği hususudur. Bu anlamda web sayfası kurulması, bir server³ (sunucu)

¹ Sağlam İpek, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2007, s.71; Elektronik sözleşmenin Web sayfası üzerinden kurulan sözleşmeler olduğu yönündeki tanım için bkz. Sözer Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2002, s.92; Elektronik sözleşmeler, elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşmelerdir. Altınışık Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara 2003, s.33.

² Falcıoğlu Mete Özgür, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Ankara 2004, s.61; Sağlam, s.71- 72.

³ Server, belli kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya programdır. Server aynı zamanda da dijital bilgilerin depo edildiği bir

üzerinden reklam ya da yayın yapılması amacıyla yapılan sözleşmeler, internete bağlanabilmek amacıyla bir servis sağlayıcısı ile yapılan sözleşmeler elektronik sözleşme olarak kabul edilmezler⁴. Bu sözleşmelerin salt elektronik ortam veya iletişimini konu edinmelerinden ötürü elektronik sözleşme olarak tanımlanamazlar⁵.

B-Elektronik Sözleşmenin Özellikleri

1- Hazır Olmayanlar Arasında Yapılan Bir Sözleşme Olması

Elektronik araçlarla yapılan başka bir deyişle elektronik posta yoluyla veya internet aracılığı ile web sayfaları üzerinden kurulan sözleşmeler, hazırlar arasında mı akdedilmiş olacak yoksa hazır olmayanlar arasında mı akdedilmiş olacaktır? Bu sorunun cevabının belirlenmesi son derece önem taşımaktadır. Çünkü bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an ile sözleşmenin kurulduğu an, sözleşmenin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında yapılıp yapılmadığına göre tespit edilecektir⁶. Hazırlar arasında bir sözleşmede icap yapıldığında bunun, muhatap tarafından derhal kabul edilmesi gerekir, aksi takdirde icabı yapan icabı ile bağlı kalmaz. (BK.m.4/1) İcap, muhatap tarafından derhal kabul edilirse sözleşme kurulmuş olur. Hazırlar arası sözleşmelerde sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması aynı anda gerçekleşir.

Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde ise icabı yapan, usulüne uygun şekilde ve zamanında gönderilen cevabın varmasını beklemesi gereken ana kadar icabıyla bağlıdır. (BK.m.5/1) Bu durumda sözleşme muhatabın kabul haberini gönderdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Kabul haberinin icapçıya vardığı anda da sözleşme kurulmuş sayılır.

İşte bu noktada elektronik sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları an ile sözleşmenin kurulduğu anın tespiti bakımından, bu sözleşmeleri hazırlar arası sözleşme mi yoksa hazır olmayanlar arası sözleşme mi kabul edeceğimiz sorusunun cevabı verilmelidir.

manyetik ortamdır. Server başka bilgisayara veya manyetik ortama hizmet/destek sağlama fonksiyonunu ifa eder. (Sözer, s.101)

⁴ Altınışık, s.33; Falcıoğlu, s.62; Sağlam, s.72.

⁵ Falcıoğlu, s.62.

⁶ Sağlam, s.73.

Hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede tarafların doğrudan doğruya iletişim içerisinde buldukları, başka bir deyişle tarafların anında birbirlerine cevap verebilme imkânına sahip oldukları bir ortam vardır. Buradaki 'hazır' deyiminden kastedilen icabı yapıldığı anda öğrenebilecek durumda değildir. Tarafların mekân itibariyle aynı yerde bulunmaları zorunlu olmadığı gibi taraflar arasındaki coğrafi uzaklık veya yakınlığın önemi de yoktur⁷. Akustik açıdan aynı yerde bulunma yeterli kabul edilir⁸. Bu yüzden BK.m.4/2 bağlamında telefonla yapılan irade beyanları hazırlar arasındaki irade beyanlarıdır. Bir telefon görüşmesinde taraflar birbirlerinden uzak yerlerde olsalar da birbirlerinin irade beyanlarını araya zaman unsuru girmeksizin öğrenebileceklerdir. Taraflar arasında doğrudan doğruya bir temas söz konusudur. Bir sözleşmenin hazırlar arasında kurulduğunu kabul edebilmemiz için, tarafların irade beyanlarını araya fasılalar girmeksizin karşılıklı tartışabildikleri bir ortam içerisinde bulunmaları gerekmektedir⁹.

Muhatap icabı yapıldığı anda değil de daha sonra öğrenebiliyorsa bu halde hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşme söz konusu olur. Burada taraflar arasında kesintisiz bir iletişim söz konusu olmamakta, tarafların irade beyanları arasına fasılalar girebilmektedir.

Teleks, faks ve telgraf söz konusu olduğunda da telefon için getirilen BK.m.4/2 hükmünün uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar teleks ve faksta irade beyanı karşı tarafa anında iletilmekteyse de muhatabın bunu eş zamanlı olarak öğrenebilmesi mümkün olmayabilir. İcab çok hızlı bir şekilde ulaşırsa da icabı öğrenebilme daha geç gerçekleşiyorsa, hazırlar arası bir sözleşmeden bahsedilemez¹⁰. Ancak bizimde katıldığımız aksi yönde görüşe göre¹¹ mesele icapta bulunan tarafın tutumuna göre, başka deyişle

⁷ Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s.54.

⁸ Kırcı Çiğdem, İnternette Sözleşme Kurulması, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XX, S.4, Aralık 2000, s.107.

⁹ Sağlam, s.74.

¹⁰ Özmen E.Saba, Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990/1, s.77; Oğuzman/Öz, s.54; Sağlam, s.74.

¹¹ Tekinay S.Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1988, s.115.

her somut duruma göre değerlendirilmelidir. İcapçı derhal cevap bekliyorsa ve muhatap da teknik imkânlarla göre derhal cevap verebilecek durumda ise hazırlar arası bir irade beyanından (yüz yüze olanlar arasındaki icaptan) söz etmek mümkün olur, aksi takdirde irade beyanının (icabın) hazır olmayanlar arasında gerçekleştiği kabul edilir.

Elektronik sözleşmelerin hazırlar arası bir sözleşme olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılırken taraflar arasında kesintisiz bir iletişimin bulunup bulunmadığına yani tarafların irade beyanları arasına fasılaların girip girmediğine bakılmalıdır. Eğer tarafların irade beyanları arasına fasılalar giriyorsa bu sözleşmeler hazır olmayanlar arası sözleşme olarak kabul edilmeli, aksi takdirde hazırlar arası sözleşme olarak kabul edilmelidir.

2- İltihaki Bir Sözleşme Olması

Elektronik sözleşmelerin ikinci özelliği, iltihaki sözleşme olmasıdır. İltihaki sözleşmelerde taraflar sözleşmenin içeriği veya şartları üzerinde görüşüp tartışmazlar. Bu tür sözleşmelerde sözleşmenin içeriğinin ya tamamı ya da belirli bir kısmı daha önce taraflardan biri veya üçüncü bir şahısa belirlenmiştir. İltihaki sözleşmelerde, görüşme (müzakere) olmadığından sözleşmenin bir tarafı ya o sözleşmeyi kabul edecek ya da etmeyecektir¹². İşte taraflardan birisince önceden hazırlanmış ve karşı tarafça müzakere edilme imkânı olmadan kurulan sözleşmelere iltihaki sözleşmeler denir¹³.

İltihaki sözleşmeler Borçlar Hukukunun temel kavramlarından olan sözleşme özgürlüğü ilkesine ters düşmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca taraflar herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan sözleşmeyi ortadan kaldırma serbestisine sahiptirler¹⁴. İşte genel işlem şartları ve iltihaki sözleşmeler kanun tarafından kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmış olduğu istisnai bir durum oluştururlar.

¹² Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2003, s.197.

¹³ Eren, s.197.

¹⁴ Eren, s.19.

İş hayatında üreticiler aynı konuda farklı taraflarla sözleşmeler kurarlarken, her defasında sözleşmenin içeriğini tespit etmek için fazladan zaman ve emek harcamayı engellemek için standart sözleşmeler sunmaya başlamışlardır. Bu standart sözleşmeler genellikle matbu biçimde hazırlanmaktadır. İşte bu standart sözleşmelere genel işlem şartları denilmektedir¹⁵. Bu tip sözleşmelere en çok kamu tüzel kişilerinin objektif şartlarla arz ve ilan ettikleri hizmetlerde (EGO, İETT ve elektrik işletmelerinin verdikleri hizmetlerde), bankalar ve sigorta şirketleri ile yapılan sözleşmelerde rastlamak mümkündür¹⁶.

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler iltihaki sözleşmelere çok benzerler. Hatta bunların nitelik itibarıyla aynı sözleşme olduğu da söylenebilir. 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 olarak da tanımlanabilir¹⁷.

Genel işlem şartlarında bir tarafın, içeriği diğer tarafa empoze etmesine rağmen bazı hususlarda tarafların karşılıklı müzakere etmeleri gerekir. Bu hususlara örnek olarak karşı tarafın adı, varsa ticaret ünvanı, adresi, malın teslim yeri ve teslim tarihi sayılabilir¹⁸. İfade edilen hususların ayrı olarak kararlaştırılmaları bunun genel işlem şartı taşıyan bir sözleşme özelliğini ortadan kaldırmaz.

İltihaki sözleşmelere bakıldığında genel işlem şartlarına benzer özellikler taşımalarına rağmen bu sözleşmelerde içeriğin hiçbir müzakereye açık olmadığı görülür. İltihaki sözleşmelerde taraflar, sözleşme içeriği ve şartları üzerinde hiçbir şekilde tartışamazlar. Sözleşmeye taraf olmayı isteyen kişinin iradesini kullanabileceği tek alan sözleşmeyi kabul etmesi veya reddetmesidir.

İltihaki sözleşmelerle genel işlem şartları arasındaki ayrım kendisini sözleşmenin içeriği ve bu içeriğin müzakere edilebilir nitelikte olup olmamasında gösterir. İltihaki sözleşmelerde içerik son derece katıdır. Sözleşme yapmak isteyen kişi içeriği olduğu gibi kabul etti-

¹⁵ Sağlam, s.77.

¹⁶ Sağlam, s.77.

¹⁷ Sağlam, s.77.

¹⁸ Sözer, s.114.

ği takdirde sözleşmenin tarafı haline gelebilir. Başka bir deyişle sözleşmede belirlenmiş şartlara adapte olup bunlara intibak ederse taraf olunabilecektir. Sözleşmenin hiçbir hükmünde tartışma söz konusu değildir. Eğer sözleşme koşullarından biri dahi karşı tarafça müdahale edilerek değiştiriliyorsa o zaman ortada iltihaki bir sözleşme değil genel işlem şartları vardır denilebilir¹⁹.

Elektronik sözleşmeler de iltihaki sözleşmelerdir. Taraflar elektronik sözleşmelerde iradelerini elektronik ortamda beyan etmekte olup, tarafların karşılıklı müzakere edebilme imkânları mevcut değildir. Bir kimse örneğin satıcı web sayfası üzerinde kurmayı istediği sözleşmenin tüm şartlarını önceden hazırladığı şekilde sunarak karşı taraftan bu sözleşme şartlarına aynen uymasını bekler²⁰. Web sayfası üzerinden arz edilen sözleşme hükümleri bu sözleşmeye taraf olmayı isteyen herkes için aynı biçimde uygulanacaktır. Örneğin satış sözleşmesine taraf olmak isteyen kullanıcıların satım konusu şeye ilişkin soru sorma, tartışma, yeni tekliflerde bulunma ve pazarlık etme imkânları bulunmamaktadır. Alıcının web sayfasında belirtilen şartlar dışında yeni şartlar ileri sürmesi mümkün değildir. Satıcının iradesini açıkladığı web sayfasındaki şartların tamamen satıcının istediği sınırlar içerisinde tamamlanması gerekir. Aksi halde sözleşmenin ileri aşamalarına geçilemeyecek ve sözleşme tamamlanamayacaktır²¹. Tüm bu özelliklerden yola çıkarak elektronik sözleşmelerin iltihaki sözleşme örneklerinden biri olduğu söylenebilecektir. Web sayfası üzerinde şartları tespit edilmiş bir sözleşmeye taraf olmak isteyen kişiye serbest hareket edebileceği hiçbir alan bırakılmamışsa ve ancak satıcının açıklamış olduğu iradeye boyun eğmek suretiyle sözleşme kurulabiliyorsa ortada bir iltihaki sözleşme vardır²². Oysa alıcıya bir takım konularda (örneğin ödemenin kredi kartı ile veya nakit olarak yapılabilmesi konularında) karar verebilme hakkı tanınmışsa bu durumda ortada iltihaki bir sözleşme olmayacak, genel işlem şartları içeren bir sözleşmeye daha da yaklaşılmış bir durum söz konusu olacaktır²³.

¹⁹ Sağlam, s.79.

²⁰ Sağlam, s.80.

²¹ Sözer, s.115- 116.

²² Sağlam, s.81.

²³ Sağlam, s.81.

3- Mesafeli Sözleşme Olması

Elektronik sözleşmeler, mesafeli sözleşmedir²⁴. 4077 sayılı TKHK. m.9/A'nın birinci fıkrasında mesafeli sözleşmelerin tanımı yapılmıştır. Buna 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 sözleşmelerdir." Madde bağlamında elektronik sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak kabul edilmiştir.

Elektronik sözleşmelerde görsel yayın yoluyla satışa sunulan ürünler posta ve sair nakil araçları ile tüketiciye ulaştırılmaktadır. Burada yer alan sair nakil araçları kavramı ile genel bir çerçeve çizilmiştir ve internet üzerinden yapılan satışlarda da mallar tüketicilere sair nakil araçları ile ulaştırılmaktadır. Elektronik sözleşmelerde satıcı firma ile tüketici, işlemin hiçbir aşamasında karşı karşıya gelmemektedir ve bu sözleşmelerde işyeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında ve önceden mutabakat olmaksızın kurulurlar. Elektronik sözleşmeler işyeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında kurulduğundan bu özellikleri ile kapıdan satışlara da yaklaşmaktadır²⁵.

C-Elektronik Sözleşmenin Türleri

1- Mal Satımına Yönelik Sözleşmeler

Gün geçtikçe giderek daha da yaygın hale gelen bu tür sözleşmelerde, her türlü malın alım ve satımının yapılması mümkündür. Burada sözleşme her ne kadar internet ortamında kurulmakta ise de satıcının borcunu ifası posta ve kurye gibi alışılabilen yöntemlerle yapılmaktadır. Alıcı ise borcunu kredi kartı yahut havale gibi elektronik araçlar kullanarak ifa etmektedir²⁶.

2- Dijital Ürün Satımına Yönelik Sözleşmeler

Sözleşmenin gerek kuruluşunun gerekse ifasının internet üzerinden yapıldığı en tipik elektronik sözleşmelerdendir²⁷. Bu sözleşmelerde yazılım, melodi, film, makale, kitap gibi elektronik ortamdaki ürün-

²⁴ Savaş Abdurrahman, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukuki Sonuçları*, Doktora Tezi, Konya 2005, s.91; Sözer, s.116- 118.

²⁵ Sağlam, s.87.

²⁶ Kırca, s.101; Altınışık, s.33.

²⁷ Altınışık, s.33; Bu sözleşmenin internet veri bankası sözleşmesi olarak nitelendirildiğine ilişkin bkz. Kırca, s.100.

ler download (bilgisayara indirme) yöntemiyle alıcının bilgisayarına yüklenmektedir²⁸.

3-Hizmet Sunumuna Yönelik Sözleşmeler

Bu sözleşmede web sayfası sahibi firma, müşterilerine karşı bir hizmet sunma taahhüdü altına girmektedir. Elektronik ortamda sunulabilecek hizmetler arasında bankacılık hizmetleri, sigortacılık hizmetleri, uçak, otobüs, otel ve tatil rezervasyonları, bilet temini, çeşitli eğitim hizmetleri sayılabilir. Burada hizmet tamamen internetin sağladığı teknik olanaklarla verilebilmektedir²⁹. Örneğin bir düğüne bizim adımıza çiçek gönderilmesi için gerekli siparişi çiçekçiye ait web sayfasını ziyaret edip sayfadaki ilgili yerleri doldurarak verebiliriz.

4-Bilgi Teminine Yönelik Sözleşmeler

Bilginin iletiminden başka bir taahhüt altına girilmeyen sözleşmelerdir. Bilgi temininde web sayfası hazırlayan taraf, kullanıcı tarafı bilgilendirmenin dışında hiçbir taahhüt altına girmez. Kullanıcı taraf ise büyük bir çoğunlukla hiçbir taahhüt altında değildir. Web sayfaları üzerinden kullanıcılar deniz, hava ve karayollarına ilişkin çeşitli bilgileri, kütüphanelerde bulunan kitap ve makaleleri öğrenebilir³⁰.

D-Elektronik Sözleşmenin Kuruluş Şekilleri

Elektronik ortamda sözleşme yaparken izlenen pek çok yöntem bulunmaktadır. Bunlar değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

1-Elektronik Posta Aracılığıyla

Elektronik posta, bir metnin veya verinin internet aracılığıyla bir bilgisayardan diğer bir bilgisayara gönderilmesi işlemidir³¹. Elektronik posta fiziksel anlamdaki posta ile gerçekleştirilen gönderme işleminin dijital ortamdaki karşılığını oluşturmaktadır³². Taraflar elektronik posta aracılığıyla geçerli bir sözleşme kurabilirler.

²⁸ Erişgin Nuri, Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı, *AÜHFD.*,C.48, S.1- 4, Y.1999, s.231; Sağlam, s.107; Altınışık, s.34.

²⁹ Sağlam, s.102.

³⁰ Sağlam, s.104.

³¹ Kırcı, s.100; Sağlam, s.92.

³² Kocasakal H.Özdemir, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul 2003, s.67; Sağlam, s.92.

2- Web Sitesi Aracılığıyla

Genellikle bir web sitesi operatörü satılık mal ve hizmetler önerir. Müşteri ekrana yerleştirilen sipariş formunu doldurur ve karşı tarafa iletir. Satıcının siparişi kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olur³³.

3- Online Kitlesele Pazara Yönelik Sözleşmeler

Elektronik sözleşmeler on line davranışlarla da kurulabilmektedir. Bir yayımcı yazılım veya başka dijital içerikleri, kalıp sözleşmeler halinde elektronik ortamda arz edebilir. Kullanıcının bu içerikleri bilgisayara download etmesi kalıp sözleşmenin kabulü anlamına gelir³⁴.

4- Electronic Data Interchange (EDI) Aracılığıyla

Elektronik veri değişimi (EDI), taraflar arasında mal veya hizmetlerin siparişlerinin alınması, fatura, irsaliye ve konşimento düzenlenmesi işlemlerini otomatize ederek bilgisayarlar arasında aktarımı ve işlenmesine olanak sağlayan bir sistemdir.³⁵ Burada veriler önceden belirlenmiş standartlara göre formatlanmıştır ve alıcı bilgisayar tarafından doğrudan işleme konabilir. EDI, standart satın alma siparişlerinin, kabullerinin, faturaların ve diğer kayıtların iletiminde kullanılır. Bu değişimlerle geçerli sözleşmeler kurulur³⁶.

II- ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞUNA İLİŞKİN İRADE BEYANLARI

A-Genel Olarak İrade Beyanları

İrade beyanı, kişinin bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma iradesini dış dünyaya bildirmesi veya bunu doğrudan doğruya icra ederek yürürlüğe koymasındır³⁷. İrade beyanı, irade unsuru ve beyan unsuru olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. İrade beyanının ilk unsuru olan irade unsuru (subjektif unsur)

³³ Altınışık, s.35.

³⁴ Altınışık, s.35.

³⁵ Falcıoğlu, s.59; EDI, bilgi ve belgelerin insan faktörü olmaksızın bilgisayar ağları yardımıyla, bilgisayarlar arasında otomatik olarak değişimin sağlayan bir sistem olarak tanımlanabilir. (bkz. Kocasakal, s.29); EDI, bilgi-işlem sistemlerinin araya herhangi bir insan unsuru girmeksizin, kendi aralarında veri transferi gerçekleştirdiği bir sistemdir. (bkz. Sağlam, s.89)

³⁶ Altınışık, s.35.

³⁷ Eren, s.118.

kendi içerisinde fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesi olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Dış bir davranışın yapılmasına yönelik bilinçli bir irade fiiline fiil iradesi denir. Beyanda bulunanın belirli bir hukuki sonucu doğurma iradesine sahip olmasına işlem iradesi, beyan sahibinin davranışıyla hukuki işlem yapma iradesini muhataba beyan etmeyi istemesine de beyan iradesi adı verilir³⁸.

İrade beyanının ikinci unsuru olan beyan unsuru (objektif unsur) işlem iradesini dış dünyaya yansıtma, muhataba bildirme amacıyla harici bir fiille açığa vurulmasıdır³⁹. Yapılan irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. (BK.m.1/1) Ayrıca irade beyanları yazılı veya sözlü de olabilir. Bunların dışında irade beyanları muhataba varması gerekli olabileceği gibi muhataba varması gerekli olmayabilir. Vasiyetname, vakıf kurma gibi işlemlerde irade beyanının muhataba varması gerekmez⁴⁰. Hukukumuzda kural olarak irade beyanlarının bir şekle bağlı olması gerekmez. Ancak bir irade beyanının herhangi bir şekle bağlı olarak yapılması kanunda öngörülmüş olabilir. Bunun yanında taraflarda irade beyanının herhangi bir şekle bağlı olarak yapılmasını kararlaştırabilir.

B-Elektronik İrade Beyanları

Kural olarak irade beyanları herhangi bir şekle tabi değildir. İrade beyanlarının on line bir görüşmede veya elektronik posta yoluyla ya da bir web sitesindeki sipariş formunu doldurmak suretiyle elektronik yollarla açıklanması mümkündür⁴¹.

Elektronik irade beyanları ikiye ayrılarak incelenebilir. Bu ayrımın esası, beyanda bulunan tarafından bizzat oluşturularak elektronik yollarla iletmeye veya insan katılımı olmaksızın bir bilgisayar programı sayesinde otomatik olarak oluşturularak elektronik yollarla iletmeye dayanmaktadır⁴².

³⁸ Eren, s.119- 120.

³⁹ Eren, s.122.

⁴⁰ Eren, s.124 vd.

⁴¹ İnal Emrehan, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul 2005, s.96.

⁴² İnal, s.96.

1- İrade Beyanlarının İnternette Elektronik Olarak İletilmesi

Bir kullanıcının internetin sunmuş olduğu iletişim imkânları çerçevesinde bir irade beyanında bulunması ve bu irade beyanını internet vasıtasıyla elektronik olarak göndermesi mümkündür.

Kullanıcı irade beyanını internet üzerinden çeşitli şekillerde açıklayabilir. İlk olarak kullanıcı bir web sayfasındaki formu doldurup web sitesi sağlayıcısına göndererek iradesini açıklayabilir. İkinci olarak kullanıcı web sayfasındaki 'kabul ediyorum', 'I agree' vb. şeklindeki kutucukları tıklayarak irade açıklamasında bulunabilir. Üçüncü şekilde kullanıcı elektronik posta yazıp bunu muhataba gönderebilir. Dördüncü olarak kullanıcı bir chat server bağlantısı ile yazmış olduğu beyanını, bu server üzerinden aynı chat kanalındaki diğer kullanıcıya gönderebilir. Beşinci olarak kullanıcı internet-telefon bağlantısı ya da video konferans yöntemiyle muhatap ile doğrudan konuşarak irade açıklamasında bulunabilir⁴³. Belirtilen tüm bu hallerde kullanıcı irade açıklamasını bizzat kendisi yapmaktadır.

İrade beyanlarının açık veya örtülü olması elektronik ortamda da kısmen mümkün gözükmektedir. Her ne kadar kullanıcının bir web sayfasındaki formu doldurup web sitesi sağlayıcısına göndermesinde, kullanıcının web sayfasındaki 'kabul ediyorum', 'I agree' vb. şeklindeki kutucukları tıklayarak irade açıklamasında bulunması hallerinde örtülü bir irade beyanında bulunmak mümkün olmasa da elektronik posta göndererek irade açıklamasında bulunmada yahut chat kanalında yapılan beyanlarda örtülü irade beyanında bulunmak mümkündür.

Susmanın internette örtülü bir irade beyanı sayılıp sayılmayacağı hususuna da değinmek gerekir. Susma kural olarak bir irade beyanı oluşturmaz. Ancak somut olayın özelliği ile mevcut hal ve koşullar içerisinde kişinin dürüstlük kuralı gereğince aktif bir davranışta bulunması gerekirken bunu yapmamış olması durumunda susma bir irade beyanı oluşturacaktır⁴⁴. Başka deyişle yapılan işlemin niteliği cevap verme yükümlülüğü getirebiliyorsa susma bir irade beyanı teşkil edecektir. Bu esasın aynı şekilde internette de geçerli olmaması için herhangi bir neden yoktur.

⁴³ İnal, s.97.

⁴⁴ Eren, s.125.

2- Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları

Otomatikleştirilmiş irade beyanlarında irade açıklaması hareketi, bizzat ve vasıtasız olarak kullanıcı tarafından değil bilgisayar tekniği ile yapılmaktadır. Burada bilgisayar, programlanmış olduğu şekilde irade açıklamasını tamamen otomatik olarak oluşturmakta ve bunu internet vasıtasıyla muhataba göndermektedir. Örneğin kullanıcı, on line satış yapan bir web sitesindeki sipariş formunu doldurup bu formu sağlayıcıya göndermektedir. Sağlayıcının bilgisayarına ulaşan sipariş ve formdaki bilgiler bu bilgisayar sistemi tarafından bir değerlendirilmeye tabi tutulmakta ve sözleşmenin kurulup kurulmadığına veya diğer bir içeriğe ilişkin bir metin yine otomatik olarak bu bilgisayar sistemi tarafından oluşturulup muhataba bildirilmektedir. Burada kullanıcı bir bilgisayarla muhatap olmaktadır⁴⁵.

Burada irdelenmesi gereken mesele bu durumlarda bilgisayar açıklamalarının irade beyanı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı meselesidir. Bizimde katıldığımız görüşe göre bilgisayar açıklamaları da bir insan iradesine dayanmaktadır. Nitekim bilgisayarın bir iradeye sahip olması söz konusu olamaz. Burada bilgisayarın kendisine yapılan beyanlara karşı verdiği yanıtlar bilgisayarın kullanıcısı olan kişiye ait irade beyanlarıdır. Zira bu durumlarda bilgisayar belli şekillerde hareket etmek üzere programlanmakta ve neticede bilgisayarın gerçekleştirdiği işlemlerin temelinde insan iradesi vardır. Bilgisayarı muhatabın davranışına göre belli şekillerde yanıt vermek üzere programlayan ve onu kullanıma sunan sağlayıcı, bu davranışıyla irade beyanının unsurları olan hukuki bir sonuca ulaşma ve açıklama yapma iradesini genel nitelikte de olsa ortaya koymuş bulunmaktadır⁴⁶.

Bilgisayarın programlanması ve kullanıma sunulması, sağlayıcının genel olarak fiil iradesini, beyan iradesini ve hukuki sonuç iradesini ortaya koymaktadır. Bu sebeple ortaya konan iradede ona ait bulunmaktadır. Bu bağlamda bilgisayar açıklamaları halinde de bir gerçek kişiye veya tüzel kişiye atfı kabil bir irade beyanının söz konusu olduğu söylenebilir.

⁴⁵ İnal, s.99- 100.

⁴⁶ Bozbel Savaş, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler, *Yargıtay Dergisi*, C.27, Ocak-Nisan 2001, s.278; Kocasakal, s.81; İnal, s.100.

C-Elektronik İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmeye Başlaması

Varması gerekli her irade beyanı gibi elektronik irade beyanlarının da hüküm ifade etmesi için gerçekleşmesi gereken iki safha vardır. Bu safhalar irade beyanının yapılması ve irade beyanının ulaşmasıdır.

1-Elektronik İrade Beyanının Yapılması

Elektronik bir irade beyanı metin olarak gönderilmişse bilgisayarda gönder emrinin verilmesiyle beraber irade beyanı gönderilmiş olmaktadır. Ancak söz konusu bu metin daha sonra belli bir zamanda gönderilmek üzere programlanmışsa, gönder emri verilmiş olmasına rağmen irade beyanının gönderildiği an, bu emrin verildiği yani programlamanın yapıldığı an değil, metnin programlandığı şekilde fiilen gönderildiği andır. İnternet-telefon bağlantısı veya video konferans yoluyla yapılan irade beyanlarında ise sözlü beyanın varlığından bahsedilir ve sözlü beyanın muhatabın duyabileceği şekilde söylendiği an beyanın yapıldığı andır⁴⁷.

2-Elektronik İrade Beyanının Ulaşması

Taraflar arasındaki iletişim doğrudan doğruya bir iletişimse, başka deyişle tarafların irade beyanları arasına fasılalar girmiyorsa hazırlar arasında bir iletişimin varlığından aksi takdirde hazır olmayanlar arasında bir iletişimin varlığından söz edilir.

a-Elektronik Posta Olarak Gönderilen İrade Beyanları

Elektronik posta vasıtasıyla iletişim beyanda bulunanın yazdığı metni, internet üzerinden muhatabın elektronik posta adresine göndermesi suretiyle gerçekleşmektedir. Gönderilen mesaj, muhatabın elektronik posta hizmet sağlayıcısının (mail server) bilgisayarında bulunan muhataba ait elektronik posta kutusunda kaydedilmekte ve muhatap tarafından çağrılmaya hazır tutulmaktadır. Muhatap, mail server'a bağlanarak elektronik posta kutusunu çağırmakta ve elektronik posta kutusu bu şekilde bilgisayarına taşındıktan sonra kendisine bir elektronik posta geldiğini gören muhatap, bunu açıp okumak imkânına sahip olmaktadır⁴⁸.

⁴⁷ İnal, s.107.

⁴⁸ İnal, s.108.

aa-Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim

Elektronik posta iletişiminin işleyişinde taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim yoktur. Elektronik posta yolu ile yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arası yapılmış sayılmaktadır⁴⁹.

bb-Ulaşma Anı

Türk-İsviçre hukuklarında ulaşma anı olarak, irade beyanının muhatabın hâkimiyet alanına girmesi kabul edilir. Buna göre beyan, karşı tarafla öyle bir alan-iktidar ilişkisi içine girmiş olmalıdır ki bundan böyle hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olmalıdır⁵⁰.

Burada irdelenmesi gereken husus elektronik posta kutusunun bir kimsenin hâkimiyet alanı olarak kabul edilip edilmeyeceği hususudur. Elektronik posta kutusu, kullanıcının üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan bir mekân, maddi bir alan değildir. Bu, elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarındaki bir kayıt yeridir ve kullanıcının bu elektronik posta kutusu üzerinde dahi teknik olarak maddi bir hâkimiyeti yoktur. Kullanıcı sadece elektronik posta kutusunu şifresini girmek suretiyle kullanma, orada kaydedilmiş elektronik postaları çağırarak bilgisayarına yükleme imkânına sahip bulunmaktadır. Bu durumda elektronik posta kutusunun kullanıcının hâkimiyet alanına dâhil olup olmadığı noktasında şüphe oluşturmaktadır⁵¹.

Hâkimiyet alanı çok dar yorumlanıp, elektronik posta kutusu kişinin hâkimiyet alanı olarak kabul edilmezse, elektronik posta olarak gönderilen bir irade beyanı, ancak kullanıcının elektronik posta kutusunu çağırmasından sonra, söz konusu elektronik postayı bilgisayarına yüklemesi anında, neredeyse öğrenmesi anında ulaşılmış sayılacaktır. Bu sonucun kabulü ise mümkün görünmemektedir⁵². Elektronik posta kutusu kullanıcıya gönderilen elektronik postaların kabulüne ve kaydedilmesine yaramakta ve bu amaç için oluşturulmuş bulunmaktadır. Kullanıcıda istediği zaman şifresini girip elektronik posta kutu-

⁴⁹ Gezder Ümit, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2004, s.114; Kocasakal, s.74; Kırca, s.108; Sağlam, s.124; Savaş, s.176.

⁵⁰ İnal, s.109.

⁵¹ İnal, s.109.

⁵² İnal, s.109.

suna erişmek ve içeriğini öğrenmek iktidarına sahiptir. Bu bakımdan elektronik posta kutusu kullanıcının hâkimiyet alanına dâhildir⁵³.

Elektronik posta olarak gönderilen bir elektronik irade beyanı, muhatap tarafından çağrılmak üzere elektronik posta kutusunda kaydedildiği anda muhatabın hâkimiyet alanına girmiş bulunmaktadır⁵⁴.

Elektronik posta kutusu, kullanıcının hâkimiyet alanına dâhil olmakla beraber burada irdelenmesi gereken bir diğer husus elektronik posta adresine sahip bir kullanıcının salt elektronik posta adresine sahip olması sebebiyle hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde de bu elektronik posta adresini kullandığı veya kullanması gerektiği sonucuna varılıp varılamayacağı hususudur. Başka bir deyişle elektronik posta kullanıcısı elektronik posta kutusunu düzenli bir şekilde kontrol etme yükümlülüğü altında mıdır? Örneğin bir kimse mektup yoluyla muhataba icapta bulunmuştur. Muhatap ise icapçının her nasılsa öğrendiği elektronik posta adresine kabul beyanını göndermiştir. Acaba bu kabul beyanı da genel kural gereğince icapta bulunanın elektronik posta kutusuna kaydedildiği anda mı ulaşmış sayılacaktır? Günümüzde elektronik posta adresine sahip olup onu bir kez dahi açmamış yahut da çok uzun aralıklarda açmış pek çok kimse vardır. Bu açıdan elektronik postanın hukuki işlemlere ilişkin iletişimde klasik iletişim yolları ile aynı hukuki sonucu doğuracak şekilde kullanılabilmesi, başka bir deyişle gönderilen irade beyanının ulaşma ile hüküm ifade etmeye başlayabilmesi için, elektronik posta adresi sahibinin bu yönde bir kullanıma en azından örtülü bir şekilde izin vermiş olması aranmalıdır⁵⁵.

Elektronik posta adresinin ticari bir kullanıcıya, bir işletmeye ait olması durumunda bu elektronik posta adresinin herhangi bir şekilde evraklarda, arama motorlarında, web sitesinde açığa vurulması yeterlidir. Bu halde kullanıcının izninin varlığından söz edilir. Tacir kullanıcı, elektronik posta iletişimini hariç bırakarak sadece diğer iletişim araçlarını kullanmak istiyorsa bu durumu muhataba açıkça bildirmelidir. Yoksa muhatap irade beyanını bu elektronik posta adresine göndermekte haklı kabul edilir ve buraya ulaşan irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlar⁵⁶.

⁵³ İnal, s.110.

⁵⁴ Kırca, s.110; İnal, s.110.

⁵⁵ Gezder s.122; İnal, s.111.

⁵⁶ İnal, s.111.

Kullanıcının bir tüketici olması halinde ise bu elektronik posta adresinin herhangi bir şekilde açığa vurulması da yeterli olmayıp, tüketici olan kullanıcının somut olarak iletişime girdiği muhatabına elektronik posta iletişimini hukuki işlemler ilişkin iletişimlerinde de kullandığını bir şekilde bildirmesi gerekir. Örneğin iletişimi elektronik posta yoluyla kendisi başlatan tüketici, elektronik posta adresinin bu yönde kullanımına izin vermiş demektir ve artık bu elektronik posta adresine gönderilen irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlayacaktır⁵⁷.

Elektronik posta adresinin kullanımına ilişkin açık veya örtülü bir izin olmaksızın elektronik posta olarak gönderilen bir irade beyanı ise ancak öğrenme anında ulaşılmış kabul edilecektir⁵⁸.

cc-Ulaşma Engelleri

İnternet üzerinden gönderilen bir irade beyanının karşı tarafa ulaşmaması riski her zaman söz konusudur. Bu durumda, gönderilen irade beyanlarının kaybolmasının veya gecikmesinin sonuçlarına kimin katlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz bu sorunun, hukukumuzda geçerli olan ulaşma teorisinin esasları çerçevesinde çözülmesi gerekir. Kural olarak ulaşmanın gerçekleşmesinden önceki riskler irade beyanını gönderene, ulaşmanın gerçekleşmesinden sonraki riskler ise muhataba ait olacaktır⁵⁹. Elektronik posta muhatap tarafından çağrılmak üzere elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarında, yani muhatabın elektronik posta kutusunda kaydedildiği anda muhatabın hâkimiyet alanına ulaşılmış demektir⁶⁰.

Elektronik posta henüz iletim esnasında yani internette yolculuğu sırasında kaybolursa ulaşma gerçekleşmez. Bu aşamada kaybolmanın sonuçlarına beyanda bulunan katlanacaktır. Elektronik posta gönderildiği bilgisayara yani muhatabın elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarına (alıcının e-mail server'ına) ulaşmakla beraber burada muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedilememişse ne olacaktır?

⁵⁷ İnal, s.112.

⁵⁸ Özsunay Ergun, Uluslar arası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s.131.

⁵⁹ Bozbel, s.285.

⁶⁰ İnal, s.112.

Burada, elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarına ulaşmış olsa bile henüz muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedilmiş bir irade beyanı olmadığı için ulaşma gerçekleşmemiştir. Zira elektronik posta henüz muhatabın hâkimiyet alanına girmiş değildir. Muhatabın hâkimiyet alanı onun elektronik posta kutusudur. Yoksa elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarını değilirdir⁶¹.

Elektronik posta muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedildikten sonra bazı aksaklıklar ortaya çıkabilir. Muhatap elektronik posta kutusuna ulaşamayabilir. Bilgisayarı bozulabilir, bilerek veya bilmeyerek elektronik postayı silebilir veya elektronik posta kayıttan sonra muhatapça çağrılmadan önce kendiliğinden silinebilir. Tüm bu durumlarda ulaşma gerçekleşmiştir. Yani irade beyanı hüküm ifade etmeye başlamıştır⁶².

b-Web Sayfaları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları

Web sitelerinin tamamına yakını internet üzerinden irade beyanında bulunulmaya başka bir deyişle web sayfası üzerinden sözleşme yapmaya müsait değildir. Ancak elektronik ticaret faaliyetinde bulunan sağlayıcılar sözleşmenin kurulabilmesini sağlamak için web sayfalarını irade beyanında bulunulabilecek şekilde tasarlamaktadır. Üzerinden irade beyanında bulunulabilen web sitelerine etkileşimli web siteleri, bu imkânı sunmayan web siteleri ise etkileşimsiz web siteleri olarak adlandırılır⁶³.

Web sayfası üzerinden bir irade beyanının gönderilmesi kullanıcının bir web sayfasındaki formu doldurarak web sitesi sağlayıcısına göndermesi şeklinde olabileceği gibi web sayfasındaki ilgili yere tıklamak şeklinde de olabilir. Ayrıca kullanıcının irade beyanlarına cevap bu irade beyanını alan web sitesi sağlayıcısına ait bilgisayarın otomatik olarak hazırlayıp web sayfası halinde kullanıcının bilgisayarına gönderme şeklinde de irade beyanı gönderilebilir⁶⁴.

aa-Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim

Web sayfaları üzerindeki iletişim hazır olmayanlar arasında ger-

⁶¹ Ultsch, NJW 1997, s.3008 (İnal, s.113'den naklen)

⁶² Dörner AcP 2002, s.372 (İnal, s.114'den naklen)

⁶³ Falcıoğlu, s.189.

⁶⁴ İnal, s.115.

çekleşen bir iletişimidir⁶⁵. Çünkü tarafların sözleşmeyi müzakere etmeleri, soru sormaları ve pazarlık yapma gibi imkânları yoktur. Kullanıcı özelliklerini web sayfasından gördüğü bir ürünü ya sipariş edecek ya da etmeyecektir.

bb-Ulaşma Anı

Web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanı elektronik posta iletişiminde olduğu gibi aradaki üçüncü bir bilgisayarda muhatap tarafından çağrılmak üzere kaydedilmemekte, aksine doğrudan muhatabın bilgisayarına gönderilmektedir.

Bir görüşe göre web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanlarının ulaşma anı irade beyanının muhatabın bilgisayarına girdiği ve geçici veya sabit bir şekilde kaydedildiği andır⁶⁶. Bir başka görüşe göre ise ulaşma anı, bilgisayara kayıt anı değil, irade beyanının internet üzerindeki yolculuğunu tamamlayıp iletim hattını terk ettiği andır⁶⁷. Bu andan sonrası, irade beyanının kaydedilip kaydedilememesi, muhatabın bilgisayarına ilişkin bir konudur ve gönderenin artık burada herhangi bir hâkimiyeti söz konusu değildir. Gönderenin hiçbir etkisi bulunmayan bu alanda meydana gelen bir sorun neticesinde irade beyanı kaydedilemese dahi ulaşılmış sayılmalıdır. Çünkü bu alan artık muhatabın hâkimiyet alanıdır ve bu alandaki risk muhataba ait olmalıdır⁶⁸.

İnternet üzerinden gönderilen bir veri önce paketlere ayrılmakta, bu veri paketleri gönderildikleri bilgisayara ulaşmakta ve bilgisayar tarafından tekrar bir araya getirilmektedir. Ancak bu veri paketleri muhatabın bilgisayarında herhangi bir problem olmasa dahi bir araya getirilemeyebilir. Bizimde katıldığımız görüşe göre⁶⁹ her ne kadar muhatabın bilgisayarı onun hâkimiyet alanında bulunsa bile, muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple henüz bir araya getirilip kaydedilmeyen irade beyanı ulaşılmış sayılmaz. Çünkü irade beyanının salt muhatabın hâkimiyet alanına girmiş olması ulaşma için yeterli değildir. İrade be-

⁶⁵ Kocasakal, s.74; Kırcı, s.110; Altınışık, s.53; Aksi yönde görüş için bkz. Savaş, s.172.

⁶⁶ Süßenberger, s.193 (İnal, s.116'dan naklen)

⁶⁷ Wildemann, s.17 (İnal, s.116'dan naklen)

⁶⁸ Wildemann, s.17 (İnal, s.116'dan naklen)

⁶⁹ İnal, s.117.

yanının ulaşmış sayılması için beyanın karşı tarafla öyle bir alan ilişkisi içerisine girmiş olması gerekir ki artık hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olmalıdır. Veri paketleri internetten bilgisayara girmiş olmasına rağmen bir araya getirilerek kaydedilememişse irade beyanının muhatap tarafından öğrenilmesi mümkün değildir. İrade beyanının muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple onun bilgisayarı tarafından kaydedilememesi iletişim yolunun riski olarak görülmeli ve riskin göndericiye ait olduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanı muhatabın bilgisayarına girdiği ve bu bilgisayara kaydedildiği anda ulaşmış sayılmalıdır⁷⁰.

c-Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları

Chat kanalları üzerinden iletişim, iki veya daha fazla kullanıcının aynı anda bilgisayarları başında internet üzerinden, aynı chat server veya chat kanalı üzerinden birbirlerine yazılı metinler göndermesi şeklinde gerçekleşmektedir. Burada kullanıcılar hem kendi metnini muhataba göndermekte hem de muhatabın gönderdiği beyanı ekranında görmektedir. Bu iletişim doğrudan ve eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir. Yazılan metin, gönder komutu verilmesiyle beraber, arada herhangi bir aşama söz konusu olmaksızın doğrudan muhatabın ekranında belirlemekte ve onun tarafından öğrenilmektedir⁷¹.

aa-Hazırlar Arasında Gerçekleşen İletişim

Eş zamanlı iletişim kanallarının kullanılması halinde taraflar karşılıklı ve doğrudan iletişim ilişkisi içinde bulunmaktadırlar. Bu nedenle bu şekilde gerçekleşen iletişimin hazırlar arasında gerçekleştiği açıkça görülmektedir⁷². Nitekim buradaki iletişimde taraflar doğrudan doğruya ve kayda değer bir zaman kaybı söz konusu olmaksızın birbirleriyle iletişim kurabilme, karşı tarafın açıklamalarına anında tepki verebilme ve gerektiğinde soru sorabilme olanaklarına sahip bulunmaktadır⁷³.

⁷⁰ İnal, s.117.

⁷¹ İnal, s.118.

⁷² Kırca, s.108.

⁷³ İnal, s.118.

bb-Ulaşma Anı

İsviçre-Türk hukuklarında, Alman hukukundan⁷⁴ farklı olarak cismani varlığı bulunsun ya da bulunmasın hazırlar arasındaki irade beyanlarında ulaşma teorisi kabul edilmektedir. Bu anlamda eş zamanlı bir iletişim kanalı üzerinden gönderilen beyanlar da muhatabın hâkimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Burada önemli olan muhatabın bu irade beyanını öğrenme imkânına sahip bulunmasıdır. Muhatabın irade beyanını fiilen öğrenmesi şart değildir.

D-Elektronik Sözleşmelerin Kurulması

1-Genel Olarak İcap ve Kabul

Sözleşmeler, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının karşılıklı olması sonucu meydana gelir. İrade beyanlarının karşılıklı olmasından kastedilen, bir sözleşmenin kurulmasında taraflardan her birinin, hem beyan sahibi, hem de diğer tarafın beyanının muhatabı olması demektir. Karşılıklı olan bu irade beyanları yapıldıkları zamana ve taraflara göre icap ve kabul olarak nitelendirilir. Zaman itibariyle ilk yapılan irade beyanına icap, ikincisine ise kabul denir⁷⁵.

a-İcap Kavramı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve İcabin Şekli

İcap, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce yapılan, karşı tarafa (muhataba) varması gerekli, tek taraflı kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile beraber sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasıdır⁷⁶. İcap sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan irade açıklamalarının ilk olanıdır. Bu açıdan icap sözleşme yapma teklifi niteliğindedir. İcap hukuki niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki

⁷⁴ Alman hukukunda genel olarak kabul edilen esasa göre hazırlar arasındaki görüşmelerde cismani varlığı bulunmayan bir irade beyanı öğrenme anında hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Chat kanalları üzerinden gerçekleşen iletişim hazırlar arasında vuku bulduğuna göre bu yolla iletilen bir irade beyanı bu esasa göre öğrenme üzerine hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Süßenberger, s.132 (İnal, s.119'dan naklen)

⁷⁵ Eren, s.219.

⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.108; Eren, s.219; Oğuzman/Öz, s.45- 46.

işlemdir⁷⁷. Çünkü bununla icabı yapan bu icabıyla hem belirli bir süre bağlanmakta hem de muhataba kendisiyle teklif edilen sözleşmenin kurulması hususunda bir yetki vermektedir. Bunun yanında icabı yapan, icap beyanıyla muhataba, kabul ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran yenilik doğuran bir hak da sağlamaktadır⁷⁸.

Muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran icabın bazı özellikler taşıması gerekir. Bu özellikler şu şekilde belirtilebilir.

-İcap, muhataba ulaşmalı, ona varmalıdır. İcap muhataba varması gerekli irade beyanlarından biridir. İcabın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, bu irade açıklamasının muhatabın hâkimiyet alanına ulaşması gerekir. İcap iş hayatındaki genel telakkilere göre uygun bir zamanda muhatabın posta kutusuna, evine veya işyerine ulaşmakla veya yetkili personel yahut aile üyeleri tarafından kabul edilmekle hâkimiyet alanına varmış sayılır⁷⁹. İcap kural olarak belirli bir veya birkaç şahsa yöneltilir. Fakat bu bir zorunluluk olmayıp icabın bir topluluğa da yöneltilmesi mümkündür. İcabın belli bir veya birkaç şahsa yöneltilmesi halinde muhatabın kişiliği bellidir. Bu tür icaba ferdi (bireysel) icap denilebilir. İcabın bir topluluğa yöneltilmesi halinde ise muhatabın kişiliği tam ve kesin olarak belirli değildir. Bu tür icaba da aleni (umuma yapılmış) icap denir⁸⁰. Örneğin bir malın üzerine fiyat veya etiket konulmak suretiyle vitrinde sergilenmesi aleni icaptır. (BK.m.7/3)

-İcap sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır. Bu anlamda örneğin bir satım sözleşmesinde satılan şey ile satım parası gibi objektif esaslı noktalar icap irade beyanında açıkça belirtilmelidir. Açıklık sözleşmenin konusunun belirliliğini ifade eder. Bu açıklık ve belirlilik sayesinde icap muhatap tarafından kabul edilmekle sözleşme kurulur. Bunun yanında icap sahibi sözleşmenin kurulmasını bazı yan noktalar üzerinde anlaşma sağlanmasına

⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.109; Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000, s.53; Ancak icabın tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, sözleşmenin bir parçası olduğu yönünde görüş için bkz. Schmidlin Bruno, *Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art.3- 10 OR*, Bern 1985, N.30 vd.

⁷⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.109; EREN, s.219.

⁷⁹ Eren, s.220; Akıncı Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Konya 2000, s.62.

⁸⁰ Ayan Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2007, s.119; Eren, s.227.

bağlıyorsa bunlar subjektif esaslı noktalar olmasından dolayı icap beyanında tam ve açık olarak belirtilmelidir⁸¹. Buna karşılık tali nitelik taşıyan ikinci derecedeki noktaların icap beyanında yer almaması önem taşımaz.(BK.m.2/2)

İcap irade beyanı öyle bir şekilde açıklanmalıdır ki karşı tarafa sadece kabul ediyorum demek düşünün ve bu kabul beyanıyla sözleşme kurulmuş olsun⁸².

Sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esaslı noktalarını taşımayan teklifler icap olarak değerlendirilemez. Bu teklifler icap olarak değil icaba davet olarak nitelendirilebilir⁸³.

-İcap hukuki sebebi içermelidir. Yapılan icap beyanından muhatap kurulması teklif edilen sözleşmenin hukuki sebebini anlamalıdır⁸⁴.

-İcaba yapan ciddi olmalı, icabıyla bağlanmak niyetinde olmalıdır. Kişi muhatabın kabul beyanını elde etmek için beyanda bulunmuş olmalıdır. Beyan, bağlanma niyetiyle yapılmamışsa icap olarak nitelendirilemez. Böyle bir davranış ancak icaba davet olarak kabul edilebilir⁸⁵.

İcap, ilke olarak hiçbir şekle tabi değildir. Nitekim Borçlar Kanunu icabın tabi olacağı şekle ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Bu sebeple burada BK.m.11/1'e göre şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak BK.m.11/2 veya BK.m.16'ya göre kanun ya da icapta bulunan sözleşmenin geçerliliğini, sıhhat şartı olarak bir şekle tabi tutmuşsa icap beyanının da bu şekilde yapılması gerekir⁸⁶.

İcap açık bir şekilde yapılabileceği gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir. Açık irade beyanı ya sözlü ya da yazılı şekilde yapılabilir. Örtülü irade beyanında ise iradenin varlığını gösteren bir davranış söz konusudur. Burada icap iradesi bir beyan şeklinde değil iradenin doğrudan doğruya icrasıyla açıklanır. Bu çeşit icaba fiili icap da denir. Örneğin bir satıcının kendisinden talep edilmemiş olan bir ürünü mu-

⁸¹ Eren, s.220.

⁸² Ayan, s.119.

⁸³ Akıncı, s.62.

⁸⁴ Eren, s.221.

⁸⁵ Eren, s.221.

⁸⁶ Eren, s.221; Ayan, s.120.

hataba göndermesi halinde buradaki icap irade faaliyetiyle gerçekleştirilen fiili bir icap olarak kabul edilir⁸⁷.

aa-İcap ve İcaba Davet

İcap ve icaba daveti birbirinden ayırmak gerekir. İcapta icabı yapan kimse sözleşmenin yapılması için gerekli olan bütün noktaları irade beyanıyla kesin bir şekilde açıklamıştır. Öyle ki, icap irade beyanının muhatap tarafından kabulü ile sözleşme meydana gelir. Oysa icaba davette beyan sahibi nihai ve kesin işlem iradesini, borçlanma niyetini açıklamamakta, sadece muhataba karşı belirli bir sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu bildirmektedir. Bu noktadan hareketle icaba daveti, beyan sahibinin muhatabı icapta bulunmaya sevk ve tahrik etmesi olarak tanımlamak mümkündür⁸⁸. Örneğin bir kimse ev eşyası almak için mağazaları dolaşarak bunların sahipleriyle eşyaları ne kadar satın alabileceğini, alması halinde eşyaların ne zaman teslim edilebileceğini öğrenmek istiyor. İşte böyle bir durumda icap söz konusu değildir. Burada icaba davetten bahsedilir. Çünkü bir beyanın icap niteliği taşıyabilmesi için kesin ve belirli olması gerekir. Oysa burada eşya satın almak isteyen kişi, mağaza sahibi satıcının sözleşmeyi kurmaya hazır olup olmadığını öğrenmek istemekte ve icabın (teklifin) onun tarafından yapılmasını istemektedir.

Bir irade beyanının icap olarak sayılabilmesi için onu yapanın, karşı tarafın kabulü üzerine sözleşmenin kurulmasını arzu ettiğini açıklaması gerekir. Eğer bir irade beyanı sadece bir müzakereye girişmek amacını açıklıyorsa bu irade beyanı icap değil, icaba davettir. Bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunu ayırmak büyük önem taşır. Zira bir irade beyanı icap ise icabı yapan irade beyanı ile bağlı olacak ve muhatabın kabulü ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Eğer irade beyanı icaba davet ise bunu yapan kimse bu irade beyanı ile bağlı olmayacak ve karşı tarafın cevabı üzerine -ki icabı bu teşkil edebilir- sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbest olacaktır⁸⁹.

Bir irade beyanının sözleşmenin yapılmasına imkân sağlayan bir icap mı yoksa bir icaba davet mi olduğunun ayrımı her zaman kolay

⁸⁷ Eren, s.221.

⁸⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.110.

⁸⁹ Oğuzman/Öz, s.46.

halledilebilen bir sorun değildir. Bu sorunun çözümü söz konusu beyanın yorumuna bağlıdır. Bu konuda güven teorisinin ışığında gerek beyanda bulunanın beyanının içeriğine gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca ulaşmak gerekir⁹⁰. Nitekim BK.7/1'e göre 'İcabi dermeyan 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'.

Eğer beyanda bulunan beyanına bağlı olmama kaydı eklemişse veya hal ve vaziyetten onun hiçbir şekilde beyanı ile bağlı olmamak niyetinde bulunduğu sonucuna varılabiliyorsa bu beyan bir icap sayılmaz, burada ancak bir icaba davet söz konusu olur⁹¹.

Bununla beraber Borçlar Kanunu bazı durumlarda bir irade beyanının, icap mı yoksa icaba davet mi olduğu noktasında yorum kuralları koymuştur. Bu yorum kurallarından bir tanesi BK.m.7/2'de düzenlenmiştir. Maddeye göre tarife ve cari fiyat irsalı, icap teşkil etmez. Burada genel duyuru söz konusudur. Bu itibarla tarife, fiyat listesi, katalog, prospektüs göndermek icap olmayıp, icaba davettir. Yorum kurallarından bir diğeri BK.m.7/3'de düzenlenmiştir. Buna göre semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur. Kanun burada bir karine ortaya koymaktadır. Bu nedenle bir eşya üzerine fiyat koymakla bir icapta bulunmak arzusunun mevcut olmadığı hallerde, fiyat gösterilerek eşya teşhiri icap sayılmayacaktır. Örneğin bir kömürücü çeşitli yığınlar halinde bulunan kömürleri kaçta satacağını hatırlayabilmek için her yığının üzerine bir numara ve bu numaraların altına da bir fiyat yazsa bunu icap olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü hal ve şartlara göre kömürçünün bu işaretleri kendisi için fiyatları hatırlamak maksatlı koyduğu anlaşılmaktadır. Bir sözleşme yapma niyetiyle, başka bir deyişle diğer bir kimsenin kabulü ile sözleşmenin kurulması arzusu açıklanmış değildir. Bu hususu ispat, fiyat koymasının icap olmadığını iddia edene düşer ve tutumu güven teorisi ışığında değerlendirilir⁹².

⁹⁰ Eren, s.222; Oğuzman/Öz, s.47; Ayan, s.120.

⁹¹ Oğuzman/Öz, s.47.

⁹² Oğuzman/Öz, s.47.

bb-İcabın bağlayıcılığı ve İcapla Bağlılık Süresi

İcap kural olarak icapta bulunanı bağlar. İcap sahibinin bağlılığından kastedilen icap sahibinin icabını değiştirememesi, icabın serbestçe geri alınmamasıdır⁹³. Borçlar Kanunu'na göre icapta bulunan kimse belli bir süre icabı ile bağlıdır, bağlı bulunduğu süre içerisinde icabından dönemez ve sonuç olarak zamanında ulaşan kabul beyanıyla sözleşmenin tamamlanmasını önleyemez. Bu bağlanma icabın geri alınmasına ilişkin BK.m.9 uyarınca karşı tarafın icabı öğrendiği andan itibaren başlar⁹⁴.

İcabın, beyanda bulunanı ne zamana kadar bağlayacağını Borçlar Kanunu, icabın süreli veya süresiz oluşuna göre ayrı ayrı düzenlemiştir.

-Süreli İcap: İcapta bulunan tarafından bağlanma süresi açık olarak belirtilmişse bu icaba süreli icap denir. İcabı yapan kabul için belli bir süre tayin etmişse (örneğin on gün içinde kabul edip etmediğinizi bildiriniz demişse) bu sürenin sonuna kadar icabından dönemez. Kabul haberi sürenin sona ermesinden önce ulaşmazsa veya karşı taraf icabı reddederse icap bağlayıcı niteliğini kaybeder. (BK.m.3)

-Süresiz İcap: İcapta bulunanın bağlılık süresi belirtmemiş olduğu icaba süresiz icap denir. Burada icapta bulunan muhataba kabul için bir süre tanımamıştır. BK.m.4 ve m.5 süresiz icabı düzenlemiştir. Buna göre süresiz icap hazırlar arasındaki süresiz icap ve hazır olmayanlar arasındaki süresiz icap olmak üzere iki şekilde olur.

Hazırlar arasındaki süresiz icapta, icap derhal kabul edilmediği takdirde icapta bulunan icabıyla bağlı kalmaz. (BK.m.4/1) Buradaki derhal sözü, en fazla tarafların hazır olduğu, beyanların değiştirildiği, doğrudan doğruya temas ve iletişimin kesilmeden devam ettiği süreyi ifade eder. Taraflar hazır durumdayken bile icap reddedilirse bağlılık süresi sona erer. Ayrıca muhatabın düşünme süresi istemesi halinde de doğrudan doğruya temas kesildiği için icapta bulunanın icabıyla bağlılığı sona erer⁹⁵.

Hazır olmayanlar arasındaki süresiz icapta ise icapta bulunan normal bir süre beklemek zorundadır. Bu süre içinde icapta bulunan

⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.112; Eren, s.224.

⁹⁴ Reisoğlu, s.54.

⁹⁵ Eren, s.226; Oğuzman/Öz, s.55.

icabı ile bağlıdır. Bu süre zamanında ve düzenli bir şekilde gönderilmiş kabul haberinin beklenebileceği süredir. (BK.m.5) Şu halde burada icapta bulunan, bekleme süresinin hesabında üç hali göz önünde tutacaktır. Bunlar kendi icabının muhataba varması için geçecek süre, muhatapın bu icap üzerinde icabın mahiyet ve içeriğine, taraflar arasındaki ilişkilere göre düşünülebilmesi için gerekli süre ve son olarak kabul haberinin normal bir araçla icapta bulunana varması için geçecek süredir⁹⁶. BK.m.5/2, icap sahibini icap haberinin zamanında ulaştırmış olduğunu kabule yetkili saymaktadır. Ancak muhatap kabul haberini vaktinde ve muntazam bir araçla göndermiş olmasına rağmen bu haber postadaki aksaklıklar veya diğer sebepler yüzünden icapçıya geç ulaşmış olabilir. İşte BK.m.5/3'e göre kabul haberi geç ulaştığı takdirde icapçı kural olarak icabıyla bağlı olmaktan kurtulur. Ancak vaktinde gönderilen kabul haberi icapçıya geç ulaşır, icapçı da artık icabıyla bağlı olmak niyetinde değilse durumu derhal muhataba bildirmek zorundadır, aksi takdirde sözleşme meydana gelmiş olur⁹⁷.

b-Kabul

Kabul beyanı, icaba uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin olarak imkân sağlayan, varması gerekli, tek taraflı bir irade açıklamasıdır⁹⁸. Kabul beyanı, sözleşmenin kurulması yönünden zaman itibarıyla ikinci irade beyanını oluşturur. Kabul beyanının içeriğinin icaba uygun olması gerekir. Kabul icap beyanının içerdiği esaslı noktaları genişletiyor, daraltıyor veya değiştiriyorsa bu ya icabın reddi ya da yeni bir icap sayılır⁹⁹.

Kabul beyanı ile sözleşmenin meydana gelebilmesi için beyanın bağlanma süresi içinde icabı yapana ulaşması gerekir. (BK.m.5/3)

Kabul açık bir beyanla yapılabileceği gibi sipariş edilmeden gönderilen malın kullanılması, önerilen bir işin yapılması gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir¹⁰⁰. Aynı şekilde susma da bazen örtülü bir kabul

⁹⁶ Oğuzman/Öz, s.55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.116; Eren, s.226.

⁹⁷ Eren, s.227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.119.

⁹⁸ Eren, s.228.

⁹⁹ Eren, s.228.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s.58.

teşkil edebilir. Kural olarak susma bir irade beyanı değildir ve icaba karşı bir cevap vermeyerek susan muhatap (böyle bir durumun kabul teşkil edeceği icapta belirtilmiş olsa dahi) icabı kabul etmiş sayılmaz¹⁰¹. Ancak istisnai olarak BK.m.6' da ifade edildiği üzere, icabı yapan kimse gerek işin özel niteliği, gerekse şartlar sebebiyle açık bir kabulü beklemek zorunluluğunda değilse icap uygun bir süre içinde reddedilmediği takdirde sözleşme tamam olmuş sayılır. Ancak muhatap susmanın kabul anlamına geldiği durumlarda hata hükümlerine dayanabilir¹⁰².

Kabul beyanının yapılmasında ilke olarak şekil serbestisi söz konusudur. Kanun veya tarafların anlaşması ile yapılacak sözleşme için bir şekil şartı öngörülmüş olmadıkça ya da icabı yapan kabul için bir şekle uyulmasını şart kılmış olmadıkça kabul beyanı bir şekle tabi değildir, sözle, yazı ile veya kanaat verici davranışla yapılabilir¹⁰³.

c-Sözleşmenin Kurulduğu An

Borçlar Kanunu hazırlar arasında yapılan icaba, derhal kabul cevabı vermeyi öngördüğü için, icap beyanından sonra muhatapın kabul beyanında bulunduğu anda, sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁰⁴. Hazır olmayanlar arasında yapılan icapta sözleşmenin kurulduğu an için varma (ulaşma) teorisi kabul edilmiştir. Bu nedenle kabul beyanı icap sahibinin hâkimiyet alanına vardığı, ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur. Bunun için icapta bulunanın kabul beyanını öğrenmesi şart değildir. Fakat sözleşmenin meydana gelmesi, açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde icap, muhatap tarafından uygun bir süre içinde reddedilmediği takdirde icap beyanının muhatapın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla gerçekleşir. Yani örtülü kabul beyanlarında, sözleşmenin kurulduğu an, muhatapın red beyanında bulunmaması şartıyla, icap beyanının muhataba ulaştığı andır¹⁰⁵. (BK.m.6)

Sözleşme, kabul haberinin icapta bulunana ulaşması, varması anında kurulmakta iken, hüküm ve sonuçlarını kabul haberinin icapta bulunana gönderildiği andan itibaren doğurur. (BK.m.10/1) Açık bir

¹⁰¹ Eren, s.230; Oğuzman/Öz, s.58.

¹⁰² Oğuzman/Öz, s.60.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s.58.

¹⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.124; Eren, s.235.

¹⁰⁵ Eren, s.235.

kabule ihtiyaç olmayan hallerde sözleşme, hükümlerini, icabın karşı tarafa vardığı andan itibaren doğurur¹⁰⁶. (BK.m.10/2)

2-Elektronik Sözleşmelerde İcap, İcaba Davet, Kabul ve Sözleşmenin Kurulduğu An

a-İcap-İcaba Davet

Klasik yöntemlerle açıklanan irade beyanlarının elektronik ortamda yapılması da mümkündür. Bu noktada elektronik ortamda yapılan bir icap irade açıklamasının klasik usulde yapılan icap irade açıklamasında bulunması gereken unsurları taşıması gerekir. Bu anlamda elektronik ortamda yapılan irade açıklamasının da icap olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin kesin olarak kurulması teklifini kapsaması, zaman itibariyle daha önce yapılması, karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklaması olması gerekir. Ayrıca bu irade açıklaması sözleşmenin objektif ve subjektif yönden esaslı unsurlarını da taşımalıdır. Elektronik ortamda, internet üzerinden yapılan irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi teşkil ettiği belirlenirken daha önce ifade ettiğimiz genel prensiplere bakılacaktır. Bu anlamda güven teorisinin ışığında gerek beyanın içeriğine, gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca varmak gerekecektir.

aa-Web Sayfalarının İcap veya İcaba Davet Oluşturması

Ürünlerin internette sunulmasına ilişkin web sayfalarındaki bilgilerin icap mı yoksa icaba davet mi olduğu konusu tartışmalıdır. Doktrinde genel kabul gören görüş bu bilgilerin icap değil icaba davet olarak kabul edilmesi yönündedir¹⁰⁷. Bu görüşe göre web sayfalarında yer alan bilgileri açıklayan kişiler, bu bilgiler çerçevesinde sözleşmeyi kurma (bağlanma) iradesi ile hareket etmezler. Zira bu bilgileri sunanların muhatabın ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olmaları ve talep edilen ürünün depoda bulunup bulunmadığını, teslim hazırlanıp olmadığını kontrol etmeleri gerekmektedir. Web sayfalarında yer alan bilgilerin icap olarak kabulü halinde satıcı ve sağlayıcı bu sayfanın ulaştığı her yerden bu anlamda potansiyel olarak dünyanın

¹⁰⁶ Reisoğlu, s.58.

¹⁰⁷ Özsunay, s.130; Bozbel Savaş, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzere_rinden_hukuki_islem.htm, s.6.

her tarafından gelen kabul cevabı ile sözleşmeyi kurmak zorunda kalacaktır. Böylece bir yandan stokta kalmamış ürünleri satmak ve teslim etmek yükümlüğü altına girecek diğer yandan muhatabın kimliği ve özellikle onun ödeme gücü hakkında araştırma yapma imkânını bulamayacaktır. Bu nedenle web sitesinde satışa sunulan mal ve hizmetlerle ilgili sözleşmeler açısından icap ancak muhatabın sipariş formunu doldurarak göndermesi ile gerçekleşir¹⁰⁸. Web sitelerinde yer alan mal ve hizmetlere yönelik açıklamalar BK.m.7/2 anlamında tarife ve fiyat listesi gönderilmesine benzer işlemlerdir. Bu sebeple bu işlemlerin hukuki sonucu olan icaba davet niteliğinin web sayfalarında yer alan bilgiler açısından da kabul edilmesi ve bunların internet kullanıcılarına yapılmış icaba davet niteliği taşıyan beyanlar olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Bu görüşte olan yazarlar doğrudan ticarete konu olan dijital ürünler açısından bu genel prensipten ayrılmakta ve bu ürünlerin web sitesinde sergilenmelerinin icap niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler. Çünkü bu ürünler çok fazla sayıda kopya edilmek suretiyle download edilmeye elverişli olduklarından stokların kontrol edilmesi gibi bir sorun bu ürünler bakımından mevcut değildir. Ayrıca bu ürünlerde ödemeler genellikle kredi kartı ile yapıldığından müşterinin güvenilirliğini kontrol etmeye de ihtiyaç yoktur¹¹⁰.

Bu konuda diğer görüşe göre¹¹¹ internet kullanıcıları web sayfasında yer alan bilgilerden satıcının icapta mı yoksa icaba davette mi bulduklarını tam anlayamamakta bu nedenle aksine bir açıklama olmadığı takdirde web sayfasında yer alan bilgilerin icap olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Web sayfasında satışa sunduğu ürünlerin stoklardaki miktarı konusunda satıcı veya sağlayıcının teklifinin bağlayıcı olmadığı konusunda açıklamada bulunması zorunludur. Böyle bir açıklama (bağlayıcı değildir, stoklarımızla sınırlıdır gibi) olmadığı sürece, web sayfasında ilan edilen bilgilerin icaba davet değil icap olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁸ Kırca, s.103; Özsunay, s.130.

¹⁰⁹ Özsunay, s.25.

¹¹⁰ Kırca, s.104

¹¹¹ Mehring, Vertragabschluss im internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB, MMR, 1998. (Kocasakal, s.59'dan naklen); Sözer, s.96.

Bizimde katıldığımız görüşe göre¹¹² web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet niteliğinde bulunduğunun kesin ve katı şekilde kabulü yerinde değildir. Somut irade beyanının (web sayfasının) içeriği göz önünde bulundurulmaksızın genel bir yaklaşımla web sayfalarının bir öneriye davet olduğunun kabulü her şeyden önce irade özgürlüğü ilkesinin göz ardı edilmesi anlamını taşır. Web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet olduğu yönündeki getirilen gerekçe de stokların takip imkânının ayrıca müşterinin ödeme gücünün ve kimliğinin tespitinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ancak stokların elektronik yollarla izlenmesinin takibi son derece kolaydır. Bunun yanında günümüzde seri üretime geçişle beraber seri halde üretilen malların satışına ilişkin pek çok işlemde, alıcının kimliği önemini kaybetmiş bulunmaktadır. Artık 'ilgili için işlem' gereğince pek çok satış yerinde olduğu gibi internette de web sitesi sağlayıcısı için alıcının kimliği hiçbir önem arz etmemektedir. Bu çerçevede sadece paranın ödenmesi önem kazanmaktadır ki web sayfalarından yapılan sunumlarda bu da bir zorluk teşkil etmemekte, çoğu kez kredi kartı bilgilerinin siparişle beraber verilmesiyle ödemenin yapılması sağlanmaktadır. Diğer yandan güven prensibi çerçevesinde irade beyanlarının yorumunda stokların kontrolü veya karşı tarafın ödeme gücü gibi subjektif kıstasların esas alınmasının ne derece doğru bir yaklaşım olduğu şüphelidir. Bu sebeplerle malların satışı ile dijital ürünlerin doğrudan satışına ilişkin web sayfaları arasında bir ayırım yapılması da tamamen yapay bir farklılık olmuştur. BK.m.7/2 ve BK.m.7/3 hükümlerinden yola çıkıldığında ise sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayan web sayfalarının ikinci fıkrada belirtilen tarife veya fiyat listelerinin yayınlanmasından çok, üçüncü fıkradaki semeni göstererek mal teşhirine benzediğini kabul etmek gerektiğini ileri sürmek daha yerinde olacaktır.

Web sayfalarının kesin bir şekilde icap ya da icaba davet olarak nitelendirilmesinin yapılması, bunun kesin bir şekilde söylenmesi yerinde değildir. Web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun bir yorum meselesi olduğuna ve bunun güven teorisinin ışığında tespit edilmesi gerektiğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bura-

¹¹² İnal, s.130.

dan hareketle 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 olduğu bu şekilde tespit edilmelidir¹¹³.

bb-Elektronik Postaların İcap veya İcaba Davet Oluşturması

Fonksiyonları bakımından normal postaya benzeyen elektronik postalar bireysel elektronik postalar ve spamming olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁴.

Bireysel elektronik postalarda icabı yapan kişi bunu belirli bir veya birkaç kişiye göndermektedir. Elektronik posta ile yapılan icaplar hukuki açıdan mektupla yapılan icaplara benzemektedir¹¹⁵. Dolayısıyla hukuken geçerli bir icabın varlığı için aranan şartları taşıdığı takdirde bir mesajın elektronik posta ile gönderilmesi, normal posta ile gönderilmesine nazaran hukuki açıdan bir farklılık yaratmaz ve icap olarak nitelendirilebilir. Bir icabın elektronik posta yolu ile muhataba yöneltilmesi için bu icabı içeren mesajın, gönder tuşuna basmak suretiyle muhataba ait elektronik posta adresine gönderilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Spamming'de ise genellikle ticari amaçlı elektronik postaların, çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak bu konuda bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesi söz konusudur¹¹⁷. Bu elektronik postalar genellikle reklam ve tanıtım amaçlı kullanılmaktadır¹¹⁸. Spamming'le birden çok kişiye bir seferde elektronik posta ile icap içeren reklam yollanması durumu, web sitesinden yapılan arzılara benzetilebilir ve icaba davet olduğu ileri sürülebilir. Ancak bizimde katıldığımız üzere birden fazla kişiye yollanan elektronik postaların gerek isim belirtilsin gerek matbu olsun icap olarak nitelendirilmesi gerekir¹¹⁹. Eğer yollayan kişi bu elektronik posta ile bağlı olmak istemiyorsa yaptığı beyanın bağlayıcı olmadığını bunun reklam amaçlı olduğunu ifade etmesi gerekir¹²⁰.

¹¹³ İnal, s.131; Sağlam, s.115.

¹¹⁴ Kocasakal, s.67; Savaş, s.157- 159.

¹¹⁵ Özsunay, s.25.

¹¹⁶ Kocasakal, s.68.

¹¹⁷ Kocasakal, s.68.

¹¹⁸ Falcioğlu, s.128.

¹¹⁹ Savaş, s.160; Kocasakal, s.69- 70; Falcioğlu, s.129.

¹²⁰ Kocasakal, s.70.

cc-Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Gönderilen Beyanların İcap veya İcaba Davet Oluşturması

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen irade beyanlarının da genel kural çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen bir beyanın icap olarak değerlendirilebilmesi için normal yollarla yapılan icapta bulunması gereken unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlardan birinin eksik olması halinde bu beyanın icaba davet olarak nitelendirilmesi söz konusu olacaktır.

dd-İcapla Bağlılık Süresi

İcapla bağlılık süresi elektronik ortamda da tıpkı normal yollarla yapılan icapta olduğu gibi iletişimin hazır olanlar veya olmayanlar arasında gerçekleşmesine göre değişmektedir.

aaa-Web Sayfaları Üzerinden Yapılan İcap ile Bağlılık Süresi

Web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre icapta bulunanın icabı ile bağlılık süresi BK.m.5'e göre değerlendirilecektir. Web sayfasının bir icap teşkil ettiği durumlarda bu icap, sağlayıcı web sayfasındaki icabı kullanıcılar tarafından erişilmeye hazır bulundurduğu müddetçe geçerlidir¹²¹.

TKHK.m.9/A hükmü dayanağı ile çıkartılan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 5.maddesinde tüketiciye verilmesi gerekli bilgilerden bir tanesi de satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresidir. (m.5/f) Bu hüküm uyarınca sağlayıcı icabın geçerli olduğu süreyi, başka ifadeyle icabı ile bağlı olduğu süreyi tayin etmek zorundadır. Bu durumda kabul için bir süre belirtilmiş olduğundan sağlayıcı BK.m.3 gereğince bu süre sonuna kadar icabından dönemeyecektir. Bunun dışında sağlayıcının teknik olarak icabı ile bağlılık süresi, kullanıcının web sayfasını bilgisayarına yüklemesinin ardından zaruri olan düşünme süresi ve kabul beyanını oluşturarak sağlayıcının bilgisayarına göndermesi için gerekli olan süreden oluşmaktadır¹²².

¹²¹ Gezder, s.117; Savaş, s.185; İnal, s.132.

¹²² İnal, s.132.

Web sayfasının icaba davet oluşturduğu durumlarda ise form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle kullanıcının gönderdiği irade beyanı icabı oluşturmaktadır. Bu icap sağlayıcının bilgisayar sistemine ulaştıktan sonra sistem tarafından otomatik olarak değerlendirilmekte ve gerekli cevap muhabata gönderilmektedir. Otomatik olarak yapılan bu işlem son derece hızlı cereyan ettiği için icapta bulunanın bağlayıcılığı neredeyse kendi irade beyanının muhatap bilgisayara ulaşması ile bu bilgisayar sistemi tarafından gönderilen cevabın kendisine ulaşması için gereken süreye inhisar etmektedir. Kullanıcı normal şartlar altında BK.m.5 kuralına göre saniyeler içinde olmasa bile birkaç dakika içinde web sayfası biçimindeki kabul beyanının kendisine ulaşması gerektiğini beklemekte haklı sayılır, yoksa saatlerce beklemesi gerektiği söylenemez¹²³.

bbb-Elektronik Posta Yoluyla Yapılan İcap İle Bağlılık Süresi

Elektronik posta yoluyla kurulan iletişim kural olarak hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir. Bu sebeple icapta bulunan kabul için bir süre belirtmemişse BK.m.5 hükmüne göre zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir cevabın kendisine ulaşacağı ana kadar icabı ile bağlıdır. Bu durumda bağlılık süresi; icabın muhabata ulaşma süresi, muhabatın işin önemine göre gerek duyacağı asgari düşünme süresi ve bunun üzerine gönderilen bir kabul beyanının icapta bulunana ulaşması sürelerinin toplamından ibarettir¹²⁴. İnternet üzerinden gerçekleşen iletişimin hızı nedeniyle elektronik posta yolu ile yapılan icabın muhabata ulaşması en fazla birkaç dakika sürecektir ve gönderilen icap muhabatın elektronik posta kutusunda daha sonra erişilmek üzere kaydedildiği anda ise ulaşmış sayılacaktır¹²⁵.

İşin önemine göre muhabatın ihtiyaç duyacağı düşünme süresi her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gönderilen kabul beyanının icapta bulunana ulaşması için geçecek sürenin tayininde, muhabatın kabul beyanını yine bir elektronik posta yolu ile gönder-

¹²³ Falcıoğlu, s.186; İnal, s.133.

¹²⁴ İnal, s.131; Sağlam, s.143.

¹²⁵ İnal, s.131.

mesi gerekli midir? Burada icapta bulunanın bunu şart koyması mümkündür. Ancak icapta bulunan böyle bir şart koymamışsa, muhatabın cevabını mutlaka elektronik posta olarak göndermesinin zorunlu olduğu söylenemez, meğerki dürüstlük kuralı gereğince somut olayda aksini kabul etmek gereksin¹²⁶.

Kural olarak cevabın illaki elektronik posta ile gönderilmesi gerekmemekle beraber, muhatap kabul beyanını icapta bulunanın beyanını gönderirken kullandığı iletişim yolunun hızına eş değer bir iletişim yolu ile göndermelidir. Bu noktada kabul beyanı telefon, faks veya telex yoluyla da açıklanabilir, fakat normal posta yolu ile gönderilen bir kabul beyanı gecikmiş bir kabul beyanı olarak görülmelidir¹²⁷.

ccc- Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Yapılan İcap ile Bağlılık Süresi

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan iletişim hazırlar arasında cereyan etmektedir. Bu anlamda icapta bulunan kabul için herhangi bir süre tayin etmemişse BK.m.4 hükmüne göre icap derhal kabul olunmazsa, icabı yapan icabı ile bağlı olmaktan kurtulur. Buradaki derhal kelimesinden, icapta bulunanın muhatabın cevap verebilmesi için zaruri olan asgari düşünme süresince bağlı olduğu anlaşılmalıdır¹²⁸.

b-Kabul ve Sözleşmenin Kurulduğu An

Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının varlığı gerekir. Elektronik sözleşmelerin kurulması içinde tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının mevcudiyeti aranır.

Elektronik sözleşmeler icapta bulunanın icabının, muhatap tarafından kabul edilmesi ile kurulur. Tüm irade beyanlarında olduğu gibi kabul beyanının hüküm ifade etmesi de icapta bulunana ulaşmasına bağlıdır. Bu noktada internet üzerinden gönderilen kabul beyanlarının sözleşmeyi kurduğu anı şu şekilde tespit edebiliriz.

¹²⁶ İnal, s.131.

¹²⁷ İnal, s.132.

¹²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.114.

Elektronik posta olarak gönderilen bir kabul beyanı daha sonra muhatap tarafından erişilmek üzere kendisinin elektronik posta kutusuna kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşme kurulmuş olur¹²⁹. Bunun için icapta bulunanın elektronik posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gerekliliği unutulmamalıdır¹³⁰.

Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise web sayfasının icap veya icaba davet teşkil etmesine göre tespit edilecektir. Nitekim web sayfası icap niteliğindeyse kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. Eğer web sayfası icaba davet niteliğindeyse, sağlayıcının kabulünün kullanıcının bilgisayarında kaydedilerek ekranda belirmesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır¹³¹.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden örneğin chat kanalı üzerinden veya video konferans şeklinde gerçekleşen iletişim, hazırlar arasında cereyan eden bir iletişim olduğu için kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır¹³².

Sözleşmenin kurulması noktasında TKHK.m.9/A.f.2'deki düzenlemeye göre "Mesafeli satış sözleşmesinin¹³³ 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". Madde bağlamında sözleşmenin kurulabilmesi teyit işleminin gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Teyit işleminin yapılmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırım sözleşmenin kurulmadığı yaptırımıdır. Kanaatimizce burada getirilen teyit yükümlülüğü ile kanun koyucu sözleşmenin kurulması durumunda bu bilgilerin kesinlikle tüketiciye verilmesini amaçlamaktadır. Teyit mekanizması ile de ispat kolaylığı hedeflenmektedir.

¹²⁹ Burada da genel kuralda olduğu gibi sözleşme varma teorisi uyarınca kabul haberinin icapçının hâkimiyet alanına vardığı anda kurulmuş olmaktadır.

¹³⁰ İnal, s.134.

¹³¹ İnal, s.134.

¹³² İnal, s.134.

¹³³ Fıkra mesafeli satış sözleşmesinden bahsedilmekle birlikte, bu ifadenin mesafeli sözleşme olarak anlaşılması gerekir.

III- ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞUNA İLİŞKİN İRADE BEYANLARININ GERİ ALINMASI

A-Genel Olarak İcap ve Kabulün Geri Alınması

İcap ve kabulün geri alınması BK.m.9'da düzenlenmiştir. İcap veya kabul beyanının geri alınması halinde bu beyanlar hiç yapılmamış sayılır. Bir irade beyanının, geri alma beyanı olarak kabul edilebilmesi için, daha önce yapılmış bir irade beyanının (icap veya kabul beyanının) mevcut olması, bu irade beyanı ile geri alma beyanının sahip ve muhataplarının aynı kişilerden oluşması ve ilk yapılan irade beyanının sonuçlarını önlemeye veya ortadan kaldırmaya yönelik olması gerekir¹³⁴. Ayrıca geri alınan irade beyanı dolaylı bir irade beyanı, yani hazır olmayanlar arası bir irade beyanı olmalıdır. BK.m.9'da kullanılan varma kelimesi bu görüşü doğrulamaktadır. Bu bağlamda hazır olanlar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen irade beyanlarının geri alınması ilke olarak mümkün değildir. Çünkü hazır olanlar arasında yapılan icap irade açıklaması yapıldığı anda muhataba ulaşmıştır¹³⁵.

İcap ve kabulü geri alma, zaman ve bazen de öğrenme yönünden belli şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. BK.m.9'a göre geri alma haberi, icap veya kabul haberinden daha önce veya aynı zamanda karşı tarafa varırsa icapçı veya muhatap icap ve kabulü ile bağlı kalmaz. Burada kanun geri alma beyanının varma anını esas almakta, öğrenme unsurunu göz önünde tutmamaktadır. O nedenle geri alma beyanı, geri alınan beyandan önce veya onunla aynı anda muhataba ulaşsa ve muhatap önce geri alınan beyanı (icap veya kabul beyanını) öğrense bile geri alma gerçekleşmiştir. BK.m.9 bu halde varma teorisini kabul etmiştir¹³⁶. Buna karşılık geri alma haberi icap ve kabul haberinden daha sonra karşı tarafa varmış olmakla beraber, o, geri alma haberini icap ve kabul haberinden daha önce öğrenmişse, bu halde de icap ve kabul sahibini bağlamaz. Burada BK.m.9 varma teorisinden ayrılmış ve öğrenme teorisini kabul etmiştir¹³⁷.

¹³⁴ Eren, s.232.

¹³⁵ Eren, s.232.

¹³⁶ Eren, s.233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.120.

¹³⁷ Eren, s.233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.121.

Geri alma beyanının tabi olduğu şekil hakkında kanunda herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Bu nedenle geri alma beyanının geçerliği özel bir şekil şartına bağlı değildir. Geri alan geri alma beyanını dilediği şekilde yapabilir¹³⁸.

B-Elektronik Sözleşmelerde İcap ve Kabulün Geri Alınması

İcap ve kabulün geri alınabilmesi ancak hazır olmayanlar arası irade beyanlarında mümkündür. Hazır olanlar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen irade beyanlarının ise geri alınması ilke olarak mümkün değildir¹³⁹. Çünkü hazır olanlar arasında yapılan icap irade açıklaması yapıldığı anda muhataba ulaşmıştır. Bu anlamda elektronik sözleşmelerde icap ve kabulün geri alınmasında da hazır olmayanlar arası bir iletişimin mevcudiyeti gerekir.

1- Web Sayfaları Aracılığıyla Yapılan İcap ve Kabulün Geri Alınması

Web yoluyla yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre burada icap ve kabul beyanlarının geri alınması mümkündür. Ancak geri alma imkânı teorik düzeyde kalmaktadır¹⁴⁰. Çünkü gerek kabul gerekse icap niteliği taşıyan irade beyanları yapıldıkları anda elektronik iletişimin hızından dolayı hemen karşı tarafın hâkimiyet alanına öğrenilir şekilde girmektedir. Bu durumun tek istisnasını sistem bakımından kıyasen geri alma sayılabilecek siparişin tamamlanmasından önceki son aşamada 'siparişiniz kesinse tıklayınız' şeklinde son bir kontrol olanağının alıcıya tanınması oluşturur¹⁴¹.

2-Elektronik Posta Aracılığıyla Yapılan İcap ve Kabulün Geri Alınması

Elektronik posta ile yapılan icap veya kabul beyanları açısından geri almanın şartlarının oluşması pek kolay olmamaktadır. Çünkü elektronik posta iletileri server'larda veya elektronik posta kutusunda

¹³⁸ Reisoglu, s.56.

¹³⁹ Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan icap ve kabulün geri alınması da mümkün değildir. Zira burada da hazırlar arası bir iletişim söz konusudur.

¹⁴⁰ Kocasakal, s.78; Kırca, s.112; Altınışık, s.48; Falcıoğlu, s.202.

¹⁴¹ Falcıoğlu, s.202.

herhangi bir sorun olmadığı takdirde çok kısa süreler içinde, neredeyse anında muhatabın posta kutusuna ulaşmaktadır. Bu nedenle geri alma beyanının da elektronik posta ile gönderilmesi durumunda geri alma beyanının önceden yapılmış olan icap veya kabul beyanı ile aynı anda veya ondan önce ulaştırılması çok zordur¹⁴². Ancak icap ve kabul beyanını elektronik posta ile gönderen kişinin hemen sonra geri alma beyanını da göndermesi halinde iki iletinin de çok kısa zaman aralığı ile muhataba ulaşması ve muhatabın bu iki mesajı birlikte değerlendirilmesi sağlanabilir. Burada önemli olan, icabı içeren elektronik postanın muhatabın elektronik posta kutusuna ulaşmasından sonra, fakat henüz içeriğini öğrenmesinden önce, geri alma beyanının ona ulaştırılmasıdır¹⁴³. Bu konuda geri alma beyanının, icap veya kabul beyanını içeren elektronik postanın gönderilmesinden hemen sonra telefonla açıklanması suretiyle muhatabın bu beyanı daha önce öğrenmesinin sağlanması düşünülebilir¹⁴⁴.

SONUÇ

Elektronik ticaretin hukuki alt yapısı esas olarak elektronik sözleşme kavramına dayanmaktadır. Elektronik sözleşmede normal yollarla yapılan sözleşmeler gibi tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile doğmakla beraber elektronik ortamda yapılan irade beyanları ile ilgili tartışmalar olmuştur.

Tartışmaların yoğunlaştığı noktalar elektronik ortamda yapılan iletişimin, bu anlamda elektronik posta aracılığıyla, web sayfası aracılığıyla ve eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan iletişimin hazırlar arası olup olmadığı yine bu yollarla gönderilen irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu ve bu beyanların geri alınıp alınamayacağı noktalarıdır.

Elektronik ortamda yapılan iletişimin hazırlar arası bir iletişim olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılırken taraflar arasında kesintisiz bir iletişimin bulunup bulunmadığına yani tarafların irade

¹⁴² Kocasakal, s.78; Sağlam, s.140.

¹⁴³ Bozbel, s.285.

¹⁴⁴ Kocasakal, s.78.

beyanları arasına fasılaların girip girmediğine bakılmalıdır. Eğer tarafların irade beyanları arasına fasılalar giriyorsa bu iletişim hazır olmayanlar arası olarak kabul edilmeli, aksi takdirde hazırlar arası iletişim olduğu kabul edilmelidir. Burada iletişimin hazırlar arası olup olmadığıнын önemi kendisini, bu iletişim sonucu yapılan sözleşmenin ne zaman kurulmuş olacağı, hüküm ve sonuçların ne zaman doğacağı bunun yanında icap ve kabulün geri alınmasının mümkün olup olmadığı noktasında gösterecektir. Nitekim hazırlar arası bir sözleşmede, sözleşmenin kurulması ve hükümlerinin doğması muhatabın kabul beyanını açıkladığı anda gerçekleşecektir. Hazırlar arası bir sözleşmede icap ve kabulün geri alınması mümkün olmayacaktır. Ancak hazır olmayanlar arası bir sözleşmede sözleşmenin kurulma anı muhatabın kabul beyanının icap sahibinin hâkimiyet alanına vardığı an olacak, sözleşmenin hüküm doğurma anı ise kabul beyanının muhatap tarafından gönderildiği an olacaktır. Hazır olmayanlar arası sözleşmede icap ve kabulün geri alınması da mümkün olmaktadır.

Elektronik posta iletişiminin işleyişinde taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim yoktur. Elektronik posta yolu ile yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arası yapılmış sayılmaktadır. Elektronik postaları bireysel elektronik posta ve spamming olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bireysel elektronik postalarda icapı yapan kişi bunu belirli bir veya birkaç kişiye göndermektedir. Elektronik posta ile yapılan icaplar hukuki açıdan mektupla yapılan icaplara benzetilmektedir. Dolayısıyla hukuken geçerli bir icabın varlığı için aranan şartları taşıdığı takdirde bir mesajın elektronik posta ile gönderilmesi normal posta ile gönderilmesine nazaran hukuki açıdan bir farklılık yaratmaz ve icap olarak nitelendirilir. Spamming’de ise genelde ticari amaçlı elektronik postaların çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak bu konuda bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesi söz konusudur. Bu mailler genellikle reklam ve tanıtım amaçlı kullanılmaktadır. Spamming’le birden çok kişiye bir seferde elektronik posta ile icap içeren reklam yollanması durumu web sitesinden yapılan arzılara benzetilebilir ve icaba davet olduğu ileri sürülebilir. Ancak bizimde katıldığımız üzere birden fazla kişiye yollanan elektronik postaların gerek isim belirtilsin gerek matbu olsun icap olarak nitelendirilmesi gerekir.

Elektronik posta yoluyla kurulan iletişim kural olarak hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir. Bu sebeple icapta bulunan kabul için bir süre belirtmemişse BK.m.5 hükmüne göre zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir cevabın kendisine ulaşacağı ana kadar icabı ile bağlıdır. Bu durumda belirlilik süresi; icabın muhataba ulaşma süresi, muhatabın işin önemine göre gerek duyacağı asgari düşünme süresi ve bunun üzerine gönderilen bir kabul beyanının icapta bulunana ulaşması sürelerinin toplamından ibarettir. İnternet üzerinden gerçekleşen iletişimin hızı nedeniyle elektronik posta yolu ile yapılan icabın muhataba ulaşması en fazla birkaç dakika sürecektir ve gönderilen icap muhatabın elektronik posta kutusunda daha sonra erişilmek üzere kaydedildiği anda ise ulaşmış sayılacaktır İşin önemine göre muhatabın ihtiyaç duyacağı düşünme süresi her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Elektronik posta olarak gönderilen bir kabul beyanı daha sonra muhatap tarafından erişilmek üzere kendisinin elektronik posta kutusuna kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşme kurulmuş olur. Bunun için icapta bulunanın elektronik posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gerekliliği unutulmamalıdır.

Elektronik posta yolu ile yapılan iletişim hazır olmayanlar arası bir iletişim olduğuna göre burada elektronik posta ile yapılan icap ve kabulün geri alınması mümkündür. Ancak elektronik posta ile yapılan icap veya kabul beyanları açısından geri almanın şartlarının oluşması pek kolay olmamaktadır. Çünkü elektronik posta iletileri server'larda veya elektronik posta kutusunda herhangi bir sorun olmadığı takdirde çok kısa süreler içinde neredeyse anında muhatabın posta kutusuna ulaşmaktadır. Bu nedenle geri alma beyanının da elektronik posta ile gönderilmesi durumunda geri alma beyanının önceden yapılmış olan icap veya kabul beyanı ile aynı anda veya ondan önce ulaştırılması çok zordur. Ancak icap ve kabul beyanını elektronik posta ile gönderen kişinin hemen sonra geri alma beyanını da göndermesi halinde iki iletinin de çok kısa zaman aralığı ile muhataba ulaşması ve muhatabın bu iki mesajı birlikte değerlendirmesi sağlanabilir. Burada önemli olan, icabı içeren elektronik postanın muhatabın elektronik posta kutusuna ulaşmasından sonra, fakat henüz içeriğini öğrenmesinden önce geri alma beyanının ona ulaştırılmasıdır.

Web sayfaları üzerindeki iletişim hazır olmayanlar arasında gerçekleşen bir iletişimdir. Çünkü tarafların sözleşmeyi müzakere etmeleri, soru sormaları ve pazarlık yapma gibi imkânları yoktur. Kullanıcı özelliklerini web sayfasından gördüğü bir ürünü ya sipariş edecek ya da etmeyecektir.

Ürünlerin internette sunulmasına ilişkin web sayfalarındaki bilgilerin icap mı yoksa icaba davet mi olduğu konusunda genel kanaat icaba davet olduğu yönünde oluşmuştur. Ancak web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet niteliğinde bulunduğu kesin ve katı şekilde kabulü yerinde değildir. Somut irade beyanının (web sayfasının) içeriği göz önünde bulundurulmaksızın genel bir yaklaşımla web sayfalarının bir öneriye davet olduğunun kabulü her şeyden önce irade özgürlüğü ilkesinin göz ardı edilmesi anlamını taşır. Web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet olduğu yönündeki getirilen gerekçe de stokların takip imkânının mümkün olmadığı ayrıca müşterinin ödeme gücünün ve kimliğinin de tespitinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ancak stokların elektronik yollarla izlenmesi, takibi son derece kolaydır. Bunun yanında günümüzde seri üretime geçişle beraber seri halde üretilen malların satışına ilişkin pek çok işlemde alıcının kimliği önemini kaybetmiş bulunmaktadır. Artık 'ilgili için işlem' gereğince pek çok satış yerinde olduğu gibi internette de web sitesi sağlayıcısı için alıcının kimliği hiçbir önem arz etmemektedir. Bu çerçevede sadece paranın ödenmesi önem kazanmaktadır ki web sayfalarından yapılan sunumlarda bu da bir zorluk teşkil etmemekte çoğu kez kredi kartı bilgilerinin siparişle beraber verilmesiyle ödemenin yapılması sağlanmaktadır. Diğer yandan güven prensibi çerçevesinde irade beyanlarının yorumunda stokların kontrolü veya karşı tarafın ödeme gücü gibi subjektif kıstasların esas alınmasının ne derece doğru bir yaklaşım olduğu şüphelidir. Bu sebeplerle malların satışı ile dijital ürünlerin doğrudan satışına ilişkin web sayfaları arasında bir ayırım yapılması da tamamen yapay bir farklılık olmuştur. BK.m.7/2 ve BK.m.7/3 hükümlerinden yola çıkıldığında ise sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayan web sayfalarının ikinci fıkrada belirtilen tarife veya fiyat listelerinin yayınlanmasından çok, üçüncü fıkradaki semeni göstererek mal teşhirine benzediğini kabul etmek gerektiğini ileri sürmek daha yerinde olacaktır. Web sayfalarının kesin bir şekilde icap ya da icaba davet ola-

rak nitelendirilmesinin yapılması, bunun kesin bir şekilde söylenmesi yerinde değildir. Web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun bir yorum meselesi olduğuna ve bunun güven teorisinin ışığında tespit edilmesi gerektiğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bu noktadan hareketle 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 olduğu bu şekilde tespit edilmelidir.

Web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre icapta bulunanın icabı ile bağlılık süresi BK.m.5'e göre değerlendirilecektir. Web sayfasının bir icap teşkil ettiği durumlarda bu icap, sağlayıcı web sayfasındaki icabı kullanıcılar tarafından erişilmeye hazır bulundurduğu müddetçe geçerlidir.

Web sayfası yoluyla yapılan iletişimde de sözleşmenin kurulması şu şekilde açıklanabilir. Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise sözleşmenin kurulması web sayfasının icap veya icaba davet teşkil etmesine göre tespit edilecektir. Nitekim web sayfası icap niteliğindeyse kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. Eğer web sayfası icaba davet niteliğindeyse, sağlayıcının kabulünün kullanıcının bilgisayarında kaydedilerek ekranda belirmesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır.

Web yoluyla yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre burada icap ve kabul beyanlarının geri alınması mümkündür. Ancak geri alma imkânı teorik düzeyde kalmaktadır. Çünkü gerek kabul gerekse icap niteliği taşıyan irade beyanları yapıldıkları anda elektronik iletişimin hızından dolayı hemen karşı tarafın hâkimiyet alanına öğrenilir şekilde girmektedir. Bu durumun tek istisnasını sistem bakımından kıyasen geri alma sayılabilecek siparişin tamamlanmasından önceki son aşamada 'siparişiniz kesinse tıklayınız' şeklinde son bir kontrol olanağının alıcıya tanınması oluşturur.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gerçekleşen iletişimde kullanıcılar hem kendi metnini muhataba göndermekte hem de muhatabın gönderdiği beyanı ekranında görmektedir. Bu iletişim doğrudan ve eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir. Bu nedenle burada hazırlar

arası bir iletişim söz konusudur. Eş zamanlı bir iletişim kanalı üzerinden gönderilen beyanlar muhatabın hâkimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Burada önemli olan muhatabın bu irade beyanını öğrenme imkânına sahip bulunmasıdır.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen irade beyanlarının da genel kural çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen bir beyanın icap olarak değerlendirilebilmesi için normal yollarla yapılan icapta bulunması gereken unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlardan birinin eksik olması halinde bu beyanın icaba davet olarak nitelendirilmesi söz konusu olacaktır.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan iletişim hazırlar arasında cereyan etmektedir. Bu anlamda icapta bulunan kabul için herhangi bir süre tayin etmemişse BK.m.4 hükmüne göre icap derhal kabul olunmazsa icabı yapan icabı ile bağlı olmaktan kurtulur. Buradaki derhal kelimesinden icapta bulunanın muhatabın cevap verebilmesi için zaruri olan asgari düşünme süresince bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden örneğin chat kanalı üzerinden veya video konferans şeklinde gerçekleşen iletişim hazırlar arasında cereyan eden bir iletişim olduğu için kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. İcap ve kabulün geri alınabilmesi ancak hazır olmayanlar arası irade beyanlarında mümkündür. Hazır olanlar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen irade beyanlarının ise geri alınması ilke olarak mümkün değildir. Bu bağlamda eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gerçekleşen iletişim hazırlar arası sayıldığına göre burada icap ve kabulün geri alınması olanağı bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000
- ALTINIŞIK, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007
- BOZBEL, SAVAŞ, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler, Yargıtay Dergisi, C.27, Ocak-Nisan 2001, s.278.
- BOZBEL, SAVAŞ, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler, [http:// www.hukukcu. com/ bilimsel/ kitaplar/ internet uze-rindenhukukiislem.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uze-rindenhukukiislem.htm)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- ERİŞGİN, Nuri, Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı, AÜHFĐ.,C.48, S.1- 4, Y.1999, s.231.
- FALCIOĞLU, Mete Özgür, Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara 2004
- GEZDER, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004
- İNAL, Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005
- KIRCA, Çiğdem, İnternette Sözleşme Kurulması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XX, S.4, Aralık 2000, s.107.
- KOCASAKAL H. ÖZDEMİR, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005
- ÖZMEN, E. Saba, Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi,1990/1, s.77.

ÖZSUNAY, Ergun, Uluslar arası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000

SAĞLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007

SAVAŞ, Abdurrahman, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, Konya 2005

SCHMİDLİN, Bruno, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art.3- 10 OR, Bern 1985

SÖZER, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002

TEKİNAY, S. Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/

ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988