

İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Applicable Law to the Contracts Established Over the Internet

Turgay Sarıakçalı* 

Öz

İletişimin en kolay, ucuz ve etkin yöntemi haline gelen internet üzerinden yapılan işlemler, günümüzde kişilerin iş ve özel yaşamlarının vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Bu gerçek, sözleşme kurulmasında da kendini göstermektedir. Sözleşmelerin internet üzerinden kurulmasının diğer sözleşmelerden tek farkı, tarafların irade beyanlarını internet üzerinden iletiliyor olmalarıdır. Bu sözleşmelerin yabancılık unsuru içermesi halinde, irade beyanlarının internet üzerinden gönderilmesinin kanunlar ihtilafı kurallarına yapacağı olası etkiler incelenmelidir.

5718 Sayılı Kanununun 24. maddesine göre ana kural, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara tarafların seçtiği hukukun uygulanmasıdır. Eğer bir hukuk seçimi varsa, tarafların iradelerinin tespiti ve yorumlanması ile uygulanacak hukuk belirlenecektir. Hukuk seçiminin bulunmaması halinde, objektif kural, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıdır. Bu konuda yasal karine, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluş anındaki mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. Sözleşmenin internet üzerinden kurulmuş olması, sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukukun ya da karakteristik edimin tespiti konusunda herhangi bir etki yaratmamaktadır. Yine tarafların iradelerinin tespiti ve yorumu ile sonuca varılacaktır.

Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde tarafların iradelerinin tespiti ve yorumlanması zordur. Bu tür sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketici sözleşmeleri oluşturmaktadır. Bu nedenle tüketici sözleşmeleri çalışmada ayrı bir başlık altında incelenmiştir. 5718 Sayılı Kanununun 26. maddesine göre, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da ana kural tarafların seçtiği hukukun uygulanmasıdır. Buna karşılık, seçilen hukukun uygulanmasında bir sınırlama vardır. Buna göre, tüketicinin mutad meskeninin sağladığı asgari koruma saklıdır. Çalışmada, genel hüküm ve şartlar içinde bulunan hukuk seçiminin geçerliliği konusu ayrıca incelenmiştir.

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin bulunmaması halinde, objektif kural, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. Buna karşılık bu kuralın uygulanması için, sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasında bir ilişki kurulması gerekmektedir. Sözleşmenin internet üzerinden kurulması halinde, web sitesi sahibinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş aktif bir ticari faaliyetinin bulunması halinde bu ilişki kurulacaktır. Tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş aktif ticari faaliyetin şartları çalışmada ayrıntıları ile incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Elektronik sözleşme, Tüketici sözleşmesi, Uygulanacak hukuk, Hukuk seçimi, İnternet üzerinden irade beyanı

Abstract

Transactions made over the internet (which has become the easiest, cheapest and effective method of communication), have become an indispensable element of people's business and private lives today. This fact also manifests itself in the establishment of contracts. The only difference between the establishment of contracts over the internet and other contracts is that the parties send their will statements over the internet. If these agreements contain foreign elements, the possible

* Sorumlu Yazar: Turgay Sarıakçalı (Av.), İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye. E-posta: tsariakcali@gmail.com ORCID: 0000-0002-8947-6683

Atf: Sarıakçalı T, "İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk" (2020) 40(1) PPII 247.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0032>

effects of sending the declarations of will on the internet to the rules of conflict of laws should be examined.

According to Article 24 of Turkish Code No. 5718, the main rule is that the law explicitly designated by the parties shall be used in disputes that arise from the contracts. If there is a choice of law, the law to be applied will be identified by determining and interpreting the intents of the parties. In the absence of a choice of law, the disputes shall be governed by the law most connected to the contract. The legal presumption in this regard is that the law to be applied shall be the law of the place of business or habitual residence of the debtor of the characteristic performance of the contract. The fact that the contract was formed online has no effect on the determination of the law most connected to the contract or the determination of the characteristic performance of the contract. Again, the conclusion will be drawn by determining and interpreting the intents of the parties.

It is difficult to determine and interpret the parties' intents in contracts established over websites. The vast majority of such contracts are consumer contracts. Thus, consumer contracts are examined in a separate section in this study. According to Article 24 of the Turkish Code No. 5718, the main rule is that the law designated by the parties will be applied in case a choice of law exists. Yet, there is a limitation on applying the chosen law. According to this, the minimum protection to which the consumer will be held through the statutory provisions of the law of his/her habitual residence, are reserved. In this study, also the validity of the choice of law within general terms and conditions is examined in detail.

In the absence of a choice of law in consumer contracts, the law to be applied shall be the law of the habitual residence of the consumer. However, in order for this rule to be applied, there needs to be a connection between the contract and the country in which the consumer's habitual residence is located. In case the contract is formed via the internet, such a connection will be established only if the website owner demonstrates commercial or professional activities targeting the country in which the consumer's habitual residence is located. In this study, a discussion regarding the determination of commercial or professional activities that target the consumer's habitual residence was made in detail.

Keywords

Electronic contract, Consumer contract, Applicable law, Choice of law, Declaration of will on the internet

Extended Summary

According to the definition made in Article 1 of the Turkish Code of Obligations, a contract is formed in cases where both parties declare their intent mutually and appropriately. The particularity of the contracts formed via the internet manifests itself in the stage of sending the declaration of intent to the other party. In such contracts, both parties communicate their will to each other via the internet. In the agreements formed via electronic mail, the parties' statements are clearly included in the e-mail message, and there is nothing distinctive in their interpretation. However, the determination and interpretation of the parties' intents in the contracts formed through websites is a controversial issue.

As a result of the international character of the internet, some of the contracts formed online contain a foreign element, and the law to be applied in cases where a dispute arises needs to be determined. The only difference between contracts that are concluded online, and traditional contracts is that the former is formed when the parties declare their intents via the internet. For this reason, the effect of sending the declaration of intent using the internet should be examined. According to Article 7 of the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure (No. 5718), legal transactions may be carried out pursuant to the form being in conformity with the provisions prescribed by substantial law in accordance with the laws of the

place of their execution or by the law applicable to the substance of the said legal transaction. In order to implement this rule, it is important to determine the location where the contract is formed. Since the parties would be in separate locations during the submission of the declarations of intent, the generally accepted solution is to evaluate the declaration of each party according to the rules of the country in which they make their particular declaration.

According to Article 15, paragraph 4 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, and Article 10, paragraph 3 of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, or at the habitual residence if there is none; and deemed to be received at the place where the addressee has its place of business, or at the habitual residence if there is none.

The applicable law to disputes that arise from such contracts is regulated by Article 24 of Turkish Code No. 5718. The same Act also introduces distinct rules on immovable property contracts, consumer contracts, labor contracts, intellectual property rights contracts, transport contracts, and representation. According to Article 24, the main rule is that the law explicitly designated by the parties shall be used in disputes that arise from the contracts. If there is a choice of law in a contract formed via the internet, the fact that the agreement was made online has no effect on this rule. The law to be applied will be identified by determining and interpreting the intents of the parties. In the absence of a choice of law, the disputes shall be governed by the most connected law to the contract. The legal presumption in this regard is that the law to be applied shall be the law of the place of business or habitual residence of the debtor of the characteristic performance of the contract at the time of the conclusion. The fact that the contract was formed online has no effect on the determination of the law most connected to the contract or the determination of the characteristic performance of the contract. Again, the conclusion will be drawn by determining and interpreting the intents of the parties. The important point here is to determine the time of the conclusion of the contract formed online. This is also an important factor in intellectual property rights contracts and transport contracts. Moreover, if a representative exists, it is crucial to determine the location where the representative authority is virtually practiced.

It is difficult to determine and interpret the parties' intents in contracts established over websites. The vast majority of such contracts are consumer contracts. Thus, consumer contracts are examined in a separate section in this study. The law to be applied in disputes that arise from consumer contracts is defined in Article 26 of Turkish Code No. 5718. The main rule is that the law designated by the parties will be applied in case a choice of law exists. Yet, there is a limitation on applying the

chosen law. According to this, the minimum protection to which the consumer will be held through the statutory provisions of the law of his/her habitual residence, are reserved. In this respect, the fact that the contract was formed via the internet affects the validity of the choice of law because the consumer is obliged to accept the general terms and conditions imposed on the website in order to form a contract. In this study, the validity of the choice of law within these general terms and conditions is examined in detail.

In the absence of a choice of law in consumer contracts, the law to be applied shall be the law of the habitual residence of the consumer. However, in order for this rule to be applied, there needs to be a connection between the contract and the country in which the consumer's habitual residence is located. The law describes the necessary conditions for a connection to be present. These terms, which are designated by law, are in parallel with the universally accepted terms in Private International Law in order to grant privileges to protect the interests of consumers. According to these conditions, in cases where the contract is formed via the internet, such a connection will be established only if the website owner demonstrates commercial or professional activities targeting the country in which the consumer's habitual residence is located. If that is the case, the law of the habitual residence of the consumer should be applied. In this study, a discussion regarding the determination of commercial or professional activities that target the consumer's habitual residence was made in detail.

İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Giriş

Elektronik ticaret, son dönemlerde internet teknolojisinin gelişmesi ve hiç beklenmedik şekilde yaygınlaşması sonucunda ivme kazanmış ve özellikle internet aracılığıyla yapılan işlemler, ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Kısa süre öncesine kadar birçokumuza yabancı bir kavram olan internet, iletişim ve bilgiye ulaşımın en kolay, hızlı ve ucuz aracı haline gelmiş olması itibariyle artık hepimizin hayatında önemli bir yer teşkil etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak internetin anılan fonksiyonlarından ticari işlemlerin icrası esnasında da etkin bir şekilde faydalanılmaktadır.

Günümüzde tüketiciler, buldukları yerden sadece bilgisayarlarını kullanarak almak istedikleri ürün veya hizmetin değişik alternatiflerini görüp karşılaştırmak suretiyle kendileri için en uygun seçeneği belirleyebilmekte, siparişini internet üzerinden verip ödemeyi de internet üzerinden gerçekleştirebilmektedir. Aynı şekilde firmalar da internette kurdukları sanal mağazalarda satışlarını gerçekleştirerek hem maliyetlerden ciddi miktarlarda tasarruf edebilmekte hem de daha geniş bir çevreye mal ve hizmetlerini arz edebilmektedir. Bu durum işletmeler arası ticarete de kendini göstermekte olup bu sayede maliyet ve işgücü açısından önemli yararlar sağlanmaktadır.

Bu özellikleri sayesinde gün geçtikçe ticari hayata hâkim olmaya başlayan bu yeni ticaret şekli, birtakım hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir. İnternetin global ölçekte yaygınlığı sonucunda, internet üzerinden yapılan işlemlerin birçoğunun uluslararası karakterli olması kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle bu işlemlerde uygulanacak hukukun belirlenmesi kritik önem taşımaktadır. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketici sözleşmeleri oluşturduğundan, bu konu tüketiciye etkin ve gerçekçi bir koruma sağlamak açısından son derece önemlidir. Zira internette alışveriş yapan tüketicinin, yapmış olduğu bu işlemin hangi ülkenin hukukuna tabi olacağını bilmesi hukuk güvenliğinin sağlanması açısından zorunludur. Bu nedenle internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusu, tüketici sözleşmeleri üzerinde özellikle durulmak suretiyle incelenecektir. Çalışmada, yabancı unsurlu sözleşmelerin internet üzerinden akdedilmesi halinde uygulanacak hukuk konusu 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹ hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

1 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

I. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler

Türk Borçlar Kanunu'nun² 1. maddesinde yapılan tanıma göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki muameledir.³ Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirlerine yönelttikleri iradelerinin uyumu yeterlidir. Bu irade beyanı açık ya da örtülü olabilir. Kanunda açıkça belirtilmediği sürece irade beyanları herhangi bir şekle tabi değildir. Geçerli bir irade beyanının varlığı için bunun karşı tarafa ulaşması yeterlidir.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin özelliği de irade beyanının karşı tarafa ulaştırılması aşamasında kendini göstermektedir. Taraflar, iradelerini birbirlerine internet aracılığıyla ulaştırmaktadırlar. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin, klasik şekilde kurulan sözleşmelerden yegâne farkı budur. Bu sebeple bu sözleşmeler de, Borçlar Hukukunun sözleşmelerle ilgili getirmiş olduğu ilkelere tabi olacaktır.⁴

A. İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması

1. İnternette Sözleşmelerin Kuruluşunda Kullanılan Yöntemler

a. Web Sitesi

İnternet ortamında mal veya hizmet sunumunda bulunmak isteyen işletmeler, ürünlerini ve hizmetlerini tanıtmak ve satışını yapmak üzere bir web sitesi kullanırlar. Bu sitelerde, ürün ve hizmetlerin reklamı yapılabildiği gibi, bunlarla ilgili siparişlerin alınması da mümkündür.

Web siteleri aracılığıyla sözleşme akdedilmesi yalnızca bir ticari işletmenin kendi web sitesi aracılığıyla mal satışı veya hizmet sunumuyla sınırlı değildir. Birçok işletmenin faaliyet gösterdiği elektronik pazaryerlerinde⁵ akdedilen sözleşmeler, ticari

2 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

3 Her ne kadar kanunda iki taraftan bahsedilmiş olsa da şirket sözleşmesi ve miras taksim sözleşmesi gibi ikiden fazla tarafın bulunduğu sözleşmelerin de varlığı kabul edilmektedir. Bu sözleşmelere Borçlar Kanununun sözleşmelerle ilgili kuralları kıyasen uygulanabilmektedir. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt - 1 (17th edn Vedat 2018), 42 ; Doktrinde başka bir görüş ise, bu tarz durumların "toplu işlem" olduğunu, sözleşmelerden farklı olarak, karşılıklı irade beyanlarından değil, aynı yönde irade beyanlarından söz edilebileceğini belirtmektedir. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1,1* (Seçkin 2019), 158.

4 Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Turhan 2004), 144 ; Mete Özgür Falcioğlu, *Karşılaştırmalı Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu* (Yetkin 2004), 61 ; Çiğdem Kırcak, *İnternette Sözleşme Kurulması* (BATİDER 2002), Vol 20 (4), 99 ; Wolfgang Kilian, "Dijital İletişim ve Sözleşme Hukuku", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Çev. Akkayan Yıldırım A, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 161, 164 ; Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003), 37 ; Ergun Özsunay, "Elektronik Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 121, 128 ; Helmut Rüssmann, "İnternette Hukuki İşlemler Hakkında Delil İkamesi", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu (Çev. Özekes M) (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 325, 326, (Bildirinin orijinal metni için bkz. "Determination of Evidence About Legal Transactions Through The Internet", aynı eser, 293, 324) Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler* (Beta 2002), 16.

5 Elektronik pazaryerleri, çeşitli işletmelerin, mal veya hizmetlerini tanıtmalarına ve bunları satmalarına veya ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkân veren, ilgili tarafların bağlanabileceği bir web sitesi şeklinde oluşturulan sanal ticaret merkezleridir. Özdemir Kocasakal (n 4), 31. Elektronik pazaryerleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kırçova ve Pınar Öztürk, *İnternette Ticaret ve Hukuki Sorunlar*, (İstanbul Ticaret Odası Yayını 2000), 77 vd. Bu sistem ülkemizde yaygın olarak kullanılmaktadır.

amaçlı olmayan sitelere üyelik sözleşmeleri gibi çok çeşitli şekillerde olabilir. Önemli olan, bir tarafta bilgisayarı aracılığıyla mesaj gönderen bir insan, diğer tarafta ise web sitesinin sunucusuna yüklenmiş olan parametrelerin bulunmasıdır. Bu sebeple bu tip sözleşmelerde web sitelerinde bulunan açıklamalar, karşı tarafı daha önceden belirlenmiş birtakım hareketlerde bulunmaya zorlamaktadır. Web sitesinde yazılı talimata uyulmadığı zaman bir sonraki aşamaya geçilememekte, böylelikle sözleşme kurulamamakta veya site tarafından başka bir alternatif sunulmaktadır.

Doktrinde, Borçlar Kanunu ilkeleri gereğince web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulmasının mümkün olmadığını, ancak hukukun toplumdaki gelişmelere ayak uydurma zorunluluğu karşısında bunun kabul edilebileceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre sözleşmenin kurulması için irade beyanının bulunması zorunludur ve geçerli bir irade beyanı ancak insan tarafından yapılabilir. Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise irade beyanında bulunan bir makine olduğundan bunun geçerli bir irade beyanı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁶ Oysa bu durumda irade beyanında bulunan bir makine değildir. Zaten bir makinenin kendi başına bir irade beyanında bulunması doğa kuralları gereği mümkün değildir. Web sitesinin bağlı bulunduğu sunucu bilgisayar, kendisine yüklenen programın gereğini yerine getirerek, belli durumlar karşısında site sahibinin arzusuna uygun olarak hareket etmektedir. Bu ilişkide bilgisayar yalnızca site sahibinin iradesini beyan etmekte kullandığı araç konumundadır. Bu nedenle web sitesinin sunucu bilgisayarı tarafından yapılan beyanların, site sahibine atfedilebilmesinde kuşku duyulmaması gerekir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler konusunda başka bir ayırım daha yapılmakta, web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulması yalnızca ifanın fiziki yollarla gerçekleştiği durumlara hasredilmekte ve sözleşmenin ifasının online olarak gerçekleştiği durumlar “Online Kitleli Pazara Yönelik Sözleşmeler” adıyla farklı bir başlık altında incelenmektedir.⁷ Ancak kanaatimce böyle bir ayırma gitmek yerinde olmayacaktır. Zira bu tür sözleşmelerin web siteleri aracılığıyla kurulan diğer sözleşmelerden tek farkı ifanın online olarak gerçekleştirilebiliyor olmasıdır. Bu da sözleşmenin ifasına ilişkin bir ayırım olup sözleşmenin kuruluş şekilleri açısından herhangi bir özellik taşımamaktadır.

b. Elektronik Posta (E-Mail)

Elektronik posta, iki kişi arasında bilgisayar ağları aracılığıyla mesaj iletilmesidir. Elektronik postanın diğer iletişim olanaklarına oranla özelliği, her kullanıcının mesajlarını göndermek ve gelen mesajları almak üzere kendine ait bir web adresinin bulunmasıdır. Böylelikle kullanıcı, kendisine mesaj gönderildiği anda internete bağlı olmasa dahi, mesaj kutusunda saklanan bu mesajı daha sonra görebilme olanağına

⁶ Sözer (n 4) 93, dn.13.

⁷ Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler* (Seçkin 2003) 35.

sahip olabilmektedir. Sözleşme taraflarının karşılıklı olarak elektronik postayla irade beyanında bulunmak suretiyle bir sözleşme akdetmeleri mümkündür.⁸

c. Elektronik Veri Değişimi (EDI)

Elektronik veri değişimi, birbirleriyle network ağıyla bağlı işletmeler arasında, verilerin araya insan unsuru girmeden otomatik olarak değişimini sağlayan bir sistemdir. Bu sistemin kullanımı sayesinde, işlemlerin hızı %50'ye varan oranlarda artarken, maliyetler %5-20 arasında azalmaktadır.⁹ Bu yöntem en tipik haliyle kredi kartı ödemelerinde kullanılan POS(Point of Sale) makinelerinin işleyişinde kendisini göstermekte olduğu gibi¹⁰, stok kontrol ve sipariş verme amacıyla marketler tarafından da yaygın olarak kullanılmaktadır. Ayrıca gümrük işlemlerinde¹¹ ve denizcilik uygulamalarında da¹² EDI kullanımı giderek yaygınlaşmakta, böylece uluslararası ticaret hızlanmakta ve kolaylaşmaktadır.

Bu yöntemin işletmeler arasında kullanılabilmesi için, işletmeler arasında bu konuda bir sözleşme akdedilmiş olması ve bu sözleşmeyle, sistemin işleyişinin belirlenerek tarafların bilgisayar sistemlerinin uyumlaştırılması gerekmektedir.¹³

Bu sistemde, mağazada satışı yapılan mallar, mağazanın bilgisayar sistemi aracılığıyla mağazanın deposuna giden mesajla stoklardan düşülmektedir. Stoklarda, daha önceden belirlenmiş olan sınırın altına düşen mallar için bilgisayar sistemi tedarikçi firmanın sistemine bir mesaj göndererek sipariş vermekte ve tedarikçi firmanın sistemi, vermiş olduğu uyarı ile siparişin yerine getirilmesini sağlamaktadır. Görüldüğü üzere, insan unsuru en son aşamada, sipariş edilen malların yüklenmesi ve teslimi aşamasında devreye girmektedir.

Sistem incelendiğinde, taraflar arasında EDI'nin kurulmasını öngören ve işleyişini düzenleyen bir sözleşmenin bulunduğu görülecektir. Ancak, EDI'nin işleyişinde, uygulama için sistemlerin aralarında yapmış oldukları sipariş işleminin ayrı bir sözleşme oluşturup oluşturmayacağı konusunda farklı görüşler oluşmuştur. Bir görüşe göre, EDI bir sözleşme olmayıp, çerçeve sözleşmenin ifasında kullanılan bir yöntemdir. Zira bir sözleşmeden söz edilebilmesi için öncelikle tarafların karşılıklı olarak birbirine uygun surette irade beyanında bulunmuş olmaları zorunludur. EDI durumunda ise bir irade beyanından söz edilmesi mümkün değildir. Karşılıklı olarak iletişim içinde

8 Altınışık (n 7) 35 ; Kırcıca (n 4) Kırcıçova, Öztürk, (n 5) 56 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 67 ; Ali Osman Özdilek, *İnternet ve Hukuk* (Papaty 2002) 31 ; 101,Özsunay (n 4) 128 ; Rüssmann (n 4) 328.

9 Nusret Ekin, *Bilgi Ekonomisinde Elektronik Ticaret*, (İstanbul Ticaret Odası 1998) 90.

10 Emrehan İnal, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, (Vedat 2005) 17.

11 Altınışık (n 7) 28 ; Ekin (n 9) 90 ; Özdemir Kocasakal(n 4) 30, dn 84.

12 Deniz taşıması uygulamalarında elektronik konşimento kullanımı konusunda bkz. Huriye Kubilay ve Esen Akıntürk, "Elektronik Konşimento" (Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı, 2001) 333-354.

13 Bu sözleşme Trading Partner Agreement(TPA) olarak adlandırılmaktadır. Özdemir Kocasakal (n 4) 29, Graham J.H. Smith, *Internet Law and Regulation*, (Sweet & Maxwell 1999) 207 ; Sözer (n 4) 91.

bulunanlar sadece bilgisayarlardır ve düzenlenmiş bir programın belirlediği usule uygun olarak belli şartların oluşması halinde belli mesajları iletmektedirler.¹⁴

Bu görüş, uygulamanın her safhasının ayrı bir sözleşme oluşturmayıp art arda teslim şartlı satış sözleşmesinin ifasına ilişkin yöntemi oluşturduğuna ilişkin yönü ile, yalnızca öngörülen sözleşmeyle sınırlı olmak üzere doğrudur. Ancak bilgisayarların göndermiş oldukları mesajların irade beyanı olmayacağı yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bilgisayarlara belli parametreler yüklenmekte ve ortaya çıkan her durum için bilgisayarın davranışı işletme sahibi tarafından belirlenmektedir. Bilgisayara bu parametreleri yükleyip uygulamaya geçirmek, bilgisayarın bu parametrelere uyarak yapacağı işlemleri önceden kabul etmek anlamına gelmektedir ve aslında her ne kadar otomatik olarak bilgisayarlar tarafından yapılsa da, işletme sahibinin iradesini yansıttığından gönderilen mesajların işletme sahibi tarafından yapılan irade beyanları olduğunun kabulü zorunludur.¹⁵ Tarafların çerçeve sözleşmesi, yalnızca sistemin teknik açıdan işleyişini belirlemekte olup, taraflar, kendi sistemleri tarafından yapılan beyanların bağlayıcı olduğunu kabul etmektedirler.

d. Diğer Yöntemler

Yukarıda işaret edildiği üzere internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin klasik yöntemlerle kurulan sözleşmelere nazaran arz ettiği özellik tarafların irade beyanlarını internet aracılığıyla yapmalarınıdır. Bu nedenle internet üzerinden elektronik posta ve web siteleri ile kurulan ilişkilerden başka, internet telefonu, telekonferans ve sohbet odalarında yapılan internet sohbeti(Internet Relay Chat-IRC) ile dahi karşılıklı irade beyanında bulunmak ve sözleşme akdetmek mümkündür. Günümüzde özellikle mobil telefonlarda kullanılan internet üzerinden anlık mesaj iletim uygulamaları ile karşılıklı irade beyanlarının iletilmesi mümkün olmakta, bu mesajların ekran görüntüleri delil başlangıcı olarak kullanılmaktadır.

2. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hükümlerini Doğurduğu Anın Tespiti

Bir sözleşme, kabul beyanı öneriyi yapana ulaştığı anda kurulmuş olur.¹⁶ Hazırlar arasında akdedilen sözleşmelerde, kabul beyanı yapıldığı anda muhataba vardığından bunun tespiti kolaydır. Ancak kabul beyanı hazır olmayan bir şahsa karşı yapılıyorsa, kabul beyanının varma anının tespiti, sözleşmenin kurulduğu anın tespiti açısından büyük önem taşır. Kanun burada sözleşmenin kurulması için kabul beyanının öneriyi yapan tarafından öğrenilmesini değil, kabul beyanının varmasını yeterli görmüştür. (BK m.5) Burada varmaktan maksat, kabul beyanının muhatabın hâkimiyet alanına

14 Sait Güran, Teoman Akunal, Köksal Bayraktar, Erdener Yurtcan, Abuzer Kendigelen, Önder Beller, Bülent Sözer, *İnternet ve Hukuk*, (Superonline Workshop Metni 2000) 30 ; Sözer (n 4) 90.

15 Altınışık (n 7) 35 ; Falcıoğlu (n 4) 239 ; Ümit Gezder, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (Beta 2004) 93 ; İnal (n 10) 100.

16 Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 74.

girmesidir. Ayrıca muhatabın kabul beyanını öğrenmesi aranmamaktadır.¹⁷ Ancak doktrinde, sözleşmenin sırf kabul beyanının varması ile kurulmayacağı, muhatabın bu beyanı öğrenme imkânının bulunmasının da sözleşmenin kurulması için şart olduğu belirtilmektedir.¹⁸ Ancak bir irade beyanının, muhatabının hâkimiyet alanına girmesi ile öğrenme imkânı da zaten kendiliğinden doğacaktır. Kendi hâkimiyet alanına giren bir irade beyanın sorumluluğu muhataba geçtiğinden, irade beyanını içeren mektubun kaybolması, çalınması gibi nedenlerle öğrenme mümkün olmasa dahi sözleşme kurulmuş olacaktır.¹⁹

Sözleşmenin kurulması için açık bir kabule gerek bulunmayan hallerde, ret müddetinin geçmesi veya kabul anlamına gelen hareketin icrası anında sözleşme kurulmuş olur.²⁰

Sözleşmenin hükümlerini doğurduğu an konusundaki esaslar Borçlar Kanununun 11. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre gaipler arasında akdedilen bir sözleşme, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacaktır(BK 11/I).²¹ Açık bir kabul beyanının gerekli olmadığı durumlarda ise, önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren sözleşme hükümlerini doğuracaktır(BK 11/II).²² Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerin hükümlerini doğurduğu ana ilişkin, kanunda bir kural bulunmamakla birlikte, bu durumda, kabul beyanının yapılması ile öneriyi yapana ulaşması ve öğrenilmesi aynı andadır ve sözleşme de bu andan itibaren yürürlüğe girmektedir.²³

Bu kurallar internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde de aynen uygulanmakla birlikte²⁴, bu konuda özellik gösteren husus, internet üzerinden yapılan irade beyanlarının varma ve gönderilme anlarının tespitidir. İnternet iletişiminin hızı dikkate alındığında, bir irade beyanının gönderilmesi ile muhatabına varması hemen eşzamanlı olduğundan, bu konuda hukuki bir problemle karşılaşılması uzak bir ihtimaldir. Ayrıca, mesajların gönderilme ve varma zamanlarının tespiti de internetin teknik özelliklerinin bir sonucu olarak mümkün olduğundan sözleşmenin kurulduğu ve hükümlerini doğurduğu anın tespiti çok daha kolay olmaktadır.

17 Altınışık (n 7) 51 ; Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

18 Altınışık (n 7) 52 ; Kirca (n 4) 111.

19 Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75. Bu noktada Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması açısından kabul ettiği varma teorisinin, bütün irade beyanları için genelleştirilmemesi gerektiği hatırlanmalıdır. Doktrinde, kabul beyanı dışındaki irade beyanları için varma ya da öğrenme teorileri arasında, söz konusu irade beyanı açısından hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiğinin tespiti ve buna göre sonuca ulaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 74, dn 106.

20 Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

21 Antalya (n 3) 341 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

22 Antalya (n 3) 342 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

23 Antalya (n 3) 341 ; Oğuzman, Öz (n 3) 74.

24 Özsunay, internet üzerinden kurulan sözleşmelerin kabul beyanının gönderildiği anda kurulmuş sayılacağını belirtmektedir. Özsunay (n 4) 133.

a. İnternet Üzerinden Yapılan İrade Beyanlarının Gönderilme Anı

Bir irade beyanının gönderilmesi, o beyanın, muhataba erişmek üzere beyanda bulunanın hâkimiyet alanından çıkmasını ifade eder. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde de durum böyle olup, irade beyanı içeren bir veri mesajı gönderildiğinde, mesajı gönderen kişinin bu mesajı geri çekme veya mesajda değişiklik yapma imkânının sona erdiği anda mesaj gönderilmiş sayılır. Bu konuda iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Mesajın beyan sahibinin bilgisayarından çıktığı an veya sunucusundan (server) çıktığı anda mesaj üzerindeki kontrol imkanı sona erecektir. Kanaatimce “gönder” tuşuna basılması ve mesajın beyan sahibinin bilgisayarından çıkması ile mesaj üzerindeki hâkimiyetin sona ermiş olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu yapıldıktan sonra, mesaj henüz sunucudan çıkmış olmasa dahi, mesaj sahibinin kontrolü dışına çıkmıştır.²⁵

UNCITRAL tarafından hazırlanan Elektronik Ticaret Model Kanunu²⁶, 15. maddesinin 1. fıkrasında, mesajın sahibinin kontrolü dışına çıktığı anda gönderilmiş sayılacağını belirterek aynı sonucu öngörmüştür.

b. İnternet Üzerinden Yapılan İrade Beyanlarının Varma Anı

Yukarıda izah edildiği üzere, bir irade beyanı, muhatabının hâkimiyet alanına girdiği anda varma gerçekleşmiştir. İnternet üzerinden yapılan irade beyanları açısından da, bir irade beyanının, muhatabın bağlı olduğu sunucuda muhatabın erişimine imkân sağlayacak şekilde kaydedildiği anda varmış olduğu kabul edilmektedir. Mesajın muhatabın bilgisayarına yüklenmesi, varma açısından zorunlu değildir.²⁷ Ancak bunun aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır.²⁸

Elektronik Ticaret Model Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasında mesajın, muhatabın haberleşme sistemine girdiği anda muhatabına ulaştığı belirtilerek bu görüş teyit edilmiştir.

Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Yönergesi²⁹ ise, 11. maddesinde, siparişin, muhatabı olan tarafın erişiminin mümkün olduğu anda varmış sayılacağını belirterek yine aynı sonuca ulaşmaktadır.

25 İnal (n 10) 107 ; Sözer (n 4) 102.

26 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, tam metni için bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf> erişim 9 Eylül 2019

27 Altınışık (n 7) 52 ; Demir (n 4) 180 ; İnal (n 10) 109 ; Kırca (n 4) 110 ; Kırçova, Öztürk (n 5) 56 ; Özdilek (n 8) 33 ; Sözer (n 4) 102 ; Ancak bu durumda beyanın, üçüncü bir şahsın müdahalesine veya yardımına gerek kalmaksızın, muhatap tarafından kendisi tarafından bilgisayarına yükleme imkanının bulunması gerektiği belirtilmektedir. Özdemir Kocasakal (n 4) 83 ; Rüssmann (n 4) 330.

28 Bu görüşe göre, sunucuya kaydedilen mesaj henüz alıcının hakimiyet alanına girmiş değildir. Alıcı henüz mesajı kendi bilgisayarına aktarmadan, mesajın sunucuda kaybolması veya program ve sistem yanlışlıkları sonuca okumaması riskini taşımamalıdır. (Bkz. Kırca (n 4) 110, dn 56’da anılan yazar) Ancak, muhatabın sunucusu, kendi seçtiği ve mesajlarını almak ve depolamak üzere temsil yetkisi verdiği kişidir. Ayrıca bu görüşün kabulü, bir irade beyanını almak istemeyen kişinin, bunu kendi bilgisayarına yüklememesi suretiyle kötüye kullanmaya açık bir durum yaratacaktır.

29 Directive 2000/31/Ec Of The European Parliament And Of The Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce. OJ 2000 L178, 17.07.2000; tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>> erişim 9 Eylül 2019

6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un³⁰ 4/1(c) maddesinde benzer bir esas kabul edilmiştir. Buna göre;

“Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır”

Kanunun ilgili maddesinin başlığının “Sipariş” olması ve birinci fıkranın ilk cümlesindeki *“Elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlerde aşağıdaki esaslar geçerlidir”* şeklindeki hüküm her ne kadar web sitesi üzerinden sipariş verilmesi hallerini çağrıştırıyor olsa da, bu esasın maddenin son fıkrasındaki, *“Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri ile ikinci fıkra, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz”* şeklindeki düzenlemeden ayrık tutulması, kanun koyucunun internet üzerinden yapılan tüm sözleşmesel ilişkilerde uygulanacak bir kural ihdas etme amacında olduğunu göstermektedir.

Kanunun uygulamasına göre, internet üzerinden yapılan bir irade beyanı, muhatabın beyana erişiminin mümkün olduğu anda ulaşılmış sayılacaktır. Erişimin mümkün olmasından, muhatabın çağırmasına hazır şekilde sunucusuna kaydedilmesi anlaşılmalıdır. Muhatabın bizzat bilgisayar başında bulunması şart değildir.

Bu konu, web sitelerinde kurulan sözleşmeler açısından çok fazla özellik arz etmemektedir. Zira bu durumda, bir irade beyanının yapılması ile muhatabın sunucusuna ulaşması eşzamanlı olmakta, web sitesi tarafından yapılan beyan, anında müşterinin bilgisayarının ekranında görünmekte, müşterinin beyanı ise anında muhatap tarafından algılanarak işleme konmaktadır. Ancak sistemde olması muhtemel aksaklıklar yüzünden mesajın ulaşmasının gecikmesi halinde, muhatabın sunucusuna ulaştığı anın esas alınacağı tabiidir.³¹

Elektronik posta ile kurulan sözleşmelerde ise, mesajın öncelikle alıcının posta kutusunda saklanması ve alıcının ancak posta kutusuna bakması ile mesajı öğrenmesi, bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Doktrinde, bunun sonucu olarak, yukarıda ifade edilen, yalnızca varma ile sözleşmenin kurulmayacağı, öğrenme imkânının da bulunmasının gerektiği görüşü çerçevesinde bazı ayrımlar yapılmış ve elektronik posta ile iletilen irade beyanının varma anının tespitinde bu ayrımlar doğrultusunda sonuca ulaşılmıştır.³²

30 Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6563, Kabul Tarihi: 23.10.2014, RG 05.11.2014/29166.

31 Özdemir Kocasakal (n 4) 85.

32 Altınışık (n 4) 52 ; Kırcı (n 4) 111 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 83. vd. Bu görüş, yalnızca elektronik posta adresine sahip olmanın, bu adresin kullanıcının kendisine karşı yapılan irade beyanlarını kabul ettiği bir ortam olması sonucunu doğurmayacağını belirtmekte ve internet kullanımının henüz yeni yeni yerleştiği günümüzde, konuya katı kurallarla yaklaşmanın isabetli olmayacağı düşüncesinden yola çıkmaktadır. Bu konuda bir başka görüş ise, tacirlerin elektronik posta adreslerine gönderilen irade beyanlarının geçerli olduğunu, tüketiciler açısından ise, bu yönde bir kullanıma en azından örtülü bir şekilde müsaade edilmedikçe beyanın ancak fiili öğrenme ile hüküm doğuracağını belirtmektedir. Demir (n 4) 180 ; İnal (n 10) 111.

Buna göre, elektronik posta ile iletilen bir irade beyanının varma ile sonuç doğurması, kişilere sürekli olarak posta kutularını kontrol etme yükümlülüğü getireceğinden, bunun biraz yumuşatılması gerekmektedir. Burada tacir olanlar ve olmayanlar arasında bir ayırım yapılmakta ve muhatabın tacir olması durumunda, irade beyanı içeren bir mesajın en geç mesai saati sonunda varmış olduğu kabul edilmektedir. Mesai saati bittikten sonra gelen mesajların ise bir sonraki işgününde vardığı kabul edilmektedir. Muhatabın tacir olmadığı durumlarda ise mesajın, muhatabın fiilen öğrendiği anda varmış sayılacağı kabul edilmektedir.

Kanaatimce konuya bu şekilde yaklaşılması isabetli bir çözüm değildir. Zira irade beyanının hüküm doğurması için beyanın muhatap tarafından öğrenilmesi değil, muhataba varmış olması yeterlidir.³³ İnternet üzerinden yapılan irade beyanının, muhatabın erişimine imkân sağlayacak şekilde kendisine hizmet veren sunucuda kaydedilmesi ile öğrenme imkânının doğduğu ve varmış sayıldığı belirtildikten sonra, ayrıca bir de mesai saati şartı getirmek, hatta tacir olmayanlar için öğrenme teorisini kabul etmek açık bir çelişkidir. Borçlar Kanunu irade beyanının hüküm doğurması için varma anını esas almıştır ve internet üzerinden yapılan irade beyanları da muhatabın sunucusuna girdiği anda varmış sayılmaktadır. Bu nedenle bu şartın gerçekleşmesi halinde, başka hiçbir şart aranmaksızın irade beyanının hüküm doğurduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen düzenleme sonucunda, bu tartışmalar sona ermiştir. Kanunun 4/I(c) maddesine göre, muhatabın irade beyanına erişiminin mümkün olduğu anda irade beyanı ulaştığı ve hükümlerini doğurmuş sayılacaktır.

3. Sözleşmenin Kuruluş Yerinin Tespiti

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin kurulduğu yerin tespiti, mahkemelerin yetkisinin belirlenmesi ve Devletler Özel Hukuku'nda sözleşmenin şekil açısından geçerliliğinin denetimi konusunda önem taşıyan ve çözümü oldukça zor bir meseledir. İnternetin uluslararası karakteri doğrultusunda, sözleşmelerin taraflarının sıklıkla iki farklı ülkede bulunması, konuyu daha da özel ve önemli hale getirmektedir

Borçlar Kanununda sözleşmelerin kurulduğu yere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, genellikle sözleşmenin kuruluş anı ve hükümlerini doğurduğu andan hareketle kuruluş yerinin belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bir görüşe göre sözleşme, kabul beyanının muhatabına ulaştığı anda muhatabın bulunduğu yerde kurulmuş sayılmaktadır.³⁴ Diğer bir görüş ise, sözleşmenin hükümlerini

33 Aynı yönde bkz. Falcioğlu, (n 4) 166 ;Joseph P. Zammit ve Felice B. Galant, "Elektronik Sözleşme", Çev. İlyas Çeliktas, (1999) Vol 73(10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 942, 948.

34 Özdemir Kocasakal (n 4) 88.

doğurduğu anı esas alarak, kabul beyanının gönderildiği anda kabul edenin bulunduğu yerin sözleşmenin kuruluş yeri olduğunu belirtmektedir.³⁵ Bu durumda, açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde sözleşme, önerinin muhatabına vardığı yerde kurulmuş olacaktır.

Ancak sözleşmenin kuruluş anını ve hükümlerini doğurduğu anı esas alan bu görüşlerin internet üzerinden akdedilen sözleşmelere uygulanması halinde içinden çıkılmaz bir durumla karşılaşılacaktır. Normal şartlar altında bir irade beyanının muhatabına ulaştığı yer, muhatabın varma anında bulunduğu yerdir.³⁶ Buna karşılık, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde ulaşma, beyanın muhataba hizmet veren internet servis sağlayıcısının sunucusuna girdiği anda gerçekleşmiş sayılmaktadır. Bu durumda bu beyanın ulaşma yeri de sunucunun bulunduğu yerdir. Bu görüşlerin internet üzerinden akdedilen sözleşmelere uygulanması halinde, kendisi Türkiye’de olmakla birlikte, Amerika’daki bir sunucudan hizmet alan kişiye yapılan irade beyanı Amerika’da ulaşmış sayılacak ve sözleşme de Amerika’da kurulmuş olacaktır. İkinci görüşün kabul edilmesi halinde de yine benzer problemlerle karşılaşılacaktır.

Bu nedenle, hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin kuruluş yerinin tespitinde klasik sözleşmeler için öngörülen çözümlerden ayrılarak, internet iletişiminin özelliğine uygun bir çözümün bulunması gerektiği kanaatindeyim.

UNCITRAL tarafından hazırlanan Elektronik Ticaret Model Kanunu’nun 15. maddesinin 4. fıkrasında ve Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun³⁷ 10. maddesinin 3. fıkrasında, bir veri mesajının, göndericinin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş ve alıcının işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılacağı belirtilmektedir. Anılan maddelere göre, birden çok işyerinin bulunması halinde ilgili işlemle en yakın irtibat halinde bulunan işyerinin, böyle bir tespit yapılamadığı takdirde işyeri merkezinin, tarafların işyerlerinin bulunmaması halinde ise mutlak meskenlerinin esas alınacağı belirtilmektedir.

Kanaatimce, UNCITRAL tarafından öngörülen çözüm, yukarıda açıklanan sakıncaları bertaraf edebilecek uygun bir çözümdür.

35 Altınışık (n 4) 58 ; Sözer (n 4) 54.

36 Her ne kadar ilk görüş taraftarları sözleşmenin kuruluş yeri olarak, kabul beyanı ulaştığı anda muhatabın bulunduğu yeri esas alsalar da, internet üzerinden yapılan irade beyanları, iletişimin özelliği gereği muhatabın bulunduğu yerde ulaşmadığından, klasik yollarla beyan edilen irade beyanları için geçerli olan bu yorumun, internette yapılan irade beyanları açısından isabetli olmadığı kanaatindeyim. Ayrıca, internete her yerden ulaşım mümkün olduğundan, işyeri ve ikametgahı Türkiye’de bulunan bir kimsenin, kabul beyanını Amerika’da iken alması da mümkün olduğundan, anılan yorum sözleşmenin Amerika’da kurulmuş sayılmasına yol açacak ve yine amaca aykırı sonuçlar doğacaktır. Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal (n 4) 89.

37 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, tam metni için bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf> erişim 9 Eylül 2019 ; Türkçe çevirisi için bkz. Ergun Özsunay, *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Legal 2014).

B. Elektronik Sözleşmelerden Kaynaklanan Edimlerin İfası

1. Genel Olarak

Elektronik sözleşmelerde genellikle sözleşmenin bir tarafı karşı tarafa bir mal veya hizmet sağlamayı, diğer taraf ise bunun karşılığında belirli bir para borcunu üstlenmektedir. Bu edimlerin, niteliğine göre çeşitli şekillerde yerine getirilmesi mümkündür. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan borçların ifası açısından, doktrinde “dolaylı elektronik ticaret” ve “doğrudan(dolaysız) elektronik ticaret” ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, internet üzerinden yapılan işlemlerin cereyan şekline göre, sözleşmenin kuruluşundan tarafların edimlerinin ifasına kadar tüm işlemlerin internet üzerinden on-line olarak gerçekleştirilen işlemler doğrudan elektronik ticaret, sözleşmenin ifası aşamasında geleneksel yollara başvurmayı gerekli kılan işlemler dolaylı elektronik ticaret olarak adlandırılmaktadır.³⁸

a. Dolaylı Elektronik Ticaret

Elektronik ticaretin bu şeklinde sözleşme elektronik ortamda yapılmakta, ancak sözleşmenin ifası geleneksel yollardan gerçekleştirilmektedir. Dolaylı elektronik ticarete genellikle kitap, cd, elektronik eşya gibi online teslimi mümkün olmayan fiziki malların satışı söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin kuruluşu internet üzerinden yapılmakla birlikte, sözleşmenin ifası aşamasında elektronik ticaretin aktörleri dışında harici bir faktörün sisteme dahil olması gerekmektedir.³⁹

b. Doğrudan (Dolaysız) Elektronik Ticaret

Her iki tarafın da sözleşmeden kaynaklanan edimini elektronik ortamda ifa edebildiği ticaret şeklidir. Bu halde, sözleşme elektronik yoldan yapılmakla birlikte, taraflar da edimlerini elektronik olarak ifa etmektedir. Bu tür ticaretin konusu genellikle, elektronik veri haline getirilebilen⁴⁰ ürünlerin (bilgisayar programları, görüntü, ses vs.) satışı⁴¹ ile danışmanlık gibi bilgi sunulması şeklinde ifa edilebilen hizmetlerdir.⁴²

Bir mal veya hizmet sağlanmasına ilişkin edimler, dolaylı elektronik ticarete, klasik yöntemlerle kurulan sözleşmelerde olduğu gibi ifa edilmekte olup, bunlara

38 Falcioğlu (n 4) 52 ; İnal (n 10) 22,23 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 26,27.

39 İnal (n 4) 23 ; Deniz Saraman, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 29.

40 Kitap, cd, dvd gibi ürünler fiziki ürünler olmakla birlikte esasında, görüntü, ses, metin gibi içeriklerin fiziki görünüm şekilleri olduklarından, bu ürünlerin içerikleri elektronik veri şeklinde online olarak da sunulabilir.

41 Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nde (OJ 2000 L178) (Elektronik Ticaret Konusunda Direktif), sözleşmenin elektronik yoldan ifasının mümkün olması durumunda bir mal satışından değil de hizmet sunumundan söz edilebileceği belirtilmektedir. (Giriş madde18) Bu durumda Avrupa Birliği sisteminde elektronik veri haline getirilmiş olan ürünlerin online olarak teslimi halinde bir mal satışından değil de hizmet sunumundan söz edilebilecektir.

42 Altınışık (n 7) 26 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 26.

nazaran herhangi bir özellik arz etmemektedir. Doğrudan elektronik ticarete ise edimin niteliğine göre ifa yöntemi de farklılık göstermektedir. Bilgisayar programı, müzik, film gibi dijital veya dijital formata dönüşebilen ürünlerin satışı söz konusu olduğunda download yöntemi kullanılmakta, bir bilgiye veya müzik, film gibi bir içeriğe erişimin sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde kullanıcıya bu imkân sağlanmakta, danışmanlık hizmeti sunulmasına ilişkin sözleşmelerde ise danışmanlık konusu bilginin elektronik posta ile gönderilmesi mümkün olduğu gibi, dijital hale getirilip download edilmesi yolu da kullanılabilir.

Para borçlarının ifası ise yine elektronik olmayan yollardan mümkün olduğu gibi elektronik yollardan da yapılabilir. Elektronik yollardan ödemenin, kredi kartı, elektronik para, elektronik çek gibi yöntemlerle yapılabilmesi mümkündür. Para borçlarının ifası konumuz açısından bir özellik arz etmediğinden, çalışmada yalnızca, mal veya hizmet sağlanmasına ilişkin edimlerin ifası konusu incelenecektir.

2. Mal veya Hizmet Sağlanmasına İlişkin Edimler

a. Dolaylı Elektronik Ticarete

Dolaylı elektronik ticarete yalnızca sözleşmenin kurulması aşaması internet üzerinde gerçekleşmekte, kararlaştırılan edimlerin ifası ise klasik yöntemlerle yapılmaktadır. Yapılan sözleşmede edimlerin neler olduğu, ifa yeri ve ifa zamanı kararlaştırılmaktadır. Edimin ifası ise elektronik sözleşmede kararlaştırılan şartlar çerçevesinde klasik yöntemlerle yapılmakta olduğundan, bu edimlerin ifası diğer borçların ifasına nazaran herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bu nedenle Borçlar Kanununun ifaya ilişkin hükümleri bu sözleşmelerden kaynaklanan edimlerin ifasında da aynen uygulanacaktır.

b. Doğrudan Elektronik Ticarete

(1) Download Yöntemi

Bu yöntem dijital ürünlerin elektronik olarak tesliminde kullanılan bir yöntemdir. Bilgisayar programı, müzik(mp3), film, kitap gibi özünde dijital olan veya dijital hale getirilebilen ürünler, bu yolla teslim edilebilir.

Elektronik veriler TCP/IP sistemi ile internette dolaşarak gönderildikleri yere ulaşırlar.⁴³ Download yöntemi de elektronik veri transferinden başka bir

⁴³ Transmission Control Protocol/Internet Protocol. İnternete bağlı olan her bilgisayarın bir IP numarası bulunmakta ve bu IP numarası sayesinde verinin alındığı bilgisayarın tespiti mümkün olmaktadır. IP, esasında, bilgisayarda kayıtlı verilerin dijital forma dönüştürülerek ağda dolaşımını sağlayan sistemdir. Kullanıcı bilgisayarının IP numarası ile ağda dolaşmakta olan dijital formdaki veriler, TCP sistemi sayesinde algılanarak, ulaşması istenen yere ulaştırılır ve bu verilerin alıcının bilgisayarında tekrar eski haline gelmesi ile iletişim sağlanmış olur. Özdemir Kocasakal (n 4) 13, dn 21; Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004) 150 ; İnternetin işleyişi hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZDİLEK (n 8) 14 vd.

şey değildir. “0” ve “1” şeklinde dijital formata dönüştürülmüş veriler TCP/IP sistemi sayesinde alıcının bilgisayarına aktarılmakta, bilgisayarda tekrar eski haline getirilerek teslim işlemi tamamlanmaktadır. Bu prosedür, alacaklının, web sitesi üzerindeki “download” butonuna tıklaması ile başlamaktadır. Alacaklının bunu yapmaması halinde, dijital ürünün alacaklının bilgisayarına gönderilmesi mümkün değildir.

İfa alacaklısının download işleminin başlaması için kendi üzerine düşeni yapmaması halinde, borçlu, teslim hazırladığını alacaklının bilgisayarının ekranında download butonunun belirmesini sağlayarak veya başka bir şekilde belirtmişse, usulüne uygun bir ifa teklifinden söz edilebilecektir. Bu takdirde borçlunun borcundan kurtulmak için alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurması gerekmektedir. Alacaklının temerrüdü halinde borçlunun haklarından tevdi(BK m.107), ve satmak(BK m.108) haklarının kullanılması dijital ürünler bakımından mümkün değildir. Her ne kadar bir mal teslimi söz konusu olsa da, bu yöntem dijital ürünün çoğaltılması sistemine dayandığından bu hakların kullanılması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle borçlunun başvurabileceği tek yol BK m.110 uyarınca sözleşmeyi feshetmektir.

(2) Bilgiye veya Başka Bir İçeriğe Erişimin Sağlanması

İfanın bu şekilde, belli bir ücret karşılığında, istenilen bilgiye veya müzik, film gibi bir içeriğe erişim sağlanmaktadır. Bu yöntemde dijital formata dönüşmüş olan kitap, film veya müzik eseri(veya bir başka içerik) kullanıcının bilgisayarına download edilmeksizin kullanıcıya sunulmaktadır. Kullanıcı internete bağlı olduğu sürece, içeriği sağlayan web sitesine girerek, sözleşme gereğince kendisine verilen şifreyi kullanmakta ve sözleşme konusu edilen içeriği görüntülemektedir. Bu yöntemde hizmet sunucu, kullanıcının içeriği kopyalamasına izin vermemektedir. Kullanıcı ancak web sitesine bağlı olduğu sürece içeriği görebilmekte ve genellikle bağlı olduğu sürece ücret ödemektedir. Bunu yanında içeriğin görüntülenen bölümü oranında ödeme yapılan(pay per view) sistemler de vardır.

(3) Elektronik Posta Yoluyla

Bu yöntem de ifayı elektronik yoldan mümkün kılan bir yöntemdir. Belli bir konuda danışmanlık hizmeti sözleşmesi yapılması halinde danışmanlık konusu bilginin elektronik posta yoluyla gönderilmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanında dijital formattaki diğer ürünlerin de elektronik posta ile gönderilmesi mümkün olup, elektronik posta kutularının kapasitesi gereği ancak küçük boyuttaki veriler bu yolla gönderilebilir.

II. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerin Yabancılık Unsuru Taşınması Halinde Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

İnternetin uluslararası karakterinin bir sonucu olarak, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin birçoğunda yabancılık unsuru bulunmakta ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Devletler Özel Hukuku'nun müdahalesi gerekmektedir. Zaten kişileri internet üzerinden sözleşme akdetmeye sevk eden başlıca sebep internetin bu sınır ötesi özelliği sonucunda mesafelerin ortadan kalkarak işlemlerin kolaylaşması ve dünyanın her tarafından ürün yelpazesi ve müşterilere ulaşılabilirlik imkânıdır. Ancak özellikle tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ve yargılama yetkisi konularındaki belirsizlikler internet üzerinden alışveriş yapan kullanıcıları çekingen davranmaya itmektedir. Bu nedenle bu konuların çözüme kavuşturularak hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur.

Bunun için çözümlenmesi gereken ilk sorun, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde yabancılık unsurunun ne şekilde tespit edileceğidir. Bilindiği üzere internet üzerinden iletişimin internet servis sağlayıcı, sunucu, host gibi birçok aktörü bulunmaktadır. Türkiye'deki bir web sitesi İngiltere'deki bir servis sağlayıcıdan, Amerika'daki bir sunucudan, Almanya'daki bir hosttan hizmet alıyor olabilir ve genellikle bu hizmetlerden bir ya da birkaçı sınır ötesi bir işletmeden alınmakta ve gönderilen bir irade beyanı dünyayı dolaştıktan sonra alıcısına ulaşmaktadır. Acaba bu hizmetlerden birisinin yabancı ülkedeki bir işletmeden alınması hukuki ilişkiye yabancılık unsuru kazandırır mı? Ankara'daki bir kişinin İstanbul'daki bir kitapçının web sitesinden kitap alması durumunda, sırf web sitesinin sunucusunun Amerika'da olması nedeniyle bu hukuki ilişkide yabancılık unsuru vardır diyebilir miyiz? Kanaatimce bu soruya verilecek yanıtın "hayır" olması gerekir.⁴⁴ Zira haksız fiillerde dahi, internet teknolojisinin gereği olan hizmetlerin alındığı yerlerin yabancılık unsurunun tespitinde rol oynamayacağı ifade edilmektedir.⁴⁵ Bu konu esasında ıslak imza ile akdedilen bir sözleşmede imzanın Amerika'dan gelen kalemle atılmasından farksızdır. Ayrıca bu hizmetlerin alındığı yerlerin irade beyanlarının gönderildiği veya muhatabına ulaştığı ya da sözleşmenin kurulduğu yerin tespitinde hiçbir öneminin bulunmadığı yukarıda açıklanmıştı.⁴⁶ Bu nedenle bu sözleşmelerdeki yabancılık unsurunun tespitinde geleneksel yollarla akdedilen sözleşmelere nazaran herhangi bir özellik bulunmamaktadır.

Yabancılık unsurunun kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK)'un 1.

44 Özdemir Kocasakal (n 4) 117.

45 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk" (2002) 22 (2) MHB 967, 974.

46 Bkz.yukarıda I-A-3

Maddesinde “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.*” demek suretiyle, yabancılık unsurunun bu kanunun uygulanmasının ön şartı olduğu belirtilmiştir. Yabancılık unsuru doktrinde, “*ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka, diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan ilişkisi*” olarak tanımlanmıştır.⁴⁷ Bu ilişki ise, hukuki ilişkinin tek tek unsurlarının incelenmesi ile ortaya çıkarılabilir. İlişkinin tek tek unsurlarından kasıt, tarafların vatandaşlığı, ikametgâh veya mutad meskenleri, işlemin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, haksız fiilin gerçekleştiği yer, sözleşme konusunun bulunduğu yer gibi, kişi ya da yer bakımından, hukuki ilişkiyi yabancı bir ülke ile ilişkilendirebilecek herhangi bir unsur olabilir.

Doktrinde, özellikle sözleşmelerde yabancılık unsurunun tespitinde, konunun bir bütün olarak değerlendirilerek uluslararası ticareti ilgilendirip ilgilendirmediğinin esas alınması gerektiği yolunda görüşler bulunmaktadır.⁴⁸ Buna göre, sözleşmenin maddi unsurları itibariyle bir yabancılık unsuru bulunmasa dahi, ilişkinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve sonuç olarak milletlerarası ticareti ilgilendirmesi durumunda yabancılık unsuru var kabul edilerek milletlerarası özel hukuk denetimine tabi tutulması gerektiği yolundadır. 5718 Sayılı MÖHUK ile getirilen doğrudan uygulanan kurallara ilişkin 31. madde, haksız rekabete ilişkin 37. madde ve rekabetin engellenmesine ilişkin 38. madde hükümleri karşısında, konunun tek tek unsurları incelenerek herhangi bir yabancılık unsuru tespit edilemese de, meydana gelen sonuçlar itibariyle bir başka ülkenin hukukunu ilgilendirmesi durumunda da yabancılık unsurunun var kabul edileceğinin kanun koyucu tarafından benimsendiği kanaatindeyiz.

Doktrinde, kanunlar ihtilafı yönteminin internet üzerinden kurulan ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından elverişli olmayacağı, bunun için internet toplumunun kendi belirleyeceği ve kendiliğinden oluşan kuralların ve uluslararası kuruluşlar tarafından oluşturulan kuralların (lex electronica) uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹ Ancak internetin sadece kişiler arasında iletişimin kurulması için bir araç olduğu ve hukuki ilişkilerin her ne kadar internet aracılığıyla kurulmuş olsalar da maddi dünyada kurulan ilişkilere bir farkının bulunmadığı düşünüldüğünde internet için farklı kuralların ihdas edilmesine gerek bulunmadığı görülecektir. Bu konudaki düzenlemelerin sadece hukuk alanına internet ile giren (elektronik imza vs.) konulara hasredilmesi, bunun dışındaki konuların zaten mevcut olan kuralların internet iletişiminin özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle çözüme

47 Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14th edn, Beta 2016) 10.

48 Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 31 vd ; Cemal Şanlı ve Nuray Ekşi, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (Arıkan 2005) 5vd, Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları” (1999) Vol 73 (10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 926, 941.

49 Tartışma için bkz. Özdemir Kocasakal (n 4) 167 vd.

kavuşturulması gereği, hukukun bir bütün olduğu ve farklı ortamlar için farklı kuralların ihdas edilmesinin mümkün olmaması karşısında açıktır. Bu nedenle internet üzerinden kurulan hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesi için yeterli olan kanunlar ihtilafı kurallarının terk edilerek yeni kurallar yaratmanın hiçbir gereği bulunmamakla birlikte, böyle bir tercihin yukarıda belirtildiği gibi aynı ilişkinin sadece kurulduğu ortamdan dolayı farklı kurallara tabi tutulmasına yol açarak hukuk güvenliğini sarsacağı da bir gerçektir.

Aşağıda internet üzerinden akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk belirlenirken, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketici sözleşmeleri oluşturduğundan tüketici sözleşmeleri ayrı olarak incelenecektir.

B. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Şekil

1. Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil

Bir sözleşmenin kurulması için yapılan irade beyanları kural olarak hiçbir şekle tabi değildir. Borçlar Kanununun 12/I. Maddesine göre, sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle tâbi değildir. Yine aynı maddede, kanunda bazı sözleşmeler için şekil şartı öngörülebileceği belirtilmektedir. Kanun, bazı sözleşmelerin sıhhati için şekil şartına uyulmasını zorunlu kılmış olabilir. Buna göre, ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde, sözleşmeler için bir şekil zorunluluğundan bahsedilebilecektir.⁵⁰ Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kanun ile bir şekil şartı öngörülmesi halinde kanunda aksi belirtilmedikçe kanunda belirtilen şekil, sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörülen şekildir.⁵¹ Kanun, şekil şartına uymamayı başka müeyyidelere de bağlayabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda⁵², değeri belli bir miktarı aşan sözleşmeler için yazılı olma şartı getirilmekle beraber, buna uyulmamasının sonucu, sözleşmenin varlığının ispatlanamamış olmasıdır. Birinci durumda, yani kanunda bir sözleşme tipi için şekil şartı öngörülmesi durumunda şekle uyulmamasının müeyyidesi sözleşmenin geçersizliğidir. HMK gereğince belli değerler üzerindeki sözleşmeler için ispat şartı olarak öngörülen şekle uyulmaması halinde ise sözleşme geçerliliğini korumaktadır. Buna karşılık uyuşmazlık çıkması halinde bu sözleşmeye dayanarak hak iddia eden tarafın, sözleşmenin varlığını, dolayısıyla iddiasını ispatlayamaması söz konusu olur. İspat şartı olan şekil, milletlerarası usul hukukunu ilgilendirmektedir. Yabancı bir ülkede düzenlenerek değeri HMK'da belirlenen değer üzerinde olan bir sözleşmenin ispat gücü ispat hukuku ile ilgilidir.⁵³ Bu bölümde sıhhat şartı olan şekle ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

50 Antalya (n 3) 527 ; Oğuzman, Öz (n 3) 139.

51 Antalya (n 3) 529.

52 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

53 Çelikel, Erdem (n 47) 187.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde şeklin genel unsurları ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken konu, internet üzerinden sözleşme akdedilmesi halinde yazılı şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Resmi bir makamın katılımını ve bir merasimi zorunlu kıldığından, bu sözleşmelerde resmi şeklin gerçekleşmesi zaten mümkün değildir.⁵⁴

5070 Sayılı Elektronik İmza Kanununun⁵⁵ yürürlüğe girmesi ile birlikte, güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan imzalar da el yazısı ile atılan imza ile aynı hükme sahip hale gelmiştir. Böylece yazılı şekil şartının arandığı sözleşmelerde dahi, sözleşmenin internet üzerinden akdi mümkündür ve güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile sözleşmenin imzalanması, geçerlilik şekli olarak öngörülen yazılılık unsurunu karşılayacaktır.⁵⁶

2. İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Hukuki işlemlerin şekline genel olarak uygulanan kural, hukuki işlemin şeklinin, işlemin yapıldığı yer hukukuna tâbi olmasıdır. Locus Regit Actum(LRA) olarak bilinen bu kural, hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir.⁵⁷ İşlem güvenliğinin sağlanması, bir ülkedeki geçerli şekle uygun olarak yapılan bir işlemin, diğer ülkelerde de geçerliliğini devam ettirebilmesi gerekliliği, bu kuralın geniş uygulama alanı bulmasındaki temel etkidir.⁵⁸

MÖHUK'un 7. maddesine göre, bir hukuki işlem, yapıldığı ülke hukukunun ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerine uygun şekil kurallarına uyularak yapıldıysa geçerli sayılacaktır. Kanun, LRA kuralına ek olarak işlemin esasına uygulanacak hukuka(lex causae) uygun olarak yapılan işlemlerin geçerli olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında, şekil konusunda, ilgili hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek, atıf konusunda yaşanabilecek karmaşanın da önüne geçilmiştir.

Bir konunun şekle ya da esasa ilişkin bir konu olduğu bir vasıflandırma problemidir. Bunun çözümü genel kabule göre hâkimin hukukuna(lex foriye) göre olmaktadır.⁵⁹ Diğer taraftan, bazı konularda şekle ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları getirilmiş olup, evlenme(MÖHUK 13/2), ölüme bağlı tasarruflar(MÖHUK 20/4), taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmeler(MÖHUK 21/4) ve tüketici sözleşmelerinin(MÖHUK 26/3) şekline ilişkindir. Bu konulardaki hukuki işlemlerin

54 Falcioğlu (n 4) 91.

55 Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.01.2004, RG 23.01.2004/25355.

56 Falcioğlu (n 4) 96 ; İnal (n 10) 139 ; Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgay Sarıakçalı, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler* (Seçkin 2008) 61 vd.

57 Çelikel, Erdem (n 47) 188 ; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (Beta 22th edn 2017) 209.

58 Çelikel, Erdem (n 47) 189.

59 Çelikel, Erdem (n 47) 190 ; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn Beta 2019) 104.

şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK tarafından getirilen özel kaideler uygulanmak suretiyle tespit edilecektir.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde şekil konusu incelenirken, özellikle üzerinde durulması gereken nokta, sözleşmenin akdedildiği yerin tespitidir. Bu tür sözleşmelerde taraflar farklı yerlerde olduklarından sözleşmenin akdedildiği yerin tespitinin zorluğu yukarıda açıklanmıştı. Bu konu, LRA kuralının uygulanması konusunda internet kullanımından önce de hazır olmayanlar arasındaki irade beyanlarının ulaşması ve iki taraflı işlemlerde işlemin gerçekleştiği yerin neresi olduğunun tespiti konusunda tartışmalara yol açmıştır.⁶⁰ Genel kabul gören fikre göre, taraflardan her birinin irade beyanının, bu beyanın yapıldığı ülkenin şekil kurallarına uygunluğu yeterlidir.⁶¹ Alman ve İsviçre hukuklarındaki uygulamaya göre ise, irade beyanları, bu beyanlardan birinin yapıldığı yer hukukuna uygun şekilde yapılmaları halinde geçerli şekle uygun olarak yapılmış sayılmaktadır.⁶²

İnternet üzerinden sözleşme akdedilmesi esnasında sözleşme taraflarının beyanlarının gönderilme yeri konusundaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Buna göre, bir veri mesajı, göndericinin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş ve alıcının işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılır. Birden çok işyerinin bulunması halinde ilgili işlemle en yakın irtibat halinde bulunan işyerinin, böyle bir tespit yapılamadığı takdirde işyeri merkezinin, tarafların işyerlerinin bulunmaması halinde ise mutlak meskenleri esas alınacaktır.

C. Tüketici Sözleşmesi Niteliğinde Olmayan Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

1. Genel Kural

Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak MÖHUK'un 24 ila 30. maddeleri arasında düzenlenmiş, ayrıca 31. maddede sözleşme ile sıkı ilişkili olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma şartları belirlenmiştir. 24. maddede sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusundaki genel kural belirlenirken, takip eden maddelerde, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, taşıma sözleşmeleri ve temsil konusunda bağımsız bağlama kuralları ihdas edilmiştir.

MÖHUK m.24 hükmüne göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Maddenin ilk 3 fıkrasında sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimine ilişkin kurallar düzenlenmişken, 4. fıkrada, uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun objektif olarak belirlenmesine ilişkin kurallara yer verilmiştir.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (10th edn Vedat 2009) 110.

61 Nomer (n 57) 211.

62 Tekinalp (n 60) 111. Alman Hukuku için bkz. EGBGB m.11/2 ; İsviçre Hukuku için bkz. IPRG m.124/2

2. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi

Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusundaki ana kural uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesidir. Sözleşmenin taraflarının yapmış oldukları sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların belli bir hukuka tâbi olmasını seçebilmeleri özgürlüğüne “irade muhtariyeti(irade özgürlüğü)” adı verilir.⁶³

Maddi hukukta irade muhtariyeti, kişilerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradeleriyle meydana getirebilmesi özgürlüğü anlamına gelir.⁶⁴ Bunun borçlar hukukundaki görünümü “sözleşme serbestisi”dir ve sözleşme serbestisinin iki veçhesi vardır. Bunlardan ilki sözleşme yapma özgürlüğü, yani kişinin dilediği kişiyle dilediği sözleşmeyi yapma özgürlüğü, diğeri ise sözleşmenin konusunu ve içeriğini düzenleme özgürlüğüdür.⁶⁵ Borçlar hukuku sözleşmelerinde menfaatler dengesi açısından ağır basan menfaat, sözleşme taraflarının menfaatidir.⁶⁶ Bu nedenle birçok devletin hukukunda “sözleşme serbestisi” ilkesi geçerlidir.⁶⁷ Sözleşme serbestisi ve bunun sınırları Türk Borçlar Kanunu’nun 26 ve 27. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, taraflar, sözleşmelerin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Kanunun 27. maddesine göre bu sınırlar; emredici hükümler, ahlak, kamu düzeni, kişilik haklarıdır. Bu sınırlara aykırı olan ve konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.⁶⁸

Bunun yanında, her ne kadar kişilerin özel hukuk ilişkilerini serbest iradeleriyle düzenleyebilmeleri hakkı bulunsa da, günümüz ekonomik koşullarında, çoğunlukla taraflar arasındaki güç dengesinin sözleşmenin bir tarafı lehine ağır bastığı ve zayıf olan tarafın rekabet gücü ve pazarlık gücünün sınırlı olduğu bir gerçektir. Bu nedenle, çok defa, sözleşmenin şartlarını ve içeriğini taraflardan birinin düzenlediği ve sözleşmenin diğer tarafına sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünün kaldığı durumlarla karşılaşılır.⁶⁹ Bu sebeple devletlerin sosyo ekonomik politikalarının bir gereği olarak çağdaş hukuk düzenlerinde irade serbestisi ilkesine kanunla bazı sınırlamalar getirilmektedir. Bir tarafın zayıflığının genel kabul gördüğü tüketici sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, birincil olarak zayıf tarafın menfaatinin korunması ve bu koruma kamu düzeni ve genel ahlakla da ilgili olduğundan ayrıca toplumun korunmasındaki genel menfaatinin korunması ve

63 İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi” (2013) 33 (2) MHB 1, 2 ; Çelikel, Erdem (n 47) 341 ; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000) 76 ; Nomer (n 57) 317. NOMER, s.317 ; Tekinalp (n 60) 333.

64 Antalya (n 3) 125.

65 Antalya (n 3) 125 vd ; Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı : TBK M. 27” (2016) Vol 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709, 712 ; Oğuzman, Öz (n 3) 23.

66 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 273 ; Tekinalp (n 60) 333.

67 Tekinalp (n 60) 333 ; sözleşme serbestisi ilkesinin tarihi gelişimi ve sınırları hakkında bkz. Ercoşkun (n 65) s.710 vd.

68 Antalya (n 3) 451 ; Ercoşkun (n 65) 723 ; Oğuzman , Öz (n 3) 82.

69 Ercoşkun (n 65) 719 ; Oğuzman , Öz (n 3) 25.

sosyal adaletin sağlanması⁷⁰ amacıyla bu sözleşmelerde irade muhtariyetine emredici hükümler ile sınırlamalar getirilmektedir.⁷¹

Sözleşmelere uygulanacak hukuku seçme konusunda tanınan irade muhtariyeti, iç hukuktaki sözleşme serbestisinin devletler özel hukukundaki bir görünümüdür. Sözleşmelerde ağır basan menfaat tarafların menfaati olduğu için, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda da tarafların iradelerine değer verilmektedir.⁷² İç hukukta sözleşmenin konusu ve içeriği hakkında tanınan bu serbesti, devletler özel hukukunda sözleşmenin tâbi olduğu hukuku belirleme konusundadır.⁷³ Buna karşılık her iki kavramı birbirinden ayırmak gerekmektedir. Maddi hukukta tanınan serbesti, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla tanınan, yani tamamlayıcı hükümlere ilişkin bir serbestidir.⁷⁴ Devletler özel hukukunda ise, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi söz konusudur. Bu seçimden sonra, emredici hükümler ve sözleşme serbestisinin sınırları seçilen bu hukuka göre belirlenecektir. Taraflara tanınan irade muhtariyeti ile, taraflar, objektif olarak uygulanması gereken hukukun emredici hükümleri yerine kendi seçtikleri hukukun kurallarını koyabilmektedirler. Bu anlamda milletlerarası özel hukukta tanınan irade muhtariyeti, iç hukukta tanınana nazaran daha geniş bir serbestidir.⁷⁵ Tarafların Türk hukukundan farklı bir hukuku seçmeleri durumunda Türk hukukunun bu sözleşmeye müdahalesi ancak MÖHUK'un 5. ve 31. maddeleri şartlarına uygun olarak yapılabilir.⁷⁶

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasındaki amaç, sözleşme tarafların menfaatinden ve hukuk güvenliği prensibinden hareketle, tarafların ilişkiyi en iyi koruyacak hukuku seçme konusundaki menfaatleridir. Böylece, yapmış oldukları sözleşmenin mahiyetini ve amacını en iyi bilebilecek durumda olan sözleşme tarafları, sözleşmenin tesadüfi bir hukuka tâbi olmasını engelleyerek, sözleşmeyi önceden bildikleri kurallara tâbi kılacaklardır.⁷⁷

MÖHUK 24/1 hükmüne göre, hukuk seçimi açık olarak yapılmalıdır. Bunun anlamı, sözleşmedeki hukuk seçiminin, sözleşme hükümlerinden hiçbir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın kesin olarak anlaşılmasıdır. Ayrıca sözleşme hükümlerinden ya da hâlin

70 Antalya (n 3) 455.

71 Ercoşkun (n 65) 725 ; Güngör (n 63) 75 ; Oğuzman , Öz (n 3) 83.

72 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 273 ; Tekinalp (n 60) 333.

73 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 274 ; Tekinalp (n 60) 333.

74 Önceleri, milletlerarası özel hukukta da irade muhtariyeti sınırlı olarak kabul edilmekte, tarafların maddi hukuktaki emredici kurallardan kaçabilmek için hukuk seçimi yapabileceği endişesi ile, maddi hukukta olduğu gibi sadece emredici olmayan hükümlere ilişkin hukuk seçimi imkânı kabul edilmekte, objektif hukukun emredici hükümlerinin hukuk seçimine rağmen etkisini sürdürüleceği kabul edilmekteydi. Bu ise gerçek anlamda irade muhtariyetini sağlamamakta idi. Hatta aynı sonuca maddi hukuktaki sözleşme serbestisi ile ulaşılabileceğinden bunun bir hukuk seçimi olmadığı belirtilmektedir. Tekinalp (n 60) 335.

75 Güngör (n 63) 76 ; Nomer (n 57) 319, yazar, Türk Hukukunda sözleşme serbestisinin sınırlarını çizen TBK 26 ve 27. Maddelerinin, sadece akit statüsü olarak Türk Hukukunun belirlendiği sözleşmelerde uygulanabilir olduğunu belirterek milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyetinin mutlaklığına işaret etmektedir.

76 Ayrıca MÖHUK'un 26 ve 27. maddeleri gereğince tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde hukuk seçimine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

77 Arslan (n 63) 3 ; Şanlı (n 48) 106.

şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılacak hukuk seçimi de geçerlidir. MÖHUK'un bu ifadesi, zımni hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunda belirsizliğe yol açmaktadır. Doktrinde, hiçbir tereddüde yer vermeyecek bir hukuk seçiminin, zımni hukuk seçimi olarak nitelendirilmesinin isabetli olmayacağı, hem açık olmayıp, hem de tereddüde yer vermeyecek hukuk seçimine bir örnek bulmanın zorluğu ifade edilmektedir.⁷⁸ Kanunun bu ifadesinden, hukuk seçiminin herhangi bir şekilde bağlı olmadığı anlaşılmaktadır.⁷⁹

Açıkça bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, sözleşmenin hükümlerinden ve hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılacak zımni hukuk seçimine işaret edebilecek bazı örnekler verilmektedir. Tarafların belli bir ülkenin mahkemesinin yetkili olmasını kararlaştırması, açılan davada iddia ve savunmaların belli bir ülkenin hukukuna göre yapılması⁸⁰, sözleşmede açık bir hukuk seçiminin bulunduğu başka bir anlaşmaya atıf yapılması, belli bir hukuka dayanılarak oluşturulmuş genel işlem şartlarının kullanılması, taraflar arasındaki bütün uyumsuzluklar için aynı ülkenin mahkemelerinin münhasıran yetkili kılınmış olması, sözleşmede belli bir hukukun maddi hükümlerine gönderme yapılmış olması⁸¹, belli bir para ile ödemenin, belli bir hukuktaki örf ve âdetin veya kavramların kararlaştırılması⁸² gibi durumlarda zımni bir hukuk seçiminden söz edilebileceği, ancak bunların hiçbirisinin tek başına bir hukuk seçiminin delili olamayacağı, bunlardan birkaçının bir arada belli bir ülke hukukunu işaret etmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸³ Bu konu internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmeleri açısından incelemeye değerdir. Bu konu aşağıda incelenecektir.

Diğer taraftan, açık ya da tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen zımni bir hukuk seçimi ortada yokken, hâkimin taraf iradelerini tahmin ederek, bir hukuk seçimi yapmış olsalar hangi hukuku seçeceklerini belirlemesi şeklindeki farazi hukuk seçimi mümkün değildir.⁸⁴ Hâkimin sözleşmede boşluk olduğunu düşündüğü durumlarda bu boşluğu taraf iradelerini tahmin suretiyle doldurması olarak nitelendirilebilecek bu durum, hukuk seçimi konusunda uygulanabilir değildir. Zira kanunda, hukuk seçiminin bulunmaması halinde uygulanacak hukukun ne suretle belirleneceği zaten belirtilmektedir.⁸⁵

78 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 276 ; Doktrinde, kanundaki bu düzenleme şekliyle, zımni hukuk seçiminin sınırlarının oldukça dar tutulmasının amaçlandığı, kesin olarak anlaşılacak bir hukuk seçimi yoksa, hukuk seçimini araştırmak yerine kolaylıkla objektif olarak uygulanması gereken hukukun belirlenmesinin yolunun açıldığı ifade edilmektedir. Nomer (n 57) 323. Aynı yönde bkz. Turgut Turhan, "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku" (1990) Vol 41(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 126.

79 Arslan (n 63) 5 ; Nomer (n 57) 322 ; Tekinalp (n 60) 341.

80 Arslan (n 63) 11 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 277 ; Bu son halde tereddüde yer vermeyecek bir hukuk seçiminin kabul edilebileceği belirtilmektedir. Diğer taraftan, iddia ve savunmaların lex foriye uygun olarak yapılması halinde bir hukuk seçiminden değil, bilgisizlikten söz edilmesi gerektiği, bu nedenle açık bir seçim yoksa objektif olarak uygulanması gereken hukukun belirlenmesi gerektiği konusunda bkz. Nomer (n 57) 323.

81 Nomer (n 57) 324.

82 Tekinalp (n 60) 341.

83 Arslan (n 63) 14 ; Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanması Kuralları" (2010) 30 (1-2) MHB 27, 45 ; Nomer (n 57) 325 ; Tekinalp (n 60) 342.

84 Arslan (n 63) 15 ; Özdemir Kocasakal (n 83) 44 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 277.

85 Farazi hukuk seçimi konusunda ayrıntılı bilgi için Tekinalp (n 60) 342 vd.

MÖHUK 24/(2) maddesine göre, taraflar, seçtikleri hukukun sözleşmenin bir kısmına veya tamamına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Böylelikle taraflar, sözleşmenin belli bir kısmına uygulanacak hukuku belirleyerek kısmi hukuk seçimi yapabilirler. Şüphesiz taraflar, sözleşmenin belirlenen kısımlarını farklı ülkelerin hukuklarına da tâbi kılabilirler. Örneğin, satıcının yükümlülükleri için satıcının işyerinin, alıcının yükümlülükleri için alıcının işyerinin bulunduğu yer hukuku⁸⁶, ya da her bir ifa için ifa yeri hukuku kararlaştırılabilir. Kısmi hukuk seçimi yapılabilmesi için sözleşmenin hukuki ve iktisadi açıdan bölünebilir olması⁸⁷ ve karşılıklı hak ve borçlar bakımından karışıklığa sebebiyet verilmemesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir.⁸⁸

MÖHUK'un 2/(4) maddesine göre, hukuk seçimi yapılması halinde seçilen hukukun maddi hükümleri uygulanır. Tarafların açık olarak kararlaştırmaları halinde, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da hukuk seçimi kapsamına dâhil edilebilir. Bu durumda uygulanacak hukukun belirlenmesi, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına tâbi olacaktır.

Taraflar, hukuk seçimi yaparken seçilen hukukla ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Seçilen hukukun sözleşme ile ilişki içinde bulunması aranmaz. Taraflar, sözleşmeyi diledikleri hukuk nizamına tâbi tutabilirler.⁸⁹ Tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri gibi özel sözleşmelerde dahi, seçilen hukukla sözleşme ilişkisi arasında bir irtibat bulunması zorunlu değildir.⁹⁰ Buna karşılık, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici ve işçiyi korumak için gerekli olan koruma, MÖHUK sisteminde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun ve işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari koruma saklı tutularak tesis edilmiştir.

Uluslararası alanda kabul edilmiş bazı kuralların akde dâhil edilmesi anlamındaki “incorporation” konusunun da hukuk seçimi ile ilgisine değinilmelidir. Bu kurallar, milletlerarası alanda yeknesak kurallar yaratmak ve milletlerarası ticarete hukuki güven oluşturmak amacıyla meydana getirilmiş olan kural, kodlar, genel şartlar ve uygulamalardır. Milletlerarası ticari sözleşmelerde sıklıkla karşılaşılan bu kurallara yapılan atıflar, emredici ve tamamlayıcı kuralları olan bir devlet hukukunun seçilmemesi olması nedeniyle hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Şüphesiz bu kurallara yapılan atıflar, objektif olarak belirlenen hukukun kurallarına göre, iç hukuktaki

86 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 277.

87 Tekinalp (n 60) 338. Sözleşmenin muhteva itibarıyla birbirinden ayrılmayacak kısımları için farklı hukukların seçilemeyeceği belirtilmektedir.

88 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 277.

89 Çelikel, Erdem (n 47) 342 ; Nomer (n 57) 326 ; Özdemir Kocasakal (n 83) 30 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 281 ; Tekinalp (n 60) 337.

90 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 281 ; Karş. Çelikel, Erdem (n 47) 342. İsviçre hukukunda, tüketici sözleşmeleri ve işçi buluşlarına ilişkin sözleşmeler için hukuk seçimi imkânı bulunmamaktadır. İş sözleşmelerinde hukuk seçimi ise, işçinin mutad meskeni, işverenin işletmesinin, mutad meskeninin ya da ikametgahının bulunduğu yer hukukları ile sınırlandırılmıştır. Turhan (n 78) 129,130.

sözleşme serbestisi çerçevesinde değerlendirilerek emredici kurallara uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.⁹¹

Hukuk seçimi yapılması halinde sözleşmenin varlığı ve maddi geçerliliği MÖHUK 32/(1) çerçevesinde seçilen hukuka tâbidir. Bu kapsamda, hukuk seçiminin geçerliliği de esasa uygulanacak olan seçilen hukuka tâbi olacaktır.⁹² Buna karşılık, taraflar arasındaki sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde, yapmış oldukları hukuk seçiminin geçerliliğini korumaya devam edip etmeyeceği ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Böyle bir durumda hukuk seçimi anlaşmasının da geçersiz sayılması, tarafların geçersiz olan bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçlarının önceden bilmedikleri ve öngörmedikleri bir hukuka tâbi tutulması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde, taraflar arasındaki sözleşme geçersiz olsa dahi hukuk seçiminin geçerliliğini koruyacağı ve karşılıklı taleplerin bu hukuka göre belirleneceği ifade edilmektedir.⁹³ Doktrinde, hukuk seçimi anlaşmasının, esas sözleşmeden bağımsız ve ayrılabilir bir sözleşme olarak kabul edilmesi ile, esas sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi halinde bu geçersizliğin sonuçlarının taraflarca belirlenen hukuka tâbi olmasının sağlanacağı belirtilmektedir.⁹⁴

MÖHUK 24/(3) maddesine göre, hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabileceği gibi, sonradan değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir hukuk seçimi ya da seçilmiş olan hukukun değiştirilmesi, üçüncü şahısların hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkilidir. Taraflar, dava açıldıktan sonra da hukuk seçimi yapabilir ya da değiştirebilirler. Buna göre, sonradan yapılan ya da değiştirilen hukuk seçimi sonucunda üçüncü şahısların bu sözleşme dolayısıyla kazanılmış hakları ortadan kaldırılamaz ya da kötüleştirilemez. Ayrıca sözleşmenin şekli ve maddi geçerliliği sözleşmenin kurulduğu anda tâbi olduğu hukuka tâbidir.⁹⁵ Taraflar, sonradan yapmış oldukları hukuk seçimi ile geçersiz olan bir sözleşmeyi geçerli hale getiremezler. Bunun gibi, şeklen geçerli olan bir sözleşme, sonradan kabul edilen hukuka göre şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz hale gelmez. Sonradan seçilen hukuktaki maddi geçersizlik sebepleri esasa ilişkin konular olduğundan, üçüncü şahısların hakları saklı kalmak üzere, somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir.

Davanın açıldığı mahkemenin hukukunun uygulanacağı şeklindeki şartlı hukuk seçiminin de geçerli olduğu doktrinde ifade edilmektedir.⁹⁶ Şüphesiz bu durumda da seçilen hukuk davanın açılması ile belli olacağından, sözleşmenin şekli ve maddi geçerliliğine ilişkin konular ve üçüncü şahısların hakları saklıdır.

91 Özdemir Kocasakal (n 83) 37 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 280 ; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn Beta 2016) 57 ; Tekinalp (n 60) 339.

92 Nomer (n57) 325 ; Tekinalp (n 60) 335 ; İsviçre hukukunda bu konu kanunda açıkça yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan (n 78) 124 ; Karş. Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 282.

93 Özdemir Kocasakal (n 83) 29 ; Nomer (n 57) 321 ; Tekinalp (n 60) 335.

94 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 281,282 ; Şanlı (n 91) 49.

95 Özdemir Kocasakal (n 83) 31 ; Tekinalp (n 60) 340.

96 Özdemir Kocasakal (n 83) 31 ; Nomer (n 57) 327.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk, seçilen devletin sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte olan hukuktur. Taraflar, yürürlükte olmayan bir hukukun uygulanmasını kararlaştıramazlar.⁹⁷ Seçilen hukukta sonradan meydana gelebilecek değişikliklerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bu konuda TEKİNALP, tarafların anlaşmasının en uygun çözüm olacağı, ancak anlaşma sağlanamazsa, hukuk güvenliği açısından sonradan meydana gelen değişikliklerin uygulanmaması gerektiği görüşündedir.⁹⁸ NOMER, sonradan meydana gelen değişikliklerin seçilen hukukun yaşayan bir hukuk olmasından kaynaklandığı, tarafların sonradan meydana gelen öngörmedikleri değişikliklerin uygulanmamasını istemekte haklılık payı olsa da, taraflara bu hakkı tanımının, sonradan yapılan değişikliklerle ortadan kalkan emredici kurallardan kurtulamama veya yeni emredici kurallardan kurtulma sonuçlarına yol açacağı, özetle sonradan meydana gelen değişikliklerin de uygulanacak hukuka dâhil olduğunu belirtmektedir.⁹⁹ ŞANLI, tarafların seçilen hukukun sözleşmenin kurulduğu andaki haliyle uygulanacağı konusunda anlaşabileceği, ancak seçilen hukukta meydana gelen değişikliğin geçmişe şamil olan ve kamu düzenini ilgilendiren değişiklikler olması halinde bu değişikliklerin de uygulanması gerektiği görüşündedir.¹⁰⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK'ta seçilen hukukun sonradan değiştirilebilmesi imkânının taraflara tanınmış olduğu, tarafların bir hukuk sistemini seçtikleri, bunda zaman içinde değişiklikler meydana gelmesinin doğal olduğu, bu nedenle meydana gelen değişiklik, bu hukukun seçilmesindeki menfaatleri ortadan kaldırmakta ise seçimin değiştirilebileceği gerekçesiyle sonradan meydana gelen değişikliklerin uygulanması gerektiği görüşündedir.¹⁰¹

Kanaatimizce konuya sadece emredici kurallar açısından değil, sözleşmenin kuruluş anındaki menfaatler dengesi açısından yaklaşmak gerekmektedir. Taraflar, belli bir hukukun uygulanmasını kararlaştırırken, irade muhtariyeti çerçevesinde, sözleşmenin kurulması esnasında taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlayan bir hukuk sistemini seçmektedirler. Bu hukuk sisteminde sonradan meydana gelen bir değişikliğin, emredici olmayan tamamlayıcı hükümler açısından da sözleşme taraflarından birinin durumunu diğer taraf lehine kötüleştirici etki yaratması muhtemeldir. Bu durumda karşılıklı anlaşma ile seçilen hukukun değiştirilmesi de mümkün olmayacaktır. Taraflar, seçilen hukuk sisteminde her zaman değişiklik olabileceğini öngörebilecek durumda olsalar da, bu değişikliklerin kapsamını öngörme olanakları yoktur. Taraflara tanınacak seçilen hukuku sabitleştirme imkânı, bu öngörünün dikkate alınması ve irade muhtariyeti prensibinin hayata geçirilmesi için

97 Tekinalp (n 60) 340.

98 ibid 341.

99 Nomer (n 57) 328.

100 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 283 ; Şanlı (n 91) 50.

101 Özdemir Kocasakal (n 83) 35-36.

kanaatimce zorunludur. Şüphesiz yapılan değişikliklerin kamu düzenini ilgilendirmesi halinde bu değişiklikler uygulanacaktır.

Hukuk seçiminde, doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına sebep olan bir başka konu, objektif açıdan herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmede hukuk seçiminin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde bir görüş, MÖHUK'un 1. maddesi gereğince, bu kanunun kapsamına sadece yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerin girdiği, kişi ya da yer bakımından herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan bir ilişkide MÖHUK m.24 uyarınca hukuk seçiminin uygulanamayacağı yönündedir. Bu görüş taraftarlarına göre, böyle bir hukuk seçimi hakkının tanınması, iç hukuktaki emredici kurallardan kaçışı sağlayacaktır.¹⁰²

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise, yer ya da kişi bakımından bir yabancılık unsuru içermese dahi, sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzlıklara yabancı bir hukukun uygulanmasının taraflarca kararlaştırılabileceği yönündedir. Bu görüşe göre, yabancılık unsuru, sözleşmenin birden fazla hukuk sistemi ile ilişkisidir ve sözleşme serbestisi gereğince taraflarca yapılan böyle bir seçim, bu ilişkiyi tesis ederek sözleşmeyi yabancı unsurlu bir sözleşme haline getirmektedir.¹⁰³ Yargıtay'ın da bu istikamette kararları mevcuttur.¹⁰⁴

Kanaatimizce de, taraf menfaatlerinin ön planda tutulduğu sözleşme ilişkilerinde, tarafların sözleşmenin farklı bir hukuk sistemine tâbi olmasını kararlaştırmalarını yasaklayan bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. MÖHUK'un 1. maddesindeki, bu kanun hükümlerinin sadece yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilere uygulanacağı şeklindeki hüküm, yabancılık unsuru olmayan sözleşmelerde hukuk seçimi yapılamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Zira MÖHUK 24. Maddesinin ilk cümlesi, “*sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir*” şeklindeki ifadesiyle, taraflara hukuk seçimi konusunda verilen bir izni değil, hukuk seçimi halinde, seçilen bu hukukun uygulanacağını ortaya koymaktadır.¹⁰⁵ Sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanmasının kararlaştırılmasının sözleşmeyi bu hukuk sistemiyle irtibatlı hale getireceğinden şüphe duyulmaması gerekir. Bu konuda, tarafların iradeleri ile suni bir yabancılık unsuru yarattıkları şeklindeki görüş isabetli değildir. Borçlar hukuku sözleşmelerinde zaten en temel faktör taraf iradeleridir. Tarafların hiçbir yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmeyi yabancı bir ülkeye giderek imzalamaları da taraf iradesi ile yaratılan bir yabancılık unsuru olacaktır ve bunun önünde hiçbir engel yoktur. Her ne kadar bu imkânın tanınması halinde emredici hükümlerden kaçışın sağlanacağı ileri sürülse de, kamu düzeninden olan

102 Özdemir Kocasakal (n 83) 33 vd, ayrıca s. 33 dn.19'da sayılan yazarlar.

103 Çelikel, Erdem (n 47) 341 ; Nomer (n 57) 320 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 283 vd.

104 Yarg. HGK, 1998/12-287 E., 1998/325 K. sayılı, 06.05.1998 tarihli kararı ; Yarg. 11. HD 2006/8585 E., 2006/12877 K. Sayılı ve 07.12.200 tarihli kararı

105 Hukuk seçimi imkânının MÖHUK m.24 ile tanındığı konusunda bkz. Özdemir Kocasakal (n 83) 33.

ya da doğrudan uygulanan kural niteliğinde olan kurallar zaten hukuk seçiminden etkilenmeksizin uygulanacaktır. İrade muhtariyetinin varlık sebebinin tarafların menfaatine hizmet etmek olduğu ve bu amacı ortadan kaldıracak sınırlamaların ilkenin varlık sebebinin ortadan kaldıracağı gerçeği karşısında, bu konuda tarafların iradelerinin yok sayılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

3. Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Objektif Kurala Göre Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin taraflarınca sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukukun seçilmemiş olması halinde, önceleri tarafların farazi iradelerinin hâkim tarafından tespiti ile uygulanacak olan hukukun belirlenmesi yoluna gidilmekte idi. Buna göre hâkim, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış olsa idi hangi hukuku seçecekleri konusunda tarafların iradelerini tespit ederek uygulanacak hukuku buna göre belirlemekteydi. Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ilk zamanlarda kullanılan ölçüt, tarafların farazi iradesinin sözleşmenin ifa yeri olduğu şeklindeydi.¹⁰⁶ Buna karşılık, gerek doktrinde farazi iradenin tespitine yönelik yapılan eleştiriler, gerekse de tam iki taraflı sözleşmelerde ifa yerinin tespitindeki güçlükler karşısında Federal Mahkeme tarafından farazi irade görüşünden uzaklaşmış ve uygulanacak hukukun objektif esaslara göre belirlenmesi yoluna gidilmeye başlanmıştır.¹⁰⁷ Böylelikle “en sıkı ilişkili hukuk” kavramı Federal Mahkeme tarafından uygulanması gereken objektif ölçüt olarak kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰⁸ Önceleri en sıkı ilişkili hukuk sözleşmenin ağırlığını teşkil eden karakteristik edimin ifa yeri hukuku olarak kabul edilmekte iken, sonraları karakteristik edim borçlusunun en iyi bildiği hukuk olduğu kabul edilen ikametgâh ve sonrasında mutad meskeni hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmeye başlanmıştır.¹⁰⁹

2007 yılında 5718 Sayılı MÖHUK’un kabulünden önce yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK¹¹⁰’un 24. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara sözleşmenin ağırlıklı ediminin ifa yeri hukukunun uygulanması kabul edilmekte idi.¹¹¹ 5718 sayılı MÖHUK’un kabulü ile birlikte, bu kanunun 24. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun veya daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması esasları kabul edilmiştir.¹¹² Sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin kurallar 5718 Sayılı MÖHUK’un 24 ila 33. maddelerinde düzenlenmiştir. 24. Maddede genel olarak sözleşmelere uygulanacak

106 Çelikel, Erdem (n 47) 345 ; Tekinalp (n 60) 342.

107 Tekinalp (n 60) 342, 343.

108 Çelikel, Erdem (n 47) 345.

109 Çelikel, Erdem (n 47) 346 ; Tekinalp (n 60) 343.

110 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2675, Kabul Tarihi: 20.05.1982, RG 22.05.1982/17701.

111 Çelikel, Erdem (n 47) 351 ; Nomer (n 57) 329 ; Tekinalp (n 60) 348.

112 Nomer (n 57) 329.

olan hukuk belirlenmiş iken, takip eden maddelerde bazı özellikli sözleşmelere uygulanacak olan hukuka ilişkin kurallar özel olarak tespit edilmiştir. Buna göre, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin sözleşmeler ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler özellikli sözleşmeler olarak kabul edilerek farklı kurallara tabi tutulmuştur. Kanununun 31 ile 33. Maddeleri arasında ise sözleşmelere uygulanacak ortak hükümler düzenlenmiştir.¹¹³

Kanununun 24. maddesine göre, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Kanunda genel kural bu şekilde tespit edildikten sonra en sıkı ilişkili hukukun hangisi olduğu konusunda bir karineye yer verilmiştir.¹¹⁴ Buna göre karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu anındaki mutad meskeni hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuktur. Ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku en sıkı ilişkili hukuktur.¹¹⁵ Kanunda, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukukuna yer verilmemiş, borçlunun daha sıkı hayat ilişkileri içinde olduğu mutad meskeni hukukuna daha aşına olduğu kabul edilerek mutad meskeni hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Buna paralel olarak ticari ve mesleki faaliyetler ile ilgili sözleşmelerde yerleşim yeri ve şirketlerde buna karşılık gelen idare merkezi hukuku yerine işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.¹¹⁶ Bu tür sözleşmelerde işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Borçlunun birden fazla işyeri varsa sözleşme ile en sıkı ilişkili işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Kanunda geçen karakteristik edimin kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde, sözleşmeye hukuki özelliğini veren, sözleşmeyi karakterize eden, ona damgasını vuran, diğerine nazaran daha rizikolu olan edim olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁷ Bağışlama sözleşmesi gibi tek taraflı sözleşmelerde karakteristik edimin tespiti zorluk yaratmasa da, tam iki taraflı sözleşmelerde hangi tarafın ediminin karakteristik edim olduğu konusu incelemeye muhtaçtır. Genellikle edimi para ödemek olan tarafın edimi değil, bunun karşısındaki edim karakteristik edim olarak kabul edilmektedir. Örnek vermek gerekirse, satım sözleşmesinde satıcının edimi, kira sözleşmesinde kiraya verenin edimi, istisna sözleşmesinde eser meydana getirenin edimi karakteristik edimdir.¹¹⁸

113 Çelikel, Erdem (n 47) 356 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 272.

114 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 291.

115 Çelikel, Erdem (n 47) 360 ; Nomer (n 57) 330 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 291 ; Tekinalp (n 60) 349.

116 Tekinalp (n 60) 352.

117 Nomer (n 57) 331 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 294.

118 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 294 ; Tekinalp (n 60) 349.

Buna karşılık bazı sözleşmelerde tarafların karşılıklı edimleri arasında hangisinin karakteristik edim olduğunu tespit edebilecek belirgin önem farkları bulunmaz. Trampa sözleşmesi buna örnek verilebilir. Bu tür sözleşmelerde taraflardan birinin edimini karakteristik edim olarak belirleyip diğer edime tercih etmek imkânı bulunmamaktadır. Karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı bu durumlarda, kanunda en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi konusunda sözü geçen karakteristik edim karinesini uygulamak yerine, sözleşmenin diğer özellikleri göz önünde tutularak en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.¹¹⁹ Bunun tespiti somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi ile mümkün olabilecektir. Bu durumda edimlerin ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin dili, yetkili kılınan mahkeme gibi sözleşmede bir ülkenin hukuku ile irtibatı sağlayabilecek tüm unsurların göz önünde tutulması ve en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerekir.

MÖHUK'un 24. maddesinin son cümlesinde bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse, sözleşmeye bu hukuk uygulanır. Kanunda, en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği belirtildikten sonra, daha sıkı ilişkili bir hukuktan söz edilmesi çelişkili görünse de, bu hüküm, karakteristik edim karinesinin kesin olmayan bir karine olduğunu belirtmek amaçlıdır.¹²⁰ Bu anlamda bu istisna kuralı düzeltici bir etkiye sahiptir.¹²¹ Sözleşmedeki karakteristik edim tespit edildikten sonra, bu edimin borçlusunun mutad meskeni hukukuna nazaran, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde artık bu karinenin uygulanabilirliği ortadan kalkacak, sözleşme daha sıkı ilişkili olan bu hukuka tâbi olacaktır.¹²²

MÖHUK ile getirilen objektif bağlama kuralı çerçevesinde internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukukun belirlenmesinin diğer sözleşmelere nazaran herhangi bir özelliğinin bulunmadığı görülmektedir. Zira internet üzerinden akdedilen sözleşmeler, sözleşmenin kuruluşu ve bazı durumlarda ifanın şekli konusunda özellik arz etmektedir. Bunun dışında diğer sözleşmelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle karakteristik edimin belirlenmesinin ardından karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukuku kriterine göre uygulanacak olan hukuk belirlenecektir. Web siteleri üzerinden kurulan sözleşmelerin konusu genellikle mal satımı, içerik sağlama ya da istisnai de olsa danışmanlık sözleşmeleri olduğundan bir tarafın edimi mal ya da hizmet sağlama, diğer tarafın edimi ise belli bir paranın ödenmesi olmaktadır. Bu nedenle karakteristik edimin web sitesi sahibinin mal ya da hizmet sağlama şeklindeki edimi olduğu belirgindir. Elektronik posta yoluyla kurulan sözleşmelerde sözleşme türleri ve içerikleri farklılık

119 Nomer (n 57) 334 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 295 ; Tekinalp (n 60) 350.

120 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 296.

121 Bu kuralın mülga MÖHUK'ta düzenlenen yardımcı kuraldan farklı olarak "gerçek" bir istisna kuralı olduğu konusunda bkz. Çelikel, Erdem (n 47) 353, 360.

122 Çelikel, Erdem (n 47) 360 ; Nomer (n 57) 330 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 296.

gösterebileceğinden, karakteristik edimin tespiti bu yolla kurulan sözleşmelerde özellik arz edebilir.

Bu noktada 24/4. maddenin son cümlesi çerçevesinde sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunup bulunmadığının tespiti konusunda internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin bir özelliğinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir. Ancak bu konu da sözleşmenin hükümleri ve somut olayın özellikleri çerçevesinde incelenmesi gereken bir konu olup, sözleşmenin kuruluşu ve ifası aşamasında farklılıklar gösteren bu sözleşmelerin, bu konuda karakteristik bir özelliği bulunmamaktadır.

C. İnternet Üzerinden Akdedilen Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler konusunda çözüm bekleyen problemlerin büyük bir çoğunluğu web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde yoğunlaşmaktadır. Zira elektronik posta ile kurulan sözleşmelerde tarafların iradeleri elektronik posta mesajının içeriğinde sabittir ve geleneksel yollardan kurulan sözleşmeler gibi iradelerin yorumlanması suretiyle çözüme gidilebilmektedir. Bu yolla kurulan sözleşmelerin ifaları da bazı istisnalar dışında¹²³ genellikle geleneksel yollardan yapılmaktadır. EDI konusunda da durum aynı olup, esasında EDI yoluyla kurulan ilişkiler bir çerçeve sözleşmenin kapsamındadır. Ancak world wide web, internetin sunduğu olanakların en geniş şekilde kullanıldığı ortam olduğundan, sözleşmenin akdedilmesinden ifasına kadar tüm aşamaların bu yolla gerçekleştirilmesi mümkündür ve bu yolla kurulan sözleşmelerde tarafların iradelerini tespit edip yorumlamak da kurulan ilişkinin karmaşıklığının bir sonucu olarak son derece zordur. Tüm bu zorlukların yanında web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin genellikle tüketicilere mal ve hizmet sunmak amaçlı sözleşmeler olduğu bir gerçektir. Web siteleri üzerinden kurulan sözleşmelerin genellikle tüketici sözleşmeleri olması, bu sözleşmeler açısından tüketici hukukunu önemli kılmakta ve bu sözleşmelerin tüketicinin korunması açısından incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Zira sözleşmelerde zayıf konumda bulunan tüketicilere dayatılan genel işlem şartlarının sözleşmelere dâhil edilmesi web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde diğer sözleşmelere nazaran daha kolaydır.¹²⁴ Çünkü geleneksel yollardan akdedilen sözleşmelerde ne imzaladığının farkında olduğu farz edilen tüketici, web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde “kabul” butonunu tıklarken kabul ettiği şartların ne olduğunu çok zaman görmemektedir bile.¹²⁵

123 Danışmanlık konusu bilginin e-posta ile gönderilmesi veya e-posta ile müzik gibi içeriklerin gönderilmesi durumlarında istisnai olarak bu tür bir durumla karşılaşılması mümkündür.

124 Demir (n 4) 204.

125 Saraman (n 39) 105.

Yukarıda da vurgulandığı üzere internetin sınır ötesi karakteri sonucunda, internet üzerinden dünyanın her yanındaki sanal mağazalara girmek ve dünyanın her yerinden müşterilere ulaşmak mümkündür. Bu da internet üzerinden kurulan hukuki ilişkilere, gerek kanunlar ihtilafı gerekse de yargı yetkisi bakımından Devletler Özel Hukuku'nun müdahalesini gerekli kılmaktadır. Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin genellikle tüketici sözleşmeleri olması gerçeği karşısında, sınır ötesi yapılan bu alışverişlerde tüketicinin korunması konusunda Devletler Özel Hukuku, tüketicie tam korumanın ve hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi açısından önemli ve kritik bir noktada bulunmaktadır. Bu nedenle internet üzerinden kurulan tüketici sözleşmeleri çalışmada ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusundaki açıklamalara geçmeden önce tüketici sözleşmesinin tanımının yapılması gerekmektedir.

Tüketici sözleşmelerinin tanımı, objektif ve sübjektif kriterlere göre yapılmaktadır. Sübjektif olarak yapılan tanıma göre, tüketici sözleşmesi taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu sözleşmedir.¹²⁶ Tanımdan da anlaşılacağı üzere tüketici sözleşmesinin belirleyici unsuru tüketicidir ve bu nedenle öncelikle tüketici kavramının tanımlanması zorunludur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹²⁷ 3. maddesinde tüketici kavramı tanımlanmıştır. Buna göre tüketici, "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" dir. Buna göre bir kişinin tüketici olarak kabul edilebilmesi için bir mal ya da hizmeti kendisinin veya ailesinin özel ihtiyacı için satın alması gerekmektedir. Mesleki veya ticari bir amaç güdülmesi halinde tüketiciden ve dolayısıyla tüketici akdinden söz edilmesi mümkün olmayacaktır.¹²⁸ Kanunun 3. maddesinde ayrıca "tüketici işlemi" kavramı da tanımlanmış olup, buna göre tüketici işlemi, "*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*"dir. Tüketici işlemi kavramından yola çıkılarak yapılan nitelendirme ise tüketici sözleşmelerini objektif olarak tanımlamaktadır.¹²⁹ Sözleşmenin tüketici dışındaki tarafına ve yapılan işlemin hukuki niteliğine de vurgu yapan bu tanımlama, amaca daha uygun görünmektedir. Bu tanıma göre, bir işlemin tüketici işlemi sayılması için sözleşmenin diğer tarafının ticari ve mesleki amaçlarla hareket

126 Gezder (n 15) 4.

127 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

128 Tüketicinin ve tüketici sözleşmesinin mukayeseli hukuk çerçevesinde tanımı ve geniş bilgi için bkz. Günseli Öztekin Gelgel, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, (Filiz 2000) 9 vd ;

129 Gezder (n 15) 4.

eden bir kişi olması şarttır.¹³⁰ Bunun sonucu olarak, bir tüketicinin, mesleki amaçla hareket etmeyen kişilerle yapmış olduğu işlemler tüketici işlemi sayılmayacaktır. Bir kişinin kullanmadığı bir eşyasını satması, başka bir ev almak üzere mevcut evini satması mesleki amaçla yapılmayan işlemlere örnektir.

Tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 26. Maddesinde belirlenmiştir. Buna göre tüketici sözleşmelerine, öncelikle tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari koruma saklı kalmak üzere tarafların seçtiği hukukun uygulanması, bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde ise belli şartlar dahilinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması esası getirilmiştir.

2. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Maddenin birinci fıkrasında, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara öncelikle tarafların seçtiği hukukun uygulanacağı belirtilmektedir. Hukuk seçimi konusundaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Geçerli bir hukuk seçiminin varlığı için hukuk seçiminin açık ya da sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bunun tüketici sözleşmelerindeki varlığı konusu aşağıda incelenecektir.

Ancak irade muhtariyetinin bazı sözleşme tipleri için sınırlanması gerekmektedir. Bu sınırlamada çeşitli menfaatler rol oynamaktadır. Tüketiciler, gerek pazarlık güçlerinin bulunmaması, gerek örgütlü olmamaları, gerekse de sözleşmenin hukuki mahiyetini anlama konusunda daha bilgisiz ve tecrübesiz olmaları nedeniyle sözleşmenin karşı tarafına nazaran her zaman daha zayıf konumda kabul edilirler.¹³¹ Bu nedenle, irade muhtariyetinin sınırlandırılmasında, tüketicinin bireysel menfaatinin korunması yanında, devletlerin sosyo – ekonomik politikaları nedeniyle akdin zayıf tarafını koruma konusundaki menfaati de rol oynamaktadır.¹³² Bu nedenle tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyetinin tanınması, hiç tanınmaması ve sınırlandırılması yönünde tartışmalar yaşanmış olsa da¹³³, netice itibarıyla hem özel hukuk ve hem de kamu hukuku karakterli olan tüketici sözleşmelerinde¹³⁴ tüketicinin korunması amacıyla irade muhtariyetinin sınırlanması genel kabul görmektedir.

130 Tüketicilerin yukarıda açıklamış olduğumuz zayıflığına vurgu yapan ve tüketicinin korunması gereken menfaatini ön plana çıkaran bir başka tanıma göre ; “Tüketici akitleri, karşı âkide nazaran ekonomik açıdan ve pazarlık gücü açısından zayıf, giriştiği hukuki işlemin anlam ve mahiyetini anlamak bakımından genellikle bilgisiz, tecrübesiz, ilgisiz ve yeterince örgütlü olmaması sebebiyle akdin tipik zayıf tarafı2 ya da sosyal yönden zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketici ile kendi işinin ya da mesleğinin icabı olarak akit yapan tacir arasında akdedilen ve mal ve hizmet satımını konu edinen akitlerdir.” Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku,”Düşünsel Temeller” (2008) Vol 57 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 116.

131 Güngör (n 63) 22,23.

132 ibid 33.

133 Tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyeti ilkesi ve sınırlandırılmasına ilişkin görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Güngör (n 63) 74 vd.

134 Öztekin Gelgel (n 128) 13 ; Güngör (n 130) 117.

Taraflardan birinin zayıf konumda bulunduğu tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyetinin mutlak manada tanınması bu imkânın kötüye kullanılması sonucuna yol açacaktır. Sözleşmede kuvvetli olan taraf kendi lehine hükümler içeren hukukun uygulanmasını sözleşmenin diğer tarafına dayatacaktır.¹³⁵ Bu nedenle zayıf olan tarafın korunması amacıyla irade muhtariyeti prensibine bazı sınırlamalar getirilmektedir. Böyle durumlarda hukuk seçiminin tamamen reddedilmesi gerektiği dahi savunulmaktadır.¹³⁶

Ancak bu konuda genel olarak kabul edilen prensip hukuk seçiminin sınırlandırılmasıdır. Bu sınır genellikle “tüketicinin mutad meskeni hukuku” ile çizilmektedir. Tüketiciyi en iyi koruyan kuralların, en iyi bildiği hukuk olmasından hareketle mutad meskeni hukukunda yer alan tüketicinin korunmasına ilişkin kuralları olduğu genel kabul görmektedir. Bu nedenle gerek Roma Sözleşmesi’nde¹³⁷, gerekse de Roma I Tüzüğü’nde¹³⁸ hukuk seçiminin, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kuralları ile getirilen korumayı bertaraf edemeyeceği, tüketicinin mutad meskeni hukuku daha lehe hükümler içeriyorsa bunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Genel itibarıyla milletlerarası özel hukukta maddi hukuki sonuç gözetilmeksizin hangi hukukun tatbik edileceğine ilişkin gösterici nitelikte kurallar ile milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanmaya çalışılmaktadır. Buna karşılık, tüketici akitlerindeki hukuk seçimi konusunda, seçimin maddi hukuktaki sonucu ön planda tutularak, seçilen hukuk ile tüketicinin mutad meskeni hukuku arasındaki karşılaştırma ile tüketicinin daha lehine olan hukuk belirlenmektedir. Tamamen tüketicinin menfaatine ve maddi hukuk adaletini sağlamaya yönelmiş olan bu durum, doktrinde “kayıрма ilkesi” olarak anlandırılmaktadır.¹³⁹

MÖHUK’un 26. maddesinde de bu esasa yer verilmiş, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla kabul edilmiştir. Tüketicinin mutad meskeninin lehe olan hükümleri ile seçilen hukukun karşılaştırılmasının yöntemi konusunda iki görüş savunulmuştur. Birinci görüş hukukların genel olarak karşılaştırılması yönünde, ikinci görüş ise somut olayda ihtilaf konusuna

135 Öztekin Gelgel (n 128) 97.

136 İsviçre IPRG 120/2. maddesinde tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi açıkça yasaklanmak suretiyle reddedilmiştir. Bu görüşü savunan yazarların gerekçeleri ve geniş bilgi için bkz. Öztekin Gelgel (n 128) 101 ; Güngör (n 63) 78 vd.

137 Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon,(m.5) (OJ 1980) L266, Türkçe çevirisi için bkz. Nuray Ekşi, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon” (1997) 17 (1-2) MHB 163-182.

138 Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü(Roma I),(m.6), (OJ 2008) L177; Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü” (2009) Vol 25 (2-Ayrı Bası) BATİDER 298 - 332.

139 Doktrinde, tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitinde başvuru bağlama ilkeleri, objektif bağlama kuralları yoluyla en uygun hukukun tespiti ile milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması ve bu suretle tüketicinin korunmasını amaçlayan “fonksiyonel bağlama ilkesi” ve maddi hükümleri itibarıyla tüketicinin en lehine sonuç doğuracak hukukun uygulanması yoluyla maddi hukuk adaletinin sağlanmasına hizmet eden “kayıрма ilkesi” olarak ikiye ayrılmıştır. Güngör (n 63) 65 vd ; Güngör (n 130) 124 vd.

uygulanabilecek kuralların karşılaştırılması yönündedir. Bu görüşlerden ikincisi baskın olarak kabul edilmektedir. Buna göre uygulanacak hukukun somut olaydaki sonuçları çerçevesinde karşılaştırılması yapılarak tüketicinin lehine olan hukuk uygulanacaktır.¹⁴⁰ Bu karşılaştırmanın hâkim tarafından yapılması gerektiği genel kabul görmektedir.¹⁴¹

MÖHUK'un getirmiş olduğu bu hüküm ile, zayıf durumda olan tüketicinin bu durumunun hukuk seçimi konusunda suiistimal edilmesinin önüne geçilmiştir. Bu düzenleme sonucunda, hukuk seçiminin açıklığı ve geçerliliği konusundaki inceleme kritik önemini yitirse de, geçerli bir hukuk seçiminin varlığı için gerekli şartların incelenmesi gerekmektedir.

3. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Yukarıda vurgulandığı üzere tüketici sözleşmelerinde genellikle sözleşmenin diğer tarafı, tüketiciye içeriği kendisi tarafından belirlenmiş ve tamamıyla kendisini koruyan hükümlerden oluşan genel işlem şartlarını dayatmaktadır. Tüketici ise bu kişiyle sözleşme yapmak istiyorsa bu şartları kabul etmek zorundadır. Tüketici sözleşmesinin uluslararası nitelik taşıması halinde bu şartlar arasında, uyumsuzluk çıkması halinde uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm de bulunmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin geleneksel yollarla akdedilen bir sözleşme olması halinde bu durum hukuk seçiminin açıklığı konusunda herhangi bir problem çıkarmamaktadır. Zira tüketici, seçme hakkı olmasa da bu şartları görerek ve anlayarak kabul etmektedir. Elektronik posta ile kurulan tüketici sözleşmelerinde de böyle bir problemle karşılaşılması mümkün değildir¹⁴². Bunda da taraflar sözleşme şartlarını birbirlerinin elektronik posta adreslerine göndererek sözleşme şartlarından tüketicinin tam anlamıyla bilgisi olmaktadır. Ancak web sitesi üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bu açıklığın sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalıdır.

Bunun için aranması gereken ilk şart web sitesinde bulunan genel işlem şartlarının tüketicinin bilgisine sunulup sunulmadığı, tüketicinin aleyhine sonuç doğurabilecek şartların münferiden müzakere edilip edilmediğidir. Birçok web sitesinde tüketicinin genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme koşullarını kabul ettiğini belirten butonu tıklaması istenmekte, ancak bu şartlar tüketicinin bilgisine açıkça sunulmamaktadır. Web sitesinde sözleşme koşulları bulunmakla birlikte, bu koşulları incelemek isteyen kişinin bunları bulmak için özel çaba sarf etmesi gerekmektedir. Bu şekilde tüketiciye kabul ettirilen genel işlem şartlarındaki hukuk seçiminin açık olmadığı ortadadır ve geçerli bir hukuk seçiminin varlığından söz etmek mümkün değildir.¹⁴³ Ayrıca bu

140 Öztekin Gelgel (n 128) 100.

141 ibid 101.

142 Özdemir Kocasakal (n 4) 127.

143 Esasında böyle bir durumda sadece hukuk seçimine ilişkin hükmün değil, genel işlem şartlarının tamamının kabul edilmemesi gerekir. Zira tüketici genel işlem şartları hakkında bilgi edinme hakkından mahrum edilmektedir. Demir (n 4) 205.

şekilde tüketiciye dayatılan hukuk seçiminde, tüketicinin gerçek bir iradesinden söz edilemeyeceğinden, dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bu durumda hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz kabul edilmesi gerekir.¹⁴⁴

TKHK'nın 5. maddesinde, tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartlar düzenlenmiş, tüketicinin aleyhinde olabilecek haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bir sözleşme standart olarak düzenlenmiş ve tüketici içeriğine müdahale edemediyse o sözleşme müzakere edilmemiş sayılır. Sözleşmenin diğer tarafı bu haksız şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bu iddiasını ispatla mükelleftir. Aksi takdirde şart geçersiz olur. Tüketici sözleşmelerinde bulunan hukuk seçiminin de bu kapsamda kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle münferiden müzakere edildiği ispat edilemeyen hukuk seçimi geçersizdir.

Bu noktada genel işlem şartlarının sipariş formunun bulunduğu sayfada bulunması veya sipariş formunun bulunduğu sayfadan genel işlem şartlarının bulunduğu sayfaya tüketicinin dikkatini çekecek biçimde bir link konulmuş olması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴⁵ Ancak kanaatimce sipariş formunun bulunduğu sayfadan genel işlem şartlarının bulunduğu sayfaya bağlantıyı sağlayan linkin bulunmasının da hukuk seçimi açısından açıklığı sağladığı söylenemez. Böyle bir durum genel işlem şartlarının diğer bazı hükümlerinin geçerliliğini sağlayabilse de, bu şekilde yerleştirilmiş genel işlem şartları içerisinde yer alan hukuk seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olmadığı sabittir. Zira TKHK, ilgili sözleşme şartının münferiden müzakere edilmiş olmasını aramakla, sadece bilgilendirme için link konulmuş olması bu gerekliliği sağlamamaktadır.

Bunun yanında genel işlem şartlarının açık, doğru ve tam okunabilir ve kavranabilir olması gerekir. Bazı web sitelerinde genel işlem şartlarının bilgisayar ekranının çok küçük bir bölümünde yer alan bir kutucuğun içinde, küçük harflerle yazılmış ve aynı anda ancak 2-3 satırın görülebileceği ve bir alt satıra geçmenin dahi kullanıcıyı zorladığı bir düzenek içinde bulunduğu görülmektedir. Böyle bir durumda da hukuk seçiminin açık ve dolayısıyla geçerli bir hukuk seçimi olduğu söylenemez. Hatta genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği konusunda, sözleşme akdeden tüketicinin hangi ülkenin hangi yöresinden olduğunun dahi web sitesi tarafından tespit edilebileceği bir teknoloji olan internette, tüketicinin kendi yöresinin diliyle yazılmamış olan genel işlem şartlarının kabul edilmemesi gerektiği dahi ifade edilmektedir¹⁴⁶. Ancak İngilizce bir sipariş formunu dolduran tüketicinin sözleşme şartları söz konusu olduğunda kendi dili dışında bir dili anlayamayacağını iddia edilemeyeceği bir gerçektir.

Bazı durumlarda da genel işlem şartları içerisinde uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm bulunmamakta ancak web sitesinin genel kullanım koşulları içinde web sitesinin

144 Güngör (n 63) 98.

145 Demir (n 4) 206 ; Saraman (n 39) 108.

146 Demir (n 4) 207 ; Saraman (n 39) 109.

kullanımından veya web sitesi üzerinden akdedilecek sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu durumda da geçerli bir hukuk seçiminden söz edilmesi mümkün değildir.

8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/AT sayılı Elektronik Ticaret Konusunda Direktif'in 10/3. maddesinde tüketici sözleşmelerindeki şartların geçerli olabilmesi için, "*Alıcıya sunulan sözleşme hükümlerinin ve genel şartların, bu alıcı tarafından saklanmasına ve yeniden üretilmesine imkân verecek bir şekilde sağlanması*" gerektiği belirtilmiştir. Bu çözüm tarzı internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının denetimi konusunda çıkabilecek problemlerin önüne geçmek amacıyla getirilmiş yerinde bir düzenlemedir. Zira genel işlem şartlarının sözleşmenin akdinden sonra web sitesi sahibi tarafından değiştirilmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle kurulan sözleşmenin koşullarının böyle bir manipülasyona karşı tüketicinin her zaman ulaşabileceği şekilde kendisine ulaştırılması kritik bir konudur. Kanaatimce açık bir hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için bu şartın gerçekleşmiş olması koşulu aranmalıdır. Zira tüketicinin dikkatinin genel işlem şartlarının içeriğine tam olarak çekilebileceği ve tüketici yeterli derecede dikkat etmeyip kavramasa dahi aksini iddia edemeyeceği tek çözüm budur.

Bu husus esasında satıcı/sağlayıcının lehine bir uygulama teşkil edecektir. Zira tüketicinin sözleşme koşullarını kabul ettiğini belirten butonu tıklamış olduğu ispat edilebilse dahi, ayrıca kabul edildiği belirtilen şartların uyuşmazlık anında varlığı iddia edilen şartlar olduğunu ispat yükü yine satıcı/sağlayıcıya ait olacaktır. Bunun ise bu şekilde yapılacak bir bildirimden başka türlü ispatı çok zordur. Ayrıca TKHK'da ilgili şartın müzakere edilmiş olması şartı aranmakla, sözleşme koşullarının elektronik posta adresine gönderilmesi ile bir müzakere imkânı tüketiciye verilmektedir.

Bu yönetime uygulamada sıklıkla olmasa da bazı web siteleri tarafından başvurulmaktadır. Web sitesinden verilen bir siparişin ardından tüketicinin e-posta adresine, içeriğinde genel işlem şartlarının da bulunduğu bir e-posta mesajı gönderilmekte ve tüketicinin bu mesajda bulunan bir linke tıklayarak siparişi onaylaması talep edilmektedir. Böylelikle hem tüketicinin dikkati bu şartlara tam olarak çekilmiş olmakta hem de bu şartları saklayabilmesi sağlanmaktadır. Buna karşılık bu uygulama, internet kullanıcılarının en çok değer verdiği konu olan hız ve pratikliği sağlamamaktadır. Genellikle tüketiciler, esasında kendi haklarını koruma amaçlı bu uygulamadaki web sitesinden ayrılıp elektronik posta adresini kontrol etme, oradan tekrar linki tıklayarak siparişi tamamlama şeklindeki uygulamayı bir külfet olarak görmekte ve zahmetli bulmaktadır. Bu sebeple müşteri kaybetme riskine girmek istemeyen işletmeler, yüzlerce müşteri arasından bir kişinin kendilerini daha sonraki aşamada dava etmesini daha az riskli bulduklarından, olması gereken bu uygulamaya gereken özeni göstermemekte, sözleşme şartlarını, sipariş formunda bulunan bir link ile tüketiciye sunmaktadır.

Bu konu Türk Hukuku açısından incelendiğinde, buna benzer bir hükmün Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik¹⁴⁷ ile getirilmiş olduğu görülecektir. TKHK'nın 48. Maddesinde mesafeli sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Buna göre mesafeli sözleşme; satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.

Bu tanıma göre internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinin büyük bir kısmının mesafeli sözleşme olduğunda kuşku bulunmamaktadır.¹⁴⁸ Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'in 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre; satıcı veya sağlayıcı, sözleşme konusu malın tüketiciye ulaşmasından ya da hizmetin ifasından makul bir süre önce, aynı maddenin birinci fıkrasında belirlenen sözleşmeye ilişkin bilgileri içeren bilgilendirme formunu yazılı olarak ya da sürekli bir veri taşıyıcısı ile tüketiciye ulaştırmak zorundadır.

TKHK'nın 5. maddesi gereğince, bu zorunluluğun yerine getirilmemesi, sözleşme şartlarının müzakere edilmemiş olmasının kabulünü doğuracak ve bu nedenle sözleşmede bulunan haksız şartlar geçersiz olacaktır. Bu noktada, hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın haksız bir şart olup olmadığı ve bu eksikliğin hukuk seçiminin geçersizliğini doğurup doğurmayacağı her olay açısından olayın ve seçilen hukukun şartları incelenerek belirlenmelidir. Zira sözleşmenin maddi hukuk hükümlerinin geçersizliği, bu geçersizlik sebebi hukuk seçimini de kapsamadığı sürece¹⁴⁹ hukuk seçimine ilişkin hükmü geçersiz kılmadığı gibi¹⁵⁰, hukuk seçimi anlaşmasının meydana gelmesi ve hükümleri *lex fori*'ye tabi tutulamaz. Çünkü hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anda hangi hukukun *lex fori* olarak buna uygulanacağını bilmek imkânsızdır.¹⁵¹ Yönetmeliğin bu madde ile amaçladığı faydanın, mesafeli sözleşmelerde sözleşme şartlarının tüketici tarafından bilinmesi ve yukarıda açıklanmaya çalışılan anlamda açıklığın sağlanması olduğu tartışmasızdır.

Diğer taraftan, hukuk seçimi yapılması durumunda, seçilen bu hukukun tüketicinin lehine olacak şekilde yeterince sınırlandırıldığı ve hukuk seçiminin geçerliliğinin ayrıca

147 Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik, RG 06.03.2011/27866.

148 Bu sözleşmelerin tamamının mesafeli sözleşme olduğu doktrinde belirtilse dahi, bunun kabulü mümkün değildir. Zira bir tüketici sözleşmesi internet üzerinden kurulmuş dahi olsa Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'te belirtilen istisnalar kapsamına girme ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca bkz. İnal (n 10) 170 ; Karş. Özdemir Kocasakal (n 4) 41 ; Falcioğlu (n 4) 76.

149 Hukuk seçimine ilişkin şartın haksız bir şart olduğu sonucuna varılması halinde geçersizlik sebebinin hukuk seçimini de kapsadığı kabul edilmelidir. Sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklara uygulanmak üzere, tüketicinin mutad meskeni hukukundan başka bir hukukun seçilmesi halinde hukuk seçiminin de haksız bir sözleşme şartı olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmenin geçersizliği halinde hukuk seçimi anlaşmasının akıbeti hakkında bkz. yukarıda II-C-2.

150 Nomer (n 57) 321.

151 ibid 325.

araştırılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir.¹⁵² Ancak, MÖHUK'un 26. Maddesi ile hukuk seçimine getirilen sınırlama, bu incelemenin kritikliğini ortadan kaldırırsa da, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

4. Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

MÖHUK'un 26/2. maddesi ile, tüketiciyi en iyi koruyacak olan hukukun kendi bildiği kuralları ihtiva eden ve yaşadığı yerin standartlarını yansıtan mutad meskeni hukuku olduğu gözetilerek tüketicinin mutad meskeni bağlama noktası olarak seçilmiştir.¹⁵³ Ancak tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için bazı şartların gerçekleşmiş olması zorunluluğu getirilmiştir. Bu şartlar 26/2. Maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde madde halinde sıralanmış olup, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için bu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. MÖHUK 26/2. maddesine göre;

- Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller bu ülkede yapılmış, veya;
- Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini mutad meskeninin bulunduğu ülkede almış, veya;
- İlişkinin bir satım sözleşmesi olması halinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş ise, sözleşmeden doğan uyumsuzluklara tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Son ihtimalin sadece satım sözleşmeleri için geçerli olduğu hatırlanmalıdır.

Kanun ile getirilen bu şartlar, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü'nün kabulüne kadar, bir tüketici sözleşmesine Devletler Özel Hukuku alanında tüketicinin menfaatlerini korumak üzere ayrıcalık tanınması konusunda genel kabul görmüş olan şartlardır. Bu şartlar Roma Sözleşmesi'nin 5/2. maddesinde belirlenmiş olup İsviçre IPRG 120. maddesi ve Alman EGBGB 29. maddesinde de benimsenmiştir.

Buna karşılık, Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesi ile, sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni hukuku arasındaki ilişkiye ilişkin şartlar yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, satıcının ticari ve mesleki faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yürütmesi veya bu ülkeye de yöneltmesi ve sözleşmenin bu faaliyetlere ilişkin olması halinde sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasındaki ilişki kabul edilecektir. Roma Sözleşmesi ve MÖHUK ile getirilen sisteme kıyasla, Roma I Tüzüğü'nde sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasında daha dolaylı bir ilişkinin de kabul edildiği söylenebilir.¹⁵⁴

¹⁵² Özdemir Kocacakal (n 4) 130.

¹⁵³ Güngör (n 130) 121, 123.

¹⁵⁴ Tarman (n 138) 321.

Tüketicinin mutad meskeni ile sözleşme arasında sıkı ilişkinin kurulabilmesi, tüketici sözleşmelerinin Devletler Özel Hukuku alanında etki doğurması ve korunması gereken menfaatin tüketici menfaatine dönüşmesi için zorunludur.¹⁵⁵ Bu nedenle tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında alışveriş yapması halinde bu alışveriş maddi hukuk anlamında tüketici sözleşmesi olarak kabul edilse dahi, Devletler Özel Hukuku'nun tüketiciye sağlamış olduğu koruma bu sözleşme için söz konusu olmayacaktır. Zira kendi mutad meskeni ülkesi dışında alışveriş yapan tüketici, uyuşmazlık çıkması halinde alışverişin yapıldığı ülkenin hukukunun uygulanacağını bilmekte ve o ülkenin pazarının koşullarını kabul etmektedir.¹⁵⁶

Ancak kanunda, tüketicinin mutad meskeni ile ilişkinin kurulabilmesi için bu alışverişin baştan sona tüketicinin mutad meskeni ülkesinde başlayıp sonlandırılması aranmamış, satıcı/sağlayıcının bu ülkede pazarlama faaliyetleri yapmış olması ve tüketicinin sözleşmenin kurulması için gerekli işlemleri bu ülkede yapmış olması yeterli görülmüştür.¹⁵⁷ Ayrıca satıcı/sağlayıcının veya temsilcisinin bu ülkeye gelerek siparişin bu ülkede sipariş alması da bu ilişkinin kurulması için yeterlidir.(m.26/2-b) Bunun yanında sipariş bu ülkede verilmemiş olsa dahi, satıcı/sağlayıcının tüketiciyi ikna etmek üzere bir gezi düzenlemiş ve tüketici bu geziye katılarak başka bir ülkede siparişini vermiş ise yine ilişkinin tüketicinin mutad meskeni ile ilişkilendirilmesi mümkün olabilecektir.(m.26/2-c) Ancak bu ilişkinin kurulabilmesi için tüketicinin geziye kendi mutad meskeni ülkesinden başlaması zorunludur.¹⁵⁸ Ayrıca tüketici bu geziye satıcı tarafından teşvik edilmiş olmalıdır.¹⁵⁹ Ancak bu son halde sözleşmenin mutlaka satım sözleşmesi olması zorunludur.

Kanunun 26/4. maddesinde bu sözleşmenin taşıma sözleşmelerine ve tüketiciye hizmetin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede verilmesi zorunlu olan sözleşmelere uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak bu hüküm belirli bir bedel karşılığında seyahat ve konaklama içeren paket turlara uygulanmayacaktır.

Yukarıda belirtilmiş olan şartların gerçekleşmemiş olması halinde tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 24. madde çerçevesinde belirlenecektir.

155 Öztekin Gelgel, 63 vd. Ancak MÖHUK çerçevesinde bu şartların gerçekleşmesi tüketicinin Devletler Özel Hukuku alanında korunması için değil, objektif bağlama noktasının tüketicinin mutad meskeni olabilmesi için aranmıştır. Zira 26. maddenin 1. bendinde hukuk seçimine tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari koruma nispetinde sınırlama getirilmesi için bu şartlar aranmamış, her türlü tüketici sözleşmesi için bu sınırlama getirilmiştir.

156 ibid 63.

157 ibid 65.

158 ibid 66.

159 ibid 66.

5. Kanunun 26/2. Maddesindeki Şartların İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler Açısından Değerlendirilmesi

MÖHUK'un tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için getirmiş olduğu şartlar incelendiğinde, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde bu şartlardan sadece ilkinin gerçekleşebileceği, diğer şartların gerçekleşme imkânının bulunmadığı görülecektir. Madde 26/2-b'de belirtilen “*diğer taraf veya temsilcisinin tüketicinin siparişini bu ülkede almış olması*” şartı, satıcı/sağlayıcının tüketicinin siparişini almak üzere tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gitmesini gerekli kıldığından, bu şartın internet üzerinden akdedilen sözleşmeler açısından gerçekleşmesi mümkün değildir.¹⁶⁰ Aynı şekilde madde 26/2-c’de belirtilen “*ilişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olması*” şartı da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gitmesini gerekli kıldığından, bunun da bu sözleşmelerde gerçekleşmesi mümkün değildir.¹⁶¹

Bu nedenle internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı ancak maddede belirtilen ilk şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş olması ve ayrıca sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiillerin bu ülkede yapılması halinde sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde, tüketicinin mutad meskenine gönderilmiş özel bir davet veya ilân unsurunun hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağıın tespiti oldukça zordur. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilki, bir web sitesi sahibi olmanın, web sitesinin dünyanın her yanından erişilebilir olduğu göz önüne alındığında bu şartı gerçekleştireceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre web sitesinin internette erişilebilir olması, sitenin ürünleri ile ilgili bir reklamın ve teklifin varlığını gösterir.¹⁶²

Diğer bir görüş ise web sitesinde reklam ve satış yapmanın pasif bir satış yöntemi olduğunu ve web siteleri üzerinden yapılan ticarete bu şartın gerçekleşme imkânı bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre tüketici internete kendiliğinden girmekte ve sözleşme yapmaya karar vermektedir.¹⁶³

¹⁶⁰ Özdemir Kocasakal (n 4) 142

¹⁶¹ ibid 142.

¹⁶² Özdemir Kocasakal (n 4) 138, dn 378'deki yazarlar ; Frederic Debussere, *International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole?*, International Journal of Law and Information Technology, Vol 10 (3) (Oxford University Press 2002) 352, dn 41'deki yazarlar. Aynı görüş Avrupa Elektronik İmza Standardizasyon Girişimi(EESSI) tarafından da tekrarlanmıştır. EESSI Certificate Path Validation, Phase 3, Final Report (GlobalSign 2000) 45.

¹⁶³ Özdemir Kocasakal (n 4) 138, dn 377'deki yazarlar ; Debussere (n 162) 353, dn 44'deki yazarlar.

Diğer bir görüş ise bu iki görüşü uzlaştırıcı yaklaşımla internet sitesi kurmanın tek başına bu şartı gerçekleştiremeyeceği, ancak web sitesi sahibinin kullandığı pazarlama ve satış yöntemlerinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bir tacir, arama motorlarına kayıt yaptırıp tüketicinin yapacağı arama ile kendi sitesine ulaşılabilmesini sağlamış ise şartın gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Ancak bu görüşün önerdiği çözüm, pratik açıdan uygulanabilir değildir. Zira tüketicinin siteye arama motorundaki reklam bandından ulaştığının ispatı mümkün değildir.¹⁶⁴ Ayrıca genelde google, yahoo gibi tüm dünyaya yönelik arama motorları kullanıldığından sitenin bu reklamının hangi ülkeye yönelik olduğunun tespiti de mümkün değildir.

Görülebileceği üzere bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin, internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmeleri açısından maddenin lafzı ile tespit edilmesi çok zordur.¹⁶⁵ Bu nedenle bu konuda *Avrupa Birliği'nin Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I BIS RECAST Tüzüğü'nde*¹⁶⁶, tüketici sözleşmelerinde mahkemelerin yetkisinin tespiti açısından aranan “*yönelmiş faaliyet*”(m.17(1)(c))¹⁶⁷ kriterinin uygulanacak hukukun belirlenmesi hakkında aranan bu şart için de kabul edilmesi önerilmekteydi.¹⁶⁸ Madde m.17(1)(c)'de belirtilen şartın gerçekleşmesi halinde, tüketiciye verilen seçimlik hakla birlikte, yetkili mahkeme tüketicinin ikamet ettiği ülke mahkemesidir(m.18). Buna göre web sitesi sahibinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelik aktif faaliyetinin tespit edilebilmesi halinde şartın gerçekleştiği kabul edilecektir. Roma I Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile bu konudaki yönelmiş faaliyetin tespiti yönündeki görüşün doğruluğu belirginleşmiştir. Zira Roma I Tüzüğü'ne göre de satıcının tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş bir faaliyetinin tespit edilmesi halinde sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasındaki ilişkinin varlığı kabul edilmektedir. Kanaatimce bu çözüm kanunun amacına uygun bir çözümdür. Zira bir özel davet veya teklifin varlığı web siteleri açısından arandığı takdirde, ya web

164 Bu husus bu görüşü savunan yazarlarca da kabul edilmektedir. Özdemir Kocasakal (n 4) 139.

165 Bu konuda aynı ifadeleri taşıyan Roma Sözleşmesi açısından da sözleşmenin lafzının internet üzerinden gerçekleştirilen ilişkilerde yeterli olmadığı vurgulanmaktadır. Norel Rosnel, *International Jurisdiction in European Union E-Commerce Contracts*, <http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm> erişim 21 Eylül 2001.

166 European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters: (OJ 2012) L351/1. Özkan I, Esen E, Süral C, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I BIS RECAST Tüzüğü (AB 1215/2012)”, ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral ve Uğur Tüttüncübaşı, *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Adalet 2016) 25-233*. vd. Ayrıca bkz. Ata Sakmar, Nuray Ekşi, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü” (2002) 22 (2) MHB 721, 744.

167 Maddede bu şart şu şekilde ifade edilmiştir : “*ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin ikametgahının bulunduğu ülkede yürüten veya herhangi bir araçla bu ülkeye veya bu ülke ile birlikte birden çok ülkeye yönelen kişi ile ve bu faaliyetlerin kapsamına giren konularda*” 16/II. maddede belirtilen yetki kuralı uygulanabilecektir. Maddenin Türkçe metni için bkz. Özdemir Kocasakal (n 4) 193.

168 Özdemir Kocasakal (n 4) 139. Eser yayınlandığında Roma I Tüzüğü henüz düzenlenmediğinden, yazar tarafından en uygun çözüm olarak o dönem yürürlükte olan Avrupa Birliği'nin Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisine ve Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzüğü'nde (OJ 2001) L12 bulunan bu hüküm önerilmiştir. Nitekim daha sonra kabul edilen Roma I Tüzüğü'nde tüketici sözleşmeleri ile tüketicinin mutad meskeni ülkesi arasındaki ilişkinin kurulması için yönelmiş faaliyet kriteri kabul edilmiştir.

sitesi sahibi olmanın şartı gerçekleştirdiği kabul edilerek web sitesinden yapılan tüm alışverişlerde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacak, ya da şartın hiçbir şekilde gerçekleşmediği kabul edilerek tüketiciler kendilerine tanınan korumadan mahrum bırakılacaklardır. Ancak web sitesinin mutad mesken ülkesine aktif faaliyetine göre yapılacak değerlendirmede, tüketicinin mutad meskeni ile sözleşme arasındaki sıkı ilişkinin kurulup kurulmadığına göre çözüme gidilebilecektir.

Ancak bir web sitesinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş faaliyetinin tespiti de çok zor bir konudur. Bu konuda da web sitesi kurarak buna internetten ulaşılmasını sağlamanın dünyanın her yerine aktif faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁹ Ancak bu çözüm tarzının yerinde olmadığı ortadadır. Bu yaklaşım, web sitesinin dünyanın bütün ülkelerinin tüketicinin koruyucu hükümlerine uyması zorunluluğuna ve site sahibini dünyanın tüm hukuk düzenleri ile muhatap olma ve buna uygun altyapı hazırlama tehlikesi ile karşı karşıya getirir ki bunun kabulü mümkün değildir.¹⁷⁰ Bu görüşün kabulü halinde web sitelerinin almış olduğu risk dolayısıyla bu ticaret şeklinin gelişiminin önüne bir set çekilmiş olacaktır. Ayrıca internette erişilebilir olma site sahibinin pozitif bir davranışı olmaksızın gerçekleşebilecek bir durum olduğundan bunda herhangi bir yönelmiş faaliyet tespit edilmesi mümkün değildir.¹⁷¹

Bu nedenle bu tespit edilirken web sitesinin faaliyetini bilinçli olarak ve fiilen bu ülkeye yöneltmiş olması aranmalıdır. Yani esaslı, sistematik ve devamlı bir yönelme mevcut olmalıdır.¹⁷² Ancak bunun tespiti de kolay bir konu değildir. Bunun için sitenin içeriğinin, düzenlemesinin kullanmış olduğu dilin, mal veya hizmet karşılığında talep ettiği para biriminin, kullandığı telefon numaralarının, arama motorunun yönlendirme hizmetlerinin, hizmetin verildiği ülkelerin listelenip listelenmediğinin incelenmesi gerekir.¹⁷³ Bazı siteler siparişleri kabul edecekleri ülkeleri açıkça belirterek veya sipariş kabul etmedikleri ülkeleri belirterek bu konudaki iradelerini ortaya koymaktadırlar.¹⁷⁴ Böylece kendileri açısından hukuk güvenliğini tam olarak sağlamaktadırlar. Bunun yanında sitenin kullandığı pazarlama ve reklam teknikleri de bu konuda önem taşımaktadır. Web sitesi tarafından tüketicinin elektronik posta adresine reklam mesajları ve link gönderilmesi(spamming) aktif faaliyetin en tipik örneğidir. Bunun

169 Rosnel (n 165), Yazar, bu çözümün web sitesi sahiplerini çok zor durumda bırakacağını kabul etmekle birlikte, tüketicinin korunmasının web sitesi sahiplerinin üstlendiği bu riskten daha üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır.

170 Özdemir Kocasakal (n 4) 140 ; Özkan, Esen ve Süral (n 166) 160.

171 Özdemir Kocasakal (n 4) 196. Bu gerçek, AB Konseyi ve AB Komisyonu tarafından ortak yayınlanan bildiride de belirtilmiş olup, erişilebilir olmanın yanında, kullanılan dil, para birimi gibi unsurların da yönelmiş faaliyetin delilleri olamayacağı belirtilmiştir. Özkan, Esen ve Süral (n 166) 158, 159 ; bildirinin metni için bkz. <https://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf> erişim 10 Ocak 2020.

172 Debussere (n 162) 346 ; Cheryl L. Conner, *Compuserve v. Patterson: Creating Jurisdiction Through Internet Contacts*, (RICH. J.L. & TECH. 1998), Vol 4 (3) <<http://law.richmond.edu/jolt/v4i3/conner.html>> erişim 14 Eylül 2019 ; Cooper HM, *Jurisdictional Trends in Cyberspace*, <<http://www.law.stetson.edu/courses/hcooper.htm>> erişim 25 Ekim 2001.

173 Özdemir Kocasakal (n 4) 197 ; Debussere (n 162) 365 ; Conner (n 172) ; Cooper (n 172). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Peter Palmer davasında vermiş olduğu kararında da bu unsurlar vurgulanmıştır. Özkan, Esen ve Süral (n 166) 158.

174 Özdemir Kocasakal (n 4) 197.

yanında Türkçe içerikli herhangi bir web sitesinde reklamı olan bir web sitesinin, kendi içeriğinde Türk tüketicilere yönelik bir faaliyeti tespit edilemese dahi, bu site açısından aktif faaliyetin kabul edilmesi gerekir. Ayrıca son yıllarda arama motorlarının reklam politikaları, kullanılan çerezler vasıtasıyla kullanıcının internet alışkanlıkları izlenerek her kullanıcının olası ihtiyaç ve alışkanlıklarına göre ayrı ayrı şekillendiğinden, ilgili web sitesinin ilgili ülkedeki kullanıcılara yönelik arama motoru ile reklam ve pazarlama anlaşması ya da talebi bulunup bulunmadığı da soruşturulmalıdır. Sonuç olarak bu konunun tespiti her bir olayın kendi özellikleri çerçevesinde olmalıdır.¹⁷⁵

MÖHUK'un 26/2-a maddesinde belirtilen ikinci şart, sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken hukuki fiillerin mutad meskeni ülkesinde yapılmış olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmenin tüketicinin mutad meskeninde kurulmasının değil, tüketicinin yapması gereken işlemlerin mutad meskeni ülkesinde yapılmasının gerektiğidir.¹⁷⁶ Bu nedenle tüketici siparişini kendi mutad meskeni ülkesinden verdiği takdirde bu şart gerçekleşmiş olacaktır. İnternette irade beyanının gönderilmiş sayılacağı yer konusundaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Buna göre bir kişinin internette yapmış olduğu irade beyanı her ihtimalde kendi mutad meskeninden yapılmış sayılacaktır. Bir kişinin tesadüfi nedenlerle bulunduğu bir yerden yapmış olduğu irade beyanının o an bulunduğu yerden yapıldığını varsaymak mümkün değildir. Bu yaklaşım, tüketiciyi tesadüfi olarak bulunduğu yer dolayısıyla kendisine sağlanan korumadan mahrum bırakacak bir yaklaşım olduğundan kabulü mümkün değildir.¹⁷⁷ Bu nedenle internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bu şartın gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde web sitesinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelmiş aktif bir faaliyeti tespit edilebildiği takdirde sözleşmeye uygulanacak olan hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukudur.

Sonuç

Çalışmamızın “Giriş” bölümünde, günlük ve ticari hayatta internet kullanımının artık vazgeçilmez bir ihtiyaç haline gelmiş olduğu ve bununla beraber ortaya çıkan hukuki problemler ve soruların incelenme ihtiyacı açıklanmıştı.

İlk bakışta internetin hukuki anlamda en çok problem çıkaracakmış gibi görünen ve karmaşık zannedilen yönü, sözleşmelerin bu yolla kurulması olmakla birlikte,

¹⁷⁵ Amerikan Mahkemeleri de bu konuyu incelerken her bir olayın özellikleri çerçevesinde inceleme yapmaktadırlar. Bu konudaki davaların özetleri için bkz. Conner (n 172); Cooper (n 172); Denis T Rice, *Jurisdiction and E-Commerce Disputes in the United States and Europe*, <http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction_ecomm.pdf.pdf> erişim 12 Ağustos 2001

¹⁷⁶ Öztekin Gelgel (n 128) 65 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 140.

¹⁷⁷ Özdemir Kocasakal (n 4) 141 ; Bu şartın aranmasının internet üzerinden gerçekleşen siparişler açısından anlamsız olduğu ifade edilmektedir. Debussere (n 162) 356.

ilk bölümde yapmış olduğumuz inceleme neticesinde, esasında bu konunun hiç de beklendiği gibi karmaşık olmadığı, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde de rahatlıkla kullanım alanı bulabileceği, zira internet üzerinden sözleşme kurulmasının klasik sözleşmelerden tek farkının tarafların irade beyanlarını karşı tarafa iletirken kullandıkları araç olduğu görülmüştür. Bu konuda genel hükümlerin yetersiz kaldığı tek nokta, şekil ve ispata ilişkin konulardır. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ile getirilen düzenleme sonucunda, elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı sonucu doğuracağı belirtilmiştir ve yazılı şekil şartına ilişkin sorunlar çözüme kavuşmuş gibi görünmektedir. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde ispat problemleri çalışma konumuz dışındadır. Genel hükümlerin internet üzerinden kurulan sözleşmelere tatbiki esnasında cevaplanması gereken sorular olan, bu yolla gönderilen irade beyanlarının gönderilme ve varma anı, gönderildiği ve alındığı yerler gibi sorunlar ilgili bölümlerde incelenmiştir.

Bu sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıması halinde uygulanacak hukuk konusundan önce sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk konusu incelenmiştir. MÖHUK'un 7. maddesine göre, bir hukuki işlem, işlemin yapıldığı yerin ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapıldıysa geçerli olacaktır. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde şekil konusunda önemli olan, sözleşmenin kurulduğu yerin tespitidir. Bu tür sözleşmelerde irade beyanları hazır olmayanlar tarafından yapıldığından, milletlerarası özel hukukta şekil konusunda hazır olmayanlar arasında yapılan irade beyanlarının şekli konusunda genel kabul gören görüş olan, her bir irade beyanının yapıldığı ülke hukukunun şekil kurallarına uygun şekilde yapılması halinde geçerli olacağı görüşü benimsenmiştir. İnternet üzerinden gönderilen irade beyanlarının gönderilme yerinin tespiti konusu çalışmanın ilk bölümünde açıklanmış olup, her bir irade beyanı, beyanı yapan kişinin işyerinin, işyeri yoksa mutad meskeninin bulunduğu yerde yapılmış sayılacaktır. Ayrıca, MÖHUK 24 vd. maddeleri gereğince sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uyulması da sözleşmeyi geçerli kılacaktır.

MÖHUK 24. maddesine göre, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tarafların açıkça seçtikleri hukuka tâbidir. Çalışmada öncelikle, irade muhtariyeti kavramı incelenmiş, ardından MÖHUK çerçevesinde hukuk seçiminin açık olması ve sözleşme hükümlerinden açıkça anlaşılan hukuk seçimi kavramları üzerinde durulmuştur. Tüketici sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerde, sözleşmenin internet üzerinden kurulmuş olmasının hukuk seçiminin geçerliliği ya da hükümlerine bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuk seçiminin mahiyeti ve sınırları konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde genel açıklamalar yapılmıştır. Tüketici sözleşmelerinde ise, sözleşmenin internet üzerinden kurulması halinde hukuk seçiminin açıklığı konusunda tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde de ayrıca inceleme yapılmalıdır. Zira tüketicilerin özellikle web sitelerinden alışveriş yapmaları

halinde hukuk seçiminin tam olarak idrakine varmaları çok olası görünmemektedir ve bu konuda tüketicilerin korunmaya değer bir menfaatleri bulunmaktadır. Bu nedenle hukuk seçiminin açıklığı ve dolayısıyla geçerliliğinin ayrıca araştırılması gerekmektedir.

MÖHUK 24. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacak hukuk, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olarak belirlenmiştir. Bu konuda ayrıca bir karineye yer verilmiş, sözleşmenin ağırlıklı ediminin mutad meskeninin bulunduğu yerin sözleşme ile en sıkı ilişkili yer sayılacağı belirtilmiştir. Ticari ve mesleki faaliyetlere ilişkin sözleşmelerde ise bu yer ağırlıklı edim borçlusunun işyeri, işyeri yoksa yerleşim yeri, birden fazla işyeri varsa sözleşme ile en sıkı ilişki içindeki işyerinin bulunduğu yer olacaktır. Ağırlıklı edim borçlusunun bir tüzel kişi olması halinde, yerleşim yerinden anlaşılması gereken idare merkezidir. Kanunda bu karineye yer verilmiş olmakla birlikte, sözleşmenin özelliklerinden ve halin bütün şartlarından sözleşme ile daha sıkı ilişki içinde bulunan bir hukukun tespit edilmesi halinde tespit edilen bu hukuk uygulanacaktır. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmeler bu hükümler çerçevesinde incelendiğinde, web sitesi dışında, elektronik posta ve diğer yöntemlerle kurulan sözleşmelerin şartlarından ağırlıklı edimin tespiti ve buna göre uygulanacak hukukun tespiti gerekmekte olup, bunun diğer sözleşmelere nazaran bir özelliği bulunmadığı görülmektedir. Web sitelerinden kurulan sözleşmeler ise genellikle web sitesi üzerinden bir malın satımı, içeriğin sağlanması veya danışmanlık hizmeti verilmesine yönelik sözleşmeler olduğundan ve karşı tarafın edimi para ödenmesi olduğundan, bu sözleşmelerde de ağırlıklı edimin web sitesi sahibinin edimi olduğu görülmektedir.

Özellikle web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin büyük çoğunluğu tüketici sözleşmeleri olduğundan ve tüketicilerin yurt dışında bulunan web sitelerinden alışveriş yapmaları sıklıkla görüldüğünden, internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerine uygulanması gereken hukuk konusu ayrıca incelenmiştir. Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, MÖHUK'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan Roma Sözleşmesine uygun olarak MÖHUK'un 26. maddesinde belirlenmiştir. MÖHUK 26. maddesinde göre, aynen 24. maddede olduğu gibi, irade muhtariyeti ön planda tutularak, tüketici sözleşmelerine tarafların seçtikleri hukukun uygulanacağı belirtilmekle birlikte, bu konuda seçilen hukukun uygulanmasına bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukuku uyarınca sahip olduğu asgari koruma saklı kalmak kaydıyla uygulanabilecektir. Burada, milletlerarası özel hukukun genel yaklaşımından farklı olarak, maddi hükümlerin araştırılması ve belli bir konuda, seçilen hukuk ya da tüketicinin mutad meskeni hukuklarından hangisi tüketicinin lehine olacak ise o kuralların uygulanması yolu seçilerek tüketicinin kayırılması söz konusudur.

Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukudur. Ancak milletlerarası özel hukukta, tüketicinin mutad meskeni hukukuna göre korunmasına yönelik bir menfaatinin tespit edilerek bunun uygulanabilmesi için, ilgili sözleşmenin tüketicinin mutad meskeni ile ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Bu ilişkinin kurulması için gerekli şartlar MÖHUK'un 26. maddesinde sayılmıştır. Bu şartları taşımayan ve dolayısıyla tüketicinin mutad meskeni ile ilişkisi kurulmayan tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuk MÖHUK'un 24. maddesine göre belirlenecektir. Uygulanacak hukukun MÖHUK 24. Maddeye göre belirleniyor olmasının, sözleşmenin tüketici sözleşmesi olmasını değiştirmedığı, 24. madde gereğince belirlenen hukukun tüketiciyi korumaya yönelik hükümlerinin o hukuk çerçevesinde uygulanacağı hatırlanmalıdır.

İnternet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bu şartlardan sadece birinin gerçekleşebilmesi olasıdır. Diğer şartların internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde gerçekleşmesi mümkün değildir. Buna göre, sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş olması ve ayrıca sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiillerin bu ülkede yapılması halinde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu şartın internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde ne şekilde gerçekleşebileceği çalışmada ayrıntıları ile tartışılmıştır. Sonuç olarak, web sitesinin, tüketicinin mutad meskenine yönelmiş aktif bir faaliyetinin tespit edilmesi halinde, maddede belirtilen özel davet veya ilan şartının gerçekleşeceği kabul edilerek tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanmalıdır. MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen ROMA I Tüzüğünde de yönelmiş faaliyet kriteri ilişkinin kurulması için yeterli sayılmıştır.

Diğer taraftan, bir web sitesinin bir ülkeye yönelmiş faaliyetinin tespiti de son derece zor bir konudur. Bir web sitesinin dünyanın tüm ülkelerinden ulaşılabilir olduğu düşünüldüğünde, sadece web sitesi sahibi olmanın bu şartı yerine getirmeyeceği açıktır. Bunun için, her bir olayın kendi özellikleri içinde, web sitesinin reklam ve pazarlama politikaları incelenmeli, web sitesinin, tüketicinin mutad meskeni hukukuna bilinçli ve devamlı bir reklam ve pazarlama faaliyetinin tespiti halinde bu kaniya varılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Altınışık U, *Elektronik Sözleşmeler* (Seçkin 2003)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1,1* (Seçkin 2019)
- Arslan İ, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnı Hukuk Seçimi” (2013) 33 (2) MHB, 1-41
- Conner CL, *Compuserve v. Patterson: Creating Jurisdiction Through Internet Contacts*, (RICH. J.L. & TECH. 1998), Vol 4 (3) , (çevrimiçi) <<http://law.richmond.edu/jolt/v4i3/conner.html>> erişim 14 Eylül 2019
- Cooper HM, *Jurisdictional Trends in Cyberspace*, <<http://www.law.stetson.edu/courses/hcooper.htm>> erişim 25 Ekim 2001
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14th edn, Beta 2016)
- Debussere F, *International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole?*, International Journal of Law and Information Technology, Vol 10 (3) (Oxford University Press 2002)
- Demir M, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Turhan 2004)
- EESSI Certificate Path Validation, Phase 3, Final Report (GlobalSign 2000)
- Ekin N, *Bilgi Ekonomisinde Elektronik Ticaret*, (İstanbul Ticaret Odası 1998)
- Ekşi, N, “Sözleşmeden Doğan Borç ilişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon” (1997) 17 (1-2) MHB 163-182
- Ercoşkun Şenol K, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı : TBK M. 27” (2016) Vol 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709-737
- Falcioğlu M Ö, *Karşılaştırılmal Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu* (Yetkin 2004)
- Gezder Ü, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (Beta 2004)
- Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000)
- Güngör G, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku,”*Düşünsel Temeller*” (2008) Vol 57 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-132
- Güran S, Akünal, T, Bayraktar K, Yurtcan E, Kendigelen A, Beller Ö, Sözer B, *İnternet ve Hukuk*, (Superonline Workshop Metni 2000)
- İnal E, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, (Vedat 2005)
- Kilian W, “Dijital İletişim ve Sözleşme Hukuku”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Çev. Akkayan Yıldırım A, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 161-177
- Kırca Ç, *İnternette Sözleşme Kurulması* (BATİDER 2002), Vol 20 (4) 99, 117
- Kırçova İ ve Öztürk P, *İnternette Ticaret ve Hukuki Sorunlar*, (İstanbul Ticaret Odası Yayını 2000)
- Kubilay H ve Akıntürk E, “Elektronik Konşimento” (Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş günü Armağanı, 2001) 333-354
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22th edn Beta 2017)
- Oğuzman K ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt - 1 (17th edn Vedat 2018)
- Özdemir Kocasakal H, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003)

- Özdemir Kocasakal H, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” (2010) 30 (1-2) MHB 27-62
- Özdemir H, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları” (1999) Vol 73 (10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 926-941
- Özdilek AO, *İnternet ve Hukuk* (Papatya 2002)
- Özel S, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004)
- Özkan I, Esen E, Süral C, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I BIS RECAST Tüzüğü (AB 1215/2012)”, ed. Özkan I, Süral C ve Tütüncübaşı U, *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 25-233
- Özsunay E, “Elektronik Sözleşmelerin Temel Sorunları”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 121-143
- Özsunay E, *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Legal 2014)
- Öztekin Gelgel G, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, (Filiz 2000)
- Rice DT, *Jurisdiction and E-Commerce Disputes in the United States and Europe*, <http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction_ecomm.pdf.pdf> erişim 12 Ağustos 2001
- Rosnel N, *International Jurisdiction in European Union E-Commerce Contracts*, <http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm> erişim 21 Eylül 2001
- Rüssmann H, “İnternette Hukuki İşlemler Hakkında Delil İkamesi”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu* (Çev. Özkes M) (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 325-353
- Sakmar, A, Ekşi N, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü” (2002) 22 (2) MHB 721-744
- Saraman D, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012)
- Sarıakçalı T, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler* (Seçkin 2008)
- Smith, GJH, *Internet Law and Regulation*, (Sweet & Maxwell 1999)
- Sözer B, *Elektronik Sözleşmeler* (Beta 2002)
- Şanlı C ve Ekşi N, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (Arıkan 2005)
- Şanlı C ve Esen E ve Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn Beta 2019)
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn Beta 2016)
- Tarman, ZD, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü” (2009) Vol 25 (2-Ayrı Bası) BATİDER 298-332
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (10th edn Vedat 2009)
- Turhan T, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku” (1990) Vol 41 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119-149
- Uyanık Çavuşoğlu A, “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk” (2002) 22 (2) MHB 967-998
- Zammit JP ve Galant FB, “Elektronik Sözleşme”, Çev. Çeliktaş İ, (1999) Vol 73 (10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 942-953

