



Kesit Akademi Dergisi

The Journal of Kesit Academy

ISSN: 2149 - 9225

Yıl: 3, Sayı: 9, Eylül 2017, s. 285-312

Arş. Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN

Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
onderr.semiha@gmail.com

YABANCI UNSURLU ELEKTRONİK TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNİN MÖHUK KAPSAMINDA İNCELENMESİ¹

Özet

Teknolojinin her alanda gelişmesi iletişim araçlarının gelişmesine de olanak sağlamıştır. Gelişen iletişim teknolojisi ile birlikte internetin hayatımızın bir parçası haline gelmesi sonucu kişilerin birbirleri ile iletişime geçmesi oldukça kolaylaşmıştır. Farklı ülke vatandaşlarının elektronik tüketici sözleşmelerini kolaylıkla kurması da yabancılaşma unsurunu ortaya çıkarmaktadır. Yabancı unsurlu elektronik tüketici sözleşmelerle ilgili çıkabilecek uyuşmazlıklar 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)' da genel sözleşmeleri düzenleyen maddelerden ayrı olarak özel bir hükümle düzenlenmiştir. Milletlerarası özel hukukta taraflara tanınan hukuk seçimine ilişkin özgürlük, tüketici sözleşmelerinde sınırlandırılmıştır. Çünkü tüketicilerin, sözleşmenin diğer tarafına göre daha zayıf konumda olması, korunmalarını gerektirmiştir. Bu sebeple MÖHUK, hukuk seçimini çeşitli şartlara bağlamıştır. Hukuk seçiminin yapılması halinde uygulanacak hukuk için MÖHUK m.26' da tüketici sözleşmeleri için düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin elektronik tüketici sözleşmelerine uygulanmasında çeşitli zorluklar çıkabilir. Yabancı unsurlu elektronik tüketici sözleşmelerinin sanal ortamda kurulması, ilgili kanun maddesinde istenen şartların varlığında tereddütler oluşturacaktır. Bu durum yetkili mahkemenin tespitinde de ortaya çıkmaktadır. Tüketici sözleşmelerinde yetkili mahkeme MÖHUK m.45' de düzenlenmiştir. Tüketici sözleşmesinin sanal ortamda kurulması çeşitli bilgi eksikliklerine sebebiyet verebilme ihtimali, bu madde kapsamında yetkili mahkemenin tespitini güçleştirecektir. Günümüzde yabancı unsurlu elektronik tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların karşımıza çıkma ihtimali oldukça fazladır. Ancak net bir sonuca varmanın zorluğu sebebiyle, bildiride, bu uyuş-

¹ Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi ev sahipliğinde düzenlenen II. Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulmuştur.

mazlıkların MÖHUK kapsamında ele alınarak ihtimallere göre tartışılması yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik sözleşme, tüketici sözleşmesi, kanunlar ihtilafı

AN EXAMINATION OF ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS WITH FOREIGN CHARACTER UNDER TURKISH LAW

Abstract

The development of technology brought development of new communication methods. As the communication technology developed, the internet has become a part of our lives and it has become much easier for individuals to communicate with each other. The fact that the consumer contracts can be established between citizens of different countries creates the character of foreignness in contracts. Electronic consumer contracts with foreign characters and the dispute settlement regarding these contracts are governed by the International Private and Civil Procedure Law No. 5718. The freedom of choice of law recognized in international private law is limited in consumer contracts. Because consumers are in a weaker position than the other side of the contract, they need to be protected. For this reason, the said law has linked the choice of law to various conditions. In case of non-selection of the law, article 26 of the law applies. There are a number of complications which may arise when the provisions of the said law applies to electronic consumer contracts. For instance, foreign consumer electronics contracts do not because of its nature may not exactly fall into the scope of this provision. Moreover, the issue of jurisdiction is also problematic. The competent court that has jurisdiction regarding these consumer contracts is regulated under article 45 of the said law. The fact that many of these consumer contracts are established in the virtual environment may also cause a set of problems, which further complicates the jurisdiction and the law to be applied to these contracts. Today, the number of disputes arising from consumer electronic consumer contracts with foreign elements are on the rise. In light of this, this paper examines consumer contracts with foreign elements, law that applies to these contracts and complications which may arise from how the Turkish law deals with these contracts.

Keywords: Electronic contracts, consumer contracts, conflict of laws

KISALTMALAR

AÜHFĐ : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C. : Cilt

Ed. : Editör

ET. : Erişim Tarihi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

m. : madde

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

S. : Sayı

- s. : sayfa
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Vol. : Volume
vd. : ve devamı
WWW : World Wide Web

I. GİRİŞ

Günümüzde bir sözleşme telefon, faks, otomatik arama makinesi, elektronik posta, web sitesi gibi çeşitli iletişim araçlarıyla kurulabilir. Burada internetin de büyük önemi vardır. Çünkü internet üzerinden her şeyin daha kolay ve hızlı bir şekilde yapılma olanağı, internetin her alanda kullanılmasında büyük etki yaratmıştır. Kısacası sözleşmenin kuruluş unsurlarının elektronik ortamda cereyan etmesi o sözleşmeyi elektronik sözleşme haline getirir.

Bir sözleşmenin uluslararası nitelik kazanması çağımızda çok zor bir durum değildir. Çünkü internetin yaygınlaşması ile birlikte birbirlerinden kilometrelerce uzaklıktaki kişiler çok kolay bir şekilde iletişime geçerek sözleşme kurabilir. İşte uluslararası nitelik taşıyan bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin tespiti güçleşecektir. Hele ki, bu sözleşmelerin elektronik ortamda yapılması durumu daha da zorlaştıracaktır. Her ülkenin kendine göre belirlediği kurallar birbirinden farklı olması, çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verecek ve bu da toplum için büyük kolaylıklar sağlayan elektronik ticareti ve kapsamındaki sözleşmeleri olumsuz olarak etkileyecektir.

Elektronik sözleşmeler tüketici sözleşmesi niteliğinde ise, bu durumda uygulanacak hukuk tarafların seçimine göre belirlenebilir. Ancak burada tüketicinin mutad meskeninin emredici kuralları asgari sınır olarak belirlenmiştir. Söz konusu kurallar bertaraf edilmeden hukuk seçiminin yapılması mümkündür. Hukuk seçimi yapılmamış ise, tüketicinin mutad meskeni hukuku, sözleşmenin kanunda belirtilen şartları taşıması halinde uygulanacaktır. Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet veya ilan sonucunda sözleşmenin kurulması şartının, elektronik sözleşmelerde yorumlanması gerekecektir. Tüketici sözleşmelerinde, tacirin tüketicinin mutad meskenine yönelik aktif faaliyeti elektronik ortamda yapması, tacirin kullandığı iletişim aracının yapısına göre değerlendirilmesi yerinde olacaktır. MÖHUK m.26' daki diğer şartlar, elektronik sözleşmelerin yapısının dışında kaldığından incelenmesine gerek kalmamıştır.

Tüketici sözleşmelerinde yetkili mahkeme, MÖHUK m.45' de düzenlemiş olup, tüketicinin seçimine bırakılmıştır. Tüketicie karşı açılacak davalarda da yetkili mahkeme tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerdir. Elektronik tüketici sözleşmelerinde de yetkili mahkemenin değerlendirilmesi çeşitli ihtimallere göre yapılmıştır.

Bu çalışmada öncelikle elektronik sözleşmelerin temel alt yapısını oluşturan elektronik ticaret incelenecektir. Ardından elektronik sözleşmenin, Borçlar hukuku açısından değerlendirilmesi yapıp, son olarak da yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü ele alınacaktır.

II. TEMEL ALT YAPISI

A. Elektronik Ticaret

Elektronik ticaret 1970' lerde ortaya çıkmış ve ilk zamanlar teknik altyapı maliyetinin yüksek olması sebebiyle büyük işletmelerle sınırlı kalmıştır. Ancak daha sonra toplumun da dahil olabileceği bir konuma gelmiştir. Bugünlerde ise herkesin elektronik ticaretin tarafı olma imkanı fazlasıyla artmış durumdadır. Bu durum herkesin internete kolaylıkla erişebilme ihtimaline bağlanabilir.

Elektronik ticaretin konusunu da, mal ve hizmetlerin işletmeler veya kişiler arasında elektronik ortamda elektronik iletişim araç ve yöntemlerin kullanılmasıyla pazarlanması ve sunulması oluşturur². Elektronik ortamda açık veya kapalı ağlar üzerinden mal veya hizmet ticaretinde; sayısal verilere çevrilmiş yazılı metin, ses, video görüntülerin elektronik ortama iletilmesi, ürünlerin tasarımı, tüketiciye pazarlama, üretimin ve ürünlerin sevk takibi, reklam bilgilendirme, sözleşme yapma, banka işlemlerinin yapılması, elektronik para çıkarma ve elektronik hisse satışı, açık artırmalarda, güvenilir üçüncü taraf işlemleri, vergilendirme ve vergi toplama gibi yapılan işlemlerin elektronik ticaret alanına girdiği kabul edilmektedir³.

Ticaretin çok kapsamlı bir platform olması, ticari faaliyetlere etki etmiş ve işlemlerin daha hızlı, kolay yapılmasının yolları teknoloji ile birlikte geliştirilmiştir. Böylece ticaretin elektronik ortamda yapılması olanaklı hale gelmiştir. Elektronik ticaret, genel olarak satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmetlerini reel ortamda bulunmaksızın elektronik iletişim araçları ile piyasaya arz etmesine ilişkin tüm faaliyetler olarak tanımlanabilir.

Elektronik ticaret denildiği zaman akla ilk gelen tacirler ve tüketiciler arasında yapılan işlemlerdir. Bu tür ticaret genel itibarıyla işletme dışı yapılan perakendecilik faaliyetidir denilebilir⁴. İşletme dışı perakendecilik televizyon, telefon gibi geçmiş olan bir faaliyet olmasının üstüne elektronik pazarda yapılan satımlar, interneti toplumun büyük bir kesiminin kullanmasıyla birlikte artmış ve ekonomik anlamda önemli hale gelmiştir.

Tacirler ve tüketiciler arasında yapılan elektronik ticaret, mal ve hizmetlerin işletmelerden tüketicilere satımı ve satılmasıyla oluşan ticari faaliyettir. Uygulamada bu alandaki elektronik ticaret, mal ve hizmetin üretim aşamasında değil, tüketicilere ulaştırılması aşamasında kullanılmaktadır. Böylece coğrafi uzaklıkların zorlukları azalmış olmaktadır. Bu anlamda malların üretimden çıkıp, alıcıya ulaşım sağlanmasına kadar olan aşamada araçlara duyulan ihtiyaç en aza indirilmiştir. Ayrıca elektronik iletişimin artması ve araçların ortadan kalması; satıcıların alıcılara direk olarak mal ve hizmet sunmasını, alıcılar açısından da ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlere kolaylıkla ulaşmasını sağlamıştır⁵. Ancak araçların tamamen ortadan kalktığı söylenemez. Aracısız elektronik ticaret ancak elektronik ortamda üretilen ve kullanılan mal ve hizmetlerde olabilmektedir.

² Tian, Y. ve Stewart, C.(Ed.) (2008). *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools and Applications*. Vol.1. New York. s. 1.

³ Kayıhan, Ş.ve Yıldız H., (2004). *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*. 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları. s. 40.

⁴Falcioğlu, M.Ö., (2004). *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi Ve Kuruluşu*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 53.

⁵ Falcioğlu, s. 54.

B. Elektronik Ticaretin Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Ticari faaliyetlerin elektronik ortamda kolaylıkla yapılması elektronik ticareti ortaya çıkarmıştır. Elektronik ticaret tacirler arası yapılabileceği gibi tacir ve tüketiciler arasında da yapılabilir. Elektronik ticaretin bu kadar yaygınlaşmasında internetin büyük etkisi vardır. İnternet sayesinde sağlayıcılar, mal ve hizmetlerini çok sayıda alıcılara arz edebilmektedir. Böylece çok daha fazla satış yapma imkanına sahip olmaktadır. Ancak elektronik ticaretin sadece olumlu yönleri yoktur. Elektronik ticaretin olumsuz yönleri de mevcuttur. Elektronik ticaretin olumlu ve olumsuz yönleri işletmeler ve tüketiciler açısından ayrı ayrı incelenmiştir. İşletmeler açısından internetin sunduğu kolaylıklardan faydalanarak bilgilerin daha hızlı şekilde ortaya konması, reklam, pazarlama ve satış açısından maliyetlerin düşmesi açısından olumludur. Ayrıca günün her saatinde pazarlama imkanı olduğundan, zaman açısından tasarruf sağlamaktadır. Elektronik ticaret, piyasada fırsat eşitliğinin sağlanmasına ve uluslararası pazarlarda faaliyet imkanı da vermektedir. Tüketiciler açısından ise, en önemlisi zamandan tasarrufun sağlanmasıdır. Nitekim fiziksel olarak zaman harcamadan istenilen saatte alışveriş imkanı bulunmaktadır. Üstelik sadece ulusal sınırlar içerisindeki ürünler değil, yurtdışı ürünlerden de faydalanılabilir. Bunların hepsi elektronik ticaretin olumlu yönleridir. Elektronik ticaretin en önemli olumsuz yanı ise, güvenlik zaaftıdır. İnternet üzerinde yapılan işlemlerin her zaman güvenli olduğu söylenemez. Örneğin, bir web sitesinin hackelenmesi sonucu tüm bilgilerin yok olması, değiştirilmesiyle işletmeler için büyük zararların oluşması mümkündür. Diğer yandan ise, tüketicilerin alışverişlerinin ödemelerini genellikle internet üzerinden kredi kartı ile yapmasıyla güvenlik sorunları sebebiyle kişisel bilgilere ulaşarak dolandırıcılık ile karşı karşıya kalınma ihtimalidir⁶.

III. ELEKTRONİK SÖZLEŞME

Elektronik sözleşmeler, özel bir sözleşme tipi olmayıp, sözleşmenin kuruluş biçimini ifade eder⁷. Bu sebeple, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) sözleşmelere ilişkin hükümleri fonksiyonel eşitlik prensibi çerçevesinde, elektronik sözleşmelere yorumlanarak uygulanabilecektir. Fonksiyonel eşitlik prensibi, fiili ve hukuki durumda meydana gelen değişikliklere rağmen var olan bir hukuk kuralının temelinde bulunan amacın korunmasının gerekliliğinden dolayı oluşmuştur. Daha açık bir ifadeyle bir hukuk kuralının temelinde yatan amacın gerçekleşmesi sonradan ortaya çıkan hukuki ve fiili değişiklikler engel olmamalıdır. Bu hukuk kuralının içinde amacın değişikliklere rağmen gerçekleşmesi için yorum farklılıklarına ihtiyacı vardır. Teknolojik gelişmeler sayesinde elektronik araçlar vasıtasıyla sözleşmelerin kurulması, klasik usullerle kurulan sözleşmelerden farklı değildir. Sözleşmenin kurulmuş sayılması için gereken, irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun açıklanmasının gerçekleşmesi halinde, irade beyanın açıklanmasında kullanılan aracın normalden farklı olması, kurulan sözleşmenin farklı bir sözleşme tipi olduğunu göstermez.

Bir elektronik sözleşmeden söz edebilmek için kurucu irade beyanlarının her ikisinin de elektronik ortamda yapılması gerekir⁸. Elektronik ortamda bir sözleşme kurmak amacıyla bir

⁶ İnal, E. (2005). *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul: Vedat Kitapçılık. s.18 vd.; Sağlam, İ. (2007). *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul: Legal Yayınevi. s. 43.; Saraman, D. (2012). *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi., İstanbul Üniversitesi, İstanbul s. 33.

⁷ Bayram, A. E. (2015). Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerinin Kurulması. *TBB Dergisi*. Temmuz-Ağustos. yıl 28, S. 119, 331-366. s. 334.

⁸ Bayram, s. 334.

tarafın diğer tarafa gönderdiği iletiye, karşı taraf elektronik ortam dışında fiziki olarak karşılık vermesi, kurulan sözleşmeyi elektronik sözleşme haline getirmeyecektir. Tüm bunlar ışığında tarafların her ikisinin de sözleşme kurmak amacıyla elektronik ortamda iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak bildirmesiyle kurulan sözleşme elektronik sözleşme kapsamına girmektedir.

Elektronik ticaretin günlük hayatımızda bu kadar önem kazanmasının temelinde elektronik sözleşmelerin yaygın bir şekilde kullanılması yatmaktadır. Bu sözleşmelere hukuki düzeni geçerlilik ve işlevsellik tanıdığı ölçüde de gittikçe genişleyecektir. Elektronik sözleşme, elektronik ortamda girilen hukuki ilişkilerin boyutunun sözleşmesel nitelik kazanmasıyla oluşan olgudur. Diğer bir açıdan elektronik sözleşmeler, sözleşmenin tümünün veya bir bölümünün bilgisayar ağları (internet ortamı) aracılığı ile iletişim sağlanarak oluşturulmasıyla ortaya çıkar⁹. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu' na göre; telefon, çağrı merkezi, faks, otomatik arama makinesi, akıllı ses kaydedici sistem, elektronik posta ve kısa mesaj gibi vasıtalar aracılığıyla yapılan sözleşmeler, elektronik sözleşmelerdir. Ancak internet aracı kullanılarak yapılan tüm sözleşmeler elektronik sözleşme olarak kabul edilemez. Nitekim web sayfası kurulması, bir server üzerine reklam yapılması, internete bağlanabilmek için bir servis sağlayıcı ile sözleşme yapılması, elektronik sözleşme olarak nitelendirilmez. Kişinin dünyaya açılan bir mağaza oluşturup kullanacağı web sayfasının hazırlanmasını konu edinen sözleşme, bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir¹⁰.

Elektronik sözleşmeler, internet aracılığıyla elektronik ortamda kurulur. Elektronik sözleşme kavramında yer alan elektronikten kasıt, sözleşmenin kuruluşu veya ifasında kullanılan araçlar için kullanılmasındandır¹¹. Bu sebeple, elektronik sözleşmeler ayrı bir sözleşme türü olmayıp, TBK' da ki sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmeler için de uygulanması gerekecektir.

Taraflar sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı noktalarında anlaşmalıdır. Objektiflikten kasıt, sözleşmenin türü ve tipik özelliklerinde anlaşmadır. Sübjektiflik ise; tarafların kendilerinin zorunlu kabul ettiği arzu niyetlerine göre sözleşmenin konusuna ilişkin hususlar sübjektif yönden esaslı noktalar¹². Bu noktada elektronik sözleşmelerde sübjektif yönden karşılıklı bir değerlendirme söz konusu olmadığından, sözleşmenin kuruluş aşamasında esaslı unsurlarda sürekli bir uyumun olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür sözleşme ilişkilerinde alıcı konumundaki kişinin, sözleşmenin şartlarında değişiklik yapma yetkisi yoktur. Çünkü bir web sayfası üzerinden yapılan bir satışı göz önünde bulundurursak, alıcı söz konusu malın özelliklerini, fiyatını uygun bulup kabul etmesi halinde sözleşmedeki sübjektif esasları da kabul etmiş sayılmaktadır. Nitekim bu tür satışlarda pazarlık söz konusu değildir. Sonuç olarak internet üzerinden kurulan sözleşmelerde tarafların esaslı noktalarda anlaşmış olmaları şartı ile diğer hususlarda anlaşmamış veya tartışmamış olsalar da bu durum sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. Bu hususlar daha sonradan tamamlanabilir.

Kısacası sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan yan unsurlarda karşılıklı mütalaa yapılmaması veya daha sonra anlaşılmak üzere başka bir zamana bırakılması sözleşmenin ku-

⁹Gürpınar, B. *Elektronik Sözleşmenin Hukuksal Boyutu Üzerine*, ab.org.tr/ab07/bildiri/217.doc, (ET:25.05.2014)

¹⁰ Sağlam, s. 51.

¹¹ Turan, G. (2008). *Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, *TBB Dergisi*, S. 77, 87-119. s. 92.

¹² İnan A.N. ve YÜCEL, Ö. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları. s. 175.; Altınışık, U. (2003). *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara: Seçkin Yayınları. s. 38.

rulmasına mani değildir. İnternet aracılığıyla yapılan satışlarda, söz konusu malın teslim edileceği yer, zaman gibi hususlar dışında diğer noktalarda yani ad, nicelik, ürün ücreti gibi konularda anlaşmaya varmışlarsa, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu söylenebilir¹³. Kısacası internet üzerinden sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşıldığı takdirde diğer hususlarda anlaşılmamış olursa dahi sözleşme kurulmuş sayılır.

A. Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Niteliği

1. Kurulma Anı Bakımından Hukuki Niteliği

Elektronik sözleşmelerin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılan bir sözleşme niteliği taşıması sözleşmenin kurulması ve hüküm doğurmaya başladığı anın tespiti bakımından öne çıkmaktadır. Hazırlar arasında yapılan bir sözleşme, tarafların doğrudan doğruya iletişim kurdukları ve anında cevap vermeleri imkanının bulunduğu bir ortamda yapılmaktadır. Hazır olmadan kasıt önerinin yapıldığı anda karşı tarafa ulaşmasıdır. Aslında burada önemli olan aynı ortamda bulunma değildir. Önemli olan önerinin anında ulaşmasıdır. Bu sebeple öneri anında karşı tarafa ulaştıktan sonra, mesafenin, coğrafi uzaklık ve yakınlığın bir önemi yoktur¹⁴. Elektronik sözleşmelerde kullanılan araçlara baktığımızda örneğin telefonu ele alırsak; telefon görüşmesi sırasında taraflar birbirlerine irade beyanlarını araya zaman girmeden iletebilirler. Hazırlar arasında kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilmesi için araya fasıllar girmeden tarafların karşılıklı görüşüp anlaşabilmeleri gerektiği düşünüldüğünde telefonla görüşerek sözleşmenin kurulması hazırlar arasında kurulan bir sözleşme niteliği kazandığını gösterir.

Elektronik sözleşmelerin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında yapıldığının belirlenmesinde öncelikle dijital ortamda yapılan iletişimin incelenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin kurulmasında kullanılan araç, tarafların irade beyanlarını karşılıklı iletilmesi anlık meydana geliyorsa, yapılan sözleşme hazırlar arası sözleşmedir. Ancak irade beyanlarının arasına zaman aralığının girmesi söz konusu ise, yapılan sözleşme hazır olmayanlar arası yapılan sözleşmedir. Dolayısıyla öneriyi karşı taraf yapıldığı anda değil de, bir müddet sonra öğrenmesi durumunda ise hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmeden söz edilir. Hazır olmayanlar arasında iletişimin doğrudan doğruya, soru cevabın kesintisiz bir şekilde yapılma imkanı yoktur.

2. Katılmalı Sözleşme Niteliği

Günümüzde, birçok mal ve hizmet üretilip topluma sunulmakta ve binlerce sözleşme yapılmaktadır. Üreticiler her seferinde aynı konu üzerinde yeniden sözleşmenin içeriğini hazırlamak yerine standart sözleşmeler üzerinden iş yapmaya başlamışlardır. Dolayısıyla tarafların sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında hiçbir şekilde tartışabilmesi söz konusu olmadığı katılmalı (iltihaki) sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Katılmalı sözleşmeler, "sözleşme şartlarını, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme kurulmadan önce ileride kuracağı, tüm satış sözleşmelerinde kullanılmak suretiyle ve karşı tarafında herhangi bir müzakere yetkisi olmadan, aynen

¹³ Sasso, L. (2016). *Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation*, *Pravo.Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no.1, 2016, s. 210, <https://law-journal.hse.ru/data/2016/04/03/1126351062/%D0%A1%D0%B0%D1%81%D1%81%D0%BE.pdf>, (ET:20.11.2016)

¹⁴ Sağlam, s. 53.

kabul edeceği (veya reddedeceği) tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme türüdür"¹⁵. Dolayısıyla sözleşmenin hükümleri taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmaktadır. Sözleşmeye taraf olmak isteyen kişinin iradesini kullanabileceği tek alan kabul veya red edebilmesidir¹⁶.

Elektronik sözleşmeleri bu açıdan incelediğimizde katımlı sözleşme niteliğinde de kurulabildiği görülmektedir. Sözleşmenin içeriği taraflardan birinin önceden tespit ettiği şart ve hükümler çerçevesinde hazırlanmakta ve bu sebeple sözleşmenin karşı tarafı tek yanlı ve önceden hazırlanan bu içeriği tartışabilme imkanı olmadan sözleşmeyi olduğu gibi kabul ederek kurulabilen sözleşmeler mevcuttur¹⁷. Bu gibi genel işlem şartları ve katımlı olarak kurulan sözleşmeler, sözleşme özgürlüğü prensibinin sınırlandırıldığı istisnai bir durumdur.

Elektronik sözleşmelerde taraflar irade beyanlarını dijital ortamda yaptıklarından karşılıklı müzakere etme imkanları bulunmamaktadır. Genellikle satıcı web sayfası üzerinden önceden hazırladığı sözleşme şartlarını sunar ve müşterinin bu şartları kabul etmesiyle sözleşme kurulur. Dolayısıyla bu şekilde kurulan sözleşmelerdeki hükümler herkes için geçerli olacaktır. Bu tür sözleşmelerde alıcı, sunulan sözleşme şartlarından başka bir şart sunamamaktadır. Tüm şartlar satıcının arzu ettiği şekilde hazırlanır. Ayrıca sonradan örneğin istenilen bilgilerde eksiklik olursa, işlemin tamamlanması mümkün olmayacaktır. Bir web sayfası üzerinden şartları önceden hazırlanmış sözleşme kurmak isteyen kişiye serbest hareket edeceği bir alan bırakılmıyorsa, sadece satıcının bildirdiği şartları kabul etmek suretiyle bir sözleşme kuruluyorsa, bu elektronik sözleşme katımlı bir sözleşme niteliğine haizdir¹⁸.

3. Mesafeli Sözleşme Niteliği

Elektronik sözleşmeler, mesafeli sözleşme niteliğine sahip olabilirler. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' da (TKHK) mesafeli sözleşmeyi şu şekilde tanımlamıştır; "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." (m.48/1). Mesafeli sözleşmelerle ilgili maddede değinildiği gibi mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem üzerinden kurulması ve bu süreç boyunca uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gereklidir. Burada pazarlama yönteminin uzaktan olması ve bunun için gerekli bir sistemin varlığı ön plana çıkmış olup, ayrıca sözleşme kurulana kadar uzaktan iletişim araçlarının kullanılması halinde kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olacağı belirtilmiştir. Uzaktan iletişim araçları da Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.4/1-h' de mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortamı olarak belirtilmiştir. Uzaktan pazarlama için oluşturulan sistemden kasıt ise, sağlayıcının mesafeli sürüme yönelik olarak organize ettiği bir satış veya hizmet ağı çerçevesinde faaliyet göstermesidir¹⁹. Dolayısıyla mesafeli sözleşme için sadece uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yeterli olmayıp, satıcı veya

¹⁵ Kayıhan ve Yıldız, s .90.; Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, Serozan ve Arpacı, (2014). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C.1, 6. Bası, İstanbul: Filiz Yayınevi. s. 229.; Eren, F. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları. s. 215.

¹⁶ Sağlam, s. 58.; Eren, s. 214.

¹⁷ Sağlam, s. 56.

¹⁸ Sağlam, s. 61.

¹⁹ Yıldırım, A. (2009). *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık. s. 67.

sağlayıcının kullandığı bir mesafeli sürüm sisteminin bulunması gereklidir. Zaten satıcı veya sağlayıcının tüketicinin korunması için yapmakla yükümlü olduğu bilgilendirme, belgelendirme gibi hususları yerine getirmesi için düzenli bir mesafeli sürüm sistemine ihtiyacı vardır. Ayrıca satıcı veya sağlayıcı mesleki ve ticari faaliyeti kapsamında mal ve hizmet sunumlarının tümünü veya bir kısmını bunun için hazırladığı düzenli mesafeli sürüm sistemi içerisinde yapmalıdır. Burada sözleşmenin söz konusu sistem içerisinde kurulması önemli olup, taraflarca tesadüfen bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracıyla sözleşme kurulmamalıdır²⁰.

Elektronik sözleşmelerin niteliğinin tespitinde, sözleşmenin kuruluş tarzının esas alınması, mesafeli sözleşmeler açısından da önemlidir. Her iki sözleşmede bağımsız bir sözleşme tipini oluşturmaz²¹. Ancak mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek için tarafların tüketici ve satıcı/sağlayıcı olması gereklidir. Elektronik sözleşmelerde ise böyle bir ayırım söz konusu değildir. Elektronik sözleşmelerin mesafeli sözleşmeler gibi tüketici sözleşme niteliği olması şart değildir. Elektronik sözleşmeler, tüketicilerle yapılabileceği gibi, işletmeler arasında da yapılabilmektedir. Elektronik sözleşmelerde alıcı taraf eğer tüketici ise bu sözleşme mesafeli sözleşme niteliğine sahip olabilir. Mesafeli sözleşmelerde tarafların sözleşmenin kurulduğu an dahil olmak üzere kurulana kadar eş zamanlı fiziksel olarak bir araya gelmeme unsuru bulunmalıdır. Bu açıdan düşünüldüğünde; taraflar sözleşme kurulana kadar bir araya gelip, ancak sözleşmenin elektronik iletişim araçları kullanılarak kurulması halinde taraflardan biri tüketici olsa dahi mesafeli sözleşmeden bahsedilemez²². Elektronik sözleşmelerde ise, tarafların sözleşme kurulana kadar fiziksel olarak bir arada bulunmama unsuru önemli değildir. Taraflar daha önceden bir arada bulunup, daha sonra sözleşmelerini elektronik iletişim araçları ile kurmaları, bu sözleşmeyi elektronik sözleşme niteliğini kazandırır. Elektronik ticaret çerçevesinde yapılan elektronik sözleşmeler tüm bu hususlardan yola çıkarak, mesafeli sözleşmeye benzemekle birlikte birbirinden ayrılmaktadır. Sözleşmeyi kurmayı sağlayan elektronik iletişim araçlarının kullanılması her iki sözleşme içinde geçerlidir. Ancak fiziksel olarak bir arada bulunmama unsuru ve alıcının tüketici olması mesafeli sözleşmede şart olması²³, elektronik sözleşmelerden ayıran noktadır.

Sonuç olarak elektronik sözleşmenin hukuki niteliği her sözleşmenin kendi durumuna göre belirlenmektedir. Elektronik sözleşmelerin kurulmasında kullanılan iletişim araçlarının niteliğine göre hazırlar arası veya hazır olmayanlar arası kurulan sözleşme olabilmektedir. Ayrıca ticaretin kolay yollarla yapılma imkanlarına dayanarak önceden hazırlanan sözleşme şartlarının sadece kabul ile kurulması sebebiyle katılmalı sözleşme niteliğinde olabilirler. Bunun dışında elektronik sözleşmeler mesafeli sözleşmeler niteliğinde de kurulabilirler. Elektronik sözleşmelerin tacirler arası veya tacirler ve tüketiciler arasında kurulabildiği düşünüldüğünde, ancak tüketici sözleşmelerinde, mesafeli sözleşme niteliğinde kurulduğu söylenebilir. Dolayısıyla elektronik sözleşme taraflarının, eş zamanlı olarak fiziksel bir arada bulunmadan, mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik kurulan sistem üzerinden uzaktan iletişim araçları ile sözleşme kurmaları halinde mesafeli sözleşme niteliğinde olacaktır.

²⁰ Yıldırım, s. 67.

²¹ Yıldırım; s.106.

²² Zevkliler A. ve Gökyayla, E. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Turhan Kitapevi. s. 100.

²³ Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 216.

B. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşunda Kullanılan İletişim Araçları

1. Elektronik Posta (E-Posta)

Elektronik posta fiziksel anlamdaki posta ile gerçekleştirilen gönderme işleminin dijital ortamda yapılmış halidir²⁴. Bilgisayara kayıtlı bilgilerin internete özgü iletişim altyapısı üzerinden iletiler şeklinde karşı tarafa gönderilmesi amacıyla elektronik posta kullanılmaktadır. Diğer bir deyişle, bir mesajın bir bilgisayardan bir diğerine internet gibi bir iletişim ağıyla gönderilmesi işlemidir²⁵.

Elektronik posta, sanal iletişim araçları içerisinde en çok tercih edilen iletişim araçlarından biridir. Geleneksel iletişim araçlarıyla iletişim kurulması, elektronik posta üzerinden kurulmasına göre daha yavaştır. Çünkü elektronik postalarda iletişim daha kolay ve hızlı olabilir. Ayrıca elektronik posta aracılığı ile kişiler yüzyüze görüşmeden aralarındaki mesafenin önemi olmadan iletişimi kolaylıkla kurabilmektedir. Elektronik posta aracılığı ile sadece mesaj değil buna ek olarak iletişim verileri de kolay bir şekilde karşı tarafa ulaşabilmektedir. Ayrıca elektronik posta mesajları, doğrudan insanlar tarafından hazırlanıp gönderilebileceği gibi standart metinlerin bilgisayar programları ile otomatik olarak oluşturulup gönderilebilir²⁶. Tüm bu hususlar internet üzerinden pazarlama yapan firmalar ve tüketiciler açısından avantaj sağlamaktadır.

Elektronik postalar genellikle elektronik ticaret alanında işletmelerin müşterilerine sipariş verme olanağı sunması yönünde kullanılır. Bu sistemde elektronik posta listeleri de kullanılabilir. Belirli bir konuya ilişkin olarak hazırlanan posta listelerine kaydolun posta kullanıcıları, satıcı tarafından sunulan mal ve hizmetler hakkında mesajları düzenli olarak kendilerine ulaşır. Elektronik posta listelerine kaydolmadan da, satıcı taraf mallarının tanıtımını içeren elektronik posta mesajını potansiyel gördüğü alıcılara pazarlama amacıyla katalog benzeri şekilde gönderebilir²⁷.

Elektronik postanın güvenlik açısından tamamen güvenilir olduğunu söyleyemeyiz. Mesajların içeriği kolaylıkla başkaları tarafından okunabilir. Bu sebeple elektronik posta daha çok haberleşme olarak kullanılır. Gizliliği önemli olan bilgiler için elektronik postayı kullanmak bu tür riskleri göze almayı gerektirir.

Elektronik posta hukuki açıdan diğer klasik haberleşme araçlarından, elektronik ortamda cereyan etmesiyle farklılık gösterir²⁸. Elektronik posta gerekli şartları taşıması halinde, hiçbir şart aranmadan kamuya açık bir elektronik iletişim yoludur. Elektronik posta mesajları, elektronik ortamın altyapısı olarak birer veri olarak ağ üzerinde TCP / IP protokolü çerçevesine bağlıdır²⁹. Görsel bakımından da elektronik postalar basit yapıdadırlar. Bu sebeple elektronik posta iletişimi özellikle web üzerinden kurulan elektronik iletişimden, çoklu ortam yaratımlarına uygun olmaması yönüyle ayrılır.

Elektronik posta aracılığıyla geçerli bir sözleşme kurulabilmektedir. Ayrıca elektronik posta telex veya faks yöntemlerine göre daha hızlı bir iletişim aracıdır. Taraflar karşılıklı

²⁴ Şahin, T. (2011). Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması, *TBB Dergisi*, S. 95., 331-376. s. 339.

²⁵ Sağlam, s. 15.

²⁶ Falcioğlu, s. 56.

²⁷ Falcioğlu, s. 56.

²⁸ Kayıhan ve Yıldız, s. 68.

²⁹ Falcioğlu, s. 56.

olarak beyanlarını e-posta yolu ile yapabilmektedirler. Bireylerin kendi talepleriyle karşılıklı e-posta aracılığıyla sözleşme kurulması dışında, spamming yöntemiyle de kurulabilir. Spamming, "genellikle ticari amaçlı elektronik postaların, çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak, bu konuda herhangi bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesidir"³⁰. Kısacası spam, bir istekte bulunulmamasına rağmen, mallarını ya da hizmetlerini satmaya çalışan kişilerce gönderilen e-postaya denilmektedir³¹. Dolayısıyla TBK m.7 uyarınca ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi öneri olmasa da öneriye davet olarak kabul edilip, bunun üzerinden öneri gönderilirse de sonuçta sözleşme kurulabilir³².

2. Web Sitesi

WWW (World Wide Web), internet üzerinde herhangi bir bilgi araştırılmasında, paylaşılmasında en çok kullanılan araç ve metodların arasında yer almaktadır³³. Ayrıca internet standartları ve teknolojilerine özgü biçimde Dünya Çapında Ağ Konsorsiyumu W3C ([World Wide Web Consortium](#)) tarafından oluşturulan bir protokol olan www, e-postalarla birlikte, internet üzerinden iletişimi sağlayan en önemli bilişim hizmet araçları arasında bulunmaktadır³⁴. WWW internet alt yapısını oluşturan, birbirilerine bağlı olmayan dökümanlar arasında irtibat kurma hizmetini veren bir yapıdır.

World Wide Web bir web sunucusunda saklanan verilerin internet üzerinden paylaşılması amacıyla inşa edilen bir sistemdir³⁵. Bu sebeple web sayfaları, başka sayfalara ve verilere ulaşmak için gereken linkleri içerisinde barındırır. Kişiler başkaları ile paylaşmayı düşündükleri bilgileri, fikirleri, fikir ve sanat eserlerini, satmayı veya kiralamayı düşündükleri malları internet üzerinden sunduğundan, web sayfalarını teşhir salonları olarak düşünebiliriz³⁶. Bu sayede kişiler bu sayfaları gezerek, kendilerine uygun buldukları ürünleri satın alabilir, kiralayabilir veya harddiskine kaydedebilir. Web sayfalarını diğer elektronik iletişimden ayıran özelliği verilerin çoklu ortam şeklinde sunulmasıdır. Bu sayede www, internet üzerinden görüntülü ve sesli iletişimi sağlayan belgelerin, eş zamanlı ve karşılıklı iletilmesi küresel alanda bir bilişim hizmeti sunmaktadır. Tüm bunlar düşünüldüğünde; tüketiciler, evlerinden veya herhangi bir yerden birçok mal ve hizmet satın alma kolaylığı içerisinde bulunmaktadır. Tüketiciler istedikleri ürünler hakkında her türlü bilgi edinme ve yine internet üzerinden ödeme imkanına sahip olup, internet üzerinden satın alma işlemi yapabilirler³⁷.

İnternetin www hizmeti sayesinde elektronik ticaret gelişmiştir. Bu sebeple internet üzerinden sözleşmelerin kurulması artmıştır. Bu tür sözleşmeler; web site operatörleri çoğu kez müşterilerin ısmarladığı mal ve hizmetleri internet üzerinden arz etmesiyle ve siparişlerin ekran üzerinden görünmesi sonucunda tamamlanmış olur³⁸. TBK ile birlikte satıcının web sitelerinden söz konusu şeyi gereken her türlü bilgiyi sergilemesini öneriye davet olarak kabul et-

³⁰ Turan, s. 99.

³¹ Kırçova, İ. ve Öztürk, P. (2000). *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no.2000-29, İstanbul. s. 79.

³² Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 42.

³³ Sağlam, s. 16.

³⁴ Demir, M. (2004). *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara: Turhan Yayınevi. s. 136.

³⁵ Falcioğlu, s. 56.

³⁶ Sağlam, s. 17.

³⁷ Sasso, s. 208.

³⁸ Kayıhan ve Yıldız, s. 68.

memiş, bu durumu öneri olarak düzenlemiştir. Böylece alıcının bu öneriyi kabul ettiğini belirten beyanı üzerine sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmeler, internet üzerinden yapılması ve taraflar arasında önceden düzenlenen ticari işlemin ve veri değişiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir anlaşma olmaması sebebiyle elektronik veri değişiminden (EDI); e-postalarla kurulan sözleşmelerde yapılan mal ve hizmet arz talebiyle ilgili müzakerelerin olmaması sebebiyle ayrılır³⁹.

C. Elektronik Sözleşmelerde İrade Beyanları

İrade beyanları herhangi bir şekilde bağlı tutulmamıştır. Önemli olan husus tarafların anlaşmaya varmasıdır. Bu sebeple irade beyanları her türlü vasıtayla yapılabilir. Elektronik sözleşmelerde, tarafların iradelerini ifade etmeleri, elektronik ortamda yapılmaktadır⁴⁰. Böylece taraflar irade beyanlarını on-line bir görüşmede veya elektronik posta yoluyla ya da bir web sitesindeki sipariş formunu doldurmak suretiyle elektronik yollarla açıklayabilir⁴¹.

İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde kabul beyanı, web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan *kabul ediyorum* butonunun tıklanması suretiyle açıklanabileceği gibi, elektronik postayla gönderilen öneriyi, diğer tarafında yine elektronik posta yoluyla açıkça kabul beyanın gönderilmesiyle de açıklama yapılabilir⁴².

Sözleşmeler hazırlar olanlar arası veya hazır olmayanlar arasında kurulabilir. Taraflar doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde, karşılıklı olarak anlık soru sorma, açıklama yapma ve cevap verme imkanı içerisinde ise hazırlar arasında, aksi takdirde hazır olmayanlar arasında bir iletişim içerisinde bulunmaktadırlar⁴³. TBK m.4/2 uyarınca telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri hazır olanlar arasında yapılmış sayılacaktır. Bilgisayar gibi iletişim sağlayan araçlardan söz edildiğine göre, elektronik sözleşmeler de çoğunlukla internet aracılığıyla önerenin sadece " doğrudan iletişim " sağlayabilen araçlarla yapıldığı diğer bir değişle, muhatabın da aynı anda içeriğini öğrenebildiği bir öneri söz konusu olduğundan, bu tür elektronik sözleşmelerin hazırlar arasında yapıldığı söylenebilir.

Tarafların çevrim içi ortamda e-posta aracılığıyla iletişim kurma imkanı mevcuttur. Bu şekilde her iki tarafın da bilgisayar vb. cihazlar karşısında oldukları bir durumda karşılıklı e-posta vasıtasıyla iletişim kurdukları düşünüldüğünde hazırlar arası sözleşme olup olmadığının net bir ifadesi yoktur. Burada beyanların gönderilmesi ve okunması arasında çok kısa bir süre vardır. Ayrıca tarafların çevrim içi ortamda birbirleri ile müzakere etmeleri de mümkündür. Ancak her ne kadar derhal yanıtlama söz konusu olsa da gönderilen e-posta doğrudan karşı tarafın ekranında görünmemekte, okunabilmesi için kişinin aktif davranışı gerekmektedir. Böyle bir durumda iletişimi dolaylı hale getirdiği düşünülebilir. Dolayısıyla tarafların e-posta aracılığıyla kurdukları sözleşme hazır olmayanlar arası sözleşme kapsamına girmektedir⁴⁴.

³⁹.....Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

⁴⁰.....Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

⁴¹ Şahin, s. 341.

⁴² Turan, s. 96 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 196 vd.

⁴³ İnal, s. 107.; Hatemi ve Gökyayla, s. 41.

⁴⁴ Falcioğlu, s. 134.

Bütün web siteleri üzerinden yapılan irade beyanları sözleşme yapmaya imkan vermemektedir. Bu web siteleri üzerinden sağlayıcıya yönelik bir irade beyanı bildirmeye elverişli şekilde tasarlanmamıştır. Bu tür web sitelerine etkileşimsiz web siteleri denilmektedir. Etkileşimsiz web sitelerinden mal veya hizmet temin etmek isteyenler, beyanlarını telefon, e-posta vb. iletişim araçlarını kullanmaları gerekecektir⁴⁵.

Sözleşme yapmak isteyen iki kişi kendi bilgisayarları aracılığıyla e-posta veya chat yolu ile aynı anda haberleşme söz konusu olduğu bir durumda yapılan öneri ve kabul hazırlar arasında yapılmış sayılır. Sonuçta öneri yapıldıktan sonra, karşı taraf kabul edip etmediğini diğer tarafa anında iletebilecektir.

Sözleşme yapacak olan tarafların bir servis sunucusu veya sunucuları aracılığıyla iletişim kurduklarını düşündüğümüzde, eğer servis sunucusu ile taraflar bağlantı kuramadıkları takdirde, tarafların birbirleriyle iletişimi yani irade beyanlarının karşılıklı öğrenilmesi mümkün olmayacaktır. Hal böyle olunca hazırlar arasında yapılan bir sözleşmeden söz edemeyiz. Burada hazır olmayanlar arasındaki sözleşme hükümlerinin uygulanması gereklidir. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler de kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur. Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur (TBK m.11).

Bir önerinin, bir kişiye, belli bir sınıfa, veya da tüm dünyaya yapılabilmesi mümkündür⁴⁶. Elektronik ortamdan örnek verecek olursak; bir web sayfasında bir şeyin üzerine sabit fiyat konulmak suretiyle teşhir edilmesini söyleyebiliriz. İnternet web sayfası üzerinden dijital bir içeriğin her zaman bilgisayara indirmeye hazır halde bulundurulması herkese yapılmış açık bir öneridir⁴⁷. Nitekim TBK m.8/2' de şöyle belirtilmektedir; " Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. " Ayrıca öneride bulunan karşı tarafın kabulü üzerine sözleşmenin kurulmasını arzu ettiğini açıkça belirtmesi gerekir. Kabul üzerine sözleşmenin kurulması değil de bir müzakere yapılması amacı ile yapılan teklifte öneriden değil, öneriye davetten söz edilir. Öneriye davette taraflar görüşme aşamasında olduklarından, bağlanma amacı ile bildirilen bir beyan değildir. Bir teklif sözleşmenin esaslı unsurlarını taşııyorsa, bu teklif öneriye davettir⁴⁸.

Elektronik irade beyanı, elektronik ortamda yapılan beyanı ifade eder. Fiziki ortamda yapılan beyanların hukuki sonuçları ile elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının verdiği hukuki sonuç aynı olmalıdır. Bu anlamda elektronik irade beyanından söz edebilmek için fiil iradesinin, beyan bilincinin ve hukuki sonuç iradesinin, elektronik ortamda dış dünyaya açıklanmalıdır⁴⁹.

Teknolojinin ilerlemesi ile birlikte günümüzde oldukça yaygın olarak, hızlı ve kolay bir şekilde elektronik iletişim araçları ile kişiler irade beyanlarını iletebilmeleri sebebiyle, özellikle web sitesi aracılığıyla, chat programlarıyla karşılıklı yazılı, sesli veya görüntülü olarak irade beyan etmek yaygınlaşmıştır. Bir web sayfasını örnek alırsak; kişi, web sayfasındaki formu doldurarak web sitesi sağlayıcısına gönderebildiği gibi, web sayfasında yer alan *kabul ediyorum* gibi bir ifadeyi taşıyan butonu tıklayarak, irade beyanını iletebilir. Chat programları vasıtasıyla ya-

⁴⁵ Falcioğlu, s. 191.

⁴⁶ Sasso, s. 209.

⁴⁷ Altınışık, s. 42.

⁴⁸ Altınışık, s. 42.; Sasso, s. 210.; Hatemi ve Gökyayla, s. 30.

⁴⁹ Bayram, s. 346.

zılmış olan bir metin, karşı tarafa gönderilerek onun ekranında görünmesi sağlanarak kişinin irade beyanı muhataba ulaştırılabilir⁵⁰. Bu tür internet altyapılı elektronik araçlardan biri seçilerek irade beyan edilmesi mümkündür.

Elektronik ortamda irade beyan edilmesi hızlı ve kolay olmakla birlikte, fiziksel ortamda iletilen irade beyanlarına nazaran daha çok korunması gereklidir. Elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan irade beyanlarının sakatlığa uğraması daha olasıdır. Çünkü elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerde, yapılan beyanın muhatabı ve oluşacak hukuki sonucun bilinmesi daha zor olduğu söylenebilir⁵¹. Örneğin, elektronik bir ortamda irade beyan etmek için öne gelen kutucuğun işaretlenmesi gerekse veya yabancı bir dille karşılaşılsa, bildirilen beyanın sakatlığı ile karşı karşıya gelinebilir.

E-posta kullanılarak yapılan beyanları inceleyecek olursak; gönderilen ileti, muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarında e-posta kutusunda kaydedilmek suretiyle öneri yapılmaktadır. Böylece muhatap, internet aracılığı ile e-posta hesabına ulaşarak, kendisine gönderilen e-postaları okuyabilmektedir.

E-posta üzerinden yapılan öneri ve kabullerde taraflar doğrudan doğruya iletişime geçemediklerinden dolayı bu yolla kurulan sözleşme hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme kapsamına girmektedir. Çünkü e-posta vasıtasıyla gönderilen öneri karşı tarafın e-posta kutusuna kaydedilmekte ve kişi o anda iletiyi okumayabilir.

İnternet üzerinden yapılan mal teşhirlerinde geniş yorumlanarak, bedelinin gösterilmesi, tıpkı vitrinde sergilenen malın alıcılara etkisi gibidir. İnternette malın tüm nitelikleri, resmi görsel olarak veya video olarak fiyatı ile sunulabilmektedir. Dolayısıyla web sayfası üzerinden malların teşhirinde, öneriye davet olarak yorumlanması, internetin tamamıyla reklam amaçlı kullanılması, veya da sayfadaki düzenlenişinden öneriye davet şeklinde anlaşılması halinde söz konusu olur. Şayet teşhir edilen mal beğenilir ve sipariş internet veya başka vasıtalarla (telefon, faks vb.) yapılırsa, burada herkese yapılan bir öneriye davet söz konusudur. Bu durumu öneri olarak kabul edersek, satıcının zor duruma düşme hali ortaya çıkabilir. Öneren söz konusu malın stoklarla sınırlı olduğunu belirtmişse, sınırlı sayıya kadar kabul beyanında bulunan kişiler arasında sözleşme kurulmuş olacaktır⁵². Ancak internet üzerinden dijital ürün teşhiri, öneri olarak kabul edilmelidir⁵³. Çünkü satıcının stok yetersizliği gibi bir durum ortaya çıkma ihtimali yoktur. Bu gibi maddi olmayan malların satışı söz konusu olduğunda, alıcı internet üzerinden kredi kartı bilgilerini vererek, ödemeyi yapıp bilgisayarına indirip, sözleşmeyi kurmuş hatta bu sayede ifada da bulunmuş sayılmaktadır. Elektronik posta adreslerine gönderilen malların tanıtımını yapmak amacı taşıyan belirli kişilere yöneltilmeyen mailler aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. İstenilmeyen halde gönderilen e-posta ile bilgi edinmek üzere daha öncesinden belli bir platforma üye olması sebebiyle gönderilen e-postalar birbirinden ayrılmıştır. Üye olunan listeden gelen mailler, duruma göre öneri veya öneriye davet olarak değerlendirilebilir. Kataloglar içinde durum aynıdır. Elektronik katalog ya da fiyat listesi gönderenin öneri olmadığı açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri kabul edilir. Muhatabın da kabul beyanında bulunmasıyla öneride bulunan sözleşmeyle bağlı hale gelir.

⁵⁰ Demir, s.228.

⁵¹ Bayram, s. 348.

⁵² Bayram, s. 356.

⁵³ Sağlam, s. 68.

IV. YABANCI UNSURLU ELEKTRONİK TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticaret ülkeler için son derece önemli ve vazgeçilmez bir kalkınma aracıdır. Ülkeler arası yapılan ticaret, hem sosyo-ekonomik hem de kalkınma veya büyüme açısından ihtiyaçları karşılamaktadır. Milletlerarası ticaret, ülkeler arası anlaşmalar ile ticaretle ilgilenenlere bir çerçeve oluşturmakta ve bunun içerisinde bu kişiler birbirleri ile ticari ve ekonomik ilişkilerini sözleşmeler ile icra etmektedirler⁵⁴. Milletlerarası ticaret kapsamında ki bu sözleşmeler, internet ortamında kurulması halinde, daha da yaygın bir şekilde ticari faaliyet yapılmasına olanak sağlamaktadır.

Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerin internet vasıtasıyla kuruluşu, diğer iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmelere göre daha kolaydır. İnternetin niteliği gereği, dünyanın hemen hemen her yerinden ulaşılabilir bir uluslararası ağ olması büyük etkidir. İnternet sayesinde ülkeler arasında uzaklık sorun olmamakta ve farklı ülke vatandaşları kolaylıkla sözleşme yapabilmektedir. Örneğin; dünyanın her yerinden ulaşılabilen bir web sitesi aracılığıyla satışa sunulan mal ve hizmetler üzerinden, bu sitenin sahibi olan firmalar buldukları ülkelerden başka ülkelerdeki tüketicilere satış yapmak üzere uluslararası nitelikli bir sözleşme kurabilirler⁵⁵.

İnternet üzerinden kurulan uluslararası nitelikli sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıklara, her sözleşmede olduğu gibi uygulanacak hukukun ve bu uyuşmazlıkların çözüleceği yetkili mahkemenin belirlenmesi sorunu ortaya çıkacaktır. İnternet üzerinden kurulan uluslararası nitelikli sözleşmelerin, elektronik ortamda çok daha kolay kurulması, bahsedilen sorunun önemini artırmaktadır. Özellikle tüketici sözleşmelerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunması hususu, bu tür sözleşmelerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için uygulanacak hukuk ve yetkili ülkenin belirlenmesi açısından gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıklarda, bazı mahkemeler bu uyuşmazlığın çözümünde kendi ülkesinde söz konusu web sitesine erişilebilir olmasına bakarak, yabancı ülkede kurulan ve faaliyet gösteren firmalar hakkında açılan davada milletlerarası yetkisinin bulunduğu kanaatine varıp, kendi ülke kanunlarına göre çözümleme yapmaktadır. Bu uygulamaya göre, örneğin, web sitesi sahibi kişi ve bununla ilişkili hukuki uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bu siteye erişimin mümkün olduğu tüm ülke mahkemelerinin, kendi kanunlarını uygulayabilecekleri anlaşılmaktadır. Bu ülkelerin mevzuatlarının benzer hükümler içermesi pek mümkün olmadığından, ilgili uyuşmazlıkların sonunda verilen kararların birbirleriyle çelişkili olma durumu ortaya çıkacaktır. Bu çelişki de örneğin web sitesi aracılığıyla mal ve hizmet sunan taraf açısından belirsizliğe yol açacağından, elektronik ticaret olumsuz etkilenecektir⁵⁶.

Daha kapsamlı düşünüldüğünde; bahsettiğimiz bu uygulama belirsizliklere yol açtığından, web sitesi sahiplerini çeşitli önlemler almaya yönleltecektir. Dolayısıyla web sitesi sahipleri, oluşturdukları genel şartları, yaptıkları teklifleri sınırlandırma yoluna gidebilecektir⁵⁷. Bu du-

⁵⁴ Şanlı, C., Esen, E. ve Ataman Figanmeşe, İ. (2015). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 246 vd.

⁵⁵ Özdemir Kocasakal, H. (2003). *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 118.

⁵⁶ Özdemir Kocasakal, s. 120.

⁵⁷ Gezder, Ü. (2004). *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet' te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul. s. 10

rumda satıcı veya sağlayıcılar, ürünlerin erişilebilirliğini coğrafi olarak sınırlandırıp belirli pazarları seçerek, çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku kendilerine daha elverişli olanı tercih edebilecektir. Buradan çıkacak sonuç ise, birçok ürün elektronik pazarlarda olmayacak ve bu ürünlerin sınırlı ülkelerde satışı mümkün olacaktır⁵⁸. Bu da elektronik ticareti olumsuz anlamda etkileyecektir.

İnternet üzerinden kurulan uluslararası nitelikli sözleşmelerde bahsedilen sorunlar sebebiyle taraflar açısından bu konuda belirlilik ve güvenin sağlanması önem arz etmektedir. Tacirler açısından masraflar, riskler ve buna bağlı fiyat vb. hususların belirlenmesi ve tüketiciler açısından uyuşmazlık çıkması durumunda başvurulabilecek yollar, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemedeki belirsizlik, elektronik ticari ilişkilere yaklaşımda tereddüt ortaya çıkartacaktır⁵⁹.

B. Yabancılık Unsuru

Kural olarak akdi bir ilişkinin, tarafların yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları için, yabancılık unsurunu taşıması gereklidir. Yabancılık unsurunun ne anlam ifade ettiğine açıklık getirmekte fayda vardır. Hukuk seçiminin serbest olması hususunun tek taraflı olduğu düşünülemez. Bu sebeple sözleşmenin ağırlık noktaları tek bir ülkede olup, bu ilişkide yabancı bir irtibat noktası yok ise, bu hukuki ilişkiye kanunlar ihtilafı anlamında bir hukuk seçiminin olması yerinde değildir⁶⁰. Sonuçta uluslararası nitelikli bir sözleşmeden bahsedebilmek için en az iki ülkenin bu ilişkiye dahil olması gereklidir. Ülkelerin birbirleri ile irtibatlı olduğunu esas olarak şu dört şekilde anlayabiliriz;

1. Sözleşmenin tarafları aynı ülkede ikamet ediyorlar, ancak farklı vatandaşlıklara sahiplerse,
2. Sözleşmenin tarafları aynı ülke vatandaşı ancak, farklı ülkede ikamet ediyorlarsa,
3. Sözleşmenin taraflarının vatandaşlıkları ve ikamet ettikleri ülke aynı olmasına rağmen, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin, başka bir ülkede olması halinde,
4. Sözleşmenin taraflarının vatandaşlıkları, ikametgahları ve sözleşmenin konusunun aynı ülkede olmasına rağmen, ifa yerinin başka bir ülkede olması durumlarıdır⁶¹.

C. Yabancı Unsurlu Elektronik Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

MÖHUK' da düzenlenen sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hüküm dışında, tüketicinin korunması ihtiyacı düşünülerek tüketici sözleşmeleri ayrıca düzenlenmiştir. İnternetin oldukça yaygınlaşması ve de tüketicilerin elektronik vasıtlarla sık sık ve kolaylıkla bir sözleşme ilişkisi kurabilmesi mümkündür. İnternetin mekan ve zaman sınırlaması olmadığı düşünülürse, yabancı unsurlu bu tür sözleşmelere oldukça fazla rastlanılmaktadır.

TKHK' de tüketici; "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1-k). Kanun bu kişileri özel bir koruma altına almıştır. Sadece bu kanunda değil, milletlerarası özel hukuk alanında da tüketiciler korunmuştur. Ticari veya mesleki amacı olmadan, özel yaşamına ilişkin olarak yapılan sözleşmelerde tüketici, zayıf taraf olarak görüldüğünden özel olarak korunmak istenmiştir. Tüketici sözleşmelerinde zayıf olarak görülen tüketicinin korunması ekonomik ve sosyal olarak dengenin sağlanması anlamında önem arz etmektedir.

⁵⁸ Özdemir Kocasakal, s. 121.

⁵⁹ Özdemir Kocasakal, s. 121.

⁶⁰ Doğan, V. (1996). *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara. s. 30.

⁶¹ Doğan, *İş Akdi*, s. 31.

Tüketici sözleşmeleri ise; ticari ve mesleki faaliyet amacı güdülmeksizin kendi kullanımı için, belirli mal ve hizmet sağlamayı meslek edinmiş ticari faaliyetle uğraşan tarafla (satıcı), tüketici konumunda kişinin yaptığı anlaşma olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade ile, sözleşmeye konu olan mal ve hizmetin kar amacı bulunmaksızın, tüketicinin kendi özel kullanımı için belirli bir bedel ödeme karşılığında yapılan sözleşme, tüketici sözleşmesidir⁶².

Elektronik sözleşmelerin yer anlamında yabancılik unsuru taşıdığını söyleyebilmek için, tüketicinin, satıcıya ya da satıcının, tüketiciye ulaşma noktasında yabancı bir devletin sınırlarının dahil olması gereklidir⁶³. Çünkü bir tüketicinin kendi mutad meskenin bulunduğu ülke içerisinde yerel ağ aracılığıyla mal ve hizmet sunan bir satıcı ile yapmış olduğu sözleşmenin yabancı unsurlu olduğu söylenemez. Dolayısıyla internetin sanal bir ortam olduğundan hareketle, internet aracılığıyla kurulan her sözleşmenin yabancı unsurlu olduğu iddia edilemez.

MÖHUK m. 26' da tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Buna göre; “ (1) Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için; a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satın 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, olmalıdır.

(3) İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

(4) Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.”

1. Hukuk Seçimi

Elektronik sözleşmelerin kurulmasını sağlayan araçlara göre hukuk seçimi değişiklik gösterebilir. Elektronik posta yolu tercih edilmiş ise, taraflar birbirlerine posta yolu ile ortak bir hukuk seçimine ilişkin beyanlarını iletebilirler. Sözleşme, tarafların bilgisayarları arasında otomatik olarak iletilen mesajlar vasıtasıyla kuruluyorsa (EDI gibi), bu mesajların içeriğinde hukuk seçimine ilişkin hükümlere yer verilebilirken, web sayfasında ilan edilen genel şartların

⁶² Bayraktaroğlu Özçelik, G. (2014). Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini, *AÜHFD* 63 (4), 833-878. s. 842, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1974/20644.pdf>, (ET:15.01.2016)

⁶³ Güngör, G. (1997). İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, *AÜHFD*, C. 46, S. 1- 4, 1997, s. 107., http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=296, (ET:15.01.2016)

altında yer alan *kabul ediyorum* butonunun tıklanmasıyla kurulan clik-wrap sözleşmelerde⁶⁴ ise, hukuk seçimine ilişkin hüküm genel şartlar içinde yer almaktadır⁶⁵.

Clik-wrap sözleşmelerde, sözleşmeyi kabul eden tarafın, seçilmiş hukuku da onaylayıp onaylamadığı hakkında farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre; kabul edilen kısmın genel işlem şartlarına ilişkin olduğu söz konusu olduğundan, bu şartlar üzerinde müzakere imkanı bulunmadığından, seçilen hukukun anlaşma dışı olması yönündedir⁶⁶. Bu görüş taraftarları, böyle bir hukuk seçiminin dürüstlük kuralına aykırı olduğu düşüncesinden hareket edip, yapılan hukuk seçiminin MÖHUK m.5'e atıf yaparak kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirmektedirler.

Bir diğer görüşe göre ise; sözleşmenin genel şartları içerisinde seçilen hukukun belirgin olması ve karşı tarafın seçilen hukuku kolayca anlaması halinde, seçilmiş hukukun geçerli olabileceğini savunmuştur⁶⁷. Çünkü muhatabın ekranında genel şartların görüntülenmesi suretiyle yapılan kabulün, bu şartların tamamını okuduğunu ispatlamak için yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla bu tür hukuk seçiminin muhatabın kolay öğrenilmesi hedef alınarak, yapılması gerekecektir.

Son görüş ise; muhatabın tacir olup olmadığına göre ayrıma girmiş ve muhatap, tacirin *kabul ediyorum* butonuna basması ile birlikte seçilen hukukun geçerli olduğunu, muhatabın tacir olmadığı takdirde, onaylanan sözleşmedeki hukuk seçiminin açıkça kabul görmediğine binaen, zayıf konumunda olan bu tarafın hukuk seçimine ilişkin şartın, genel şartlardan ayrı bir butonun tıklanması halinde geçerli sayılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸.

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, genel sözleşmelerde olduğu kadar serbest bırakılmamıştır. Tüketicinin korunmasını sağlayan kurallardan dolayı, hukuk seçimi kısıtlanmaktadır. Nitekim MÖHUK m.26/1' de " *Mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.* " şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, seçilen hukukun tüketici sözleşmesine uygulanan kurallarının, objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak olan hukukun öngördüğü kurallara göre daha üstün olması halinde geçerli olacaktır⁶⁹. Tüketicinin mutad mesken hukukundaki tüketicinin korunmasındaki hükümler,

⁶⁴ Clik-wrap kelimesinin anlamı tıklama yoluyla kabuldür. Bu sebeple bir sözleşme, bilgisayar vb. elektronik araçların ekranında sözleşmeyi kurmaya yönelik hazırlanan alana tıklanmasıyla kuruluyorsa, bu sözleşme clik-wrap sözleşmedir. Clik-wrap sözleşmeler çoğunlukla yazılım lisansı sözleşmelerinde görülmektedir.

⁶⁵ Gillies, L. E. (2016). *Electronic Commerce and International Private Law A Study Of Electronic Consumer Contracts*, New York. s. 38.; Turan, s. 110.

⁶⁶ Poillet Peruzzetto, S. (2002) La loi applicable au contrat électronique, in Le contrat électronique, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales Tome V, Toulouse-2000, ed. Pantheon-Assas, Paris. s. 43., (Aktaran: Özdemir Kocasakal, s. 128.); Güngör, G. (2002). Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Clik-Wrap Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı, *AÜHFD*, C. 51, S.1, 19-42. s. 38.

⁶⁷ Jacquet, J. (2002). *Contracts du commerce électronique et conflits de lois*, In Less premières journées internationales du droit du commerce électronique, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, ed. Litec, Paris. s. 107., (Aktaran: Özdemir Kocasakal, s. 128 vd.)

⁶⁸ Özdemir Kocasakal, s.129.

⁶⁹ Çelikel, A. ve Erdem, B. (2016). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayınları. s 377.

tüketici sözleşmelerinde asgari koruma sınırını belirlemektedir⁷⁰. Dolayısıyla söz konusu koruma dışına çıkmadan ancak geçerli bir tüketici sözleşmesi kurulabilir⁷¹. Tüketici sözleşmeleri tüketicinin bulunduğu ulkesel sınırlar içerisinde ticari faaliyetlerini göstererek bir bağlantı oluşturmalı ve sözleşme içerisindeki hükümler, tüketicinin bulunduğu ülke hukukuna uyumlu ve tutarlı şekilde olmalıdır⁷².

Tüketici sözleşmelerinde sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmakla birlikte hükmün amacı ticari ve mesleki olan tüketici sözleşmelerine uygun değildir. Mesleki ve ticari amaçlı tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi genel hükme tabi tutulmuştur. Sınırlı hukuk seçimi sadece mesleki ve ticari amacı olmayan mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik yapılan tüketici sözleşmelerinde geçerlidir.

Roma Sözleşmesi m.5' de tüketici sözleşmelerinin hukuk seçimini; " seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketici lehine düzenleme getiren hükümleri yanında elverişsiz hükümler içeriyorsa, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır " şeklinde düzenleyerek, asgari sınırın tüketicinin mutad meskeni olacağını belirtmiştir⁷³.

Tüketici sözleşmelerinde taraflardan biri tacir, diğer taraf tüketici konumunda olduğundan, sözleşmeyi kurma aşamasında eşit konumda oldukları söylenemez. Çünkü tüketiciler sözleşmenin şartları üzerinde müzakere yetkisine sahip değildir. Bu nedenle, bu tip elektronik sözleşmelerde seçilen hukukunun, tüketicilere objektif olarak sözleşmeye uygulanacak hukuktan daha lehe hükümler içermesi halinde, geçerli olacağı kabul edilmektedir⁷⁴.

2. Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m.26' daki düzenleme iki temele dayanmaktadır. İlki tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabilme imkanının, tüketicinin mutad meskeni hukukundaki tüketicinin yararına olan emredici hükümlerini ortadan kaldırmaması şartına bağlı olması, diğeri ise; hukuk seçiminin yapılmaması halinde, tüketicinin mutad mesken hukukunun tüketici sözleşmesinin akit statüsü olmasıdır.

Tüketici sözleşmelerinde objektif bağlama kuralı, tüketicinin mutad mesken hukuku olarak belirtilmiştir. Bunun sebebi, bu hukukun tüketicinin en iyi bildiği ve tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu kabul edilen hukuk olmasıdır⁷⁵. Söz konusu maddeden anlaşıldığı gibi, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmekle birlikte, objektif bağlama kuralı olan tüketicinin mutad meskenindeki hukuktan daha az elverişli olması hali söz konusu ise, seçilen hukuk geçersiz olacaktır.

⁷⁰ Nomer, E. (2013). *Devletler Hususi Hukuku*, 20. Bası, İstanbul: Beta Yayınları. s. 339.

⁷¹ Bing, J. (2009). Choice of Law Rules Applicable to Electronic Consumer Contracts According to Rome I Regulation, s. 1, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22949/thesis.pdf?sequence=2>, (ET:20.11.2016)

⁷² Gillies, s. 38.

⁷³ Çelikel ve Erdem, s. 377.; Stone, P. (2002). The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation, *Information & Communication Technology Law*, Vol.11, No.2, s. 126, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13600830220151828>, (ET: 01.11.2016); Bing, s. 17.

⁷⁴ Turan, s.109.; Özdemir Kocasakal, s. 126.

⁷⁵ Çelikel ve Erdem, s. 380.; Özdemir Kocasakal, s. 135.

Tüketicinin mutad mesken hukukun uygulanması için çeşitli şartlar mevcuttur. İlk olarak tacir tarafından kendi ürünlerini veya hizmetlerini satmak amacıyla tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkede, bizzat bu ülkeye yönelik yapılmış bir teklif veya reklam sonucunda sözleşme kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken işlemlerin bu ülkede yapılmış olması gerekir⁷⁶. Diğer bir ifade ile; MÖHUK m.26/2 de sözleşme için gerekli olan öneriye davet ve önerinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu veya satıcının faaliyeti içerisinde bir başka yerde yapılması ve tüketicinin kabul beyanının da aynı yerde olması halinde tüketicinin mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Satıcı tüketicinin bulunduğu ülkede tüketiciyi koruyan finansal, faaliyetsetel veya yargılama vb. sebeplerle düzenlenen hukuk kuralları çerçevesinde sözleşme kurmak istemiyorsa, bu kuralların geçerli olduğu ülkedeki tüketicilere mal ve hizmetlerine yönelik katalog, reklam vb. faaliyetlerini yapmamalıdır⁷⁷. Elektronik posta aracılığıyla, tüketicinin bir talebi olmasa da gönderilen teklifler veya reklamlar örnek olarak verilebilir.

Web siteleri aktif veya pasif nitelikte olabilirler. Pasif yani sabit, durağan nitelikli web sitelerde ulaşılabilirlik sınırları belli olduğundan, yabancı devletlerin hukukunun uygulandığı görülmemektedir. Ancak aktif nitelikli web siteleri dinamik yapısı gereği ulaşılabilirlikleri geniş olduğundan, yabancı devlet yargılamaları ile karşılaşmaları göz önünde bulundurularak hareket edilmelidir⁷⁸. Bu sebeple web sitesi sağlayıcılarının yaptıkları tanıtımların sınırları belirlenmelidir. Tacirin sadece web sitesini kurup internet ortamında erişimin sağlanmasını aktif davranış olarak değerlendirecek olursak, internetin kapasitesi gereği bu siteye dünyanın her yerinden ulaşım olduğu düşünülduğünde, tacirin tüm dünyaya yönelik bir aktif davranış olduğu kabul edilmesi gerekir. Ancak bu durum uyumsuzlukların çözümünde birbirinden farklı çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla tacirin belli bir ülkeye yönelik faaliyetin sanal ortamda ne şekilde kabul edileceğinin belirlenmesi gerekir. Web sitesi aracılığıyla ürünlerin tanıtımının tacir açısından aktif davranışa girip girmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur. İnternetin, reklam için veya ürünlerini satmak amacıyla kullanılmasının sadece web sitesi kurularak ve bu siteye erişimin sağlanması suretiyle aktif davranışın sağlanacağı görüşünde olmayan yazarlar; tüketici söz konusu web sitesine kendiliğinden ulaşmakta ve sözleşmeye karar vermesi sonucu tacir bu durumda sadece tüketiciye bilgi sunmakla kaldığından hareketle, tacirin aktif davranışının olmadığını düşünmektedirler⁷⁹.

Başka yazarlar ise; sadece internet ortamında erişilebilir bir sitenin varlığı, ürünler ile ilgili özel bir davet veya teklifin yapılması şartını sağladığı ve sözleşmenin kurulması için

⁷⁶ Turan, s. 112.; Özdemir Kocasakal, s. 137.; Bing, s. 19.

⁷⁷ Gillies, s. 31.

⁷⁸ Kamel, M. N. (Ed). (2008). *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, Vol. 1, New York. s. 24.

⁷⁹ Verbiest, T. Droit international prive et commerce electronique: etat des lieux, <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>, s. 4; Gottenberg, J. Internet et la protection du consommateur dans la resolution des litiges contractuels, *Revue de Droit l'Union Europeenne*, 2002/ III, s. 525.; Duaso Cales, R. (2002). La determination du cadre juridictionnel et legislatif applicable aux contracts de cyberconsommation, november, <http://www.lex-electronica.org.>, s. 9.; Huet, J., Le droit applicable dans les reseaux numeriques, in *Colloque International- Droit de l'Internet, Approches europeennes et internationales*, 19-20 novembre 2001, Assemblee Nationale, [www://droit-internet-2001.univparis1.fr](http://droit-internet-2001.univparis1.fr), s. 7.; Foss, M. (1999). Consumer protection in an international electronic marketplace, in *Deliverable 3.2.5 Minutes from the 5th E-CLIP Workshop: Private International Law*, Norwegian Reseach Center for Computers and Law Oslo 21-22 June, <http://eclip.org.>, s. 14., (Aktaran: Özdemir Kocasakal, s. 137 vd.).

gerekenlerin tacir tarafından üstlenilmesi gerekmediği, tüketicinin ürün hakkında bilgi istemesi üzerine tacirin ürünün tanıtımını sağlayan belgeyi göndermesi halinde, yeterli olacağı ayrıca bu tanıtımın sadece belirli tüketiciler veya toplu olarak yapılmasında bir sakınca olmadığı görülmüştür⁸⁰. Diğer yazarlar ise; web sitesinin kurulmasının tek başına tacirin aktif davranışının olduğu düşünülmemesi yanında, internetin sunduğu satış ve pazarlama tekniklerinin göz önünde bulundurularak ona göre bir ayırım yapılması gerektiği görülmüştür ki, buna örnek olarak; tacirin sunmuş olduğu hizmeti anımsatan kelimelerin internette aratılması sonucunda ilgili web sitelerine ulaşılmasını sağlayan bir reklam bandının varlığı, tacirin aktif faaliyeti şeklinde değerlendirilmesi verilebilir⁸¹.

Başka bir görüşe ise; internette web sitesinin kurulması ve bu sitedeki ürünlerin tanıtımı için çeşitli şekillerde erişilebilirliğin sağlanmasının tek başına tacirin aktif davranışını oluşturmamakta, aynı zamanda sitenin içeriğini, tüketicinin bulunduğu ülkeye uygun olarak oluşturulması gerektiği şeklindedir.⁸².

Roma Sözleşmesinde bahsedilen şart için sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede kurulması gerektiği belirtilmekle birlikte, önemli olanın sözleşmenin tüketicinin mutad meskeninde kurulması değil, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına yönelik işlemleri bu ülkede yapması gerektiği belirtilmiştir⁸³. Sözleşmenin kurulmasına yönelik faaliyetler tüketicinin bu işlemleri çeşitli şekillerde yapması mümkündür. Tüketici internet vasıtasıyla işlemlerini sabit bir bilgisayar veya başkaca bir elektronik cihazla mutad meskenin sınırları içerisinde yapabildiğinin yanında, taşınabilir elektronik cihazlar vasıtasıyla da mutad meskeni dışındaki başka bir ülke sınırları içerisinde yapması söz konusu olabilir. Bu itibarla tüketicinin başka bir ülke sınırları içerisinde internet kullanarak yaptığı işlemlerde mutad meskeni hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı düşündürücü olsa da bu tür durumlarda tüketicinin işlemi mutad meskeni içerisinde yaptığı aksi ispat edilinceye kadar kabul edilebilir⁸⁴.

Şartlardan bir diğeri ise; bir mal alım satımı düşünüldüğünde, sipariş verilmesi anına göre, satıcının bu siparişinin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerde alınması gerektiğidir. Ancak elektronik sözleşmelerde siparişlerin elektronik ortamda verilmesi bu şartın uygulanabilirliğini ortadan kaldırmaktadır⁸⁵.

MÖHUK m.26/2-c' deki ilişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemesi ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olması şartı internet üzerinden yapılan sözleşmeler için uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak tüketici sözleşmeleri için düzenlenen hükme göre taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde MÖHUK m.26/2' ye göre tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı ancak bu hukukun uygulanabilmesi için çeşitli şartların mevcut olması

⁸⁰Van Huffel, M., Protection du consommateur par le droit applicable- Obstacles et Perspectives, Revue des affaires européennes, 2001-2002, n 4, s. 443.; Bochurbeng, L. (1999). Internet et commerce électronique, 1. Ed., Delmas, Paris, s. 123.; Foss, s. 14 vd. (Aktaran: Özdemir Kocasakal, s. 138).

⁸¹ Gottenberg, s. 525.; Verbiest, T. (2002). Commerce électronique: loi applicable et juridiction competente (une synthèse), http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=656, 21 octobre, s. 4., (Aktaran: Özdemir Kocasakal, s. 139).

⁸² Özdemir Kocasakal, s. 140.

⁸³ Özdemir Kocasakal, s. 140.

⁸⁴ Turan, s. 113.; Özdemir Kocasakal, s. 141.

⁸⁵ Özdemir Kocasakal, s. 142.

gerekecektir. İlk şartın tacirin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede ona gönderilen özel bir davet veya ilan sonucunda sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Elektronik sözleşmeler de bu şartın uygulanabilmesi için kullanılan iletişim aracının değerlendirilmesi gerekir. E-posta ile iletişim kurulması halinde tacirin bu vasıta ile tekliflerini gönderdiği tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak web sitesi ile kurulan sözleşmelerde tacirin aktif faaliyetinin olup olmadığı tartışmalı olup çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bu konu hakkında net bir kural mevcut değildir. MÖHUK m.26/2- b ve c bentlerinin elektronik sözleşmelerin yapısından dolayı uygulama alanı yoktur.

D. Uyuşmazlığın Çözümünde Yetkili Mahkeme

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda genel yetkili kuralı olarak nitelendirdiğimiz MÖHUK m.40 ile özel yetki kuralları olarak adlandırılan diğer bahsettiğimiz hükümler arasındaki ilişki Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nda (HMK) düzenlenen genel yetki kuralları ve tali yetki kuralları arasındaki ilişkiyle benzerlik göstermez. MÖHUK' daki bu ilişki ancak HMK' daki kesin yetki kuralları arasındaki ilişkiye benzetilebilir⁸⁶. MÖHUK' da düzenlenen genel yetki, özel yetki kuralı ayrımı, özel yetki kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili mahkemenin tespiti, özel yetki kuralları doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. Sonuçta özel yetkili bir mahkenin varlığı halinde genel yetki kuralları ikinci plandadır. Dolayısıyla söz konusu ilişki genel yetki ve tali yetki ilişkisi değildir. MÖHUK m.40' daki düzenlemenin amacı bu kanundaki özel yetkili kuralların kapsamına girmeyen tüm uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları belirleyecektir.

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türkiye' de yer itibariyle yetkili bir mahkeme var ise, söz konusu dava üzerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de bulunmaktadır. MÖHUK m.40 gereği milletlerarası yetkiyi iç hukuktaki yer itibariyle yetki kuralları belirleyeceğinden, HMK ve diğer iç hukuktaki kanunlara bakmak gerekecektir. Ayrıca ülkeler arası sözleşmelerle de yetki kuralları tayin edilebilir.

HMK' da düzenlenen genel yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri mahkemesidir (m.6). Davalının yerleşim yeri belli değilse, Türkiye' deki mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (m.9). Davalının yerleşim yeri belirlenirken, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri dikkate alınacaktır. Yoksa sonradan yerleşim yerini değiştirmesi mahkemenin yetkisini etkilemeyecektir.

Yerleşim yeri kavramına ilişkin Türk Medeni Kanunu' nda düzenleme yapıldığına değinilmişti. Buna göre yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyeti ile oturduğu yerdir (m.19). Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye' de henüz yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır (m.20). Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yöneltildiği yer olacaktır (m.51).

Tüketici sözleşmelerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunması gerektiği düşüncesiyle, tüketiciye satıcıya göre daha fazla imkan verilmiş olup; tüketicinin satıcıya karşı açabileceği davalar da yetkili mahkemeler, satıcının tüketiciye karşı açabileceği davalardaki mahkemelere göre daha fazla olduğu görülmektedir⁸⁷. Dolayısıyla kanun koyucu tüketici zayıf konumda olduğu için ayrı bir yaklaşım sergilemiştir.

⁸⁶ Şanlı vd. s. 357.

⁸⁷ Stone, s. 123.

MÖHUK m.26 tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda tüketiciyi koruma amaçlı kanunlar ihtilafı kuralları getirmiş ve bu amaç doğrultusunda tüketici sözleşmelerinde açılacak davalarda yetkili mahkemeyi de ayrıca düzenlemiştir. Bir sözleşmenin MÖHUK m.26' da tanımlanan tüketici sözleşmesine girmesi halinde, yetkili mahkemenin belirlenmesinde MÖHUK m.45' e bakılmalıdır. Madde düzenlemesi şu şekildedir: " (1) 26 ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılan tüketici sözleşmeleri hakkında tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir. "

Maddenin birinci fıkrasında tüketicinin dava açacağı mahkemenin beş ayrı yerde olabileceği düzenlenmiştir. Tüketici bu yerlerden kendi lehine olanı seçerek dava açma imkanını sahiptir. Dolayısıyla tüketici kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemelerinde dava açabilmektedir. Genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi yanında bu maddeyle birlikte istisnai bir hüküm getirilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise tüketiciye karşı dava açılması durumunu düzenlemiş ve tüketiciye karşı açılacak davaların tüketicinin mutad meskeni yer mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir. Tüketiciye karşı açılacak davada kendisinin bilmediği veya gitmekte zorlanacağı mahkemelerde dava açılmasının önüne geçilerek, tüketicinin kendi mutad meskeni mahkemesi yetkili tutulması tüketicinin daha rahat olmasını sağlamaktadır⁸⁸. Nitekim tüketicinin tacire göre ekonomik eşitliğe sahip olmaması ve korunması gereken zayıf konumu sebebiyle eğer özel bir koruma altına alınmasa, uyuşmazlığın çözüleceği yer ve hukukuku hakkında hiçbir bilgisi olmadan dava açması adalete uygun olmayacaktır⁸⁹.

Milletlerarası yetkinin tayininde sözleşmeyle tüketicinin bulunduğu yerleşim yeri veya mutad meskeninin arasında bir bağlantı olması aranmış ve karşı tarafın tüketiciye yönelmesi ile birlikte sözleşme kurulmasıyla bağlantının varlığı kabul edilmiştir. Tüketicinin menfaati düşünülerek, tüketicinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili kılınmasıyla, sözleşmenin karşı tarafı açısından öngörülebilirliğin sağlanması ve ticari faaliyetleriyle bağlantısız ülke mahkemelerinde dava açılmasının önüne geçilmek istenmiştir⁹⁰. Böyle bir düzenlemenin yapılması elektronik tüketici sözleşmeler açısından önem arz etmektedir.

İnternet ortamında kurulan tüketici sözleşmelerinde mal ve hizmet sunan satıcının ticari faaliyetlerinin, tüketicinin mutad meskeninde yapılması hususu değerlendirildiğinde; mal ve hizmet sağlayan kişinin spamming (talep edilmeksizin gönderilen e-posta) vasıtasıyla mal ve hizmetlerini tanıtmaya söz konusu ise, tüketiciye böyle bir fiilin yapılması, tüketiciyi koruyan söz konusu hükümden tüketicinin yararlanacağı söylenebilir⁹¹.

Web sitesi aracılığı ile ticari faaliyette bulunan kişi, faaliyetlerini belirli ülkelerle sınırlamamış olabilir. Ancak sitedeki bazı unsurların varlığı ile bu kişinin iradesi hakkında bilgi

⁸⁸ Çelikel ve Erdem, s. 581.; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 840.

⁸⁹ Bing, s. 13.

⁹⁰ Bayraktaroğlu Özçelik, s. 849.

⁹¹ Özdemir Kocasakal, s. 195.

edinilebilir. Örneğin; sitede kullanılan dil, ödemenin yapılacağı para birimi vb. Bu gibi unsurlar tacirin ticari faaliyetlerinin hangi ülkelere yönelik olduğu anlaşılabilir⁹².

Diğer bir açıdan baktığımızda, ticari pazarlar alanında web sitesi sadece reklam içerikli olarak kullanılıp, pasif bir niteliğe sahip ise, tüketiciyle bunun dışında bir ilişki kurmuyorsa, reklamın izlendiği her ülkenin yetkili olabileceği söylenemez. Ancak kurulan web sitesi üzerinde mal ve hizmet sunumu yapıp bunların çeşitli vasıtalarla on-line olarak tüketiciye teslim edilmesi bakımından aktif bir web sitesi niteliği söz konusu ise, bu ülkesel alanlarla yetkiyi doğuran bir ilişkinin olduğu düşünülmelidir⁹³. Ancak bazen bu hal tüm dünyada söz konusu olabilir. Bu durumda ilişkiyi belirli bir ülkeyle sınırlamak kolay olmayabilir. Milletlerarası yetki kuralları açısından uygulama zorlukları ortaya çıkabilir. Bu sebeple web sitesinin içeriği de yetkinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Dolayısıyla web sitesinde kullanılan markanın, korunduğu belli bir ülke hedef alınmış ve bu ülkede bir ticari etki doğmuş olması ihtimali söz konusu ise, mahkemenin yetkisinden bahsedilebilir. Ancak bu öngörülebilirlik halleri bazı durumlarda sınırlandırılabilir. Örneğin; açıkça web sitesinde muhtemel ülkelerin tüketicileriyle iletişim kurulamayacağını açıklanması veya da tüketicinin bulunduğu ülkenin teknik imkanlardan yararlanılarak belirlenmesi yahut kredi kartı kuruluşları gibi çeşitli kaynaklara başvurarak tüketicinin kimliğinin tespit edilmesi gibi durumlar kapsamı daraltacaktır⁹⁴.

Milletlerarası özel hukukunun irade serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, yabancı unsurlu borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için belli bir mahkemenin yetkili olması hususunda bir seçim hakkı öngörülmüştür. Ancak zayıf tarafın korunması amacıyla sosyal içerikli iş, sigorta ve tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için yetki anlaşması yapılması hususunda sınırlama getirilmiştir. Bu durumun gerekçesi ise, tüketici sözleşmelerinin genellikle standart yapıda olması, tüketicinin karşı tarafınca hazırlanması ve tüketicinin müzakere imkanının bulunmaması ve sözleşmelerde yer alan yetki kaydının anlam ve sonuçlarının tüketici tarafından anlaşılmasındadır. Yetki kaydının genellikle tüketicinin yerleşim yerinden uzakta bir devlet mahkemesinin olması ve uyuşmazlık konusu meblağların genellikle küçük olmasından dolayı tüketicinin dava açmaktan vazgeçmesi sonucuyla karşılaşılmaması da tüketicinin korunmasını gerektirmiştir⁹⁵.

Tüketici sözleşmelerinde yetki sözleşmesi yapılması durumu, MÖHUK m.45' de düzenlenen mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla tüketici sözleşmesi ile tüketici lehine olan hükümlerin bertaraf edilmesi mümkün değildir. Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık için yetki anlaşmasının hiçbir surette yapılmaması anlayışı tüketiciyi koruma amacına aykırıdır. Çünkü tüketicinin yerleşim yerinin veya karşı tarafın malvarlığının yabancı devlette bulunması gibi durumların olduğu düşünüldüğünde, davanın yabancı mahkemede açılmasının tüketicinin daha menfaatine olması söz konusu olabilir. Dolayısıyla yetki anlaşmasının uyuşmazlığın doğumundan sonra yapılabileceği veya zayıf taraf olan tüketicinin dava açmak hususunda seçimlik hakkını artıracak şekilde yabancı devlet mahkemelerinin yetkili olduğunu açık bir ifade ile kararlaştırmaları ile mümkün olabilir⁹⁶.

⁹² Özdemir Kocasakal, s. 197 vd.; Sargın, F. (2005). *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları. s. 228.

⁹³ Sargın, s. 227.

⁹⁴ Sargın, s. 228.

⁹⁵ Bayraktaroğlu Özçelik, s. 861.

⁹⁶ Bayraktaroğlu Özçelik, s. 867.

V. SONUÇ

Elektronik ticaret, çok sayıda elektronik sözleşmelerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Elektronik sözleşmeler farklı bir sözleşme türü olmayıp, kuruluşu itibariyle diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Bu sebeple elektronik sözleşmelerin daha iyi anlaşılabilmesi için Türk Borçlar Hukuku açısından değerlendirilmesi yapılmıştır. Bir sözleşmenin kuruluşu elektronik ortamda gerçekleşiyorsa, bu sözleşmeler elektronik sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin e-posta, EDI ve web sitesi gibi çeşitli iletişim araçları ile kurulabilmesi mümkündür. Elektronik sözleşmelerin kurulabilmesi için her sözleşmede olduğu gibi karşılıklı birbirine uygun irade beyanı gereklidir. Kullanılan iletişim aracına göre öneriye davet, öneri, kabul beyanlarının incelenmesi sözleşmenin hüküm ve sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Elektronik sözleşmeler tek tür sözleşme olmadıklarından, bu sözleşmeler hazırlar arası olan ve olmayan nitelikte kurulabilir. Aynı zamanda katılmalı sözleşme şeklinde veya mesafeli sözleşme niteliğinde de kurulabilmesi mümkündür.

Elektronik ortamda kurulan ve kendine has özellikleri olan bir sözleşme de tüketici sözleşmeleridir. Tüketici sözleşmeleri genellikle sözleşmenin genel şartlarının kabul edilmesiyle kurulması ve tecrübesiz taraf olarak görülmesi ayrı bir korumayı gerektirmiştir. Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde de MÖHUK' da özel olarak düzenlenerek korunmak istenmiştir. MÖHUK m.26'ya göre asgari koruma, tüketicinin mutad meskeninin emredici hükümleri uyarınca sahip olduğu korumadır. Bu sebeple hukuk seçimi sınırlandırılmıştır. Hukuk seçimi ancak tüketicinin mutad meskeni hukukunun asgari koruması bertaraf edilmeden mümkün olabilir. Hukuk seçimi yapılmamış ise, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için MÖHUK m.26/2' deki şartların mevcut olması gereklidir. İlki tacirin ürün ve hizmetlerini satmak için tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede faaliyet göstermesidir Bu ülkeye yönelik teklif veya reklam sonucu kurulan bir sözleşme olmalıdır. Dolayısıyla elektronik sözleşmede, satıcı taraf tüketicinin bulunduğu ülkede sözleşme kurmak istiyorsa, örneğin e-posta ile teklif, katalog gönderme işlemini istediği ülkelerdeki kişilere yönelmelidir. Tacirin web sitesi üzerinden faaliyetlerini tüketicinin bulunduğu mutad mesken içerisinde kabul edilip edilmeyeceği, aktif ve pasif nitelikli web siteler açısından değerlendirilme yapılarak belirlenebilir. Pasif nitelikli web siteler zaten ulaşılabilirlikleri sınırlı olduğundan, uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemelerine gelme olasılığı düşüktür. Ancak aktif web siteleri dinamik yapıda olmaları sebebiyle, tüketiciye karşı aktif davranışın nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Diğer bir ifade ile, Aktif web sitelerinin sadece kurulmaları ile tacirin aktif davranışına girip girmeyeceği tartışmalıdır. Ancak çözüm için en önemli husus erişilebilirliğin sınırlarının belirlenmesi gerektiğidir.

Elektronik sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemin tespiti de MÖHUK m.40 gereği iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenebilir. Genel yetki kuralı davalının yerleşim yeri olup, özel yetkili mahkemeler de bulunmaktadır. HMK' da sözleşmelerin ifa yeri mahkemelerinde özel yetkili olarak kabul edilmesi düzenlenmiştir. E-posta ile kurulan elektronik sözleşmelerde eğer kimlik bilgileri ve adres ile ilgili verilmemiş ise, yerleşim yerinin tespiti zor görünmektedir. Elektronik ortamda tüketicilerle kurulan sözleşmelerde örneğin, web sitesi üzerinden kurulmasında, yetkili mahkemenin tespiti daha zordur. Burada sitenin aktif olması ve erişilebilirliğinin sınırlarının belli kıstaslarla belirlenerek, dünyadaki sınırları çizilir ve o ülkelerin mahkemelerinde uyuşmazlıklar görülebilir. Bunun sonucunda da tüketici MÖHUK m.45' deki seçimlik haklarından birine göre dava açabilir.

Tüketiciye açılacak davalar da yetkili mahkeme, tüketicinin mutad meskenin bulunduğu yerdeki mahkemelerdir.

KAYNAKLAR

- Altınışık, U. (2003). *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Bayraktaroğlu Özçelik, G. (2014). Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini, *AÜHFD* 63 (4), 833-878. s. 842, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1974/20644.pdf> , (ET:15.01.2016)
- Bayram, A. E. (2015). Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerinin Kurulması. *TBB Dergisi*. Temmuz-Ağustos. yıl 28, S. 119, 331-366.
- Bing, J. (2009). Choice of Law Rules Applicable to Electronic Consumer Contracts According to Rome I Regulation, s. 1, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22949/thesis.pdf?sequence=2>, (ET:20.11.2016)
- Bochurbeng, L. (1999). *Internet et commerce electronique*, 1. Ed., Delmas, Paris.
- Çelikel, A. ve Erdem, B. (2016). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- Demir, M. (2004). *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara: Turhan Yayınevi.
- Doğan, V. (1996). *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara.
- Duaso Cales, R. (2002). La determination du cadre juridictionnel et legislatif applicable aux contracts de cyberconsommation, november., <http://www.lex-electronica.org>.
- Eren, F. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Falcioğlu, M.Ö., (2004). *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi Ve Kuruluşu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Foss, M. (1999). Consumer protection in an international electronic marketplace, in Deliverable 3.2.5 Minutes from the 5th E-CLIP Workshop: Private International Law, Norwegian Reseach Center for Computers and Law Oslo 21-22 June, <http://eclip.org>.
- Gillies, L. E. (2016). *Electronic Commerce and International Private Law A Study Of Electronic Consumer Contracts*, New York.
- Gottenberg, J. Internet et la protection du consommateur dans la resolution des litiges contractuels, *Revue de Droit l'Union Europeenne*, 2002/ III.
- Güngör, G. (1997). İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, *AÜHFD*, C. 46, S. 1- 4, 1997, s. 107., http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=296, (ET:15.01.2016)
- Güngör, G. (2002). Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Klik-Wrap Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı, *AÜHFD*, C. 51, S.1, 19-42.
- Gürpınar, B. *Elektronik Sözleşmenin Hukuksal Boyutu Üzerine*, ab.org.tr/ab07/bildiri/217.doc, (ET:25.05.2014)
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Huet, J., Le droit applicable dans les reseaux numeriques, in Colloque International- Droit de l'Internet, Approches europeennes et internationales, 19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, www://droit-internet-2001.univparis1.fr.
- İnal, E. (2005). *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- İnan A.N. ve YÜCEL, Ö. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Jacquet, J. (2002). Contracts du commerce electronique et conflits de lois, İn Less premieres journees internationales du droit du commerce electronique, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, ed.Litec, Paris.
- Kamel, M. N. (Ed). (2008). *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, Vol. 1, New York.
- Kayıhan, Ş.ve Yıldız H., (2004). *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*. 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Kırçova, İ. ve Öztürk, P. (2000). *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no.2000-29, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, Serozan ve Arpacı, (2014). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1*, 6. Bası, İstanbul: Filiz Yayınevi.
- Nomer, E. (2013). *Devletler Hususi Hukuku*, 20. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- Özdemir Kocasakal, H. (2003). *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Poillet Peruzzetto, S. (2002) La loi applicable au contrat electronique, in Le contrat electronique, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journees nationales Tome V, Toulouse-2000, ed. Pantheon-Assas, Paris.
- Saraman, D. (2012). *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi., İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- Sağlam, İ. (2007). *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Sargın, F. (2005). *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Miletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Sasso, L. (2016). *Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation*, *Pravo.Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*,no.1,2016, s.210,<https://law-journal.hse.ru/data/2016/04/03/1126351062/%D0%A1%D0%B0%D1%81%D1%81%D0%BE.pdf>, (ET:20.11.2016)
- Stone, P. (2002). The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation, *Information & Communication Technology Law*, Vol.11, No.2, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13600830220151828>, (ET: 01.11.2016)
- Şahin, T. (2011). Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması, *TBB Dergisi*, S. 95., 331-376
- Şanlı, C., Esen, E. ve Ataman Figanmeşe, İ. (2015). *Miletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Tian, Y. ve Stewart, C.(Ed.) (2008). *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools and Applications*. Vol.1. New York.
- Turan, G. (2008). Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, *TBB Dergisi*, S. 77, 87-119.
- Van Huffel, M., Protection du consommateur par le droit applicable- Obstacles et Perspectives, *Revue des affaires europeennes*, 2001-2002, n 4.
- Verbiest, T. (2002). Commerce électronique: loi applicable et juridiction competente (une synthese), http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=656, 21 octobre.
- Verbiest, T. Droit international prive et commerce électronique: etat des lieux, <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>,
- Yıldırım, A. (2009). *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Zevkliler A. ve Gökyayla, E. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Turhan Kitapevi.
-Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,
<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)