

YENİ DÜZENLEME ÇALIŞMALARINDA ELEKTRONİK AKİTLERİN KURULUŞU ve *CLICK-WRAP* YAZILIM LİSANSI SÖZLEŞMELERİNDE HUKUK SEÇİMİ KAYDI

*Doç. Dr. Gülin GÜNGÖR**

Giriş

Elektronik ticaret, özellikle Japonya, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa ülkeleri liderliğinde hız kazanmış yayılmacı bir harekettir. Elektronik ticaretin yayılmacı etkisi, ticaret şirketleri ve milletlerarası toplumun tamamını kapsayacak bir düzeyde gerçekleşirken, yol açtığı problemler de bir o kadar hızlı olarak küresel düzeyde ortaya çıkmaya başlamıştır. Küreselleşme, akdî ve mali konular, mülkiyet, telif hakları, fikrî haklar, gizlilik ve güvenlik, işsizlik ve iletişim elektronik ticaretin temel problemlerinden bazılarıdır.

Elektronik ticaret, elektronik yoldan yapılan ticaret olarak tanımlanmaktadır⁽¹⁾. Elektronik ticaret, doğrudan fizikî temas veya fizikî değişimden ziyade, iletişim ağlarının kullanılması suretiyle elektronik etkileşimle girişilen ticarî işlemlerin tamamını ifade etmektedir⁽²⁾.

Elektronik ticaret, ekonomik aktörlerin (üretici, satıcı, tüketici) taraf olduğu, verilerin, metin, ses ve görüntü dahil, elektronik işlenmesi ve iletimi suretiyle yapılan ticari işlemlerin tümü ile, ticarî bilgilerin elektronik

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

¹*Electronic Commerce and The Law: Eurim Overview*, <<http://www.eurim.org/briefings/brief15.htm>>, s.1. Elektronik ticaret üzerine başka tanımlar da yapılmıştır. Bir tanıma göre elektronik ticaret, ileri bilgi teknolojisinin ticari işletmeler arasında işletme etkililiğini arttırmak için kullanılmasıdır. Bir başka tanıma göre ise, ticaret sürecinde verimlilik ve etkililiği geliştirmek için ileri bilgi teknolojisi ile desteklenmiş işletme vizyonunun mümkün kılınmasıdır. Bkz. *What is Electronic Commerce?*, <<http://www.ecommerce.ac.uk/ecicr.1.html>>, s.1.

²Bkz. *Electronic Commerce- An Introduction*, <<http://www.europa.eu.int/ISPO/ecommerce/answers/introduction.html>>, s.2.

değişiminin ticari faaliyetleri konu edinen hukuki müessese ve usuller üzerindeki muhtemel etkilerini de kapsayan genel bir kavramdır³).

Elektronik ticaret, telefon, telex, faks, e-posta ve veri değişim sistemi (EDI)⁴) ya da kapalı veya İnternet gibi açık bilgisayar ağları üzerinden iletişikle gerçekleştirilebilir.

Elektronik ticaret, özellikle elektronik veri değişim sistemi çerçevesinde uzun yıllardan beri kullanılageldiği şekliyle ticarî işletmeler arasında (*electronic trading*) gerçekleşmektedir. Elektronik ticaret, ticarî işletmeler arasında, örneğin, müşteri işletmenin ticarî siparişlerinin bilgisayar ağı üzerinden kabul edilmesinde, fatura kesilmesinde veya bankalar arasında yapılan ticarî işlemlerde fonksiyon ifa etmektedir.

Elektronik ticaret, *World Wide Web* sayesinde büyük ölçüde gelişmiş şekliyle ticarî işletme ile tüketiciler arasında elektronik tüketici satım akitleri (*electronic retailing*)⁵) şeklinde de tezahür etmektedir. Tüketicilerin, İnternet üzerinden sanal marketlerden yaptığı maddi ve dijital malların satımını konu edinen elektronik tüketici satım akitleri elektronik ticaretin konu alanına girmektedir⁶). Tüketicilerin satın aldığı malların ambalajı üstünden görünür biçimde veya ambalajı içinde yer alan lisans sözleşmeleri ise, her ne kadar tüketici akdi ile ilişkilendirilmiş olsa da niteliği itibarıyla ayrı bir akitlerdir.

Elektronik ticaret, ticarî işletmeler ile idare arasında elektronik ihale (*electronic procurement*) şeklinde de gerçekleştirilebilir⁷). Örneğin, Amerika Birleşik devletlerinde kamu ihaleleri İnternet üzerinden ilân edilmekte ve elektronik katılma imkânı bulunmaktadır. Yine, vergilerin ödenmesi ve katma değer vergisi iadelerinde de elektronik yolun kullanıldığı bildirilmektedir⁸).

Elektronik ticaretin, gelecekte tüketici ile idare arasında da cereyan edebileceği, kamu kurum ve kuruluşlarının elektronik etkileşimlerini bu hususu

³ OECD, *Electronic Commerce: Opportunities and Challenges for Government (The Sacher Report)*: <http://www.oeecd.org/dsti/sti/it/ec/prod/sacher_e.pdf>, s.20; Dickie, J.: *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Oxford 1999, s.1.

⁴ *Electronic Data Interchange System*. EDI, standart ve yapılandırılmış bilginin işletmelerin bilgisayar sistemleri arasında doğrudan iletimini mümkün kılan sistemdir. Bkz. Reed, C.: *Computer Law*. B.3, London 1996, s.297 vd.

⁵ Elektronik yoldan kurulan tüketici akitlerinde bazı milletlerarası hukuk sorunları hakkında bkz. Güngör, G.: *İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, 46 AÜHFĐ (1997), Ankara 2000, s.101 vd.

⁶ *Electronic Commerce-An Introduction*, s.2-3.

⁷ *Trends in Electronic Procurement*, <<http://www.cmis.csiro.au/Reports/procurement.pdf>>; *Electronic Commerce-An Introduction*, s.1 vd.

⁸ *Electronic Commerce - An Introduction*, s.3-4.

da kapsayacak şekilde genişletebileceği ifade edilmektedir. Örneğin yabancı tüketicinin ülkede satın aldığı mallar üzerinden alınan katma değer vergisinin bu surette geri döndürülmesi mümkün olabilecektir⁹).

Yukarıda çizdiğimiz çerçevede elektronik akitler, elektronik ticaretin hukuki araçları olarak fonksiyon ifa ederken, maddî (menkul) mallar (*physical goods*), hizmetler (*services*) veya dijital mallar (*digital goods*) elektronik akitlerin konusunu oluşturacaktır.

Elektronik akitlere elektronik olarak girilirse de (icap ve/veya kabul), bunların hepsinin ifası elektronik (*online*) olarak gerçekleşmez. Dijital malları (görüntü, video, ses, metin, yazılım vs.) konu edinen elektronik akitler, tüm ticarî işlemin, ifa dahil, bilgisayar ağı üzerinde başlaması ve tamamlanması özelliği ile, maddî malları ve hizmetleri konu edinen elektronik akitlerden farklılaşır. Maddî malları konu edinen elektronik akitler elektronik ortam dışında *off-line* ifa ile tamamlanırken, dijital malları veya dijital olarak formatlanmış mal ve hizmetleri (ansiklopediler, veri tabanları gibi) konu edinen elektronik akitler elektronik ortamda *online* ifa (veya erişim) ile tamamlanır¹⁰).

Akitlerin elektronik ortamda, elektronik araçlarla kurulması da elektronik ticaretin problematik hukukî sorunlarından biri olarak ortaya çıkmıştır. Akitlerin elektronik yoldan kurulması hususunda insanoğlunun karar alma mekanizmasında bilgisayarlara maddî anlamda özerklik tanınması; elektronik yoldan kurulan akitlerin bir taraf ya da hatta bazen iki tarafca denetlenmeden kurulması akitlerin kurulmasına ilişkin hukukî sorunları da beraberinde getirmiştir¹¹). Geleneksel akit teorisinin akitleri kişiler arasında kurulabilir kabul etmesi, bilgisayarların geçerli surette akit yapıp yapamayacağı hususunu da tartışmaya açmıştır¹²). Bu bakımdan, aşağıda değineceğimiz düzenleme çalışmaları akitlerin bu şekilde kurulup kurulamayacağı noktasını açıklığa kavuşturmakla işe başlamıştır. Son gelişmelerin, akitlerin elektronik ortamda kurulması mekanizmasını açıklayabilme amaçlı olarak, bilgisayarları işleten yazılımlar ile diğer dijital ve teknolojik araçlara kişilik benzeri (*quasi-personality*) bir hukukî durum kazandırma yönünde çalışmalara doğru yol aldığımızı söyleyebiliriz. Nitekim, bilgisayar programları ile diğer dijital ve teknolojik araçların artık "elektronik vasıta (*electronic device*)" olarak anılmasından bazı hukukî düzenleme çalışmalarında vazgeçilerek, asili

⁹ *Electronic Commerce - An Introduction*, s.3-4.

¹⁰ Karş. Hasset, R.: Online Contracting, <<http://www.internetlegal.com/articles/online.htm>>, s.1.

¹¹ Ramsey, J.T.: Electronic Commerce: Cryptography and The Law, <<http://www.macleodixon.com/04public/Articles/ecom.pdf>>, s.26, par.71: akit, siberuzay ilişkisi hakkında genel bilgi için bkz. Katsh, M.E.: Law in A Digital World, New York 1995, s.114 vd.

¹² Bu konuda bkz. Allen, T.: Widdison, R.: Can Computers Make Contracts?, 9 Harvard Journal of Law and Technology (1996), s.25 vd.: <<http://www.dur.ac.uk/Law/centre/hjolt.html>>, s.1 vd.

(*principal*) yani bu programları yürürlüğe koyan kişileri temsil eden "elektronik temsilci (*electronic agent*)" olarak anılması yoluna gidilmiştir⁽¹³⁾.

Aşağıda ele alacağımız düzenleme çalışmalarında ticaret devriminde bir araç fonksiyonu gören elektronik ticaret ve yol açtığı hukukî sorunlara küresel perpektifde ele alınması gereken bir olgu olarak yaklaşmıştır.

I. Elektronik Yoldan Girişilen Akitlere Hukukî Meşruiyet Kazandırma Amaçlı Bazı Düzenleme Çalışmaları

A) Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu

Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu⁽¹⁴⁾, diğer hususların yanısıra milletlerarası ticaret hayatında hukukî kesinliği sağlama amacıyla elektronik yoldan yapılan akitlerin kuruluşu ve geçerliliğini de konu edinmektedir. Model Kanun, *ticarî* kavramını geniş yorumlamakta (md.1), ticarî nitelik taşıyan tüm hukukî ilişkiler, akdî olsun ya da olmasın ticarî kavramına dahil kabul edilmektedir. Ticarî hukukî ilişki kavramına, sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, mal ve hizmetlerin tedariki ve değiştirilmesini konu edinen tüm ticarî işlemler, distribütörlük, ticarî temsil ve vekâlet, factoring, finansal kiralama, inşaat, danışmanlık, mühendislik, lisans, yatırım, finans, bankacılık, sigortacılık, işletme, imtiyaz, iş ortaklığı ile endüstri veya ticaret işbirliğinin diğer şekilleri, hava, deniz, demiryolu ve kara yolu ile mal ve yolcu taşımacılığını konu edinen işlemler girmektedir.

Model Kanunun akitlerin kuruluşu ve geçerliliğini düzenleyen on birinci maddesinde, ilk olarak, akdin şekli ile ilgili olarak icap ve/veya kabulün elektronik yoldan ifade edilebileceği kabul edilmiştir. Bu surette, elektronik veri mesajlarına hukukî etkililik, elektronik yoldan kurulan akitlere ise, kağıt üstünde kurulan akitler gibi hukukî kesinlik kazandırılmak istenmektedir⁽¹⁵⁾. Zira, icap ve/veya kabulün insan katılımı olmaksızın elektronik yoldan gerçekleşmesi, elektronik yoldan kurulan akitleri hukukî düzenlemeye kavuşturmamış hukuk düzenlerinde tarafların rızasının varlığına ilişkin hukukî sorunları da beraberinde getirmiştir.

¹³ Bu yönde *Uniform Electronic Transactions Act* md.14 için bkz. aşa. s.25; ayrıca bkz. *Liberto, S.M.: UCC To Govern Internet Transactions: A Survey of the Proposed Changes.* <<http://www.libertolaw.com/12-97.html>>, s.1.

¹⁴ *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce With Guide to Enactment 1996*, UN New York 1997 için bkz. <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>> (*UNCITRAL Model Kanunu/Guide to Enactment*), s.1 vd.

¹⁵ *Guide to Enactment*, par.77-78. Bu kabul, elektronik veri mesajlarının delil olarak ileri sürülebilmesi bakımından da (md.5, md.9, md.13) zorunlu görülmüştür.

Bu bakımdan Model Kanun, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça icap veya kabulün elektronik veri mesajları ile yapılabileceğini ve bu hususun akdin geçersizliği veya icra edilebilirliğinin reddi sebebi olarak kabul edilmeyeceğini öngörmektedir (md.11/1)⁽¹⁶⁾. Yine Model Kanun, "taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça" ibaresine yer vermek suretiyle, tarafların Borçlar Hukuku alanında sahip olduğu sözleşme hürriyeti esasını bertaraf etmeyi amaçlamadığını da ortaya koymaktadır⁽¹⁷⁾. Böylece, elektronik yoldan yapılan akitlerle, kağıt üzerinde yapılan akitler arasındaki farklılık, geçerlilik ve icra edilebilirliğe ilişkin hukukî sorunlar itibarıyla aşılmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte, millî hukuk düzenlemeleri ile çelişen hukukî sonuçlara yol açmamak için irade beyanının niteliği (icap, icaba davet, kabul), dolayısıyla akdin kurulduğu an ve yer hakkında özel kural sevk edilmesinden kaçınılmıştır⁽¹⁸⁾.

Millî hukuk düzenlerinin kamu düzeni düşüncesi ile akitlerin kurulması alanında özel kurallar (resmî şekil, yazılı şekil, noter senedi gibi) öngördüğü, veya akdin bir tarafını özellikle koruduğu, tüketici akitleri, iş akitleri, sigorta akitleri gibi, akitler söz konusu olduğunda ise, millî kanunların bu akitleri Model Kanun md.11/1'de yer alan kuralın uygulama alanı dışında bırakabileceği kabul edilmiştir (md.11/2)⁽¹⁹⁾.

B) Elektronik Ticarî İşlemler Hakkında ABD Yeknesak Model Kanunu (UETA)

UNCITRAL Model Kanunu etkisini ABD Hukukunda da göstermiştir. *Elektronik Ticarî İşlemler Hakkında ABD Yeknesak Model Kanununun*⁽²⁰⁾ akitlerin kuruluşu ve geçerliliğini idare etmesi teklif edilen hükümleri (md.113), UNCITRAL Model Kanunu md.11'e atfen kaleme alınmış ve 29.6.1999 tarihinde tamamlanan çalışmanın intibakı elli federe devlete tavsiye edilmiştir⁽²¹⁾.

¹⁶ Aynı yönde bkz. md.5.

¹⁷ *Guide to Enactment*, par.79.

¹⁸ *Guide to Enactment*, par.78. Elektronik veri mesajları ile açıklanan irade beyanlarının hukukî niteliği ve akdin kurulduğu anı konu edinen bir çalışma için bkz. Kırcı, Ç.: İnternette Sözleşme Kurulması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.20 (Aralık 2000), S.4, sh.99 vd.

¹⁹ *Guide to Enactment*, par.80.

²⁰ *Uniform Electronic Transactions Act Without Preparatory Note and Comments, Approved and Recommended for Enactment, Drafted by The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Meeting in its One - Hundred-and-Eighth Year, Denver Colorado (July 23-30) 1999*, <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/uetast84.htm>>. UETA hakkında ayrıca bkz. *Uniform Electronic Transactions Act: Consumer Nightmare or Opportunity?*, <<http://www.consumer.org/finance/899nclewc.htm>>; *Uniform Electronic Transactions Act: Challenges and Opportunities*, <http://www.nclc.org/consumer/e_commerce/uniform_act.html>.

²¹ <http://www.penop.com/penop/penop.nsf/ft.ia/uniform_electronic_transactions.html>.

UETA'nın federe devlet hukuklarına intibakı hakkındaki gelişmeler için bkz. *Global E-Commerce*

UETA, tarafların anlaşması neticesinde⁽²²⁾ elektronik yoldan yapılmış akitlerin, elektronik kayıt ve elektronik imzanın hukuken tanınması amacıyla hazırlanmıştır⁽²³⁾. Genel olarak, mevzuu hukuku değiştirme amacı olmayan bu kurallarla⁽²⁴⁾, elektronik ortamda yapılmış hukukî işlemlerin icra edilebilirliğine ilişkin engellerin ortadan kaldırılması hedeflenmiştir⁽²⁵⁾. UETA maddi hukukun elektronik olmayan kayıt ve imza şartı arayan hükümlerini elektronik yoldan girişilmiş hukuki işlemler itibariyle bertaraf ederek amacına ulaşmıştır. Nitekim, UETA md.7/a'da, ilk olarak, bir kayıt veya imzanın elektronik şekilde olmasının tek başına onun hukukî sonuçlarını doğurmasına veya icra edilebilirliğine engel bir husus olmadığı hükme bağlanmıştır. Yine, bir akdin elektronik olarak kurulmasının da tek başına onun hukukî sonuçlarını doğurmasına veya icra edilebilirliğine engel bir husus olmadığı düzenlenmiştir (md.7/b). Buna bağlı olarak, eğer hukuk. bir kaydın yazılı olmasını emrediyorsa, elektronik kaydın yazılı olma şartını (md.7/c); imza zorunluluğu öngörüyorsa, elektronik imzanın imza şartını (md.7/d) yerine getirmiş sayılacağı kabul edilmektedir⁽²⁶⁾.

Elektronik yoldan girişilen akitleri otomatikleştirilmiş veya makineleştirilmiş hukukî işlemler (*automated transactions*) olarak anan UETA (md.14), bu akitlerin hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğunu açıkça kabul etmektedir⁽²⁷⁾. Bu çerçevede, tamamen otomatikleştirilmiş akitler ile kısmen otomatikleştirilmiş akitler için farklı kurallar sevk edilmiştir.

Tamamen otomatikleştirilmiş (*fully automated*) akitler, tarafların elektronik temsilcilerinin⁽²⁸⁾ etkileşimi neticesinde kurulmuş elektronik

Law, Uniform Electronic Transactions Act (UETA), State-By-State Comparison Table as of June 18, 2001, <<http://www.bmck.com/e-commerce/uetacomp.htm>>.

²² *Gabriel, H.D.*: The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, *Uniform Law Review* 2000-4, s. 651 vd.; <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-4.htm>>, s.2.

²³ *Uniform Electronic Transactions Act*, <<http://www.oit.umd.edu/present/UCITA/sld007.htm>>.

²⁴ *Gabriel*, s.1.

²⁵ *Why States Should Adopt... The Uniform Electronic Transactions Act*, <http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_why/uniformacts-why-ueta.asp>, s.1.

²⁶ Yine, bir kayıt ya da imzanın elektronik formda olması onun yargılama usulünde delil olarak kullanılabilmesine tek başına engel teşkil etmeyecektir (md.13).

²⁷ *Uniform Electronic Transactions Act*, <http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_summaries/uniformact-s-ueta.asp>, s.2.

²⁸ Elektronik temsilci, elektronik şekilde ticarî iş yapmak amacıyla asiller tarafından uygulamaya konulmuş, insan hareketi veya denetiminden bağımsız olarak hareket edebilen, veya elektronik kayıtlara cevap verebilen ya da kısmî veya tam ifa yeteneğine sahip bilgisayar programı ya da elektronik veya otomatikleştirilmiş vasıta (md.2/6). Ayrıca bkz. *Whalen, P.J.*: The Uniform Electronic Transactions Act: A Framework for Electronic Contracting, E-Commerce Briefing, E-Commerce Practice Group, <<http://www.spencerfane.com/publications/eCommerce/UETA.html>>, s.1.

akitlerdir (md.14/1). Bu noktada UETA, cansız varlıklar olan bilgisayar programları ile diğer dijital ve teknolojik araçların insanoğlunun temsilcisi olarak akit yapabileceğini kabul etmesi suretiyle²⁹⁾ bunlara kişilik benzeri bir hukukî durum tanıma özelliği ile dikkati çekmektedir.

Bu fıkrada yer alan düzenlemenin özelliği, hukukî işlemin bir tarafında veya her iki tarafında insan kontrolünden geçmeden meydana gelmiş akitleri konu ediniyor olmasıdır. Tarafların elektronik temsilcilerinin etkileşimiyle ortaya çıkan şart veya anlaşma nihayetinde kimse tarafından gözden geçirilmese ya da farkında olunmasa dahi akit bu surette kurulabilecektir (md.14/1).

Tarafların elektronik temsilcilerinin etkileşiminin yanısıra, bir tarafın elektronik temsilcisi ile diğer taraftaki bireyin etkileşimi neticesinde kurulan akitler ise, "kısmen otomatikleştirilmiş" akitler olarak anılmıştır. Buna göre, bireyin kendi hesabına veya diğer bir kişi hesabına hareket eden elektronik temsilcinin etkileşimiyle, bireyin yapıp yapmamakta serbest olduğu ve elektronik temsilcinin hukukî işlemi tamamlayacağını ya da ifa edeceğini bildiği veya tahmin ettiği fiillerle yapılan etkileşim dahil, akdin kurulabileceği hüküm altına alınmıştır (md.14/2)³⁰⁾.

Böylece, cansız varlıklar olan makinaların da hukuken geçerli olarak akit yapabileceği kabul edilmiş olmaktadır³¹⁾.

Elektronik kayıtların gönderilmiş ve alınmış sayılacağı zaman ve yer ise, on beşinci maddede düzenlemeye kavuşturulmuştur. Alıcı ve gönderici tarafından aksi kararlaştırılmış olmadıkça, aşağıdaki hallerde elektronik kayıt gönderilmiş kabul edilecektir (md.15/a).

Buna göre, elektronik kayıt,

- alıcının belirlediği veya gönderilen cinsten elektronik kayıt ve bilgilere ulaşma amacıyla kullandığı ve elektronik kayıtlara oradan ulaştığı bir bilgi işlem sistemine doğru yöneltilmiş veya başka surette ve fakat doğru olarak yönlendirilmişse (md.15/a-1);

- yukarıda sözü geçen bilgi işlem sistemi tarafından işlenmeye uygun bir formatta ise, (md.15/a-2); ve,

²⁹⁾ Bkz. *Liberto*, s.1.

³⁰⁾ Akdin şartlarının ise, onu idare eden maddî hukuka tâbi olduğu kabul edilmiştir (md.14/3).

³¹⁾ *Gabriel*, s.4.

- göndericinin veya gönderici hesabına elektronik kayıt gönderen kişinin kontrolü dışında bir bilgi işlem sistemine girer veya alıcı tarafından belirlenmiş ya da alıcı tarafından kendi kontrolü altında kullanılan bir bilgi işlem sisteminin alanına girerse (md.15/a-3), gönderilmiş kabul edilecektir.

Yine alıcı ve gönderici tarafından aksi kararlaştırılmış olmadıkça, aşağıdaki hallerde elektronik kayıt alınmış kabul edilecektir. (md.15/b). Buna göre, elektronik kayıt,

- alıcının belirlediği veya gönderilen cinsten elektronik kayıt ve bilgilere ulaşma amacıyla kullandığı ve elektronik kayıtlara oradan ulaştığı bir bilgi işlem sistemine girerse (md.15/b-1); ve,

- yukarıda sözü geçen bilgi işlem sistemi tarafından işlenmeye uygun bir formatta ise (md.15/b-2), alınmış kabul edilecektir.

İkinci bent, bilgi işlem sisteminin bulunduğu yerin, elektronik kaydın aşağıda (d) fıkrası uyarınca alınmış sayıldığı yerden farklı olduğu halde de uygulanma yeteneğine sahiptir (md.15/c).

Elektronik kaydın alındığından kimse haberdar olmasa dahi, elektronik kayıt alınmış sayılacaktır (md.15/e). Yine, burada anılan bir bilgi işlem sisteminden alınan elektronik onay, sadece elektronik kaydın alındığına işaret edecek, gönderilen muhteva ile alınan muhtevanın uygunluğuna delâlet etmeyecektir (md.15/f).

On beşinci maddenin (d) fıkrasına göre, elektronik kayıta veya taraflar (alıcı ve gönderici) arasında aksi açıkça kararlaştırılmış olmadıkça, elektronik kayıt göndericinin iş yerinden gönderilmiş ve alıcının iş yerinde alınmış sayılacaktır. Göndericinin veya alıcının birden fazla iş yeri var ise, söz konusu olan hukukî işlemle en sıkı irtibatlı olan iş yeri ilgili tarafın iş yeri olarak kabul görecektir (md.15/d-1). Gönderici ya da alıcının iş yeri bulunmuyorsa, gönderici ya da satıcının sakin olduğu yer bunların iş yeri olarak kabul edilecektir (md.15/d-2).

Öte yandan, eğer her hangi bir kişi (a) fıkrası anlamında gönderilen veya (b) fıkrası anlamında alınan bir elektronik kaydın gerçekte gönderilmediğini veya alınmadığını biliyorsa, gönderme ile almanın hukukî sonuçları diğer uygulanacak hukuka göre tayin edilir (md.15/g). Diğer uygulanacak hukuk tarafından cevaz verilen hal ve ölçü dışında, (g) fıkrası şartları sözleşme ile değiştirilemez. Diğer uygulanacak hukuk, bu düzenleme dışında akitten doğan hukukî sorunları idare edecek olan federe veya millî devlet hukuku veya hukuklarıdır.

Son olarak belirtelim ki, UETA elektronik kayıt ve fiilin hukukî niteliği (icaba davet, icap, kabul) ile ilgilenmemiş, bunlara ilişkin hukukî sorunları düzenleme konusu yapmamış⁽³²⁾; bu ve bunun gibi pek çok maddi hukuk sorunu mevzuu hukuka bırakılmıştır⁽³³⁾.

C) Elektronik Ticaret Hakkında Avrupa Birliği Direktifi

8 Haziran 2000 tarihli "Elektronik Ticaret Hakkındaki AB Direktifi" (2000/31/EC)⁽³⁴⁾, İç Pazar avantajlarından bilgi toplumu hizmetlerinin de faydalanabilmesi için bir hukukî çerçeve oluşturulmasını amaçlamaktadır (md.1). Bu surette, ilgili üye devlet hukukuna uygun olarak sunulan bilgi toplumu hizmetleri, tüm AB üyesi devletlerin ülkesinde sunulabilecek ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme hürriyetinden yararlanabilecektir⁽³⁵⁾. Direktifte, elektronik akitlere ilişkin hükümler de yer almıştır (md.9). Ancak, direktif tasarısında yer alan ve elektronik akitlerin nasıl kurulmuş sayılacağını düzenleyen hükümlere (md.11)⁽³⁶⁾ nihai metinde yer verilmemiş, akitlerin

³² Ayrıca bkz. *Perdue, S.E.: Creating Contracts Online*, Online Law, The SPA's Legal Guide to Doing Business on the Internet, B.2. Reading 2000, s.81 vd. (Edt. Smedinghoff, T.J.).

³³ Örneğin, *Uniform Commercial Code (UCC): ABD Yeknesak Ticaret Kanunu*.

³⁴ *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce)*, *Of the European Communities*, L 178, 17.7.2000. s.1 vd.; ayrıca bkz. *Electronic Commerce: Commission Welcomes Final Adoptions of Legal Framework Directive*, <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/2k-442.htm>, s.2.

³⁵ *The Draft E-Commerce Directive*, <http://www.dibblupton.co.uk/dla_beta/ecommerce/ecom.htm>; *The Electronic Commerce Directive (00/31/EC)*, *Department of Trade and Industry, Communications and Information Industries*, <http://www.dti.gov.uk/cii/ecommerce/europeanpolicy/ecommerce_directive.shtml> s.1.

³⁶ Direktif tasarımadaki kuralların (md.11/1), sadece alıcının (*recipient*), hizmet sunucudan (*service provider*) kesin bir icap aldığı ve akde rızasını bir ikona tıklamak gibi teknolojik vasıtalarla göstermesi gerekli olan hallerde uygulanması düşünülmüş idi. Bend, akdin yapılması sürecinde iletişim kopukluğu ihtimalini en aza indireyecek ve alıcıya kabul beyanında bulunmadan önce düşünme imkânı sağlayacak biçimde formüle edilmeye çalışılmış; taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, hizmetin alıcısının (*recipient of the service*), hizmet sunucudan alıcının kabul beyanının alındığına ilişkin bildirim alması (*acknowledgment of receipt of the recipient's acceptance*) ve yine, hizmetin alıcısının, alındı bildirimini aldığı teyid etmesi ile (md.11/1-a) (*confirmation as to the receipt of the acknowledgment of receipt*) akit kurulmuş sayılıyordu. Örneğin, alıcı (B)'nin, (AAA) isimli şirketin İnternet'teki kitabevinden kitap satın almak üzere bir web formu doldurduğu ve bunu bir fare tıklamasıyla işleme koydurduğu bir örnekte alıcı (B)'nin, (AAA) kitabevinin "*siparişinizi aldık, aşağıdaki kutuya tıklayarak teyid edin*" talebine uyarak ikona tıklaması ile akit kurulmuş olacaktır: Bkz. *Dickie*, s.28. On birinci maddede öngörülen sistemin, akitlerin kuruluşunu geleneksel kavramlarla (icaba davet, icap, kabul) ifade eden mevcut sistemin ötesine geçtiği ifade edilirken, örnekte, geleneksel anlamda, "*satıcının siparişi teyid talebi*" icap, "*alıcının ikona tıklayarak teyidini vermesi*" ise, kabul gibi hukukî sonuç doğuracaktır. Yine tasarıda, muhatabı olan tarafca ulaşılabilir olması ile, alındı bildirimini alınmış olduğu; muhatabı olan tarafca ulaşılabilir olması ile de teyidin (*confirmation*)

kurulmasına ilişkin kuralların birleştirilmesinden vazgeçilerek ana ilkelerin sevk edilmesi ile yetinilmiştir⁽³⁷⁾.

Elektronik ticaretin etkin olarak varlığını sürdürebilmesi, elektronik yoldan kurulan akitlerin hukuken tanınmasına ve bunlara elektronik yoldan kurulmamış "geleneksel akitlerle" eş hukukî statü kazandırılmasına bağlıdır. Bu bakımdan direktif, akitlerin elektronik yoldan (*on-line*) kurulabilmesi imkânını sağlamaktadır. Bu yönüyle direktif, akitlerin kurulmasında yazılı olma şartını arayan üye devlet hukuklarına yenilik getirmektedir. Üye devletler, elektronik akitlere bu kapsamda yönelmiş tüm yasaklama ve sınırlamaları kaldırma yükümlülüğü altında olup, mevzuatlarını bu hususu temin edecek surette değiştirecektir⁽³⁸⁾. Bu bakımdan, direktifin bir diğer amacı, akitlerin elektronik yoldan yapılmasına üye devletlerin mevzuatlarında cevaz verilmesinin sağlanması olarak ortaya çıkmaktadır (md.9). Bu amaç çerçevesinde düzenleme üye devletlere, özellikle akitlerin elektronik yoldan akdedilmesi sebebiyle hukukî geçerliliğinin veya etkin kullanımının akdi süreçte başvuru hukuk kuralları tarafından engellenmemesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir (md.9/1).

Direktif, bazı akitlerin elektronik şekilde kurulmasına millî mevzuatların cevaz vermeyebileceğini de kabul etmektedir. Bu çerçevede üye devletler bazı akitleri direktifin uygulama alanı dışında bırakabilir. Direktifin uygulama alanı dışında bırakılabilecek akitler md.9/2'de kira akitleri hariç, gayrimenkuller üzerinde bir hak kuran ya da devreden akitler (md.9/2-a); mahkemelerin, kamu otoritelerinin ya da kamu gücü kullanan mesleklerin katılımını kanun hükmü icabı gerektiren akitler (md.9/2-b); ticarî olmayan teminat ve kefaletler (md.9/2-c) ile, aile ve miras hukuku akitleri (md.9/2-d) olarak sayılmıştır.

Direktifin onuncu maddesinde, elektronik yoldan kurulan akitlerde hizmetin alıcısının teknik hataya düşmesini önlemek üzere verilmesi gereken bazı bilgilendirme şartları düzenlenirken (md.10/1), on birinci maddede siparişin verilmesine ilişkin hükümler yer almıştır⁽³⁹⁾. Hizmetin alıcısının siparişini teknolojik araçlarla verdiği hallerde hizmet sağlayıcı, alıcının

verilmiş sayılacağı kabul ediliyor (md.11/1-b) ve her iki elektronik kaydın da mümkün olduğu kadar çabuk gönderilmesi esası benimseniyordu (md.11/1-c).

³⁷ Vinje, T.C.-Paemen, D.: The European Directive on Certain Legal Aspects of Information Society Service in the Internal Market; New Rules on Online advertising, e-contracting, ISP liability and dispute resolution in the European Union (6/00). <<http://mofo.sranet.com/mofocgi/gendisplylong?pubs,0603EUDIRECTIVE,INTERNAT>>, s.4-5.

³⁸ *Electronic Commerce: Commission Welcomes Final Adoption of Legal Framework Directive*. <http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/2k-442.htm#2>.

³⁹ Madde 10/1 ve 2 ile md.11/1'de yer alan ilkeler, ticarî akitlerde aksi kararlaştırılan haller dışında, üye devletlere dikkate alınacaktır.

siparişinin alındığını gecikmeksizin ve elektronik araçlarla teyid edecek; sipariş ile alındı teyidi, muhatabı olan tarafca ulaşılabilir olduğu zaman alınmış sayılacaktır (md.11/1)⁽⁴⁰⁾. Bazı üye devlet hukuklarında md.11/1 akdin kurulduğu ana etki edebilecek olmakla birlikte, direktifin akdin kurulduğu anı düzenlemeyi hedeflemediği belirtilmektedir⁽⁴¹⁾. Direktif, böylece elektronik akitlerin kurulması ile ilgili önemli bir hukukî sorunu üye devlet hukuklarına bırakmış olmaktadır.

II. *Click-Wrap* Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı

Click-wrap yazılım lisansı sözleşmeleri⁽⁴²⁾, bilgisayar yazılımlarına (*software*) İnternet ortamında (*on-line*) erişim sağlanması veya bunların karşı âkadin bilgisayarının ana belleğine kopyalanmasından önce, yazılımın kullanım şartlarını konu edinen, özellikle yazılımın üçüncü kişilere devrini önlemeyi amaçlayan sözleşme şartları bir ikona tıklamak suretiyle kabul edildiği takdirde, erişim veya kopyalama izni veren *click-on* sözleşmelerdir⁽⁴³⁾.

İnternet ortamında yapılan hukukî işlemlere, bu bağlamda akitlere, çalışmanın başında değindiğimiz son milletlerarası gelişmelerde, kuruluş ve icra edilebilirlik itibarıyla İnternet dışı hukukî ortamda yapılan hukukî işlemlere denk bir hukukî statü tanınması çabalarından yukarıda söz etmiştik. Bu denklik çabaları, İnternet dışı ortamın "katılma akitleri" gibi başka hukukî sorunlarının da İnternet'in milletlerarası ortamına taşınmasına doğal olarak yol açmıştır. Nitekim, *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerine derc edilecek yetki, tahkim ve hukuk seçimi kayıtları akdin yapılış biçimi sebebiyle bu

⁴⁰ *Saltmer, I.*: E-Contract: An Overview of the European Electronic Commerce Directive, <http://www.buchananingersoll.com/euro_law/articles/econtract.html>, s.4-5. Öte yandan, md.10/1 ile md.11/1 münhasıran elektronik posta ile veya denk başka vasıtalarla kurulmuş akitlere uygulanmayacaktır (md.10/4; md.11/3).

⁴¹ *Vinje-Paemen, s.5.*

⁴² *Web-wrap* lisans sözleşmeleri olarak da anılmaktadır: *Spooner, S.J.*: The Validation of Shrink-wrap and Click-wrap Licences by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act, 7 RICH J.L. & TECH 27 (Winter 2001): <<http://www.richmond.edu/jolt/v7i3/article1.htm>>, s.2.

⁴³ *Visser, C.-Pistorius, T.*: Select Intellectual Property Implications of Electronic Commerce and Global Information Networks: Copyright, Trademarks and Databases, <<http://www.ecomm-debate.co.za/greenpaper/academics/visserandpist.html>>, s.22; *Formation and Validity of On-Line Contracts*, Institute For Information Law, Amsterdam (June 1998), s.13 vd., <<http://www.inprimatur.net/contracts.htm>>, s.12 vd. Yazılım programları lisanslarına ilişkin olarak hukuk seçimi kaydının dercedildiği diğer bir sözleşmede kapalı jelatin ambalaj içerisinde satılan yazılım programlarının ambalajından görülebilir veya görünmeyen şekilde içinde yer alan "*shrink-wrap*" lisans sözleşmeleridir. "*Tear-me-open*", "*tear open*" ya da "*box-top*" lisans sözleşmeleri olarak anılan "*shrink-wrap*" lisans sözleşmeleri hakkında bilgi için bkz. *Spooner, s.2.* Yazılım lisansları hakkında geniş bilgi için bkz. *Reed, s.58 vd.*; *Basile, A.R.*: Licensing Rights in Information Owned by Others, On Line Law, The SPA's Legal Guide to Doing Business on the Internet, Reading 2000, s.285 vd. (Edt. Smedinghoff, T.J.).

hukuki sorunu da doğal olarak beraberinde getirecektir. Bu bakımdan, *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerine derc edilen kayıtlar, ve bunlar arasında da en sık başvurulan hukuk seçimi kayıtları, milletlerarası özel hukuk bakımından ayrıca incelemeyi gerektirmektedir.

İnternet ve uygulanacak hukuk söz konusu olduğunda da, uygulanacak hukuk sorununun yersel irtibatlarla göre çözülmesindeki güçlük karşısında uygulanacak hukukun hukuk seçimi yoluyla tayini mümkündür⁽⁴⁴⁾. Bu imkânın, İnternet ortamında elde edilen yazılım programlarını konu edinen *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerinden doğan yabancı unsurlu hukuki uyumsuzluklarda da tanınması, uygulanacak hukuku sorun olmaktan çıkaracağı düşüncesiyle önerilmiştir⁽⁴⁵⁾.

Yine *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerinde, İnternet Hizmet Sunucusu (*Internet Service Provider/ISP*) ile kullanıcı arasında yapılacak *on-line* hukuk seçimi anlaşmasının da, bunlar arasında doğacak ihtilâflar itibariyle, uygulanacak hukuka ilişkin sorunları halledeceği ileri sürülmüştür. Bunun doğal bir uzantısı olarak, İnternet Hizmet Sunucularının da kendi aralarında anlaşarak uygulanacak hukuku tayin etmeleri teklif edilmektedir⁽⁴⁶⁾.

Aşağıda, *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtları, bunların hukuki niteliğinin tespiti ile kuruluş ve asli geçerliliğine uygulanacak hukuku takiben, standart akitler, sözleşme hürriyeti ilkesi ve milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde ve Türk Milletlerarası Özel Hukuku itibariyle değerlendirilmiştir.

⁴⁴ *Burstein, M.*: A Global Network in a Compeartmentalised Legal Environment, Internet Which Court Decides? Which Law Applies?, The Hague 2000, s.31 vd. (Edts.Boele-Woelki, K.-Kessedjian,C.).

⁴⁵ Aynı hukuki sorun *shrink-wrap* lisans sözleşmeleri bakımından da mevcuttur: *Robertson, S.J.A.*: The Validity of Shrink-Wrap Licences in Scots Law, Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd., Case Note, 1998 (2) The Journal of Information, Law and Technology, s.1: <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/cases/98_2rob/dwnloadf.htm>; *Hayes, D. L.*: The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and Off-Line, <<http://www.fenwick.com/pub/ip-pubs/Enforceability%20shrinkwrap/shrinkwrap.htm>>, s.1-2. Aynı öneri bunlar hakkında da ileri sürülmüştür: *Burstein*, s.31-32. Shrink-wrap lisans sözleşmelerinin geçerliliği hakkında bkz. *Hawkins, J.L.*: ProCD, Inc. v. Zeidenberg: Enforceability of Shrinkwrap Licenses Under the Copyright Act, 3 RICH.& TECH. 6 (1997): <<http://www.richmond.edu/~jolt/v3i1/hawkins.html>>; *Migdal, A.*: Shrinkwrap Licences Abroad, <http://www.gcwf.com/articles/journal/jil_june99_1.html>, s.1-3.

⁴⁶ *Burstein*, s.32.

A) *Click-Wrap* Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Kaydının Hukuki Niteliği

Click-wrap yazılım lisansı sözleşmeleri söz konusu olduğunda "kabul ediyorum" ikonuna tıklayan her karşı âkidin sözleşme şartları ile bağlı olmayı kabul ettiği yabancı doktrinde ileri sürülmektedir⁽⁴⁷⁾. Acaba Türk Hukukunda, bu kabul, hukuk seçimi kaydını da kapsayacak mıdır?

Hukuk seçimi kaydı, *on-line*⁽⁴⁸⁾ veya *off-line*⁽⁴⁹⁾ hangi sözleşme içinde yer alırsa alsın hukuki niteliği itibariyle Türk Hukukunda ayrı bir akittir⁽⁵⁰⁾. *Click-wrap* yazılım lisansı sözleşmesi⁽⁵¹⁾ içinde yer alan (*click-on*) hukuk seçimi kaydı da yine bu açıdan düşünülmelidir. *Click-on* hukuk seçimi kaydının asli geçerliliği, özellikle taraf iradelerine ve uyuşmaya ilişkin hukuki sorunlar ile, *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin hukuki sorunlar ayrı hukuki değerlendirmeyi gerektiren hususlardır.

Aşağıda *click-on* hukuk seçimi anlaşması ile sınırlı bir değerlendirme yapılacaktır.

B) *Click-On* Hukuk Seçimi Anlaşmasının Kuruluş ve Asli Geçerliliğini İdare Eden Hukuk

Hukuk seçimi kaydının, niteliği itibariyle, ayrı bir akit olması sebebiyle, hukuk seçimi anlaşmasının kuruluşu ve asli geçerliliğine ilişkin tüm hukukî sorunlar da onu idare eden hukuka tâbidir.

Click-wrap yazılım lisansı sözleşmelerinden doğan yabancı unsurlu ihtilâfların halli söz konusu olduğunda da, hukuk seçimi yapma imkânı, şartları, sınırları ve kapsamı, hukuk seçimi anlaşmasının kuruluşu (kurucu unsurların varlığı, özellikle elektronik irade beyanları- elektronik icap ve kabulün geçerliliği, uyuşma, bu bağlamda elektronik temsilin mümkün olup olmadığı), hüküm ve sonuçları, denetleme kuralları ile, akdin ne zaman ve

⁴⁷ *Burstein*, s.31-32.

⁴⁸ Kısmen veya tamamen, elektronik ortamda, elektronik etkileşimle girilen hukuki işlemler. On-line hukuki işlemler arasında, tamamiyle elektronik etkileşimle, bir butona tıklamak suretiyle girilen hukuki işlemler ise, *click-wrap*, *web-wrap* veya *click-on* hukuki işlemler olarak anılmaktadır.

⁴⁹ Elektronik ortam dışında girilen hukuki işlemler.

⁵⁰ *Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, Yenilenmiş 6.Bası, İstanbul 1999, s.259 (Bağlama Kuralları); Nomer, E.: Devletler Hususî Hukuku, B.9, İstanbul 1998, s.265.*

⁵¹ *Click-on* hukuk seçimi anlaşmasında bir milli hukuk düzenine ait olmayan hukuk kuralları bütününe, *lex mercatoria* gibi, seçilebileceği hakkında bkz. *Burstein*, s.31-32. *Lex Mercatoria* hakkında genel bilgi için bkz. *Şanlı, C.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.314 vd.*

nerede kurulmuş sayılacağına ilişkin hukukî sorunlar, kural olarak, hukuk seçimi anlaşmasının kuruluş ve aslı geçerliliğini idare edecek yetkili hukuka tâbi olacaktır.

Hukuk seçimi anlaşmasının kuruluş ve aslı geçerliliğini idare eden hukuk "yetkili hukuk" farazi akit statüsüdür (*putative proper/applicable law*)⁽⁵²⁾. Farazî akit statüsü, akdin geçerli olarak kurulmuş olması halinde akdi idare edecek hukuk olarak tanımlanmaktadır⁽⁵³⁾. Buna rağmen, farazî akit statüsünün hangi hukuk olduğu tartışma yaratmıştır. Bir kısım doktrine göre, sadece objektif akit statüsü farazî akit statüsü olarak kabul edilebilirken, diğerlerine göre hukuk seçiminin geçerli olduğu hallerde seçilen hukuk farazî akit statüsüdür⁽⁵⁴⁾. Seçilen hukukun farazi akit statüsü olarak kabul edildiği hallerde, farazi akit statüsünün akdin geçerli olarak kurulmuş olması halinde akdi idare edecek hukuk şeklindeki tanımı, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulmadığı hukuki sorununun, anlaşmanın seçilen hukuka göre geçerli olmadığı halde de, seçilen hukuk tarafından idare edilmesi itibariyle tereddüt yaratıyor görünse de, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığına seçilen hukukun karar vermesi işin niteliği icabıdır⁽⁵⁵⁾. Bu bakımdan, farazî akit statüsünün tanımından yola çıkarak ikinci görüşe katılıyoruz.

Click-wrap yazılım lisansı sözleşmeleri söz konusu olduğunda da, bunlara derc edilen hukuk seçimi kaydına ilişkin hukukî sorunlar seçilen hukuka göre araştırılacaktır⁽⁵⁶⁾. Ancak bu noktada önemli bir husus, *click-on* hukuk seçiminin standart şart/akit olma özelliği, başka bir ifadeyle hukuk seçimi anlaşmasının yapılış biçimidir. Bu sebeple, *click-on* hukuk seçimi anlaşmasının yapılış biçiminden kaynaklanan özelliğini açıklayabilme amacıyla, önce genel olarak sözleşme hürriyeti ilkesi ve standart akitler, daha sonra ise, milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi itibariyle *click-on* hukuk seçimi kayıtları ele alınacaktır.

⁵² Collier, J.G.: Conflict of Laws, B.2, Cambridge 1996, s.199.

⁵³ North, P.M.- Fawcett, J.J.: Cheshire and North's Private International Law, London 1992, s.475; Boggiano, A.: International Standard Contracts, The Price of Fairness, Netherlands 1991, s.72; Clarkson, C.M.V.- Hill, J.: Jaffey on the Conflict of Laws, London 1997, s.229.

⁵⁴ Collier, J.G.: Conflict of Laws, B.1, Cambridge 1987, s.165.

⁵⁵ Lando, O. (Edt. Lipstein, K.): Contracts (24. Bölüm), Private International Law, C.24, International Encyclopedia of Comparative Law, s.44 (Contracts); Boggiano, A.: International Standard Contracts, A Comparative Study, 170 Rec. des Cour (1981/1), s.45 (A Comparative Study); Tekinalp, Bağlama Kuralları, s.258-259; Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s.26,240.

⁵⁶ Elektronik kayıt tutan satıcının, müşterinin bir ikona tıklamak suretiyle lisans sözleşmesini kabul ettiğini belgeleyebileceği bildirilmektedir. *Contracting by Electronic Means*, <<http://www.ecomm-debate.co.za/docs/report3.html>>, s.5.

C) Genel Olarak Sözleşme Hürriyeti İlkesi ve Standart Akitler

Akit şartları taraflarca münferiden müzakere edildiği (*individualism*) sürece⁽⁵⁷⁾ tasarlandığı amaca hizmet eden sözleşme hürriyeti ilkesi⁽⁵⁸⁾, standart akitlerin yaygınlaşması ile sorgulanmaya başlanmıştır⁽⁵⁹⁾. Münferiden müzakere edilen geleneksel/bireysel akitler tarafların anlaşmasının ispatı kabul edilerek taraf iradeleri buna göre yorumlanırken, standart akitler aynı kabule şayan bulunmamıştır⁽⁶⁰⁾.

Kökeninde, tarafların okumadığı veya okusa bile anlayamayacağı ya da diğer bir ifadeyle bir tarafın iradesinin yönelmediği önceden hazırlanmış standart şartlarla bağlı olacağı yönünde bir fikir taşımayan sözleşme hürriyeti ilkesi, standart akitlerin yaygın kullanımı neticesinde tereddütle karşılanmaya başlanmıştır. Aynı tereddüt, yirmi birinci yüzyılın başında olduğumuz şu günlerde standart biçimde akdedilen *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerinde yer alan standart şartlar, bu arada hukuk seçimi kaydı bakımından da devam etmektedir.

Standart akitler daima yazılı ve önceden hazırlanmış olup, model akit (*model contract*) ya da katılma akdi (*contract of adhesion*) şeklinde tezahür edebilir⁽⁶¹⁾.

Model akitler, uygulamada avukat ya da iş adamlarının yeni bir sözleşme hazırlarken başvurduğu örnek sözleşmelerdir. Örnekten yola çıkılarak hazırlanan yeni sözleşmenin şartları somut olayın özelliklerine göre değişecektir⁽⁶²⁾.

⁵⁷ Geleneksel/bireysel akitler.

⁵⁸ *Gluck, G.*: Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered, 28 International and Comparative Law Quarterly (1979), s.73; *Waddams, S.M.*: Comments on Welfarism and Contract Law, Welfarism in Contract Law, Aldershot 1994, s.249 (Edt. Brownsword, R.- Geraint, H.-Wilhelmsson, T.).

⁵⁹ Standart akitlerin tarihi gelişimi ve kökeni hakkında bkz. *Prausnitz, O.*: The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law, London 1937, s.10 vd.; *Atiyah, P.S.*: Freedom of Contract and The New Right, Stockholm 1988, s.5 vd.; ayrıca bkz. *Isaacs, N.*: The Standardizing of Contracts, 27 Yale Law Journal (1917-1918) s.34 vd.

⁶⁰ *Gluck, s.74*; *Adams, J.N.*: Unconscionability and the Standard Form Contract, Welfarism in Contract Law, Dartmouth 1994, s.233 (Edt.Brownsword, R.-Howells, G.- Wilhelmsson, T.) (Welfarism).

⁶¹ *Schmitthoff, C.F.*: The Unification or Harmonization of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions, 17 ICLQ (1968), s.551 vd. (Unification).

⁶² *Schmitthoff, C.M.*: Standard Contracts and The Protection of the Weaker Party in International Trade Relations, New Directions in International Trade Law, Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law Held by the Institute for the Unification of Private Law (Unidroit, Rome 9-15 September 1976),C.1 (Reports), Dobbs Ferry 1977, s.177-178 (Protection); *Schmitthoff, Unification, s.551* vd.

İç hukukta, tip sözleşmeler, genel işlem şartlarıyla yapılan akitler olarak anılan katılma akitleri ise⁽⁶³⁾, bir tarafın, akdin şartlarını önceden, tek taraflı olarak, karşı âkidin ihtiyaç ve özelliklerini dikkate almadan tespit ettiği, aynı tür akitleri mutaden hep belirli bir şekilde yaptığı ve bu tipten hiç ayrılmadığı akitlerdir⁽⁶⁴⁾. Katılma akitleri biçiminde yapılan akitlerde, bir tarafta genellikle ortalama bir birey, karşı tarafta ise, her zaman güçlü bir ticarî organizasyon bulunmaktadır⁽⁶⁵⁾. Katılma akitlerinde yer alan şartlar, hukuka uygun olsun ya da olmasın, her zaman bu akitlerin hazırlayıcılarının ihtiyaçları doğrultusunda⁽⁶⁶⁾ ve bunların menfaatini koruma amaçlı olarak akde dercedilmektedir.

Sayısız yararlar sağlayan bu yöntem⁽⁶⁷⁾, suistimal edilmeye de müsaittir. Bilinmektedir ki, karşı âkidin çoğu zaman akdi okuyacak imkânı veya vakti bulunmamakta⁽⁶⁸⁾ ya da okusa bile anlayamamaktadır. Akdin şartlarını anladığı halde dahi, standart şartların müzakeresi imkanı yoktur⁽⁶⁹⁾.

Katılma akitlerinin ayırt edici özelliği, müzakere unsuruna hemen hiç yer olmamasıdır⁽⁷⁰⁾. Karşı âkidin seçim hakkı, standart şartlarla akit yapmak ya da yapmamakla sınırlıdır (*block-contract*)⁽⁷¹⁾. Karşı âkidin akdin şartlarını tespit etme gücünün elinden alınması yönünde bir eşitsizlik söz konusudur. Karşı âkid, akde katılacak (*freedom of adhesion*) ya da akit yapmayacaktır (*take it or*

⁶³ *Schmitthoff*, Protection, s.177; *Schmitthoff*, Unification, s.555; aynı yönde bkz. *Slawson, W.D.*: Mass Contracts: Lawful Fraud in California, 48 Southern California Law Review (1974-75), s.11 vd.

⁶⁴ *Bolgar, V.*: The Contracts of Adhesion, A Comparison of Theory and Practice, 20 AJCL (1972), s.55; *Adams, Welfarism*, s.231; *Adams, J.N.*: The Standardization of Commercial Contracts, Or the Contractualization of Standard Forms, 7 Anglo-American Law Review (1978), s.136 dn.1; *Lenhoff, A.*: Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law, 36 Tulane Law Review (1961-62), s.481-482; *Sales, H.B.*: Standard Form Contracts, 16 The Modern Law Review (1953), s.318-319; *Eörsi, G.*: Contracts of Adhesion and The Protection of the Weaker Party in International Trade Relations, New Directions in International Trade Law, Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law Held by the Institute for the Unification of Private Law (Unidroit, Rome 9-15 September 1976), C.1 (Reports), Dobbs Ferry 1977, s.159.

⁶⁵ *Thal, S.N.*: The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness, 8 Oxford Journal of Legal Studies (1988), s.29.

⁶⁶ *Boggiano, A* Comparative Study, s.17; *Sales, s.321-322*; *Rakoff, T.D.*: Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 Harv.L. Rev. (1983/6), s.1237.

⁶⁷ *Sales*, s.319.

⁶⁸ *MacNeil, J.R.*: Bureaucracy and Contracts of Adhesion, 22 Osgoode Hall Law Journal (1984/1), s.5.

⁶⁹ *Schmitthoff*, Unification, s.551; *Bright, C.H.*: Contracts of Adhesion and Exemption Clauses, 41 The Australian Law Review (1967-68), s.261.

⁷⁰ *Wilson, N.S.*: Freedom of Contract and Adhesion Contracts, 14 International and Comparative Law Quarterly (1965), s.181.

⁷¹ *Sales*, s.318; *Adams, Welfarism*, s.233.

leave it à prendre ou à laisser)⁽⁷²⁾. Bugün, anılan mülâhazalarla, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin yokluğu karşısında, katılma akitlerinin teknik anlamda akit olmadığı; buna rağmen akit olarak anıldığı⁽⁷³⁾; ve, bunların sözleşme hürriyeti ilkesinin kötüye kullanılmasının (*abuse of the principle of freedom of contract*) bir tezahürü olduğu fikri hâkimdir⁽⁷⁴⁾.

D) Milletlerarası Özel Hukukta İrade Muhtariyeti İlkesi ve Click-On Hukuk Seçimi Kayıtları

Yukarıda değindiğimiz özelliklere sahip olmaları itibariyle gerek standart biçimde akdedilen *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmeleri⁽⁷⁵⁾ gerek bunlarda yer verilen ve ayrı akit olma özelliğine sahip hukuk seçimi kayıtları, katılma akdi olma özelliğine sahiptir⁽⁷⁶⁾. Karşı âkidin, *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmesinde yer alan kayıtları "kabul ediyorum" ikonuna tıklamadan önce görmüş ya da okumuş olması, bu tespite etkili değildir. Buna karşılık, karşı âkide müzakere imkânının tanınmaması olması ile, hukuk seçimi kaydının mahiyeti, önemi ve hukuki sonuçları hakkında bilgisiz olması, karşı âkidin akde rızası itibariyle asli önemi haizdir. Bu bakımdan, *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerinde hukuk seçimi kaydı söz konusu olduğunda hukuk seçimi anlaşmasının bir de milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi yönünden değerlendirilmesi ihtiyacı vardır.

Hukuk seçimi imkânının sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında milletlerarası özel hukukta kabul görmesi, tarafların karşılıklı menfaatlerini koruyacak ve kendileri bakımından en uygun olduğunu düşündükleri hukuku seçecekleri⁽⁷⁷⁾ varsayımına dayanır. Yine, milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi, yabancı unsurlu akitler söz konusu olduğunda

⁷² Kessler, F.: Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom Of Contract, 43 Columbia Law Review (1943), s.632; Vischer, F.: The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts, 142 Rec. des Cours (1974/2), s.34; Beale, H.: Inequality of Bargaining Power, 6 Oxford Journal of Legal Studies (1986), s.133.

⁷³ Lenhoff, s.489; Rakoff, s.1236; Bolgar, s.55-56.

⁷⁴ Tekinalp, Ü.: Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof.Dr. Ernst E. Hirsh'in Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s.126.

⁷⁵ Spooner, s.3.

⁷⁶ Contracting by Electronic Means, s.4; Pistorius, T.-Hurter, E.: Contracting on the Internet: The Formation of Contracts, Trade Practices and Online Dispute Resolution, <<http://www.ecomm-debate.co.za/greenpaper/academics/pistorious.html>>, s.8. Katılma akdi olma özelliği *shrink-wrap* lisans sözleşmelerinde de bulunmaktadır. Bkz. Hayes, s.2; Covington, T.A.: The Future of Shrinkwrap Licenses: <http://www.fenwick.com/pub/ip_pubs/Shrink%20Wrap%20Future/shrinkwrap_future.htm>, s.2. Katılma akitleri biçiminde akdedilen lisans sözleşmelerinde hukuk seçimi kaydına önce *shrink-wrap* lisans sözleşmeleri itibariyle dikkat çekilmiş, aynı esasların on-line yazılım lisansı sözleşmelerine de tatbik edilebileceği ileri sürülmüştür: Robertson, s.1.

⁷⁷ Tiryakioğlu, s.20-21; Seviş, V.R.: Kanunlar İhtilâfi (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul 1957, s.110.

öngörülebilirliği sağlayan bir araç olarak görülmüştür. Yabancı unsur taşıyan akitlerin bir devletin ülkesine yerleştirilmesindeki güçlük karşısında hukuk seçimi imkânının milletlerarası özel hukuk alanında hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyacına cevap vereceği, belirsizliği ortadan kaldıracığı düşünülmektedir⁽⁷⁸⁾. Aynı ihtiyaç, objektif irtibat noktalarının tespit edilemediği ya da yerleştirilemediği sanal ortamda, örneğin, İnternet ortamında girişilen hukuki işlemler bakımından daha da güçlü olarak kendisini hissettirmektedir. Bu bakımdan hukuk seçimi imkânı, *on-line* ortamda girişilen hukuki işlemler söz konusu olduğunda da, teorik olarak, aynı derecede fonksiyonel ve kıymeti haiz olabilir. Ancak, İnternet dışı hukukî ortamda katılma akdi biçiminde girişilen akitlerde sözleşme hürriyeti ilkesine, dolayısıyla hukuk seçimine yer olmadığı⁽⁷⁹⁾ ve İnternet dışı ortamda katılma akdi biçiminde girişilmiş hukuk seçimi anlaşmasının dahi yukarıda değindiğimiz mülâhazalarla bertaraf edilmesi⁽⁸⁰⁾ fikrî milletlerarası hukuk doktrininde ileri sürülürken, katılma akdi niteliği sabit olan *click-on* hukuk seçimi yapma imkânının tanınıp tanınmaması üzerinde durulması gereken ileri bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Click-wrap yazılım lisansı sözleşmelerinde, karşı âkid esas akde rıza gösterdiğinde karşısına önemini ve hukukî mahiyetini anlayamayacağı "hukuk seçimi kaydı", yani başka bir *click-on* akit çıkmaktadır. Bu hallerde, akdin şartlarını hazırlayan âkidin, akdin yapılma biçiminden (katılma akdi) istifade ederek karşı âkide istediği bir başka akdi yine istediği şartlarla ve onun kavramasına imkân dahi bırakmadan kabul ettirmesi söz konusudur. Akitte yer alan şartların karşı âkide izah edilmesi ya da karşı âkidin müzakere gücü bulunmadığı gibi, karşı âkidin hukuk seçimi kaydını dışarıda bırakarak esas akdi kabul etmesi ya da başka bir hukukun seçimi üzerinde ısrar etmesi olanağı olmadığından müzakere imkânının bulunduğundan da söz edilemez. Esasen *click-wrap* sözleşmelerin hazırlayıcıları bu hususları istememektedirler de. Bu şartlar altında, karşı âkidin hukuk seçimi anlaşmasına yönelik gerçek bir iradesi

⁷⁸ Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, s.63 vd.; Maw, C.E.(Edt.Reese, W.L.M.): Conflict Avoidance in International Contracts, International Contracts, Thirtieth Anniversary Symposium of the Parker School of Foreign and Comparative Law (Columbia University, Dobbs Ferry 8-9 December 1961), s.26; Lando, O: The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, 189 Rec. des Cours (1984/6), s.284-285 (Conflict); Forsyth, C.F.: Private International Law, The Modern Roman-Dutch Law Including the Jurisdiction of the Supreme Court, B.2, Cape 1990, s.266.

⁷⁹ Ehrenzweig, A.A.: Adhesion Contracts in the Conflict of Laws, 53 Columbia Law Review (1953), s.1082 vd.; Rakoff, s.1237.

⁸⁰ Sarcevic, P.: Choice of Law Issues Related to International Financing Transactions with Special Emphasis on Party Autonomy and Its Restrictions, International Contracts and Payments, London 1992, s.117 (Edt. Sarcevic, P.- Volken, P.); Neuhans, P.H.: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, Tübingen, s.257 (Sarcevic, s.117 dn.46'dan naklen).

ve rızasından söz edilebilecek midir⁽⁸¹⁾). Yine, aynı mülâhaza ve sakıncalar fikrimizce *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmesi (esas akıt) hakkında da mevcuttur. Ancak esas sözleşme hakkında ulaşılan sonuç ne olursa olsun⁽⁸²⁾, esas akde gösterilen rızanın karşı âkidin varlığını teşhis edemediği veya hukuki sonuçlarını bilmediği hukuk seçimi anlaşmasını da kapsadığı fikrimizce iddia edilememelidir. Karşı âkidin gerçek bir iradesinin varlığından söz edilemeyen böyle hallerde, esas akdin kurulması yolundaki irade beyanının ayrı bir akıt olan hukuk seçimi anlaşmasını da kapsadığı kabul edilemez. Hukuk seçimi anlaşmasının da kurulmuş kabul edilebilmesi için, tarafların irade açıklamalarının karşılıklı ve birbirine uygun olması asıldır. Bu husus, akıtların temel (aslî) ve kurucu unsuru⁽⁸³⁾ olup, tek taraf tarafından formüle edilmiş akıt şartları söz konusu olduğunda uygunluktan da söz edilemez⁽⁸⁴⁾.

Ancak, gerçek bir iradenin varlığı veya yokluğunun hükmü, hukuk seçimi anlaşmasını kurucu unsurları itibariyle idare edecek hukuka tâbi bir hukukî sorundur. Seçilen hukuk, hukuk seçimi anlaşmasını geçerli kabul ettiği ve *for* hukuku da bu kabule itibar ettiği takdirde, milletlerarası özel hukuk alanında irade muhtariyeti ilkesini, iç hukuktaki irade muhtariyeti ilkesinden farklılaştıran husus, katılma akıtlarında karşı âkid aleyhine sonuç doğurmaya fevkalâde elverişli olarak karşımıza çıkmaktadır. İrade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası özel hukukta kapsamı, objektif akıt statüsüne ait emredici kuralların da bertarafı sonucunu hazırladığından akdin şartlarını hazırlayan âkidin kendisi bakımından en elverişli hukuku seçmiş olduğu hususunda şüpheye yer olmayacaktır. Bu açıdan yaklaşıldığında, *click-on* akıtlarda seçilen hukuk, hazırlayıcılarının menfaatini azamî derecede korurken, karşı âkidi korumayan ya da daha düşük bir seviyede koruyan bir hukuk olacaktır.

⁸¹ *Spanogle, J.A.: Analyzing Unconscionability Problems*, 17 *University of Pennsylvania Law Review* (1969/7), s.933 vd.; *MacNeil*, s.5.

⁸² Örneğin *Uniform Computer Information Transactions Act'in (UCITA)* bu amaçla Virginia Hukukuna intibak ettirildiği ve bu düzenlemeye göre *click-wrap* yazılım lisansı sözleşmelerinin geçerli ve icra edilebilir olduğu bildirilmektedir. *Spooner*, s.2,8. ABD Hukukunda genel olarak, İnternet yoluyla girişilen standart akıtların, karşı âkidin akde bu şekilde girişilmesine açık rızası olduğu fikrinden hareketle bağlayıcı olduğu bildirilmektedir. Bkz. *Nimmer, R.T.: Principles of Contract Law in Electronic Commerce*, Schmitthof Conference 2000 (1-3 June 2000), 4th Session (Electronic Commerce), <http://www.ccls.edu/eclu/events/Schmitthof/SYMPOSIUM_Draft_4-6.html>, s.7. ABD Hukukunda muhtelif davalarda benimsenmiş maddi hukuk yaklaşımları için bkz. *Hayes*, s.24 vd. Yazılım lisansı sözleşmelerinin kısmen ya da tamamen geçersiz sayıldığı durumlar için bkz. *Liberman, M.: Overreaching Provisions in Software Licence Agreements*, 1 *RICH. J.L.&TECH.* 4 (1995); <<http://www.richmond.edu/jolt/v1i1/liberman.html>>.

⁸³ *Eren, F.: Borçlar Hukuku. Genel Hükümler. C.1. Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası*, Ankara 1988, s.284-285,288-289.

⁸⁴ Türk Hukuk doktrininde de, karşı tarafın öğrenemediği ya da anlamadığı genel işlem şartlarının, genel bir yüklenme/üstlenme anlaşması (esas akıt) yapılmış ve karşı âkidin iradesi bu akde yönelmiş olsa dahi, uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. *Eren*, s.246.

Yukarıda belirttiğimiz mülâhazalara rağmen, seçilen hukukun (MÖHUK md.24/1) *click-on* hukuk seçimi anlaşmasını geçerli kabul etmesi ihtimal dahilindedir⁸⁵). Nitekim, seçilen hukukun tercih edilmesindeki en önemli sebeplerden birisi de muhtemelen *click-on* hukuk seçimi kayıtlarına hukuki sonuç bağlaması olacaktır. Bu bakımdan, bu hallerde, bu anlaşmaların Türk Hukukuna göre etkinliği değerlendirilmesi gereken diğer bir hukuki sorun olarak ortaya gelebilir.

Click-on hukuk seçimi anlaşmalarının Türk Hukukuna göre etkinliği değerlendirilmesi yapılırken, bunların yapılış biçimi, başlıbaşına ele alınması gereken bir husustur. Burada akdın yapılış biçimi, beraberinde pek çok mülâhazayı da değerlendirme kapsamına dahil etmektedir. Nitekim, karşı âkidin hukuk seçimi anlaşmasına yönelik ne gerçek ne de hür iradesinin varlığından söz edilememesi, dolayısıyla özgürlüğün görünüşte olması⁸⁶); karşı âkidin, bilme ve bilgilendirilme imkanının bulunmamasına bağlı olarak, hukuk seçimi anlaşmasının varlığını teşhis edememesi ya da hukukî sonuçlarını anlayamaması, *click-on* hukuk seçimi anlaşmasının katılma akdi özelliği taşımasından kaynaklanan olumsuz mülâhazalardır.

Hukuk seçimi anlaşmasının katılma akdi özelliğinden kaynaklanan olumsuz mülâhazalar, Türk Hukukunda, hukuk seçimi imkânının kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi için fikrimizce yeterli görülebilir. *Click-on* hukuk seçimi yapılan tüm hallerde, hukuk seçimi imkânının, dürüstlük kuralına aykırı ve aşkın kullanımından söz edilebilir. Nitekim Türk Hukukunda, kanundan doğan bir hakkın kötüye kullanılması, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder⁸⁷).

Bu noktada, "objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağı" ya da diğer bir ifadeyle "dürüstlük kuralı"nın Türk Hukukunun temel ilkelerinden biri olarak özel hukukun tüm dallarında fonksiyon ifa eden⁸⁸) ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınan⁸⁹) bir hukuki çare olduğu hatırlandığında, objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağının (MK md.2), Türk Milletlerarası Özel Hukukunda irade muhtariyetinin/hukuk seçimi imkânının

⁸⁵ ABD Hukukunda *click-wrap* lisans sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kaydı *ProCD Inc. v. Zeidenberg* davasında (86 F.3d 1447, 7th Cir. 1996) geçerli kabul edilmiştir. Shrink-wrap lisans sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi şartlarını konu edinen aynı yönde bir İskoçya mahkeme kararı olan *Beta Computers v. Adobe Systems* davası için bkz. *Robertson*, s.1 vd.

⁸⁶ *Lando, Conflict*, s.294.

⁸⁷ Ayrıca bkz. *Altaş, H.: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s.158 dn.450.

⁸⁸ *Köprülü, B.: Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)* (1-2. Kitaplar), Genişletilmiş ve Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul 1984, s.137 vd.

⁸⁹ *Arslan, R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s.27-28.

(MÖHUK md.24/1) en genel hukuki sınırı olduğu düşünülebilir⁹⁰). Bu nedenle, iç hukuk anlamında kamu düzeninden kabul edilen MK. md.2'nin⁹¹) *Türk Hukukunun temel ilkelerinden biri olması hasebiyle*, objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın Milletlerarası Özel Hukuk alanında da kamu düzenini harekete geçireceği (MÖHUK md.5) söylenebilir. Nitekim, özel hukukun iyiniyet kurallarının Türk kamu düzeninin müdahalesine sebep olabileceği Türk Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde de ifade edilmektedir⁹²).

Bu bakımdan, hukuk seçimi imkânından aşkın, makul olmayan bir surette yararlanmanın söz konusu olduğu hallerde, objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturan *click-on* hukuk seçimi anlaşması Türk Hukukunun temel ilkelerine aykırılık sebebiyle Türk kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşmalıdır (MÖHUK md.5). Hukuk seçimi anlaşmasının objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık sebebiyle bertaraf edilmesi gereği, karşı âkidin hukuk seçimi anlaşmasına yönelmiş gerçek, hür, bilinçli bir iradesinin bulunmadığı⁹³) ve akdî ilişkide dengenin bozulduğu, dolayısıyla irade muhtariyeti ilkesinin hukuki ve ahlâki temelleri çöktüğü hal de⁹⁴) seçilen hukukun hukuk seçimini geçerli kabul etmesi ile izah edilebilir⁹⁵). Kaldı ki, ihtilâfın doğmasından sonra mahkeme önünde hukuk seçimi anlaşması yapma imkânı bulunduğuna göre, katılma akdi biçiminde hukuk seçimi kayıtlarına hukuki sonuç bağlanmaması olumsuz mülâhazaların giderilmesi bakımından yerinde bir çözüm olarak görünmektedir.

Öte yandan, belirli bir milli hukuk düzeninin değil, milletlerarası ticaret hukukuna (*lex mercatoria*)⁹⁶) ait kuralların seçildiği ve *a-national* hukuk kurallarının uygulandığı hallerde de, akdin kabul edilebilirliği bakımından, "iyiniyet" in, milletlerarası ticari ilişkilerin temelinde yatan emredici bir ilke olduğu; emredici milletlerarası kuralların (*mandatory international rules*) akdin mali açıdan zayıf tarafını koruma mülâhazasıyla sözleşme hürriyetini sınırlayabileceği, böylece sınırsız irade muhtariyetinin kötüye kullanılmasının

⁹⁰ İngiliz Hukukunda benzer bir yaklaşım bkz. Jaffey, A.J.E.: Introduction to Conflict of Laws, London 1988, s.143.

⁹¹ Bkz. *Altaş*, s.159.

⁹² Bu yönde bkz. *Nomer*, s.156.

⁹³ *Göğer, E.*: Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), B.3, Ankara 1975, s.288.

⁹⁴ *Eren*, s.365-366,368.

⁹⁵ *Slawson*, s.11.

⁹⁶ Milletlerarası ortamda, elektronik ticareti idare etmek bakımından *lex mercatoria*'nın bir çeşitlemesi olarak *lex mediatica*'nın gelişmekte olduğundan söz edilmektedir. Bkz. *Lucas, A.*: Private International Law Aspects of the Protection of Works and of the Subject Matter of Related Rights Transmitted Over Digital Networks, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property (Geneva, 30-31 Ocak 2001), WIPO/PIL/01/1 Prov., <<http://www.WIPO.org>>, s.5.

önüne geçilebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁽⁹⁷⁾. Bu anlamda, örneğin, Menkul Malların Milletlerarası Satımına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi md.7'de yer alan "iyi niyet" gibi koruyucu ilkelerin⁽⁹⁸⁾ sözleşme hürriyetine getirilmiş bir sınırlama olarak fonksiyon ifa edebileceği belirtilmektedir⁽⁹⁹⁾.

Yine, akitler alanında benzer kurallar getiren *UNIDROIT* Akit İlkeleri (md.1.7.1) ile Avrupa Akit İlkeleri (*PECL*, 4.110.1) arasında yer alan iyiniyet ilkesinin de aynı koruyucu işlevi gördüğü ileri sürülmektedir⁽¹⁰⁰⁾. İyiniyeti genel hukuk ilkesi olarak kabul eden Avrupa Akit İlkeleri md.4.110.1 uyarınca, sözleşmeye göre ifanın niteliği ve akdin yapıldığı zaman mevcut olan tüm şartlar dikkate alındığında, iyiniyete aykırı olarak tarafların hak ve borçları arasında diğer tarafın zararına olarak önemli dengesizliğe sebep olan taraflarca münferiden müzakere edilmemiş haksız standart akit şartları bertaraf edilebilecektir⁽¹⁰¹⁾.

UNIDROIT Akit İlkeleri arasında yer alan iyiniyet kuralı (md.1.1.7) ise, milletlerarası ticarete tarafların iyiniyet ve adil ticarete uygun davranmalarını öngörmektedir⁽¹⁰²⁾. Ancak buradaki iyiniyetin iç hukuk anlamında değil, milletlerarası ticaretin özel şartlarına uygunluk anlamında düşünülmesi gerektiği doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmiştir⁽¹⁰³⁾. Öte yandan,

⁹⁷ *Amisshah, R.*: Revisiting the Autonomous Contract, *Transnational Contracting. Trends and Supportive Structures*, <<http://www.jus.uio.no/lm/autonomous.contract.2000.amissah/doc.html>>, s.10 (Revisiting).

⁹⁸ *Convention on International Sale of Goods (CISG)*, Secretariat Commentary, Official Records, s.17-18: <http://www.jura.un_freiburg.de/cgi-bin/perl/public/cisgarticle2.y>.

⁹⁹ *Amisshah, R.*: The Autonomous Contract, Reflecting the Borderless Electronic-Commercial Environment in Contracting, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/amissah2.html>>, s.17 (Autonomous).

¹⁰⁰ *Amisshah*, Autonomous, s.17; *Bonell, M.J.*: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purpose and First Experience in Practice, <http://www.unidroit.org/english/principles/pr_expert.htm>, s.9 vd. (Nature); *Bonell, M.J.*: The UNIDROIT Principles and Transnational Law, *Uniform Law Review* 2000-2, s.199-217: <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>>, s.1 vd. Avrupa Akit İlkeleri için bkz. *European Union, Commission on Contract Law: The Principles of European Contract Law 1998 (Completed and Revised Version)*, <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html>>; ayrıca bkz. *European Principles of Contract Law*, International Contract Advisor, C.4/1 (1998): <http://www.ljx.com/practice/internat/euro_k.html>, s.1 vd. UNIDROIT Akit ilkeleri için bkz. <http://www.unidroit.org/english/principles/prmain.htm>.

¹⁰¹ *Castronovo, C.*: Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Law, *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen 1997, s.109-124: <http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature.htm#c>, s.11.

¹⁰² *Schlechtriem, P.*: Good Faith in German Law and in International Uniform Laws, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero dritto da M.J. Bonell*, Saggi, Conferenze e Seminari 24, <<http://www.cnr.it/CRDCS/schlechtriem.htm>>, s.1 vd.

¹⁰³ Bu açıdan bakıldığında *UNIDROIT* Akit İlkelerinde iyiniyetin bir genel hukuk ilkesi olarak düşünülmediği anlaşılmaktadır. Bkz. *Bonell, M.J.*: *The UNIDROIT Principles of International*

UNIDROIT Akit İlkeleri md.2.20 (*şaşırtıcı hükümler*) ile md.4.6. (*contra proferentem kuralı*) birlikte değerlendirildiğinde, taraflardan birinin standart şart kullandığı hallerde diğer tarafı muhtemel kötüye kullanmalara karşı koruma amacıyla *contra proferentem* kuralına⁽¹⁰⁴⁾ başvurulması *şaşırtıcı hükümlerin bertarafı mümkündür*⁽¹⁰⁵⁾.

Lex Mercatoria olarak uygulanan kurallar bütünüün kendi denetim mekanizması/kuralları bulunmayan hallerde de, bu kez etki tanıma aşamasında, yine katılma akitlerine ilişkin mülâhazalar nedeniyle, mahalli kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Akitlerin elektronik ortamda, elektronik araçlarla kurulması milletlerarası özel hukuk sorunlarına da yol açacak bir özellik sergilemektedir. *On-line* ortamın yol açtığı milletlerarası hukuk sorunlarından biri de *click-on* hukuk seçimi anlaşmalarıdır.

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesini koruyabilmek için, *click-on* hukuk seçimi anlaşmalarının bertaraf edilmesi gereği vardır. Hukuk seçimi imkânını genel olarak tartışmaya açmamak için "katılma akdi özelliği taşıyan *click-on* hukuk seçimi anlaşmalarına" baştan cevaz verilmemesi yerinde olacaktır.

Bu noktada, *click-on* hukuk seçimi anlaşmasının bertaraf edilmesi üzerine, katılma akdi özelliği taşımayan başka bir hukuk seçimi anlaşması da yapılmamışsa, esas akde (yazılım lisansı sözleşmesi) uygulanacak hukukun tayini bakımından objektif akit statüsünün uygulanmasına geçilebilirse de (MÖHUK md.24/II), İnternet ortamının mülkî irtibatlarla fazla duyarlı olmaması karşısında objektif irtibat noktalarına başvurulması, sanal ifa yerinin yerleştiği hukuk düzeninin tespiti söz konusu olduğu ölçüde güçlük yaratabilir. Bu nedenle, mevcut durumda, katılma akdi biçiminde olmayan *on-line*⁽¹⁰⁶⁾

Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules For the Same Purpose?, *Uniform Law Review* (1996), s.229-246: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>>, s.7.

¹⁰⁴ *Contra proferentem* kuralı, yazılı belgelerin muhtevasının tereddüt yarattığı ya da şüpheli olduğu hallerde bu durumun belgeyi kaleme alan ya da ona dayanan karşı taraf aleyhine çözüleceğini kabul eden yorum kuralıdır: <<http://www.xrefer.com/entry/162686>>. Standart akitlerde *contra proferentem* kuralı uygulamaları hakkında bilgi için bkz. *Coderch, P.S.-Garcia, J.A.R.: The Principle contra proferentem in Standard Form Contracts, In Particular The Spanish Case, 1 Global Jurist Topics* (2001/2), <http://www.bepress.com/gj/topics/vol1/iss2/art4/current_article.html>, s.2 vd.

¹⁰⁵ Bkz. *Bonell, Nature*, s.10.

¹⁰⁶ Örneğin, elektronik posta (*e-mail*) aracılığıyla.

veya *off-line*⁽¹⁰⁷⁾ hukuk seçimi imkânının bulunduğu taraflara hatırlatılmalı ve bu imkânın kullanılması üzerinde durulmalıdır.

Hukuk seçimi imkânının kullanılmadığı ya da hukuk seçiminin geçersiz olduğu *click-wrap* lisans sözleşmelerinde ise, ya sanal ifa yeri tespitine girişilecek ya da sanal ifa yeri kategorik olarak reddedilerek sözleşme ve taraflarla en sıkı irtibatlı hukukun tayinine geçilecektir. Ancak, en sıkı irtibatlı hukukun tayini tüm irtibatların, bu bağlamda akdin in'ikat yeri, ifa yeri, akdin konusunun bulunduğu yer gibi sanal irtibatların da değerlendirmede göz önüne alınmasını gerektirdiğinden bunları yok sayarak bir değerlendirme yapılması metodun özelliğine aykırı ve sınırlı bir tayin olacaktır. Bu bakımdan, bugün mevcut düzenlemeler çerçevesinde dahi sanal irtibatlara hukuki değer atfedilmesi lüzumu vardır. Son olarak belirtelim ki, sanal irtibatların yerleştiği yerin tayinindeki güçlük, sanal ortamda sunulan bilgisayar enformasyon teknolojisi hizmetleri söz konusu olduğunda, yeni düzenlemelerde, lisans sahibinin bulunduğu yer gibi uygun mülki irtibatların kabulüne yol açmıştır⁽¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁷ Halihazırda bilinen olağan araçlarla.

¹⁰⁸ Örneğin ABD Hukukunda *Uniform Computer Information Transactions Act* md.109/b-1'de, elektronik olarak ifa edilen bilgisayar enformasyon teknolojisi hizmetlerini konu edinen akitleri, tüketici akitleri hariç (UCITA md.109/b-2), idare eden objektif bağlama kuralı, akdin kurulduğu zaman lisans sahibinin bulunduğu yer hukukudur. Yetkili hukukun bir ABD federe devletinin hukuku olmadığı hallerde uygulanması ise, yetkili hukukun maddi hükümlerinin, ülkede bulunmayan kişilere de aynı koruma ve hakları sağlıyor olması şartına bağlanmıştır. Aksi takdirde, hukuki işlemle en sıkı irtibatlı hukuk yetkili hukuk olarak uygulanır (md.109/c).