

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW



İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	29	Başkandan
Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	33	Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları
Gamze TURAN	87	Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti
Sema BUZ	120	Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu
Serkan AĞAR	131	Uluslararası Hukuk Boyutuyla Petrol -I-
Hasan Kemal ELBAN	167	Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri
Faruk BİLİR	191	Yasama Dönemi ve Yasama Dönemi ile İlgili Sorunlar
Mahmut GÖKPINAR	214	Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız
Carlotta CASSANİ Muharrem ÖZEN / Mustafa ÖZEN	236	Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza
Vehbi Kadri KAMER	249	Ülkemizde ve Mukayeseli Hukukta Mağdura Yardım
Mustafa ALBAYRAK	281	Şikâyeteye Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar
Bilâl KÖSEOĞLU	307	Ailenin Şiddetten Korunması
Saffet CAN	342	Kat Mülkiyeti Yasası'nda Yapılan ve Yapılması Gereken Değişiklikler Üzerine
Murat DÖNMEZ	349	Aile Konutunun Haczi
Çev.: Alper Can AYKAÇ	359	Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi/ Devlet Halefiyetine İlişkin Vatansızlıktan Kaçınmaya Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi
Çev.: Mustafa ÖZBEK	384	Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge Teklifi Hakkında Siyasî Anlaşma
Yargıtay Kararları	401	
Disiplin Kurulu Kararları	427	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	452	
Ekler	470	
Kitaplar - Dergiler	493	

ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER VE ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Gamze TURAN*

Giriş

Teknolojideki hızlı gelişmeler, beraberinde farklı iletişim araçlarının kullanımını hayata geçirmiştir. Bu anlamda özellikle bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler, internetin bireyler arasındaki hukuki ilişkilerin kurulmasında bir araç olarak kullanılmaya başlanmasını beraberinde getirmiştir. Bireyler arasındaki hukuki ilişkilerin internet vasıtasıyla kurulması neticesinde, elektronik ticaret ve bu ticari ilişkilerin gerçekleştirilmesinin aracı olarak elektronik sözleşme kavramaları ortaya çıkmıştır.

İnternetin dünyanın her yerinden erişilebilen uluslararası bir ağ olması, internet üzerinden uluslararası nitelikli sözleşmelerin kurulmasını daha kolay hale getirmektedir. Zira internet, uluslararası sınırları ortadan kaldırarak, birçok farklı ülke vatandaşları arasında sözleşmesel ilişkiler kurulmasına imkân vermektedir.

İnternet üzerinden kurulan elektronik sözleşmelerin birden çok ülkeyi ilgilendirir nitelikte olması halinde, bu sözleşmelere hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususu gündeme gelmektedir.

* Ar. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. Elektronik Ticaret (E-Ticaret) ve Elektronik Sözleşmeler

A. Elektronik Ticaret (E-Ticaret) Kavramı

1. Genel Olarak

Elektronik sözleşmeler, elektronik ticaret ile ilgili hukuki ilişkilerin gerçekleştirilmesinin bir aracı olduklarından, elektronik sözleşmeleri incelemeye geçmeden önce genel hatları ile elektronik ticaret kavramı üzerinde durulacaktır.

Elektronik ticaret, mal veya hizmetlerin elektronik ortamda, üretimine, pazarlanmasına, satımına ve dağıtımına yönelik gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünü olarak tanımlanabilir.¹

Yukarıda yapılan tanımdan da anlaşıldığı üzere elektronik ticaret kavramı, “elektronik ortam” ve “ticari işlem” olmak üzere iki unsur ihtiva etmektedir.

Elektronik ortam, telefon, teleks, faks, elektronik posta gibi tüm elektronik iletişim araçlarını kapsayacak kadar geniş bir kavramdır. Ancak söz konusu olan elektronik ticaret olduğunda, uzun zamandan beri kullanmakta olduğumuz faks, telefon, teleks gibi iletişim araçlarını da, internetin doğumu ile birlikte hukuk hayatına giren elektronik ticaretin içinde saymak gerekir mi, sorusu akla gelmektedir. Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu tarafından yapılan elektronik ticaret tanımında, telefon, faks, televizyon, bilgisayar, EDI² ve internet gibi ticari işlemleri kolaylaştıran her türlü teknolojik ürünlerin elektronik ticaretin gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılabileceği belirtilmiştir.³ Ancak elektronik ticaret kavramı, internetin ticari işlemlerde kullanılmasıyla birlikte ortaya çıktığından ve esas olarak internet üzerinde yapılan ticari işlemleri ifade etmek üzere kullanıldığından, her türlü iletişim aracıyla değil, yalnızca bilgisayar ağları aracılığıyla ku-

¹ Kocasakal Özdemir, Hatice, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 5; Güngör, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”. AÜHFD, 2002, C. 51, Sy. 1, s. 19; Altınışık, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, 2003, s. 25; Sözer, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2002, s. 21.

² EDI hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., s. 6.

³ <http://www.e-ticaret.gov.tr/tanim/tanim.htm>, (E.T: 15.01.2008).

ruhan ticari ilişkilerin elektronik ticaret adı altında incelenmesi yerinde olacaktır.⁴

Elektronik ticaret kavramı bünyesinde yer alan ticari işlemlerin kapsamının belirlenmesinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Ticari işlem ve faaliyetleri dar yorumlayan bir görüş, yalnızca elektronik yoldan perakende satış ve teslim ile ilgili işlemlerin bu kapsamda olduğunu kabul etmektedir.⁵ Ancak elektronik ticareti yalnızca tüketicilere yönelik satışlar olan perakende satış işlemleri ile sınırlamak bu kavramın kapsamını çok daraltacaktır. Nitekim elektronik ticaret kapsamında her iki tarafın tacir ya da tüketici olduğu ticari işlemler de bulunmaktadır. Dolayısıyla mal satışının yanında, mal veya hizmetlerin gelir elde etmek üzere el değiştirmesine yönelik üretim, pazarlama, reklâm gibi faaliyetlerin de ticari işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁶

2. Elektronik Ticaret Türleri

Elektronik ticaretin türleri, elektronik ticarete konu olan ürünlerin niteliği ve elektronik ticarete taraf olan kişilerin sıfatı dikkate alınarak tasnife tabi tutulabilir.

a. Elektronik Ticarete Konu Olan Ürünlerin Niteliği Bakımından

Giyim, gıda, mobilya, kitap, kaset, film, bilgisayar programları, belirli konularda danışmanlık hizmetleri gibi her türlü ürün ve hizmetlerin elektronik ticarete konu olması mümkündür. Bu ürün ve hizmetlerin niteliğine bağlı olarak ifalarının internet ortamında gerçekleşip gerçekleşmemesine göre doğrudan ve dolaylı elektronik ticaret ayrımı söz konusu olmaktadır.⁷

⁴ Altınışık, s. 25-26; Kocasakal Özdemir, s. 12; Gezder, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2004, s. 9.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 6.

⁶ Kocasakal Özdemir, s. 8-9.

⁷ Altınışık, s. 26; Kocasakal Özdemir, s. 25.

aa. Dolaylı Ticaret

Dolaylı ticaret, sözleşmenin kuruluşunun internet ortamında gerçekleştiği, ancak sözleşmeden doğan mal veya hizmet teminine ilişkin edimlerin fiziksel ortamda ifa edildiği ticari işlemlerdir.⁸

Elektronik ticaretin konusunun, cep telefonu, kitap, kaset, gibi fiziksel (maddi) bir ürün olması halinde dolaylı ticaret söz konusu olacaktır.⁹ Dolayısıyla bu ürünlerin alıcıya teslimine kadar olan aşamaların internet ortamında gerçekleşmesi mümkün iken, teslim işleminin internet ortamında gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

bb. Doğrudan Ticaret

Doğrudan ticaret, sözleşmenin hem kuruluşunun, hem de sözleşmeden doğan, mal veya hizmet teslimine ilişkin edimlerin ifasının internet ortamında gerçekleştirildiği ticari işlemlerdir.¹⁰

Doğrudan ticaretin konusunu, bilgisayar programları gibi dijital hale getirilerek dünya çapında dağıtılabilen, yüklenebilen, kullanılabilen, kopya edilebilen ürünler ile belirli konularda danışmanlık yapılması veya bilgi verilmesi hizmetleri gibi maddi olmayan ve buna bağlı olarak fiziksel bir temas olmadan internet ortamında ifa edilmeye elverişli mal veya hizmetler oluşturmaktadır.¹¹

b. Ticari İlişkinin Tarafları Açısından

Elektronik ticaret, ticari ilişkiye taraf olanların sıfatına göre; tacirler arası işlemler (business to business, B2B), tacirlerle tüketiciler arası

⁸ Kırca, Çiğdem, "İnternette Sözleşme Kurulması", BATIDER, 2000, C.XX, Sy. 4, s. 101; Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 21; Kocasakal Özdemir, s. 26; Altınışık, s. 26; Sözer, s. 21; Özel, Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", MHB, 2002, S. 2, s. 610.

⁹ Kocasakal Özdemir, s. 26; Elektronik Ticaret Hukuk Çalışma Grubu Raporu (<http://www.e-ticaret.gov.tr/raporlar/hukuk.htm>, E.T: 17.01.2008).

¹⁰ Kırca, s. 100-101; Rüßmann, Helmut, "İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat(Alman Hukukuna Göre)", (Çev. Özekes, Muhammet), Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu- 2001, İzmir, 2002, s. 326; Kocasakal Özdemir, s. 27; Sözer, s. 21.

¹¹ Kocasakal Özdemir, s. 26; Rüßmann, s. 326; Kırca, s. 100-101.

işlemler (business to consumer, B2C), tüketiciler arası işlemler (consumer to consumer, C2C) tacirlerle idare arası işlemler (business to administration, B2A) gibi ayrıma tabi tutulmaktadır.¹²

aa. Tacirler Arası İşlemler

Tacirler arası işlemler, internet üzerinde gerçekleştirilebileceği gibi, genellikle aralarında sürekli iş ilişkisi olan, dolayısıyla birbirini tanıyan taraflar arasında kurulan kapalı ağ (intranet) sistemi üzerinde de gerçekleştirilebilir.¹³

Tacirler arası işlemlerle, bir ürünün imalatçısı veya toptancısı tarafından hazırlanan kataloglarının sanal ortamda incelenmesi, ürünün siparişi ve ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkündür.¹⁴

Tacirler arası işlemler hem EDI (elektronik veri değişimi, electronic data interchange) sisteminde hem de elektronik pazar yerlerinde gerçekleştirilebilir. EDI bilgi ve belgelerin, insan faktörü olmaksızın, bilgisayar ağları yardımıyla bilgisayarlar arasında otomatik olarak değişimine imkân sağlayan bir sistemdir.¹⁵ Elektronik pazaryerleri ise, çeşitli işletmelerin, mal veya hizmetlerini tanıtmalarına ve bunları satmalarına, ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkân veren ve web sitesi şeklinde oluşturulmuş sanal ticaret merkezleridir.¹⁶

bb. Tacirler ile Tüketiciler Arasındaki İşlemler

Tüketici işlemleri, kişisel veya ailevi ihtiyaçları karşılamak üzere yapılan mal ve hizmet teminine ilişkin işlemlerdir.¹⁷ Tüketiciler bu işlemleri internet üzerinde de yapabilir. Bu amaçla internet ortamında sipariş verebilir, satın alabilir ve ödeme yapabilirler. Örneğin, bir mağazanın sunduğu ürünleri o mağazanın web sitesi üzerinden satın alabilirler.

¹² Altınışık, s. 30; Kocasakal Özdemir, s. 27.

¹³ Kocasakal Özdemir, s. 28.

¹⁴ Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 20; Altınışık, s. 31.

¹⁵ Gezder, s. 11; Kocasakal Özdemir, s. 29; Altınışık, s. 30; Sözer, s. 90; Özel, s. 613.

¹⁶ Kocasakal Özdemir, s. 31.

¹⁷ Kocasakal Özdemir, s. 32. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununda tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem olarak tanımlanmıştır(m. 3/h).

cc. Tüketiciler Arası İşlemler

Tüketiciler arası ticari işlemler uygulamada en çok internet ortamında gerçekleştirilen açık artırmalar şeklinde görülür.¹⁸ Bu uygulama ilk olarak bazı arama motorları tarafından başlatılmış, daha sonra bu amaca hizmet edecek özel web siteleri kurulmuştur. Örneğin, www.ebay.com, www.gittigidiyor.com bu amaçla faaliyet gösteren sitelerdir.

dd. Taraflardan Birinin İdare Olduğu İşlemler

E- devlet projesinin hayata geçirilmesi ile birlikte resmi bir takım işlemler internet aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, tapu, nüfus, vergi idareleri gibi resmi kurumların işlemlerinin büyük çoğunluğu internet üzerinden yapılmaktadır. Bu işlemler ticari nitelikte olmadığından bu konu kapsamında incelenmeyecektir.

B. Elektronik Sözleşmeler

1. Elektronik Sözleşme Kavramı ve Türleri

Elektronik sözleşmeler, elektronik ortamda internet araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak ifade edilebilir.¹⁹ Elektronik sözleşme kavramında yer alan elektronik deyiimi, sözleşmenin kuruluşu ve/veya ifasında kullanılan araçları ifade eder. Dolayısıyla sırf bu özelliği nedeniyle elektronik sözleşmeler şeklinde ayrı ve kendine özgü bir sözleşme kategorisi yaratıp, bu sözleşmelere uygulanacak özel kurallar oluşturulmasına ihtiyaç yoktur. Borçlar Hukuku'nda yer alan, sözleşmelerin kuruluşuna, geçerliliğine ve ifasına ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmelere de uygulanabilecektir.²⁰

Konusu bakımından elektronik sözleşmeler, mal satımına, dijital ürün satımına ve hizmet sunumuna yönelik elektronik sözleşmeler olarak ayrıma tabi tutulmaktadır.²¹

¹⁸ Kocasakal Özdemir, s. 33.

¹⁹ Sözer, s. 89; Altınışık, s. 33.

²⁰ Kocasakal Özdemir, s. 37.

²¹ Altınışık, s. 33-34; Kırca, s. 100-101.

Mal satımına yönelik sözleşmelerde, kitap, oyuncak, giysi gibi her çeşit malın satımı söz konusudur. Bu sözleşme türünde, sözleşme internete kurulmakta, ancak sözleşmenin ifası posta veya kurye gibi alışıl gelmiş yöntemlerle yapılmaktadır.²²

Dijital ürün satımına yönelik sözleşmelerde, sözleşmenin hem kuruluş hem de ifası internet üzerinde gerçekleşmektedir. İnternet veri bankası sözleşmesi olarak da nitelendirilen²³ bu sözleşmelerin konusu yazılım, melodi, film, makale, kitap gibi elektronik ortamdaki ürünlerin veri bankasından alınıp, alıcının bilgisayarına yüklenmesine ilişkindir.²⁴

Hizmet sunumuna yönelik sözleşmeler, konusu bir hizmetin yerine getirilmesi olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde hizmet edimi internet ortamında ifa edilmektedir.²⁵ Örneğin, uçak, konser, sinema bileti temini, otel rezervasyonu yapılması, bankacılık hizmetleri gibi.

2. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşu

a. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ile kurulur. Klasik sözleşmelerde olduğu gibi, elektronik sözleşmelerin de kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir.

Tarafların fiziksel olarak bir arada bulunduğu durumlarda, taraflar sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirlerinin yüzüne karşı açıkladıkları için, tarafların iradelerini birbirine iletmesini sağlayacak araçlara ihtiyaç duyulmaz. Ancak tarafların bir arada bulunmadığı durumlarda tarafların sözleşmenin kuruluşuna yönelik iradelerinin birbirlerine iletilmesini sağlayacak araçlara ihtiyaç vardır. Teknolojik gelişmelere paralel olarak, önce telefon, telgraf, daha sonra teleks ve faks hazır olmayanlar arasında sözleşmelerin kuruluşunda kullanılmıştır. Bu gün artık bilgisayar teknolojisinin gelişmesi neticesinde

²² Kırca, s. 101; Altınışık, s. 33.

²³ Kırca, s. 100.

²⁴ Altınışık, s. 33; Kırca, s. 100.

²⁵ Kırca, s. 101; Altınışık, s. 34.

internet aracılığıyla da sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanların iletilmesi mümkün hale gelmiştir.

Elektronik sözleşmeler her ne kadar yeni bir takım iletişim araçları kullanılarak kurulsada, Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşmenin kuruluşuna ilişkin kurallar uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmeler için de uygulama alanı bulacaktır.²⁶

b. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluş Aşamasında Gösterdiği Özellikler

Sözleşmeler, iradenin açıklanması ile karşı tarafa ulaşması arasında bir zaman aralığı bulunup bulunmamasına göre, hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası sözleşmeler olarak farklı gruplara ayrılabilir.

Hazırlar arası sözleşmeler, tarafların sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirinin yüzüne karşı açıkladıkları sözleşmelerdir. Hazır olmayanlar arası sözleşmeler ise, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin iradelerin açıklanması ile bunların muhatabına ulaşması arasında bir zaman aralığının olduğu sözleşmelerdir.²⁷

Sözleşmelerin hazırlar arasında yapılıp yapılmadığını belirleyen unsur tarafların fiziksel olarak bir arada bulunmaları değil, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin beyanlarını anında öğrenme ve buna karşı cevap verme imkânlarının bulunup bulunmadığıdır.²⁸

Elektronik sözleşmelerin hazırlar veya hazır olmayanlar arası sözleşme olarak nitelendirilmesi, bu sözleşmelerin kuruluşunda kullanılan araçlara bağlı olarak değişmektedir. Kullanılan araçlar, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanların anında karşı tarafa ulaşmasına imkân veriyorsa hazırlar arası bir elektronik sözleşme söz konusudur. Örneğin, internet ses telefonu ile veya video konferans aracılığıyla yapılan sözleşmeler hazırlar arası elektronik sözleşmelerdir Buna karşılık kullanılan araçlar tarafların irade beyanlarının belirli bir zaman aralığından sonra muhataba ulaşması sonucu doğuruyorsa hazır olmayanlar

²⁶ Öngören, Gürsel, İnternet Hukuku, İstanbul, 2006, s. 94; Kocasakal Özdemir, s. 39.

²⁷ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. bs., İstanbul, 2000, s. 57; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., İstanbul, 2003, s. 123.

²⁸ Oğuzman/Öz, s. 57.

arası bir elektronik sözleşmeden söz edilir. Örneğin, elektronik posta ile yapılan sözleşmeler bu niteliktedir.²⁹

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mesafeli sözleşmeler, *"yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler"* şeklinde tanımlanmak suretiyle, elektronik sözleşmeler bir anlamda mesafeli sözleşme kapsamına da alınmıştır.

Elektronik sözleşmelerin bir kısmı kuruluş şekli bakımından iltihakî (katılmalı) sözleşme niteliği taşımaktadır. İltihakî sözleşmelerde, sözleşme şartlarının bir kısmını ya da tamamını taraflardan biri önceden belirlemiş olup, diğer tarafın sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak veya sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmekten başka seçeneği bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelerde taraflar sözleşmenin içeriği ve şartları üzerine görüşüp müzakere etmezler.³⁰ Elektronik sözleşmelerden ise özellikle web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde, sözleşme şartları sitenin sahibi tarafından tek taraflı olarak hazırlanmakta ve muhataba bu şartlar üzerinde müzakere etme imkânı tanınmamaktadır. Genel işlem şartları olarak nitelendirilen bu şartlar karşısında, muhatabın iki seçeneği vardır: Ya sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak ya da bu sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmek.³¹

c. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin Beyanlar

aa. İcap ve Kabul

Bir sözleşmenin yapılması için açıklanması gereken ilk irade beyanı icap, diğeri ise kabuldür. İcap, sözleşme yapma teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır.³²

²⁹ Kırca, s. 108-109; Rüßmann, s. 329; Öngören, s. 95; Gezder, s. 113-114; Özsunay, Ergun, "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Sempozyumu-2001, İzmir, 2002, s. 131; Şenocak, Zarife, "İnternette Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi", AÜHFD, 2001, C. 50, Sy. 3, s. 105.

³⁰ Eren, s. 197.

³¹ Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 34-35; Sözer, s. 115-116.

³² Oğuzman/Öz, s. 49; Eren, 219,228; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 5.bs., İstanbul, 1985, s. 108.

Bir irade beyanın icap sayılabilmesi için, karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına imkân verecek nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermesi gerekir. Sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyen bir teklif icaba davet olarak nitelendirilebilir. Nitekim bu halde karşı tarafın kabul beyanı sözleşmenin kurulmasını sağlamaya yetmeyecektir.³³

İcabın varlığı için gerekli unsurlardan bir diğeri, icabı yapanın icabı ile bağlı kalmak niyetinde olmasıdır. İcabı yapanın icabı ile bağlı olmak niyetinde olmadığı anlaşılıyorsa, yine icaba davet söz konusu olacaktır.³⁴

Son olarak sözleşme yapmaya yönelik irade beyanın icap niteliği taşıyabilmesi için, karşı tarafa yöneltilmiş olması gerekir. İcap, belirli bir veya birkaç kişiye yöneltilebileceği gibi (bireysel icap), herkese yöneltilmiş de olabilir (umumi icap).³⁵

İnternet aracılığıyla mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmak ve bunlarla ilgili sözleşme yapmak isteyen kişilerin icapta bulunurken yararlanabilecekleri çeşitli yöntemler ve araçlar bulunmaktadır. Sözleşme yapma teklifinin açıklanmasında kullanılan araçlar ve yöntemler ne olursa olsun, bu teklifin hukuken geçerli bir icap sayılabilmesi için, yukarıda belirtilen şartları taşıması gerekir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için, muhatabın, kendisine yapılan icabı kabul etmesi ve kabule ilişkin irade beyanının icabı yapana ulaşması gerekir.

Bir beyanın kabul beyanı sayılabilmesi için, icapta yer alan şartlara uygun olması gerekmektedir. İcapta yer alan şartları değiştiren veya yeni şartlar ilave eden beyanlar kabul beyanı değil, yeni bir icap olarak değerlendirilir.³⁶

İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde kabul beyanı, web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan “*kabul ediyorum*” butonunun tıklanması suretiyle açıklanabileceği gibi,³⁷ elektronik postay-

³³ Oğuzman/Öz, s. 54; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., İstanbul 1999, s. 53; Eren, s. 220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 108.

³⁴ Oğuzman/Öz, s. 55; Reisoğlu, s. 54; Eren, s. 221; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 109.

³⁵ Eren, s. 220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 110; Reisoğlu, s. 53.

³⁶ Oğuzman/Öz, s. 60; Eren, s. 229; Reisoğlu, s. 57.

³⁷ Genel şartların altında yer alan kabul butonuna basılarak kurulan sözleşmelere

la gönderilen icaba, yine elektronik posta yoluyla açıkça kabul beyanının gönderilmesi yoluyla da açıklanabilir.³⁸

bb. Elektronik Sözleşmelerde İcabin Yapılmasında Kullanılan Araçlar

aaa. Web Siteleri

Mal veya hizmetlerini internet aracılığıyla halka sunmak isteyen tacirler bu amaçla kendilerine bir web sitesi oluştururlar. Web siteleri, hem satışa sunulan ürünlerle ilgili katalogların görülmesi, hem de bu ürünlerle ilgili siparişlerin verilmesi için kullanılmaktadır.³⁹

Web sitelerinde yer alan bilgilere, internet ağına bağlanabilen herkesin ulaşabileceğinden, web sitesi aracılığıyla yapılan icaplar umumi icap niteliğindedir.

Web sitesinde satışa sunulan ürünlerle ilgili bilgilerin icap mı, yoksa icaba davet mi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş, bu bilgilerin icap değil, icaba davet olarak kabul edilmesi yönündedir. Bu görüşe göre, web sitelerinde yer alan bilgileri açıklayan kişiler, bu bilgiler çerçevesinde sözleşmeyi kurma iradesinde değildirler. Ürünlere ilişkin bilgileri sunan kişi, sözleşme yapmadan önce muhatabın ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olması ve talep edilen ürünün stoklarında bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Eğer web sitelerindeki bilgiler icap olarak kabul edilirse, satıcı bu sitenin ulaştığı her yerden gelen kabul cevabı ile sözleşmeyi kurmak zorunda kalacaktır. Böylece bir yandan stoklarında kalmamış ürünleri satmak ve teslim etmek yükümlülüğü altına girmiş olacak bir yandan da muhatabın ödeme gücü hakkında araştırma yapma imkânı bulamayacaktır. Bu itibarla icap, ancak internet kullanıcısının web sitesinde yer alan sipariş formunu doldurarak internet üzerinden göndermesi ile yapılmış olacağı kabul edilmektedir.⁴⁰

click-wrap sözleşmeler denilmektedir (Kocasakal Özdemir, s. 76); Altınışık, s. 46.

³⁸ Özsunay, s. 132; Altınışık, s. 46.

³⁹ Kocasakal Özdemir, s. 56.

⁴⁰ Kırca, s. 103–104; Özsunay, s. 130; Özel, s. 612.

Bu görüşü savunan yazarlar, görüşlerini Borçlar Kanunu'nun 7/II. maddesine dayandırmaktadırlar. Buna göre, web sitelerinde yer alan mal ve hizmetlere yönelik açıklamalar, tarife ve fiyat listesi gönderilmesine benzetilerek, Borçlar Kanunu'nun 7/II. maddesinden hareketle icaba davet olarak nitelendirilmiştir.⁴¹

Bu görüşte olan yazarlar, doğrudan ticarete konu olan dijital ürünlerin web sitelerinde sergilenmelerini ise, icap olarak kabul etmektedirler. Şöyle ki, bu ürünler bir bilgisayar tuşuna basmak suretiyle çok fazla sayıda kopya edilmeye ve yüklenmeye elverişlidir. Dolayısıyla bu ürünler bakımında stokların kontrol edilmesine ihtiyaç yoktur. Ayrıca müşteri kredi kartı ile ödeme yaptığından müşterinin ödeme gücünün araştırılması da gerekmemektedir.⁴²

Bir diğer görüşe göre ise, web sitesinde yer alan bilgilerin icap mı, icaba davet mi olduğu tam olarak anlaşılmadığından, aksine bir açıklama olmadığı takdirde, web sitesinde yer alan bilgileri icap olarak kabul etmek gerekir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, eğer satıcı veya sağlayıcı teklifi ile bağlı olmadığını göstermek üzere *"teklifimiz stoklarımızla sınırlıdır"* veya *"bağlayıcı değildir"* şeklinde ifadelerle yer vermişse, web sitesinde ilan edilen bilgiler icap değil, icaba davet olarak nitelendirilir.⁴³

Web sitelerinde yer alan bilgiler, mal veya hizmetlerin fiyatı, ürünlerin temel özellikleri gibi sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunan tarafın yapmış olduğu teklifi ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermemesi halinde, icap olarak kabul edilmelidir.⁴⁴

⁴¹ Kırca, s. 103; Özsunay, s. 130.

⁴² Kırca, s. 104.

⁴³ Mehring, Josef, *"Vertragsabschluss im Internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB"*, MMR, 1998, s. 32; Widmer Ursula/Baehler, Konrad, *Rechtsfragen beim elektronischen Commerce, Sichere Geschäftstransaktionen im Internet*, Zürich, 1997, s. 150 (naklen, Kırca, s. 103).

⁴⁴ Kocasakal Özdemir, s. 63; Sözer, s. 96-97.

bbb. Elektronik Posta**aaaa. Bireysel Elektronik Posta**

Elektronik posta ile yapılan icaplar, hukuki açıdan mektupla yapılan icaplara benzemektedir.⁴⁵ Normal posta ile gönderilen mektuplar gibi, elektronik posta ile gönderilen mesajlar da, sözleşmenin kurulmasına yönelik icapların açıklanmasında bir araç olarak kullanılabilirler.⁴⁶

Web siteleri aracılığıyla yapılan icaplar, umumi icap niteliğinde iken, bireysel elektronik posta ile yapılan icaplar bireysel icap niteliği taşırlar. Nitekim elektronik posta ile icap yapan kişi, bunu belirli bir veya birkaç kişiye göndermektedir.

bbbb. Spamming

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.”*⁴⁷

Spamming yoluyla gönderilen icapların bireysel icap mı, umumi icap mı olduğunu tespit ederken elektronik postanın ismen gönderilmiş olup olmadığı dikkate alınmıştır. Elektronik postalar ismen gönderilmemiş ise umumi icap söz konusudur. Çok sayıda kişiye ismen elektronik posta gönderilmesi halinde ise bireysel icap söz konusudur.⁴⁸

Esas olarak elektronik posta ile çok sayıda kişiye aynı anda mesaj gönderilmesi suretiyle yapılan icaplar açısından böyle bir ayrıma gitmeye ihtiyaç yoktur. Nitekim elektronik posta gönderen kişi, hazırladığı mesajı muhatapların elektronik posta adreslerine ayrı ayrı göndereceğinden, muhatapların her biri açısından bireysel olarak bir icapta bulunmuş olur. Dolayısıyla mesajın üst kısmına muhatabın isminin yazılmış olup olmaması önemli değildir. Zaten mesajı alan kişi

⁴⁵ Rüßmann, s. 328; Öngören, s. 95; Özel, s. 611.

⁴⁶ Kocasakal Özdemir, s. 67; Sözer, elektronik postanın klasik haberleşme yöntemlerinin elektronik ortamda uygulanmasından ibaret olduğunu ve dolayısıyla elektronik posta ile yapılan sözleşmelerin elektronik sözleşme olmadığını ileri sürmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, s. 92).

⁴⁷ Öngören, s. 136.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 69.

bu mesajın başka kişilere de gönderilip gönderilmediğini bilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, mesaj gönderilen her bir muhatap kendisine yapılan icabı kabul ederek sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Mesajı gönderen kişi buna engel olmak için mesajını icap değil, icaba davet şeklinde gönderebilir.⁴⁹

d. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluş Anının Tespiti

Sözleşmenin kuruluş anının tespiti, söz konusu sözleşmenin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında olmasına göre farklılık göstermektedir.

Hazırlar arasında yapılan sözleşmeler, muhatapın kabul beyanını açıklaması ile kurulur ve hükümlerini doğurmaya başlar.⁵⁰ Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kuruluş anını belirleyen çeşitli teoriler ileri sürülmektedir.⁵¹ Borçlar Kanunu hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağını belirtmekle birlikte (m. 10/I), bu sözleşmelerin hangi andan itibaren kurulmuş sayılacağına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, bu sözleşmelerin kabul haberinin muhataba ulaştığı andan itibaren kurulmuş sayılacağı yönündedir.⁵² Burada kabul beyanının ulaşmasıyla kast edilen, kabul beyanının muhatapın hâkimiyet alanına girmesidir.⁵³

Elektronik posta ile yapılan sözleşmeler bakımından da sözleşmenin, kabul beyanının muhatapın hâkimiyet alanına girdiği anda kurulduğu kabul edilmelidir. Ancak elektronik posta yoluyla yapılan

⁴⁹ Kocasakal Özdemir, s. 70.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 67; Eren, s. 235; Reisoğlu, s. 57.

⁵¹ 1. Açıklama (İlzar) Teorisi: Bu teoriye göre, irade açıklandığı anda hukuki etkisini göstermeye başlar.

2. Gönderme (İrsal) Teorisi: Bu teoriye göre, irade muhataba gönderildiği anda hukuki etkisini göstermeye başlar.

3. Varma (Vusul) Teorisi: Bu teoriye göre, irade karşı tarafa vardığı andan itibaren hukuki etkisini göstermeye başlar.

4. Öğrenme (İttıla) Teorisi: Bu teoriye göre, irade muhatap tarafından fiilen öğrenildiği tarihten itibaren hukuki etkisini göstermeye başlar (Eren, s. 234-235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125).

⁵² Eren, s. 235; Reisoğlu, s. 58; farklı görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 68.

⁵³ Eren, s. 234.

sözleşmeler serverlar⁵⁴ aracılığıyla gerçekleştirildiğinden, kabul beyanının ne zaman muhatabın hâkimiyet alanına girmiş sayılacağına tespiti önemlidir.⁵⁵

Bir görüş, kabul beyanı, elektronik postanın servera ulaştığı anda, bir diğer bir görüş ise elektronik postanın muhatabın bilgisayarına aktarıldığı anda ulaşmış sayılacağı yönündedir.⁵⁶

Burada esas olan muhatabın hâkimiyet alanının tespiti. Server muhatabın hâkimiyet alanı kapsamında yer almadığından kabul beyanı ancak muhatabın kendi bilgisayarına aktarıldığı anda ulaşmış sayılır. Bir başka ifade ile muhatap, başka kişilerin müdahalesi olmaksızın, sadece elektronik posta kutusuna girmek suretiyle kabul beyanını içeren elektronik posta mesajını görebiliyorsa, kabul beyanı ulaşmış sayılır.⁵⁷

Web sitesi üzerinden ilan edilen genel şartların kabul edilmesi suretiyle kurulan sözleşmelerin (click-wrap) kuruluş anı, kabul beyanının icabı yapana ulaştığı an olarak kabul edilmelidir.⁵⁸

İnternet aracılığı ile yapılan sözleşmelerde irade beyanının varmış sayılması için, muhatabın bu beyanı öğrenme imkânına sahip olması da aranmaktadır. Ticari ilişkilerde elektronik yoldan iletilen irade beyanlarında öğrenme imkânının bulunduğu an olarak, normal iş saatleri içinde herhangi bir an kabul edilmektedir. Elektronik posta adresini ticari ilişkilerinde kullanılmak üzere herkese duyurmayan kişilerin, elektronik posta kutularını her gün kontrol etme yükümü olmadığından hareketle, bunların kendilerine gönderilen irade açıklamasını fiilen öğrendikleri anın varma anı olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık elektronik posta adresini başkalarına bildirerek bu yolla iletişim kurma yöntemini seçenlerin ise, elektronik posta kutusunu her gün kontrol etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu halde elektronik posta kutusunun devamlı olarak kontrol edilmesi bekleneme-

⁵⁴ Server, belli kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bilgisayarlara denilmektedir. Server aynı zamanda dijital belgelerin saklandığı bir manyetik ortam olarak, kendisine veya başka bilgisayara ait verileri depolamakta ve bu verileri diğer bilgisayar kullanıcılarının erişimine sunmaktadır (Sözer, s. 101).

⁵⁵ Kocasakal Özdemir, s. 82-83; Kırca, s. 109.

⁵⁶ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 110; Sözer, s. 102; Özsunay, s. 131.

⁵⁷ Kocasakal Özdemir, s. 83; Sözer, s. 102; Gezder, s. 122.

⁵⁸ Kırca, s. 110; Altınışık, s. 53; Sözer, s. 100.

yeceği ve dolayısıyla irade beyanının ertesi gün kişiye ulaştığı kabul edilmektedir.⁵⁹

e. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluş Yerinin Tespiti

Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin kurulduğu yeri tespit etmeye yarayacak özel bir düzenleme yoktur. Ancak bu konuda sözleşmenin kuruluş anı dikkate alınarak sözleşmenin kurulduğu yerin tespit edilebileceği kabul edilmektedir.⁶⁰ Buna göre, hazırlar arasındaki sözleşmeler, kabul beyanının muhataba yöneltilmesi ile kurulduğundan, bu sırada muhatabın bulunduğu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilmelidir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler ise, kabul cevabının icabı yapana ulaştığı anda kurulduğu kabul edildiğinden, bu anda icabı yapan kişinin bulunduğu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilmelidir.

Elektronik sözleşmelerin kurulduğu yerin belirlenmesi hususunda da yukarıda kabul edilen yöntem izlenebilir. Ancak özellikle taşınabilir bilgisayarlar aracılığıyla işlem yapılması halinde, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada dünyanın her hangi bir yerinde olabilirler. Bu durum taraflar arasında öngörülebirliliği zedeleyecektir. İşte internet aracılığı ile yapılan sözleşmelerde taraflar arasında öngörülebirliliğin sağlanabilmesi açısından, aksi öngörülmedikçe, icabı yapanın veya muhatabın bulunduğu yer olarak, bu kişilerin belirli bir anda fiilen bulundukları yerin değil, tacir iseler işyerlerinin, tacir değilse ika-metgâhlarının bulunduğu yerin esas alınması daha uygun olacaktır.⁶¹

f. Elektronik Sözleşmelerde İfa Yeri

Sözleşmeden doğan, mal veya hizmet teslimine ilişkin edimlerin ifasının internet ortamında gerçekleştirildiği doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde, ifa yerinin tespitine ilişkin farklı ihtimaller vardır.

⁵⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, *İnternette Kurulan Satım Sözleşmesi*, s. 105 vd.

⁶⁰ Birsen, Kemaleddin, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri*, 4.bs., İstanbul, 1967, s. 53.

⁶¹ Kocasakal Özdemir, s. 89.

Bu ihtimallerin ilkinde, ifa yeri olarak, yüklenecek bilgileri temin etmekle yükümlü olan tarafın ikametgâhının kabul edilmesi söz konusudur. Doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde her ne kadar ifa sanal ortamda gerçekleştiriliyor olsa da, ifa için ihtiyaç duyulan bir takım faaliyetler fiziksel ortamda gerçekleşmektedir. Şöyle ki, bilgileri temin etmekle yükümlü olan taraf, bu bilgilere erişimi sağlamak üzere servera yerleştirme işlemini genellikle kendi ikametgâhının bulunduğu yerde gerçekleştirdiğinden, ifa yeri bilgiyi temin etmekle yükümlü olan tarafın ikametgâhıdır.⁶²

Bir diğer ihtimal, yüklenecek veriler veya temin edilecek bilgiler, ondan yararlanacak olan tarafın serverı aracılığı ile alındığından, ifa yeri olarak, programı yükleyecek veya hizmetten yararlanacak olan tarafın serverının bulunduğu yerin kabul edilmesi yönündedir.⁶³

Son ihtimal ise, doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde, ifa yerinin, alıcının sözleşme konusu ürüne veya hizmete ulaştığı yer olduğu yönündedir. Söz konusu ürüne veya hizmete bilgisayar vasıtasıyla erişildiğinden, ifa yeri, alıcının bilgisayarının bulunduğu yerdir.⁶⁴

Ancak fiziksel olarak bilgisayarın bulunduğu yerin ifa yeri olarak kabul edilmesi bazı hallerde tesadüfî ve buna bağlı olarak öngörülebilirliği ortadan kaldıracak sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, Türkiye’de ikâmet eden bir Türk vatandaşı, seyahati süresince tesadüfen Londra’da bulunduğu sırada bilgisayar programını yüklemesi halinde, ifa yerinin Londra olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak böyle bir durum, her iki taraf açısından öngörülebilirliği zedeleyecektir.⁶⁵

Doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde ifa yerinin tespitinde ortaya çıkacak sakıncaları ortadan kaldırmak için, mal veya hizmet teminine ilişkin edimlerin ifa yerinin, aksi ispatlanmadığı sürece, bunlardan yararlanacak olan kişinin mutad meskeni, bu kişinin tacir olması halinde ise işyeri olduğu kabul edilmelidir.⁶⁶

Dolaylı ticarete ilişkin sözleşmelerde ise, edimlerin ifası fiziksel ortamda gerçekleştirildiğinden, Borçlar Kanunu’nun 73. maddesi bu sözleşmelerin ifa yerinin tespitinde de uygulanabilir. Buna göre, ta-

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 104.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 104.

⁶⁴ Sözer, s. 157.

⁶⁵ Kocasakal Özdemir, s. 105.

⁶⁶ Kocasakal Özdemir, s. 106.

raflar ifa yerini açıkça veya zımnen kararlaştırabilirler. Sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde, parça borçlarında sözleşme konusu malın sözleşmenin kurulduğu esnada bulunduğu yer; cins borçlarında borcun doğumu esnasında borçlunun ikamet ettiği yer ifa yeridir.

g. Elektronik Sözleşmelerde İfa Zamanı

İfa zamanı açısından elektronik sözleşmelerde özellik arz eden bir husus söz konusu değildir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi elektronik sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulacaktır.⁶⁷ Bu düzenlemeye göre, taraflar, sözleşmeden doğan edimlerin ne zaman ifa edileceğini açıkça öngörebilirler. Sözleşmede, edimlerin ifa edileceği belirli bir tarih öngörülmediği takdirde, işin niteliği de ifanın belirli bir tarihte yapılmasını gerektirmiyorsa, borç doğduğu anda hemen ifa edilebilir ve alacaklı da ifayı hemen talep edebilir.

Dolaylı ticarete konu olan sözleşmelerde, satıcının sözleşme konusu malı, sözleşme yapıldığı sırada derhal teslim etmesi mümkün değildir. Buna karşılık doğrudan ticarete konu olan sözleşmelerden özellikle dijital ürün satımına ilişkin sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının edimi derhal ifa edilir. Örneğin, program yüklenmesine ilişkin sözleşmelerde yükleme butonuna basılması ile birlikte yükleme işlemi başlar ve yükleme bitince edim ifa edilmiş olur.

h. Elektronik Sözleşmelerde Hukuki Güvenliğin Sağlanması Bakımından Dijital İmza

Elektronik sözleşmeler konusu incelenirken, internet üzerinden sözleşmelerin kurulmasında hukuki güvenliği sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkan dijital imzanın genel hatlarıyla ele alınması faydalı olacaktır.

Dijital imza elektronik imza türlerinden biridir. Bir üst kavram olan elektronik imza Elektronik İmza Kanunu'nda, *"başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriler"* şeklinde tanımlanmıştır

⁶⁷ Kocasakal Özdemir, s. 110.

(m. 3/b). Elektronik imza en basitten en karmaşığa kadar birbirinden farklı teknikler kullanılarak oluşturulabilir. Örneğin, kişinin el yazısı ile attığı imzanın tarayıcıda okutularak bilgisayar ortamına aktarılması ve hazırlanan metinler veya mesajların altına eklenmesi en basit elektronik imza tekniğidir. Yine kişinin parmak izi, avuç içi, ses, retina gibi vücut özelliklerinin kullanılmasıyla elde edilen biyometrik yöntem bir diğer elektronik imza tekniğidir.⁶⁸

Hukuki açıdan el yazısı imzanın fonksiyonlarını yerine getirebilecek elektronik imza yöntemi dijital imzadır. Dijital imza, elektronik olarak yaratılan ve gönderilen belgelerin çift anahtarlı şifrlenme tekniği ile şiflenmesi esasına dayanmaktadır.⁶⁹

Dijital imza yönteminde, imzalayan kişinin, aralarında matematiksel bir bağlantı olan ve fonksiyonel olarak bir birlik arz eden, açık ve gizli olmak üzere iki anahtarı bulunmaktadır. Sadece imzalayan kişi tarafından bilinen gizli anahtar, hazırlanan bir metni şifrelemek yani imzalamak için kullanılır. Herkes tarafından bilinen açık anahtar ise, gizli anahtar ile oluşturulan imzanın okunması, bir başka ifade ile imzalayan kişiye ait olup olmadığını tespit etmek için kullanılır.⁷⁰

Dijital imza yönteminde, şifreleme programı yardımıyla, elektronik bir metin üzerinde uygulanan iki aşamalı bir prosedür söz konusudur. İlk aşamada, gönderilecek elektronik metnin tamamı seçilmekte ve şifreleme programı ile bu metne hash⁷¹ algoritması tatbik edilerek, metin harf ve rakamlardan oluşan bir mesaj özetine, diğer bir deyimle hash değerine çevrilmektedir. Daha sonra yine şifreleme programı yardımıyla, elde edilen bu mesaj özeti göndericinin gizli anahtarı ile şifrlenmekte ve elektronik metne eklenerek muhataba gönderilmek-

⁶⁸ Şenocak, Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *AÜHFD*, 2001, C. 50, Sy. 2, s. 98-99; Altınışık, s. 78-79; Öngören, s. 87.

⁶⁹ Şenocak, *Dijital İmza*, s. 99; Kocasakal Özdemir, s. 99; Sözer, s. 127; Keser Berber, Leyla, "İmzalıyorum O Halde Varım", *Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, TBB*, 2000, S. II, s. 503.

⁷⁰ Şenocak, *Dijital İmza*, s. 101; Altınışık, s. 82.

⁷¹ Bilgisayar terminolojisinde "hash (öz)" yazılan bir metnin kısaltılmış şeklini ifade etmektedir (Keser Berber, s. 524).

tedir.⁷² Sonuç olarak dijital imzanın, göndericinin gizli anahtarı ile şifrelenmiş mesaj özetinden ibaret olduğu söylenebilir.⁷³

İkinci aşamada, muhatap, öncelikle gelen mesajın hash değerini hesaplar. Daha sonra açık anahtarla elektronik belgedeki dijital imzayı deşifre ederek orijinal metnin hash değerini elde eder. Muhatap bu şekilde elde ettiği hash değeri (mesaj özeti) ile ilk elde ettiği hash değerini (mesaj özetini) karşılaştırır. Bu iki değer birbiriyle örtüşüyorsa, metnin göndericinin gizli anahtarı ile imzalanmış olduğu ve elektronik belgenin metninin, gönderme esnasında veya sonradan üçüncü kişiler tarafından değiştirilmemiş olduğu doğrulanmış olur.⁷⁴

Netice itibariyle dijital imza, bir taraftan elektronik belgeyi gönderen kişinin kimliğinin tespit edilmesini sağlarken, diğer taraftan elektronik belgenin orijinal şekli ile muhataba ulaşmasını sağlamaktadır.

II. Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti

A. Genel Olarak

Elektronik sözleşmeler yabancılık unsuru içermesi halinde, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hususu gündeme gelmektedir. Bu bağlamda bir sözleşmenin hangi hallerde yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, yabancılık unsuru çok geniş yorumlanmakta ve tarafların ikametgâhı, vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri gibi sözleşme ile ilgili unsurlardan herhangi birinin yabancı bir ülke ile bağlantılı olması halinde, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceği kabul edilmektedir.⁷⁵

⁷² Şenocak, Dijital İmza, s. 100.

⁷³ Şenocak, Dijital İmza, s. 100; Erol, Hüseyin/Akçayol, M. Ali, "Türkiye'de Elektronik İmza Uygulamalarında Durum Analizi ve Önerileri", *Türk Hukuk Dünyası*, 2007, Sy. 3, s. 159.

⁷⁴ Şenocak, Dijital İmza, s. 101; Kocasakal Özdemir, s. 100; Erol/Akçayol, s. 159; Altınışık, s. 83-84.

⁷⁵ Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, 7. bs., İstanbul, 2002, s. 282; Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 12. bs., İstanbul, 2003, s. 5.

Bir diğerk görüş ise, bir sözleşme uluslararası ticareti ilgilendirdiğihallerde yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceğiyönündedir.⁷⁶ Bir sözleşmenin uluslararası ticareti ilgilendirmesi ise, o sözleşmenin, mal, emek veya sermaye gibi parasal değert taşıyan unsurların ülkeler arası transferine yol açması halinde söz konusu olacaktır. Böyle bir sözleşme, yapıldığı yere, tarafların vatandaşlığına veya ikametgâhına bakılmaksızın yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olarak kabul edilir.⁷⁷

Tüketici sözleşmelerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunması amacıyla, bu sözleşmeler açısından yabancılık unsurunun belirlenmesinde tüketicinin mutad meskenin bulunduğu yer esas alınmıştır. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması için, sözleşmenin yapıldığı yer veya edimlerin ifa yeri gibi unsurların tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede bulunması gerekmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan tüketici sözleşmeleri açısından da bu kriter esas alınmalıdır.⁷⁸

B. Elektronik Sözleşmelere

Uygulanacak Hukukun Tespitinde Başvurulan Yöntemler

İnternet niteliğigereğii, dünyanın hemen hemen her yerinden erişimi mümkün olan uluslararası bir ağ olduğundan, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerin internet vasıtasıyla kurulması, diğerk iletişim araçlarına oranla çok daha kolay olmaktadır.

Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde kanunlar ihtilafı yöntemi ve yabancı unsurlu ilişkiyi doğrudan düzenleyen maddi nitelikli kuralların uygulanması yöntemi söz konusu olmaktadır.⁷⁹ İnternet aracılığı ile kurulan elektronik sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde de bu yöntemler esas alınarak bir çözüm bulunacaktır.

⁷⁶ Çelikel, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. bs., İstanbul, 2000, s. 256; Kocasakal Özdemir, s. 116.

⁷⁷ Kocasakal Özdemir, s. 116.

⁷⁸ Güngör, Gülin, "İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", AÜHFD, 1997, Sy. 1-4, s. 107; Kocasakal Özdemir, s. 117.

⁷⁹ Tekinalp, s. 41-43.

1. Kanunlar İhtilafı Yöntemine Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

İnternet elektronik sözleşmelerin kurulmasında sadece bir araçtır. Dolayısıyla bir sözleşmenin internet aracılığı ile kurulmuş olması onun hukuki niteliğini değiştirmeyecektir. O halde, mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku belirlemek için kullandığı kriterler, elektronik sözleşmeler bakımından da uygulanabilecektir.⁸⁰

Türk hukuku açısından, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK'nın 24. maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK'nın 24. maddesinde eski kanunda olduğu gibi, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde subjektif ve objektif iki grup bağlama kuralı öngörülmüştür.⁸¹

a. Subjektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti (Hukuk Seçimi)

MÖHUK'nın 24/1. maddesinde düzenlenen subjektif bağlama kuralına göre, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku kendileri seçebilirler. Hiç şüphesiz bu hüküm elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde hukuk seçiminin, tarafların eşit konumda oldukları ve buna bağlı olarak sözleşmenin şartları üzerinde eşit bir şekilde müzakere etme imkânına sahip oldukları sözleşmeler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflardan birinin diğerine nazaran daha güçlü konumda olduğu sözleşmelerde hukuk seçiminin ya hiç kabul edilmemesi ya da zayıf tarafı koruyacak şekilde sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸²

Elektronik ticaret çerçevesinde kurulan sözleşmelerde de, hukuk seçiminin geçerli olarak yapıp yapılamayacağı belirlenirken, sözleşmenin taraflarının birbirleri karşısındaki konumunun esas alınması

⁸⁰ Kocasakal Özdemir, s. 124.

⁸¹ Tekinalp, s. 279; Aybay, Rona/Dardağan, Esra, *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul 2001, s. 216-217.

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 308; Doğan, Vahit, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996, s. 43.

gerektiği kabul edilmektedir.⁸³ Buna göre, tarafların her ikisinin de tacir olduğu sözleşmelerde, taraflar sözleşmenin şartları üzerinde müzakere etme bakımından eşit konumda olduklarından, bu tür sözleşmelerde hukuk seçimi geçerli olarak yapılabilir.⁸⁴ Taraflardan birinin tacir diğerinin tüketici olduğu elektronik sözleşmelerde ise, tüketici konumunda olan taraf, diğer tarafa nazaran daha zayıf konumda olduğundan, sözleşmenin şartları üzerinde eşit olarak müzakere etme imkânına sahip değildir. Bu nedenle, bu tip elektronik sözleşmelerde seçilen hukukun sözleşmeye objektif olarak uygulanması gereken hukuka oranla tüketicinin daha lehine hükümler içermesi halinde geçerli olacağı kabul edilmektedir.⁸⁵

MÖHUK'nın 24. maddesinde yer alan genel hükümden böyle bir sonuca varmak mümkün değildir. Ancak yeni MÖHUK'nın tüketici sözleşmelerine ilişkin 26/1. maddesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacaktır (m. 26/1).⁸⁶

Elektronik sözleşmelerde hukuk seçiminin nasıl yapılacağı sözleşmenin kuruluşunda kullanılan araçlara göre değişmektedir. Örneğin, elektronik posta vasıtasıyla yapılan sözleşmelerde, elektronik postaya tarafların hukuk seçimine ilişkin iradesi de eklenebilir. Sözleşme, tarafların bilgisayarları arasında otomatik olarak iletilen mesajlar aracılığı ile kurulduğu hallerde (EDI gibi), bu mesajlarda tarafların hukuk seçimine ilişkin hükümlere yer verilebilir. Web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan “*kabul ediyorum*” butonunun tıklanması suretiyle kurulan click-wrap sözleşmelerde ise, hukuk seçimine ilişkin

⁸³ Kocasakal Özdemir, s. 125.

⁸⁴ Özsunay, s. 131; Kocasakal Özdemir, s. 125.

⁸⁵ Kocasakal Özdemir, s. 126. Güngör, böyle bir sınırlamanın sadece satıcının elektronik posta, reklâm, ilan gibi yollarla tüketiciye yönelmesi üzerine yapılmış elektronik tüketici sözleşmelerinde söz konusu olacağını, buna karşılık tüketicinin satıcıya yöneldiği, yani tüketicinin satıcıyı kendisinin bulduğu elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından böyle bir sınırlamanın olmadığını kabul etmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, *Elektronik Tüketici Akitleri*, s. 105 vd.).

⁸⁶ Benzer düzenleme Sözleşmelere Uygulanması Gereken Hukuk Hakkında AT Roma Konvansiyonu'nda da yer almaktadır, Ekşi, Nuray, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, *MHB*, İstanbul, 1997-1998, S. 1-2, s. 167.

hüküm genel şartlar içinde yer almaktadır.⁸⁷ Clik-wrap sözleşmelerde genel şartlar arasında yer alan uygulanacak hukuka ilişkin hükmün, sözleşmenin bu şekilde kurulması ile muhatap tarafından açıkça kabul edilmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, click-wrap sözleşmelerde, tarafların sözleşmenin genel şartları üzerinde müzakere etme imkânı bulunmadığı için, esas sözleşme geçerli sayılsa bile, hukuk seçimine ilişkin anlaşma geçerli olmayacaktır.⁸⁸

Bir diğer görüşe göre, hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, buna ilişkin hükmün muhatabın açıkça dikkatini çekecek şekilde yazılmış olması ve muhatabın bu şartı kolay bir şekilde öğrenebilmesinin sağlanmış olması gerekir.⁸⁹

Üçüncü bir görüş ise, muhatabın kimliğine göre bir ayırım yapılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, muhatabın tacir olduğu ve tacir sıfatı ile hareket ettiği sözleşmelerde, muhatabın “*kabul ediyorum*” butonunu tıklaması ile sözleşme, hukuk seçimine ilişkin hükümler de dâhil olmak üzere genel şartlarda yer alan tüm hükümler çerçevesinde kurulmuş olur. Muhatabın tacir olmadığı durumlarda ise, kabul butonunun tıklanması ile diğer şartlarla birlikte hukuk seçimine ilişkin hükmün de açıkça onaylandığının kabul edilmesi her zaman mümkün değildir. Dolayısıyla özellikle zayıf konumda olan ve korunması gereken tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından, hukuk seçimine ilişkin şartın, genel şartlardan ayrı bir butonun tıklanması halinde geçerli sayılması gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁰

b. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti

aa. Genel Olarak

MÖHUK'nın 24/4. maddesinde tarafların açık bir hukuk seçimi yapmamış olması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti-

⁸⁷ Kocasakal Özdemir, s. 127-128; Sözer, s. 106.

⁸⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 128; Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 37.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 129.

⁹⁰ Kocasakal Özdemir, s. 130.

de esas alınacak objektif bağlama kuralı öngörülmüştür.⁹¹ Bu düzenlemeye göre, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, sözleşmeden doğan ilişkiye sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku uygulanır. Sıkı ilişkili hukukun ise, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasında mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku olduğu kabul edilmiştir.⁹² Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olacaktır.

Eski MÖHUK'tan farklı olarak, yeni MÖHUK'ta objektif bağlama kuralı olarak, karakteristik edimin ifa yeri yerine, karakteristik edim yükümlüsünün mutad meskeninin bulunduğu yer kriterinin esas alınması, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde öngörülebilirliği sağlayacak nitelikte bir düzenleme olmuştur.

Sonuç olarak, yeni MÖHUK ile getirilen düzenleme ile birlikte, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuk belirlenirken, öncelikle borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden, bir başka ifade ile sözleşmeyi karakterize eden edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sırada mutad meskeninin bulunduğu yer tespit edilir ve bu yer hukuku sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanır. Örneğin, bilgisayar programlarının, müzik veya sinema eserlerinin ya da bilimsel bir yayının ücret karşılığı yüklenilmesine ilişkin sözleşmelerde karakteristik edim, söz konusu programları veya eserleri sağlamakla yükümlü olan tarafın edimidir. Dolayısıyla bu tip elektronik sözleşmelerde hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, söz konusu ürünleri sağlamakla yükümlü olan tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulacaktır.

bb. Tüketici Sözleşmeleri Açısından

Karşılaştırmalı hukukta, tüketici sözleşmeleri gibi, taraflardan birinin diğerine nazaran zayıf konumda olduğu sözleşmeler bakımından

⁹¹ Tekinalp, s. 290; Nomer/Şanlı, s. 296-297; Çelikel, s. 257; Aybay/Dardağan, s. 217-218.

⁹² Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Roma Konvansiyonu da, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, sözleşmenin en yakın bağlantılara sahip olduğu ülke hukukunun uygulanmasını öngörmekte (m. 4/I) ve bu yerin, karakteristik edim yükümlüsünün mutad meskeni veya idare merkezinin bulunduğu yer olduğuna dair bir karineye yer vermektedir (m. 4/II) (Ekşi, s. 167).

uygulanacak hukukun tespitine yönelik ayrı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde, genellikle objektif bağlama kuralı olarak, tüketicinin sürekli olarak yaşadığı ve kendisini koruyucu hükümlerini daha iyi bildiği kabul edilen, mutad meskenin bulunduğu yer hukuku esas alınmaktadır.⁹³

Sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında Roma Konvansiyonu'nda ve buna paralel olarak yeni MÖHUK'da da tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden tüketici sözleşmeleri bakımından, tüketicinin mutad meskeni kriterinin, uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Kanunda (m.26) ve Roma Konvansiyonu'nda (m. 5)⁹⁴ tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması aşağıdaki şartlardan birinin gerçekleşmesine bağlanmıştır:

i- Tacirin bu ülkeye yönelik aktif bir faaliyette bulunması: Sözleşme, tacirin, kendi ürünlerini veya hizmetlerini satmak amacıyla tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkede, özel olarak bu ülkeye yönelik yapılmış bir teklif veya reklâm sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken işlemlerin bu ülkede yapılmış olması gerekir.⁹⁵

Elektronik ortamda gerçekleştirilen tüketici sözleşmelerinde bu şartın, satıcı veya sağlayıcı tarafından, tüketicinin herhangi bir talebi olmadan e-mail gönderilmek suretiyle (spamming) yapılan teklifler ve reklamlar açısından gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁹⁶

Web siteleri üzerinden yapılan tüketici sözleşmelerinde bu şartın gerçekleşmiş olması için, web sitelerinin oluşturularak internet ortamında bu sitelere erişimin sağlanması yeterli olmayıp, sitenin içeriğinin tüketicinin bulunduğu ülkeye yönelik olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁹⁷

Bu şartın gerçekleşmesi için, ayrıca tüketici, sözleşmenin kurulması için gerekli olan işlemleri mutad meskeninin bulunduğu ülkede

⁹³ Doğan, s. 43; Güngör, Elektronik Tüketici Akitleri, s. 103.

⁹⁴ Ekşi, s. 167 vd.

⁹⁵ Güngör, Elektronik Tüketici Akitleri, s. 107-108; Kocasakal Özdemir, s. 136-137.

⁹⁶ Kocasakal Özdemir, s. 137.

⁹⁷ Güngör, Elektronik Tüketici Akitleri, s. 107-108; Kocasakal Özdemir, s. 140.

yapmış olmalıdır. İnternet vasıtasıyla kurulan tüketici sözleşmelerinde, tüketici bu işlemleri taşınabilir bilgisayar ile başka bir ülkede gerçekleştirmesi mümkündür. Dolayısıyla burada, aksi ispat edilinceye kadar tüketicinin bu işlemleri mutad meskeninin bulunduğu yerde yaptığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁸

ii- Tüketicinin siparişinin bu ülkede alınmış olması: Bu şartın gerçekleşmesi için, siparişin, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede alınmış olması gerekmektedir. Mal veya hizmet sağlayan tarafın, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gidip siparişi orda alması gerektiğinden, siparişin internet üzerinden verildiği hallerde bu şartın gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

iii- Sözleşmenin özel olarak düzenlenen gezi sırasında yapılması: Bu şartın gerçekleşmesi için, tüketici, satıcının düzenlediği ve tüketiciyi sözleşme yapmaya teşvik etmek amacı taşıyan yolculuk sonucu mutad meskenin bulunduğu ülkeden diğer bir ülkeye gitmiş ve orada sipariş vermiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla internet aracılığıyla yapılan sözleşmeler açısından bu şartın uygulanması mümkün değildir.

c. Kamu Düzenin Müdahalesi

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukukun somut olayla ilgili hükümlerinin uygulanması halinde ortaya çıkan sonuç, Türk kamu düzenin temel prensiplerine açıkça aykırı olması halinde bu hükümler uygulanmayıp; gerekli görüldüğü hallerde Türk Hukuku uygulanarak uyuşmazlık çözümlenir (MÖHUK m. 5).

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi elektronik sözleşmeler açısından da kamu düzenin müdahalesi söz konusu olacaktır. Ancak elektronik ticaretin gelişebilmesi ve tarafların elektronik ticaretten beklentilerinin elde edilebilmesi için, kamu düzeni kavramının dar yorumlanması ve tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları halinde, mümkün olduğu ölçüde bu hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁹

⁹⁸ Kocasakal Özdemir, s. 141.

⁹⁹ Kocasakal Özdemir, s. 145.

d. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Haller

Uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan hallerden ilki tarafların ehliyetidir. MÖHUK'nın 9/1. maddesinde hak ve fiil ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna tabi olduğu açıkça hüküm altına alınarak bu husus uygulanacak hukukun kapsamı dışında bırakılmıştır.

MÖHUK'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında, milli hukukuna göre ehil olmayan kişilerin, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olmaları halinde, yaptığı hukuki işlemle bağlı oldukları düzenlenmiştir.

Uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan bir diğer hal, elektronik sözleşmelerin şeklidir. MÖHUK'nın 7. maddesi uyarınca, sözleşme, yapıldığı yer hukukunun veya sözleşmenin esasına uygulanması gereken hukukun öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapıldığı takdirde geçerlidir.

Elektronik sözleşmelerin şekil bakımından geçerliliği, özellikle elektronik imza konusunda önem arz etmektedir. MÖHUK'nın 7. maddesinden hareketle, sözleşmenin yapıldığı veya sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların bulundukları ülke hukuku elektronik imzayı geçerli kabul etmese dahi, taraflarca seçilen hukukun elektronik imzayı geçerli kabul etmesi halinde sözleşme şekil bakımından geçerli olacaktır. Aynı şekilde, tarafların seçtikleri hukukun elektronik imzayı geçerli kabul etmemesine rağmen, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku buna imkân tanıyorsa sözleşme bu halde de şekil bakımından geçerli olacaktır.

2. Elektronik Sözleşmelere Özgü

Maddi Özel Hukuk Kuralları (Lex Electronica)

a. Genel Olarak

Doktrinde, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelere uygulanacak kuralların tespitinde başvuru kanunlar ihtilafı yönteminin, elektronik sözleşmeler bakımından uygun bir yöntem olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kanunlar ihtilafı kuralları, uluslararası nitelikli hukuki ilişkilere, bu ilişkilerle bağlantılı ülkelerin iç hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmektedir. Ancak iç hukuk ilişkilerinden farklı bir takım özellikler taşıyan uluslararası nitelikli ilişkilere, tamamen iç hukuk ilişkileri için öngörölmüş kuralların uygulanması

her zaman yeterli ve uygun olmayabilir. Bu nedenle uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere, *lex electronica* olarak isimlendirilen ve bu sözleşmelere özgü olan kurallar uygulanmalıdır.¹⁰⁰

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, *lex electronica*, belirli bir alanda faaliyet gösteren kişilerin karşılaştıkları belirli problemlere çözüm bulmak üzere düzenledikleri kurallar olduğundan, bunların elektronik sözleşmelerden doğan bütün hukuki uyumsuzlıklara uygulanacak kuralları kapsamı mümkün değildir. Dolayısıyla uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere *lex electronica*nın yanında, kanunlar ihtilafı kuralları da uygulanmalıdır.

b. Lex Electronicanın Kaynakları

Bu kuralların bir bölümü, bizzat elektronik ticaret ile uğraşan kişilerin yaşayarak, benzer olaylar karşısında benzer şekilde davranarak zamanla ortaya koydukları kurallar iken; bir bölümü ise, birçok uluslararası kuruluş tarafından elektronik ticareti geliştirmek amacı ile tespit edilen kurallardır.¹⁰¹

aa. Autoregulation (Autoreglementation)

Autoregulation, belirli bir alandaki düzenlemelerin, bizzat bu alanda faaliyet gösteren kişiler tarafından hazırlanması ve bu kurallara uyulmasının da yine bu kişilerce sağlanmasıdır. Bu yöntem neticesinde belirlenen kurallar, örf ve adet kuralı olarak nitelendirilmiştir.¹⁰² Ancak bu kuralların örf ve adet kuralı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü örf ve adet kuralı olmanın bir şartı olan, kendiliğinden meydana gelme şartı bu kurallar bakımından gerçekleşmemiştir.

Elektronik ticaret ve elektronik sözleşmeler, yeni bir alan olduğundan, henüz bu sözleşmelere özgü, yerleşmiş, uygulamadan kaynaklanan davranış kuralları bütünü mevcut değildir. Ancak, gerek elektronik ticaret kullanımının yaygınlaşması ve gerekse davranış kurallarının oluşturulmasına yönelik teşvik edici uygulamalar neticesin-

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 167-168.

¹⁰¹ Kocasakal Özdemir, s. 168.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz., Kocasakal Özdemir, s. 168.

de, elektronik sözleşmelere özgü bu tür kuralların oluşması mümkün olabilecektir.¹⁰³

bb. Uluslararası Kuruluşlarca Oluşturulan Kurallar

Bilgisayar teknolojisinin ve buna bağlı olarak elektronik ticaretin hızla ilerlemesi, Avrupa Konseyi, UNCITRAL, Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) gibi bazı uluslararası kuruluşların bu alanı düzenlemeye yönelik kurallar oluşturmalarına yol açmıştır. Bu kurallar başlangıçta tavsiyeler, tip sözleşmeler gibi sadece sözleşmesel değeri olan hukuki araçlar olarak ortaya çıkmalarına karşın, daha sonra zorlayıcı gücü olan hukuki şekillere bürünmüşlerdir.¹⁰⁴

SONUÇ

Elektronik sözleşme kavramı, genel olarak, sözleşmenin kurulmasında ve bazen de ifasında internetin kullanıldığı sözleşmeleri ifade etmektedir. Bundan da anlaşıldığı üzere internet elektronik sözleşmelerin kurulmasında yalnızca bir araçtır. Dolayısıyla sözleşmelerin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an konusunda Borçlar Kanunu'nda yer alan kurallar uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Elektronik sözleşmelerde icabın yapılmasında, klasik iletişim araçlarından farklı olarak, web sitesi veya elektronik posta gibi araçlar kullanılmaktadır. İcabın yapılmasında farklı araçlar kullanılmış olsa dahi, bir beyanın icap niteliği taşıması için aranan şartlar, web sitesi veya elektronik posta aracılığıyla açıklanan irade beyanları için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla web sitelerinde yer alan bilgiler, sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunan tarafın yapmış olduğu teklifi ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermemesi halinde icap olarak nitelendirilebilir.

Elektronik sözleşmeler, bu sözleşmelerin kullanımında kullanılan araçlara bağlı olarak hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası elektronik sözleşmeler olarak ayrımına tabi tutulmaktadır. Elektronik sözleşmeler,

¹⁰³ Kocasakal Özdemir, s. 171.

¹⁰⁴ Kocasakal Özdemir, s. 172.

kuruluşlarında kullanılan araca bağlı olarak bazı hallerde katılmalı (iltihaki) sözleşme niteliği de kazanabilmektedir.

Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmiştir.

Elektronik sözleşmelerin uluslararası nitelik taşıması halinde, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hususunda özel olarak hazırlanmış kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Dolayısıyla mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku belirlemek için kullandığı kriterler, elektronik sözleşmeler bakımından da uygulanacaktır.

Yeni MÖHUK'nın 24/4. maddesi ile ifa yeri kriterinin kaldırılarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskenin bulunduğu yerin esas alınması, diğer sözleşmelerde olduğu gibi elektronik sözleşmelerde de uygulanacak hukukun tespitinde ortaya çıkabilecek belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır.

Uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere, *lex electronica* olarak adlandırılan ve bu sözleşmelere özgü olan kuralların uygulanması öngörülmektedir. Ancak *lex electronica*, belirli bir alanda faaliyet gösteren kişilerin karşılaştıkları belirli problemlere çözüm bulmak üzere düzenledikleri kurallar olduğundan, bunların elektronik sözleşmelerden doğan bütün hukuki uyumsuzlıklara uygulanacak kuralları kapsamaması mümkün değildir. Dolayısıyla uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere *lex electronica*nın yanında, kanunlar ihtilafı kuralları da uygulanmalıdır.

KAYNAKLAR¹⁰⁵

Altınışık, Ulvi; Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

Aybay, Rona/Dardağan, Esra; Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, Aybay Yayınları, 2001.

Birsen, Kemaleddin; Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967.

¹⁰⁵ Birden fazla eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde belirtilmiştir.

- Çelikel, Aysel; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.
- Doğan, Vahit; *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Ekşi, Nuray; “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul, 1997-1998, Sayı 1-2, s. 163-181.
- Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.
- Erol, Hüseyin/Akçayol, M.Ali, “Türkiye’de Elektronik İmza Uygulamalarında Durum Analizi ve Önerileri”, *Türk Hukuk Dünyası*, 2007, Sayı 3, s. 157-174.
- Gezder, Ümit; *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Güngör, Gülin; “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Sayı 1-4, s. 101-120 (Elektronik Tüketici Akitleri).
- Güngör, Gülin; “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 51, Sayı 1, s. 19-42 (Elektronik Akitlerin Kuruluşu).
- Keser Berber, Leyla; “İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2000, Sayı II, s. 503-556.
- Kırca, Çiğdem; “İnternette Sözleşme Kurulması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2000, Cilt XX, Sayı 4, s.99-119.
- Kocasakal Özdemir Hatice; *Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003.
- Mehring, Josef; “Vertragsabschluss im Internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB”, *Multimedia und Recht*, 1998, s. 30 vd.

- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal; *Devletler Hususi Hukuku*, 12. Bası, İstanbul Beta Yayınları, 2003.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul, Filiz Yayınları, 2000.
- Öngören, Gürsel; *İnternet Hukuku*, İstanbul, Öngören Yayınları, 2006.
- Özel, Sibel; “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’ de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Sayı 2, s. 577-617.
- Özsunay, Ergun; “Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları”, *Uluslararası İnternet Sempozyumu-2001*, İzmir 2002, s. 121-143.
- Reisoğlu, Safa; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.
- Rüssmann, Helmut; “ İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat (Alman Hukukuna Göre)”, (Çev. Özekes, Muhammett), *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu-2001*, İzmir 2002, s. 325-353.
- Sözer, Bülent; *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.
- Şenocak, Zarife; “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 2, s. 97-135 (Dijital İmza).
- Şenocak, Zarife; “İnternette Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt, 50, Sayı 3, s. 93-114 (İnternette Kurulan Satım Sözleşmesi).
- Tekinalp, Gülören; *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt 1, 5. Bası, İstanbul 1985.
- Widmer Ursula/Baehler, Konrad; *Rechtsfragen beim elektronisch Commerce, Sichere Geschäftstransaktionen im Internet*, Zürich 1997.
- www.e-ticaret.gov.tr.