

**TC
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER**

**SEMİHA ÖNDER BALAMAN
1330237062**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
Yrd.Doç.Dr. Süleyman DOST**

ISPARTA-2016



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin Adı Soyadı	Semiha ÖNDER BALAMAN	
Anabilim Dalı	ÖZEL HUKUK	
Tez Başlığı	Milletlerarası Özel Hukukta Elektronik Sözleşmeler	
Yeni Tez Başlığı ¹ (Eğer değişmesi önerildi ise)	-	
Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan Yüksek Lisans Tez Savunma Sınavında Jürimiz 23/12/2016 tarihinde toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin Yüksek Lisans tezi için; ☒ OY BİRLİĞİ ☐ OY ÇOKLUĞU² ile aşağıdaki kararı almıştır. ☒ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarılı bulunmuş ve tez KABUL edilmiştir. ☐ Yapılan savunma sınavı sonucunda tezin DÜZELTİLMESİ³ kararlaştırılmıştır. ☐ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarısız bulunmuş ve tezinin REDDEDİLMESİ⁴ kararlaştırılmıştır.		
TEZ SINAV JÜRİSİ	Adı Soyadı/Üniversitesi	İmza
Danışman	Yrd. Doç. Dr. Süleyman DOST	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. Burcu ÖZKUL	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK	
Jüri Üyesi	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman KAVASOĞLU	

¹ Tez başlığının DEĞİŞTİRİLMESİ ÖNERİLDİ ise yeni tez başlığı ilgili alana yazılacaktır. Değişme yoksa çizgi (-) konacaktır.

² OY ÇOKLUĞU ile alınan karar için muhalefet gerekçesi raporu eklenmelidir.

³ DÜZELTME kararı için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır.

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM-ÖĞRETİM VE SINAV YÖNETMELİĞİ Madde 28-(4) Tezi hakkında DÜZELTME kararı verilen öğrenci sınav tarihinden itibaren en geç üç ay içinde gerekçini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur.

⁴ Tezi REDDEDİLEN öğrenciler için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır. Tezi reddedilen öğrencinin enstitü ile ilişkisi kesilir.



T.C.

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

YEMİN METNİ

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “ Milletlerarası Özel Hukukta Elektronik Sözleşmeler ” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Semiha ÖNDER BALAMAN



Kıymetlilerim

Babam ve Anneme...

(ÖNDER BALAMAN, Semiha, *Milletlerarası Özel Hukukta Elektronik Sözleşmeler*, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2016)

ÖZET

İnternet teknolojisinin gelişmesiyle birlikte elektronik ortamda yapılan hukuki işlemlerde artmıştır. Bu durum ticari alanda etkili olmuş ve elektronik ticaret kavramını oluşturmuştur. Ticari sözleşmelere ilişkin hususların da artık internet ortamında kurulması elektronik sözleşmeleri ortaya çıkarmıştır. Elektronik sözleşmeler hem işletmeler arası hem de işletme ve tüketiciler arasında kurulabildiğinden, bu tezde bu sözleşmeler her iki açıdan değerlendirilmiştir. Elektronik sözleşmelerin yapılmasında coğrafi sınır engeli olmaması, yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerin artmasına sebep olmuştur. Tezin konusu olan milletlerarası özel hukukta elektronik sözleşmeler, yabancı unsurlu olduğu için bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü, kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ele alınmıştır. Tezde elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ve bu uyuşmazlıkların çözüm yolları ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelime: E-ticaret, yabancı unsurlu e-sözleşme, e-imza, kanunlar ihtilafı kuralları, uyuşmazlık çözümü.

(ÖNDER BALAMAN, Semiha, *Electronic Contracts in International Private Law*, Master's Thesis, Isparta, 2016)

ABSTRACT

With the development of Internet technology, the number of electronic transactions in legal sphere has increased. This is true for commercial areas which lead to the development of the electronic commerce concept. Since commercial contracts today are also developed online, this has lead to the establishment of the electronic contracts. Electronic contracts can be established as business to business (B2B) as well as businesses to customer (B2C); this thesis examines electronic contracts in view of both respects. Since electronic contracts know no geographical boundaries, electronic contracts often have foreign character. Since the subject of this thesis which is electronic contracts in private international law possess foreign character, disputes arising out of these contracts are dealt in this thesis with conflict of laws. This thesis examines disputes arising out of electronic contracts, laws applicable to such disputes and dispute resolution rules in detail.

Key words: E-commerce, e-contracts with foreign character, e-signature, conflict of laws, dispute resolution.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR	XI
ÖNSÖZ.....	XIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK TİCARET VE ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMI

I. ELEKTRONİK TİCARETİN TEKNİK ALTYAPISINI OLUŞTURAN KAVRAMLAR.....	4
A- Genel Olarak.....	4
B- İnternet.....	4
C- Elektronik İletişim ve Özellikleri	8
II. ELEKTRONİK TİCARETE KONU OLAN DEĞERLER	10
A- Genel Olarak.....	10
B- Elektronik Ticaret Kavramı	11
C- Mal Satışı	16
D- Hizmet Sağlanması	18
III. ELEKTRONİK TİCARETİN TÜRLERİ	19
A- Genel Olarak.....	19
B- Tacirler Arasında Yapılan İşlemler (B2B-Business to Business).....	20
C- Tacirler İle Tüketiciler Arasında Yapılan İşlemler (B2C-Business to Customer)...	21
IV. ELEKTRONİK TİCARETİN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ	22
A- Elektronik Ticaretin Olumlu Yönleri.....	22
B- Elektronik Ticaretin Olumsuz Yönleri	25
V. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER.....	26
A- Genel Olarak.....	26
B- Türk Hukukunda Düzenlenişi.....	30
C- Elektronik Sözleşmelerin Türleri.....	33
VI. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ	34
A. Kurulma Anı Bakımından Hukuki Niteliği	34
A- Özellikleri Bakımından Hukuki Niteliği	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

1. Katımlı (İltihaki) Sözleşme Niteliği	35
2. Mesafeli Sözleşme Niteliği	37
VII. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞU	40
A- Genel Olarak	40
B- Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşunda Kullanılan İletişim Araçları	40
1. Elektronik Posta (E-posta/E-mail)	40
2. Web Sitesi	42
3. Elektronik Veri Değişimi (Electronic Data Interchange-EDI).....	43
4. On-line Kitleli Pazarlar	45
C- Elektronik Sözleşmelerde İrade Beyanları	45
1. Öneri.....	47
2. Önerinin Bağlayıcılığı.....	52
3. Kabul.....	55
4. İrade Beyanlarının Ulaşım Sorunları	57
5. İrade Beyanlarının Geri Alınması	59
D- Elektronik Sözleşmelerin Kurulma Anı.....	60
VIII. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ.....	61
A- Ehliyet Açısından Geçerlilik.....	61
B- Şekil Açısından Geçerlilik.....	62
C- Konu Açısından Geçerlilik	64
IX. ELEKTRONİK İMZA	65
A- Genel Olarak	65
B- Dijital İmza	67
C- Biyometrik İmza	70
D- Güvenli Elektronik İmza.....	71
X. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE İFA.....	74
XI. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE İSPAT SORUNU	77

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

I. GENEL OLARAK.....	81
II. UYGULANACAK HUKUK KURALLARININ BELİRLENMESİ.....	83
A- MÖHUK m.24 Kapsamındaki Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk.....	83

1. Hukuk Seçiminde Yabancılık Unsuru	84
2. Uygulanacak Hukukun Tarafların Seçimine Göre Belirlenmesi	87
3. Hukuk Seçiminin Geçerliliği	92
4. Uygulanacak Hukukun Objektif Kriterlere Göre Belirlenmesi	94
a. İlgili Kavramlar	94
(1). En Sıkı İlişkili Hukuk	94
(2). Karakteristik Edim	96
b. En Sıkı İlişkili Hukukun Belirlenmesi	98
c. Karakteristik Edim Borçlusunun Çeşitli Kriterleri Esas Alınarak Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	101
(1). İş Yeri	101
(2). Mutad Mesken	103
d. Sözleşmeyle Daha Sıkı İlişkili Hukukun Bulunması	105
4. Akit Statüsü	107
B- Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	108
1. Genel Olarak	108
2. Seçilen Hukuka Tabi Olma	109
3. Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması Halinde	110
C- Elektronik Sözleşmelere İlişkin Özel Durumlar	115
1. Elektronik Sözleşmelere Yönelik Maddi Özel Hukuk Kuralları	115
2. Kamu Düzeni	115
3. İspat	117
a. Delillerin İspat Gücü	117
(1). İspat Yüğü	117
(2). Delil ve İspat Konularında Lex Fori Uygulaması	119
b. Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Elektronik Belgelerin İspat Gücü	121
III. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ	124
A- Genel olarak	124
B- Devlet Yargısı	126
1. Yetki	126
a. Tacirler Arası Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti	127

b. Yetki Anlaşması.....	130
c. Tüketici Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti.....	132
2. Esasa İlişkin Uyuşmazlık Çözümü.....	136
C- Tahkim.....	136
1. Genel Olarak Tahkim ve Tahkim Sözleşmesi.....	136
2. Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği	138
3. On-line Tahkim	142
D- Arabuluculuk	146
1. Genel Olarak Arabuluculuk	146
2. Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü	148
3. On-line Arabuluculuk	150
SONUÇ.....	152
KAYNAKÇA	159

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B2B	: Business to Business
B2C	: Business to Customer
bkz	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
EDI	: Elektronik Veri Değişimi (Electronic Data Interchange)
EİK	: Elektronik İmza Kanunu
ET	: Erişim Tarihi
ETDHK	: Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
ETKK	: Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu
ETMK	: Elektronik Ticaret Model Kanunu
FOB	: Free On Board
HccH	: Hague Conference on Private International Law
H.D.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK:	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
ICC	: Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
INCOTERMS	: International Commercial Terms
ISS	: İnternet Servis Sağlayıcı
K.	: Karar
LRA	: Locus Regit Actum
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
OECD	: İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (Organisation for Economic Co-operation and Development)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SET	: Secure Electronic Transaction
SSL	: Secure Socket Layer
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UN-CEFACT	: Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma İşlemleri Kolaylaştırma Merkezi (United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business)
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law)
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol	: Volume
WTO	: Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization)
WWW	: World Wide Web

ÖNSÖZ

Sözleşmelerin elektronik ortamda kolay ve hızlı bir şekilde yapılması ve beraberinde yabancılık unsurunu oluşturmaması artık çok olağan hale gelmiştir. Yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerin bu kadar yaygınlaşmasında teknolojinin gelişmesi büyük etkindir. Gelişen teknoloji ile birlikte artan yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde zorlukların çıkması da muhtemeldir. “ Milletlerarası Özel Hukukta Elektronik Sözleşme “ adlı bu çalışmada, yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların MÖHUK çerçevesinde çözümünün nasıl olacağı incelenmiştir.

Bu çalışma Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans programı kapsamında, Aralık 2015 tarihinde Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost, Yrd. Doç. Dr. Burcu Özkul ve Yrd. Doç. Dr. Necla Öztürk’ ün oluşturduğu jüri önünde savunulurak oy birliği ile kabul edilmiştir. Savunma sırasında değerli jürinin çeşitli önerileri dikkate alınarak gerekli düzenlemeler yapılmış ve son halini almıştır.

Tez danışmanlığımı yürüten akademik hayatımda çok büyük etkisi olan, Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost’ a tezin oluşmasında fikir ve yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyip emek verdiği için şükranlarımı sunarım.

Tez jürisinde bulunan Yrd. Doç. Dr. Burcu Özkul ve Yrd. Doç. Dr. Necla Öztürk’ e değerli vakitlerini ayırdıkları, teze önemli önerilerde bulunup bana ışık tuttukları için çok teşekkür ederim.

Tüm eğitim sürecimde bana ilham veren, akademik hayata başlamama vesile olan hakkını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim hocam ve babam Doç. Dr. M. Fahrettin Önder’ e bana her zaman destek olduğu için teşekkür ederim.

Son olarak tezin yazımı sırasında tüm sıkıntılarımı görüp, her zaman benim yanımda olan ve her türlü desteği veren sevgili eşim Ömer Faruk’ a, manevi desteklerini her zaman hissettiğim bana güven ve güç veren anneme, kardeşlerime ve eşimin ailesine gönülden teşekkür ederim.

GİRİŞ

Günümüzde hızla gelişen teknoloji ile birlikte hayatımızın işleyişi de değişmektedir. Bu anlamda ticaret alanında da hızlı gelişmeler yaşanmaktadır. Ticaretin dünya var olduğundan bu yana olduğu düşünüldüğünde, ticaretin hayatımızda vazgeçilmez bir yeri olduğu söylenebilir. Çünkü her an insanlarla iç içe yaşamının sonucu olarak, insanlar her türlü hukuki ilişki içerisinde bulunabilir. Örneğin; alışveriş merkezinden ihtiyacımız olan yiyecek veya giyecek bir şey almak, insanların birbirleriyle yapmış olduğu bir hukuki ilişkinin örneğidir.

Ticaret çok kapsamlı bir alandır. Hangi tür ticaret olursa olsun, karşılıklı iletişim olmadan bir sonuç elde edilmesi mümkün değildir. İletişimin çok farklı vasıtalarla yapılabilmesi, ticaretin uygulamasına yönelik farklı yöntemler ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Tezin birinci bölümünde elektronik sözleşmelerin temeli olan elektronik ticaret incelenmiş olup, ardından Türk Borçlar hukuku açısından elektronik sözleşmelerin değerlendirilmesi yapılmıştır. Elektronik ticaretin çok çeşitli tanımları mevcuttur. Ancak genel olarak elektronik ticaret, internet ve diğer iletişim vasıtaları kullanılarak, fiziki ortamda bulunmaksızın mal veya hizmet satımı gibi ticari faaliyetler olarak tanımlanabilir. İşte bu faaliyetler kapsamında yapılan sözleşmeler de, elektronik sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir.

Tezin konusu olan elektronik sözleşmeler, aslında ayrı bir sözleşme türü değildir. Elektronik sözleşmeler kuruluş ve ifası bakımından diğer sözleşmelere göre farklılık göstermektedir. Günümüzde bir sözleşme telefon, faks, otomatik arama makinesi, elektronik posta, web sitesi gibi çeşitli iletişim araçlarıyla kurulabilir. Tabi burada internetin de büyük önemi vardır. Çünkü internet üzerinden her şeyin daha kolay ve hızlı bir şekilde yapılma olanağı, internetin her alanda kullanılmasında büyük etki yaratmıştır. Kısacası sözleşmenin kuruluş unsurlarının elektronik ortamda cereyan etmesi o sözleşmeyi elektronik sözleşme haline getirir. Milletlerarası özel hukukta elektronik sözleşmelerin daha iyi anlaşılabilmesi için elektronik sözleşmelerin kuruluşu, geçerliliği, sözleşme için önem arz eden elektronik imza, sözleşmenin ifası, türleri ve ispat hususu ayrıntılı olarak incelenerek teze açıklık getirilmiştir.

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

Yabancılik unsuru taşıyan elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için uygulanacak kurallar 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerine göre belirlenebilir. Bu tezde elektronik sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m.24 üzerinden bir değerlendirme yapılmış olup, elektronik sözleşmenin tüketici sözleşmesi olması halinde uygulanacak hukuk, MÖHUK’ da ayrıca düzenlenen m.26 üzerinden belirlenmeye çalışılmıştır. Elektronik sözleşmelerde uygulanacak hukuk, öncelikle tarafların seçtiği hukuktur. Elektronik sözleşmelerde hukuk seçiminin kabul edilmesi, kullanılan iletişim aracına göre farklılık gösterebilir. Hukuk seçiminin yapılmaması halinde uygulanacak hukuk, sözleşmeyle sıkı ilişkili olan hukuktur. En sıkı ilişkili hukukun belirlenebilmesi için de karakteristik edim borçlusunun tespit edilmesi gerekir. Sözleşmelerin niteliğine göre de karakteristik edim değişecektir. Elektronik sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi buradaki temel noktadır. Karakteristik edimin tespitinden sonra da bu edim borçlusunun mutad meskeninin belirlenmesi gerekecektir. Elektronik sözleşmelerde, genellikle taraflar birbirlerini tanımadan sözleşmelerini kurduğundan, mutad meskeninin belirlenmesinde de sorunlar çıkabilecektir.

Elektronik sözleşmeler tüketici sözleşmesi niteliğinde ise, bu durumda uygulanacak hukuk tarafların seçimine göre belirlenebilir. Ancak burada tüketicinin mutad meskeninin emredici kuralları asgari sınır olarak belirlenmiştir. Söz konusu kurallar bertaraf edilmeden hukuk seçiminin yapılması mümkündür. Hukuk seçimi yapılmamış ise, tüketicinin mutad meskeni hukuku, sözleşmenin kanunda belirtilen

şartları taşıması halinde uygulanacaktır. Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet veya ilan sonucunda sözleşmenin kurulması şartının, elektronik sözleşmelerde yorumlanması gerekecektir. Tüketici sözleşmelerinde, tacirin tüketicinin mutad meskenine yönelik aktif faaliyeti elektronik ortamda yapması, tacirin kullandığı iletişim aracının yapısına göre değerlendirilmesi yerinde olacaktır. MÖHUK m.26' daki diğer şartlar, elektronik sözleşmelerin yapısının dışında kaldığından incelenmesine gerek kalmamıştır.

Uyuşmazlıkların çözüm yerine ilişkin olarak mahkemelerin yetkisi de MÖHUK m.40, m.45 ve m.47 üzerinden belirlenmeye çalışılmıştır. Kanun milletlerarası yetki kuralları için HMK' nın yer itibariyle yetki kurallarına atıf yaptığından, genel mahkeme olarak davalının yerleşim yeri, özel yetkili mahkemelerde sözleşmenin ifa edildiği yer hususları, elektronik sözleşmelerde nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmiştir. MÖHUK' daki münhasır yetki esasına aykırı olmamak kaydıyla yetki anlaşması da yapılabilir. Yetki anlaşması elektronik sözleşme hükümleri içerisinde yer alabilir. Aynı zamanda ayrı bir sözleşme halinde de yapılması mümkündür. Tüketici sözleşmeleri için yetkili mahkeme ayrıca düzenlenmiştir. Tüketici sözleşmelerinde yetkili mahkeme, tüketicinin seçimine bırakılmıştır. Tüketicie karşı açılacak davalarda da yetkili mahkeme tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerdir. Elektronik tüketici sözleşmelerinde de yetkili mahkemenin değerlendirilmesi çeşitli ihtimallere göre yapılmıştır.

Uyuşmazlıkların çözümü için devlet yargısına alternatif teşkil eden uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Taraflar uyuşmazlıklarını, bu yöntemlere başvurarak çözmek isteyebilirler. Bu sebeple tezde alternatif çözüm yöntemlerinden tahkim ve arabuluculuğun yapısı ve on-line tahkim/arabuluculuğun elektronik sözleşmelere uygunluğu değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK TİCARET ve ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMI

I. ELEKTRONİK TİCARETİN TEKNİK ALTYAPISINI OLUŞTURAN KAVRAMLAR

A- Genel Olarak

Ticaretin çok kapsamlı bir platform olması, ticari faaliyetlere etki etmiş ve işlemlerin daha hızlı, kolay yapılmasının yolları teknoloji ile birlikte geliştirilmiştir. Böylece ticaretin elektronik ortamda yapılması olanaklı hale gelmiştir. Elektronik ticaret, genel olarak satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmetlerini reel ortamda bulunmaksızın elektronik iletişim araçları ile piyasaya arz etmesine ilişkin tüm faaliyetler olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla elektronik ticareti daha iyi anlamak için öncelikle alt yapısı incelenmelidir. Bu sebeple ilk olarak elektronik ticaretin gelişmesinde büyük katkısı olan internet ve elektronik iletişim kavramlarına değinilecektir.

B- İnternet

İnternet kavramına geçmeden önce “ ağ ” kavramına değinmek gereklidir. Bilgisayarlar arasında bağlantı sağlayan ve aralarında veri aktarımına olanak sağlayan teknik altyapıya ağ denmektedir. Ağlar açık veya kapalı şekillerde olabilir. Kapalı ağlar, ön izne tabi veya dışarıdan katılımın mümkün olmadığı ağlardır. Kapalı ağlar, merkezi sisteme bağlı şekilde dizayn edilmiştir ve kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. İnternet şeklinde olan kapalı ağlar, özel bir yapıya sahip olup, sadece bir kurum içerisinde bulunan bilgisayarları birbirine bağlarken; extranet şeklinde olan kapalı ağlar ise, birden fazla kurumun bilgisayarlarını birbirine bağlayıp ürün ve hizmet sağlayan ticari girişimlerin sınırları önceden belirlenmiş bilgilere ulaşımı sağlar¹.

İnternet kavramı, birden fazla haberleşme ağının birleşmesiyle birlikte meydana gelen sosyal bir alanı temsil eder. İnternet, dünya üzerindeki tüm bilgisayarların

¹ FALCIOĞLU, Mete Özgür, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi Ve Kuruluşu*, Ankara 2004, s. 45; TESONE, Dana V., *Hospitality Information Systems And E-Commerce*, Canada 2006, s. 81.

birbirine bağılı olduğu ve bu bilgisayarlardan karşılıklı olarak iletişimi mümkün kılan bir sistemdir². İnternet teknik yapısı olarak, birbirlerine bağılı bilgisayarlardan meydana gelen bilgi ağıının olduğu bir ortamdır³. Milyonlarca bağımsız bilgisayar ve dahili bilgisayar ağıının bilgi değışimi hususunda, bilgisayarların iletişim kurmalarını sağılayan bir program paketi çerçevesinde, kısacası aynı ortak dili kullanmaları suretiyle varlık bulan ve işleyen internet, hiçbir kurum veya kuruluş tarafından idare ve kontrol edilmeyen bir iletişim ağıdır⁴. İletişim teknolojisinin bir ürünü olan ve küresel bilgisayar ağı sistemini içeren internet, dijital bilgilerin bilgisayarlar arasında aktarılmasını sağılamaktadır. Bir yerden başka bir yere gönderilen bilgi, tamamiyle hazırlamış olduğumuz şekliyle gitmez. Bilgisayar teknolojisi ile küçük paketlere ayrılarak bağımsız bir şekilde yolculuk yapar. Karşı tarafın bilgisayarına ulaştığında bu paketler tekrar birleşir ve en baştaki bütün haline döner. İnternet önceden tanımlanmış bir veya birkaç sınırlamalarla tasarlanmış olmadığından; farklı uygulamalara da açık olan esnek bir alt yapıya sahiptir⁵. Bu sebeple internetin hayatın her alanında karşımıza çıkmasıyla birlikte, ekonomik ve hukuki işlemlerde kolaylık sağılaması, interneti vazgeçilmez kılmıştır.

İnternetin mantıksal alt yapısı, internet üzerinden ileti aktarımında uyulması gereken bir süreç ve protokollerle esasın belirlenmesiyle oluşur. Bunlar internete erişim ile birlikte, iletinin gönderilmesi, yönlendirilmesi, saklanması, kontrolü ve olası hata düzeltimleri ile adresine ulaşma süreçleri hakkında göndericinin bilgilendirilmesi gibi konularda uyulması gereken kuralları içermektedir⁶.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin eski bir kararında internet şu şekilde belirtilmiştir; “ İnternet, birbirleri ile bağı bulunan bilgisayarlardan oluşan uluslararası ağıdır. İnternet, bireylerin dünya çapında haberleşmesi için tamamen yeni ve benzeri olmayan bir ortamdır “⁷. Anlaşıyor ki, internetin tek başına bir devlete ait

² SAĞLAM ATABARUT, İpek, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2003, s. 4.

³ KAYIHAN, Şaban / YILDIZ, Habib, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, 1. Bası, Ankara, 2004, s. 35.

⁴ İNAL, Emrehan, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul, 2005, s. 5.

⁵ SÖZER, Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2002, s. 10.

⁶ DEMİR, Mehmet, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara 2004, s. 128.

⁷ CANPOLAT, Önder, *E- Ticaret ve Türkiye’deki Gelişmeler*, TC. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, Ankara 2001, s. 10.

olması söz konusu değildir. Uluslararası bir yapı olmasından dolayı, tek başına interneti işleten, yöneten bir otorite söz konusu değildir.

İnternete çeşitli şekillerde ulaşabilmek mümkündür. Bilgisayarların sürekli olarak internete bağlı olduğu bir sistemde her an internete ulaşım sağlanabilmektedir. Ayrıca kişiler, bilgisayar gibi uygun alt yapıya sahip ve aynı işlevi gören cep telefonu veya benzer teknolojik araçlarla internete bağlanabilmektedir. Bu teknolojinin kullanılmasıyla dünyanın herhangi bir noktasında varolan bir bilginin güvenli bir biçimde saklanması veya istenildiği vakit bu bilgiye kolay, hızlı ve ucuz bir şekilde ulaşılabilir⁸. İlk olarak, kullanıcıların bilgisayarı, yerel ağ bağlantısı ile dahili bir bilgisayar ağının parçası olarak sürekli internete girebileceği gibi; ayrıca kullanıcılar modem veya telefon hattı vasıtasıyla, internete bağlı ve internete bağlanmayı mümkün kılan bir host-bilgisayar olan, erişim sağlayıcı bilgisayarı arayarak onun sağladığı bağlantı üzerinden de internete girebilmektedirler⁹.

İnternete erişimde internet servis sağlayıcıların (ISS) işlevi önemlidir. İnternet servis sağlayıcıların asli fonksiyonu; telekomünikasyon idarelerinden işletme hakkını aldıkları veri hatlarını, internete bağlanmak isteyen abonelere temin etmesidir¹⁰. İnternetin işleyişi kapsamında bir sağlayıcı, kullanıcının internete bağlanmasını sağlıyorsa, bu tür sağlayıcıya *erişim sağlayıcı*; kullanıcılar tarafından erişilmek üzere, verilerini internet ortamına sunuyorsa, buna da *içerik sağlayıcı* denilmektedir. İçerik sağlayıcılarına ” hosting ”¹¹ sağlayan, yani bunlara ait verileri, kullanıcılar tarafından çağırılmak üzere bilgisayarında depolayan sağlayıcılar ise, genellikle internet servis sağlayıcısı olarak adlandırılmaktadır. İnternet servis sağlayıcıları, internete sürekli olarak bağlı olduğu ve kullanıcıların internete erişimini sağlayan tüm sağlayıcılar olarak, yani erişim sağlayıcılarını da kapsayacak şekilde kullanılabilir¹². Kısacası

⁸ ÇAK, Murat, Dünya ve Türkiye’ de Elektronik Ticaret ve Vergilendirilmesi, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no:2002/6, İstanbul, s. 4.

⁹ İNAL, s.6. ve dipnot:11,host-bilgisayar; bir bilgisayar ağı aracılığıyla kendine bağlanmış bilgisayarlarla çeşitli hizmetler sunar bilgisayardır.

¹⁰ SAĞLAM ATABARUT, s. 10.

¹¹ “*Hosting* internet ağına sunulan web sayfalarına alan adları yolu ile ulaşılması sırasında web sayfasını kendi bilgisayarında barındırarak alan adının ilgili sayfaya yönlendirilerek ilgili sayfaya ulaşılmasını sağlayan hizmete denilmektedir.” SOYSAL, Tamer, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, 2005, http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-tamersoysal-9.htm#_ftn1, (ET:15.09.2016)

¹² İNAL, s. 7.

sanal ortama erişimi sağlayan, internetin altyapısını oluşturan sunuculara internet servis sağlayıcısı denilmektedir¹³.

İnternetin diğer uzak iletişim araçlarından en önemli farkı, küresel erişime açık, uluslararası, merkezi bir kontrolü olmayan, tamamen dijital verilere dayanan sanal iletişim ağına özgü bir bilişim teknolojisi olmasıdır. Küresel bir yapısının olması sebebiyle herkes her yerden internete ulaşabilmektedir. Bu sayede kişiler ulusal sınırlara takılmadan evrensel bilgi kaynaklarına ulaşabilmektedirler. İnternet içerisinde sınırsız bir bilgi topluluğunu barındırır. Sınırsız bilginin oluşumu, internetin küresel yapısından ve masraf ve zaman tasarrufundan internet ağındaki veri materyallerine ulaşabilme özelliğinden kaynaklanmaktadır¹⁴. İnternetteki bilginin bu kadar genişlemesi, elektronik ortamda ticareti de geliştirmiştir.

İnternetin multi medya olanağı sayesinde , bilgi ve belgeler görüntü ve ses olarak karşı tarafa iletilebilmekte ve kişiler bu belgeleri saklayabilme, değişiklik yapabilme veya aldığı kaynağa geri bildirimde bulunabilme imkanına sahip olmaktadır. Bu veriler sonuçta dijitalleştirilmiş bilgilerdir. Dijitallik niteliği gereği, dijital bilgilerin, gayri maddileştirme, her yerde bulunabilme, kopyalanma, içeriğini değiştirme ve bilgilerin bireyselleştirilmesi gibi özellikleri bulunmaktadır¹⁵. Bu işlevlerinden dolayı önemli bazı ispat sorunları ortaya çıkabilmektedir. Özellikle dijital bilgilerin bireyselleştirilmesi hususu, sözleşmede olması gereken irade beyanının, kişiden mi yoksa otomatik olarak işleyen bilgisayardan mı çıktığının tespiti zor olmaktadır. Bu ayrım, internet üzerinden iletişimin teknik yapısına ve hangi koşullar altında iletişimin kurulduğuna göre anlaşılabilir. Örneğin; tüketici, bir firmadan yazılım programı siparişini bildirirse, birkaç saniye sonra da satış vaadini ve yazılım programını teslim alsa, bu durum otomatik işleyen bilgisayar tarafından on-line olarak yapıldığı söylenebilir. Diğer bir açıdan; elektronik posta kullanılarak kullanıcı sıfatı ile beyanın karşı tarafa gönderilmesi tarzında sözleşmenin kurulması da elektronik ticaretin en büyük avantajıdır. Bu da elektronik ticaretin genişlemesine yardımcı olmuştur.

¹³ BAŞPINAR, Veysel / KOCABEY, Doğan, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, Ankara 2007, s. 76.

¹⁴ DEMİR, s. 125.

¹⁵ DEMİR, s. 126.

İnternet çok yönlü bir iletişim aracı olarak, elektronik ticaretin ayrılmaz bir parçasıdır. İnternet sayesinde bilgisayarlar üzerinden daha kolay ve hızlı bir şekilde işlemler yapılabilmektedir. Bu durum maliyet tasarrufunu da sağlamaktadır. Böylece internet sayesinde her alanda bir çok hizmet sağlanmış, uluslararası bir ticaret alanı oluşmuştur. Kişiler arasındaki uzaklık önemini yitirdiğinden, internetin çeşitli olanaklarından faydalanarak rahatlıkla ticari ilişki kurulma imkanı ortaya çıkmıştır.

C- Elektronik İletişim ve Özellikleri

İletişim genel itibariyle, kişilerin karşılıklı olarak bilgi alışverişinde bulunmasıdır. Bu bilgi alışverişinin uzaktan bir iletişim aracı ile yapılması halinde ise uzaktan iletişim söz konusu olmaktadır. Bu itibarla, teknolojik araç ve yöntemlerle yapılan iletişim genel olarak elektronik iletişimi ifade etmektedir. Geniş anlamda elektronik iletişim; bilgisayar, televizyon, radyo, teleks, faks ve benzeri teknolojik araçlar vasıtasıyla yapılan iletişimi ifade ederken; dar anlamda elektronik iletişim ise, bilgilerin veri mesajı şeklinde bilgisayarlar aracılığıyla hazırlanması, iletilmesi ve bilgisayar ekranında görüntülenmesi suretiyle, başta internet olmak üzere sadece ağlar üzerinden kurulan iletişimi ifade etmektedir. Kısacası dar anlamda elektronik iletişim internet vasıtasıyla kurulan iletişimdir. Geniş anlamda elektronik iletişim, bilgisayara duyulan ihtiyaçtan dolayı dar anlamdaki elektronik iletişimden ayrılır. Bilgisayarlar, insanlar arasında etkileşimi, verilerini insanların görmesini ve duymasını sağlayacak şekilde dönüştürerek sağlamaktadır. Böylece bu elektronik iletişimin sonucu olarak elektronik bir ortam oluşturulmuştur¹⁶. Elektronik ortam da bilginin bilgisayarlar tarafından sayısal verilere dönüştürülerek işlenmesi sonucunda sunulması ve insanlar tarafından kullanılmasıyla oluşan sanal ortama denilmektedir. Ayrıca elektronik ortamın insanlar tarafından algılanan kısmı ile bilginin elektronik ortamda varolması ve iletilmesi imkanını sağlayan yapısını ayırmak gerekir¹⁷.

23 Ekim 2014 tarihli 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun (ETDHK) da ticari iletişim; “*Alan adları ve elektronik posta adresi dışında, mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişim*” olarak tanımlanmıştır (m.2/b). Ticari iletişimde amaç,

¹⁶ FALCIOĞLU, s. 48.

¹⁷ FALCIOĞLU, s. 48.

bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgilerin muhataba ulaştırılmasıdır (ETDHK m.5/a).

Aynı Kanunda elektronik iletilerin gönderme şartı da düzenlenmiştir. Buna göre; “ *Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz. Ayrıca esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik iletiler gönderilebilir.*” (ETDHK m.6).

Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. İletide, hizmet sağlayıcının tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgileri yer alır (ETDHK m.7/2). Ayrıca iletide haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilir (ETDHK m.7/3). Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz.

Elektronik iletişimin özelliklerini de şu şekilde açıklanabilir; internet üzerinden kurulan elektronik iletişimde internete bağlanan tüm insanlar düşünüldüğünde bu iletişim türünün küresel bir yapısı olduğunu söylenebilir. Geniş anlamda elektronik iletişimin kullanılan araç ve yöntemlerine bakıldığında herbirinin coğrafi yapısı ve iletişime geçen kişi sayısının sınırlı olduğu görülmektedir. Örneğin televizyon aracılığıyla yapılan bir iletişimde belli bir yayın ve kişi sınırı vardır. Ancak internet aracılığıyla kurulan elektronik iletişimin küresel bir özelliği vardır¹⁸.

Elektronik ortamda gerçekleşen etkileşim, eş zamanlı veya eş zamansız olabilir. Örneğin, elektronik posta ile kurulan iletişim eş zamanlı sayılmazken, web sitesi aracılığıyla kurulan iletişimi eş zamanlı olarak nitelendiririz. İnternetle kurulan

¹⁸ FALCIOĞLU, s. 49.

elektronik iletişim, aynı zamanda etkileşimi olan bir kitle iletişim özelliğine sahiptir. Kitle iletişimi, basılı, görsel ve elektronik araç ve yöntemlerle birden fazla kişinin bulunduğu iletişim şekli olarak tanımlanabilir¹⁹. Bu iletişimde söz konusu olan bilgi, bir kaynaktan birçok kişiye ulaşabilir. Ancak her kitle iletişimi etkileşimli olmayabilir. Çünkü klasik kitle iletişim araçlarında her iki tarafta aynı anda etkin olmamaktadır. Bu anlamda internet aracılığıyla kurulan elektronik iletişimde her iki tarafta etkin konumdadır. Bilgisayar, akıllı telefon, tablet gibi araçlar yardımı ile bir kişinin birden fazla kişi ile iletişim kurabileceği gibi aynı zamanda birden fazla kişi de birlikte iletişim halinde olması mümkündür.

Elektronik iletişimin çoklu ortam uygulamalarına müsait bir yapısı vardır. Çoklu ortam kavramı, metin, görüntü, ses ve animasyonların aynı ortamda ve zamanda kullanma imkanının olmasıdır²⁰. Bu anlamda internet üzerinden kurulan elektronik iletişimin çoklu ortamda veriler aktarılabilir. Çoklu ortamın sağladığı yazılımlar sayesinde kişiler arasında her türlü duyu elektronik ortamda aktarılabilir. Böylece taraflar arasındaki iletişim oldukça kaliteli bir hale gelmektedir.

II. ELEKTRONİK TİCARETE KONU OLAN DEĞERLER

A- Genel Olarak

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

Bilgisayarlar ve iletişim ağları aracılığıyla elektronik yoldan girilen tüm hukuki işlemleri genel anlamda elektronik ticaret olarak nitelendirebilir²¹. Elektronik iletişim araçları ve internet sayesinde her türlü bilgiye rahatlıkla ulaşımın, birçok avantaj ve kolaylık sağlaması sebebiyle, bu platform en gelişmiş bir pazar haline gelmiştir. Tacirler, mal ve hizmetlerinin dünyaya duyurulması için gereken reklam ve

¹⁹ FALCIOĞLU, s. 49.

²⁰ FALCIOĞLU, s. 50.

²¹ KAYIHAN / YILDIZ, s. 36.

pazarlamayı gerçekleştirebilmek için elektronik araçlara ihtiyaç duymaktadır. Birbirlerinden farklı ülkelerde bulunan üretici firmalar, toptancılar, perakendeciler ya da tüketiciler, ihtiyaç duydukları ürünleri, kendilerine en uygun tedarikçiden elde etme imkanına, fiyat, kalite, teslimat ve ödeme koşullarına ilişkin her türlü bilgiye ulaşma imkanına sahiptir²². Kısacası internetin ticarete yaygın şekilde kullanılması, hem işletmeler arasındaki hem de işletme ve tüketiciler arasındaki elektronik araçlar vasıtasıyla kurulan sözleşmelerin gittikçe artmasına sebep olmuştur²³.

B- Elektronik Ticaret Kavramı

Çeşitli kuruluşların elektronik ticarete ilişkin tanımlamaları olmakla birlikte tek bir tanımının olduğunu söyleyemeyiz.

Dünya Ticaret Örgütüne (WTO)²⁴ göre; mal ve hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımların telekomünikasyon ağları üzerinden yapılan ticaret, elektronik ticareti ifade eder²⁵.

İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)²⁶ tarafından elektronik ticaret şu şekilde tanımlanmıştır; “genel olarak birey ve organizasyonların metin, ses ve görsel imajları kapsayan dijital verilerin aktarımına dayalı olarak ticari faaliyetleridir”²⁷.

²² SAĞLAM ATABARUT, s. 40.

²³ DEBUSSERE, Frederic, “International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union: Quid Novi Sub Sole?”, *International Journal Law and Information Technology*, Vol.10 No.3, Oxford University Press 2002, s. 344.

²⁴ World Trade Organization; çok taraflı ticaret sisteminin yasal ve kurumsal organıdır. WTO, hükümetlerin iç ticaret yasalarını ve düzenlemelerini nasıl yapacakları hususunda yasal bir çerçeve ortaya koymaktadır ve toplu görüşmeler ve müzakereler yoluyla ülkeler arasında ticari ilişkilerin geliştirildiği bir platformdur. WTO, 1 Ocak 1995'te kurulmuştur. Uruguay Round'a taraf olan ülkeler 15 Aralık 1993'te görüşmeleri tamamlamış ve Fas'ın Marakeş kentinde Nisan 1994'te "Nihai Karar" bakanlar tarafından imzalanmıştır. 15 Nisan 1994'te ilan edilen Marakeş Deklerasyonu, Uruguay Round'u görüşmelerini onaylamış ve Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) altında gerçekleştirilen yedi görüşmenin "dünya ekonomisini güçlendirdiği ve daha fazla ticaret, yatırım, istihdam ve gelir artışı sağladığı"nı ilan etmiştir. WTO, Uruguay Round'u görüşmelerinin şekillendiği ve bir anlaşmadır ve GATT'in devamıdır. WTO'nun esas fonksiyonları; topyekün olarak WTO'yu oluşturan çok taraflı ticaret görüşmelerini yönetmek ve uygulamak, çok taraflı ticaret görüşmelerinde bir forum olarak görev yapmak, ticari anlaşmazlıklarına çözüm aramak, milli ticaret politikalarını denetlemek ve bu amaçlarla global ekonomik politika yapımında görevli uluslararası kuruluşlarla işbirliğine gitmektir. https://tr.wikipedia.org/wiki/D%C3%BCnya_Ticaret_%C3%96rg%C3%BCt%C3%BC (ET:15.11.2016)

²⁵ CANPOLAT, s. 5.

²⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development; uluslararası bir ekonomi örgütüdür. OECD, 14 Aralık 1960 tarihinde imzalanan Paris Sözleşmesi'ne dayanarak, 1961'de kurulmuştur ve savaş yıkıntıları içindeki Avrupa'nın Marshall Planı çerçevesinde yeniden yapılandırılması amacıyla 1948 yılında kurulan Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü'nün (OEEC) doğrudan mirasçısıdır. Üyelerinin büyük

Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma İşlemleri Kolaylaştırma Merkezi(UN-CEFACT)²⁸ tarafından yapılan diğer bir tanıma göre ise; “ iş, yönetim ve tüketim faaliyetlerinin yürütülmesi için yapılanmış ve yapılanmamış iş bilgilerinin, üreticiler, tüketiciler ve kamu kurumları ile diğer organizasyonlar arasında elektronik araçlar üzerinden paylaşılması elektronik ticareti oluşturması şeklindedir. ”²⁹.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)³⁰ tarafından hazırlanan, Genel Kurulca 16 Aralık 1996 tarihinde kabul edilen Elektronik Ticaret Model Kanunu (ETMK), devletlerin ihtiyaçlarına göre veya olduğu gibi kabul edilmesi için hazırlanmış örnek bir kanundur. Diğer bir ifade ile ETMK’ nın amacı; elektronik ticaret ve elektronik sözleşmelerin karşılaştığı sorunların giderilmesi için devletlere rehber olmak ve bir kurallar bütünü oluşturmak maksadıyla milletlerarası bir uyum sağlamaktır³¹. UNCITRAL ETMK’ da elektronik ticaret geniş olarak alınmış ve kullanılan iletişim teknikleri sayılmıştır. Bu Kanunun ticaretle ilgili veri mesajlarına uygulanacağı belirtilmiştir. Veri mesajları ise, elektronik, optik vb. araçlarla oluşturulan, gönderilen, alınan veya saklanan bilgi olarak tanımlanarak, EDI(electronic

bir bölümü AB ve İUT üyeleridir, çoğunluğu da gözlemci üyelerdir. OECD ülkeleri sanayileşip zengin olmuş ülkelerdir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/OECD> (ET:25.11.2016)

²⁷ CANPOLAT, s. 5.

²⁸ United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business; Avrupa’da 1957 yılında başlayan ticaretin kolaylaştırılması için kurulan UNECE nin geleneğinden geliştirilerek 1996 yılında Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu bir hükümetlerarası organı olarak kurulmuştur. UN_CEFACT’ ın hedefi, "Küresel Ticaret için Basit, Şeffaf ve Etkili Süreçler" dir. Geliştirilen, gelişen ve geçiş ekonomisindeki, ticari ve idari organizasyonlara ürün ve hizmetleri etkili bir şekilde değiştirmelerinde yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla, küresel ticaretin büyümesine katkıda bulunma nihai amacı ile, bu işlemlerle ilgili süreçleri, prosedürleri ve bilgi akışlarını uyumlu hale getirerek ulusal ve uluslararası işlemleri basitleştirerek bunları daha verimli ve akıcı hale getirmeye odaklanmaktadır. <https://en.wikipedia.org/wiki/UN/CEFACT> (ET:25.11.2016)

²⁹ CANPOLAT, s. 5.; ALPTÜRK, Ercan, *Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergilendirilmesi*, İstanbul 2005, s. 509.

³⁰ United Nations Commission on International Trade Law; Birleşmiş Milletlerin uluslararası ticaret hukuku alanındaki temel yasal organıdır. UNCITRAL’ın faaliyeti uluslararası ticaretle ilgili kuralların modernizasyonu ve uyumlaştırılması ile ilgilidir. Kırk yılı aşkın bir süredir dünya çapında faaliyet göstermektedir. Ticaret, daha hızlı büyüme, daha yüksek yaşam standartları ve yeni fırsatlar anlamına geldiğinde, bu fırsatları dünya çapında artırmak için UNCITRAL, ticari işlemler üzerine modern, adil ve uyumlu kurallar üretmektedir. Bunlar arasında şunlar vardır; dünya çapında kabul gören sözleşmeler, model yasaları ve kuralları, yasal ve yasama kılavuzları ve pratik değeri olan önerileri, vaka incelemesi ve ticari hukukun düzenlenmesi ile ilgili güncel bilgiler, hukuk reform projelerinde teknik yardım, tekdüze ticari hukukta bölgesel ve ulusal seminerler., <https://www.uncitral.org/> (ET:25.11.2016)

³¹ FALCIOĞLU, s. 63.; ALPTÜRK, s. 510.

data interchange, elektronik veri değişimi) elektronik mesaj, telgraf, teleks ve fax da örnek verilmiřtir³².

ETMK, elektronik ticaretin hukuki açıdan problemlerinin çözümü için oluşturulmuş olup birçok devlet için kaynak oluřturmuřtur³³. Bu Kanun ayrıca sözleşmenin elektronik yöntemlerle kurulması konusunda belirlilik kazandırıp, milletlerarası ticareti geliştirmeyi amaçlamıştır. Bu Kanunla birlikte, elektronik ticaretin temelini oluşturan elektronik yöntemlerle kurulan elektronik sözleşmelerin tanınması, geçerliliği, işleyişi hakkında gerekli kurallar belirlenmiş, geçerli bir elektronik belgenin özelliklerinin tanımlanması yapılmış, ticari ve yasal amaçlar için elektronik imzanın gelişimi sağlanmış ve ayrıca bilgisayarlardan çıkan delillerin kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıřtır³⁴.

Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi 8 Haziran 2000 tarihinde bilgi toplumu hizmetlerinin belirli hukuki yönlerine ve özellikle elektronik ticarete ilişkin olarak 2000/31/EC Elektronik Ticaret Yönergesini kabul etmiřtir³⁵. Bu yönerge de elektronik ticarete ilişkin belirsizliği gidermek ve rekabeti, yatırımları, büyümeyi ve istihdamı artırıcı ve özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin gelişimine katkı sağlamasına yardımcı olan elektronik ticaret hukuki açıdan ele alınmıřtır³⁶. Ayrıca bu yönerge ile ye devletlerin elektronik ticarete yönelik mevzuatlarının birbiri ile uyum sağlamak istenmiştir. Ancak bu yönerge elektronik ticareti bütünüyle değil, sadece bazı yönlerini düzenlemiştir. Yönerge bilgi toplumu hizmetlerinden³⁷ bahsetmekle birlikte daha çok internet üzerinden gerçekleştirilen elektronik ticaretin hukuki boyutunu iermektedir³⁸.

ETDHK’ da elektronik ticaret “ *Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet* “ olarak tanımlanmıştır (m.2/a). Bunun yanında Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu’

³² KÜÇÜKPEHLİVAN, Olcay, *Sözleşmelerin İnternet Aracılığıyla Kurulması ve Geçerliliği*, Ankara 2006, s. 12, dipnot. 23.

³³ İNAL, s. 27.

³⁴ ALPTÜRK, s. 510.

³⁵ Erişim: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32000L0031> (ET:20.12.2016)

³⁶ İNAL, s. 42.

³⁷ İNAL, s. 43. Bilgi toplumu hizmetleri kavramı aynı yönergede şu şekilde tanımlanmıştır; “Kullancının bireysel talebi üzerine ve elektronik vasıtalar ile, kural olarak bir karşılık elde etmek amacıyla, uzaktan sağlanan her türlü hizmettir”.

³⁸ İNAL, s. 42.

na³⁹ (ETKK) göre elektronik ticaret “ bireylerin ve kurumların, internet veya intranet ortamlarında yazı, ses, görüntü biçimindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerin bütünü “ olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Diğer bir ifadeye göre; elektronik ticaret, malların veya hizmetlerin sunumuna yönelik işlemlerin, elektronik araçlarla yapılmasıdır⁴¹. Belirli sayıda kişiler arasında elektronik araçlar vasıtası ile kapalı ağlar içerisinde gerçekleştirilen elektronik ticareti sağlamaya yarayan, belirli bir sanal pazar ortamı olan ve sadece bu kişiler arasında veri aktarma ile sınırlı olmayıp işlevselliği yüksek küresel çaplı, açık ve hızlı internet üzerinden gerçekleştirilen ticari etkinliklerinin tamamı elektronik ticaret kapsamında değerlendirilmektedir⁴².

Elektronik ticarete kullanılan iletişim yöntemlerine göre geniş ve dar anlamda tanımlar yapılabilir. Geniş anlamda elektronik ticaretin; internet veya diğer iletişim araçların desteğiyle (örneğin; telefon, faks, e-posta gibi), reel ortamda olmaksızın, mal ve hizmetin satımı, tanıtılması, satış bedellerinin tahsili gibi işlemlerin, telekomünikasyon teknolojisi ortamında ticari ilişkilerin kurulması olarak tanımını yapabiliriz⁴³. Geniş anlamda elektronik ticarete ölçü, kurulan iletişim ilişkisinin ticari olması ve tarafların sıfatıdır. Elektronik ticarete ortak unsur ise, sadece kullanılan iletişim aracının elektronik işlevi ile ilgili olmasıdır. Ayrıca elektronik ticaret, mal ve

³⁹ “Türkiye’de elektronik ticaret çalışmaları ilk defa 1997 yılında Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu’nun (BTYK) yaptığı bir toplantı ile başlatılmıştır. Bu toplantıda, "Elektronik Ticaret Ağının" tesis edilmesi ve ülkemizde elektronik ticaretin yaygınlaştırılması amacıyla, bir çalışma grubu oluşturulması kararlaştırılmış ve yapılacak çalışmalarda koordinatörlük görevi (mülga) Dış Ticaret Müsteşarlığı'na (DTM), sekreteryaya görevi de TÜBİTAK'a verilmiştir. Bu Karar uyarınca, Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın başkanlığında ilgili kuruluşların katılımıyla oluşturulan Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu’nun (ETKK) ilk toplantısı, 1998 yılında yapılmış ve ETKK bünyesinde hukuk, teknik ve finans çalışma grupları oluşturulmuş ve çalışmalar yürütülmüştür. BTYK’nın 1998 yılındaki toplantısında öncelikle anılan çalışma gruplarının hazırladığı finans, teknik ve hukuk raporları sunulmuş ardından ülkemizde elektronik ticaretin geliştirilmesine ilişkin devletin uzun vadeli dört temel görevi olarak; teknik ve idari alt yapının geliştirilmesi, hukuki alt yapının kurulması, elektronik ticareti özendirecek önlemlerin alınması ve ulusal politika ve uygulamalarla yurtdışındaki politika ve uygulamaların uyumlaştırılması şeklinde belirlenmiştir. Yine aynı toplantıda, Türkiye’de elektronik ticaretin yaygınlaştırılması ile ilgili düzenlemeler tamamlanıncaya kadar ETKK’nın görevini sürdürmesine ve kendi önerileri doğrultusunda bir eylem planı hazırlayarak uygulamayı izlemesine, sonuçları değerlendirerek, uygulamada ortaya çıkacak sorunları çözmeye yönelik yeni öneriler geliştirmesine karar verilmiştir.” <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/Hizmet%20Ticaret/Elektronik%20Ticaret/T%C3%BCrkiyede%20e-ticaret%20tarih%C3%A7esi%20devam%C4%B1.pdf?lve> (ET:25.10.2016)

⁴⁰ KAYIHAN / YILDIZ, s. 38.

⁴¹ İNAL, s. 14.

⁴² DEMİR, s. 120.

⁴³ KAYIHAN / YILDIZ, s. 39.

hizmetlerin üretim, reklam, satış, sigorta, dağıtım ve ödeme işlemlerinin bilgisayar ağları üzerinden yapılması şeklinde de tanımlanabilir. Dar anlamda elektronik ticaret ise; elektronik iletişim araç ve yöntemleriyle açık ve kapalı ağlar üzerinden sadece bilgisayar ağları üzerinden yapılan ticari faaliyetler olarak tanımlayabiliriz. En kısa ifade ile internet ticareti, dar anlamda elektronik ticaretinin tanımıdır. İnternet ticaretindeki işlemler ise; mal ve hizmet sürümü çerçevesinde, ürün siparişi için elektronik ortamda irade beyanını ortaya koyup, ödeme ile mal teslimi ya da hizmet ifalarının çevrim içi veya çevrim dışı ortamlarda gerçekleşen işlemlerdir⁴⁴.

Tüm bu tanımlar sadece satıcı ile alıcı arasındaki ilişkileri kapsamayıp, çok yönlü ilişkileri, olabilecek tüm ticari işlemleri de kapsamaktadır. Bu sebeple ticari sonuçlar doğuran ya da ticari faaliyetleri etkileyen, destekleyen eğitim, tanıtım, reklam, kamu oyunu bilgilendirme gibi araçlar için elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerde elektronik ticaret kapsamında ele alınmalıdır⁴⁵.

Elektronik ticaretin konusunu da, mal ve hizmetlerin işletmeler veya kişiler arasında elektronik ortamda elektronik iletişim araç ve yöntemlerin kullanılmasıyla pazarlanması ve sunulması oluşturur⁴⁶. Elektronik ortamda açık veya kapalı ağlar üzerinden mal veya hizmet ticaretinde; sayısal verilere çevrilmiş yazılı metin, ses, video görüntülerin elektronik ortama iletilmesi, ürünlerin tasarımı, tüketiciye pazarlama, üretimin ve ürünlerin sevk takibi, reklam bilgilendirme, sözleşme yapma, banka işlemlerinin yapılması, elektronik para çıkarma ve elektronik hisse satışı, açık artırmalarda, güvenilir üçüncü taraf işlemleri, vergilendirme ve vergi toplama gibi yapılan işlemlerin elektronik ticaret alanına girdiği kabul edilmektedir⁴⁷.

Elektronik ticarete her ne kadar akla ilk gelen e-posta ve paket hizmetleri gelse de, ürünler elektronik ortamda müşterilere sunulmakta ve on-line olarak sipariş verilip yine ödemeler de çoğunlukla on-line olarak yapılmaktadır. Kısacası mal veya hizmetlerin halka arz edilmesi ve teslim aşamalarını içeren her türlü işlemler internet ortamında kolaylıkla yapılabilmektedir.

⁴⁴ DEMİR, s. 199.

⁴⁵ CANPOLAT, s. 6.

⁴⁶ TIAN, Yan / STEWART, Concetta, "History of E-Commerce", *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools and Applications*, Editor: BECKER, S. Ann, Vol.1, New York 2008, s. 1.

⁴⁷ KAYIHAN / YILDIZ, s. 40.

Sonuç olarak elektronik ticaret çok kapsamlı bir platformdur. Dar ve geniş anlamda düşünülerek, elektronik ticaretin çerçevesi belirlenmek istenmiştir. Ancak özet olarak anlaşılan şudur ki, mal ve hizmetlerin reel ortamda olmaksızın çeşitli elektronik iletişim vasıtalarıyla daha çok internet kullanılarak arz edilmesi ve buna bağlı her türlü ticari ilişkilerin kurulması elektronik ticareti oluşturur. Buna bağlı olarak elektronik ticaretin konusunu oluşturan mal ve hizmet anlayışı alt başlıklarda anlatılacaktır.

C- Mal Satışı

Elektronik ticaretin en çok karşımıza çıkan uygulaması mal satımıdır. Mal kavramı ekonomik değeri bulunan, para ile değiştirilmesi mümkün olan bütün değerleri içermektedir. Daha açık bir ifadeyle mal kavramına kıyafetler, kitaplar gibi burada sayamayacağımız her türlü tüketici ürünleri girebilir. Bu anlamda her değer, mal kavramına girmekte olup, sözleşmenin konusu yapılabilir. Nitekim Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde⁴⁸ mal şu şekilde tanımlanmıştır; Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallardır (m.4/b).

Hukukumuzda satım sözleşmelerinde menkul ve gayrimenkul satımları şeklinde ikili bir ayırım vardır. Taşınmazların satımı sözleşmesinin geçerliliği için 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) öngördüğü resmi şekle uyulması gereklidir. Bir taşınmazın elektronik sözleşme ile satışı güvenli elektronik imza ile yapılsa bile geçerli değildir⁴⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun' da (TBK) taşınır satışının konusunun TMK uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışı olacağı belirtilmiştir (m.209/1). Taşınır eşya satımına sadece maddi mallar değil, maddi olmayan mallarda konu olabilir. Maddi olmayan mallara, fikri ve sınai haklar, işletmenin sahip olduğu patent, şirketlerdeki ortaklık hakları gibi birçok

⁴⁸ 7 Kasım 2014 tarihli 29188 sayılı Resmi Gazete

⁴⁹ FALCIOĞLU, s. 115.

haklar verilebilir. Dolayısıyla klasik taşınır satışı sözleşmesinin konusunu oluşturan unsurlar, elektronik sözleşmelerin de konusu olabilir⁵⁰.

Elektronik mal satım sözleşmelerinin konusunu bir veri taşıyıcısının kaydetmiş olduğu bir bilgisayar programının satışının, klasik satım sözleşmeleri ile aynı doğrultuda değerlendirilmelidir. Maddi olmayan mallar satıcıya ödenen bir bedel karşılığında sürekli kullanımı olan elektronik ortamda açık veya kapalı ağlar üzerinden alıcıya aktarılması konusunda anlaşılan sözleşme bir satım sözleşmesidir⁵¹. Hal böyle olunca diğer klasik satım sözleşmelerden ayrılmasına gerek yoktur.

Tüm maddi ve maddi olmayan malların siparişleri her türlü vasıtalarla verilebilir. Siparişlerin internet üzerinde de verilmesi mümkündür. Maddi malların teslimatı ise posta veya kurye ile yapılmaktadır. Elektronik sözleşme olarak değerlendirilen sözleşmeler elektronik ortamda yapılmakta ve alıcı borcunu genellikle elektronik ortamda (kredi kartı, banka havalesi gibi) yapar. Satıcı da borcunu geleneksel yöntemlerle yerine getirmektedir. Bu konu üzerindeki ayrıntılar ilgili yerlerde anlatılacaktır.

Elektronik ticaret kapsamındaki sözleşmelerin konusunu dijital ürünler de oluşturabilir. Dijital ürün temininde her türlü işlem elektronik ortamda gerçekleşmektedir. Her iki taraf da ifasını dijital ortamda yapmaktadır. Alıcılar ödemelerini çoğunlukla elektronik ortamda kredi kartı ile yapmaktadırlar. Bu tür sözleşmelerde fiziksel olarak bir ifa bulunmamaktadır. Her türlü işlem sanal ortamda gerçekleşmektedir. Ayrıca yazılımlar, video, kitaplar, müzik, gazeteler veya dergiler gibi dijital ürünlerin fiziken alıcıya teslim edilmesi söz konusu değildir. Satıcılar bu tür ürünleri, karşı tarafa internet üzerinden veya dijital olarak ulaştırarak, zamandan ve maliyetten azalmasıyla kazanç sağlamaktadırlar. Satıcı, istenilen ürünü alıcıya download edilmesiyle edimini yerine getirmiş olur. Dijital ürünler olarak da bilgisayar yazılımları, müzik parçaları, filmler ve anti-virüs programlarını örnek gösterilebilir.

⁵⁰ FALCIOĞLU, s. 117.; SÖZER, s. 23.

⁵¹ FALCIOĞLU, s. 118 vd.

D- Hizmet Sağlanması

Hizmet kavramı “ genel olarak, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ve alışverişe konu olabilen taşınır veya taşınmaz eşya ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanmış görüntü, ses gibi soyut eşyanın temin veya sunulması dışında kalan her türlü bedeni ve fikri faaliyet olarak ” tanımlanabilir⁵². Hizmet sunumuna ilişkin sözleşme, bir hizmetin yerine getirilmesinin taahhüdü ve kabulünden oluşur. Sözleşmenin yapılması ve ifası internet üzerinden gerçekleşmektedir. Elektronik ticaret kapsamındaki bir elektronik sözleşmenin konusunu oluşturan bir hizmet temininde, fikir ve bedeni emek ön plandadır. Örneğin; bir dükkandan standart bir yazılım programı satın almayı mal satışı olarak değerlendirirken; bir firmadan sipariş üzerine bir yazılım programının hazırlanmasını ücret karşılığı istemek, hem fikri hem de bedeni emek içeren bir hizmet temini sözleşmesidir⁵³.

Hizmet temininde bir taraf, genellikle web sayfası üzerinden diğer tarafa bir hizmeti gerçekleştirme taahhüdünde bulunmaktadır. Havale-virman gibi on-line bankacılık işlemleri, uçak bileti temini, hisse senedi alım satımına ilişkin borsa hizmetleri, otel rezervasyonları, sanal eğitim hizmetleri gibi durumları hizmet teminine örnek gösterebiliriz⁵⁴. Örneklerden otel rezervasyonunu biraz açarsak; seyahat acentası, rezervasyonun yapılmasından sonra, müşteriye yine internet yolu ile rezervasyonun yapıldığını teyid eder ve müşteri otele gittiği zaman o kişi olduğunu ispat için kullanacağı referansı veya takip numarasını bildirir, bu bildirme belgenin fiziken müşteriye teslimi şeklinde de olabilir⁵⁵.

Web sayfası üzerinden hizmet sunucusunun hizmet temininde, fiziksel veya dijital ortamda ifa imkanlarından istediğini kullanabilirken, hizmet temin edenin hizmet karşılığını kural olarak dijital ortamda ücreti ödemektedir⁵⁶. Daha açık bir ifade ile hizmet temin eden, hizmeti temin eden şirkete ödeme için kredi kartı numarasını web sayfası üzerinden vermekte, karşı tarafta yani şirkette, hizmet bedelini belirtilen karttan kesmektedir.

⁵² AKKURT, Sinan Sami, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, *AÜHFD*, 60 (1), 2011, s. 24.

⁵³ SAĞLAM ATABARUT, s. 46.

⁵⁴ SAĞLAM ATABARUT, s. 46.; SÖZER, s. 24.; AKKURT, s. 28.

⁵⁵ SÖZER, s. 24.

⁵⁶ SAĞLAM ATABARUT, s. 47.

Elektronik ticarete *bilgi temini* de mevcuttur. Bilgi temininde her iki taraf içinde herhangi bir sorumluluk söz konusu değildir. Bu bilgiler web üzerinde herkese açıktır ve herhangi bir ücreti yoktur. Web üzerinde bilgi teminine; döviz kurlarının, deniz otobüsü tarifelerinin, hava durumunun, günlük gazetelerin, tren ve uçak tarifelerinin vb. birçok bilginin sunulduğu sayfaları örnek verilebilir. Böylece bilgiler arası akış web sayfaları sayesinde tamamlanmaktadır. Hukuki açıdan web üzerinden herkese açık olarak yapılan bilgi temini değerlendirildiğinde, günlük yaşamda duraklarda, panolarda, ışıklı levhalardaki vb. yerlerde yapılan bilgilendirmeden farkının olmadığını söylenebilir⁵⁷.

III. ELEKTRONİK TİCARETİN TÜRLERİ

A- Genel Olarak

Elektronik ticarete yürütülen etkinliklerin gerçekleştirilme biçimi ve işlemlerdeki edimin ifasının fiziki ürün ve ya sanal ürün olmasına göre doğrudan ve dolaylı ticaret şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Bu ayrımda asıl önemli unsur elektronik sözleşmede söz konusu edimin internet ortamında yapılıp yapılmayacağıdır.

Fiziki varlığı olmayan ürünlerin satın alınıp ve teslim işlemlerinin tümünün elektronik ortamlarda yapılıp bitirilmesi doğrudan elektronik ticareti oluşturur. Geniş anlamda bilgisayar yazılımı, oyun, müzik, film fiziki olmayan mal ve hizmetlerin sipariş verilmesi, dağıtılması ve ödemelerinin elektronik ortamda gerçekleştirilen elektronik ticarete doğrudan elektronik ticaret denilmektedir⁵⁸. Kısacası mal ve hizmeti konu alan işlemlerin her aşamasının elektronik ortamda yapılması halinde doğrudan elektronik ticaret söz konusudur⁵⁹.

Posta, kargo veya kurye gibi geleneksel yöntemlerle maddeten dağıtımın yapıldığı fiziki malların, elektronik ticaretin konusu olması halinde ise dolaylı elektronik ticaret söz konusudur. Diğer bir deyişle, mal ve hizmeti konu alan işlemlerin bazı aşamalarının elektronik ortam dışında tamamlanması şeklinde yapılan elektronik ticarete, dolaylı elektronik ticaret denilmektedir.

⁵⁷ SAĞLAM ATABARUT, s. 48.; SÖZER, s. 26

⁵⁸ KAYIHAN / YILDIZ, s. 40 vd.

⁵⁹ FALCIOĞLU, s. 52.

Elektronik ticaret taraflar açısından tacirler arasında yapılan işlemler, tacirler ve tüketiciler arasında yapılan işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak ticari ilişkinin tarafı olmamakla birlikte, ticari faaliyetin yapılması sırasında bazı durumlarda idarenin de müdahale etmesi gereken durumlar olabilmektedir⁶⁰. Yani tacirler ve idare arasında bu işlemler elektronik ortamda yapılarak elektronik ticarete dahil olması söz konusu olabilmektedir. Ancak burada sadece tacirler arası işlemler ve tüketiciler arası işlemleri incelenecektir.

B- Tacirler Arasında Yapılan İşlemler (B2B-Business to Business)

Her işletme, iç ve dış süreci açısından iki şekilde değerlendirilmez. İç süreç için yönetim, finans, pazarlama ve insan kaynaklarını, dış süreç için ürün ve hizmetleri temin etme ve satışı örnek verebiliriz⁶¹. İşletmeler elektronik ticaret yaparak da, iç süreçteki işlemlerinin maliyeti azalmakta, dış süreçte de yeni müşterilere ulaşması ve piyasa paylaşımı artmaktadır⁶². Burada daha çok dış sürece ilişkin işlemler incenecektir.

Elektronik ticaretin bir bölümünü oluşturan tacirler arası işlemler, internet aracılığıyla yapılabilmesiyle birlikte aralarında sürekli iş ilişkisi olan tacirler arasında kurulan kapalı ağ sistemi içerisinde de gerçekleştirebilirler. Bu sistemin kurulmasına ilişkin temel sözleşmede, güvenlik açısından hükümlere yer verildiği gibi sistemin işleyişinden kaynaklı teknik ve hukuki sorunların çözümüne ilişkin hükümleri de içerir⁶³.

İşletmelerin kendi aralarında yaptıkları ticareti, ağlar üzerinden yani elektronik iletişim araç ve yöntemlerini kullanarak yaptıkları ticareti ifade eder. İşletmelerin kendi aralarında elektronik ticareti tercih etmeleri; tedarik giderlerini

⁶⁰ İNAL, s. 21.

⁶¹ MOCKLER, Robert J. / DOLOGIT, Dorothy G. / GARTENFELD, Marc E., “B2B E-Business”, *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools and Applications*, Editor: BECKER, S. Ann (EDS), Vol. 1, New York 2008, s. 9.

⁶² GATAUTIS, R., “Developing Competitive Advantages Through E-business of Lithuania’s SMEs”, *The Internet Society: Advances in Learning, Commerce and Security*, Editors: MORGAN, Konrad / SPECTOR, Mike, Boston, 2004, s. 270.

⁶³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul 2003, s. 28.

azaltması, iş akışlarında verimliliği artırması ve işletme maliyetlerini azaltması gibi etkenlerden kaynaklanmaktadır⁶⁴.

İşletmeler arası elektronik ticaret, birbirlerine hukuki ve ekonomik olarak bağımsız işletmeler arasında yapılabileceği gibi aynı zamanda aralarında hukuki ve ekonomik olarak bağlı işletmeler arasında da yapılabilir. Buradaki ayrım işletmeler arası elektronik ticaretin üretim veya işletme giderlerini karşılama amacına göredir⁶⁵. Üretim girdilerinin sağlanmasına yönelik işletmeler arası elektronik ticaret, genellikle aralarında hukuki ve ekonomik ilişki belirli sayıda işletme arasında yapılırken, işletme girdilerinin sağlanmasına ilişkin işletmeler arası elektronik ticaret çoğunlukla hukuki ve ekonomik yönden ilişkisi olmayan birçok sayıda işletme arasında yapılmaktadır. Örneğin; ana üretici bir işletme, üretim yaparken ihtiyaç duyduğu yan ürünleri, hukuki ve ekonomik açıdan ilişkisi olduğu işletmelerden karşılaması üretim girdilerinin sağlanmasına yönelik elektronik ticarettir. Diğerinde ise; ürünleri piyasada faaliyet gösteren işletmeler de, hukuki ve ekonomik açıdan ilişkisi olmayan işletmelerle arasındaki ticaret işletme girdileri için yapıldığının göstergesidir.

Daha genel ifadeyle bu ticaret kapsamında bir ticari işletmenin, ticari faaliyetine konu olan ürünün imalatçısı veya toptancısı tarafından hazırlanıp sanal ortamda incelenmesi için sunulan kataloglardan ürün seçimi, sipariş, faturalama ve ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesi; bir imalatçının, hammadde veya teçhizatın teminine ve ödemenin yapılmasına ilişkin işlemlerin yapılması; ticari işletmeler arası ortak projelendirme, tasarım ve mühendislik hizmetlerinin yürütülmesi; bankalar arası ticari işlemlerin gerçekleştirilmesi mümkündür⁶⁶.

C- Tacirler İle Tüketiciler Arasında Yapılan İşlemler (B2C-Business to Customer)

Elektronik ticaret denildiği zaman akla ilk gelen tacirler ve tüketiciler arasında yapılan işlemlerdir. Bu tür ticaret genel itibariyle işletme dışı yapılan perakendecilik faaliyetidir denilebilir⁶⁷. İşletme dışı perakendecilik televizyon, telefon gibi geçmiş

⁶⁴ FALCIOĞLU, s. 53.

⁶⁵ FALCIOĞLU, s. 53.

⁶⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 28.

⁶⁷ FALCIOĞLU, s. 53.

olan bir faaliyet olmasının üstüne elektronik pazarda yapılan satımlar, interneti toplumun büyük bir kesiminin kullanmasıyla birlikte artmış ve ekonomik anlamda önemli hale gelmiştir.

Tacirler ve tüketiciler arasında yapılan elektronik ticaret, mal ve hizmetlerin işletmelerden tüketicilere satımı ve satılmasıyla oluşan ticari faaliyettir. Uygulamada bu alandaki elektronik ticaret, mal ve hizmetin üretim aşamasında değil, tüketicilere ulaştırılması aşamasında kullanılmaktadır. Böylece coğrafi uzaklıkların zorlukları azalmış olmaktadır. Bu anlamda malların üretimden çıkıp, alıcaya ulaşım sağlanmasına kadar olan aşamada araçlara duyulan ihtiyaç en aza indirilmiştir. Ayrıca elektronik iletişimin artması ve araçların ortadan kalması; satıcıların alıcılara direk olarak mal ve hizmet sunmasını, alıcılar açısından da ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlere kolaylıkla ulaşmasını sağlamıştır⁶⁸. Ancak araçların tamamen ortadan kalktığı söylenemez. Aracısız elektronik ticaret ancak elektronik ortamda üretilen ve kullanılan mal ve hizmetlerde olabilmektedir.

IV. ELEKTRONİK TİCARETİN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

Elektronik ticaret özellikleri itibariyle hem sağlayıcı açısından hem de tüketiciler açısından bir çok kolaylıklar sağlamaktadır. Bu kolaylıklar sayesinde elektronik ticaretin gelişmesindeki temel unsurlar; ticari anlaşmaların ve ekonomik büyümenin gerçekleşmesine teşvikte bulunması, işletmeler arasındaki ölçek farkına bakılmadan rekabet şansının yakalanması, küresel düzeyde koordine edilip düzenlenmeyen faaliyetlerin, ticari açıdan gelişime açık olmaması gibi hususlar söylenebilir⁶⁹. Ayrıca elektronik ticaret, geleneksel pazar anlayışının sanal bir ortama taşınması, alım satım ve buna benzer işlemlerin hızlanıp yaygınlaşması, ekonominin işleyişinin yoğunlaşması, rekabeti artırması, ticari iş ve işlemlerin sürelerini aza indirip, ekonomide önemli olan zamanın etkisinin azalması gibi köklü değişikliklere sebebiyet vermiştir⁷⁰.

A- Elektronik Ticaretin Olumlu Yönleri

Elektronik ticaretin işletmeler ve tüketiciler açısından olumlu yönleri vardır:

⁶⁸ FALCIOĞLU, s. 54.

⁶⁹ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 5 vd.

⁷⁰ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 7 vd.

İşletmeler açısından düşünüldüğünde; genel olarak internetin beraberinde getirdiği potansiyel, pazarlama imkanları ve işlerin yapılmasındaki kolaylıkların olduğu görülmektedir. İhtiyaç duyulan bilgilerin hazırlanması ve sunulması internet ortamında yapılmaktadır. Bu da işlemlerin kırtasiye masrafları ödenmeksizin daha kısa ve hızlı şekilde yapılmasına yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla maliyet açısından çok karlı olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü reklam, pazarlama ve satış maliyetlerinde önemli derecede bir düşüş olduğu görülmektedir⁷¹. İşletmelerin tanıtımı bir web sitesi aracılığıyla yapması, geleneksel olarak yaptığı tanıtımlardan çok daha az maliyetlidir. Ayrıca işletmelerin pazarlama ağı kurmak için yaptıkları büyük yatırımlardan daha az maliyetle ürünlerini internet aracılığıyla pazarlayabilmektedirler. Elektronik ticaret sayesinde satıcı ve alıcı arasında doğrudan bir ilişki kurulabilmektedir. Bu ilişki sayesinde işlem maliyetleri düşmekte, araçlar yerine web sayfaları kullanılmaktadır. Web üzerinden yapılan alışverişlerde sipariş verme, form doldurma, siparişleri izleme gibi satış işlemlerinin bir kısmı, alıcılara geçtiğinden, maliyet düşmektedir⁷². Geleneksel ticarete ürünlerin siparişi ve teslim edilmesi arasındaki sürede stoklamanın yapılması gerekmektedir. Elektronik ticarete stoklama için yapılması gereken bir maliyet söz konusu değildir.

Zaman açısından düşünürsek de büyük bir avantaj olduğu aşıkardır. Çünkü internet üzerinden yapılan pazarlamanın zaman kısıtlaması yoktur. Günün her saati pazarlama yapmanın imkanı mevcuttur. Ayrıca siparişlerin alınması, hazırlanması, bölümlere ayrılması cevaplandırılması gibi işlemlerin vakit kaybedilmeden yapılabilmesi zaman açısından tasarrufu sağlamaktadır⁷³.

İnternet üzerinde yapılan ticaretlerde belli ölçekli işletmelerin olması gibi bir kısıtlama olmadığından, tüm işletmelerin kullanabilme olanağı piyasadaki fırsat eşitliğine yardımcı olmaktadır. Bu sebeple işletmelerin kullandığı web sitesinin içeriği, hızlı ve işlevselliği, etkinliği ve müşteri ile ilişkilerindeki başarısı değerlendirilmekte, bunun sonucu olarak kuruluşun yeri, konumu, mağaza büyüklüğü, sermayesi, çalışan

⁷¹ İNAL, s. 18.

⁷² SAĞLAM ATABARUT, s. 43.

⁷³ İNAL, s. 18.

sayısı, mağazanın fiziki görünümü gibi farklılık yaratan unsurların pazarlamadaki etkisi azalmaktadır⁷⁴.

İnternet, müşterilerin bilgi taleplerine, iş yoğunluğundan bazı soruların cevapsız kalmasına biraz olsun engel olur. İnternetin interaktif bir yapısı olduğu için müşterilerin her türlü sorusuna, isteğine kolayca cevap bulunabileceği gibi, işletmeler de, ürün veya hizmetleri ile ilgili en geniş bilgiyi sunmak ve hedef kitle tepkisini anında elde ederek, işletmesinin etkinliğini artırmaya fırsat bulur⁷⁵.

İnternetle iletişim sadece ulusal sınırlar içinde kalmadığından dolayı, her türlü küçük veya büyük işletmenin internet ortamını kullanarak ticaret yapması, uluslararası pazarda faaliyetini sağlamaktadır. Bu sayede işletmeler küreselleşerek, uluslararası pazarda kendine yer bulabilmektedir.

Elektronik ticaret, mal ve hizmet piyasalarının yapısını değiştirmekte, yeni ürünler, yeni pazarlama ve dağıtım tekniklerinin gelişmesine katkıda bulunup, hızlı bir şekilde ürün geliştirilmesi, test edilmesi ve müşteri ihtiyaçlarının karşılanmasını kolaylaştırıp, pazar talebindeki değişikliklerin karşılanmasını sağlamıştır⁷⁶. Elektronik ticaret aynı zamanda yeni birçok iş alanının ortaya çıkmasını da sağlayarak, istihdama katkıda bulunmuştur. Bu iş alanları, internet servis erişim ve içerik sağlayıcıları, web sayfası hazırlayıcıları gibi internet ile ilgili olabileceği gibi, insanların kendi evlerinden hizmet sunarak kazanç sağlaması gibi de olabilir⁷⁷.

Tüketiciler açısından düşünüldüğünde; elektronik ticaretin tüketiciler açısından ilk etkisi, fiziksel olarak yapılan alışveriş yerine, internet ortamında alışveriş yaparak zaman kazanılması ve daha kolay olmasıdır. Her vakit, yani yedi gün yirmidört saat alışveriş yapma imkanına sahip olunması, fiziksel olarak yapılan alışverişten daha fazla avantajlıdır. Tüketiciler aynı zamanda internet aracılığı ile ulusal sınırlar içerisinde kalmadan her yerdeki ürünler hakkında bilgi sahibi olarak karşılaştırma imkanına sahip

⁷⁴ İNAL, s. 18.

⁷⁵ İNAL, s. 19.

⁷⁶ CANPOLAT, s. 15.

⁷⁷ İNAL, s. 19.

olur. Bu sayede tüketiciler, ürünleri fiyat, ödeme koşulları, kalite, servis gibi yönlerden karşılaştırarak kendisi için en uygun olanını tercih etmesini kolaylaştırır⁷⁸.

B- Elektronik Ticaretin Olumsuz Yönleri

Elektronik ticaretin olumlu yönleri olduğu gibi olumsuz yönleri de mevcuttur:

İşletmeler açısından düşünüldüğünde; İnternet üzerinden yapılan ticaretin en büyük sıkıntısı, güvenlidir. “ *Hacker* ” adı verilen bilgisayar korsanları servis sağlayıcılarına, şirket bilgisayarlarına ve kişisel kullanıcılara müdahalesi sebebiyle internet üzerinden verilen bilgilerin güvenliği sağlanamamaktadır⁷⁹. Bir web sitesinin hackelenerek, site içerisinde yöneticilerin bilgi dahilinde olmadan bilgilerin silinmesi, kopyalanması, değiştirilmesi gibi işlemlerin yapılması, işletmeler için büyük zararlara yol açmaktadır. Her ne kadar bu sorunlar için programlar geliştirilse de bazen önüne geçilemez olabilmektedir.

Her ne kadar elektronik ticaretin artmasıyla birlikte yeni iş alanlarının ortaya çıktığı görülmekteyse de, eskiden süregelen bir ticaret olduğundan burada iş imkanı bulmuş olanların ayak uydurması hemen beklenemez. Bu sebeple gelişmekte olan ülkelerdeki işletmeler elektronik ticareti tam anlamıyla kullanamadığından, bu alanda elverişsiz durumda bulunduğu düşünülmektedir⁸⁰.

Tüketiciler açısından düşünüldüğünde; Güvenlik işletmeler açısından büyük bir sorun teşkil ederken, tüketiciler açısından da sorun oluşturmaktadır. Tüketiciler internet üzerinden yaptıkları alışverişlerde ödemelerini çoğunlukla kredi kartı aracılığıyla kişisel bilgilerini vererek yapmaktadır. Güvenlik sorunları sebebiyle de tüketicilerin kişisel bilgilerinin çalınmasıyla bir çok zararlar oluşabilmektedir. Çalıntı kredi kartları kullanılarak dolandırıcılık yapılması ve özel bilgi, program ve uygulamaların kolay bir şekilde denetim olmaksızın çoğalması ve çalınması elektronik ticaretin olumsuzluklarındandır⁸¹.

⁷⁸ İNAL, s. 19.

⁷⁹ İNAL, s. 20.

⁸⁰ İNAL, s. 20.

⁸¹ SARAMAN, Deniz; İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2012 (Yüksek Lisans Tezi), s. 33.

Tüketiciler aynı zamanda sipariş verilen ürünün, teslim edilen ürünle aynı olmamasından, teslimatta sorunların çıkabilmesi, web sitesi sağlayıcısının, satıcının veya ürün hakkında yeterli bilgiye ulaşamaması, ürünün istenilen kalitede olup olmadığının bazen anlaşılamaması gibi etkenlerden dolayı, tüketiciler elektronik ortamda alışveriş yapmada tedirginlik yaşamayabilmektedirler. Hepsinin ötesinde sosyal yapı düşünüldüğünde, insanların konuşarak, görüşerek ticari ilişki kurması, sanal ortamda ticari ilişki kurmasından çok daha etkilidir. Bu sebeple de elektronik ticaretin tüketicilerde toplumsal açıdan eksiklik ve zayıflık olduğu düşünülebilir⁸².

V. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

A- Genel Olarak

Sözleşme kurulmasında sözleşme serbestisi ilkesi mevcuttur. Herkes dilediği kişi ile sözleşme yapma hakkına sahiptir ve kimse de sözleşme yapmak için zorlanamaz. Taraflar sözleşmede istedikleri konuyu belirleyebildikleri gibi, sonradan içeriğinde değişiklik yapmada, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmakta serbestirler. Dolayısıyla kişilerin karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarında bulunmasıyla özgürce hukuksal ilişkiler kurabilmeleri sözleşme özgürlüğü gereğidir ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadığı müddetçe esaslı noktalarda anlaşarak, istedikleri konu ve şekilde sözleşme yapma hakkına sahiptir⁸³.

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK' nın esasının irade serbestisine dayandığı görülmektedir. Bu amaç doğrultusunda sözleşmenin kurulması için gereken irade beyanlarının açıklanması, açığa vurması gerekir⁸⁴. Bu sebeple amaç, iradelerinin birbirlerine uygun açıklanması olduğuna göre, iradelerin açıklanmasında kullanılan aracın bir önemi yoktur. Hangi araç kullanılırsa kullanılsın amaç hasıl oluyorsa, sözleşme kurulmasına engel değildir. Bu doğrultuda fonksiyonel eşitlik prensibi, sözleşmenin kurulmasında taraflar iradelerini internet aracılığıyla açıklaması ve diğer

⁸²İNAL, s. 21.

⁸³ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara 2013, s. 17.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. 1, 6. bası, İstanbul 2014, s. 503.; ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2013, s. 6 vd.; İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2014, s. 226.; TERCİER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H.Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, s. 178 vd.; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 29 vd.

⁸⁴ EREN, s. 127.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 84.

kanuni şartların varolması halinde sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir . Bu iki ilke sözleşmenin kurulması ve uygulanması açısından, varolan hukuk kurallarının internet aracılığıyla kurulan sözleşmelere uygulanacak şekilde yorumlanması bakımından oldukça etkilidir.

Bir sözleşmede karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının oluşumu bir tarafın diğer tarafa sunduğu teklifin kabul edilmesi üzerine olmaktadır. Yapılan öneriye karşılık uygun bir kabul beyanının olmasıyla sözleşme kurulur. Sözleşmede tarafların iradelerinin varlığı ve bunun açıklanması, sözleşmenin kurulması için esaslı unsurdur. Bunların olmaması halinde sözleşmenin kurulması mümkün değildir⁸⁵.

Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda elektronik sözleşme yer bulmamaktaydı. Gelişen teknolojiyle birlikte değişiklik yapılması gerektiğinden daha sonradan mülga Kanunun ilgili hükmüne elektronik sözleşmeleri ilgilendiren güvenli elektronik imzanın, elle atılan imzanın ispat gücüyle eşdeğer olduğu eklenmiştir (m.14). Bu değişiklikle birlikte yazılı olarak yapılması gereken sözleşme, elektronik ortamda da yapılması mümkün kılınmıştır.

1 Temmuz 2012 tarihinde 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmiştir. Elektronik sözleşmeler yaygın olarak görülse de, yeni kanunda buna ilişkin olarak ayrıca bir hüküm bulunmamaktadır. Yeni Kanunda da güvenli elektronik imzanın, el yazılı imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı belirtilmiştir (m.15). Bunun yanında elektronik ticaret alanında uluslararası gelişmeler dikkate alınarak, 6563 sayılı ETDHK kabul edilmiştir. Dolayısıyla elektronik ticarete ilişkin kapsamlı düzenleme 6563 sayılı Kanunda yapılmıştır. Bu sebeple elektronik sözleşmelere ilişkin düzenleme TBK da değil, ETDHK da yer almıştır.

Elektronik sözleşmeler, özel bir sözleşme tipi olmayıp, sözleşmenin kuruluş biçimini ifade eder⁸⁶. Bu sebeple, TBK’ nın sözleşmelere ilişkin hükümleri fonksiyonel eşitlik prensibi çerçevesinde, elektronik sözleşmelere yorumlanarak uygulanabilecektir. Fonksiyonel eşitlik prensibi, fiili ve hukuki durumda meydana gelen değişikliklere rağmen var olan bir hukuk kuralının temelinde bulunan amacın korunmasının

⁸⁵ İNAN / YÜCEL; s. 134.

⁸⁶ BAYRAM, Aziz Erman, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerinin Kurulması”, *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2015, yıl 28, S. 119, s. 334.

gerekliliğinden dolayı oluşmuştur. Daha açık bir ifadeyle bir hukuk kuralının temelinde yatan amacın gerçekleşmesi sonradan ortaya çıkan hukuki ve fiili değişiklikler engel olmamalıdır. Bu hukuk kuralının içinde amacın değişikliklere rağmen gerçekleşmesi için yorum farklılıklarına ihtiyacı vardır. Teknolojik gelişmeler sayesinde elektronik araçlar vasıtasıyla sözleşmelerin kurulması, klasik usullerle kurulan sözleşmelerden farklı değildir. Sözleşmenin kurulmuş sayılması için gereken, irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun açıklanmasının gerçekleşmesi halinde, irade beyanın açıklanmasında kullanılan aracın normalden farklı olması, kurulan sözleşmenin farklı bir sözleşme tipi olduğunu göstermez.

Bir elektronik sözleşmeden söz edebilmek için kurucu irade beyanlarının her ikisinin de elektronik ortamda yapılması gerekir⁸⁷. Elektronik ortamda bir sözleşme kurmak amacıyla bir tarafın diğer tarafa gönderdiği iletiye, karşı taraf elektronik ortam dışında fiziki olarak karşılık vermesi, kurulan sözleşmeyi elektronik sözleşme haline getirmeyecektir. Tüm bunlar ışığında tarafların her ikisinin de sözleşme kurmak amacıyla elektronik ortamda iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak bildirmesiyle kurulan sözleşme elektronik sözleşme kapsamına girmektedir.

Elektronik ticaretin günlük hayatımızda bu kadar önem kazanmasının temelinde elektronik sözleşmelerin yaygın bir şekilde kullanılması yatmaktadır. Bu sözleşmelere hukuki düzeni geçerlilik ve işlevsellik tanıdığı ölçüde de gittikçe genişleyecektir. Elektronik sözleşme, elektronik ortamda girilen hukuki ilişkilerin boyutunun sözleşmesel nitelik kazanmasıyla oluşan olgudur. Diğer bir açıdan elektronik sözleşmeler, sözleşmenin tümünün veya bir bölümünün bilgisayar ağları (internet ortamı) aracılığı ile iletişim sağlanarak oluşturulmasıyla ortaya çıkar⁸⁸. ETDHK' ya göre; telefon, çağrı merkezi, faks, otomatik arama makinesi, akıllı ses kaydedici sistem, elektronik posta ve kısa mesaj gibi vasıtalar aracılığıyla yapılan sözleşmeler, elektronik sözleşmelerdir. Ancak internet aracı kullanılarak yapılan tüm sözleşmeler elektronik sözleşme olarak kabul edilemez. Nitekim web sayfası kurulması, bir server üzerine reklam yapılması, internete bağlanabilmek için bir servis sağlayıcı ile sözleşme yapılması, elektronik sözleşme olarak nitelendirilmez. Kişinin dünyaya açılan bir

⁸⁷ BAYRAM, s. 334.

⁸⁸ GÜRPINAR, Bünyamin, Elektronik Sözleşmenin Hukuksal Boyutu Üzerine, ab.org.tr/ab07/bildiri/217.doc, (ET:25.05.2014)

mağaza oluşturup kullanacağı web sayfasının hazırlanmasını konu edinen sözleşme, bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir⁸⁹.

Elektronik sözleşmeler, internet aracılığıyla elektronik ortamda kurulur. Elektronik sözleşme kavramında yer alan elektronikten kasıt, sözleşmenin kuruluşu veya ifasında kullanılan araçlar için kullanılmasıdır⁹⁰. Bu sebeple, elektronik sözleşmeler ayrı bir sözleşme türü olmayıp, TBK’ daki sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmeler için de uygulanması gerekecektir.

UNCITRAL tarafından internet ortamında kurulan sözleşmelerle ilgili bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Çünkü internet aracılığıyla kurulan sözleşmeler, ayrı bir sözleşme tipi olarak değil, sözleşmenin kurulmasındaki bir yöntem olarak görülmektedir⁹¹.

Taraflar sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı noktalarında anlaşmalıdır. Objektiflikten kasıt, sözleşmenin türü ve tipik özelliklerinde anlaşmadır. Sübjektiflik ise; tarafların kendilerinin zorunlu kabul ettiği arzu niyetlerine göre sözleşmenin konusuna ilişkin hususlar sübjektif yönden esaslı noktalardır⁹². Bu noktada elektronik sözleşmelerde sübjektif yönden karşılıklı bir değerlendirme söz konusu olmadığından, sözleşmenin kuruluş aşamasında esaslı unsurlarda sürekli bir uyumun olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür sözleşme ilişkilerinde alıcı konumundaki kişinin, sözleşmenin şartlarında değişiklik yapma yetkisi yoktur. Çünkü bir web sayfası üzerinden yapılan bir satışı göz önünde bulundurursak, alıcı söz konusu malın özelliklerini, fiyatını uygun bulup kabul etmesi halinde sözleşmedeki sübjektif esaslarıda kabul etmiş sayılmaktadır. Nitekim bu tür satışlarda pazarlık söz konusu değildir. Sonuç olarak internet üzerinden kurulan sözleşmelerde tarafların esaslı noktalarda anlaşmış olmaları şartı ile diğer hususlarda anlaşmamış veya tartışmamış olsalarda bu durum sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. Bu hususlar daha sonradan tamamlanabilir.

⁸⁹ ATABARUT, s. 51.

⁹⁰ TURAN, Gamze, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *TBB Dergisi*, S. 77, 2008, s. 92.

⁹¹ KÜÇÜKPEHLİVAN, s.48.; İNAL, s. 33.

⁹² İNAN / YÜCEL, s. 175.; ALTINIŞIK, Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara 2003, s. 38.

İnternet üzerinden öneri ve kabulün varlığı ile kurulan sözleşmeye örnek ise; “Kodak işletmesi, Birlesik Krallık’ta bulunan internet sayfasında satışa sunduğu kamerası için 329 Euro yerine, yanlışlıkla 100 Euro yazmıştır. Bu yanlışlık giderilene kadar, yüzlerce sipariş, işletmenin internet sayfasına ulaşmıştır. Kodak işletmesinin, satışa sunduğu kamera için yaptığı öneriye karşılık, müşteriler tarafından yapılan kabul işlemi, sadece bilgisayar verilerinden olduğu, sözleşmenin kurulması için yeterli olmadığı savunmasına karşılık, mahkeme, internet aracılığı ile kurulan sözleşmenin müşterilerin internet sayfasına gönderdiği sipariş formu ile oluştuğu sonucuna varmıştır.”⁹³ verilebilir.

Kısacası sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan yan unsurlarda karşılıklı mütalaa yapılmaması veya daha sonra anlaşılacak üzere başka bir zamana bırakılması sözleşmenin kurulmasına mani değildir. İnternet aracılığıyla yapılan satışlarda, söz konusu malın teslim edileceği yer, zaman gibi hususlar dışında diğer noktalarda yani ad, nicelik, ürün ücreti gibi konularda anlaşmaya varmışlarsa, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu söylenebilir⁹⁴. Kısacası internet üzerinden sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşıldığı takdirde diğer hususlarda anlaşılmamış olursa dahi sözleşme kurulmuş sayılır.

B- Türk Hukukunda Elektronik Sözleşmeler

Elektronik sözleşme ile ilgili Türk hukuku mevzuatına sırayla bakmakta fayda vardır. Öncelikle 6563 sayılı ETDHK’ dan bahsedelim. Bu Kanununun amacı elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Kapsamı ise; ticari iletişimi, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülükler ve uygulanacak yaptırımlardır (ETDHK m.1). Elektronik sözleşmeler genellikle elektronik ticaret kapsamında yapıldığından konumuzla oldukça ilgilidir ve ilgili konular anlatılırken esas alındığı yerler olacaktır.

⁹³ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 62.

⁹⁴ SASSO, Lorenzo, Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation, Pravo.Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki, no.1, 2016, s. 210, <https://law-journal.hse.ru/data/2016/04/03/1126351062/%D0%A1%D0%B0%D1%81%D1%81%D0%BE.pdf>, (ET:20.11.2016)

Diğer bir mevzuat 7 Kasım 2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundur (TKHK). Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir (TKHK m.1). Kapsamı ise, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardır (TKHK m.2). Elektronik sözleşmelerin tacirler arasında yapıldığı gibi tüketici ve tacir arasında da yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, tüketici sözleşmesinin elektronik sözleşme olarak yapılması halinde elbette ki, bu Kanun dikkate alınmalıdır.

15 Ocak 2004 tarihli 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK) da elektronik sözleşmeler için önem arz etmektedir. Bu Kanunun amacı, elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenlemektir (EİK m.1). Bu Kanun, elektronik imzanın hukuki yapısını, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerini ve her alanda elektronik imzanın kullanımına ilişkin işlemleri kapsar (EİK m.2). Sözleşmelerin kurulmasında irade beyanlarının şekle uygun olarak tamamlanması niteliğindeki elle atılan imzanın güvenli elektronik imzayla atılması aynı hukuki sonucu ifade etmesi önemlidir. Bu sebeple EİK elektronik sözleşmelerin oluşturulmasında dikkate alınacaktır.

Elektronik sözleşmelerin sözleşme olmalarından bahisle borçlar hukukundaki yeri düşünüldüğünde 6098 sayılı TBK' nın sözleşmeye ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmelere de uygulanacaktır.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından “ Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik ”⁹⁵ yayınlanmıştır. Bu yönetmelik 6563 sayılı ETDHK' ya dayanılarak hazırlanmıştır. Bu yönetmeliğin amacı, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret işlemlerinin yapıldığı ağ üzerinde bulundurmakla yükümlü oldukları genel bilgiler ile sözleşme öncesinde ve sipariş sürecinde alıcılara sunmaları gereken bilgilere ve elektronik ticaret ile ilgili diğer

⁹⁵ 28.08.2015 tarih ve 29457 sayılı Resmi Gazete

uygulamalara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m.1). Kapsamı ise, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların ağ üzerinde mal veya hizmet satışına ilişkin sözleşme ve siparişlerdeki bilgi verme yükümlülükleri ile elektronik ticaretle ilgili diğer tedbirler olup, münhasıran elektronik posta, telefon araması, kısa mesaj veya elektronik ortamda doğrudan iletişime imkân veren benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmayacaktır (m.2).

Yine Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından “ Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik ”⁹⁶ yayınlanmıştır. Bu yönetmelik de 6563 sayılı ETDHK’ ya dayanılarak hazırlanmıştır. Amacı, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan ticari iletişime dair bilgi verme yükümlülüklerine ve ticari elektronik iletilerde uyulması gereken hususlara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m.1). Kapsamı ise, gerçek ve tüzel kişilerin mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak veya bunları başkaları adına yapmak amacıyla elektronik iletişim araçlarıyla yapılan her türlü ticari iletişimidir (m.2).

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği; Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlenmiştir. Yönetmeliğin amacı, mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenlemektir (m.1). Bu yönetmeliğin dayanağı 6502 sayılı TKHK 48 inci ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır. Elektronik sözleşmelerinin mesafeli sözleşme niteliğinde yapılması durumunda bu Yönetmelikte düzenlenen hususlar dikkate alınacaktır.

Başbakanlık tarafından “ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ”⁹⁷; düzenlenmiştir. Yönetmeliğin amacı, içerik sağlayıcıların, yer sağlayıcıların ve erişim sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

⁹⁶ 15.07.2015 tarih ve 29417 sayılı Resmi Gazete

⁹⁷ 30 Kasım 2007 tarihli 26716 sayılı Resmi Gazete

C- Elektronik Sözleşmelerin Türleri

Elektronik sözleşmeler, elektronik işlemin konusuna göre aşağıdaki şekilde ayırmak mümkündür.

Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler; Fiziki mal satımına yönelik olarak kurulan bu tür on-line sözleşmelerde, çarşı, süpermarket ve mağazalarda bulunan her türlü malın alım-satımı yapılabilmektedir⁹⁸. Sözleşme internet araçları ile sistem ağları kullanılarak kurulur ve alıcı ifasını elektronik araçlarla örneğin; havale veya kredi kartı ile yaparken satıcı posta yoluyla veya da kurye vasıtasıyla ifasını gerçekleştirir⁹⁹. Bu sözleşmenin internet üzerinde kurulmasından sonra, sözleşmenin icrası geleneksel yöntemlerle ödenebileceği gibi, sanal ortamda da ödeme yapılabilir (örneğin; kredi kartı ile ödeme). Aslında çoğu elektronik ortamda tamamlanan sözleşmelerin bütünlüğü için tüketiciler kredi kartı veya hesap kartı ile satıcıya ürün bedelini hemen öderler¹⁰⁰. Kısacası bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin kurulumu ve ifası elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir.

Dijital Ürün Satımına Yönelik Sözleşme; Sözleşmenin hem kuruluşunun, hem de ifasının internet üzerinden yapıldığı sözleşme türüdür. Öğretide internet veri bankası sözleşmeleri olan bu gibi sözleşmelerde bilgisayar yazılımları, müzik, film, kitap, makale vb. internet ortamındaki ürünlerin alıcının bilgisayara yükleme yöntemiyle indirip kayıt altına alınması mümkündür¹⁰¹. Bu sözleşme sonunda karşılıklı bir alışveriş söz konusudur ve alıcı veri bankasında araştırma yapabilme ve kullanım hakkı kazanırken, satıcı ise kredi kartı numarasını kullanmak suretiyle genellikle gelir elde eder¹⁰².

Hizmet Arzına İlişkin Sözleşmeler; Bu sözleşme türünde web sayfası sahibi şirket, karşı tarafa bir hizmet edimini üstlenmiştir. Sözleşmenin satıcısı konumundaki hizmet sunan web sayfası aracılığı ile hizmet sunma taahhüdü altına girerken, müşteri

⁹⁸ KAYIHAN / YILDIZ, s. 65.

⁹⁹ Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

¹⁰⁰ STONE, Peter, "The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation", *Information & Communication Technology Law*, Vol. 11, No. 2, 2002, s. 125., <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13600830220151828>, (ET:01.11.2016)

¹⁰¹ KAYIHAN / YILDIZ, s. 66., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 188.

¹⁰² Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

de belli bir miktar para ödeme yükümlülüğü altındadır¹⁰³. Elektronik ortamda sunulabilecek hizmetlere örnek olarak; bankacılık hizmetleri, sigortacılık hizmetleri, uçak, otobüs, otel ve tatil rezervasyonları, bilet temini, çeşitli eğitim hizmetleri sayılabilir.¹⁰⁴ Bu sözleşmelerde hizmet edimi internet ortamında gerçekleştirilmektedir¹⁰⁵.

Bilgi Edimine İlişkin Sözleşmeler; Bilgi ediminden başka herhangi bir edim üstlenilmeyen sözleşme türüdür. Döviz kurlarından faiz oranlarına, uçak tarifelerinden hava durumu bilgilerine kadar bir çok bilgi bu tip sözleşmelerle talep edenlere bildirilmektedir¹⁰⁶.

VI. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- Kurulma Anı Bakımından Hukuki Niteliği

Elektronik sözleşmelerin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılan bir sözleşme niteliği taşıması sözleşmenin kurulması ve hüküm doğurmaya başladığı anın tespiti bakımından öne çıkmaktadır. Hazırlar arasında yapılan bir sözleşme, tarafların doğrudan doğruya iletişim kurdukları ve anında cevap vermeleri imkanının bulunduğu bir ortamda yapılmaktadır. Hazır olmadan kasıt önerinin yapıldığı anda karşı tarafa ulaşmasıdır. Aslında burada önemli olan aynı ortamda bulunma değildir. Önemli olan önerinin anında ulaşmasıdır. Bu sebeple öneri anında karşı tarafa ulaştıktan sonra, mesafenin, coğrafi uzaklık ve yakınlığın bir önemi yoktur¹⁰⁷. Elektronik sözleşmelerde kullanılan araçlara baktığımızda örneğin telefonu ele alırsak; telefon görüşmesi sırasında taraflar birbirlerine irade beyanlarını araya zaman girmeden iletebilirler. Hazırlar arasında kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilmesi için araya fasılalar girmeden tarafların karşılıklı görüşüp anlaşabilmeleri gerektiği düşünüldüğünde telefonla görüşerek sözleşmenin kurulması hazırlar arasında kurulan bir sözleşme niteliği kazandığını gösterir.

Elektronik sözleşmelerin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında yapıldığının belirlenmesinde öncelikle dijital ortamda yapılan iletişimin incelenmesi

¹⁰³ Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,
<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

¹⁰⁴ ŞAHİN, s. 339.

¹⁰⁵ TURAN, s. 93.

¹⁰⁶ KAYIHAN / YILDIZ, s. 67.

¹⁰⁷ SAĞLAM ATABARUT, s. 53.

gerekmektedir. Sözleşmenin kurulmasında kullanılan araç, tarafların irade beyanlarını karşılıklı iletilmesi anlık meydana geliyorsa, yapılan sözleşme hazır lar arası sözleşmedir. Ancak irade beyanlarının arasına zaman aralığının girmesi söz konusu ise, yapılan sözleşme hazır olmayanlar arası yapılan sözleşmedir. Dolayısıyla öneriyi karşı taraf yapıldığı anda değilde, bir müddet sonra öğrenmesi durumunda ise hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmeden söz edilir. Hazır olmayanlar arasında iletişimin doğrudan doğruya, soru cevabın kesintisiz bir şekilde yapılma imkanı yoktur.

B- Özellikleri Bakımından Hukuki Niteliği

1. Katılmalı (İltihaki) Sözleşme Niteliği

Günümüzde, birçok mal ve hizmet üretilip topluma sunulmakta ve binlerce sözleşme yapılmaktadır. Üreticiler her seferinde aynı konu üzerinde yeniden sözleşmenin içeriğini hazırlamak yerine standart sözleşmeler üzerinden iş yapmaya başlamışlardır. Dolayısıyla tarafların sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında hiçbir şekilde tartışabilmesi söz konusu olmadığı katılmalı (iltihaki) sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Katılmalı sözleşmeler, “sözleşme şartlarını, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme kurulmadan önce ileride kuracağı, tüm satış sözleşmelerinde kullanılmak suretiyle ve karşı tarafında herhangi bir müzakere yetkisi olmadan, aynen kabul edeceği (veya reddedeceği) tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme türüdür”¹⁰⁸. Dolayısıyla sözleşmenin hükümleri taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmaktadır. Sözleşmeye taraf olmak isteyen kişinin iradesini kullanabileceği tek alan kabul veya red edebilmesidir¹⁰⁹.

Katılmalı sözleşmeler daha çok idare ve bireyler arasında görülmektedir. Örneğin; su, elektrik, telefon işletmeleri, uçak şirketleri ile yapılan sözleşmeler gibi. Ancak katılmalı sözleşmelerin sadece idare ve birey olması gerekmez. Aynı zamanda her iki tarafın özel hukuk süjesi olmalarıyla da bu tür sözleşmeler kurulabilir. Sigorta ve taşıma sözleşmeleri genellikle katılmalı sözleşme şeklinde kurulmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁸ KAYIHAN / YILDIZ, s. 90.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 229.; EREN, s. 215.

¹⁰⁹ SAĞLAM ATABARUT, s. 58.; EREN, s. 214.

¹¹⁰ SAĞLAM ATABARUT, s. 58 vd.; EREN, s. 214.

Katılmalı sözleşme ve genel işlem şartlarını birbirinden ayırt etmek gerekir. Katılmalı sözleşmelerde hiçbir surette sözleşmenin içeriği hakkında tartışma olanağı yoktur. Sözleşme şartlarından birine bile karşı tarafın müdahalesi olursa, bu sözleşme artık katılmalı sözleşme sayılmaz. Genel işlem şartları ise, TBK m.20' de tanımlandığı gibi tek taraflı hazırlanan sözleşme hükümleridir. Karşı taraf, sözleşme hükümlerini aynen kabul ettiğinde¹¹¹ katılmalı sözleşmeye dönüşmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin bazı hükümlerinde karşı tarafın bir takım teklifleri öne sürmesi, azda olsa sözleşme üzerinde serbestliği varsa, böyle bir sözleşme katılmalı sözleşme değil, genel işlem şartlarını içeren bir sözleşmeye girdiğini söylenebilir. Özet olarak, katılmalı sözleşme ve genel işlem şartlarının ortak noktası aynıdır. Her ikisinde de sözleşmenin tarafı olmak isteyen kişi, sözleşmeyi olduğu gibi kabul veya red etmekle karşı karşıyadır. Müzakere ortamının olduğu söylenemez.

Katılmalı sözleşme ve genel işlem şartlarının karıştırılmasının sebebi, katılmalı sözleşmelerde genel işlem şartlarının yer almasıdır. Katılmalı sözleşmelerde genellikle tek tarafın hazırladığı ve sözleşmenin kurulması için diğer tarafa sunulan sözleşme hükümleri genel işlem şartlarından oluşur. Genel işlem şartları önceden hazırlanan genel ve soyut nitelikli sözleşme hükümleri olarak katılmalı sözleşmeye hizmet eder. Tip sözleşmeler olarak nitelendirilen sözleşmelerde yoğunlukla genel işlem şartlarının içerisinde bulunduğu sözleşmeler olduğundan; tip sözleşmelerde genel işlem şartları yer alsa da, bu sözleşmeler uygulamada bilinen adlarıyla telaffuz edilirler. Örneğin; satış sözleşmesinde *satış genel koşulları* şeklinde söylenmesi gibi. Dolayısıyla katılmalı sözleşmeler, içerisinde genel işlem şartlarının da yer aldığı hükümlerin bir tarafın hazırlayıp, diğer tarafın kabul veya reddedeceği sözleşme türü olduğundan, genel işlem şartlarından ayrılmaktadır¹¹².

Elektronik sözleşmeleri bu açıdan incelediğimizde katılmalı sözleşme niteliğinde de kuralabildiği görülmektedir. Sözleşmenin içeriği taraflardan birinin önceden tespit ettiği şart ve hükümler çerçevesinde hazırlanmakta ve bu sebeple sözleşmenin karşı tarafı tek yanlı ve önceden hazırlanan bu içeriği tartışabilme imkanı olmadan

¹¹¹ SAĞLAM ATABARUT, s. 59.

¹¹² AYDOĞDU, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 6 vd, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz13-2/murataydogdu.pdf>, (ET:15.11.2016)

sözleşmeyi olduğu gibi kabul ederek kurulabilen sözleşmeler mevcuttur¹¹³. Bu gibi genel işlem şartları ve katımlı olarak kurulan sözleşmeler, sözleşme özgürlüğü prensibinin sınırlandırıldığı istisnai bir durumdur.

Elektronik sözleşmelerde taraflar irade beyanlarını dijital ortamda yaptıklarından karşılıklı müzakere etme imkanları bulunmamaktadır. Genellikle satıcı web sayfası üzerinden önceden hazırladığı sözleşme şartlarını sunar ve müşterinin bu şartları kabul etmesiyle sözleşme kurulur. Dolayısıyla bu şekilde kurulan sözleşmelerdeki hükümler herkes için geçerli olacaktır. Bu tür sözleşmelerde alıcı, sunulan sözleşme şartlarından başka bir şart sunmamaktadır. Tüm şartlar satıcının arzu ettiği şekilde hazırlanır. Ayrıca sonradan örneğin istenilen bilgilerde eksiklik olursa, işlemin tamamlanması mümkün olmayacaktır. Bir web sayfası üzerinden şartları önceden hazırlanmış sözleşme kurmak isteyen kişiye serbest hareket edeceği bir alan bırakılmamışsa, sadece satıcının bildirdiği şartları kabul etmek suretiyle bir sözleşme kuruluyorsa, bu elektronik sözleşme katımlı bir sözleşme niteliğine haizdir¹¹⁴.

2. Mesafeli Sözleşme Niteliği

Elektronik sözleşmeler, mesafeli sözleşme niteliğine sahip olabilirler. 6502 sayılı THKK mesafeli sözleşmeyi şu şekilde tanımlamıştır; “ *Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.* ”(m.48/1). Mesafeli sözleşmelerle ilgili maddede değinildiği gibi mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem üzerinden kurulması ve bu süreç boyunca uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gereklidir. Burada pazarlama yönteminin uzaktan olması ve bunun için gerekli bir sistemin varlığı ön plana çıkmış olup, ayrıca sözleşme kurulana kadar uzaktan iletişim araçlarının kullanılması halinde kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olacağı belirtilmiştir. Uzaktan iletişim araçları da Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.4/1-h’ de mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya

¹¹³ SAĞLAM ATABARUT, s. 56.

¹¹⁴ SAĞLAM ATABARUT, s. 61.

gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortamı olarak belirtilmiştir. Uzaktan pazarlama için oluşturulan sistemten kasıt ise, sağlayıcının mesafeli sürüme yönelik olarak organize ettiği bir satış veya hizmet ağı çerçevesinde faaliyet göstermesidir¹¹⁵. Dolayısıyla mesafeli sözleşme için sadece uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yeterli olmayıp, satıcı veya sağlayıcının kullandığı bir mesafeli sürüm sisteminin bulunması gereklidir. Zaten satıcı veya sağlayıcının tüketicinin korunması için yapmakla yükümlü olduğu bilgilendirme, belgelendirme gibi hususları yerine getirmesi için düzenli bir mesafeli sürüm sistemine ihtiyacı vardır. Ayrıca satıcı veya sağlayıcı mesleki ve ticari faaliyeti kapsamında mal ve hizmet sunumlarının tümünü veya bir kısmını bunun için hazırladığı düzenli mesafeli sürüm sistemi içerisinde yapmalıdır. Burada sözleşmenin söz konusu sistem içerisinde kurulması önemli olup, taraflarca tesadüfen bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracıyla sözleşme kurulmamalıdır¹¹⁶.

Daha önce de değinildiği gibi hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmeden söz edebilmek için, taraflar aynı fiziksel ortamda bulunmaması yetmeyip, aynı zamanda bir tarafın irade beyanının anında karşı tarafa ulaşmaması halinde, birbirlerine beyanların iletilmesinde zaman faktörünün bulunduğu sözleşmelerdir. Bu doğrultuda hazır olmayanlar arası sözleşmeler ile mesafeli sözleşme kavramlarından, yorum ile aynı sonuç elde edilse bile her zaman bunları tespit etmek çokta kolay değildir. Hazır olmayanlar arası yapılan her sözleşme bir mesafeli sözleşmedir. Ancak her mesafeli sözleşme de hazır olmayanlar arası yapılan sözleşme değildir. Mesafeli sözleşme, taraflar sözleşmeyi kurma aşamasında iradelerini açıklaması ve birbirlerine ulaşması arasında zaman faktörü girmesi halinde ancak hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme niteliğini alır. Mesafeli sözleşmeler telefon, video konferans gibi karşılıklı iletişimin anında oluşabildiği araçlar vasıtasıyla hiçbir zaman bir araya gelmeyerek kurulsa bile, aralarına zaman aralığı girmediğinden, bu sözleşmeler hazırlar arası yapılan sözleşmelerdendir¹¹⁷.

¹¹⁵ YILDIRIM, Abdülkerim, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2009, s. 67.

¹¹⁶ YILDIRIM, s. 67.

¹¹⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 45.; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 101.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 215.

Elektronik sözleşmelerin niteliğinin tespitinde, sözleşmenin kuruluş tarzının esas alınması, mesafeli sözleşmeler açısından da önemlidir. Her iki sözleşmede bağımsız bir sözleşme tipini oluşturmaz¹¹⁸. Ancak mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek için tarafların tüketici ve satıcı/sağlayıcı olması gereklidir. Elektronik sözleşmelerde ise böyle bir ayrım söz konusu değildir. Elektronik sözleşmelerin mesafeli sözleşmeler gibi tüketici sözleşme niteliği olması şart değildir. Elektronik sözleşmeler, tüketicilerle yapılabileceği gibi, işletmeler arasında da yapılabilmektedir. Elektronik sözleşmelerde alıcı taraf eğer tüketici ise bu sözleşme mesafeli sözleşme niteliğine sahip olabilir. Mesafeli sözleşmelerde tarafların sözleşmenin kurulduğu an dahil olmak üzere kurulana kadar eş zamanlı fiziksel olarak biraraya gelmeme unsuru bulunmalıdır. Bu açıdan düşünüldüğünde; taraflar sözleşme kuruluna kadar biraraya gelip, ancak sözleşmenin elektronik iletişim araçları kullanılarak kurulması halinde taraflardan biri tüketici olsa dahi mesafeli sözleşmeden bahsedilemez¹¹⁹. Elektronik sözleşmelerde ise, tarafların sözleşme kuruluna kadar fiziksel olarak birarada bulunmama unsuru önemli değildir. Taraflar daha önceden birarada bulunup, daha sonra sözleşmelerini elektronik iletişim araçları ile kurmaları, bu sözleşmeyi elektronik sözleşme niteliğini kazandırır. Elektronik ticaret çerçevesinde yapılan elektronik sözleşmeler tüm bu hususlardan yola çıkarak, mesafeli sözleşmeye benzemekle birlikte birbirinden ayrılmaktadır. Sözleşmeyi kurmayı sağlayan elektronik iletişim araçlarının kullanılması her iki sözleşme içinde geçerlidir. Ancak fiziksel olarak birarada bulunmama unsuru ve alıcının tüketici olması mesafeli sözleşmede şart olması¹²⁰, elektronik sözleşmelerden ayıran noktadır.

Sonuç olarak elektronik sözleşmenin hukuki niteliği her sözleşmenin kendi durumuna göre belirlenmektedir. Elektronik sözleşmelerin kurulmasında kullanılan iletişim araçlarının niteliğine göre hazırlar arası veya hazır olmayanlar arası kurulan sözleşme olabilmektedir. Ayrıca ticaretin kolay yollarla yapılma imkanlarına dayanarak önceden hazırlanan sözleşme şartlarının sadece kabul ile kurulması sebebiyle katılmalı sözleşme niteliğinde olabilirler. Bunun dışında elektronik sözleşmeler mesafeli sözleşmeler niteliğinde de kurulabilirler. Elektronik sözleşmelerin tacirler arası veya tacirler ve tüketiciler arasında kurulabildiği düşünüldüğünde, ancak tüketici

¹¹⁸ YILDIRIM; s.106.

¹¹⁹ ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA; s. 100.

¹²⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 216.

sözleşmelerinde, mesafeli sözleşme niteliğinde kurulduğu söylenebilir. Dolayısıyla elektronik sözleşme taraflarının, eş zamanlı olarak fiziksel birarada bulunmadan, mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik kurulan sistem üzerinden uzaktan iletişim araçları ile sözleşme kurmaları halinde mesafeli sözleşme niteliğinde olacaktır.

VII. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞU

A- Genel Olarak

Sözleşmelerin kuruluşu için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının bulunması gereklidir. Bunun için de taraflar karşılıklı bir iletişim içerisinde beyanlarını bildirirler. İletişimin sadece yüzyüze olması şart olmayıp, çeşitli elektronik iletişim araçları ile de iletişim sağlanabilir. Elektronik sözleşmelerde kullanılan iletişim araçlarının incelenmesi, bu sözleşmelerin nasıl kurulduğuna yol gösterecektir.

B- Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşunda Kullanılan İletişim Araçları

TBK' da sözleşmeler için düzenlenen hükümler, elektronik sözleşmeler için de geçerli olup, karşılıklı birbirine uygun beyanlarda bulunmaları gereklidir. Elektronik sözleşmelerin kuruluşu çeşitli yöntemlerle; elektronik posta aracılığıyla, web site aracılığıyla, elektronik veri değişimi (EDI-Electronic Data Interchange) aracılığıyla, on-line kitlesel pazarlar aracılığıyla olabilir.

1. Elektronik Posta (E-posta/E-mail)

Elektronik posta fiziksel anlamdaki posta ile gerçekleştirilen gönderme işleminin dijital ortamda yapılmış halidir¹²¹. Bilgisayara kayıtlı bilgilerin internete özgü iletişim altyapısı üzerinden iletiler şeklinde karşı tarafa gönderilmesi amacıyla elektronik posta kullanılmaktadır. Diğer bir deyişle, bir mesajın bir bilgisayardan bir diğerine internet gibi bir iletişim ağıyla gönderilmesi işlemidir¹²².

Elektronik posta, sanal iletişim araçları içerisinde en çok tercih edilen iletişim araçlarındandır. Geleneksel iletişim araçlarıyla iletişim kurulması, elektronik posta üzerinden kurulmasına göre daha yavaştır. Çünkü elektronik postalarda iletişim daha

¹²¹ ŞAHİN, Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *TBB Dergisi*, S. 95, 2011, s. 339.

¹²² SAĞLAM ATABARUT, s. 15.

kolay ve hızlı olabilir. Ayrıca elektronik posta aracılığı ile kişiler yüzyüze görüşmeden aralarındaki mesafenin önemi olmadan iletişimi kolaylıkla kurabilmektedir. Elektronik posta aracılığı ile sadece mesaj değil buna ek olarak iletişim verileri de kolay bir şekilde karşı tarafa ulaşabilmektedir. Ayrıca elektronik posta mesajları, doğrudan insanlar tarafından hazırlanıp gönderilebileceği gibi standart metinlerin bilgisayar programları ile otomatik olarak oluşturulup gönderilebilir¹²³. Tüm bu hususlar internet üzerinden pazarlama yapan firmalar ve tüketiciler açısından avantaj sağlamaktadır.

Elektronik postalar genellikle elektronik ticaret alanında işletmelerin müşterilerine sipariş verme olanağı sunması yönünde kullanılır. Bu sistemde elektronik posta listeleri de kullanılabilir. Belirli bir konuya ilişkin olarak hazırlanan posta listelerine kaydolun posta kullanıcıları, satıcı tarafından sunulan mal ve hizmetler hakkında mesajları düzenli olarak kendilerine ulaşır. Elektronik posta listelerine kaydolmadan da, satıcı taraf mallarının tanıtımını içeren elektronik posta mesajını potansiyel gördüğü alıcılara pazarlama amacıyla katalog benzeri şekilde gönderebilir¹²⁴.

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

Elektronik posta hukuki açıdan diğer klasik haberleşme araçlarından, elektronik ortamda cereyan etmesiyle farklılık gösterir¹²⁵. Elektronik posta gerekli şartları taşıması halinde, hiçbir şart aranmadan kamuya açık bir elektronik iletişim yoludur. Elektronik posta mesajları, elektronik ortamın altyapısı olarak birer veri olarak ağ üzerinde TCP / IP protokolü çerçevesine bağlıdır¹²⁶. Görsel bakımından da elektronik postalar basit yapıdadırlar. Bu sebeple elektronik posta iletişimi özellikle web üzerinden kurulan elektronik iletişimden, çoklu ortam yaratımlarına uygun olmaması yönüyle ayrılır.

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

¹²³ FALCIOĞLU, s. 56.

¹²⁴ FALCIOĞLU, s. 56.

¹²⁵ KAYIHAN / YILDIZ, s. 68.

¹²⁶ FALCIOĞLU, s. 56.

Taraflar karşılıklı olarak beyanlarını e-posta yolu ile yapabilmektedirler. Bireylerin kendi talepleriyle karşılıklı e-posta aracılığıyla sözleşme kurulması dışında, spamming yöntemiyle de kurulabilir. Spamming, *“genellikle ticari amaçlı elektronik postaların, çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak, bu konuda herhangi bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesidir”*¹²⁷. Kısacası spam, bir istekte bulunulmamasına rağmen, mallarını ya da hizmetlerini satmaya çalışan kişilerce gönderilen e-postaya denilmektedir¹²⁸. Dolayısıyla TBK m.7 uyarınca ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi öneri olmasa da öneriye davet olarak kabul edilip, bunun üzerinden öneri gönderilirse de sonuçta sözleşme kurulabilir¹²⁹.

2. Web Sitesi

WWW (World Wide Web), internet üzerinde herhangi bir bilgi araştırılmasında, paylaşılmasında en çok kullanılan araç ve metodların arasında yer almaktadır¹³⁰. Ayrıca internet standartları ve teknolojilerine özgü biçimde Dünya Çapında Ağ Konsorsiyumu W3C (World Wide Web Consortium) tarafından oluşturulan bir protokol olan www, e-postalarla birlikte, internet üzerinden iletişimi sağlayan en önemli bilişim hizmet araçları arasında bulunmaktadır¹³¹. WWW internet alt yapısını oluşturan, birbirlerine bağlı olmayan dökümanlar arasında irtibat kurma hizmetini veren bir yapıdır.

World Wide Web bir web sunucusunda saklanan verilerin internet üzerinden paylaşılması amacıyla inşa edilen bir sistemdir¹³². Bu sebeple web sayfaları, başka sayfalara ve verilere ulaşmak için gereken linkleri içerisinde barındırır. Kişiler başkaları ile paylaşmayı düşündükleri bilgileri, fikirleri, fikir ve sanat eserlerini, satmayı veya kiralamayı düşündükleri malları internet üzerinden sunduğundan, web sayfalarını teşhir salonları olarak düşünebiliriz¹³³. Bu sayede kişiler bu sayfaları gezerek, kendilerine uygun buldukları ürünleri satın alabilir, kiralayabilir veya hardiskine kaydedebilir. Web sayfalarını diğer elektronik iletişimden ayıran özelliği verilerin çoklu ortam şeklinde

¹²⁷ TURAN, s. 99.

¹²⁸ KIRÇOVA, İbrahim / ÖZTÜRK, Pınar, İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no.2000-29, İstanbul, 2000, s. 79.

¹²⁹ HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 42.

¹³⁰ SAĞLAM ATABARUT, s. 16.

¹³¹ DEMİR, s. 136.

¹³² FALCIOĞLU, s. 56.

¹³³ SAĞLAM ATABARUT, s. 17.

sunulmasıdır. Bu sayede www, internet üzerinden görüntülü ve sesli iletişimi sağlayan belgelerin, eş zamanlı ve karşılıklı iletilmesi küresel alanda bir bilişim hizmeti sunmaktadır. Tüm bunlar düşünüldüğünde; tüketiciler, evlerinden veya herhangi bir yerden birçok mal ve hizmet satın alma kolaylığı içerisinde bulunmaktadır. Tüketiciler istedikleri ürünler hakkında her türlü bilgi edinme ve yine internet üzerinden ödeme imkanına sahip olup, internet üzerinden satın alma işlemini yapabilirler¹³⁴.

İnternetin www hizmeti sayesinde elektronik ticaret gelişmiştir. Bu sebeple internet üzerinden sözleşmelerin kurulması artmıştır. Bu tür sözleşmeler; web site operatörleri çoğu kez müşterilerin ısmarladığı mal ve hizmetleri internet üzerinden arz etmesiyle ve siparişlerin ekran üzerinden görünmesi sonucunda tamamlanmış olur¹³⁵. 6098 sayılı TBK ile birlikte satıcının web sitelerinden söz konusu şeyi gereken her türlü bilgiyi sergilemesini öneriye davet olarak kabul etmemiş, bu durumu öneri olarak düzenlemiştir. Böylece alıcının bu öneriyi kabul ettiğini belirten beyanı üzerine sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmeler, internet üzerinden yapılması ve taraflar arasında önceden düzenlenen ticari işlemin ve veri değişiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir anlaşma olmaması sebebiyle elektronik veri değişiminden (EDI); e-postalarla kurulan sözleşmelerde yapılan mal ve hizmet arz talebiyle ilgili müzakerelerin olmaması sebebiyle ayrılır¹³⁶.

3. Elektronik Veri Değişimi (Electronic Data Interchange-EDI)

Elektronik ticaretin en önemli uygulamalarından biri olan elektronik veri değişimi ticaret yapan iki kuruluş arasında bilgisayar ağları aracılığıyla yapılanmış bilgi ve belge değişimi sağlayan sisteme denilmektedir¹³⁷. EDI ile iki işletme veya kamu kuruluşu arasında önceden hazırlanmış bir format vardır ve bu format üzerine yerleştirilen veri, daha sonra anlamlı dile çeviren bir söz dizim ile taraflar bilgisayarları aracılığıyla bilgi alışverişi yapmaktadırlar. EDI kullanımı için telekomünikasyon alt yapısı ve standart formlara ihtiyaç vardır. Sistemin işleyebilmesi için de bir çerçeve

¹³⁴ SASSO, s. 208.

¹³⁵ KAYIHAN / YILDIZ, s. 68.

¹³⁶ Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,
<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

¹³⁷ CANPOLAT, s. 9.

sözleşmenin varlığı gereklidir. Bu sözleşmede, tarafların bilgisayarının, aralarında teati edilen mesajlara otomatik olarak uygun cevap verilmesini temin eden bir bilgisayar programının oluşturulması gerekmekte ve bunun teknik ve hukuki çerçevesi oluşturulmaktadır¹³⁸.

EDI sisteminde elektronik ticaret uygulamalarında temel husus dışarıya kapalıdır. Bu sistemde tüm işlemler birbirleriyle bağlantılı bilgisayarlar arasında yapılmaktadır. Bu sayede bir tarafın gönderdiği mesaj, karşı tarafın bilgisayarınca algılanıp, bu mesaja uygun işlemi yapacak olan kişilere iletilir. EDI' nin özelliği gereği insan katılımını gerektiren süreçlerde işlemlerin otomatik olarak yapılmasıdır. EDI sisteminde bilgisayar ve bağlı unsurların çeşitli yazılım programları aracılığıyla, alıcı tarafın elinde bulunan mal ve girdi stoklarının önceden belirlenmiş olan miktarların altında düşmesi halinde, satıcı tarafın bilgisayarıyla doğrudan bir bağlantıya geçerek yapılması gereken ticari ve hukuki süreç başlatılabilmektedir¹³⁹. Bu süreçte alıcının bilgisayarını ihtiyaç duyulan malların siparişini verip gerekli olan fatura ve diğer belgeleri hazırlayıp elektronik ortamda satıcının bilgisayarına göndermekte, satıcının bilgisayarını da kendisine ulaşan siparişin istenilen adrese ulaşması için gereken işlemleri ve malların fiziken gönderilmesi işlemleri dışında kalan tüm işlemleri tamamlamaktadır¹⁴⁰. Böylece mal veya hizmetlerin siparişinin alınması, fatura, irsaliye ve konşimento düzenlenmesi gibi işlemler, bir insana gerek kalmadan otomatik yapılmaktadır¹⁴¹.

EDI sayesinde, belirli bir program çerçevesinde düzenlenmiş bilgiler, hızlı ve kolay bir şekilde bilgisayarlar arasında teati edilerek insanlara bağlı yapılan hatalar ortadan kalkmakta, aynı işlemlerin tekrarlanarak yapılması önlenerek, zamandan ve masraftan tasarruf sağlanmaktadır.¹⁴² EDI' nin elektronik postadan farkı ise, elektronik posta da yapılanmamış dökümanlar karşı tarafa ulaştırılırken, EDI de yapılanmış dökümanlar, mesajlar ulaştırılmaktadır. Böylece yapılanmış dökümanların iletilmesi, yani standart bilgiler, diğer bilgisayara kolaylıkla aktarılmış olmaktadır¹⁴³.

¹³⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 29.

¹³⁹ FALCIOĞLU, s. 60.

¹⁴⁰ FALCIOĞLU, s. 60 vd.

¹⁴¹ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 21.

¹⁴² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 30.

¹⁴³ CANPOLAT, s. 9.

Özetle; “ EDI, taraflar arasında mal veya hizmetlerin siparişlerinin alınması, fatura, irsaliye ve konişmento düzenlenmesi işlemlerini otomatize ederek bilgisayarlar arasında aktarımı ve işlenmesine imkan tanıyan bir sistemdir ”¹⁴⁴. Burada önceden hazırlanmış bir standart vardır ve gereken işlemler hemen yapılabilir. Sözleşmenin ifasına yöneliktir denilebilir.

4. On-line Kitlese Pazarlar

On-line kitlese pazarlar aracılığıyla kuruluştta ise; bir tarafta yayımcı bulunurken, diğertarafta on-line kullanıcı vardır ve çerçevesözleşme biçiminde olacak şekilde bir yayımcı yazılım ya da başkasayısal içerikleri internet ortamına arz edilebilmektedir¹⁴⁵. Arz edilen bu tür içerikleri bilgisayarına indiren on-line kullanıcı diğertarafta oluşturulan bu çerçevesözleşmeyi kabul etmiş sayılır.

C- Elektronik Sözleşmelerde İrade Beyanları

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için öneri ve kabulün yapılması gereklidir. Öneri, karşı tarafta sözleşme kurmaya ilişkin olarak yapılan irade beyanıdır. Tabi yapılan önerinin sözleşme kurulabilmesi için yeterli içeriğı sahip olması gereklidir. Ayrıca öneriyi yapan tarafın bu önerisine bağı kalmalıdır¹⁴⁶. Kabul ise yapılan öneriyi uygun gördüğünü belirten irade beyanıdır. Geçerli bir hukuki işlemin varlığı halinde ise beyan sahibi beyanı ile bağı kalarak zorunlu bir borç altına girerken, diğertaraf ise alacaklı sıfatına sahip olarak belli bir alacağı hak kazanır.

İrade beyanları herhangi bir şekilde bağı tutulmamıştır. Önemli olan husus tarafların anlaşmaya varmasıdır. Bu sebeple irade beyanları her türlü vasıta ile yapılabilir. Elektronik sözleşmelerde, tarafların iradelerini ifade etmeleri, elektronik ortamda yapılmaktadır¹⁴⁷. Böylece taraflar irade beyanlarını on-line bir görüşmede veya

¹⁴⁴ ŞAHİN, s. 340.

¹⁴⁵ KAYIHAN / YILDIZ, s. 71.; ZÖHRE, Nuran, Elektronik Sözleşme, Adana 2007, http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-nuranzohre-3.htm#_ftn1, (ET:12.10.2016)

¹⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 179.

¹⁴⁷ Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliğı, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

elektronik posta yoluyla ya da bir web sitesindeki sipariş formunu doldurmak suretiyle elektronik yollarla açıklayabilir¹⁴⁸.

İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde kabul beyanı, web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan *kabul ediyorum* butonunun tıklanması suretiyle açıklanabileceği gibi, elektronik postayla gönderilen öneriyi, diğer tarafında yine elektronik posta yoluyla açıkça kabul beyanın gönderilmesiyle de açıklama yapılabilir¹⁴⁹.

Sözleşmeler hazırlar olanlar arası veya hazır olmayanlar arasında kurulabilir. Taraflar doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde, karşılıklı olarak anlık soru sorma, açıklama yapma ve cevap verme imkanı içerisinde ise hazırlar arasında, aksi takdirde hazır olmayanlar arasında bir iletişim içerisinde bulunmaktadır¹⁵⁰. TBK m.4/2 uyarınca telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri hazır olanlar arasında yapılmış sayılacaktır. Bilgisayar gibi iletişim sağlayan araçlardan söz edildiğine göre, elektronik sözleşmeler de çoğunlukla internet aracılığıyla önerenin sadece " doğrudan iletişim " sağlayabilen araçlarla yapıldığı diğer bir değişle, muhatabın da aynı anda içeriğini öğrenebildiği bir öneri söz konusu olduğundan, bu tür elektronik sözleşmelerin hazırlar arasında yapıldığı söylenebilir.

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

¹⁴⁸ ŞAHİN, s. 341.

¹⁴⁹ TURAN, s. 96 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 196 vd.

¹⁵⁰ İNAL, s. 107.; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 41.

dolaylı hale getirdiği düşünülebilir. Dolayısıyla tarafların e-posta aracılığıyla kurdukları sözleşme hazır olmayanlar arası sözleşme kapsamına girmektedir¹⁵¹.

Bütün web siteleri üzerinden yapılan irade beyanları sözleşme yapmaya imkan vermemektedir. Bu web siteleri üzerinden sağlayıcıya yönelik bir irade beyanı bildirmeye elverişli şekilde tasarlanmamıştır. Bu tür web sitelerine etkileşimsiz web siteleri denilmektedir. Etkileşimsiz web sitelerinden mal veya hizmet temin etmek isteyenler, beyanlarını telefon, e-posta vb. iletişim araçlarını kullanmaları gerekecektir¹⁵².

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

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

1. Öneri

Öneri bir sözleşme meydana getirebilmek için bir tarafın diğer tarafa yönelttiği sözleşmedeki esaslı unsurları içeren teklifi içeren irade beyanıdır¹⁵³. Öneri bir sözleşmede yapılması gereken irade beyanlarının zaman açısından önce yapılanıdır. Ayrıca öneriyi yapan taraf, iradesini açıkladıktan sonra karşı tarafın bu teklifi kabul

¹⁵¹ FALCIOĞLU, s. 134.

¹⁵² FALCIOĞLU, s. 191.

¹⁵³ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 14. bası, İstanbul 2016, s. 50.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 179.; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 30.

etmesi halinde sözleşmenin kurulacağı bilincinde olup bu yönde isteği olmalı, kısacası bağlanma iradesine sahip olmalıdır¹⁵⁴.

Bir önerinin, bir kişiye, belli bir sınıfa, veya da tüm dünyaya yapılabilmesi mümkündür¹⁵⁵. Elektronik ortamdan örnek verecek olursak; bir web sayfasında bir şeyin üzerine sabit fiyat konulmak suretiyle teşhir edilmesini söyleyebiliriz. İnternet web sayfası üzerinden dijital bir içeriğin her zaman bilgisayara indirmeye hazır halde bulundurulması herkese yapılmış açık bir öneridir¹⁵⁶. Nitekim TBK m.8/2' de şöyle belirtilmektedir; “ *Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.* “ Ayrıca öneride bulunan karşı tarafın kabulü üzerine sözleşmenin kurulmasını arzu ettiğini açıkça belirtmesi gerekir. Kabul üzerine sözleşmenin kurulması değil de bir müzakere yapılması amacı ile yapılan teklifte öneriden değil, öneriye davetten söz edilir. Öneriye davette taraflar görüşme aşamasında olduklarından, bağlanma amacı ile bildirilen bir beyan değildir. Bir teklif sözleşmenin esaslı unsurlarını taşımıyorsa, bu teklif öneriye davettir¹⁵⁷.

Elektronik irade beyanı, elektronik ortamda yapılan beyanı ifade eder. Fiziki ortamda yapılan beyanların hukuki sonuçları ile elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının verdiği hukuki sonuç aynı olmalıdır. Bu anlamda elektronik irade beyanından söz edebilmek için fiil iradesinin, beyan bilincinin ve hukuki sonuç iradesinin, elektronik ortamda dış dünyaya açıklanmalıdır¹⁵⁸.

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

¹⁵⁴ BAYRAM, s. 349 vd.; EREN, s. 224.

¹⁵⁵ SASSO, s. 209.

¹⁵⁶ ALTINIŞIK, s. 42.

¹⁵⁷ ALTINIŞIK, s. 42.; SASSO, s. 210.; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 30.

¹⁵⁸ BAYRAM, s. 346.

tarafa gönderilerek onun ekranında görünmesi sağlanılarak kişinin irade beyanı muhataba ulaştırılabilir¹⁵⁹. Bu tür internet altyapılı elektronik araçlardan biri seçilerek irade beyan edilmesi mümkündür.

Elektronik ortamda irade beyan edilmesi hızlı ve kolay olmakla birlikte, fiziksel ortamda iletilen irade beyanlarına nazaran daha çok korunması gereklidir. Elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan irade beyanlarının sakatlığa uğraması daha olasıdır. Çünkü elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerde, yapılan beyanın muhatabı ve oluşacak hukuki sonucun bilinmesi daha zor olduğu söylenebilir¹⁶⁰. Örneğin, elektronik bir ortamda irade beyan etmek için öne gelen kutucuğun işaretlenmesi gerekse veya yabancı bir dille karşılaşılsa, bildirilen beyanın sakatlığı ile karşı karşıya gelinebilir.

İrade beyanında bulunma kişilere ait bir husustur. Ancak gelişen teknoloji ile birlikte elektronik iletişim araçları, kişilere ihtiyaç duymadan, irade beyanlarının gönderilmesi görevini üstlenerek karşılıklı iletişim sağlanabilir. Özellikle web sitesi sağlayıcılarının, bunun için uygun olan programları kullanarak, bilgisayar gibi elektronik araçlarla otomatik olarak irade beyanlarının gönderildiği sistemden faydalandıkları yaygın olarak görülmektedir.

Elektronik cihazlar tarafından gönderilen irade beyanlarını yöneten, bu cihazlara ait değildir. Bunlar sadece programlayıcısının kendisine programladığı, kendisine verilen komutu yerine getirmektedir. Cihazlar işlevlerini, kendisine verilen görev çerçevesinde tamamen programlandığı gibi yerine getirmektedir. Daha anlaşılır bir ifade ile, otomatikleştirilmiş irade beyanı¹⁶¹ her seferinde arka planda bir kişiyi barındırmaz. Ancak programlama ve işletme davranışı ile eylem, hukuki sonuç ve beyan iradelerini önceden ve genel olarak ortaya sunmuş sayılacağını bildiği varsayılacak olan, bu cihazı otomatik olarak irade beyanı gönderebilecek şekilde programlayan, işleten bir kişi

¹⁵⁹ DEMİR; s.228.

¹⁶⁰ BAYRAM, s. 348.

¹⁶¹ “Otomatikleştirilmiş irade beyanının gönderilmesi bir sistem dahilinde olmaktadır. Otomatikleştirilmiş mesaj sistemi dediğimiz bu sistemin tanımı 23 Kasım 2005’de BM genel Kurulu tarafından kabul edilen Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m.4/g de yapılmıştır. Buna göre; “otomatikleştirilmiş mesaj sistemi, her bir eyleme girişildiğinde veya sistem tarafından cevap verildiğinde bir gerçek kişinin kontrol veya müdahalesi olmaksızın, eyleme girişime veya tamamen ya da kısmen veri mesajlarına veya ifa edimlerine cevap vermede kullanılan bir bilgisayar programı veya elektronik araç ya da diğer bir otomatikleştirilmiş araç anlamına gelir”. “ÖZSUNAY, Ergun, *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (çeviri), İstanbul Ticaret Odası, yayın no:2014-14, İstanbul 2014, s. 6.

bulunmaktadır¹⁶². Bu anlamda bilgisayar tarafından gönderilen irade beyanından sağlayıcının haberi olmaması, o kişinin bu irade beyanı için bir beyan bilincinde olmadığı şeklinde düşünülemez. Nitekim kişilerin bu davranışının hukuken bir sonuç oluşturması sebebiyle öneme sahip olan bir irade beyanı olduğunu bilmeleri yeterlidir.

Otomotikleştirilmiş irade beyanı ile kurulan elektronik sözleşmelerde, tarafların rızası konusunda hazırlar arasında kurulan sözleşmelere göre daha sınırlı bir yapısı vardır¹⁶³. Ancak otomotikleştirilmiş irade beyanı vasıtasıyla sözleşmenin kurulması hukuka engel bir durum sayılmaz. Bir sözleşmenin kurulması için gereken irade beyanın, elektronik iletişim araçları kullanılarak, doğrudan insan katılımı olmadan önceden programlanmış bir sistemden iletilmesi mümkündür. Sonuçta her ihtimalde bir irade beyanının oluşmasındaki temel olan kişi faktöründe bir eksiklik söz konusu değildir. Nitekim otomotikleştirilen irade beyanını yöneten zaten bir insandır. Genel olarak “ eylem ”, “ hukuki sonuç ” ve “ beyan ” iradesi, bilgisayara ait olmayıp, bilgisayarı bu şekilde programlayan iradesini ortayan koyan sağlayıcıya aittir¹⁶⁴.

Bilgisayar programları sayesinde gerçekleştirilen otomotikleştirilmiş irade beyanlarına imkan sunan sağlayıcının, fiili irade, beyan bilinci ve hukuki sonuç iradesi kendisine aittir. Böyle bir davranışta bulunan kişi, iş hayatındaki görüş ve anlayışlara göre belirli bir hukuki işlem yapma iradesini gösterdiği ve başkalarına da bildirme amacı taşıdığı için yapılan irade beyanı kendisine aittir¹⁶⁵.

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

E-posta üzerinden yapılan öneri ve kabullerde taraflar doğrudan doğruya iletişime geçmediklerinden dolayı bu yolla kurulan sözleşme hazır olmayanlar arasında

¹⁶² BAYRAM, s. 349.; RÜSSMANN, Helmut, “İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat (Alman Hukukuna Göre)”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, Çeviren: Özkes, Muhammet, İzmir, 21-22 Mayıs 2001, s. 329.

¹⁶³ SASSO, s. 217.

¹⁶⁴ İNAL, s. 101.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 132.

¹⁶⁵ İNAL, s. 101.

yapılan sözleşme kapsamına girmektedir. Çünkü e-posta vasıtasıyla gönderilen öneri karşı tarafın e-posta kutusuna kaydedilmekte ve kişi o anda iletiyi okumayabilir.

İnternet üzerinden yapılan mal teşhirlerinde geniş yorumlanarak, bedelinin gösterilmesi, tıpkı vitrinde sergilenen malın alıcılara etkisi gibidir. İnternette malın tüm nitelikleri, resmi görsel olarak veya video olarak fiyatı ile sunulabilmektedir. Dolayısıyla web sayfası üzerinden malların teşhirinde, öneriye davet olarak yorumlanması, internetin tamamıyla reklam amaçlı kullanılması, veya da sayfadaki düzenleştinden öneriye davet şeklinde anlaşılması halinde söz konusu olur. Şayet teşhir edilen mal beğenilir ve sipariş internet veya başka vasıtalarla (telefon, faks vb.) yapılırsa, burada herkese yapılan bir öneriye davet söz konusudur. Bu durumu öneri olarak kabul edersek, satıcının zor duruma düşme hali ortaya çıkabilir. Öneren söz konusu malın stoklarla sınırlı olduğunu belirtmişse, sınırlı sayıya kadar kabul beyanında bulunan kişiler arasında sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁶⁶. Ancak internet üzerinden dijital ürün teşhiri, öneri olarak kabul edilmelidir¹⁶⁷. Çünkü satıcının stok yetersizliği gibi bir durum ortaya çıkma ihtimali yoktur. Bu gibi maddi olmayan malların satışı söz konusu olduğunda, alıcı internet üzerinden kredi kartı bilgilerini vererek, ödemeyi yapıp bilgisayarına indirip, sözleşmeyi kurmuş hatta bu sayede ifade da bulunmuş sayılmaktadır. Elektronik posta adreslerine gönderilen malların tanıtımını yapmak amacı taşıyan belirli kişilere yöneltilmeyen mailler aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. İstenilmeyen halde gönderilen e-posta ile bilgi edinmek üzere daha öncesinden belli bir platforma üye olması sebebiyle gönderilen e-postalar birbirinden ayrılmalıdır. Üye olunan listeden gelen mailler, duruma göre öneri veya öneriye davet olarak değerlendirilebilir. Kataloglar içinde durum aynıdır. Elektronik katalog ya da fiyat listesi gönderenin öneri olmadığı açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri kabul edilir. Muhatabın da kabul beyanında bulunmasıyla öneride bulunan sözleşmeyle bağlı hale gelir.

Önerinin ulaşma anının da bilinmesinde fayda vardır. Ulaşma anı; hazır olmayan arasında kurulan sözleşmelerde irade beyanının yapılmış sayılması, beyanın karşı tarafa

¹⁶⁶ BAYRAM, s. 356.

¹⁶⁷ SAĞLAM ATABARUT, s. 68.

ulaşmasıyla gerçekleşir¹⁶⁸. Böylece irade beyanın muhatabın hakimiyet alanına ulaşmasıyla, sözleşmenin hüküm ve sonuçları doğmaktadır. Muhatabın kendisine gönderilen öneriyi fiilen öğrenmesi şart değildir. Bunun sonucunda hazır olmayanlar arası yapılan sözleşmelerde, beyanın muhataba ulaşmasına kadar olan zamanda çıkabilecek tehlikelere beyan sahibi, beyanın ulaşmasından sonra ortaya çıkabilecek tehlikelere muhatap katlanmalıdır¹⁶⁹.

Web siteleri aracılığıyla gönderilen irade beyanların muhataba ulaşma anı, genel olarak muhatabın beyanı öğrenme imkanı doğduğu andır. Web sitesi kullanılarak karşılıklı beyanda bulunabilme, öyle bir sistem içerisinde olmalıdır ki, oluşan şartlar içerisinde beyanı öğrenmek muhatabın elinde olmalıdır. Çünkü kendisine gönderilen beyan kolaylıkla öğrenilebilsin ki, bir taraf (alıcı) ihtiyacını karşılasın, diğer tarafta (satıcı) kazancını sağlayarak işlevselliği yüksek bir hukuki ilişki kurularak ticaret yapılabilsin. Dolayısıyla web sitesi kullanılarak gönderilen öneri veya kabul muhatabın bilgisayarına veya internete erişimin sağlanabileceği cep telefonu vb. cihazlarla, muhatabın öğrenebileceği şekilde ulaşmalıdır. Gönderilen irade beyanının muhataba ulaştığı an, muhatabın bilgisayarına onun egemenlik alanına girip, öğrenebilecek şekilde iletildiği andır. Ancak internetten muhatabın cihazına ulaşmakla birlikte, kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple gönderilen beyanın kaydedilmemesi durumu, beyanın muhataba ulaşmış olduğu varsayılmaz¹⁷⁰.

2. Önerinin Bağlayıcılığı

Geçerli bir önerinin karşı tarafa sözleşmeyi kurmak imkan ve yetkisini vererek öneriyi yapan tarafın buna engel olamaması ve önerisini serbestçe geri alamaması hali, önerinin öneride bulunanı bağlaması denilir¹⁷¹. Öneriyle bağlılık sonucu, karşı taraf kabul beyanını ortaya koymasıyla sözleşme kurulur. Bir irade beyanı karşı tarafa sözleşme kurma imkan ve yetkisini vermezse, yapılan beyan öneri değil öneriye davettir. Ayrıca öneriyi yapanın önerisinden dönmemesi de bağlılığın bir göstergesidir.

¹⁶⁸ BAYRAM, s.352.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 74.

¹⁶⁹ BAYRAM, s. 352.

¹⁷⁰ BAYRAM, s. 360.

¹⁷¹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 57.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 194 vd.

E-posta yolu ile kurulan sözleşmenin de hazır olmayanlar arası sözleşme olduğunun tespiti önemlidir. Çünkü önerideki bağlılık süresinin belirlenmesi gerekir. Yapılan öneride kabul için bir süre belirlenmişse, bu sürenin sonuna kadar bağlılık söz konusu olacaktır. Kabul verilen bu süre içerisinde kendisine ulaşmazsa, öneri ile bağlı kalınmayacaktır. Ancak yapıla öneri de kabul için bir süre belirlenmemişse, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir öneride, karşı taraftan ulaşması beklenebileceği ana kadar bağlılık söz konusudur.

İnternet üzerinden kabul beyanında bulunmaya elverişli web siteleri de etkileşimli web siteleridir. Etkileşimli web sitelerinde doğrudan bir ulaşım ve karşılıklı konuşma söz konusu değildir . Bu sebeple bu web siteleri üzerinden yapılan sözleşme hazır olmayanlar arası sözleşmedir. Ayrıca kullanıcı bu site üzerinden *kabul ediyorum* gibi bir seçeneği yada buna benzer bir şıkkı işaretleyip, önceden hazırlanan sözleşmeyle bağlı hale gelmektedir . Dolayısıyla taraflar karşılıklı görüş bildirme yada müzakere imkanı olmadığından, irade beyanları hazır olmayanlar arası sözleşme kapsamına girmektedir.

Web sayfası üzerinden yapılan önerilerde, sağlayıcı tarafından kullanıcıların erişimine izin verdiği sürece öneriyle bağlılık söz konusudur. Sağlayıcı web sayfasını erişime kapatması veya öneri ile bağlılığın ortadan kalktığı “ tükenmiştir ”, “ stokta kalmamıştır ” gibi bir ifade eklemesi ile artık bağlılık son bulacaktır¹⁷².

Web sayfası üzerinden yapılan öneriler hazır olmayan arasında gerçekleştiği için, yapılan öneriler kullanıcının cihazına yükleme süresi, makul ölçüde düşünme süresi ve kabul beyanının sağlayıcının cihazına gönderme süresi, öneriye karşılık verilmesi gereken süreyi oluşturur. Web sayfası üzerinden yapılan öneriye davette ise, kullanıcının form doldurması ya da başka bir işlem yapması gerekip, sağlayıcıya göndermesi halinde, sağlayıcının bilgisayar sistemine girdikten sonra otomatik olarak elektronik ortamda değerlendirilip, öneriye derhal cevap verilmelidir. Bu sebeple kullanıcının yaptığı öneri ile bağlılık süresi, elektronik ortamda değerlendirilip cevap verilmesi için gereken makul süredir¹⁷³.

¹⁷² BAYRAM, s. 360.

¹⁷³ İNAL, s. 133.

İnternet üzerinden gerçekleştirilen sohbetler, bir veya daha fazla kişi bilgisayarın başında ve aynı sohbet sağlayıcısı üzerinden aynı anda hepsi birlikte veya ayrı ayrı yazılı metin, ses ve görüntü göndermek üzere gerçekleşmektedir¹⁷⁴. Bu sebeple eş zamanlı iletişim ile e-posta veya web sitesi aracılığı ile gerçekleştirilen iletişimden farklı olarak yapılan sözleşme hazırlar arası sözleşme kapsamına girmektedir. Çünkü taraflar doğrudan doğruya karşılıklı konuşma imkanını eş zamanlı iletişim kanalları aracılığıyla elde ettiklerinden, iradelerinin iletilmesi anlık ve süreklidir. Bu sayede taraflar karşılıklı olarak sözleşmenin içeriği hakkında tartışma imkanı bulabilmektedirler. Dolayısıyla eş zamanlı iletişim kanallarıyla gönderilen öneri veya kabul, muhatabın egemenlik alanına girmesiyle ulaşmış olduğu kabul edilir. Ayrıca hayat deneyimleri ve olağan koşullar göz önünde bulundurularak, gönderilen beyanın muhatabın elinde olması hali dikkate alınmalıdır. Beyanın ulaşmış sayılması, muhatabın cihazının ekranında beyanın belirmesi yeterli olup, ayrıca tarafın öğrenmesine gerek yoktur.

Eş zamanlı iletişim kanallarıyla önerinin gönderilmesi hazırlar arası kurulan sözleşme kapsamında değerlendirildiğinden öneri ile bağlılık süresinde TBK m.4 uygulama alanına girecektir. Eğer gönderilen öneride kabul için belli bir süre belirlenmemişse, muhatap öneriyi derhal yanıtlamazsa öneri ile bağlılık son bulacaktır. Belli bir süreden sonra gönderilen kabul beyanı, öneriyi yapan aksine rıza göndermedikçe, öneri ile bağlılığı sona erdiğinden elektronik sözleşme kurulması söz konusu olmaz.

Önerisi ile bağlı olmama hakkını saklı tuttuğunu beyanında belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa öneri bağlayıcı değildir (TBK m.8/1). Aslında böyle bir beyan, öneri değil, öneriye davettir¹⁷⁵. Bu durum sözleşmenin görüşülmesi için bir teklif gibidir.

Öneren önerisinde kabul beyanı kendisine ulaşınca kadar önerisinden dönme hakkını saklı tutmuş ise veya özelliğinden anlaşılıyorsa, önerinin bağlayıcılığının tam olduğunu söyleyemeyiz. Karşı taraf kabul beyanını ortaya koyarak sözleşme yapma imkanına sahip olmasına rağmen, öneren kabul beyanına kadar dönerek sözleşmenin

¹⁷⁴ BAYRAM, s. 361.

¹⁷⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 59.

kurulmasına engel olabilir. Ayrıca önerinin red edildiğine dair bir irade beyanı önerinin bağlayıcılığını sonlandırır. Kabul için öngörülen süre içerisinde önerinin kabul edildiğine dair bir beyan ortaya konulmazsa önerinin bağlayıcılığı son bulur.

Kabul beyanından önce önerenin veya karşı tarafın ölmesi veya ehliyetini kaybetmesi halinde ise, öneriyle bağlılık hususunda muhatapların mirasçılara geçip geçmediği, yapılmak istenen sözleşmenin niteliğine ve önerenin güven kuramının ışığında tespit edilecek niyetine göre belirlenebilir¹⁷⁶. Önerenin ve karşı tarafın kimliklerinin önem taşıdığı sözleşmelerde ölüm ve ehliyet kaybı yaşanması halinde öneri bağlayıcılığını kaybeder ve önerinin hükmü son bulur. Muhatapların kimliklerinin önem taşımadığı hallerde öneri, önereni veya mirasçılarını bağlar. Bir hizmetçi ile şahsına yönelik sözleşme yapma niyetiyle yapılan öneriden sonra, şahsın ölümü halinde bu öneri ile bağlılık söz konusu değildir. Ancak bir kişi malını satmak için bir başka kişiye gönderdiği öneriden sonra ölürse, ölen kişinin mirasçıları bu öneri ile bağlıdır. Kendisine öneri yapılan tarafın ölümü halinde de öneriyi yapan, ölen kişinin mirasçılara karşı önerisi ile bağlıdır¹⁷⁷.

3. Kabul

Kabul, öneriye bağlı olarak, sözleşmenin kurulmasını sağlayan ve öneriyi yapan tarafa iletilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıdır¹⁷⁸. Kabul beyanı kurucu nitelik taşıyan, sözleşme kurma niteliği olan hukuki bir işlemdir. Dolayısıyla kabul beyanının bağlama süresi içerisinde öneriyi yapan kişiye ulaşması halinde sözleşme kurulmuş olur. Hazırlar arasında bir müzakere mevcut olup süre belirtilmemişse, derhal kabul beyanının açıklanması gerekmektedir. Bir süre öngörülmüşse, bu sürenin bitimine kadar kabul beyanı bildirilmelidir.

Kabul beyanının sadece sözleşmenin asli unsurları için olması mümkündür. Diğer bir ifade ile sözleşmenin yan unsurları üzerinde daha sonra anlaşmak üzere yapılan kabul beyanı geçerlidir. Muhatabın beyanını bazı şartlara bağlayarak yapması kabul beyanı olarak nitelendirilmez. Böyle bir durumda yeni bir öneriden söz edilir.

¹⁷⁶ İNAN / YÜCEL, s. 188.

¹⁷⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 64.

¹⁷⁸ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 73.; EREN, s. 254.

Sözleşmenin kurulabilmesi için yapılan önerinin, muhatap tarafından kabul edilmesi gerekir. Bir beyanın kabul beyanı olabilmesi için de öneride yer alan şartların olduğu gibi kabul edilmesi gerekir. Öneride yer alan şartları değiştirip, yeni şartlar eklenmesi gibi bir durumda gönderilen beyan kabul olarak nitelendirilemez. Bu durum önerinin reddi veya yeni bir öneri gibi yorumlanabilir. Nitekim web sayfası üzerinden kurulan sözleşmelerde öneriye uygun olmayan bir kabul beyanının olması söz konusu olamaz. Çünkü web sayfası sahibinin belirlediği sınırlar içerisinde bir kabul beyanı gereklidir. Bu sebeple ancak önerinin reddi veya kabulü mümkündür.

Kanun veya taraflar anlaşmış olmadıkça sözleşmede bir şekil öngörülmedikçe ya da öneri için kabulü bir şekle bağlanmadıkça kabul beyanı bir şekle bağlı olmayıp, sözle, yazı veya kanaat verici bir davranışla yapılabilir¹⁷⁹. Kural olarak irade beyanı herhangi bir şekle bağlı olmadığından, internet aracılığı ile yapılan kabul beyanları da geçerli kabul edilmektedir. Aynı şekilde elektronik ortamda yapılan kabul beyanları da açık veya zımni olarak yapılabilir. Kabul beyanı e-posta veya elektronik mesajla yapılabilir veyahut bir tuşa basmak, bilgisayara indirmek şeklinde olabilir¹⁸⁰. Öneriyi yapan kişi, kabul için herhangi bir şekil şartı öne sürmüştse, kabul beyanı da bu şekle uygun şekilde yapılmalıdır.

Daha önce de değinildiği gibi web sitesi aracılığıyla yapılan sözleşmelerde, şartlar site sahibi tarafından hazırlanıp sunulduğu için tek taraflı olarak düzenlenen bu şartlar üzerinde muhatapların müzakere imkanı bulunmamaktadır. Genel işlem şartları olarak nitelendirilen bu şartlarda muhatap ya sözleşmeyi aynen kabul edecek ya da reddedecektir. Ancak e-posta üzerinden kurulan sözleşmelerde, taraflar karşılıklı olarak görüşüp şartlar üzerinden değerlendime imkanına sahiptir.

Kabul beyanı kural olarak açık olarak yapılmalıdır. Ancak kabul beyanı, sipariş edilmeden gönderilen malın kullanılması, önerilen bir işin yapılması, ya da siparişin gönderilmesi gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir¹⁸¹. Buna zımni kabul denilmektedir. Zımni kabulde öneriye karşı susma veya kabul iradesini belli eden davranışların

¹⁷⁹ İNAL, s. 124.

¹⁸⁰ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 75.

¹⁸¹ İNAL, s. 124.

yapılması ile mümkündür¹⁸². Muhatabın susması, hiç cevap vermemesi kural olarak kabul olarak nitelendirilmez¹⁸³. Bazı durumlarda susmak kabul olarak değerlendirilebilir. Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gerçeği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m.6). Nitekim sürekli iş ilişkisi içerisinde bulunan çerçeve sözleşmelerin, açıkça kabul beyanı olmasa da kurulabilmesi mümkündür.

Öneriye karşı sadece sessiz kalmak sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Ancak internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde bu durum farklılık göstermektedir. Bilgisayar aracılığı ile farenin tıklanması, içeriğin veya programın indirilmesi gibi işlemler sessiz kalma durumundan farklı yorumlanarak duruma göre kabul olarak değerlendirilmelidir. Kural olarak susma bir irade beyanı olarak kabul edilmediğinden öneriye cevap vermeyenin davranışını kabul olarak yorumlanmamalıdır. İnternet ortamında yapılan öneriye de cevap verilmemesi hali kabul olarak nitelendirilmez. Üstelik internet ortamının yapısı gereği, öneriyi yapanın öneri ile birlikte belli bir sürede cevap verilmemesi halinde önerinin kabul edileceğine yönelik bir ihtar yapması sonucunda, karşı tarafında bu süre içerisinde cevap vermemesi halinin kabul sayılacağı anlamının çıkmasına imkan tanımaz¹⁸⁴. Ancak istisnaen, yapılan önerinin reddedilmesi gerekiyor ve bir susma söz konusuysa, susma kabul olarak yorumlanabilir.

Açıkça kabul beyanından anlamamız gereken; sanal sohbet odalarında internet ses telefonu ile yapılan önerilere, aynı usulle kabul beyanın gönderilmesi, web sayfasında satışa sunulan ürünlere ilişkin kabul beyanı satış formunun doldurulması veya kabul butonunun tıklanmasıyla, e-posta, telefon gibi elektronik araçlarla kabulün iletilmesi şeklindedir.

4. İrade Beyanlarının Ulaşım Sorunları

İrade beyanın ulaşması ile ilgili sorunlar, beyanın ulaşmasının engellenmesi, beyanın kaybolması ve beyanın gecikme rizikosudur. Elektronik araçlar ile iletişim kurulmasında da bazı problemler ortaya çıkabilmektedir. Bunlar daha çok teknik arızalardan kaynaklanabilir. Kasıtlı olarak varmanın engellenmesi halinde, muhatabın

¹⁸² EREN, s. 255.

¹⁸³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 66.; EREN, s. 256.

¹⁸⁴ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 76.

varmadan haberdar olabilmesi ve öngörebilmesi gerekçesiyle varmanın gerçekleşmiş olduğu kabul edilir¹⁸⁵.

Gecikme ve kaybolma rizikosuna, beyanın muhatabın hakimiyet alanına girmesiyle beyanı gönderenin sorumluluğundan çıkıp muhataba geçmektedir. Bu yolculuk esnasında beyan kaybolmuşsa, adres yanlışlığı mevcutsa, usule uygun gönderilmemişse, beyanın muhataba ulaştığı düşünülemez.

Elektronik posta hesaplarında belli bir kapasite mevcuttur. Kapasitesi dolmuş bir e-posta kutusuna gönderilen beyanın iletilmediği, bu beyanı gönderen kişiye bir bildirim gönderilir. Böylece taraf beyanın muhataba ulaşmadığı bilgisine sahip olacaktır. Bu durum çeşitli sebeplerden dolayı ortaya çıkabilir. Düzenli olarak posta kutusunun boşaltılmaması veya servis sağlayıcısından kaynaklanan bir aksaklık mevcut olabilir. Muhatap çeşitli önlemleri zamanında almamış olabilir.

Değinilen ihtimaller dışındaki durumlarda muhatabın davranışlarına bakmak gerekir. Muhatap kasdi olarak kendisine beyan gönderilmesini engelleme, ulaşımın sağlanması açısından kendisinden beklenen bir davranışı yerine getirmeme, veyahut beyanın iletilmesinde gecikmeye sebebiyet verme gibi haller objektif olarak değerlendirilebilecek bir ölçüttür. Saydığımız durumlar ve diğer ihtimallerin olması halinde kural olarak beyanın muhatabın egemenlik alanına girdiği anda kendisine ulaşmış sayılır. Dolayısıyla muhatap, beyanın gönderilmesinden sonra kendisine gecikmiş olarak gönderildiğini ileri süremeyeceği sebebiyle beyanın süresinde ulaşmış sayılacaktır. Kısacası beyanın ulaşması bakımından objektif olarak değerlendirilen bir tedbiri almamışsa, beyanın engellenmesi ve gecikme sorumluluğu kendisine ait olacaktır. Muhatap kendisine gönderilebilecek beyanları göz önünde bulundurarak, objektif olarak kendisinden beklenen tedbirleri almalıdır. Bunun sonucunda da ulaşmayan beyan ulaşmış, gecikmiş beyanda zamanında ulaşmış kabul edilecektir¹⁸⁶.

Hakimiyet alanına girme e-postanın, kullanıcının e-posta kutusuna ulaşmasıyla gerçekleşir. Hakimiyet alanına varma anının tespitinde muhatabın mesajı öğrenme imkanının bulunması önemlidir. Muhatabın içinde bulunduğu durumlardan dolayı mesajı

¹⁸⁵ KAYIHAN / YILDIZ, s. 78.

¹⁸⁶ SAĞLAM ATABARUT, s. 123 vd.

okuması kendisinden beklenmiyorsa, gönderilen beyanın ulaşmamış olduğu varsayılır. Gece vakti ya da mesai dışında gönderilen e-postanın ertesi günü ulaştığı kabul edilmelidir.

5. İrade Beyanlarının Geri Alınması

Hukuk sistemi sözleşme yapmak amacıyla ortaya konan irade beyanları (öneri ve kabul) ile bağlı kalmayı mutlak ve kesin olmasını gerektiğini benimsemeyip bu kişilere irade beyanlarını bazı hallerde geri alma hakkını sunmuştur. Geri alma, önerinin etkisini ortadan kaldırmak değil, bu beyanı hiç yapılmamış durumuna getirir. Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursai öneri yapılmamış sayılır. Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır (TBK m.10).

Geri alma, geri alınan beyanla eş zamanlı ya da ondan önce gerçekleşmesi, geri almanın hızlandırılması ya da geri almanın geri alınan beyandan önce ulaşması gerekir ki, geri alınan beyanın geçerliliği son bulsun. Burada geri alma beyanının ulaştığı an önemlidir. Geri alma beyanı ulaştıktan sonra, muhatapın önce geri alınan beyanı veya geri almayı öğrenmesinin bir önemi yoktur¹⁸⁷.

Öneri veya kabul beyanı muhatap öğrenmeden hemen önce geri alınabilir. Hazır olanlar arası yapılan öneri ve kabul, muhatapça hemen öğrenilmesi sebebiyle bu beyanların alınması mümkün değildir¹⁸⁸. Dolayısıyla internet üzerinden gönderilen hazırlar arası beyanların geri alınması olanaksızdır.

Hazır olmayanlar arası gönderilen beyan, geri alınması muhataba ulaşmasından önce haberi gider veya aynı anda ulaşması halinde mümkündür. Bu durumda geri alma beyanın öğrenilmesi değil varma anı dikkate alınmalıdır. Bu beyanın muhatapın egemenlik alanına girmesi yeterlidir. Bu şekilde olmakla birlikte muhatapın geri alınma haberini, kendisine gönderilen beyan ulaşmadan öğrenmesi halinde bu beyanlar yapılmamış sayılır. Geri alma beyanın öneriden sonra ulaşmasıyla birlikte, geri alma beyanının öneriden önce öğrenilmesi halinde ise öğrenme teorisi dikkate alınmalıdır.

¹⁸⁷ CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Ankara 2014, s. 112.; EREN, s. 259.

¹⁸⁸ EREN; s.259.

Örneğin; mektupla yapılan öneriden sonra telefonla geri alma beyanının iletilmesi gibi. İnternet aracılığı ile yapılan beyanların geri alınması, iletişimin daha hızlı olması ve internetin yapısı gereği diğer geleneksel iletişim araçlarına göre daha az görülmektedir¹⁸⁹.

E-posta aracılığı ile gönderilen beyanların geri alındığının haberi, bu beyandan önce veya aynı anda iletilmesi pek mümkün değildir. Ancak gönderilen beyanın hemen akabinde gönderilen vazgeçme beyanı muhataba çok kısa bir süre farkı ile ulaştığından muhatabın her iki mesajı birlikte okuması sağlanabilir. Buradaki önemli olan husus, beyanın e-posta olarak gönderilmesinden sonra vazgeçme beyanın muhatabın e-posta kutusuna ulaşmasından sonra, içeriğini öğrenmesinden önce ulaştırılmasıdır¹⁹⁰. Ayrıca geri alınma haberi illaki beyanın gönderildiği aracı ile gönderilmesi gerekmez, telefon vb. daha başka iletişim araçları kullanılabilir.

Web sayfası üzerinden yapılan önerilere, internet bağlantısı olan herkes ulaşabildiği için bu önerilerin geri alınması pek mümkün değildir. Dijital ürünlerin satımında sözleşmenin kurulması ve ifası hemen hemen aynı zaman diliminde olduğundan dolayı bu tür ilişkilerde beyanın geri alınması imkansız gözükmektedir. İnternet telefonu, internet aktarmalı sohbet ve telekonferans yöntemleriyle yapılan beyanlarda da muhatap tarafından anında öğrenildiğinden, bu tür beyanların geri alınması söz konusu değildir¹⁹¹.

D- Elektronik Sözleşmelerin Kurulma Anı

Sözleşme ilişkilerinde önemli hususlardan biri de sözleşmenin kurulduğunun tespiti ve hükümlerinin hangi tarihten itibaren tarafları bağlayıcı hale getirildiğinin tespitidir. Elektronik sözleşmeler de, öneriye karşılık muhatabın kabul beyanıyla kurulmaktadır. Kabul beyanının hüküm ifade etmesi için de karşı tarafa ulaşması gereklidir. E-posta vasıtasıyla gönderilen kabul beyanı, daha sonra muhatabın, e-posta kutusuna kaydedildiği anda ulaşmış sayılacağı için o anda sözleşme kurulmuş sayılır.

¹⁸⁹ ALTINIŞIK, s. 48.

¹⁹⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 78.

¹⁹¹ ALTINIŞIK, s. 48.

Web sayfası üzerinden gönderilen beyanlarda ise, öneri ve öneriye davet olması durumlarına göre sözleşmenin kurulduğu an farklılık arz etmektedir. Öneri olarak nitelendirilirse, kullanıcının kabul beyanının sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla, öneriye davet olarak nitelendirilirse, kullanıcının önerisinden sonra sağlayıcının kabul beyanının, kullanıcının bilgisayarına kaydedilip ekranında belirmesiyle sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Sohbet kanalları üzerinden, internet telefon bağlantısı veya videolu konferans ile iletişim kurularak kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde belirtilmesi ile sözleşme kurulmuş kabul edilecektir¹⁹².

VIII. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ

A- Ehliyet Açısından Geçerlilik

Geçerli bir sözleşme yapabilmek için irade beyanlarının oluşması yeterli değildir. Bu beyanların hukuka uygunluğu da önemlidir. Ayrıca TBK’ da düzenlenen hata, hile, ikrah hallerinin bulunması sözleşmenin iptaline sebebiyet vermektedir. Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü benimsenmiştir. Ancak sözleşmeler hukuka, ahlaka aykırı olmamalıdır. Sözleşmenin konusu imkansız da olmamalıdır. Aksi halde sözleşme geçersiz olup batıldır.

Tarafların geçerli bir sözleşme yapabilmeleri için hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları gereklidir. Temyiz kudretine sahip, kısıtlı olmayanların reşit olmaları halinde hukuki işlem yapmalarında bir engel yoktur. Bu kişiler hak sahibi olabilir ve borç altına girebilir. Küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin izni ile hak sahibi olabilir veya borç altına girebilir. Temyiz kudretine sahip olmayanın yaptığı hukuki işlemlerin de geçerliliği yoktur.

Sözleşmenin internet üzerinden kurulması, sözleşmenin taraflarının ehliyetlerinin sözleşme yapmadaki gerekli unsurları taşıyıp taşımadığı varolan kurallarla aynı olup farklı kuralların varlığını gerektirmez. Hangi iletişim aracı ile yapılırsa yapılsın, tüm sözleşmelerde fiil ehliyetine sahiplik sözleşmenin geçerliliği için gereklidir.

¹⁹² İNAL, s. 134.

İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde tarafların ehliyetlerinin uygun olup olmadığının tespitinin mümkün olmaması, bir takım sorunlarla karşılaşılmasına sebebiyet vermektedir. Taraflar arasında sürekli iş ilişkisi bulunan durumlarda önceden yapılmış çerçeve sözleşme esnasında birbirlerinin ehil olup olmadıkları anlaşılmaktadır. Ancak bunların dışındaki durumlarda tarafların ehliyetlerinin belirlenmesi zordur. Bu zorluk daha çok tüketici sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla sürekli iş ilişkisi bulunmayan tüketicilerin internet ortamında sözleşme yapmaları durumunda hukuki işlem ehliyetinin var olma unsurunun tespiti, alıcının veya satıcının bu sözleşmeye ehil olup olmadığının anlaşılması oldukça güçtür¹⁹³. Özellikle küçüklerin velilerinden izin almadan kartlarını kullanarak internetten sipariş vermeleri hali sıklıkla görülmektedir. Kural olarak, küçüklerin yaptıkları borçlandırııcı sözleşmelerde yasal temsilci açısından bağlayıcılığı yoktur¹⁹⁴. Ancak Türk hukuna göre, kart eğer ek kart olarak küçüğün kullanımında ise velileri bu sözleşmeyle bağlıdır. Çünkü ek kartın çıkartılarak küçüğe verilmesi baştan itibaren yapılan işlemlere onayının olduğunun belirtisidir. İnternet aracılığıyla kurulan sözleşmeler de ise, küçük ya da kısıtlı tarafından kurulması halinde bu hukuki işleme yasal temsilcinin onay vermesi halinde sözleşme geçerli hale gelir. Zira internette bu sözleşmeye onay veren yasal temsilci değil, küçük ya da kısıtlının kendisidir.

B- Şekil Açısından Geçerlilik

TBK açısından temel prensip; sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı olmamasıdır (TBK m.12). Ancak bazı durumlarda Kanun sözleşmelerin geçerliliğini belirli bir şekle bağlayabilir. Dolayısıyla öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçerli olmayacaktır. Taraflar kanunda öngörülen şekil şartlarını ortadan kaldırma veya azaltma yetkisine sahip değildirler¹⁹⁵. Genel olarak kişiler istedikleri şekle bağlı olarak irade beyanlarını ileri sürebilirler. Ancak bazı hallerde kişiler diledikleri şekilde irade beyanlarını ortaya koyamazlar. İradelerini açıklarlarken belli bir şekle uyma zorunlulukları olabilmektedir.

¹⁹³ SARAMAN, s. 70.

¹⁹⁴ ALTINIŞIK, s. 57.

¹⁹⁵ SARAMAN, s. 69.

Şekil zorunluluğunu öngören kurallar, genellikle tarafların menfaatleri düşünülerek ortaya konmuştur¹⁹⁶. Belirli şekil şartları sözleşmede, kesinlik, açıklık, ispat, tarafları düşünmeye sevk etmek ve güven açısından önemlidir. Dolayısıyla şekil hukuki işlemin ispatını kolaylaştırma veya mümkün kılma amacını içeriyorsa bu şekil ispat şeklidir¹⁹⁷. O zaman bu husus maddi hukuku değil usul hukukunu ilgilendirir.

Hukuki olarak şekil kavramı, bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araç, dış kalıp veya biçimdir¹⁹⁸. İrade beyanı herhangi bir şekil doğrultusunda belirtilir. İrade beyanları yazılı, sözlü veya resmi şekillerde ortaya konabilir¹⁹⁹. Yazılı şekil şartında irade beyanlarının yazılı olarak bir metin halinde getirilmesi gerekir. Sonuçta yazının illa ki elle yazılmış olması gerekmez. Diğer teknolojik cihazlar (bilgisayar, faks vb.) aracılığı ile metinler yazılabilir. Dolayısıyla elektronik sözleşmeler kurulduğunda sözleşmenin metni her iki tarafın elektronik cihazında okunabilmektedir. Metnin dayanıklı ve sürekli olması için taraflar yazıcı ile metnin çıktısını alabilirler.

Kanun yazılı şeklin temel unsurunu borç altına girenlerin imzaları olarak belirlemiştir. Tarafların irade beyanlarını yazı üzerinden belirterek altını imzalamaları gerekmektedir. Yazıya dökülen irade beyanların illa ki kağıtta olması gerekmediğinden elektronik iletilerin okunabilen ve saklanabilen bir yapıya sahip olmaları da aynı işlevi görecektir²⁰⁰.

Yazılı şeklin unsurlarından olan metin, elektronik sözleşmelerde de fiziksel olarak hazırlanmasında bir mani yoktur. Metin hazırlandıktan sonra, belge de adı geçen kişiler tarafından, metnin doğruluğu için onaylandığını gösteren imza unsurunun da gerçekleşmiş olması gerekmektedir²⁰¹. Bu sebeple yazılı şekil şartı öngörülmesi halinde, elektronik ortamda hazırlanan metinlerinde imzalanması gerekmektedir.

İnternet ortamında hazırlanan elektronik sözleşmelerde yazılı şekil şartı olan imzanın gerçekleşmesi için teknolojik çözümler aranmıştır. Bunun sonucunda da elle atılan imzaya eş değer elektronik imza uygulaması getirilmiştir.

¹⁹⁶ KÜÇÜKPEHLİVAN, s. 104.

¹⁹⁷ ALTINIŞIK, s. 72.; EREN, s. 264 vd.

¹⁹⁸ SAĞLAM ATABARUT, s. 130.

¹⁹⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 140.

²⁰⁰ SARAMAN, s. 69.

²⁰¹ SAĞLAM ATABARUT, s. 140.

C- Konu Açısından Geçerlilik

Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe tayin edebilirler (TBK m.26). Kanunda bu irade özgürlüğüne sınırlama getirmiştir. Bir sözleşme kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız şekilde düzenlenemez (TBK m.27/1).

Toplumun menfaatlerini, ahlaki esaslarını ve şahsi haklarını korumak için düzenlenen hükümler emredici hukuk hükümleri niteliğindedir. Kamu düzeni kavramı çok geniş bir kapsamda olmakla birlikte, toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzen olarak veya toplum içindeki kişilerin kamu yararına uymak zorunda oldukları kurallar²⁰² tanımlanabilir²⁰³. Dolayısıyla bu düzene aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçerli olmayacaktır.

Sözleşmeler şahsi haklara aykırı olarak da düzenlenemez. Dolayısıyla kişiler medeni haklarını kullanma ehliyetlerini, özgürlüklerini fazlasıyla kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmeler yapamayacaktır. Bu tür sözleşmeler emredici kurallara aykırı olabileceği gibi ahlaka da aykırı da olabilir. Örnek olarak; din değiştirme taahhüdü, uygun olmayan ameliyatı kabul etme, vb. verilebilir. Ahlaka aykırılık olmamakla birlikte kişilik haklarına aykırı olma gibi sözleşme konuları olabilir. Bu tür sözleşmelerde geçersiz olacaktır. Örneğin; evebeynlerine daha iyi bakabilmek için çocukların evlilik yapmayacakları konusunda anlaşması gibi²⁰⁴.

Ahlaki değerlerden anlamamız gereken toplumda yerleşmiş ahlaki kurallar ve adâb kurallarıdır. Bir sözleşmede ahlaka aykırılık sözleşme sonucundan çıkabileceği gibi sözleşmede güdülen amaçta da ortaya çıkabilir. Aynı zamanda ahlaka aykırılık vaad edilen edimin niteliğinden veya da süresinin, yüklenilen yükün fazlalığından kaynaklanabilir. Bir sözleşme bir tarafın mali özgürlüğünü fazlasıyla kısıtlıyorsa, bir tarafa aşırı bir bağlılık söz konusu oluyorsa bu tür sözleşmeler ahlaka aykırı olarak nitelendirilir²⁰⁵. Boşanmaya itiraz etmeme taahhüdü, birlikte nikahsız yaşamak üzere yapılan sözleşme, genelev işletmek üzere yapılan ortaklık sözleşme diğer bazı ahlaka

²⁰² İNAN / YÜCEL, s. 228.

²⁰³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 83.

²⁰⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 84.

²⁰⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 87.; EREN, s.324.

aykırı sözleşme örnekleridir. Ahlaki değerlerden yoksun sözleşme amacının taraflardan biri tarafından güdülmesi ve diğer tarafın bu durumu bilmemesi veya bilmek zorunda olmadığı hallerde güdülen amaç, sözleşmenin dışında ve ona yabancı olma sebebiyle sözleşme geçersiz olmaz. Örnek verecek olursak; tüketim ödücü sözleşmesi, metresine verilmek üzere bir yüzüğün satın alınmasındaki satış sözleşmesi gibi²⁰⁶.

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için konusunun fiili veya hukuki imkansız olmaması gereklidir. Sözleşmenin geçersizliğinde konu bakımından imkansızlık sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmalıdır. Çünkü sözleşmenin yapılmasından sonra olan imkansızlık da sözleşmenin konusunda imkansızlık değil, ifade imkansızlık söz konusudur. Bir sözleşmenin konu bakımından geçerliliğini etkileyen imkansızlık objektif bakımdan olmalıdır. Diğer bir deyişle imkansızlık herkes için söz konusu olmalıdır. Yoksa tek taraflı olarak imkansızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Tüm bu hususlar elektronik sözleşmeler için de geçerlidir. Nitekim bu kurallar tüm sözleşmeler için düzenlenmiş genel kurallardır. Elektronik sözleşmelerinde diğer sözleşmelerden ayrı değerlendirilmesi gerekmediğinden bu kurallara uygun olarak sözleşmenin kurulması gereklidir. Elektronik sözleşmelerin de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olarak ve konusunun imkansız olacak şekilde düzenlenemeyecektir.

IX. ELEKTRONİK İMZA

A- Genel Olarak

Sözleşmelerin yapılması herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak yazılı şeklin öngörüldüğü sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması gereklidir. Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer (TBK m.14/2). Ayrıca güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur (TBK m.15/1). Gelişen teknoloji ile birlikte

²⁰⁶ İNAN / YÜCEL, s. 230.

oluşan elektronik ticaret gereği artık taraflar birbirlerini tanımadan sözleşme kurmaları mümkün hale gelmiştir. Nitekim elektronik sözleşmeler genel olarak aynı ortamda bulunmayan, hazır olmayan kişiler arasında kurulan sözleşmelerdir²⁰⁷. Elektronik imzalar sayesinde de birbirlerine yabancı olanlar yazılı şekle başvurmadan geçerli sözleşmeler kurabilmektedirler .

Elektronik imza elektronik bir belgeyi imzalama yöntemlerinin tümünü ifade eden üst bir kavram olarak nitelendirilir ve dijital bir şekilde ifadesi mümkündür²⁰⁸. 5070 sayılı EİK' ya göre; elektronik imza; başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi, elektronik veri ise, elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade eder (m.3/a-b). Yani elektronik imza, elektronik ortamda oluşturulmuş bir mesajın bütünlüğünü ve değişmemiş olduğunu ifade eden ya da mesaj ile aynı doğrultuda düşünen, kişinin kimliğini tanımamıza imkan veren ve kişinin veri mesajının içeriğini onayladığını gösteren elektronik formattaki her türlü işaret olarak tanımlayabiliriz²⁰⁹.

UNCITRAL tarafından 2001 yılında hazırlanan Elektronik İmza Model Kanununda elektronik imzanın tanımı : “ *Elektronik imza, veri mesajı ile ilintili olarak imza sahibini teşhis etmede kullanılabilen ve veri mesajında yer alan bilgilerin imza sahibi tarafından onaylandığını gösteren, veri mesajı ile mantıklı bir şekilde ilişkilendirilmiş veya veri mesajına eklenmiş olan elektronik biçimdeki veriyi ifade etmektedir.*” şeklinde yapılmıştır²¹⁰.

ETKK tarafından elektronik imzanın tanımı: “ *Elektronik imza, bir bilginin üçüncü tarafların erişimine kapalı bir ortamda, bütünlüğü bozulmadan ve tarafların kimlikleri doğrulanarak iletildiğini elektronik veya benzeri araçlarla garanti eden harf, karakter veya sembollerden oluşmuş bir seti ifade eder.* ” şeklinde yapılmıştır²¹¹ .

²⁰⁷ SASSO, s. 217.

²⁰⁸ Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,
<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

²⁰⁹ KAYIHAN / YILDIZ; s. 122.

²¹⁰ BİÇKİN, İnci, “Elektronik İmza ve Elektronik İmza İle İlgili Yasal Düzenlemeler”, *TBB Dergisi*, S. 63, 2006, s. 110.

²¹¹ ALTINIŞIK, s. 78.

Elektronik imza kavramı, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri olarak tanımlanırken, elektronik veri ise elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade eder (EİK m.3/a,b). Güvenli elektronik imza ise; münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır (EİK m.4).

Elektronik belgelerin herhangi biri tarafından izin olmaksızın başka belgelerle değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, üzerinde değişiklik yapılması, ekleme, çıkarma gibi işlemlerin yapılması mümkün olabilir. Böyle ihtimallerin var olması, yazılı şekilde hazırlanan belgelerin dayanıklılık ve süreklilik özelliğinin elektronik belgelerde bulunmaması sebebiyle elektronik imza tekniği ortaya çıkmıştır.

İnternet üzerinden yapılan işlemlerde güvenlik en önemli hususlardan biri olması sebebiyle internet üzerinden yapılan işlemlerde taraflar birbirini görmediğinden, sahteciliğe karşı önlemlerin alınması gereklidir. Aksi halde kimlik bilgileri yanlış verilerek, haksız çıkar sağlanması ve diğer tarafın zarara uğraması söz konusu olabilmektedir. Güvenlik endişeleri dikkate alınarak elektronik imza sistemi geliştirilmiştir. Ülkemizde de elektronik imza 5070 sayılı EİK ile birlikte uygulamaya konulmuştur.

B- Dijital İmza

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerin geçerli olabilmesi için güvenli bir şekilde imzalanması gereklidir. Bunun için teknolojik gelişmelerle dijital imza ortaya çıkmıştır. Dijital imza, elektronik ortamda üretilen bilgilerin gönderilmesi esnasında gönderenin inkar edemeyeceği şekilde kimliğini teyit eden, verinin başkası tarafından gönderilmediğinin kesin olduğu, bu verilerin güvenliği için gizli ve değiştirilmesi mümkün olmadığı bir uygulamadır²¹². Kısacası dijital imza, bir kullanıcı, sunucu ya da

²¹² KAYIHAN / YILDIZ, s. 124.

host'tan gönderilen bilgilerin kesinlikle o kuruma veya o kişiye ait olduğunu teyit ederek, verinin başkası tarafından gönderilmediğini garantiler²¹³.

Dijital imza, dijital bir veri üzerinde sahibinin *gizli anahtarı* ile şifreleme yöntemi vasıtasıyla oluşturulan bir mühürdür ve bu mühür; *belgelendirme mercii* tarafından verilen sertifikaya iliştirilmiş bir *açık anahtarın* kullanımı ile çözülmesi; mühür sahibinin kimliğinin ve verinin değiştirilmediğinin belirlenmesinde etkilidir²¹⁴. Bu yöntem ayrıca, mesajın herkes tarafından görülmesine engel olarak, gizliliği sağlar.

Dijital imzanın kendine özgü özelliklerini; internetteki sözleşme ve iş ilişkilerinde kullanılması, oluşturulması matematiksel bir süreci gerektirdiği, alıcı ve üçüncü kişilerce kolayca doğrulanabilmesi, özel anahtara ulaşamaması halinde başkaları tarafından kullanılamaması, hiçbir iz bırakmadan kullanılması ve kaldırılmasının mümkün olması, gönderilen verinin gönderen kişi veya kuruma ait olduğunu doğrulaması, gönderen gönderdiğini, alıcı da aldığını inkar edememesi, verinin alıcıya ulaşana kadar değiştirilip değiştirilmediği hakkında bilgi verilmesi şeklinde sıralayabiliriz²¹⁵.

Dijital imza el yazısı ile atılan imzanın sahip olduğu özelliklerin, elektronik ortamda yapılan hukuki işlemlerde de var olabilmesi amacıyla geliştirilmiştir. Dijital imza el yazısı ile atılan imzanın elektronik imzaya aktarılmış hali değildir. Elektronik ortamda veri mesajına eklenmiş sayısal bir değerdir. Elektronik ortamda oluşturulan, iletilen belgelerin şifrelenmesi esasına dayanılarak oluşturulmuştur. Gönderene ait özel bir elektronik anahtar sayesinde mesajın şifrelenmesi ile dijital imza oluşur²¹⁶. Bu şifreleme mesajların gizlenmesini sağladığı gibi başkaları tarafından anlaşılamaması özelliğini taşır. Ayrıca bu şifreleme tekniği dijital imzaların oluşturulmasına ve geçerli

²¹³ AKTOPRAK, Denizhan, Elektronik Sözleşmelerde Edimlerin İfası, <http://www.denizhanaktoprak.av.tr/elektronik-sozlesmelerde-edimlerin-ifasi/>, (ET:24.05.2014)

²¹⁴ ARIKAN, A. Saadet, "Elektronik Ticaret, Hukuk ve Ticaret; Elektronikte Gelişmeler ve Hukuk Sempozyumu", *Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Vakfı*, Ankara 2001, http://enoter.hukuk.tripod.com/saadet_arikan.htm (ET:25.05.2014)

²¹⁵ Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=669>, (ET:24.05.2014)

²¹⁶ SAĞLAM ATABARUT, s. 144.

hale gelmesine imkan tanır. Şifreleme tekniği ile elektronik olarak imzalanan belgenin, yalnız elektronik imza sahibi tarafından düzenlendiğinin belirlenmesi sağlanır²¹⁷.

Dijital imza bir yazılımdır ve bir datanın üçüncü kişiler tarafından okunmasını ve değiştirilmesini engellemek amacı ile kullanılmaktadır. Dijital olarak imzalanmış mesajı alan taraf, mesajın değiştirilip değiştirilmediğini tespit etme imkanına sahiptir. Dijital imza el ile atılmış imzanın bilgisayarda bir grafik programı kullanılarak ekrana getirilmesi olmayıp, bu tamamen şifreleme metoduyla gerçekleştirilen bir tanıma yöntemidir. Şifreleme, simetrik şifreleme ve asimetrik şifreleme şeklinde olabilir. Simetrik şifrelemede, mesajı şifreleme ve deşifre için aynı anahtar kullanılmakta ve bu anahtar gönderen ve alıcı tarafından da bilinmektedir. İmzayı oluşturan veri ile doğrulama verisi aynıdır. Simetrik şifreleme de mesajı kimin şifrelediği belli olmadığından, internet ortamında birbirini tanımayan kişilerce bu şifre kullanılamayacaktır²¹⁸.

Kullanılan anahtarların güvenliğinin en aza indirildiği metod ise asimetrik anahtar sistemidir. Bu sistemde birinin kamusal olduğu diğerinin ise özel olduğu matematiksel olarak aralarında ilişkinin bulunduğu iki anahtar esastır. Özel anahtarın kullanılarak sadece kamusal anahtara sahip diğer kişinin deşifre edebileceği bir mesaj metni gönderilir. Bu şekilde orijinal metnin bütünlüğü ve güvenilirliği bozulmamış olur. Sistemin güvenliği için her iki anahtarın ve gizli şifrenin kullanıcı tarafından iyi saklanması gereklidir²¹⁹. Bunun yanında dijital imza sayesinde elektronik ortamda gönderilen metnin ve içeriğinin belli bir kişi tarafından hazırlanıp gönderildiği anlaşılabilmektedir. Kısacası dijital imzanın kullanıldığı metnin bütünlüğünün korunduğu, başka kişilerin ulaşamadığı bir ortamda gönderildiği ve gönderen kişinin de kimliğinin doğruluğunun belli olduğu bir sistem söz konusudur.

Elektronik imzaların başka kimseler tarafından değiştirilme girişimleri hemen belirlenebilir. Ancak bu durum e-imzaya olan güveni sarsmaktadır. Halbuki şifrelenmiş bir mesajın içeriğinin deşifre edilmesi halinde güvenli bir şifreleme programının kullanıldığı ortaya çıkmasıyla mesajın güvenilirliği hususunda şüphe duyulmaz.

²¹⁷ BİÇKİN, s. 110.

²¹⁸ SARAMAN, s.74.

²¹⁹ SAĞLAM ATABARUT, s..145.

Elektronik imzada mesajın kim tarafından gönderildiğini dair bir karine vardır ve de mesajın muhataba iletilinceye kadar herhangi bir müdahaleye uğramadığını gösterir²²⁰. Genel bir ifadeyle mesajın gönderen kişi tarafından imzalanıp gönderildiği bellidir. Ancak her zaman e-imzanın gerçek sahibi tarafından mesajın gönderildiği bilinemez. Elektronik anahtarlar başkaları tarafından ele geçirilip kullanılmış olabilir. Elektronik ortamda birbirlerini tanımadan iletişim kuran kişiler de e-imzanın sahibi tarafından kullanıldığından tamamiyle emin olamazlar. Bahsedilen güvenlik sorunlarına çözüm olarak elektronik sertifika uygulaması kullanılmaktadır. Bu sertifikalar kural olarak onay kurumları tarafından düzenlenir. Bu kurumlar anahtarların o kişiye ait olup olmadığını tespit etmektedirler.

Elektronik sözleşmelerin şekli açısından düşünüldüğünde imza konusu önemli gözükmetedir. MÖHUK m.7 uyarınca da, sözleşmenin yapıldığı veya sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların bulundukları ülke hukuku elektronik imzayı geçerli kabul etmemiş olsa da, taraflarca seçilen hukukun elektronik imzayı geçerli kabul etmesi durumunda sözleşme şekil olarak geçerlidir²²¹. Bunun tam tersi olarak tarafların seçtikleri hukuk, elektronik imzayı kabul etmese dahi, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku elektronik imzayı kabul ediyorsa, sözleşme geçerli olacaktır.

C- Biyometrik İmza

Elektronik imza her türlü elektronik ses, sembol veya uygulamayı içine alan genel bir terimdir. Dijital imza ve biyometrik imza ise belirli bir teknolojik yapıya dayalı olarak oluşturulan e-imza türüdür. Dijital imzalar sayısal teknolojiye bağlı olarak geliştirilmişken, biyometrik imzalar kişilerin biyolojik özelliklerin ölçülme tekniği dikkate alınarak ortaya çıkarılmıştır²²². Biyometrik imza kişilerin biyolojik özellikleri dikkate alınarak oluşturulan bir tekniktir ki, bu özellikler sadece imzayı atan kişiye hastır ve bir başka kişide bulunamaz. Öyle ki biyometrik imza, insanların ses, parmak izi, göz retinası gibi bazı kişisel özelliklerinin sayısallaştırılması ile elde edilen verilerin, imzalanması gereken metne eklenmesi şeklinde uygulanır. Biyometrik imza kullanılarak muhataba gönderilen metindeki verileri, muhatap daha önce kendisine verilmiş

²²⁰ SAĞLAM ATABARUT, s. 146.

²²¹ TURAN, s. 114.

²²² SAĞLAM ATABARUT, s. 157.

biyometrik imzalı verilerle karşılaştırarak, ya da güvenilir üçüncü kişide bulunan verilerle karşılaştırma yaparak imzayı atanın kimliği teyit edebilir²²³.

Biyometrik imza sahibi olabilmek için kullanıcılar bilgisayarlarına bir kamera yerleştirerek, bu ekran üzerinden kişinin retinası taranmalı ya da el izi bilgileri veya fiziksel özellikler bu bilgileri saklayan kuruma iletilmelidir. Kurum kayıtlı belgeler sayesinde elektronik belgeyi imzaladığını iddia eden kişinin gerçek kişi olup olmadığı kontrol etmektedir²²⁴.

D- Güvenli Elektronik İmza

Elektronik imza uygulaması her ülkede farklı kurallara bağlı olarak düzenlenmiştir. Elektronik ticaretin gelişmesi e-imzanın kullanıcılar tarafından benimsenmesi için açık ağ sisteminin güvenilir olması gereklidir. Güvenin sağlanması için de iletilen bilgilerinin gizliliğin ve bütünlüğün korunması, kimliklerin doğruluğunun güvence altına alındığı bir hukuki düzenleme ile mümkün olmaktadır.

Elektronik imzanın işlevi ile ilgili olarak e-imza; bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan ve imzalayanın kimliğini, verinin içeriğini ve bu içeriğin imzalayan tarafından kabul edildiğini doğrulamaya yarayan elektronik veri olarak tanımlanabilir²²⁵.

Elektronik imza, güvenli elektronik imza ve basit elektronik imza olarak ayrılmaktadır. Kanunen tanımlanan elektronik imza, güvenli elektronik imzayı temsil etmektedir. Belirli bir sayısal şifre ile kodlama yapılmaksızın, bilgisayar ekranına kalemle atılan imzalar, biyometrik imzalar, elle atılan imzanın sonradan tarayıcıdan geçirilerek taranarak elektronik ortama atılıp saklanması şeklinde olan imzaların hepsi basit elektronik imza olarak sayılabilir²²⁶. Güvenli elektronik imza ise; elektronik verinin bütünlüğünün korunması yanında, imzalayan kişinin kimliğini de koruyan bir yapıya sahiptir. Güvenli elektronik imza ve basit elektronik imzanın ayrımı, ispat hukuku açısından önem arz etmektedir. Güvenli elektronik imza teknik olarak dijital

²²³ İNAL, s. 141.

²²⁴ SAĞLAM ATABARUT, s. 158.

²²⁵ İNAL, s. 139.

²²⁶ BİÇKİN, s.111.

imza olup, elektronik sözleşmelerin kurulmasına kullanılmayıp, aynı zamanda teknolojik diğer kayıtlarda da kullanılmaktadır.

Güvenli elektronik imza EİK m.4' te tanımlanmıştır. Buna göre; güvenli elektronik imza;

" a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan,

b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,

d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imzadır ". Bu madde de belirtilen asgari güvenlik şartlarını taşıyan elektronik imzalar güvenli elektronik imza olarak kabul edilecektir. ”

Güvenli elektronik imzanın taşınması gereken şartları incelersek; öncelikle kimlik doğrulama fonksiyonunun sağlıklı şekilde gerçekleşmesi için münhasıran imza sahibine bağlı olma şartı zorunludur. Elle atılan imzanın taşıdığı nitelikleri elektronik imzanın da taşıyabilmesi için imzanın kişiselleştirilmesi gereklidir. Bu şartın gerçekleşmesi ile elektronik imzanın ve kullanılan araçların münhasır imza sahibine bağlı olduğu garanti edilmektedir.

İkinci olarak imzanın sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza, nitelikli elektronik sertifika sağlayıcılar tarafından oluşturulurken; ürettiği elektronik imza oluşturma verilerinin kendi aralarında bir benzeri bulunmamalı, üzerinde kayıtlı elektronik imza oluşturma verilerinin araç dışına hiçbir şekilde çıkarılamamalı ve gizliliğini korumalıdır. Söz konusu verilerin üçüncü kişilerce elde edilememesi, kullanılamaması ve e-imzanın sahteciliğe karşı korunması, imzalanacak verileri imza sahibi dışında değiştirilememesi gereklidir.

Kanun, güvenli elektronik imzada, güvenli elektronik imza oluşturma aracının güvenli olması gerektiğinin yanısıra bu aracın sadece imza sahibinin tasarrufunda

bulunması gerektiğini de belirtmiştir. Bu sorumluluk aslında imza sahibine aittir. EİK m.10/f de sertifika hizmet sağlayıcısı sertifikada bulunan imza doğrulama verisine karşılık gelen imza oluşturma verisini başkasına kullandırmaması konusunda, sertifika sahibini yazılı olarak uyarmak ve bilgilendirme yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları açık anahtar sahibinin kimliğini sertifikaya bağlar, bunları yayınlar, gizli anahtarların güncellenmesi, sertifika bilgilerinin saklanması görevlerini üstlenerek bu konuda hukuki sorumluluk altındadırlar²²⁷.

Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur (EİK m.5). Dolayısıyla elle atılan imza ile yapılabilecek tüm işlemler güvenli elektronik imza ile de rahatlıkla yapılabilmektedir. Ancak elektronik imza ile resmi şekle veya özel merasim gerektiren işlemler ile teminat sözleşmeleri yapılamamaktadır.

İnternet aracılığı ile imza altına alınan sözleşmeler bakımından güvenli elektronik imzanın kullanılmasıyla tarafların tam ehliyetli oldukları hususunda bir tereddüt söz konusu değildir²²⁸. Güvenli elektronik imzayı kullanarak sözleşme yapan kişilerin kimlik bilgileri bilindiği için ehliyetle ilgili bir sorun oluşmayacaktır.

Elektronik imza ile birlikte imzalayan ve imzalanmış belge arasında doğrulanma ilişkisi ortaya çıkar. Elektronik imza taraflar için resmiyet ve şekil şartı oluşturur. Şekil açısından elektronik imzanın kullanılması ile imzayı atanın niyeti açık bir şekilde ifade edilmiş olmaktadır. Bir belgenin nihai bir hukuki sonuç oluşturmaları için onaylanması veya yetkilendirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla onaylayanın elektronik imzası niyete göre işlevsellik oluşturmaktadır.

Elektronik ticaretle birlikte fikri mülkiyet hakları, veri depolanması, ağ güvenliği ve elektronik para gibi uygulamalar sürekli gelişmektedir. Elektronik imza da çoğunlukla kamu kurumlarıyla resmi haberleşmelerde, açık ağlar üzerinden sözleşme

²²⁷ SARIAKÇALI, s. 78.

²²⁸ SARAMAN, s. 72.

ilişkilerinde, kimlik ve yetki tanımlamalarında veya kişisel sebeplerle meydana gelen iletişim faaliyetlerinde kullanılmaktadır²²⁹.

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerin güvenli şekilde kurulması oldukça önemlidir. Sözleşme gizlilik, bütünlük ve gerçeklik taşınmalıdır. Hazırlanan metnin karşı tarafa gönderilmesinden varmasına kadar geçen sürede, başkaları tarafından görülmemesi gizli kalması gerekmektedir. Ayrıca bu süreçte başkaları tarafından değiştirilmesi mümkün olmamalıdır. Gerçeklikten kasıt ise metni gönderenin tespit edilebilir olmasıdır. Bu sebeplerden dolayı güvenli şekilde sözleşme kurulması için en çok tercih edilen yöntem şifreleme yöntemidir. Şifreleme yöntemi, gönderilen metin içerisindeki bilginin gizliliğinin garanti olması sağlayan sistemdir. Bu yöntemde matematiksel bir algoritma olan formül sayesinde, metin başkaları tarafından anlaşılabilir hale çevrilerek gönderilmekte, daha sonra alıcı yine aynı formülle tekrar anlaşılır hale getirebilmektedir²³⁰.

İnternet üzerinden tarafların anlaşarak son halini aldığı anlaşma metninin tamamlanması için imza gereklidir. Tarafları bağlayan hukuken geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için kullanılan elektronik imzanın sayılan nitelikleri taşıması gereklidir. Hukuken tam bağlayıcı ve geçerli bir elektronik imza, elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından düzenlenip onaylanan nitelikli elektronik sertifikaya bağlanmış güvenli elektronik imzalıdır. Dolayısıyla bunun için gerekli teknik standart ve koşullar ile işlevsel özelliği taşımayan elektronik imza, elle atılan imzanın doğurduğu hukuki sonucu, hem ispat hem de maddi geçerlilik bakımlarından ortaya çıkaramayacaktır²³¹.

X. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE İFA

Elektronik sözleşmelerde, sözleşmeden doğan edimler hukuki ilişkilerine göre farklılık göstermektedir. Dolayısıyla elektronik sözleşmelerin ifası doğrudan veya dolaylı yapılan ticarete göre değişiklik arz etmektedir.

Dolaylı ticarete (kitap, cd, cep telefonu, beyaz eşya vb.), sadece sözleşmenin kuruluşuna yönelik işlemler internet ortamında gerçekleştirilmektedir ve satıcı veya

²²⁹ ALPTÜRK, s. 215.

²³⁰ SARAMAN, s. 77.

²³¹ SARAMAN, s. 75.

sağlayıcı, sözleşmeden doğan edimini, sanal ortam dışında fiilen yerine getirmektedir. Bu sebeple TBK’ daki ifaya ilişkin kuralları, burada uygulama alanı bulacaktır. Doğrudan ticarete ise (bilgisayar programı, internet üzerinden bilgi temini vb.), sözleşmenin hem kuruluşu hem de ifası elektronik ortamda, on-line olmakla birlikte, ifa işlemi, sözleşme konusu ürünün veya bilginin ilgili tarafın kullanımına sunulması ile gerçekleşir²³².

Elektronik ortamda yapılan dolaylı ticaret bilindiği gibi sözleşmenin kuruluşunun internet ortamında gerçekleştiği ve sözleşmeden doğan edimlerin ifasının fiziksel ortamda yerine getirilmesinin TBK’ daki ifaya ilişkin kurallara uygun olarak yapılması gereken ticaret şeklidir²³³. Doğrudan ticarete ise; dolaylı ticaretten farklı olarak ifanın fiziksel olarak yapılması değil, ifanın dijital ortamda on-line olarak yerine getirilmesi söz konusu olup, ifa işlemi söz konusu ürün veya bilgi muhataba bilgisayar ortamında sunulmasıyla gerçekleşir²³⁴.

Elektronik sözleşmelerin ifasında farklı ödeme araçları mevcuttur. Sözleşmede ödeme işlemi için geleneksel araçlar kullanılabildiği gibi, kredi kartı, elektronik fon transferi (bir paranın bir bankadaki hesaptan bir başka bankadaki hesaba elektronik ortamda nakli), akıllı kart veya elektronik para (dijital ortamda bulunan ve mali değer içeren elektronik data), elektronik çek gibi diğer ödeme araçları da tercih edilebilir. Ancak nakit ödeme yöntemi gibi geleneksel ödeme yöntemleri, elektronik sözleşmelerde çok tercih edilen bir yöntem değildir. Her ne tür elektronik ödeme aracı kullanılırsa kullanılsın; elektronik ödeme sistemleri, geniş iletişim yapısı, güvenlik ilkelerine uygun araçlar, gelişen teknolojiye uygun altyapı, hem işletme hem de tüketiciler için genişlik ve uyumluluk açısından finanse edilebilir ve doğruluğu kanıtlanabilir olmalıdır²³⁵.

²³² AKTOPRAK, Denizhan; Elektronik Sözleşmelerde Edimlerin İfası ,<http://www.denizhanaktoprak.av.tr/elektronik-sozlesmelerde-edimlerin-ifasi/>, (ET:24.05.2014)

²³³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 103.

²³⁴ UYUMAZ, Alper, “Elektronik Sözleşmelerin Web Sitesi Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C: 9, Özel Sayı, 2007, s. 925.

²³⁵ TSIAKIS, T. / STEPHANIES, G. & PEKOS, G.; “Cryptography As a Formal Method and Model For Security in Electronic Payments”, *The Internet Society: Advances in Learning, Commerce and Security*, Editors: MORGAN, Konrad / SPECTOR, Mike, Boston, 2004, s. 237.

Elektronik ortamda yapılan ticarete kullanılan diğer bir yol ise SSL (Secure Socket Layer-Güvenli Giriş Katmanı) ve SET (Secure Electronic Transaction-Güvenli Elektronik İletişim) yöntemidir. SET yönteminde müşteri, üye işyeri ve finans kurumu olmak üzere üç taraf bulunmaktadır. Alıcı elektronik ortamda yaptığı alışverişinde kredi kartı yerine finans kurumunun kendisine verdiği bir sertifika kullanmaktadır. Alıcı ödemesini sertifika ile yapmaktadır. Sertifika numarasının sistemin bilmediği, sanal ortamda dolaşma imkanının bulunmadığı bir yöntemdir. SET yöntemi kapalı ağ içerisinde işlem gördüğünden sistemin güvenliği daha etkili bir şekilde sağlandığı söylenebilir²³⁶. SSL yönteminde ise ağ üzerindeki, web uygulamalarında güvenli bilgi aktarımının sağlanması için geliştirilmiştir. SSL de hem istemci (bilgi alan) hem de sunucu (bilgi gönderen) bilgisayarların birbirini tanımasıyla olan bir doğrulama sistemi kullanılır²³⁷. Böylece bilginin doğru bilgisayardan geldiği ve doğru bilgisayara gittiğinin kontrolü sağlanmış olur.

Bilgisayarların birbirini tanıma işlemi, açık-kapalı anahtar tekniğine bağlı kripto sistemi ile gerçekleşir. Bu sistemde iki anahtardan oluşan anahtar çifti mevcuttur. Bu anahtarlardan biri açık anahtar olup, herkes tarafından bilinebilen ve gönderilen mesajı şifrelemede kullanılan dijital anahtar şeklindedir. Açık anahtar ile şifrelenen mesaj sadece bu anahtarın diğer eşi olan kapalı anahtar ile açılabilir. Kapalı anahtarı da sadece alıcı bildiğinden mesajın güvenliği sağlanmış olmaktadır.

Elektronik para kavramı manyetik bantlı kartlara alternatif olarak oluşturulan üzerinde yarı iletken mikro işlemcileri barındıran tüm plastik kartlara denilmektedir. Elektronik paranın oluşturulmasındaki temel sebep güvenlik açısındandır Manyetik bantlı kartlarda dolandırıcılık ve sahtekarlığın oldukça karşılaşılmaması, alternatif yolların aranmasına sebebiyet vermiştir. Kart tabanlı elektronik para birimleri, manyetik bantlı kartlara göre daha güvenli olduğu söylenebilir. Kartın üzerinde bulunan mikro işlemci, kartın kaybolması ya da çalınması hali düşünülerek geliştirilen şifreleme teknikleri ve kartın hafızasında bulunan kullanıcıya ait kimlik bilgileri ile kişinin sayısal imzası

²³⁶ ÖNGÖREN, Gürsel, *İnternet Hukuku*, İstanbul 2006, s. 124.

²³⁷ ALPTÜRK, s. 55.

sayesinde kartın başkaları tarafından kullanımının önüne geçilmekte ve diğer kartlar gibi kopyalanma imkanı bulunmamaktadır²³⁸.

Her ne tür ödeme yöntemi kullanılırsa kullanılsın; ödemelerde makbuz alınmasına dikkat edilmelidir. Nitekim para ile ilgili uyuşmazlıklarda belli bir miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda yazılı belge ile ispat gereklidir. Banka havalesi ile bir borcun ödenmesi düşünüldüğünde, havale makbuzunda mutlaka neye karşılık ödeme yapıldığının belirtilmesi gerekir. Çünkü kötü niyetli bir satıcıya havale çıkarılması halinde, bu kişi daha sonra ödenen miktarın borç karşılığı olduğunu iddia ederse, alıcının da bir mala karşılık ödeme yaptığını ve malın gönderilmediğinin ispatını yapması güç görülmektedir.

Elektronik ödeme sistemlerinde en önemli husus güvenilirliğin sağlanmasıdır. Bu sistemlerde güvenlik faktörü kimlik doğrulama ile yakından ilişkilidir. Ödemeye yönelik faaliyetlerde söz konusu sistemler veya araçların finansal işleme dönüştürülebilme ve mutakabatın sağlanması gereklidir²³⁹.

XI. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE İSPAT SORUNU

Elektronik sözleşmelerde karşılaşılabilecek diğer bir problem sözleşmenin kuruluşu veya sözleşmeyle ilgili hukuki işlemlerin geçerli olarak yapıldığının ispatı konusudur.

Elektronik bir verinin ya da belgenin delil olarak kabul edilmesi, bir senedin delil olarak nitelendirilmesinden pek farklı değildir. Taraflar arasında hazırlanmış bir senet istenildiği takdirde delil olarak kabul edilecekse, aynı şekilde elektronik verilerde istenildiği takdirde delil olarak kabul edilir. Bahsedilen deliller arasındaki fark, elektronik verilerin bulundukları elektronik ortamda mahkemeye sunulma imkanının zorluğu açısındanadır. Mahkemelerde elektronik verilerin incelenmesi için gerçek ortama aktarılması gereklidir. Ancak bu gibi elektronik verilerin gerçek ortama aktarılmış hali değil, bizzat kendileri delil olarak değerlendirilir. Elektronik veriler, tüm delillerin sahip olması gereken temsil niteliğini, diğer bir ifade ile bir olayın gerçekleştiği konusunda kanaat oluşturacak niteliğe sahip olması halinde delil olarak değerlendirilebilir. Bu

²³⁸ GÜNER, s. 216 vd.

²³⁹ ALPTÜRK, s. 42.

niteliğe sahip olmaması halinde ise ancak emare gibi dolaylı ispat aracı olarak düşünülebilir²⁴⁰.

Elektronik ortamda oluşturulan, değiştirilen, iletilen, saklanan kayıtların ve belgelerin ispatı gereken herhangi bir olayda kullanılmak istenmesi veya bizzat kullanılması halinde elektronik delilden bahsedilir. Bu kavram, senet veya tanık gibi delil tipini değil, başvuru delilin öz niteliği gereği elektronik bir özellik taşıması anlamında kullanılmaktadır.

Elektronik deliller, sistem açısından bütün olarak incelenmelidir. Diğer deliller gibi tek ve bağımsız şekilde değerlendirilmesi pek mümkün değildir. Elektronik delilleri diğer delillerden ayıran en önemli fark, elektronik delillerin sadece ekranda görülmesi veya çıktısı alınarak incelenebildiğinden, doğrudan görüntülenememesidir. Bir senet veya belge tek başına delil olabilirken, elektronik veriler karşı tarafın açık veya zımni olarak onayı halinde delil olarak kabul edilebilir. Örneğin tek başına bir bilgisayar çıktısı delil olarak nitelendirilmez. Delil olarak değerlendirilmede doğrudan kendisi dikkate alınmalıdır. Çünkü bir belgenin çıktısı, o belgenin orijinali değildir²⁴¹. Elektronik belgelerin dışındaki diğer yan elektronik veriler de delil olarak nitelendirilmede etkili olabilir. Belgeler doğrudan ekranda görülse veya çıktısı alınsa da elektronik veriler anlaşılamayacaktır. Burada bahsedilen elektronik veriden kasıt ise; belgenin oluşturulması, değiştirilmesi, yok edilmesi şeklindeki işlemlerin kimin tarafından yapıldığı, hangi cihazın kullanıldığı, işlemin yapıldığı zaman gibi önemli pek çok bilgidir²⁴². Karşı tarafında böyle bir delili hayatın olağan akışı düşünüldüğünde kabul etmesi pek mümkün olmadığına göre, bu tür elektronik verilerin doğrulanması gerekir. Elektronik verilerin doğrulanması da, içinde bulunduğu sistemin tümünün incelenmesi veya başka kaynaklarca teyit edilmesi yoluyla yapılabilir²⁴³. Elektronik deliller, elektronik cihazlarda gözle görülemeyecek şekilde saklanabilirler. Bu delillere ulaşabilmek için yardımcı cihazlara ihtiyaç duyulmaktadır. Elektronik posta üzerinden örnek verecek olursak; böyle bir delilin doğruluğunun tespiti, internet servis sağlayıcısı

²⁴⁰ GÖKSU, Mustafa, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Ankara 2011, s. 30.

²⁴¹ Elektronik belgelerin kağıda basılı halleri, o belgenin kopyası niteliğindedir. Dijital imzalı belgelerin çıktıları kopya değil, örnektir. Bkz: ACAR, Ayşe Ece, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, İstanbul 2013, s. 138.

²⁴² GÖKSU, s. 30 vd.

²⁴³ GÖKSU, s. 31.

veya elektronik posta servis sağlayıcısının kayıtları incelenerek yapılabilir. Ancak belgenin oluşturulduğu cihazın incelenmesine gerek olmadığı durumlarda, değiştirilmezliğin garanti edilmesi halinde, gönderilmiş veya aktarılmış elektronik belgelerin mahkemeye ibrazında söz konusu delil yeterli olarak değerlendirilebilir²⁴⁴ .

Elektronik delillere sadece elektronik ticaret uygulamasında olan doğrudan doğruya teknoloji ile bağlantılı olan uyumsuzluklarda ihtiyaç duyulmamakta, aynı zamanda gündelik hayatta pekçok bilgi, bilgisayar vb. elektronik cihazlarda saklandığından elektronik delillere her alanda karşılaşılmaktadır. Ticari sırların çalınması, dolandırıcılık, bilgilerin çalınması gibi durumlarda elektronik delillere rastlanılmaktadır.

Elektronik belgelerin sahibinin belirlenmesi, diğer tür örneğin senet deliline göre çok daha zordur. Sonuçta senet delilinde altına, imza atan kişinin tespiti çeşitli incelemeler sonunda yapılabilir. Elektronik belgeler ise, güvenli elektronik imza ile oluşmadığı takdirde bu tespit zorlaşacaktır. Bu yüzden dolaylı yollara başvurmak suretiyle tespit yoluna gidilecektir. Örneğin; bilgisayarın sahibinin tespit edilmesi ile elektronik belgenin kime ait olduğunu belirlemeye çalışmak gibi. Ancak buna benzer dolaylı yoldan tespit edilen deliller, yeterli derece de olmalı ki, mahkemeye sunulduğunda söz konusu elektronik belgenin sahibinin belirlendiği kanaati mahkemede oluşabilsin.

Senedin unsurlarından biri somut bir cisim olmasıdır. Fiziki ortamdaki senetler, genellikle somutluğu sağlamaktadır. Bu yönüyle dijital imzalı belgelerden ayrılmaktadır. Dijital imzalı belgeler, elektronik ortamda oluşturulmuş, dijital imza ile imzalanmış belge veya da elektronik ortama sonradan aktarılmış ve ardından dijital imza ile imzalanmış belgedir. Fiziki ortamdaki belgelerde somutluğu belgenin taşıyıcısı kağıt olsaydı, dijital imzalı belgelerin taşıyıcısı da elektronik cihaz olduğuna göre, dijital imzalı belgeler somutluk unsurunu sağlamaktadır diyebiliriz. Nitekim günümüzde bilgisayar boyutları oldukça küçülmüş olup, çok rahat bir şekilde taşınabilir hale

²⁴⁴ ACAR, s. 140.

gelmiştir. Dolayısıyla dijital imzalı belgelerin elektronik cihazlar aracılığıyla görüntülenmesi orijinal halinin somut bir cisim olma unsurunu karşılamaktadır²⁴⁵.

Elektronik deliller yargılama aşamasında değiştirilme tehlikesi ile karşılaşılabilir. Deliller sunulduktan sonra saklama veya inceleme aşamasında; donanım veya yazılım farkları gibi sebeplerle elektronik delilin bütünlüğünün sağlanamamasıyla değişim söz konusu olabilmektedir.

Güvenli elektronik imzaların senet olup olmadığına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte bu belgelerin ispat bakımından senet hükmünde olduğu belirtilmiştir. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Hukuku (HMK) m.205/2 de uslüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu düzenlenmiştir. Güvenli elektronik imza ile atılmayan belgenin senet kuvvetinde bile sayılmamıştır. Güvenli elektronik imza ile imzalanmayan elektronik veriler ancak delil başlangıcı niteliğinde olabilir. Senede dair bir tanımın yapılmamasının sebebi sınırlama getirmemektir. Tanım yapmak bir sınırlama getirir ve bu da ortaya çıkabilecek gelişmelere engel olmak anlamına gelir. Bu sebeple sadece senedin kesin delil olduğu hüküm altına alınmıştır.

Güvenli elektronik imzalı belgeler doktrinde elektronik senet olarak kullanıldığı görülür. Elektronik imzalı belgelerin senet olarak kabul edenlerde etmeyenlerde mevcuttur. Kabul edenler güvenli elektronik imza ile meydana gelen, aleyhine delil olarak kullanılmaya uygun bilgisayar ortamında varlığını sürdürebilen elektronik verileri elektronik senet olarak tanımlamışlardır. Kabul etmeyenler ise, senedin yazılılık ve cisim bulma unsurlarının güvenli elektronik imza ile oluşan elektronik verilerin karşılamayacağı görüşündedirler²⁴⁶.

²⁴⁵ ACAR, s. 142 vd.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: ACAR, s. 148.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası ticaret ülkeler için son derece önemli ve vazgeçilmez bir kalkınma aracıdır. Ülkeler arası yapılan ticaret, hem sosyo-ekonomik hem de kalkınma veya büyüme açısından ihtiyaçları karşılamaktadır. Milletlerarası ticaret, ülkeler arası anlaşmalar ile ticaretle ilgilenenlere bir çerçeve oluşturmakta ve bunun içerisinde bu kişiler birbirleri ile ticari ve ekonomik ilişkilerini sözleşmeler ile icra etmektedirler²⁴⁷. Milletlerarası ticaret kapsamında ki bu sözleşmeler, internet ortamında kurulması halinde, daha da yaygın bir şekilde ticari faaliyet yapılmasına olanak sağlamaktadır.

Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerin internet vasıtasıyla kuruluşu, diğer iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmelere göre daha kolaydır. İnternetin niteliği gereği, dünyanın hemen hemen her yerinden ulaşılabilir bir uluslararası ağ olması büyük etkindir. İnternet sayesinde ülkeler arasında uzaklık sorun olmamakta ve farklı ülke vatandaşları kolaylıkla sözleşme yapabilmektedir. Örneğin; dünyanın her yerinden ulaşılabilen bir web sitesi aracılığıyla satışa sunulan mal ve hizmetler üzerinden, bu sitenin sahibi olan firmalar bulundukları ülkelere başka ülkelerdeki tüketicilere satış yapmak üzere uluslararası nitelikli bir sözleşme kurabilirler²⁴⁸.

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

²⁴⁷ ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul 2015, s.246 vd.

²⁴⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 118.

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıklarda, bazı mahkemeler bu uyuşmazlığın çözümünde kendi ülkesinde söz konusu web sitesine erişilebilir olmasına bakarak, yabancı ülkede kurulan ve faaliyet gösteren firmalar hakkında açılan davada milletlerarası yetkisinin bulunduğu kanaatine varıp, kendi ülke kanunlarına göre çözümleme yapmaktadır. Bu uygulamaya göre, örneğin, web sitesi sahibi kişi ve bununla ilişkili hukuki uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bu siteye erişimin mümkün olduğu tüm ülke mahkemelerinin, kendi kanunlarını uygulayabilecekleri anlaşılmaktadır. Bu ülkelerin mevzuatlarının benzer hükümler içermesi pek mümkün olmadığından, ilgili uyuşmazlıkların sonunda verilen kararların birbirleriyle çelişkili olma durumu ortaya çıkacaktır. Bu çelişki de örneğin web sitesi aracılığıyla mal ve hizmet sunan taraf açısından belirsizliğe yol açacağından, elektronik ticaret olumsuz etkilenecektir²⁴⁹.

Daha kapsamlı düşünüldüğünde; bahsettiğimiz bu uygulama belirsizliklere yol açtığından, web sitesi sahiplerini çeşitli önlemler almaya yöneltecektir. Dolayısıyla web sitesi sahipleri, oluşturdukları genel şartları, yaptıkları teklifleri sınırlandırma yoluna gidebilecektir²⁵⁰. Bu durumda satıcı veya sağlayıcılar, ürünlerin erişilebilirliğini coğrafi olarak sınırlandırıp belirli pazarları seçerek, çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku kendilerine daha elverişli olanı tercih edebilecektir. Buradan çıkacak sonuç ise, bir çok ürün elektronik pazarlarda olmayacak ve bu ürünlerin sınırlı ülkelerde satışı mümkün olacaktır²⁵¹. Bu da elektronik ticareti olumsuz anlamda etkileyecektir.

İnternet üzerinden kurulan uluslararası nitelikli sözleşmelerde bahsedilen sorunlar sebebiyle taraflar açısından bu konuda belirlilik ve güvenin sağlanması önem arz etmektedir. Tacirler açısından masraflar, riskler ve buna bağlı fiyat vb. hususların belirlenmesi ve tüketiciler açısından uyuşmazlık çıkması durumunda başvurulabilecek yollar, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemedeki belirsizlik, elektronik ticari ilişkilere yaklaşımda tereddüt ortaya çıkartacaktır²⁵².

²⁴⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 120.

²⁵⁰ GEZDER, Ümit, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet' te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2004, s. 10

²⁵¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 121.

²⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 121.

Biz burada konuyu iki açıdan ele alacağız. İlki uygulanacak hukukun belirlenmesi, diğeri uyumsuzlukların çözüm yöntemleridir.

II. UYGULANACAK HUKUK KURALLARININ BELİRLENMESİ

A- MÖHUK m.24 Kapsamındaki Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeler hukuku alanında irade özerkliği ilkesi egemen olduğundan, kural olarak taraflar emredici kurallara aykırı olmadan, sözleşmenin ifa yerini ve sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme özgürlüğüne sahiptirler²⁵³. Sözleşmenin unsurlarından birinin yabancı devletle ilişkisi olduğu takdirde de yabancılık unsuru olduğu kabul edilir. Elektronik sözleşmelerde yabancılık unsuru bulunması durumunda ise bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir.

İnternet aracılığıyla kurulan uluslararası sözleşmeler için özel olarak düzenlemiş bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Nitekim sözleşmenin kurulması için kullanılan internet sadece bir araçtır ve bu sözleşmeye ayrı bir hukuki nitelik kazandırmaz. Bu sebeple hukuki olarak sözleşmeler için düzenlenen hükümler, internet vasıtasıyla kurulan sözleşmeler için de geçerlidir. Söz konusu hükümler yorumlanarak bu sözleşmelere de uygulanmalıdır. Ancak bu uygulama diğer tür sözleşmelerdeki gibi kolay olmayabilir.

Türk hukukunda sözleşmeler için düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları, elektronik sözleşmeler için de yorum farkı da göz önünde tutularak uygulanmasıyla uyumsuzluklara çözüm olmaktadır. Elektronik ortamda cereyan eden eylem ve işlemlerle ilgili uyumsuzluklarda davanın hangi ülkede açılacağı ve hangi ülke hukukunun uygulanacağı kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenebilir²⁵⁴.

MÖHUK m.24' de sözleşmelere uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kuralı elektronik sözleşmeler için de uygulanacaktır. Daha önce değindiğimiz gibi elektronik

²⁵³ ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 337.; AKTOPRAK, Denizhan, *Elektronik Sözleşmelerde Edimlerin İfasi*, <http://www.denizhanaktoprak.av.tr/elektronik-sozlesmelerde-edimlerin-ifasi/>, (ET:24.05.2014)

²⁵⁴ ARIKAN, A. Saadet, "Elektronik Ticaret, Hukuk ve Ticaret; Elektronikte Gelişmeler ve Hukuk Sempozyumu", *Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Vakfı*, Ankara 2001, http://enoter.hukuk.tripod.com/saadet_arikan.htm (ET:25.05.2014)

sözleşmedeki elektronik deyimi, sözleşmenin kuruluşu veya ifasında kullanılan araçları ifade ettiği için, bu sözleşme ayrı bir sözleşme türü olmayıp bu hüküm burada da uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK m.24' de şu şekilde düzenleme yapılmıştır; " (1) *Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*

(2) *Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.*

(3) *Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*

(4) *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur. "*

1. Hukuk Seçiminde Yabancılık Unsuru

Kural olarak akdi bir ilişkinin, tarafların yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları için, yabancılık unsurunu taşıması gereklidir. Yabancılık unsurunun ne anlam ifade ettiğine açıklık getirmekte fayda vardır. Hukuk seçiminin serbest olması hususunun tek taraflı olduğu düşünülemez. Bu sebeple sözleşmenin ağırlık noktaları tek bir ülkede olup, bu ilişkide yabancı bir irtibat noktası yok ise, bu hukuki ilişkiye kanunlar ihtilafı anlamında bir hukuk seçiminin olması yerinde değildir²⁵⁵. Sonuçta uluslararası nitelikli bir sözleşmeden bahsedebilmek için en az iki ülkenin bu ilişkiye

²⁵⁵ DOĞAN, Vahit, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996, s. 30.

dahil olması gereklidir. Ülkelerin birbirleri ile irtibatlı olduğunu esas olarak şu dört şekilde anlayabiliriz;

1. Sözleşmenin tarafları aynı ülkede ikamet ediyorlar, ancak farklı vatandaşlıklara sahiplerse,
2. Sözleşmenin tarafları aynı ülke vatandaşı ancak, farklı ülkede ikamet ediyorlarsa,
3. Sözleşmenin taraflarının vatandaşlıkları ve ikamet ettikleri ülke aynı olmasına rağmen, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin, başka bir ülkede olması halinde,
4. Sözleşmenin taraflarının vatandaşlıkları, ikametgahları ve sözleşmenin konusunun aynı ülkede olmasına rağmen, ifa yerinin başka bir ülkede olması durumlarıdır²⁵⁶.

Hukuk seçiminin yapılabilmesi için yabancılik unsurunun aranıp aranmayacağı hususunda görüş birliği mevcut değildir. Bu konu hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. İlk görüşe göre; tarafların hukuk seçiminde bulunması o hukuki ilişki için yabancılik unsurunu oluşturduğu yönündedir. Bu görüşte olanların temelinde yatan düşünceler şunlardır; modern anlamda hukuk seçimi, iradeye; milletlerarası özel hukukta bir bağlama kuralı tesis etme özelliğini kazandırdığından, seçilen hukuk, taraflar arasında yabancı unsurun oluşmasını sağlayan bir bağlama noktasını ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla yabancılik unsurunun zorunluluğu her zaman aranmayabilir ve irade özgürlüğü neticesinde sözleşme milletlerarası sözleşme alanına girebilir. Diğer bir ifade ile taraflar aralarında yabancı hukuk seçiminin yapılması dışında hiçbir yabancılik unsur taşımayan, sadece hukuk seçimi yaparak aralarındaki hukuki ilişkiyi milletlerarası özel hukuk kapsamına dahil etmiş olmaktadır. Kısacası hukuk seçiminin milletlerarası özel hukukta değerlendirilmesi için, aralarındaki hukuki ilişkide başka bir yabancılik unsuru taşınmasına gerek duyulmamaktadır. Bu duruma sözleşmenin ekonomik karakteri ve milletlerarası ticaret alanına girmesi gibi kriterler etki etmektedir Bir hukuki ilişkiye tarafların yabancı bir ülke hukukun uygulanması yönündeki seçim, biraz önce saydığımız yabancılik unsurunun olduğu hallerden bir farkı bulunmamaktadır. Hukuk seçiminin tek başına yabancılik unsuru olarak değerlendirilmesinin temelinde yatan,

²⁵⁶ DOĞAN, *İş Akdi*, s .31.

hukuk seçiminin yapılmasının öncesinde; hukuki ilişkinin MÖHUK kapsamına girmesi gerekliliğidir. Bir borç ilişkisi yabancılık unsuru taşımalıdır ki, tarafların yaptıkları hukuk seçimi geçerli olsun. Bu tarafların hukuki ilişkilerinde somut olarak yabancılık unsuru bulunması gerekliliği anlamına gelir. Zaten yapılan hukuk seçimi o hukuki ilişkinin subjektif açıdan etkili olup, sadece sözleşmenin tabi olduğu hukuku belirlemektedir. Diğer bir açıdan düşünecek olursak; TBK m.26 ve 27 gereğince tarafların mutlak surette uymak zorunda oldukları bir diğer ifade ile emredici hukuk kuralları bulunmaktadır. Bu kuralları taraflar kendi iradeleri ile değiştirmesi mümkün değildir²⁵⁷.

İkinci görüşe göre ise; bir sözleşmenin milletlerarası özel hukuk kapsamına girmesi için sözleşmenin uluslararası nitelikte olması gereklidir. Bu görüşe göre; hukuki ilişkide aranan yabancılık unsuru olmayıp, uluslararası nitelikli olmasıdır²⁵⁸. Diğer bir görüş ise; tarafların hukuk seçimi yapabilmeleri için aralarındaki hukuki ilişkide yabancılık unsurunun varlığının gerektiğidir²⁵⁹.

Roma I Tüzüğü'nden önceki Roma Sözleşmesine²⁶⁰ göre ise; sözleşme hiçbir yabancılık unsuru içermese bile, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçmelerine imkan verilmiş, ancak sözleşme ilişkilerinin ve unsurlarının bağlantılı olduğu ülkenin müdahaleci kurallarının bertaraf edilecek şekilde olmasına engel olarak, bu konuda tarafların iradelerine sınırlama koymuştur (Roma I Tüzüğü m.3/3)²⁶¹.

²⁵⁷ NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 20. bası, İstanbul, 2013, s. 309.; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 341 vd.

²⁵⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB* yıl 30, S. 1-2, 2010, s.34.

²⁵⁹ AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 8.

²⁶⁰ Roma I Tüzüğü AB üye devletlerince 17 Haziran 2008’ de kabul edilip, 4 Temmuz 2008’ de AB Resmi Gazetesinde yayınlanmış olup, 24 Temmuz’ da yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz; DEMİRKOL, s. 288 vd., “Roma I Tüzüğü AB üye devletler açısından 1980 tarihli Roma Sözleşmesi yerine geçmiştir. Roma I Tüzüğü m.24: Roma Sözleşmesinin yer itibariyle uygulama alanının içerisinde bulunan ve Avrupa Birliğini kuran antlaşmanın 299. Maddesi uyarınca bu Tüzüğün uygulanmadığı üye Devletlerin ülkesel sınırlarının söz konusu olduğu haller hariç olmak üzere, Üye Devletlerde işbu Tüzük Roma Sözleşmesinin yerine geçer. Bu Tüzüğün, Roma Sözleşmesinin hükümlerinin yerine geçtiği sürece, 1980 tarihli Roma Sözleşmesine yapılan her atıf Roma I Tüzüğü’ ne yapılmış sayılacaktır.” ÇELİKEL / ERDEM, s. 340.

²⁶¹ SÜRAL, Ceyda, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi no.4, İzmir 2008, s. 7.

Sözleşmede yabancı bir unsurun var olmasını, davanın açıldığı devlete göre yabancı olduğu şeklinde anlamalıyız. Sözleşme ilişkisinde yer alan unsurlardan en az birinin, davanın açıldığı devletin dışında başka bir devletle bağlantısının olması, sözleşmeyi yabancı unsurlu bir sözleşme haline getirir²⁶². Böylece sözleşmenin yabancı unsurlu olup olmadığının tespitinde, davanın açıldığı devlet mahkemesinin dikkate alınması, subjektif bir değere sahip olduğunu gösterir. Genel bir ifade ile sözleşmenin tüm unsurlarının bir devlete bağlı olması ve bu sözleşmede bir uyuşmazlık çıkması ve bunun da başka bir devlet mahkemesinin önüne gelmesi, o sözleşmeyi yabancı unsurlu sözleşme halini getirir.

Sonuç olarak, hukuk seçiminde yabancılık unsuru konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Sözleşmeler açısından değerlendirildiğinde; tartışmanın temel noktası, hukuk seçiminin yapılması, sözleşmeyi yabancı unsurlu hale mi getirdiği yoksa sözleşmenin yabancı unsurlu olması halinde mi hukuk seçiminin yapılacağıdır. Dolayısıyla yabancılık unsurunun tek bir açıdan değerlendirilmesi yapılamamaktadır. Ancak sözleşmede yabancılık unsurunun var olması halinde, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku taraflar belirleyebilir. Elektronik sözleşmelerde yabancılık unsurunun oluşması çok daha olağandır. En basit örnek olarak, elektronik sözleşmenin yapısı gereği yabancı devlet vatandaşlarının birarada bulunmadan sözleşmeyi kurması hem mümkün hem de kolay olması yabancılık unsurunu beraberinde getirmektedir.

2. Uygulanacak Hukukun Tarafların Seçimine Göre Belirlenmesi

Kanun koyucu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tarafların iradelerine bırakarak hukuk seçimini yapabilmeleri ile tarafların menfaatlerini korumak, hukuki ilişkilerini yönetmek bakımından kendilerine en uygun hukukunun uygulanmasını hedeflemiştir. Hukuk seçimi tarafların haklı beklentilerini karşılama amacına yönelik olarak verilmiş hukuki bir imkandır. Bu yaklaşım, seçilecek hukuk genellikle olayların toplandığı ve gerçeklerin belirlenebildiği en iyi hukuk olduğu düşüncesiyle oluşmuştur²⁶³. Seçilen hukuk ile tarafların aralarındaki ilişki gözetilerek herhangi bir ilişki aranmadan yapılabilmesi, yine seçilen hukukun zaman bakımından

²⁶² SÜRAL, s. 8.

²⁶³ BİNG, s. 11.

kısıtlanmaması ve kısmi hukuk seçiminin yapılabilmesi bu amaca yönelik olduğunu gösteren hususlardır²⁶⁴.

Hukuk seçimi imkanı milletlerarası özel hukuk alanında hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik açısından önemli bir husustur. Yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde objektiflik bakımından tek bir devlet hukukuna bağlamaktaki sıkıntılar düşünüldüğünde ve uluslararası ticaretin ihtiyaçları göz önünde tutulduğunda, hukuk seçiminin ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır²⁶⁵. Dolayısıyla Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatında hukuk seçiminin varlığı ve seçimin açık yapılması, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliğin teminatını oluşturmaktadır.

Milletlerarası ticaretin ihtiyaçları düşünüldüğünde, hukuk seçimi sisteminin kabul edilmesinde bu ihtiyaçların etkili olduğu söylenebilir. Bu anlamda hukuk seçimi, uygulanacak hukukun hiçbir objektif kuralın sunmadığı kadar öngörülebilir olması, uluslararası sözleşmelerin kurulmasını kolaylaştırması, taraflar arasındaki hukuki ilişki için en uygun olacak hukuka tabi kılınması bakımından avantaj sağlamaktadır²⁶⁶.

Hukuk seçimi açık (aleni) veya kapalı (zımni) şekilde yapılabilir. Ancak kapalı bir şekilde yapılmasının geçerliliği, şüpheyi yer vermeyecek tarzda olmasına bağlıdır. Kapalı olarak yapılan hukuk seçiminde, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri, sözleşme içerisinde olan bir kısım hükümlerden veya da sözleşmenin dışında oluşan bir takım olaylardan anlaşılabilir²⁶⁷. Sözleşmede belirli bir hukukun hükümlerinin veya belirli bir hukuk esas alınarak hazırlanmış genel sözleşme şartlarının kullanılması veya açık bir şekilde hukuk seçiminin yapılmış olduğu başka bir sözleşmeye atıfta bulunması hali kapalı hukuk seçimine örnektir. Taraflar arasında hukuk seçiminin yapılmış olduğu fiilen de uygulanmış aynı türden sözleşmenin varlığı veya tarafların aralarındaki tüm uyuşmazlıklar için aynı devletin mahkemelerinin

²⁶⁴ GÜNGÖR, Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara 2004, s. 185 vd.

²⁶⁵ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 186.

²⁶⁶ DEMİRKOL, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2014, s. 69.

²⁶⁷ ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, *Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma- Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 102., <http://www.ankarabarsu.org.tr/site/ankarabarsu/frmmakale/2009-3/3.pdf> (ET:25.12.2015); DOĞAN, Vahit, *İş Akdi*, s. 18 vd.

münhasıran yetkilendirilmiş olması ya da belirli bir hukukun maddi hükümlerine atıfta bulunmaları hali de kapalı şekilde hukuk seçimi olarak değerlendirilebilir²⁶⁸. Seçimin açık olmasındaki amaç ise, tarafların hukuk seçiminin net ve anlaşılır olması, yoruma ihtiyaç duyulmaması gerekliliği ile alakalıdır²⁶⁹. Sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen bir hukuk seçimi olmalıdır. Yani seçilen hukuk, olayın özelliklerine göre makul bir şekilde anlaşılır olmalıdır. Tarafların her ikisi de seçilen hukukta aynı fikirde olmalı ki, açık bir şekilde uygulanacak hukuk seçiminden bahsedilebilsin.

Hukuk seçimi çeşitli şekillerde olabilir. Bunların ilki; hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin, esas sözleşmenin kurulmasından sonra da yapılabildiği için, geciktirici veya bozucu şarta bağlı tutularak yapılabilmesidir. Şartlı hukuk seçiminde, bir olayın gerçekleşmesi halinde belirli bir hukukun uygulanacağı yönünde veya da seçilen hukukun yeterli şekilde belirli olması şartı ile değişeceği yönünde, tarafların kararı söz konusudur²⁷⁰.

İkinci hukuk seçimi çeşidi ise; kademeli hukuk seçimidir. Belirli bazı durumların gerçekleşmesi halinde, ilk seçilen hukuktan farklı bir hukukun uygulanması yönünde kararlaştırılan hukuk seçimidir. Örnek verecek olursak; sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmelerinden sonra, seçilen hukukun esas sözleşmenin geçersizliğini öngörmesi halinde başka bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmaları gibi²⁷¹.

Taraflar hukuk seçimini herhangi bir zamanda yapabilir. Taraflar genellikle hukuk seçimini sözleşmenin kurulması sırasında yapabilecekleri gibi, bu seçimi daha sonra veya üçüncü kişilerin haklarına zarar gelmemesi şartı ile mahkeme aşamasında bile yapabilirler²⁷². Özellikle yargılama aşamasındaki hukuk seçimi lex fori lehine olacağından hakim de kendi hukukunu kolaylıkla uygulaması sağlanmış olmaktadır²⁷³. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü

²⁶⁸ NOMER, s. 312 vd.; ÇALIŞKAN, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul 2014, s. 64.

²⁶⁹ ÇALIŞKAN, s. 59.; NOMER, s. 311.

²⁷⁰ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, Ankara 2005, s. 282.

²⁷¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 283.

²⁷² NOMER, s. 315 vd.; TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Alper, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul 2016, s. 280.

²⁷³ ÇALIŞKAN, s. 60.

kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla; geriye etkili olarak geçerli olacaktır. Taraflar daha önceden sözleşmeye uygulanmasını istedikleri hukuku belirlemelerinden sonra bu hukuku değiştirirerek başka bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ancak aynı şekilde bu değişimde de üçüncü kişilerin hakları saklıdır. Böylece tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere seçtikleri hukuku değiştirmesi halinde üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar gelme ihtimali engellenmek istenmiştir²⁷⁴. Ayrıca taraflar kısmen veya birden fazla hukuk seçiminde de bulunabilirler. Taraflar yapılan hukuk seçiminden sonra, yapılan hukuk seçimini kısmen veya tamamen ortadan kaldırıp, yeni bir hukuk da seçmeme ihtimali de söz konusu olabilir. Bu halde artık objektif bağlama noktalarına başvurulacaktır. Bunun yanı sıra aksi öngörülmedikçe, hukuk seçimi sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerlidir²⁷⁵. Sözleşme statüsünde sonradan değişiklik yapılırsa dahi, sözleşmenin geçerliliğinde veya üçüncü kişilerin haklarında bir farklılık olmayacaktır. Sözleşme şeklen geçerli ise, sonradan yapılan hukuk seçimine bağlı olarak geçersiz olmayacağı gibi, şekil açısından geçersiz bir sözleşme sonradan seçilen hukuk bakımından geçerli bile olsa, sözleşme geçerli hale gelmeyecektir.

Tarafların hukuk seçimini her zaman yapabileceğine değinmiştik. Bu itibarla esas sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlemek için ayrıca düzenledikleri sözleşme, maddi olarak düzenledikleri sözleşmeden farklı bir niteliği haizdir. Hukuk seçimine ilişkin yapılan sözleşme, uyuşmazlık halinde uygulanacak hukuku göstermesine rağmen, usul hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak değerlendirilemez²⁷⁶. Hukuk seçimi için yapılan sözleşmenin, esas sözleşmeden ayrı olarak nitelendirilmesinin²⁷⁷ sonucu olarak; maddi hukuka ait sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği, hukuk seçimi anlaşmasını kapsamamak şartıyla, hukuk seçimine ilişkin sözleşmeyi etkilemez²⁷⁸. Ayrıca değinmek gerekir ki; hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği, seçilen hukukun hükümlerine tabidir.

²⁷⁴ ÇELİKEL / ERDEM, s. 358.

²⁷⁵ NOMER, s. 316.

²⁷⁶ NOMER, s. 310.

²⁷⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s. 332.; DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Ankara 2015, s. 373.

²⁷⁸ NOMER, s. 314.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 373.

Kural olarak, bir hukuk seçimi yapılmışsa, seçilen hukukun maddi hükümlerinin seçilmiş olduğu kabul edilir²⁷⁹. Bu sebeple yabancı hukuk kuralı, maddi bir hukuk normu ise uygulanacağından, kanunlar ihtilafı niteliğine sahip bir norm seçilse dahi kabul edilmeyecektir. Taraflarca seçilen hukuk, belirli bir devletin hukuk nizamının seçildiği anlamındadır. Bu sebeple hukuk seçiminin geçerliliği, bir devlete ait bir hukukun seçilmesiyle mümkündür. Ancak bir devlete ait olmayan bir hukukun belirli maddi hükümlerine atıf yapılmasıyla da seçim yapılabilir. Ayrıca sözleşmenin belirli bölümleri için farklı hukukların seçilmesinde bir sakınca olmayıp, geçerlidir. Fakat bir sözleşme için aynı anda iki farklı hukukun seçimi mümkün değildir.

Kanunumuzda tarafların kısmi bir hukuk seçimi yaparak seçilen hukukun anlaşmanın bir kısmına uygulanabileceği düzenlenmiştir (m.24/2). Bunun yanında tarafların anlaşmasının bir kısmına bir hukuk, diğer kısmına bir diğer hukukun uygulanması yönünde bir seçime pek rastlanılmamaktadır²⁸⁰. Ancak değindiğimiz gibi böyle bir hukuk seçiminin yapılmasına engel yoktur. Ayrıca kısmi hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılması gereklidir. Dolayısıyla yorum yoluyla böyle bir seçimin yapıldığı sonucuna varmak doğru değildir. Kısmi hukuk seçimi yapılabilmesi için sözleşmeye farklı hukukların uygulanması için seçilen kısımlarının birbirinden ayrılabilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla maddi hukuka ilişkin olarak birbirinden ayıramayacak şekilde olan sözleşmelerin kısımlarının ayrı tutularak farklı hukukların uygulanması mümkün değildir. Ancak sözleşmede birbirinden bağımsız olan kısımlar için ayrı ayrı kısmi hukuk seçimi yapılabilir. Ayrıca kısmi hukuk seçimi sonucunda birbirleri ile çelişen sonuçlar ortaya çıkmıyorsa, ilgili kısımlar uygun bir şekilde birbirlerine bağlanabiliyorsa, kısmi hukuk seçimi yapılabilir²⁸¹.

Yetkili mahkeme kaydına veya tahkim şartına bağlı olarak yapılan şartlı hukuk seçiminin yapılması da geçerlidir. Örneğin; tarafların ikametgahlarının veya merkezlerinin bulundukları her iki devletin mahkemelerinin yetkili olacağı ve davanın ikame edildiği mahkemenin maddi hukukunun uygulanacağı yönündeki bir hukuk seçimi yapabilirler. Bu şekilde yapılan hukuk seçiminde uygulanacak hukuk, davanın

²⁷⁹ NOMER, s. 315.; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 23.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 342.; TEKİNALP / UYANIK, s. 280.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 276.

²⁸⁰ NOMER, s. 315.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 286.

²⁸¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 288.; TEKİNALP / UYANIK, s. 279.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 349.

ikame edilmesine kadar bilinmemektedir. Bu durum, tarafların hukuk seçimi yapmayıp, uyuşmazlık halinde açılacak davanın görüldüğü mahkemenin lex fori hükümlerine göre belirlemelerine benzemektedir. Davanın açılmasından sonra uygulanacak hukukun, sözleşmenin şeklen geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, sözleşmenin kurulmasından itibaren uygulanması yoruma bağlı olarak, olumlu düşünülebilir²⁸².

Taraflar hukuk seçimini her zaman açık ve daha iyi bilinen, daha iyi koruma sağlayan, dilinin her iki tarafça da anlaşılabilen taraflara daha çok avantaj sağlayan hukuk olmalı şeklinde düşünmemiş olabilirler²⁸³. Taraflar ortak bir hukuk seçmemiş olmalarına rağmen, yine de sözleşme kurabilmektedirler. Tarafların sözleşme yapmamaktansa, seçilmiş bir hukuk olmadan da sözleşmeyi kurmayı daha avantajlı görmeleri bu durumun sebebi olabilir. Dolayısıyla sözleşmede seçilmiş bir hukuk mevcut değilse, kanun maddesinde de belirtildiği gibi sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanmalıdır. En sıkı ilişkili hukukun tespiti objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir.

3. Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Elektronik ticaret kapsamında yapılan sözleşmelerde geçerli bir şekilde hukuk seçiminin yapılabilmesi için tarafların konumuna bakmak gereklidir. Her iki taraf da tacir ise, sözleşme kurulurken eşit konumunda olduklarından geçerli bir şekilde uygulanacak olan hukuku seçebilirler. Bu tür B2B ticarete ilişkin uygulamalarda, genellikle taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmaları mümkündür. Bu anlamda, EDI sistemi kullanılarak yürütülen ticari faaliyetler kapsamındaki çerçeve sözleşmelerine hukuk seçimine ilişkin hükümleri ekleyebilirler²⁸⁴.

Tarafların yapmış olduğu sözleşmenin geçerli olması ve karşılıklı edimlerin yerine getirilmesi halinde, hukuk seçiminin geçerliliği, dürüstlük kuralından hareketle taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesi ve hükümlerini koruma amacına uygun

²⁸² NOMER, s. 316.

²⁸³ ÇELİKEL / ERDEM, s. 345.

²⁸⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 126.

olarak yorumlanır²⁸⁵. Örneğin; Amerika Birleşik Devletlerindeki gibi çok hukuklu bir hukuk düzeni, genel olarak hukuk seçimine konu yapılmış ise, sözleşmenin en yakın irtibatlı bulunduğu federal devletin belirlenmesi halinde hukuk seçimi tercih edilecektir²⁸⁶.

Elektronik sözleşmelerin kurulmasını sağlayan araçlara göre hukuk seçimi değişiklik gösterebilir. Elektronik posta yolu tercih edilmiş ise, taraflar birbirlerine posta yolu ile ortak bir hukuk seçimine ilişkin beyanlarını iletebilirler. Sözleşme, tarafların bilgisayarları arasında otomatik olarak iletilen mesajlar vasıtasıyla kuruluyorsa (EDI gibi), bu mesajların içeriğinde hukuk seçimine ilişkin hükümlere yer verilebilirken, web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan *kabul ediyorum* butonunun tıklanmasıyla kurulan clik-wrap sözleşmelerde²⁸⁷ ise, hukuk seçimine ilişkin hüküm genel şartlar içinde yer almaktadır²⁸⁸.

Clik-wrap sözleşmelerde, sözleşmeyi kabul eden tarafın, seçilmiş hukuku da onaylayıp onaylamadığı hakkında farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre; kabul edilen kısmın genel işlem şartlarına ilişkin olduğu söz konusu olduğundan, bu şartlar üzerinde müzakere imkanı bulunmadığından, seçilen hukukun anlaşma dışı olması yönündedir²⁸⁹. Bu görüş taraftarları, böyle bir hukuk seçiminin dürüstlük kuralına aykırı olduğu düşüncesinden hareket edip, yapılan hukuk seçiminin MÖHUK m.5'e atıf yaparak kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirmektedirler.

Bir diğer görüşe göre ise; sözleşmenin genel şartları içerisinde seçilen hukukun belirgin olması ve karşı tarafın seçilen hukuku kolayca anlaması halinde, seçilmiş

²⁸⁵ NOMER, s. 310.

²⁸⁶ NOMER, s. 310.

²⁸⁷ Clik-wrap kelimesinin anlamı tıklama yoluyla kabuldür. Bu sebeple bir sözleşme, bilgisayar vb. elektronik araçların ekranında sözleşmeyi kurmaya yönelik hazırlanan alana tıklanmasıyla kuruluyorsa, bu sözleşme clik-wrap sözleşmedir. Clik-wrap sözleşmeler çoğunlukla yazılım lisansı sözleşmelerinde görülmektedir.

²⁸⁸ GILLIES, Lorna E., *Electronic Commerce and International Private Law A Study Of Electronic Consumer Contracts*, New York 2016; s. 38.; TURAN, s. 110.

²⁸⁹ POILLET PERUZZETTO, Sylvaine, La loi applicable au contrat électronique, in Le contrat électronique, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales Tome V, Toulouse-2000, ed. Pantheon-Assas, Paris, 2002, s. 43., (Aktaran: ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 128.); GÜNGÖR, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Clik-Wrap Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, *AÜHFD*, C. 51, S.1, 2002, s. 38.

hukukun geçerli olabileceğini savunmuştur²⁹⁰. Çünkü muhatabın ekranında genel şartların görüntülenmesi suretiyle yapılan kabulün, bu şartların tamamını okuduğunu ispatlamak için yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla bu tür hukuk seçiminin muhatabın kolay öğrenebilmesi hedef alınarak, yapılması gerekecektir.

Son görüş ise; muhatabın tacir olup olmadığına göre ayrıma girmiş ve muhatap, tacirin *kabul ediyorum* butonuna basması ile birlikte seçilen hukukun geçerli olduğunu, muhatabın tacir olmadığı takdirde, onaylanan sözleşmedeki hukuk seçiminin açıkça kabul görmediğine binaen, zayıf konumunda olan bu tarafın hukuk seçimine ilişkin şartın, genel şartlardan ayrı bir butonun tıklanması halinde geçerli sayılması gerektiği kabul edilmektedir²⁹¹.

4. Uygulanacak Hukukun Objektif Kriterlere Göre Belirlenmesi

a. İlgili Kavramlar

(1). En Sıkı İlişkili Hukuk

MÖHUK m.24/4’ de tarafların açık olarak seçtikleri hukuk bulunmaması halinde, sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacağı belirtilmiştir. Objektif bağlanma noktası olarak sözleşmenin tabi olacağı hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuktur. Kanunda yer alan karakteristik edime dayanan kriter, karakteristik edim içeren sözleşmeler açısından somutlaştırılarak “ en sıkı bağlantı ” esas alınarak bir karine oluşturulmuştur ve bu karinenin uygulanabilmesi için öncelikle karakteristik edimin tespit edilmesi gereklidir.

En sıkı ilişkili hukukun hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanması hususu Roma Sözleşmesinde öncelikli düzenlenmiştir. “ En sıkı ilişkili hukuk ” kavramı, Roma Sözleşmesi, Roma I Tüzüğü ve MÖHUK m.24’ e göre objektif kuralın temelini oluşturmaktadır²⁹². Sonuçta en sıkı ilişkili hukuk, sözleşmenin belli unsurları

²⁹⁰ JACQUET, Jean-Michel, *Contracts du commerce électronique et conflits de lois*, In *Less premières journées internationales du droit du commerce électronique*, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, ed.Litec, Paris, 2002, s. 107., (Aktaran: ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 128 vd.)

²⁹¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s.129.

²⁹² DEMİRKOL, s. 245.

üzerinden şekil açısından ilgilenmeyip, sözleşmenin özü göz önünde bulundurularak uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlar²⁹³.

Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku bulabilmek için karakteristik edim belirleyici olmaktadır. Borçları birbirinden ayıran kriteri belirlemedeki edim; taraflardan birinin ekonomik hayattaki işlevi sebebiyle üstlendiği işlemdir²⁹⁴. Buna göre de; iki taraflı sözleşmelerde karakteristik edim sadece para tediyesinde bulunan tarafın edimi olmayıp para borcu altına girenin değil, onun karşısındaki tarafın edimi karakteristik edim olacaktır²⁹⁵. Böylece karakteristik edimin yerine getirileceği yer, edimi üstlenmiş olanın hayatını devam ettirdiği yer olacaktır. Buna bağlı olarak da, karakteristik edimi yapacak olanın ikametgahı, mutad meskeni önemlilik arz etmektedir. İsviçre Devletler Özel Hukuk Kanunu' na göre; hukuk seçimini yapılmadığı hallerde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde de karakteristik edim esas alınmıştır. İlgili madde de şu şekildedir; " sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk; karakteristik edimi yerine getirecek olan tarafın mutad meskeninin yada eğer sözleşme tarafların mesleki ya da ticari faaliyetlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde akdedilmişse, karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukukudur "²⁹⁶.

Roma Sözleşmesi m.4'e göre ise, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk karinesine göre, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri ya da genel idare merkezi veya işyerinin bulunduğu yer hukukunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğu şeklindedir²⁹⁷.

En sıkı ilişki unsuru, karakteristik edim kavramında somutlaştırılan bir karineyi teşkil eder. Karine oluşmadığı takdirde, mevcut uygulama, en sıkı ilişkili hukuka bağlama noktasında tekrar değerlendirilmesi şeklindedir. Bir diğer açıdan ise, mevcut hal ve şartların karinenin gösterdiği hukuktan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde hakim, tarafların sözleşmeyi yaptığı sırada varolan hal ve şartlarını, tarafların

²⁹³ DEMİRKOL, s. 246.

²⁹⁴ ÇELİKEL / ERDEM, s. 346.

²⁹⁵ NOMER, s. 320.

²⁹⁶ ÇELİKEL / ERDEM, s. 346.

²⁹⁷ STONE, s.131.; BING, s. 30; ÇELİKEL / ERDEM, s. 347.; TEKİNALP / UYANIK, s. 346.

farazi iradelerine göre değil, haklı beklentilerini göz önünde tutarak değerlendirmelidir²⁹⁸.

En sıkı ilişkili hukuku belirlemede, bağlama noktasının doğrudan doğruya tespiti söz konusu değildir. Bağlama noktası, en sıkı ilişkili hukukun bulunması için bir yol olup, bu hukukun uygulanması için bir imkan olarak değerlendirilmelidir. En sıkı ilişkili hukuk belirlenirken, maddi ilişkinin özelliklerine ve menfaatlerin dengesine bağlı bir bağlanma noktasının aranması gereklidir²⁹⁹. Bu sebeple yetki anlaşması, ifa yeri, tüzel kişilerin merkezleri, sözleşmenin dili, yerleşim yeri, mutad mesken gibi sözleşmede ağırlığı olan hususların göz önünde bulundurulması gereklidir. Ancak bahsedilen hususlardan tek biri, en sıkı ilişkili hukuku belirlemede etkili olmayıp, birden fazla hususun aynı hukukta birleşmesi gereklidir.

(2). Karakteristik Edim

Karakteristik edimin en önemli özelliği, sözleşmenin niteliğiyle ve yapısıyla yakından ilgili olmasıdır. Sözleşme ilişkilerinde taraflar birbirlerine karşı çeşitli şekillerde borçlanabilirler. Bu borçlar asli borç veya yan borç olabilir. Ancak bu borçlardan biri, sözleşmenin yapılmasının temeli durumunda olabilir. Sonuç olarak bu borç ilişkisinde sosyo-ekonomik fonksiyonunu temsil eden hukuki ilişkinin ağırlığını oluşturan edim, sözleşmedeki karakteristik edim olacaktır. Sözleşmenin yapılmasına sebebiyet veren bu edim, sözleşmeye adını veren, sözleşmenin türünü belirlemede etkili olan, sözleşmede üstünlüğü olup, sözleşmenin en ağır merkezi konumunda olan edimdir³⁰⁰.

İki tarafın ediminin de para borcu olduğu sözleşmelerde en fazla sorumluluğu olan tarafın ediminin karakteristik edim olduğu varsayılır³⁰¹. Buna banka kredi sözleşmeleri örnek olarak verilebilir. Ancak sözleşmede daha fazla sorumluluğu, riski olan tarafın ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmesindeki bu kriter, sadece her iki tarafın para borcu olduğu sözleşmeler değil, tüm sözleşmeler için geçerlidir. Çünkü

²⁹⁸ NOMER, s. 319.

²⁹⁹ NOMER, s. 319.

³⁰⁰ DEMİRKOL, s. 245 vd.

³⁰¹ DEMİRKOL, s. 253.

daha fazla riske giren tarafın edimi yani sözleşmeye damga vuran, sözleşmeye hukuki özelliğini veren edim, sözleşmenin ağırlık noktasını oluşturmaktadır³⁰².

Sözleşmede sadece bir tarafının para borcu olduğu sözleşmelerde ise; diğer tarafın ediminin karakteristik edim olduğu kabul edilmelidir³⁰³. Sonuçta, bu tür sözleşmelerde bir tarafın bir şey verme, yapma gibi bir edimine karşılık, diğer taraf ödeme amacına hizmet eden edimi yerine getirdiğinden, para borcu gibi değerlendirilip, para borcu karşılığındaki edim karakteristik edim olacaktır. Karakteristik edimin belirlenmesinde sözleşme türleri yardımcı olsa da, her bir sözleşme ayrı ayrı incelenerek karakteristik edim tespit edilecektir.

Karakteristik edimin belirlenmesinde, sözleşmenin niteliği önemlidir. Karakteristik edim, sözleşmenin dinamik yapısı ve ekonomik dengesi göz önünde bulundurularak esaslı unsurlarına göre belirlenmelidir³⁰⁴. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edimin belirlenmesinde bir zorluk yoktur. İki taraflı sözleşmelerde karşılıklı edimlerin niteliği değerlendirilerek, karakteristik edim belirlenebilir. Karakteristik edim de sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyen edim olduğuna göre; sadece para tediyesinde bulunan tarafın edimi karakteristik edim olmayıp, karşı tarafın edimi karakteristik edim olarak kabul edilmelidir. Örneğin; hizmet sözleşmesinde hizmet verenin, istisna sözleşmesinde eseri meydana getirenin edimi karakteristik edimdir³⁰⁵.

Bazı sözleşme türlerinde taraflardan sadece birinin para ödemesi, diğerinde sadece taahhüdü olup bu noktada anlaşmışlarsa, bu tür sözleşmelerde karakteristik edimin belirlenmesi kolaydır. Ancak karşılıklı bir paylaşımın olduğu bazı sözleşmelerde bir tarafın edimi diğerinden daha ağırlıklı olmamaktadır. Böyle durumlarda sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, uygulanacak hukuk olacaktır. Örneğin; taraflardan birinin ediminin ifa yeri ile sözleşmenin yapıldığı yerin aynı hukuk çerçevesinde olması

³⁰² NOMER, s. 320.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 367.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 271.

³⁰³ DEMİRKOL, s. 253.

³⁰⁴ DEMİRKOL, s. 251.

³⁰⁵ NOMER, s. 320.

durumunda, diğ er tarafın ediminin ifa edileceğ i yerin hukukuna göre daha ağı rlıklı olup, en sık ı ilişkili olduğ u hukuk olarak d ş  n lebilir³⁰⁶.

Bazen belirli bir taraf, belirsiz şah  s gruplarıyla yüklü miktarda benzer içerikli sözleşmeler yapabilmektedir. Bu şekilde yapılan seri sözleşmelerde belirli olan tarafın mutad meskeni veya merkezinin bulunduğ u ülke hukukunun uygulanması gerektiğ i şeklinde değ erlendirme yapılabilir³⁰⁷.

Roma I T z ğ   m.4’ te hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukuk için bir belirleme yapılmıştır. Buna göre; mal satım ına ilişkin sözleşmeler satıcının, kira sözleşmelerinde kiraya verenin, hizmet sağ lanmasına ilişkin sözleşmelerde servis sağ layıcısının, franchise sözleşmelerinde franchise alanın, distribütörlük sözleşmelerinde distribütörün, karz ve ariyet sözleşmelerinde kullandıranın, sigorta sözleşmelerinde sigortacının, finansal kiralamada (leasing) leasing verenin, factoring sözleşmelerinde factorun, acentelik ve komisyonculuk sözleşmelerinde acentenin ve komisyoncunun edimi karakteristik edim olarak kabul edilir³⁰⁸.

b. En Sık ı İlişkili Hukukun Belirlenmesi

Hukuk seçiminin yokluğ unda sözleşmeye uygulanacak hukukun bağ lanma noktası en sık ı ilişkili hukuk olduğ unu belirtmiştik. Kanunumuzda en sık ı ilişkili hukuku belirlemek için düzenleme yapılmış olup buna göre; “ *En sık ı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslek  faaliyetler gereğ i kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığ ı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sık ı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sık ı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.* ”

MÖHUK’ da en sık ı ilişkili hukukun uygulanmasında, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslek  faaliyetler gereğ i kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri,

³⁰⁶ NOMER, s. 322.

³⁰⁷ NOMER, s. 323.

³⁰⁸  EL KEL / ERDEM, s. 348.; şANLI / ESEN / ATAMAN F GANMEşE, s.272 vd.

bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir (m.24/4). Tüm bunlar birer karine teşkil etmektedir. Şöyle ki; karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku karine olarak en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilir. Diğer bir karine ise, eğer sözleşme ticari ve mesleki faaliyetler çerçevesinde yapılmasında halinde karakteristik edim borçlusunun işyerinin, iş yeri bulunmuyorsa ikametgahın bulunduğu ülke hukuku en sıkı ilişkili hukukun bu sözleşmeye uygulanması gerektiğidir. Tüm bunların ötesinde sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması halinde de sözleşmeye o hukuk uygulanacaktır.

Herhangi bir satım sözleşmesi düşünüldüğünde satıcının edimi karakteristik edim olacaktır³⁰⁹. Karakteristik edim belirlendikten sonra sözleşmenin ticari ve mesleki faaliyet için kurulup kurulmadığının tespit edilmesine göre bağlama noktası belirlenecektir. Böylece sözleşme ticari ve mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş ise; karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku uyuşmazlığa uygulanacaktır. Karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyeri varsa, sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Eğer ki, sözleşme ticari ve mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmadıysa, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku, sözleşmeye uygulanacaktır.

Sıkı ilişkili hukuk belirlenirken, hakim; tarafların aralarındaki borç ilişkisinin kurulması aşamasında bilinebilen tüm şartları değerlendirerek en sıkı ilişkili hukuku belirleyecektir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, sözleşmenin kurulması anında borçlunun mutad meskeni hukukunun, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu yönünde bir karine söz konusudur. Kural olarak karakteristik edim borçlusunun, sözleşmeyle en sıkı

³⁰⁹ Örnek: Yargıtay 19.H.D., E. 2015/4625, K. 2016/963, T. 27.01.2016, “ ÖZET: Dava, alacak istemine ilişkindir. Mahkemece yapılan yargılamada toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; MÖHUK m.24 gözetildiğinde taraflar arasındaki ticari satım akdinde karakteristik edim borçlusunun satıcı konumundaki Türk tabiyetinde bulunan davacı olduğu dikkate alındığında somut olayda Türk Hukukunun uygulanması gerektiği taraflar arasında sözlü satım akdinin bulunması sebebiyle yetkili mahkemenin HMK' nın yetkiye dair hükümleri çerçevesinde para alacağına dair bu davada davacı alacaklının ikametgahının bulunduğu yer mahkemeleri olduğundan davalı vekilinin yetki ilk itirazının reddi gerektiği, taraflar arasında ticari satım akdi uyarınca, İsviçre' de faaliyet gösteren davalı firmaya davacı tarafça mobilya ve kumaş malzemeleri satıldığı ve satılan malzemenin davalıya teslim edildiği, söz konusu satım bedelinin alıcı davalı firma tarafından ödenmediği, her ne kadar davalı taraf ayıplı mal teslim edildiğini iddia etmiş ise de, ayıp ihbarında bulunduğunu ispat edemediği, dolayısıyla sözleşme konusu malları bu haliyle kabul etmiş sayılacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygundur. “

ilişkili hukuk olarak kabul edilmesinin nedeni, genellikle sözleşmelerin ekonomik olarak ağırlığının karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri, yerleşim yerinde toplanmasından kaynaklanmaktadır. Zaten bu edim borçlusu, çoğunlukla borcunun ifası için gerekli hazırlıkları, varsa üretimi, diğer hallerde ticari düzenlemelerini bulunduğu ülkede yapmaktadır. Ayrıca karakteristik edim borçlusunun mutad meskenine göre sıkı ilişkili hukuku belirleme, belli bir sözleşme tipi ile bağlı değildir. Sonuç olarak da sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, bu hukuk olmaktadır. Ayrıca sözleşmedeki en sıkı ilişkili hukuku belirlemek her zaman kolay değildir. Çünkü her sözleşme kendine özgü olarak değerlendirilmelidir.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmemiş ise, objektif bağlama kuralına bağlı olarak en sıkı ilişkili hukuk belirlenip, sözleşmeye uygulanacaktır. Eğer sözleşme belli kısımlardan oluşup, borç ilişkisinde birbirinden ayrılabilir nitelikte ise, bu kısımların birbirinden farklı ülke hukukları ile sıkı ilişkide olması halinde, her birinin sıkı ilişkili olduğu ülke hukukun uygulanması mümkündür³¹⁰.

Mutad mesken hukukunun uygulanması için, ilk olarak sözleşmenin kuruluşunda rızası olmadığını ileri süren tarafın, irade beyanına esas teşkil eden davranışına, akit statüsüne göre hukuki bir sonuç bağlanması hakkaniyet açısından pek uygun gözükmemektedir³¹¹. Hakkaniyet, sözleşmenin kuruluşundaki hal ve şartların değerlendirilmesi ile mümkündür.

Elektronik sözleşmeler açısından da değerlendirecek olursak buradaki hususlar, bu sözleşmeler için de 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 ve bu tip elektronik sözleşmelerde hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, söz konusu ürünleri sağlamakla yükümlü olan tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulacaktır³¹².

³¹⁰ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 370.; NOMER, 322; DEMİRKOL (aksi görüş), s. 310. vd.

³¹¹ NOMER, s. 324.

³¹² TURAN, s. 111.

c. Karakteristik Edim Borçlusunun Çeşitli Kriterleri Esas Alınarak Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Sözleşmedeki en sıkı ilişkili hukuku belirlemek için çeşitli kriterler kanunda gösterilmiştir. Buna göre karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, ticari faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, işyerinin bulunmaması halinde bu yerleşim yeri, birden fazla işyeri varsa, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri dikkate alınacaktır.

Karakteristik edimi ifa eden borçlu ile uygulanacak hukuk arasında bağ kurulmasındaki mantık, sözleşmenin sosyo-ekonomik sonucunun bu ülkede oluşacağının düşünülmesidir. Nitekim karakteristik edimi ifa edecek borçlu, borcunu ifa edebilmek için hazırlıklarını bu ülkede yapacak, ifasının karşılığında kazandığı hakkı da genel olarak yine bu ülkede değerlendirecektir³¹³. Sonuçta karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni/ işyeri/ yerleşim yeri gibi hususlar ilgili kişinin hayat ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Ayrıca kanun koyucunun karakteristik edim borçlusunun hukukunu, objektif kriter olarak tercih etmesi uygulanacak hukukun belirli olması açısından yerinde olmuştur.

(1). İş Yeri

Kanunda işyeri hukukunun uygulanması yönünde bağlama noktası mevcuttur. Ancak işyeri kavramından ne anlamamız gerektiği konusunda bir açıklama mevcut değildir. Dolayısıyla işyeri kavramından ne anlamamız gerektiğini açıklamakta fayda vardır.

İşyeri kavramı çeşitli uluslararası sözleşmelerde geçtiği gibi Türk hukukunda geçtiği hükümler mevcuttur. Türk hukukunda işyeri kavramına 4857 sayılı İş Kanunun' da yer verilmiştir. Bu kanunun 2. maddesine göre; işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. Ayrıca 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m.156 da işyerini; “ *Ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane,*

³¹³ DEMİRKOL, s. 311 vd.

şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri; dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir. “ şeklinde tanımlamıştır. Bu düzenlemelere bakıldığında iş yerinin geniş yorumlanarak ticari faaliyetlerin yürütülmesi için kullanılan fabrika, depo, satış ofisi, merkez gibi tüm yerlerin işyeri olarak kabul edildiği görülmektedir³¹⁴.

İşyeri bağlama noktası gerçek ve tüzel kişilerin her ikisi için de geçerlidir. Ticari ve mesleki faaliyet için kurulan sözleşmelerde gerçek kişilerin işyerini belirlemek için bu faaliyetlerini yürüttüğü yere bakılmalıdır. Dolayısıyla karakteristik edim borçlusunun ticari ve mesleki faaliyet için yaptığı sözleşmelerde, işini fiilen gerçekleştirdiği yer hukuku uygulanacaktır.

Tüzel kişiler için de faaliyetlerini yürüttüğü yer işyeri olarak kabul edilir. Eğer tüzel kişinin tek bir işyeri varsa bunu tespit etmek kolaydır. Ancak birden fazla işyerinin olduğu durumlarda kanunun yol gösterdiği üzere, sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu işyeri dikkate alınacaktır. Sözleşmeyle gerçek bağın kurulduğu sözleşmedeki ilişkisinin sıkı bağlantı içerisinde olduğu işyeri kabul edilecektir. Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen olaylar, birden fazla işyerinden hangisinin en sıkı ilişkili olduğunun tespitinde etkilidir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu işyeri dışında başka bir işyerinin karakteristik edimi ifa edeceği kararlaştırılmışsa, bu işyerinin dikkate alınması gereklidir³¹⁵.

Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi³¹⁶ m.4/b.h’ de işyeri kavramı şu şekilde düzenlenmiştir;

³¹⁴ ÇALIŞKAN, s. 76.

³¹⁵ ÇALIŞKAN, s. 76.

³¹⁶ “23 Kasım 2005 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen "Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts) (ECC), Birleşmiş Milletlerin elektronik ticaret için bağlayıcı hukuk kuralları öngörülmesine ilişkin ilk girişimidir. ECC, 2002-2005 yılları arasında UNCITRAL Çalışma Grubu IV'ün çalışmalarıyla oluşturulmuş; BM Genel Kurulu, Antlaşmayı 23. Kasım. 2005 tarihinde 60/21 sayılı kararıyla kabul etmiş; Antlaşma, Genel Sekreter tarafından, 16 Ocak 2006 tarihinde imzaya açılmıştır. UNCITRAL'in isteği üzerine, UNCITRAL Sekreteryası Antlaşmaya ilişkin bir "Açıklayıcı Not" (Explanatory Note) hazırlamıştır. Antlaşmayla birlikte yayınlanan Açıklayıcı Not, Antlaşmayla ilgili "şerh" (commentary) niteliğinde bir metin olmayıp, sadece "bilgilendirme" amacına yöneliktir. ECC'nin oluşturulmasında izlenen belli başlı amaçlar

“ İşyeri, taraflardan birinin, mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında kalan bir ekonomik faaliyetlerin sürdürülmesi için sahip olduğu, geçici olmayan bir yerleşim yeridir ”³¹⁷. Bu tanıma göre, bir yerin işyeri olarak düşünülmesi için geçici olarak kullanılmaması, faaliyetlerin de süreklilik arz etmesi gereklidir.

Roma I Tüzüğü m.19/2 ye göre ise; “ Sözleşme bayi, acenta veya başka bir işyerinin işletilmesi çerçevesinde kuruluyorsa veya sözleşmeye göre edim bir bayi, acenta veya başka bir işyeri tarafından ifa edilecekse, uygulanacak hukukun belirlenmesinde bu yer dikkate alınır ”³¹⁸.

(2). Mutad Mesken

Mutad mesken; Sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet gereği kurulmadığı takdirde, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin objektif bağlama noktası olduğu kanunda belirtilmiştir. Böylece karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasında mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku sözleşmeye uygulanacaktır.

Mutad meskenin uluslararası alanda objektif bağlama noktası olarak yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Buna karşılık tam olarak bir tanımlı yapılmamıştır. Doktrinde mutad mesken kişinin menfaatlerinin merkezi olarak tanımlanmaktadır³¹⁹. Diğer bir deyişle mutad mesken, kişinin hayat ilişkilerinin belli bir coğrafi yerde toplanmasıdır.

MÖHUK m.24/4’ de ticari ve mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri bulunmadığı takdirde, borçlunun yerleşim yeri hukuku sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir. Türk hakimi, kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken, yerleşim yerinin tespitini kural olarak lex foriye göre yapacaktır. Yerleşim yeri, 4721 sayılı TMK’ da bir kimsenin sürekli olarak kalma

şunlardır: (a) uluslararası sözleşmelerin kurulması için karşılıklı olarak gönderilen elektronik iletilerin hukuksal değeriyle ilgili belirsizliklerin ortadan kaldırılması; (b) uluslararası sözleşmelerde, elektronik iletilerin kullanılmasına ilişkin engellerin kaldırılması için standart kuralların kabulüyle, hukuksal belirliliğin ve ticari bakımdan önceden görülebilir/iği artırılması; (c) eşitlik ve ortak menfaatle dayalı uluslararası ticaretin Devletler arasında dostane ilişkileri geliştirmesi; (d) elektronik iletişimin giderek artan bir şekilde kullanılmasının ticari faaliyetlerin etkinliğini ve ticari bağlantıları arttırması; yeni pazarlara giriş imkanları doğurması ve böylece de gerek ulusal, gerekse uluslararası ticaretin ve ekonomik gelişmenin ilerletilmesine katkıda bulunulması.” ÖZSUNAY, önsöz s. v.

³¹⁷ DEMİRKOL, s. 314.

³¹⁸ DEMİRKOL, s. 315 vd.;TEKİNALP / UYANIK, s. 347.

³¹⁹ ÇALIŞKAN, s. 77.

niyetiyle kaldığı yer olarak tanımlanmış, ayrıca bir kişinin birden fazla yerleşim yeri olamayacağı da belirtilmiştir (TMK m.19).

Yerleşim yeri ve mutad mesken birbirlerine benzemekle birlikte, her biri ayrı şeyleri ifade etmektedir. Mutad meskende de bir yerde zorunlu olarak devamlı oturma aranmakla birlikte, yerleşim yerindeki niyet unsuru mutad meskende aranmamaktadır. Mutad meskenin doktrinde maddi bir gerçeklik sağladığı düşünüldüğünden, yerleşim yerinin yerine bağlama noktası olarak kabul edilmiştir³²⁰.

En sıkı ilişkili hukuku belirlerken karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya ticari ve mesleki bir faaliyet çerçevesinde ise iş yeri hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştik. Ancak karakteristik edim borçlusunun birden fazla olup, farklı ülkelerde mutad meskenleri bulunması halinde hangisinin mutad mesken/iş yeri hukukunun uygulanması gerektiği konusunda ayrıca bir düzenleme mevcut değildir. MÖHUK m.24/4-c.2’ de birden fazla işyeri bulunması halinde sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisindeki işyeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bir düzenleme öngörülmüştür. Bu sebeple bu hükmün kıyasen birden fazla karakteristik edim borçlusunun farklı ülkelerde mutad mesken/işyeri olması halinde de uygulanması düşünülebilir³²¹.

Genel bir değerlendirme sonucunda; bilgisayar programlarının veya bazı bilimsel programlarının herhangi bir ücret istenmeksizin doğrudan yüklenmesi (download) suretiyle yapılan sözleşmelerde, yükleme yapan tarafa ek yükümlülükler verilmediği takdirde, söz konusu programların sadece muhatabın kullanmasına ilişkin bir edim söz konusu olduğundan, bu tek edimi üstlenen tarafın mutad mesken hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır³²².

Bilgisayar programlarının veya diğer tür müzik, bilimsel dergi veya yayınların ücret karşılığı yüklenmesinin söz konusu olduğu sözleşmelerde, karakteristik edim, söz konusu programları veya eserleri sağlamakla yükümlü olan tarafın edimi olmalıdır.

³²⁰ ÇALIŞKAN, s. 78.

³²¹ DEMİRKOL, s. 344.

³²² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 131.

Dolayısıyla karakteristik edimi üstlenenin mutad mesken hukuku da, uyuşmazlıkta uygulanacak olan hukuk olacaktır³²³.

Sanal ticaret merkezlerinin kuruluşuna ilişkin sözleşmelerde, hukuk seçiminin yapılmaması durumunda merkez sahibinin yüklendiği edim, karakteristik edimdir³²⁴. Dolayısıyla bu merkezi işleten tarafın iş yeri hukuku sözleşmeye uygulanacaktır.

Aslında doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerin karakteristik edimini belirleme bazı durumlarda çok kolay olmayabilir. Mesela; bir tarafın bilgisayar programı, diğer tarafın da buna karşılık olarak herhangi bir konuda bilgi veya istatistiksel veri sağlamasına ilişkin sözleşme kurmaları halinde, hangisinin karakteristik edim olduğunu belirlemek zordur. Böyle bir durumda MÖHUK m.24/2 gereğince sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uyuşmazlığa uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ise, tarafların mutad meskenlerinin, iş yerlerinin bulunduğu yer veya edimlerin çoğunluğunun ifa edileceği yer veya sözleşmenin kurulduğu yer gibi kriterler dikkate alınarak, bu kriterlerin en fazla toplandığı yer en sıkı ilişkinin olduğu yer kabul edilerek, o yerin hukukunun uyuşmazlığa uygulanması gerektiği değerlendirilmesi yapılabilir³²⁵.

Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk olarak sözleşmeden doğan edimlerin ifa yeri hukukunun seçilmesi, internet ortamında edimlerin ifa edildiği doğrudan ticaretlerde öngörülebilirlik sağlanamayacaktır. İşte bu öngörülebilirliğin sağlanması için öncelikle tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku, uygun olan kriterlere göre seçmeleri gerekir. Bu seçimin yapılmadığı takdirde de belirlenecek bağlama noktalarının öngörülebilirliği sağlaması gereklidir. Nitekim kanunda da karakteristik edim yükümlüsünün mutad meskeninin belirleyici unsur olduğu görülmektedir (MÖHUK m.24/4).

d. Sözleşmeyle Daha Sıkı İlişkili Hukukun Bulunması

Objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukuktan başka, halin bütün şartlarına rağmen eğer sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde

³²³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s.132.; KAPLAN, Yavuz, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, *MHB*, Yıl 22, 2002, s. 331.

³²⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 132.

³²⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 132 vd.

sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı kanunda belirtilmiştir (MÖHUK m.24/4). Kanun koyucu, milletlerarası özel hukuk adaletinin daha iyi sağlanmasından hareket ederek istisna bir kural getirmiştir³²⁶. Objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukukun, somut olaya uygulanması, eğer hakkaniyete uygun düşmeyecekse, uyuşmazlığa sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yönünde bir düzenlemenin yapılması güçlü bir bağlama kuralı sistemi kurma amacının sonucudur.

Önemli bir diğer husus ise; karakteristik edimin tespit edilerek objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun uygulanmasına rağmen halin tüm şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması halinde bu hukuk uygulanacaktır. Bu durumu karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği şeklinde anlamamalıyız. Karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda sözleşmeyle sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Ancak bu durumun aksini düşünenler karakteristik edim belirlenemiyorsa, sözleşmeye daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını savunmaktadırlar³²⁷.

Daha sıkı ilişki hukuku belirlemede, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin kuruluş yeri, tarafların vatandaşlıkları, işyerleri, mutad meskenleri veya yerleşim yerleri, yetki anlaşmasıyla belirlenen yer, sözleşmenin dili, sözleşme konusu bir mal varsa, bu malların bulunduğu yer gibi hususlar etkili olmaktadır. Ayrıca bu kriterlerden yalnızca birine dayanarak daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi değil, bu kriterlerden birden fazlasının tek bir hukukta birleşmesi sonucu daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinin söz konusu olduğunu da belirtelim³²⁸.

Aslında burada karakteristik edim borçlusun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yerine göre belirlenen hukuk, tarafların aralarındaki ilişkileri için bir kopukluk arz edip, başka bir hukukun sözleşmeyle daha irtibatlı olduğuna bağlı olarak daha sıkı ilişkili hukukunun uygulanması, her olayın kendi şartları göz önünde bulundurularak yapılmalıdır³²⁹. Her somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilip, sözleşmenin ticari

³²⁶ ÇALIŞKAN, s. 78.

³²⁷ ÇALIŞKAN, s. 79.; NOMER, s. 324.

³²⁸ ÇALIŞKAN, s. 79.; NOMER, s. 319; DEMİRKOL (aksi görüş), s. 336., yazar sözleşmenin unsurlarının bölünüp bu unsurlar üzerinden yapılan değerlendirmeyi kabul etmemekte, sözleşmenin tümüyle ele alınıp sözleşmenin ekonomisine ve kurulan hukuki ilişkiye bakılarak daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi görüşündedir.

³²⁹ DEMİRKOL, s. 320.

ağırlığının toplandığı yer ve ekonomik bağlantıların bulunduğu ülke dikkate alınarak daha sıkı ilişkili hukuk belirlenmelidir³³⁰.

Karakteristik edimin bulunmadığı ya da belirlenemediği durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Örneğin karşılıklı olarak aynı değerde bir malın trampa edilmesi söz konusu olduğunda ağırlıklı edimi yani karakteristik edim yok gibi gözükmemektedir. Çünkü edimlerde bir eşitlik söz konusudur. Böyle durumlarda uygulanacak hukuku belirlemek için MÖHUK m.24/4-c.1 uygulanabilir. Ancak örnek verdiğimiz trampa sözleşmelerinde edimlerden birinin para kadar tedavül niteliği olmasa bile ödeme amaçlı olarak yapılması halinde, edimlerin eşitliğinde bahsedilemez. Sonuçta bu sözleşmede, sosyo-ekonomik olarak sözleşmenin yapılmasında bir edim etkili olup, diğeri bu söz konusu edimin karşılığıdır³³¹.

4. Akit Statüsü

Sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi akit statüsünde de etkilidir. Akit statüsü; sözleşmenin kuruluşunu ve geçerliliğini veya hükümlerinden birinin mevcudiyetini ve geçerliliğini kapsamaktadır³³². Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir (MÖHUK m.32/1). Dolayısıyla akit statüsünün, tarafların iradeleri veya objektif bağlanma aracılığıyla belirlenmesinin bir önemi olmayıp, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin tüm unsurlar akit statüsüne bağlıdır. Tarafların seçtiği hukukun sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi ihtimalinde bile, yapılan hukuk seçimine uyularak, geçersizliğin tespiti ve bunun sonucu olarak tarafların birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri talepler açısından bu hukuka göre değerlendirme yapılacaktır³³³.

Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin unsurların akit statüsüne bağlanması kuralının bir istisnası mevcuttur. Bu da MÖHUK m.32/2’ de ele alınmıştır. Şöyle ki; “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, irade*

³³⁰ DEMİRKOL, s. 336.

³³¹ DEMİRKOL, s. 341.

³³² NOMER, s. 325.

³³³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 29 vd.

beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. ” Mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi şarta bağlanmıştır. Bu şart, taraflardan birinin davranışına dayanarak uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmamasıdır. Bu sebeple uyuşmazlığa rızasının bulunmadığını iddia eden tarafın mutad mesken hukuku uygulanır.

B- Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Genel olarak MÖHUK’ da düzenlenen sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hükmü dışında, tüketicinin korunması ihtiyacı düşünülerek tüketici sözleşmeleri ayrıca düzenlenmiştir. Burada tüketici sözleşmelerinin bu başlık altında incelemesinin sebebi, internetin oldukça yaygınlaşması ve de tüketicilerin elektronik vasıtlarla sık sık ve kolaylıkla bir sözleşme ilişkisi kurabilmesindendir. İnternetin mekan ve zaman sınırlaması olmadığı düşünülürse, yabancı unsurlu bu tür sözleşmelere oldukça fazla rastlanılmaktadır.

1. Genel Olarak

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

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

tüketicinin kendi özel kullanımı için belirli bir bedel ödeme karşılığında yapılan sözleşme, tüketici sözleşmesidir³³⁴.

Elektronik sözleşmelerin yer anlamında yabancılık unsuru taşıdığını söyleyebilmek için, tüketicinin, satıcıya ya da satıcının, tüketiciye ulaşma noktasında yabancı bir devletin sınırlarının dahil olması gereklidir³³⁵. Çünkü bir tüketicinin kendi mutad meskenin bulunduğu ülke içerisinde yerel ağ aracılığıyla mal ve hizmet sunan bir satıcı ile yapmış olduğu sözleşmenin yabancı unsurlu olduğu söylenemez. Dolayısıyla internetin sanal bir ortam olduğundan hareketle, internet aracılığıyla kurulan her sözleşmenin yabancı unsurlu olduğu iddia edilemez.

2. Seçilen Hukuka Tabi Olma

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, genel sözleşmelerde olduğu kadar serbest bırakılmamıştır. Tüketicinin korunmasını sağlayan kurallardan dolayı, hukuk seçimi kısıtlanmaktadır. Nitekim MÖHUK m.26/1’ de “ *Mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.* ” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, seçilen hukukun tüketici sözleşmesine uygulanan kurallarının, objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak olan hukukun öngördüğü kurallara göre daha üstün olması halinde geçerli olacaktır³³⁶. Tüketicinin mutad mesken hukukundaki tüketicinin korunmasındaki hükümler, tüketici sözleşmelerinde asgari koruma sınırını belirlemektedir³³⁷. Dolayısıyla söz konusu koruma dışına çıkmadan ancak geçerli bir tüketici sözleşmesi kurulabilir³³⁸. Tüketici sözleşmeleri tüketicinin bulunduğu ülkesel sınırlar içerisinde

³³⁴ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD* 63 (4) 2014, s. 842, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1974/20644.pdf>, (ET:15.01.2016)

³³⁵ GÜNGÖR, Gülin, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *AÜHFD*, C. 46, S. 1- 4, 1997, s. 107., http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=296, (ET:15.01.2016)

³³⁶ ÇELİKEL / ERDEM; s 377.

³³⁷ NÖMER, s. 339.

³³⁸ BİNG, s. 1

ticari faaliyetlerini göstererek bir bağlantı oluşturmali ve sözleşme içerisindeki hükümler, tüketicinin bulunduğu ülke hukukuna uyumlu ve tutarlı şekilde olmalıdır³³⁹.

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

Roma Sözleşmesi m.5’ de tüketici sözleşmelerinin hukuk seçimini; “ *seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketici lehine düzenleme getiren hükümleri yanında elverişsiz hükümler içeriyorsa, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır* ” şeklinde düzenleyerek, asgari sınırın tüketicinin mutad meskeni olacağını belirtmiştir³⁴⁰.

Tüketici sözleşmelerinde taraflardan biri tacir, diğer taraf tüketici konumunda olduğundan, sözleşmeyi kurma aşamasında eşit konumda oldukları söylenemez. Çünkü tüketiciler sözleşmenin şartları üzerinde müzakere yetkisine sahip değildir. Bu nedenle, bu tip elektronik sözleşmelerde seçilen hukukunun, tüketicilere objektif olarak sözleşmeye uygulanacak hukuktan daha lehe hükümler içermesi halinde, geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁴¹.

3. Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması Halinde

Tarafların sözleşmeye uygun olarak bir hukuk seçimi yapmama halinde objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad meskeninin uygulanması gerektiği kanunda belirtilmiş ve bunun uygulanması için gereken şartlar sıralanmıştır. Şöyle ki; “ *MÖHUK m.26/2-a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya*

³³⁹ GILLIES, s. 38.

³⁴⁰ ÇELİKEL / ERDEM, s. 377.; STONE, s. 126.; BING, s. 17.

³⁴¹ TURAN, s.109.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 126.

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

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş, olmalıdır.

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

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

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

Tüketici sözleşmelerinde objektif bağlama kuralı, tüketicinin mutad mesken hukuku olarak belirtilmiştir. Bunun sebebi, bu hukukun tüketicinin en iyi bildiği ve tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu kabul edilen hukuk olmasıdır³⁴². Söz konusu maddeden anlaşıldığı gibi, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmekle birlikte, objektif bağlama kuralı olan tüketicinin mutad meskenindeki hukuktan daha az elverişli olması hali söz konusu ise, seçilen hukuk geçersiz olacaktır.

Tüketicinin mutad mesken hukukun uygulanması için çeşitli şartlar mevcuttur. İlk olarak tacir tarafından kendi ürünlerini veya hizmetlerini satmak amacıyla tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkede, bizzat bu ülkeye yönelik yapılmış bir teklif veya reklam sonucunda sözleşme kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken işlemlerin bu ülkede yapılmış olması gerekir³⁴³. Diğer bir

³⁴² ÇELİKEL / ERDEM, s. 380.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 135.

³⁴³ TURAN, s. 112.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 137.; BING, s. 19.

ifade ile; MÖHUK m.26/2 de sözleşme için gerekli olan öneriye davet ve önerinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu veya satıcının faaliyeti içerisinde bir başka yerde yapılması ve tüketicinin kabul beyanının da aynı yerde olması halinde tüketicinin mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Satıcı tüketicinin bulunduğu ülkede tüketiciyi koruyan finansal, faaliyetssel veya yargılama vb. sebeplerle düzenlenen hukuk kuralları çerçevesinde sözleşme kurmak istemiyorsa, bu kuralların geçerli olduğu ülkedeki tüketicilere mal ve hizmetlerine yönelik katalog, reklam vb. faaliyetlerini yapmamalıdır³⁴⁴. Elektronik posta aracılığıyla, tüketicinin bir talebi olmasa da gönderilen teklifler veya reklamlar örnek olarak verilebilir.

Web siteleri aktif veya pasif nitelikte olabilirler. Pasif yani sabit, durağan nitelikli web sitelerde ulaşılabilirlik sınırları belli olduğundan, yabancı devletlerin hukukunun uygulandığı görülmemektedir. Ancak aktif nitelikli web siteleri dinamik yapısı gereği ulaşılabilirlikleri geniş olduğundan, yabancı devlet yargılamaları ile karşılaşmaları göz önünde bulundurularak hareket edilmelidir³⁴⁵. Bu sebeple web sitesi sağlayıcılarının yaptıkları tanıtımların sınırları belirlenmelidir. Tacirin sadece web sitesini kurup internet ortamında erişimin sağlanmasını aktif davranış olarak değerlendirilecek olursak, internetin kapasitesi gereği bu siteye dünyanın her yerinden ulaşım olduğu düşünüldüğünde, tacirin tüm dünyaya yönelik bir aktif davranışı olduğu kabul edilmesi gerekir. Ancak bu durum uyumsuzlukların çözümünde birbirinden farklı çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla tacirin belli bir ülkeye yönelik faaliyetin sanal ortamda ne şekilde kabul edileceğinin belirlenmesi gerekir. Web sitesi aracılığıyla ürünlerin tanıtımının tacir açısından aktif davranışa girip girmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur. İnternetin, reklam için veya ürünlerini satmak amacıyla kullanılmasının sadece web sitesi kurularak ve bu siteye erişimin sağlanması suretiyle aktif davranışın sağlanacağı görüşünde olmayan yazarlar; tüketici söz konusu web sitesine kendiliğinden ulaşmakta ve sözleşmeye karar vermesi sonucu tacir bu

³⁴⁴ GILLIES, s. 31.

³⁴⁵ KAMEL, Magdi N., "International E-Commerce: Language, Cultural and Infrastructure Issues, Challenges and Solutions", *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, Editor:BECKER, S. Ann, Vol. 1, New York 2008, s. 24.

durumda sadece tüketiciye bilgi sunmakla kaldığından hareketle, tacirin aktif davranışının olmadığını düşünmektedirler³⁴⁶.

Başka yazarlar ise; sadece internet ortamında erişilebilir bir sitenin varlığı, ürünler ile ilgili özel bir davet veya teklifin yapılması şartını sağladığı ve sözleşmenin kurulması için gerekenlerin tacir tarafından üstlenilmesi gerekmeyeceği, tüketicinin ürün hakkında bilgi istemesi üzerine tacirin ürünün tanıtımını sağlayan belgeyi göndermesi halinde, yeterli olacağı ayrıca bu tanıtımın sadece belirli tüketiciler veya toplu olarak yapılmasında bir sakınca olmadığı görüşündedirler³⁴⁷. Diğer yazarlar ise; web sitesinin kurulmasının tek başına tacirin aktif davranışının olduğu düşünülmemesi yanında, internetin sunduğu satış ve pazarlama tekniklerinin göz önünde bulundurularak ona göre bir ayırım yapılması gerektiği görüşündedirler ki, buna örnek olarak; tacirin sunmuş olduğu hizmeti anımsatan kelimelerin internette aratılması sonucunda ilgili web sitelerine ulaşılmasını sağlayan bir reklam bandının varlığı, tacirin aktif faaliyeti şeklinde değerlendirilmesi verilebilir³⁴⁸.

Başka bir görüşe ise; internette web sitesinin kurulması ve bu sitedeki ürünlerin tanıtımı için çeşitli şekillerde erişilebilirliğin sağlanmasının tek başına tacirin aktif davranışını oluşturmamakta, aynı zamanda sitenin içeriğini, tüketicinin bulunduğu ülkeye uygun olarak oluşturulması gerektiği şeklindedir.³⁴⁹

³⁴⁶ VERBIEST, Thibault, Droit international privé et commerce électronique: état des lieux, <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>, s. 4; GOTTENBERG, Julie, Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels, Revue de Droit l'Union Européenne, 2002/ III, s. 525.; DUASO CALES, Rosario, La détermination du cadre juridique applicable aux contrats de cyberconsommation, novembre 2002, s. 9.; HUET, Jerome, Le droit applicable dans les réseaux numériques, in Colloque International- Droit de l'Internet, Approches européennes et internationales, 19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, [www://droit-internet-2001.univparis1.fr](http://droit-internet-2001.univparis1.fr), s. 7.; FOSS, Morten, Consumer protection in an international electronic marketplace, in Deliverable 3.2.5 Minutes from the 5th E-CLIP Workshop: Private International Law, Norwegian Research Center for Computers and Law Oslo 21-22 June 1999, <http://eclip.org>, s. 14., (Aktaran: ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 137 vd.).

³⁴⁷ VAN HUFFEL, Michel, Protection du consommateur par le droit applicable- Obstacles et Perspectives, Revue des affaires européennes, 2001-2002, n 4, s. 443.; BOCHURBENG, Lionel, Internet et commerce électronique, 1. Ed., 1999, Delmas, Paris, s. 123.; FOSS, s. 14 vd. (Aktaran: ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 138).

³⁴⁸ GOTTENBERG, s. 525.; VERBIEST, Thibault, Commerce électronique: loi applicable et juridiction compétente (une synthèse), http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu id=656, 21 octobre 2002, s. 4., (Aktaran: ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 139).

³⁴⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 140.

Roma Sözleşmesinde bahsedilen şart için sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede kurulması gerektiği belirtilmekle birlikte, önemli olanın sözleşmenin tüketicinin mutad meskeninde kurulması değil, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına yönelik işlemleri bu ülkede yapması gerektiği belirtilmiştir³⁵⁰. Sözleşmenin kurulmasına yönelik faaliyetler tüketicinin bu işlemleri çeşitli şekillerde yapması mümkündür. Tüketici internet vasıtasıyla işlemlerini sabit bir bilgisayar veya başkaca bir elektronik cihazla mutad meskenin sınırları içerisinde yapabilmesinin yanında, taşınabilir elektronik cihazlar vasıtasıyla da mutad meskeni dışındaki başka bir ülke sınırları içerisinde yapması söz konusu olabilir. Bu itibarla tüketicinin başka bir ülke sınırları içerisinde internet kullanarak yaptığı işlemlerde mutad meskeni hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı düşündürücü olsa da bu tür durumlarda tüketicinin işlemi mutad meskeni içerisinde yaptığı aksi ispat edilinceye kadar kabul edilebilir³⁵¹.

Şartlardan bir diğeri ise; bir mal alım satımı düşünüldüğünde, sipariş verilmesi anına göre, satıcının bu siparişinin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerde alınması gerektiğidir. Ancak elektronik sözleşmelerde siparişlerin elektronik ortamda verilmesi bu şartın uygulanabilirliğini ortadan kaldırmaktadır³⁵².

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

Sonuç olarak tüketici sözleşmeleri için düzenlenen hükme göre taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde MÖHUK m.26/2' ye göre tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı ancak bu hukukun uygulanabilmesi için çeşitli şartların mevcut olması gerekecektir. İlk şartın tacirin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede ona gönderilen özel bir davet veya ilan sonucunda sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Elektronik sözleşmeler de bu şartın uygulanabilmesi için kullanılan iletişim aracının değerlendirilmesi gerekir. E-posta ile iletişim kurulması halinde tacirin bu vasıta ile tekliflerini gönderdiği tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak

³⁵⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 140.

³⁵¹ TURAN, s. 113.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 141.

³⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 142.

web sitesi ile kurulan sözleşmelerde tacirin aktif faaliyetinin olup olmadığı tartışmalı olup çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bu konu hakkında net bir kural mevcut değildir. MÖHUK m.26/2- b ve c bentlerinin elektronik sözleşmelerin yapısından dolayı uygulama alanı yoktur.

C- Elektronik Sözleşmelere İlişkin Özel Durumlar

1. Elektronik Sözleşmelere Yönelik Maddi Özel Hukuk Kuralları

Sözleşmelere uygulanacak hukuk için belirlenen kanunlar ihtilafı kurallarının uluslararası nitelik taşıyan elektronik sözleşmeler için uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiğine ancak bazı durumlarda bu kuralların uygulamasının yetersiz kalabileceğine değinmiştik. Bu itibarla uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere daha uygun kuralların uygulanması gerektiği düşüncesinde olan yazarlar mevcuttur. Nitekim bu tür sözleşmelere iç hukuk kurallarının uygulanması ve devletler arasında farklı düzenlemelerin olabileceği düşünüldüğünde, tarafların bu durumu öncesinden bilmesi beklenemeyeceğinden ortada bir belirsizlik olduğu aşıkardır³⁵³. Bu belirsizliğin oluşmasında internetin sanal bir dünya olması etkilidir.

Çeşitli şekillerde söylenmekle birlikte, elektronik sözleşmelere uygulanacak özel maddi hukuk kuralları *lex electronica* olarak nitelendirilebilir³⁵⁴. *Lex electronica*, elektronik ticaretle uğraşan kişilerin yaşayarak oluşturdukları kurallar olabileceği gibi, çeşitli uluslararası kuruluşlar tarafından da ortaya çıkmış olabilir.

Belli bir elektronik ticaret faaliyeti gösteren kişilerin bazı kurallar oluşturması ve bu kurallara uyulmasını da bu kişiler tarafından sağlanması sistemindeki kurallar, davranış kuralları yahut örf ve adet kuralları olarak tanımlanabilir.

2. Kamu Düzeni

Kamu düzeni zaman ve mekana göre farklılık oluşturmaktadır. Toplumlar arasında ahlak ve hukuk anlayışlarında farklılık olmasıyla birlikte, aynı toplum içerisinde bile zamanla ahlak ve hukuk anlayışında farklılıklar ortaya çıkabilir. Bu sebeplere dayanarak ülkelerin kamu düzenlerinde farklılıklar oluşmuştur.

³⁵³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 167.

³⁵⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 168.

Kanunlar ihtilafı sonucunda belirlenen yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmayacaktır ve gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanması söz konusu olacaktır (MÖHUK m.5).

Sözleşmelerin kurulmasında iradi serbestliği olduğu ve her türden sözleşmenin kurulabileceğine değinilmişti. Ancak kanunumuzda herhangi bir hukuki ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanması öngörüldüğünde, bu hukukun uygulanması halinde Türk kamu düzeninin açıkça aykırı bir durumun ortaya çıkması halinde ilgili yabancı hukukun uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir.

Bazı sözleşmelerde taraflar, yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırılarak, kamu düzeni müdahalesinin uygulanma imkanını zorlaştırmak veya tamamiyle ortadan kaldırmak amacını taşıyabilirler. Sözleşme hükümlerinin kolaylıkla uygulama dışı bırakılmasından çekinmeleri söz konusu olabilir. Bu durum, uluslararası nitelikli veya yabancı unsurlu bir sözleşmenin bazı kesimlerinde kamu düzeni kaydı bulunup, bu sözleşmeye uygulanacak hukuktaki hükümlerin, akit devletleri açısından kamu düzenine aykırılıktan söz konusu hükümlerin uygulanmaması şeklinde olmaktadır³⁵⁵.

Sözleşmelerin kurulmasının kural olarak herhangi bir şekle bağlanmadığından hareketle özellikle sanal ortamda çeşitli elektronik araçlarla sözleşmelerini kurulabileceğini ve bu sözleşmelerin elektronik sözleşme olarak nitelendirildiğini söylemiştik. Bu itibarla her türlü sözleşmede olabileceği gibi elektronik sözleşmelerde de kamu düzenine aykırı durumların olabilmesi mümkündür.

Uluslararası elektronik ticaret kapsamında yapılan elektronik sözleşmelerin yapısı gereği kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bir sınırlamanın konulması ve uygulanmasının, diğer kamu düzenine aykırı durumlara göre daha zor olabileceğine değinmekte yarar vardır. Bu sebeple elektronik ticarete uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme hususunda ICC (Uluslararası Ticaret Odası-International Chamber of Commerce)'nın bir tavsiye kararında, iradi serbestliğinin yine korunması gerektiği ancak güçlü ve belirli kamu düzeni için böyle sınırlamaların gerektiği hallerde,

³⁵⁵ NOMER, s. 175.

düzenlemenin elektronik ticarete hangi şartlara göre uygulanması gerektiğinin belirlenmesi önerilmiştir³⁵⁶.

3. İspat

a. Delillerin İspat Gücü

Özel hukuk tarafından tanınan hakların korunması amacı ile gerçeğe ulaşmak için yapılan yargılama faaliyeti, davadaki tarafların taleplerini dayandırdıkları olayların ilgili hukuku normunu karşılayıp karşılamadığını tespit etmeye yarayan işlemlerin tümünü ifade eder³⁵⁷. İspat faaliyetindeki amaç, yargılama aşamasında hakimin dışında gerçekleşen, dava açılmasından önceki bir zamanda oluşan uyuşmazlıklara sebep olan olayların gerçekleştiği hususunda hakimde kanaat oluşturmaktır³⁵⁸. Dolayısıyla ispatın konusunu maddi olaylar oluşturmaktadır. Bu sebeple bir hakkın doğması veya sona ermesine ilişkin olarak delil gösterilmesi gerekecektir.

(1). İspat Yükü

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı teşkil eden olayların varlığını, yine tarafların ispat etmesi gerekecektir. Buradaki ispat faaliyetinin hangi tarafın gerçekleştireceği ispat yüküne göre belirlenecektir. İspat yükü, bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini iddia eden tarafa düşmektedir. Buradaki yükten kasıt bir yükümlülük değil, usuli bir yüküdür³⁵⁹. İspat yükünün maddi hukuka mı, yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır³⁶⁰. Ancak yoğunluk görüş ispat yükünün maddi hukuk dalına ait olduğudur³⁶¹. Çünkü ispat konusu olayı ve bu olayın bağlandığı sonucu düzenleyen maddi hukuk hükümleridir. Nitekim 4721 sayılı TMK m.6 da “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı*

³⁵⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 145.

³⁵⁷ HACİBEKİROĞLU, Ekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 2012, s. 5.

³⁵⁸ KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 546.

³⁵⁹ KARSLI, s. 551.; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2011, s. 442.

³⁶⁰ Burada ispat yükünün usul hukukundan kaynaklandığını savunan görüş, ispat yükünün paylaştırılmasının sadece yargılama aşamasında olacağından hareket etmişlerdir. Maddi hukuka ait olduğunu savunan görüş ise, ispat edilmesi gerekli olayların tespiti ve bu olayların kimin yararına sonuçlandırılmasının maddi hukuk tarafından belirlenmesine dayanmaktadır. Diğer bir görüş ise, ispat yükünün bir kısmının usul hukuku, diğer kısmında maddi hukuk alanına girdiğini savunmaktadır. KARSLI, s. 556.

³⁶¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 443.

olguların varlığını ispatla yükümlüdür. ” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu madde genel kuralı oluşturmakla birlikte TMK’ da özel hallere ilişkin maddi hukuk kuralları da mevcuttur³⁶². Böylece ispat yükünün hangi tarafta olduğunun araştırılmasına gerek kalmadan ispat yükü kanunda belirtilen kişinin üzerindedir³⁶³. TMK m.6 doğrultusunda HMK m.190/1 de ispat yükünün kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğunu belirtilmiştir.

Yargılamada bir olayın doğruluğunu ispatlamak için başvuru vasıtaları delili oluşturmaktadır. HMK’ da kesin ve takdiri delil düzenlenmiştir. Kesin deliller senet, yemin ve kesin hükümdür. Takdiri deliller ise, tanık, bilirkişi ve keşiftir. Bu delillere binaen, ispat faaliyeti doğrudan veya dolaylı şekilde yapılabilir. İspatın doğrudan iddia olunan olayın varlığını gösteren deliller aracılığı ile yapılması doğrudan ispatı oluştururken, bir olayın emare teşkil eden diğer yan olaylar vasıtasıyla ispatlanması hali de dolaylı ispatı oluşturmaktadır³⁶⁴.

HMK senet dışında bir üst kavram olan belgeyi tanımlamıştır ve senet ve belge ayırımına dikkat çekmiştir. Buna göre; “ *Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.* ” (HMK m.199). Dolayısıyla elektronik ortamda kurulan sözleşmelerdeki verilerde yargılama aşamasında belge olarak sunulmasında bir sıkıntı olmayıp, delil niteliğine sahip olacaktır. İspat gücü anlamında düşünecek olursa HMK buna ilişkin de bir düzenleme yapmıştır. Şöyle ki; “ *Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir. Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler.* ” (HMK m.205/2-3). Anlaşıyor ki, elektronik sözleşmelerin güvenli elektronik imza ile kurulması halinde bu belgeler senet niteliğine haiz olup, kesin delil olarak değerlendirilebilecektir.

³⁶² TMK m.191, m.287, m.294, TBK m.55, m.96, TTK m.635/4, m.1300/2 vs.

³⁶³ HACİBEKİROĞLU, s. 9.

³⁶⁴ PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 458.

(2). Delil ve İspat Konularında Lex Fori Uygulaması

Yabancı unsurlu olayların ispatında, ilgili konuda ispatın gerekip gerekmediği veya delil sözleşmesinin geçerli olup olmaması lex foriye göre belirlenecektir. Bu doğrultuda hangi tür ispat vasıtasının geçerli olacağı da yine aynı şekilde lex foriye göre tayin edilecektir. Ancak bu genel bir kural olup, istisnaları mevcuttur. Çeşitli kanunlarda veya milletlerarası sözleşmelerde bu kuralın istisnaları görülmektedir. Bu istisnalar genellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kabul edilmektedir. Öncelikle bir hukuki işlemin geçerliliği üzerindeki etkili tüm ispat vasıtaları lex foriye tabi olmakla birlikte, bu hukuki ilişkinin şekil bakımından geçerli olup olmaması hakkında yetkili hukukça (LRA-Locus Regit Actum ve lex causae) kabul edilen ispat vasıtalarının geçerli olduğu benimsenmektedir³⁶⁵. Dolayısıyla bir hukuki işlemin geçerliliği lex fori ve lex causae ilişkilendirilerek uygulanabilmektedir. Bir sözleşmenin şekli geçerliliği noktasında lex fori kapsamında tanıkla ispatının mümkün olduğu bir durumda sözleşmenin varlığının tanıkla ispatı kabul edilebilecektir.

Senetlerdeki yabancılık unsuru, yabancı ülkedeki ilgili makamlar tarafından meydana getirilmesi veya yabancı ülkede ispat aracı olarak kabul edilmesinden meydana gelebilir. Resmi veya özel senetlerde delil gösterme ve ispat gücündeki ayrım, öncelikli olarak ilgili makamın fonksiyonuna bağlıdır³⁶⁶. Dolayısıyla senedi düzenleyen makam hangi ülkeye bağlı ise, buna bağlı ispat gücü de bu ülkeye göre belirlenecektir.

Taraflar aralarında anlaşarak belli hususların, belli delillerle ispatı konusunda delil sözleşmesi yapabilirler. Bu sözleşmeye her türlü delil konu edinebilir. Ayrıca taraflar bir hukuki işlemin, sadece belirli delillerle ispatlanması konusunda sözleşme yapabilirler ve bu delil sözleşmesine münhasır delil sözleşmesi denilmektedir. Bunun yanında taraflar bir hukuki işlemin başka delillerle ispatlanabileceği hususunda da anlaşarak münhasır olmayan delil sözleşmesi de yapabilir. Tüm bu hususlar usul hukukuna ilişkin olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla bu tür sözleşmenin şartları ve hangi kategoriye girdiğinin tespiti, usul hukukuna göre yapılacaktır. Usul hukukuna girmesi sebebiyle hakim bu hususların hepsini lex foriye göre değerlendirecektir.

³⁶⁵ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 31 vd.

³⁶⁶ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 33.

İspat hukukunda lex foriye getirilen bazı istisnalar bulunmaktadır. İlki ispat külfeti ile ilgilidir. Genel olarak ispat külfetine ilişkin kurallar, maddi hukuka ait kurallardır. Usul hukukunda ispat külfetine ilişkin herhangi bir kaide düzenlenmemiştir. İspat külfeti maddi hukuka ilişkin olması sebebiyle kanunlar ihtilafının gösterdiği kuralların uygulanması gerekmektedir. Ancak doğrudan doğruya usul hukukuna ait sebeplere bağlı olup, maddi hukuku ilgilendirmeyen ispat külfetinde lex fori uygulanacaktır. İspat külfetinin tarafların dava sırasındaki davranışlarının sonucuna bağlanması söz konusu ise bu lex foriye göre şekillenecektir. Örneğin; delillerin ibrazında gecikme, soru karşısında susma, tebligata rağmen davaya cevap vermeme gibi taraflardan birinin özel davranışına bağlanmış bulunan ispat külfetine ilişkin kaideler lex foriye göre karara bağlanacaktır³⁶⁷.

Bir diğer istisna ise, yabancı ülkelerde yapılmış hukuki işlemlerin, o ülkedeki geçerli ispat vasıtaları ile ispatlanması meselesidir³⁶⁸. Böylece Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu davalarda, senetle ispat zorunluluğu ilkesi mutlak suretle uygulanmayıp, söz konusu işlemin tanıkla ispatının mümkün kılındığı bir ülkede yapılmış olması halinde, tanıkla ispat geçerli olabilecektir. Çünkü senetle ispatın gerekmediği bir ülkede yapılan hukuki işlemin, senetle ispatı zorunlu kılan ülkede illaki, senetle ispatının istenmesi çok güçtür ve buna bağlı adaletsizlikler ortaya çıkabilir.

Yabancı unsurlu hukuki işlemlerin geçerliliği konusuna gelecek olursak; MÖHUK’ da hukuki işlemlerin, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerin öngördüğü şekle uygun olarak yapıldığı takdirde geçerli olacağı düzenlenmiştir (m.7). Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliğinin tabi olduğu hukuk, hukuki işlemin veya olayın ispatı için kullanılan deliller konusunda yol göstericidir.

Roma Sözleşmesi’ ne göre, bir delilin kabul edilip edilemeyeceği lex fori veya sözleşmenin yapıldığı yer hukuku alternatifli olarak yetkili olacak ve biri için kabul edilebilen bir ispat vasıtasını hakim geçerli sayacaktır³⁶⁹.

³⁶⁷ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 429; NOMER; s. 391.

³⁶⁸ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 424.

³⁶⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 150.

İşlemin yapıldığı yer hukukunun, işlemin ispatı için aranan delillerin kabulünde rol oynaması, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre yazılı şekilde yapılmamasının bir sakıncası olmadığı düşünülürse; daha sonra başka bir ülkenin mahkemelerinde bu işleme ilişkin bir uyuşmazlık çözümlenmesi gerektiğinde, tanık veya diğer delillerle de ispatının kabul edilmesinde etkilidir. Ancak bu durum lex foriye göre işlemin tanıkla ispatının mümkün olduğu ancak işlemin yapıldığı yer hukukuna göre yazılı şekilde kurulan sözleşmenin, mutlak surette yazılı delille ispatını aramak anlamında anlaşılmalıdır³⁷⁰.

İspat araçlarının alternatifli bir şekilde kabul edilmesi, farklı ülkelerdeki ispata ilişkin düzenlemelerde bir uzlaşma sağlanması ve tarafların kendilerine uygun olan hukukun ispat kurallarını uygulaması anlamında yararlı olmaktadır³⁷¹. Böylece sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna uygun olarak elektronik ortamda oluşturulması, sözleşme verilerinin, lex foriye göre bu hususa ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi, delil olarak kullanılabilir.

b. Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Elektronik Belgelerin İspat Gücü

Yabancı ülkelerde, yabancı dilde düzenlenen belgelerin Türk mahkemelerindeki davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için öncelikle MÖHUK m.7 gereği belgedeki işlemin, yapıldığı yer hukukuna veya işlemin esasının öngördüğü şekle uygun olarak yapılması gerekir. Dolayısıyla işlemin yapıldığı yer ve esasının öngördüğü şekle uyulmayarak yapılan işlemin belgesi de Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılamaz.

Yabancı ülkelerde düzenlenen belgeler, belgeleri düzenleyenlerin sıfatları ve görevlerine göre özel veya resmi belge şeklinde olabilir. HMK m.224' de yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye'de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Böylece yabancı devletin ilgili makamlarınca onaylanan belgeler, Türk mahkemelerinde resmi senet ile aynı kuvvete sahip olmaktadır. Delillerin türlerinin ve ispat gücünün belirlenmesi lex foriye göre yapılmaktadır. Dolayısıyla yabancı ülkedeki resmi belgelerin o ülkede yetkili

³⁷⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 150.

³⁷¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 151.

makamlarınca veya da Türk konsolosluklarında onaylanması halinde, o belge kesin delil niteliğine haiz olacaktır.

Türkiye “ *Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi* ” ni onaylamıştır. Bu sözleşme yabancı ülkelerde düzenlenen resmi belgelerin, oradaki Türk Konsolosluğu veya siyasi memurlar tarafından onaylanmasını kaldırmıştır. Söz konusu belgelerin diğer akit devletlerce ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi için düzenlenen devletin yetkili makamınca belge üzerine konan bir tasdik şerhi (Apostille) yeterli olacaktır. Bu şerh konsolosluk ve siyasi memurların onaylamasının yerine geçmektedir. Sözleşmenin öngördüğü tasdik şerhi ile belge altındaki imzanın doğruluğu, imzayı atan yetkilinin hangi sıfatla imzaladığı ve gereken hallerde belge üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğu onaylanmış olmaktadır. Sonuç olarak HMK’ nın öngördüğü konsolosluk tasdikinin onayına gerek kalmayıp, belgenin verildiği devletin yetkili makamlarınca verilen tasdik şerhi yeterli görülmüştür³⁷². Sözleşme kapsamına giren belgelerin neler olduğu sözleşmenin ilgili maddesinde belirtilmiştir. Şöyle ki; “ *M.1/a) Savcı, zabıt kâatibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dahil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler, b) İdarî belgeler, c) Noter senetleri, d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun ve imzaların doğruluğunun resmî makam ve noterlerce onaylanması gibi resmî beyanlar. Bununla birlikte, işbu Sözleşme : a) Diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgelerle, b) Ticaret veya gümrük işlemleriyle doğrudan doğruya ilgili olan idarî belgelere, uygulanmaz.* ” Bu sözleşme kapsamına girmeyen belgelerin tasdiki için HMK m.224 uygulanacaktır. Sözleşme HMK’nın ilgili hükmünü tamamen ortadan kaldırmış değildir. Dolayısıyla taraflar sözleşmenin kapsamına giren bir belgeyi isteğe bağlı olarak HMK m.224’e göre de tasdikine başvurabilir.

Sözleşmeye göre kaldırılan tasdik mecburiyeti, ilgili belgenin doğrudan kullanılabileceği anlamına gelmez. Bu belge Türkiye’ de veya yurt dışında yeminli tercümanlar tarafından Türkçeye çevrilip, Türkiye’ de ise bağlı olduğu noter tarafından,

³⁷² ŞANLI / ESEN/ ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 433.

yurt dışında ise tercümanın imza örneğinin bulunduğu konsolosluk tarafından onaylanması halinde Türk mahkemelerinde veya idari makamlarda delil olarak kullanılabilir³⁷³.

Teknolojinin gelişmesiyle her türlü işlemlerin elektronik ortamda yapılabilmesi, idari işlerin de güvenli elektronik donanım ve yazılımlarla yapılması yaygınlaşmıştır. Kayıtlı elektronik posta³⁷⁴ sistemi ucuz, güvenli ve hızlı bir özelliğe sahip olması sebebiyle bu tür işlemlerde kullanılır hale gelmiştir. Kayıtlı elektronik posta ile kurumlar arasında elektronik olarak oluşturulan veya fiziksel olup elektronik ortama aktarılan apostil belgelerin gönderilmesi, alınması hatta arşivleme hizmeti gören elektronik kayıt sistemi ile saklanması oluşturulan elektronik apostil, güvenli elektronik imzayla kullanılan kayıtlı elektronik posta sisteminin bir uzantısıdır³⁷⁵.

Elektronik apostil, daha düşük maliyetli, güvenli, etkili, esnek ve açık olması sebebiyle tercih edilmesi gereken bir sistemdir³⁷⁶. Uluslararası alanda elektronik apostil projesi oluşturulmuş ve Hague sözleşmesi³⁷⁷ bünyesinde Türkiye'nin de üyesi olduğu Ulusal Noter Birliği (National Notary Association) ve Hague Konferansı (HccH)³⁷⁸ tarafından yürütülmektedir. E-Apostil projesinin amacı, elektronik apostil onay ve kullanımı ile oluşturulması, kayıtların tutulması için az maliyetli, işlevsel ve güvenli bir yazılım kullanılmasının sağlanmasıdır. Bu proje 2007 yılından bu yana çeşitli devletlerce kullanılmaktadır³⁷⁹. Türkiye ise HccH' ye e-apostil kullanma isteğini bildirmiştir³⁸⁰. Ancak şuan için uygulaması yoktur.

³⁷³ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 433.

³⁷⁴ “Elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dahil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukuki delil sağlayan, elektronik postaların nitelikli şekline kayıtlı elektronik posta denilir.” 25 Ağustos 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/1-i.

³⁷⁵ GÜNELİ, Nihan, Kayıtlı Elektronik Posta: Bir Uygulama Örneği Olarak Elektronik Apostil, İstanbul 2013 (Yüksek Lisans Tezi), s. 56

³⁷⁶ BERNASCONI, Christophe, The Electronic Apostille Program (e-APP), http://mddb.apec.org/Documents/2013/EC/WKSP3/13_ec_wksp3_008.pdf, (ET:01.12.2016)

³⁷⁷ Lahey sözleşmesi aynı zamanda Hague sözleşmesi şeklinde de telaffuz edilebilir.

³⁷⁸ Bu konferansın amacı uluslararası özel hukuk kurallarının aşamalı olarak birleştirilmesi için çalışmaktır. Konferansın statüsü, 31 Ekim 1951'deki Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nın 10. Oturumu sırasında kabul edildi ve 15 Temmuz 1955'te yürürlüğe girdi. 30 Haziran 2005'te yapılan değişiklik (Nihai Kararname, C) 20'nci Oturumda üyeler tarafından kabul edildi. 30 Eylül 2006'da onaylandı ve 1 Ocak 2007'de yürürlüğe girdi. Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://www.hcch.net/en/home> (ET:20.12.2016)

³⁷⁹ GÜNELİ, s. 58.

³⁸⁰ GÜNELİ, s. 58.

Elektronik sözleşmelere ilişkin belgelerin yabancı devlet ülkesinde oluşturulmuş olması halinde, e-apostil yolu ile diğer devletlerde de geçerli hale gelebilir. Bunun sonucunda da bu belgeler delil niteliğine haiz olup, uyuşmazlık çözümünde dikkate alınması mümkün hale gelir.

III. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

A- Genel olarak

Uyuşmazlıklar, hak olarak hukuk düzenince korunan menfaatlerin ihlali veya menfaat dengesinin bozulması sonucunda meydana gelir. İşte bu hakların ihlali veya menfaat dengesinin bozulmasıyla oluşan uyuşmazlık durumunda sosyal barışın sağlanabilmesi için dengeler tekrar kurulmalıdır.

Uyuşmazlığın çözülmesi için akla ilk gelen yol, yargı organlarına başvurmaktır. Devlet yargısına başvuru ile taraflar adil bir çözüm istemekte ve iddia ve savunmalarını yaparak hakkın yerine getirilmesini arzu etmektedirler. Bu anlamda devlet mahkemeleri uyuşmazlıkları çözmek için maddi ve usul hukuk kurallarını uygulayarak bir karar vermektedirler. Bu karara karşı da taraflar bir üst merciye başvurma haklarını kullanma yani temyiz hakları da saklıdır. Mahkemeler uyuşmazlıkları kanunun belirlediği kurallara göre çözümleyecektir. Bu anlamda konumuz olan yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar MÖHUK'un ilgili hükümlerine göre çözülecektir. Burada uyuşmazlıkların çözüm yeri olan mahkemelerin yetkisi, MÖHUK m.40, m.45, m.47 ve HMK' nın yetkiye ilişkin ilgili hükümlerine göre bir değerlendirme yapılarak tespit edilmeye çalışılmıştır.

Ancak şu da unutulmamalıdır ki; uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere başvurulduğunda görülen dava sayısının fazlalığı, davaların süre bakımından uzunluğu ve yapılan masraflar adalete erişimi zorlaştırmaktadır³⁸¹. Bu ve benzeri sebeplerle insanlar ya hak aramaktan vazgeçmek veya başka çözüm arayışlarına girmektedir.

Uyuşmazlıkların tek çözüm yeri mahkemeler değildir. Mahkemeler dışında uyuşmazlığı çözebilecek alternatif yollar bulunmaktadır. Devlet mahkemelerine

³⁸¹ ÖZBEK, Mustafa, "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü"; *TBB Dergisi*, S. 68, 2007, s. 269.

alternatif teşkil eden uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, yargılama faaliyeti yürütülmeyp, objektif hukukunun uygulanmadığı, şekle bağlı kalmadan çözüm odaklı esnek yöntemlerle uyuşmazlık çözülmektedir³⁸².

Alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR-Alternative Dispute Resolution), yargılama dışında kalan uyuşmazlık çözümüdür. Daha genel bir tanımla alternatif uyuşmazlık çözümü, “ tarafların resmi bir yargılama usulüne gereksinim duymaksızın, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri için başvurdukları, kendilerine yardımcı olan bir dizi usuller topluluğunu ifade eder ”³⁸³.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin temel amaçlarından biri masraftan ve zamandan tasarruf sağlayarak usul ekonomisine uyarak sistemin sebep olduğu çekişmeyi aza indirmektir. Yargılama harç ve giderleri düşünüldüğünde ve davanın gecikmesi sebebiyle ek masrafların ortaya çıkması usul ekonomisinin tam olarak yerine getirilememesi adaletin gecikmesine sebebiyet vermektedir. Bu sebeple ADR yüksek miktarlarda masraflardan tasarruf sağlamaktadır. Ayrıca davaların çok uzun sürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, ADR ile hızlı bir şekilde çözüme kavuşmak mümkündür. Dolayısıyla taraflar, bu yöntemlerle uyuşmazlıklarını çözmek isteyebilirler³⁸⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri genel itibariyle iki kategoride ele alınabilir. İlki sonucunda tarafları bağlayıcı hüküm verilen tahkim, ikincisi ise, bağımsız uzman kararı ve kısa yargılama şeklinde olan müzakere temelli usulleri kapsayan arabuluculuktur³⁸⁵.

Burada öncelikle devlet yargısı ardından alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden tahkim ve arabuluculuk değerlendirilecektir.

³⁸² BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Mevzuat Dergisi*, yıl 11, S. 123, Mart 2008, ISSN 1306-0767, <http://www.mevzuatdergisi.com/2008/03a/02.htm>, (ET:01.08.2016)

³⁸³ ÖZBEK, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2009, 2. Bası, s. 128.

³⁸⁴ KAMEL, s. 26.

³⁸⁵ ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 128.

B- Devlet Yargısı

1. Yetki

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda genel yetkili kuralı olarak nitelendirdiğimiz MÖHUK m.40 ile özel yetki kuralları olarak adlandırılan diğer bahsettiğimiz hükümler arasındaki ilişki HMK’ da düzenlenen genel yetki kuralları ve tali yetki kuralları arasındaki ilişkiyle benzerlik göstermez. MÖHUK’ daki bu ilişki ancak HMK’ daki kesin yetki kuralları arasındaki ilişkiye benzetilebilir³⁸⁶. MÖHUK’ da düzenlenen genel yetki, özel yetki kuralı ayrımı, özel yetki kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili mahkemenin tespiti, özel yetki kuralları doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. Sonuçta özel yetkili bir mahkemenin varlığı halinde genel yetki kuralları ikinci plandadır. Dolayısıyla söz konusu ilişki genel yetki ve tali yetki ilişkisi değildir. MÖHUK m.40’ daki düzenlemenin amacı bu kanundaki özel yetkili kuralların kapsamına girmeyen tüm uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları belirleyecektir.

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

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

Yerleşim yeri kavramına ilişkin TMK’ da düzenleme yapıldığına değinilmişti. Buna göre yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyeti ile oturduğu yerdir (m.19). Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’ de henüz yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer,

³⁸⁶ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 357.

yerleşim yeri sayılır (m.20). Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yöneltildiği yer olacaktır (m.51).

a. Tacirler Arası Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti

İlk olarak genel yetkili mahkeme tacirler arası sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkilidir. Sonuç olarak her dava, aksine bir hüküm bulunmadıkça davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

Uluslararası nitelikli sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili mahkemelerin tespiti, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre yapılır. Elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için ayrı bir düzenleme öngörülmediğinden, genel kurallar burada da uygulanacaktır. Genel yetkili mahkemenin, özel yetkili olan mahkemelerin (örneğin; HMK m.10’ daki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi) yetkisi elektronik sözleşmeler için düşünüldüğünde; bazı hallerde bu tespit kolay olabilirken, bazı hallerde zor olabilir. Örneğin; internet ortamında kurulan ve bazen de ifanın yine internette gerçekleştiği sözleşmelerde yetkili mahkemenin tespiti gibi.

Genel yetki kuralının internet ortamında kurulan sözleşmeler için uygulanabilmesi için davalının yerleşim yerinin tespit edilmesi gereklidir. Elektronik posta vasıtasıyla kurulan bir sözleşme düşünüldüğünde, bu hesabı kullanan kişinin yerleşim yerinin tespiti mümkün gözükmemektedir³⁸⁷. Elektronik posta hesapları alınırken, alınan kuruluşun bulunduğu yerde yerleşim yerinin bulunması zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla yerleşim yerinin tespitinde bunların esas alınması sonuç vermemektedir.

Yetki kurallarının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için sözleşmenin taraflarının belirlenmesi ve belirli ülkelerle bağlantılarını sağlayan unsurlarının tespit edilmesi gereklidir. Sözleşmeye taraf kişilerin birbirlerine yaptıkları açıklamalara iyiniyetli olarak güvenilebilir. Tacirler arası yapılan sözleşmeler çoğunlukla çerçeve bir sözleşmeye göre düzenlendiğinden tarafların kimliklerine ve adreslerine ilişkin bilgiler burada mevcut olduğundan yerleşim yerinin tespiti çok zor olmamaktadır. Çerçeve

³⁸⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 177.

sözleşme şeklinde yapılmayan sözleşmelerde ise, verilen bilgiler kendileri için basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü kapsamında olduğundan kimlik, adres gibi verilen bilgilere güvenilmektedir.

Bilgilerin gerçeğe aykırı şekilde verilmesi halinde yerleşim yerinin tespiti hususu ne olacaktır? Bir web sitesi vasıtasıyla mal ve hizmet pazarlayan tacir, kendisi hakkında yanlış bilgi vermesi durumunda sonuçlarına katlanmalıdır ve ikametgah olarak verdiği adreste aleyhine dava açılması durumunda yerleşim yerinin burası olmadığı yönünde itirazda bulunamamalıdır³⁸⁸. Sonuçta bu durum dürüstlük kuralına aykırıdır.

HMK' da sözleşmeden doğan borç uyuşmazlıklarında sözleşmenin ifa edileceği yerde de davanın açılabilmesi belirtilmiştir (HMK m.10). Doğrudan veya dolaylı ticarete ilişkin sözleşmelerde ifaya ilişkin yaptığımız açıklamalar dikkate alınarak ifa yeri tespit edilebilir ve bu yer mahkemeleri de bu tür uyuşmazlıklarda yetkili olmaktadır. Dolaylı ticarete ilişkin sözleşmelerde TBK' daki ilgili hükümlere göre ifa yeri belirlenecektir.

Doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde ise, fiziki olmayan bir ürünün satışı söz konusudur ve ürün alıcının elektronik cihazına yüklenerek ifa edildiğinden, bu tür sanal ortamda ifa edilen sözleşmelerde bu hizmetlerin sağlandığı veya sağlanması gerektiği yerde, diğer bir ifade ile hizmetten yararlanacak tarafın bulunduğu yerde ifa edilmiş kabul edilecektir³⁸⁹. Sanal ortamda bilgi ve veri sağlanmasına yönelik edimler, söz konusu bilgi ve verilerden yararlanacak olan kişilerin kullanımına sunulması ile ifa edildiğinden, bu kişilerin iş yerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesi ifa yeri kriteri gereği yetkili olacaktır.

İfa yeri taraflarca açıkça tayin edilmediği takdirde, esasa uygulanacak maddi hukuk tarafından belirleme yapılacaktır. Dava konusu edimin para borcu olması durumunda TBK da düzenlendiği gibi aksine bir düzenleme bulunmadıkça, borç alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir (m.89). Bu itibarla bu tür borç ilişkilerinde alacaklının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Parça borcu söz konusu ise, sözleşmenin kurulma esnasında borç konusu şeyin bulunduğu yer

³⁸⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 180.

³⁸⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 182.

mahkemesi, buna ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili olacaktır. Para borcu ve parça borçları dışındaki tüm borçlarda, borcun doğumu sırasında borçlunun yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. HMK m.10 gereği tarafların aralarında para veya parça borç ilişkisi olmadığı takdirde borcun doğumu sırasında borçlunun yerleşim yeri mahkemeleri yetkili olacaktır. Ancak sözleşmenin ifa yeri sıfatıyla dava açılabilmesi için, dava konusu edimin ifa yerinin Türkiye’ de bulunması gerekir³⁹⁰.

Taraflar ifa yerini açıkça veya zımni olarak sözleşmede belirtebilirler. Böylece sözleşmede belirtilen ifa yeri mahkemelerinde dava açılabilir. Milletlerarası ticarete taraflar genellikle INCOTERMS’ leri (International Commercial Terms)³⁹¹ kullanarak, satıcının ediminin ifa edileceği yer ve söz konusu malların teslim yerlerini belirtirler³⁹². Örneğin, satış tipi FOB (Free On Board) ise, yükleme limanında sözleşme konusu malın gemi küpeşesine taşınması ile satıcı orada borcu ifa etmiş sayılır³⁹³. Milletlerarası borç ilişkilerinde yetkili mahkeme belirlenirken HMK m.10 gereği sözleşmenin ifa yeri dikkate alınacak olunursa, INCOTERMS’ lerin ifa yeri belirlemeleri hali dikkate alınmalıdır.

Milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmeler genellikle alım-satım, sigorta, taşıma gibi sinallagmatik yapıya sahip sözleşmelerdir. Her bir tarafın kendine has edimi söz konusudur. Bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, dava konusu edimin ifa yerine göre tespit edilecektir. Milletlerarası satım sözleşmesi düşünüldüğünde, uyuşmazlık mal bedelinin ödenmesine ilişkin ise para borcunun ifa edileceği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Uyuşmazlığın mal veya hizmetten kaynaklanması söz konusu olduğunda yetkili mahkeme, bu edimlerin ifa edileceği yer mahkemesidir.

³⁹⁰ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 367.

³⁹¹ INCOTERMS, [Uluslararası Ticaret Odası](https://tr.wikipedia.org/wiki/Incoterms) Uluslararası ticari sözleşmelerde ortak olarak kullanılan ana ticari terimlerin tanımlarının tümünü oluşturur. Bkz: LETTERMAN, G.Gregory, *UNIDROIT's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, London 2001, s. 345.

“ICC tarafından ilk olarak 1936’da yayınlanmış olan INCOTERMS, zamanla uluslararası ticarete yaşanan değişikliklere bağlı olarak 1963, 1967, 1976, 1980, 1990 ve 2000 yıllarında revize edilmiştir. Günümüzde geçerli olan versiyon ise 1 Ocak 2011’de uygulamaya giren INCOTERMS 2010’dur.”, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Incoterms> (ET:10.10.2016)

³⁹² ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 365.

³⁹³ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 365.

b. Yetki Anlaşması

Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkili olmadığı, milletlerarası yetkisinin bulunmadığı hallerde, taraflar belirli bir Türk mahkemesinin yetkili olacağına dair yetki anlaşması yapabilirler. Ayrıca taraflar Türk milletlerarası yetkisi bulunan bir uyuşmazlıkta, yabancı bir ülke mahkemesinin yetkili olacağı konusunda da anlaşma yapabilirler.

MÖHUK m.47’ deki düzenlemeye göre; “ *Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.* ” Bu maddeden anlaşıldığı üzere yetki anlaşmasının yapılabilmesi için öncelikle tarafların aralarındaki borç ilişkisinin birden fazla ülke hukukuyla irtibatlı olmasıyla yabancılık unsurunun mevcudu gereklidir. Ayrıca yetki sözleşmesine konu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren hallerden olmaması gerekir. Milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki diye kastedilen şey, bir uyuşmazlığın sadece belli bir devlet mahkemesinin yetkili olmasıdır. Bir uyuşmazlığın çözümünün ancak Türk mahkemelerinde görülmesi gerekiyorsa, diğer ülke mahkemelerinin yetkisinin olduğu hiçbir surette söylenemez. Bir yetki kuralının münhasır yetki olup olmadığı, hükmün ifadesinden ve amacından anlaşılabilmektedir. MÖHUK’ da iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında, tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda ve sigorta sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar için belirtilen yetkili mahkemenin yetkisinin yetki anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği belirtilmiştir (m.47/2). Dolayısıyla söz konusu uyuşmazlıklarda yetkili mahkemelerinin yetkisi kaldırılmadan, zayıf tarafın lehine olmak kaydıyla yetki sözleşmesi yapılmasında bir engel gözükmemektedir³⁹⁴.

Söz konusu maddenin bir diğer şartı ise, yetki sözleşmesine konu uyuşmazlığın borç ilişki olması gerektiğidir. Yetki sözleşmesinin yapılabilmesi için uyuşmazlığın belirli olması, aralarındaki hukuki ilişkinin var olması gereklidir. Kurulmamış hukuki ilişki için yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Borç ilişkisi konusunda bir

³⁹⁴ DOĞAN; *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 75.

ayrım gözetilmemiştir. Ancak genellikle milletlerarası unsurlu sözleşmelerde yetki anlaşması yapılmaktadır. Taraflar aralarındaki esas sözleşmeye bir madde ekleyerek ayrı bir yetki anlaşması yapmadan yetkili mahkemeyi de belirlemektedirler. Diğer borç ilişkilerinde örneğin; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi ihtilaflarda da fiilin işlenmesi veya zenginleşmenin gerçekleştiği andan sonra yetkili mahkemeyi belirleyebilirler.

Yetki anlaşması ile seçilen mahkemenin belirli veya en azından belirlenebilir olması gereklidir³⁹⁵. Türk mahkemelerin yetkisi olduğu bir uyuşmazlıkta, taraflar başka ülke mahkemelerini yetkili tayin edilmesinde, en azından belirlenebilir olması hususu örneğin, ifa yeri mahkemelerinin yetkili kılınması şeklinde olmaktadır. Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşmelerde genellikle yetkiye ilişkin şartın açık bir şekilde, sitenin giriş sayfasında veya sözleşmenin içerisinde başlarda yer almaktadır³⁹⁶.

HMK' ya göre yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür. MÖHUK' a göre ise, yazılı şekilde yapılması düzenlenmiş, ancak yazılı şekil hususu geçerlilik şartı olmayıp, ispat şartı olarak kabul edilmiştir³⁹⁷. Yetki anlaşmasının yazılı olmasının ispat şartı olarak öngörülmesi düşünüldüğünde, elektronik sözleşmeler açısından reel ortamda böyle bir yetki sözleşmesinin yapıldığı söylenemez. Tarafların aralarındaki esas sözleşmeyi yaptıkları gibi yetkiye ilişkin belirledikleri mahkemeyi ayrı bir sözleşme yaparak veya esas sözleşmeye ek bir madde koyarak da belirleyebilirler. Dolayısıyla elektronik sözleşmelerin kuruluş şekilleri düşünüldüğünde yetki sözleşmesinin yazılı şekilde kurulması pek olağan olmadığından, bunun ispatı da

³⁹⁵ ÖRNEK: Yargıtay 11.H.D., E.2014/19019, K.2015/8454, T.17.06.2015 “ ...Dava, sigorta sözleşmesine dayalı rücu tazminatın tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. HUMK'nın 9. maddesinde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça her davanın davalının ikametgahında görüleceği, 10. maddesinde, sözleşmenin yapıldığı veya yerine getirileceği yer mahkemesinde de davanın görüleceği, 22. maddesinde ise, kamu düzenine ilişkin olmayan hallerde tarafların yetkili mahkemeyi belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. MÖHUK' nın m.47' de yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda tarafların anlaşabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak, yetki sözleşmesi düzenlenirken, yetkili mahkemenin somut olarak belirlenmesi, en azından belirlenebilir olması gerekmektedir. Somut olayda, konşimentoda, uyuşmazlıkların ABD Mahkemeleri'nde ve bu ülkenin kanunlarına göre çözümleneceği belirtilmiş olup, yetki sözleşmesinde somut bir mahkemenin belirlenmemiş olması, daha doğru bir deyişle yetki sözleşmesinin yetkili mahkemenin belirlenmesine imkan verecek bilgileri içermemiş olması nedeniyle geçersiz olması karşısında, mahkemece, yetki itirazının reddine karar verilerek, işin esasına girilmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. ”

³⁹⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 187.

³⁹⁷ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 76.

elektronik imzalı belge ile mümkün olabilir. E- imzalı belgelerinde elle atılan imza ile aynı olması sebebiyle yetki sözleşmesinin ispatı bu yolla yapılabilir.

Tarafların aralarında yetki sözleşmesiyle belirledikleri yabancı ülke mahkemeleri olup, Türk mahkemelerinin de yetkili olduğu bir uyuşmazlıkta, davacının Türk mahkemelerinde dava açması halinde davalı yetki sözleşmesine dayanarak itirazda bulunabilir. Yetki itirazı yapılmaması halinde ise, mahkeme davayı esastan inceleyerek karar verecektir.

Türk mahkemelerinin yetkili olmadığı milletlerarası uyuşmazlıklarda, yetki anlaşmasıyla Türk mahkemeleri yetkili kılınması halinde, bu anlaşmanın geçerliliği HMK m.17 çerçevesinde belirlenecektir. HMK' ya göre ise yetki anlaşması ancak tacirler ve kamu tüzel kişiler arasında doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıklarda yapılabilmektedir. Yetki anlaşması tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz ve yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır (HMK m.18). Yetki anlaşmasının yapılabilmesi için uyuşmazlığın Türkiye ile bağlantılı olması gerekmez. Maddede geçen tacir ve kamu tüzel kişilerinin Türk tabiiyetinde olması gerekmeyp, bu konuda bir kısıtlama mevcut değildir. Dolayısıyla farklı uluslara tabi tacirler, elektronik ticaret gereği yapılan sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için açılacak davaların yer itibariyle yetkili olmasını istedikleri mahkemeyi seçme imkanına sahiptir.

c. Tüketici Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti

Tüketici sözleşmelerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunması gerektiği düşüncesiyle, tüketiciye satıcıya göre daha fazla imkan verilmiş olup; tüketicinin satıcıya karşı açabileceği davalar da yetkili mahkemeler, satıcının tüketiciye karşı açabileceği davalardaki mahkemelere göre daha fazla olduğu görülmektedir³⁹⁸. Dolayısıyla kanun koyucu tüketici zayıf konumda olduğu için ayrı bir yaklaşım sergilemiştir.

³⁹⁸ STONE, s. 123.

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

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

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

Maddenin ikinci fıkrasında ise tüketiciye karşı dava açılması durumunu düzenlemiş ve tüketiciye karşı açılacak davaların tüketicinin mutad meskeni yer mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir. Tüketiciye karşı açılacak davada kendisinin bilmediği veya gitmekte zorlanacağı mahkemelerde dava açılmasının önüne geçilerek, tüketicinin kendi mutad meskeni mahkemesi yetkili tutulması tüketicinin daha rahat olmasını sağlamaktadır³⁹⁹. Nitekim tüketicinin tacire göre ekonomik eşitliğe sahip olmaması ve korunması gereken zayıf konumu sebebiyle eğer özel bir koruma altına alınmasa, uyuşmazlığın çözüleceği yer ve hukukuku hakkında hiçbir bilgisi olmadan dava açması adalete uygun olmayacaktır⁴⁰⁰.

³⁹⁹ ÇELİKEL / ERDEM, s. 581.; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 840.

⁴⁰⁰ BİNG, s. 13.

Milletlerarası yetkinin tayininde sözleşmeyle tüketicinin bulunduğu yerleşim yeri veya mutad meskeninin arasında bir bağlantı olması aranmış ve karşı tarafın tüketiciye yönelmesi ile birlikte sözleşme kurulmasıyla bağlantının varlığı kabul edilmiştir. Tüketicinin menfaati düşünülerek, tüketicinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili kılınmasıyla, sözleşmenin karşı tarafı açısından öngörülebilirliğin sağlanması ve ticari faaliyetleriyle bağlantısız ülke mahkemelerinde dava açılmasının önüne geçilmek istenmiştir⁴⁰¹. Böyle bir düzenlemenin yapılması elektronik tüketici sözleşmeler açısından önem arz etmektedir.

İnternet ortamında kurulan tüketici sözleşmelerinde mal ve hizmet sunan satıcının ticari faaliyetlerinin, tüketicinin mutad meskeninde yapılması hususu değerlendirildiğinde; mal ve hizmet sağlayan kişinin spamming (talep edilmeksizin gönderilen e-posta) vasıtasıyla mal ve hizmetlerini tanıtmaya söz konusu ise, tüketiciye böyle bir fiilin yapılması, tüketiciyi koruyan söz konusu hükümden tüketicinin yararlanacağı söylenebilir⁴⁰².

Web sitesi aracılığı ile ticari faaliyette bulunan kişi, faaliyetlerini belirli ülkelerle sınırlamamış olabilir. Ancak sitedeki bazı unsurların varlığı ile bu kişinin iradesi hakkında bilgi edinilebilir. Örneğin; sitede kullanılan dil, ödemenin yapılacağı para birimi vb. Bu gibi unsurlar tacirin ticari faaliyetlerinin hangi ülkelere yönelik olduğu anlaşılabilir⁴⁰³.

Diğer bir açıdan baktığımızda, ticari pazarlar alanında web sitesi sadece reklam içerikli olarak kullanılıp, pasif bir niteliğe sahip ise, tüketiciyle bunun dışında bir ilişki kurmuyorsa, reklamın izlendiği her ülkenin yetkili olabileceği söylenemez. Ancak kurulan web sitesi üzerinde mal ve hizmet sunumu yapıp bunların çeşitli vasıtalarla on-line olarak tüketiciye teslim edilmesi bakımından aktif bir web sitesi niteliği söz konusu ise, bu ülkesel alanlarla yetkiyi doğuran bir ilişkinin olduğu düşünülmelidir⁴⁰⁴. Ancak bazen bu hal tüm dünyada söz konusu olabilir. Bu durumda ilişkiyi belirli bir ülkeyle sınırlamak kolay olmayabilir. Milletlerarası yetki kuralları açısından uygulama

⁴⁰¹ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 849.

⁴⁰² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 195.

⁴⁰³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 197 vd.; SARGIN, Fügen, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2005, s. 228.

⁴⁰⁴ SARGIN, s. 227.

zorlukları ortaya çıkabilir. Bu sebeple web sitesinin içeriği de yetkinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Dolayısıyla web sitesinde kullanılan markanın, korunduğu belli bir ülke hedef alınmış ve bu ülkede bir ticari etki doğmuş olması ihtimali söz konusu ise, mahkemenin yetkisinden bahsedilebilir. Ancak bu öngörülebilirlik halleri bazı durumlarda sınırlandırılabilir. Örneğin; açıkça web sitesinde muhtemel ülkelerin tüketicileriyle iletişim kurulamayacağını açıklanması veya da tüketicinin bulunduğu ülkenin teknik imkanlardan yararlanılarak belirlenmesi yahut kredi kartı kuruluşları gibi çeşitli kaynaklara başvurarak tüketicinin kimliğinin tespit edilmesi gibi durumlar kapsamı daraltacaktır⁴⁰⁵.

Milletlerarası özel hukukunun irade serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, yabancı unsurlu borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için belli bir mahkemenin yetkili olması hususunda bir seçim hakkı öngörülmüştür. Ancak zayıf tarafın korunması amacıyla sosyal içerikli iş, sigorta ve tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için yetki anlaşması yapılması hususunda sınırlama getirilmiştir. Bu durumun gerekçesi ise, tüketici sözleşmelerinin genellikle standart yapıda olması, tüketicinin karşı tarafınca hazırlanması ve tüketicinin müzakere imkanının bulunmaması ve sözleşmelerde yer alan yetki kaydının anlam ve sonuçlarının tüketici tarafından anlaşılmamasıdır. Yetki kaydının genellikle tüketicinin yerleşim yerinden uzakta bir devlet mahkemesinin olması ve uyuşmazlık konusu meblağların genellikle küçük olmasından dolayı tüketicinin dava açmaktan vazgeçmesi sonucuyla karşılaşılması da tüketicinin korunmasını gerektirmiştir⁴⁰⁶.

Tüketici sözleşmelerinde yetki sözleşmesi yapılması durumu, MÖHUK m.45' de düzenlenen mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla tüketici sözleşmesi ile tüketici lehine olan hükümlerin bertaraf edilmesi mümkün değildir. Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık için yetki anlaşmasının hiçbir surette yapılmaması anlayışı tüketiciyi koruma amacına aykırıdır. Çünkü tüketicinin yerleşim yerinin veya karşı tarafın malvarlığının yabancı devlette bulunması gibi durumların olduğu düşünüldüğünde, davanın yabancı mahkemede açılmasının tüketicinin daha menfaatine olması söz konusu olabilir. Dolayısıyla yetki anlaşmasının uyuşmazlığın

⁴⁰⁵ SARGIN, s. 228.

⁴⁰⁶ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 861.

doğumundan sonra yapılabileceği veya zayıf taraf olan tüketicinin dava açmak hususunda seçimlik hakkını artıracak şekilde yabancı devlet mahkemelerinin yetkili olduğunu açık bir ifade ile kararlaştırmaları ile mümkün olabilir⁴⁰⁷.

2. Esasa İlişkin Uyuşmazlık Çözümü

Tarafların arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlık çıkması halinde öncelikli olarak çözüme kavuşmak için, yetkili bir merciye başvurmaları gerekecektir. Yetkili merciye ilişkin olarak devlet yargısı kapsamında kanunların gösterdiği kurallar, yetkili mahkemeleri belirlemiştir. Taraflar gösterilen mahkemelere dava açarak uyuşmazlıklarını çözme hususunda ilk adımı atmış olurlar. Yetkili mahkemeye başvurulduktan sonra mahkeme, önce usul hukuku çerçevesinde yetkili olup olmadığını inceleyecek, ardından davanın kabul edilmesi halinde esasa ilişkin yargılamaya geçecektir. Bu aşamada yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekecektir. Uygulanacak hukukun belirlenmesi hususu önceki başlıklar altında incelendiğinden burada tekrar değinilmeyecektir.

C- Tahkim

1. Genel Olarak Tahkim ve Tahkim Sözleşmesi

Tahkim milli ve milletlerarası tahkim olarak ayrılmaktadır. Milletlerarası tahkim, birden fazla ülke ve hukuk sistemleri ile irtibatlı olan, uyuşmazlık konusunun ve usuli meselelerde en az bir yabancı hukuk sisteminin etkili olabileceği tahkimdir. Yerli tahkim ise, belli bir hukuk sistemi içerisinde kalan, herhangi bir yabancı hukuk sistemiyle ilişkisi bulunmayan tahkimdir⁴⁰⁸. Nitekim 21 Haziran 2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun (MTK) 1. ve 2. maddesinde bu ayrıma ilişkin düzenleme yapılmıştır.

MTK' nın uygulama alanı yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıkları kapsamaktadır (m.1/2). Bu kanunun uygulanması

⁴⁰⁷ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 867.

⁴⁰⁸ TANRIBİLİR, Feriha Bilge / ŞİT, Banu; "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu", *MHB*, yıl 22, 2002, s. 820 vd..

için iki zorunlu unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, diğeri ise; tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya taraflarca yahut hakemlerce bu kanunun seçilmesidir.

Tahkim kurumsal tahkim ve geçici (ad hoc) tahkim olarak ayrılmaktadır. Kurumsal tahkimde tahkim kurumunca düzenlenen tahkim usulüne uygulanacak kurallar çerçevesinde tahkim yürütülürken, geçici tahkimde belirli bir tahkim kurumu bulunmayıp, tarafların seçtikleri hakemler tarafından seçilen tahkim kuralları uyuşmazlığa uygulanmaktadır. Kurumsal tahkim merkezlerinde önceden tahkim usul kuralları mevcut olup, belirli meslek ve sektörel oda ve birliklere bağlı olarak faaliyet yapılmaktadır⁴⁰⁹. Buna Türkiye İstanbul Ticaret Odası ve TOBB (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) gibi benzeri kuruluşları örnek olarak verilebilir. Uluslararası alanda en bilindik kurumsal tahkim ise, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanınınca (ICC) uzlaştırma ve tahkim hükümlerine göre faaliyette bulunan tahkimdir⁴¹⁰. Ancak geçici tahkimde ise, uyuşmazlık meydana geldikten sonra taraflar tahkime karar vermeleri halinde uyuşmazlığa uygulanacak kurallar belirlenmektedir. Taraflar genellikle hangi tahkim usulü menfaatlerine uygun düşecekse, o tahkim usulünü seçmektedirler.

Tahkimin en önemli özelliklerinden biri uygulanacak usul hukukunu ve uyuşmazlığın hangi hakem mahkemeleri tarafından çözüleceğini belirleme yetkisinin taraflara ait olmasıdır. Bu yetki bir öngörülebilirlik sağlayarak, hukuki bir güven oluşturmaktadır. Milletlerarası ticaretin güvenli ve rahat bir şekilde yapılması sağlanarak, uyuşmazlıkların en hızlı şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır⁴¹¹.

Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir (MTK m.4/1). Dolayısıyla tahkim anlaşmasının yapılabilmesi için sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık şart olmayıp, sebepsiz zenginleşme, haksız

⁴⁰⁹ KARADEMİR, Ebru, ” Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırılması”, *MHB* Yıl 32, Sayı: 2, 2012, s. 76.

⁴¹⁰ YILMAZ, Halil; “Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2004-2, s. 78., <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2004-2/5.pdf>, (ET:10.09.2016)

⁴¹¹ KAPLAN, Yavuz, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları”, *MHB* Yıl 19-20, 1999-2000, s. 475.

fiil gibi diğer hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da tahkim sözleşmesi yapılabilecektir.

Tahkim şartı, esas sözleşmeye eklenebileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir⁴¹². Tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden söz edecek olursak; tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden ayrı olarak düşünülmelidir. Nitekim MTK m.4/4 de tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamayacağı belirtilmiştir. Tahkim anlaşmasının başlı başına incelenmesi gerekli olup, asıl sözleşme geçersiz olsa bile tahkim anlaşmasının geçersizliği söz konusu değildir.

2. Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

Tahkim yargılamasında öncelikle uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinin akdedildiği sırada belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Taraflar tahkim sözleşmesi yaparken hangi uyuşmazlık hakkında tahkime gidileceğini bilmeleri gerekir. Dolayısıyla tarafların aralarında çıkan tüm uyuşmazlıklarda tahkime gidileceği hususunda anlaşmaları geçersiz olacaktır.

Tahkim anlaşması ancak tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabilir. Tahkim kamu düzenine ilişkin bir müessese değildir. Dolayısıyla genel olarak aile ve miras hukukuna ilişkin olmayan diğer borç ilişkileri üzerinde tahkim anlaşması yapılabilir. Ayrıca gayrimenkulün aynına ilişkin olan uyuşmazlıklarda da tahkime gidilemez. Çünkü bu kamu düzeninden sayılmaktadır. Ancak gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar tahkim ile çözülmeye elverişlidir. Çünkü bu durum kamu düzeninden değil, tarafların tasarruf yetkisine sahip olması sonucunda meydana gelmiştir⁴¹³.

Tüm bu hususlar elektronik sözleşmeler açısından da geçerli olacaktır. Ancak burada elektronik sözleşmelerde tahkim yoluna gidilebilmesi için tahkim konusunda anlaşmaları ve bunu da geçerli şekilde yapmaları gerekecektir. Elektronik

⁴¹² YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”*, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 145.

⁴¹³ ŞİT, Banu, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı İle Akdedilen Tahkim Anlaşması”, *MHB Yıl 25-26, 2005-2006*, s. 416.

sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini bu açıdan da incelemekte yarar vardır.

Öncelikle MTK’ da tahkim sözleşmesinin geçerlilik şekline ilişkin düzenlemesi; “ *Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.* ” şeklindedir (m.4/2-3).

Tahkim sözleşmesi yazılı olmalıdır. Sözleşmenin yazılı şekil şartı, ispat şartı olmayıp, geçerlilik şartıdır⁴¹⁴. Genel olarak yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanması gereklidir. Ayrıca kanundaki yazılı şekil şartının, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması halinde de yerine getirildiği kabul edilmiştir. Teknolojik gelişmeler dikkate alınarak çeşitli iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmenin de geçerli kılınması sağlanmıştır. Elektronik iletişim araçlarıyla özellikle internet üzerinden güvenli olarak yapılan sözleşmelerin yazılı şekil şartı gerçekleşmiş sayılmaktadır. Daha önce de bahsedildiği gibi teknolojinin gelişmesiyle birlikte internet ve elektronik iletişim uluslararası ticaretin ayrılmaz bir parçası haline geldiğinden, sözleşmeler gibi tahkim şartının da elektronik ortamda yapılması olağan hale gelmiştir. Uluslararası ticarete sıkça kullanılan genel işlem şartları, standart sözleşmeler, kodlar ve broşürlerde tahkim şartının yer alması ve bu düzenlemelere yollama yapılması halinde tahkim şartı taraflar için bağlayıcı hale gelecektir⁴¹⁵. Dolayısıyla bu şekilde yapılan tahkim sözleşmesi de geçerli olarak kabul edilmiştir. Yargıtayın verdiği bir kararında elektronik posta kaydı ile yapılan tahkim şartının geçerli olabileceği bildirilmiştir; “

⁴¹⁴ YAVUZ, s. 152.

⁴¹⁵ EKŞİ, Nuray, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *MHB*, Yıl 23, 2003, s. 308

... tarafların brokerları aracılığıyla elektronik ortamda teati ettikleri ve tahkim şartını içerir e-posta kaydının varlığı New York Konvansiyonu'nun 2/2. fıkrası hükmüne göre imza şartının yerine gelmiş sayılması için yeterli olduğu bu sebeplerle taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı tahkim şartının bulunduğu gerekçesiyle davalı tarafın tahkim itirazının kabulüyle dava dilekçesinin görevsizlik sebebiyle reddine karar verilmiştir.⁴¹⁶

Tacirler arasında yapılan elektronik sözleşmeler genel şartların kabulü suretiyle kuruluyorsa, ve şartların içerisinde tahkim şartının mevcut olması halinde, sözleşmenin kabul butonuna tıklanmasıyla bu şart açıkça kabul edilmiş sayılır. Ancak tüketici sözleşmelerinde, tahkim şartının daha belirgin şekilde düzenlenmesi gereklidir. Bu sebeple tahkim şartının diğer şartlardan ayırt edilecek şekilde yazılması ve bu yöntemin içeriği hakkında bilgi verilmesinin daha uygun olduğu söylenebilir⁴¹⁷. Kanunumuzda asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Bu sözleşmenin web sitesi üzerinden genel şartların kabul edilmesi suretiyle yapılması halinde tahkim şartının başka bir belgeye atıf yaparak konulması söz konusu ise, bu belge kabul butonuna basılmadan önce ekranda belirmelidir⁴¹⁸. Bu durum tahkimin bilindiğinin ispatı açısından önem taşımaktadır.

MTK' ya göre tahkim anlaşmasının elektronik ortama geçirilmesi, geçerliliği için yeterli olup, ayrıca elektronik imza şartı aranmamıştır. Bunun yanında TBK'da, imza koşulunun sağlanması için güvenli elektronik imza ile yapılması öngörülmüştür. Sonuçta elle atılan imza koşulunun ancak güvenli elektronik imza ile sağlanacağı belirtilmiştir. Yazılı şekil şartının gerçekleşmesi açısından güvenli elektronik imzanın kullanılması yeterli olacaktır⁴¹⁹. MTK' ya göre tahkim sözleşmesi için elektronik imza şart olmasa bile, elektronik imza ile sözleşmenin yapılması ispat açısından önemlidir. Nitekim elektronik ortamda hazırlanan ve güvenli elektronik imza ile imzalanan tahkim anlaşmasına imkan tanındığı takdirde bu anlaşma geçerli olacaktır. Elektronik imzalı

⁴¹⁶ Yargıtay 11.H.D., E.2014/17964, K.2015/3319, T.11.03.2015

⁴¹⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 220.

⁴¹⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 221.

⁴¹⁹ ŞİT, s. 423.

belgenin aslının mahkemeye ibrazı gerekmektedir. Bu ibraz günümüzde mahkemelerin on-line olarak UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) üzerinden mümkün olabilmektedir.

Taraflar uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yolunun seçilmesinden sonra hakemler yargılama faaliyeti sonunda bir karar vereceklerdir. Verilen kararların icra edilebilmesi için; hakem kararının kesinleşmesi ve yetkili mahkemenin, kararın icra edilebilir olduğuna dair belge vermesi gereklidir. Hakem kararının kesinleşmesi; iptal davası açılmaması halinde, dava açılmakla birlikte talebin reddedilmesi ve red kararının temyiz edilerek veya edilmeyerek kesinleşmesi halinde veya da iptal kararı verilmesiyle beraber, karar temyiz edilerek veya edilmeyerek kesinleşmesi halinde mümkün olabilmektedir. İcra edilebilir olduğuna dair belgeyi vermeye yetkili mahkeme ise asliye hukuk mahkemesidir.

Hakem kararlarının uluslararası hukukta icra edilebilmesi, devlet mahkeme kararlarına göre daha avantajlıdır. Nitekim kural olarak hakem kararlarının icra edileceği ülkenin emredici kurallarına aykırı olmaması ve taraflara eşit yaklaşmış ve iddia ve savunmalarında yeterli olanağın sağlanmış olması hakem kararlarının icra edilebilmesi için yeterli olacaktır⁴²⁰.

Klasik tahkimde, kurumsal tahkim merkezinin tüzüğünde veya geçici tahkimde belirlenen kurallar içerisinde karara karşı başvuru yolları düzenlenmişse, hakem kararının bağlayıcılık kazanması için gösterilen yollara başvurulmuş ve bunun üzerine red kararı çıkması veya belirtilen süre içerisinde başvurunun yapılmamış olması halinde hakem kararı bağlayıcılık kazanır. Uluslararası ticari tahkim uygulamalarında genellikle kararların verildiği anda bağlayıcı olduğu görülmektedir. Ancak on-line tahkim sonucunda verilen karar bağlayıcı değildir. Çünkü bu yöntem klasik tahkimden farklılıkları bulunup, daha çok uzlaştırmaya benzemektedir⁴²¹. Dolayısıyla verilen kararların bağlayıcı olmaması, tenfiz edilmesine engeldir. Uluslararası ticarete yönelik büyük uyuşmazlıklarda bu yöntem tercih edilmemektedir. Bu yöntem daha çok tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir.

⁴²⁰ ULUSOY, Erol, “Finans Hukukunda Tahkim”, *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 217.

⁴²¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 234.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi ise MÖHUK 60 ve 63. maddeleri arasında düzenlenmiştir, ayrıntısına burada değinmiyoruz.

3. On-line Tahkim

Elektronik ticaretin gelişmesiyle, birbirinden farklı ülkelerdeki insanların birbirleriyle ticari ilişkilerde bulunması, bu kişilerin farklı yargısal yapıya sahip olmaları sebebiyle geleneksel çözüm yöntemlerinin yetersiz kalması sebebiyle internetin kolaylıklarından faydalanılarak alternatif çözüm yöntemleri geliştirilmiştir.

Elektronik ticaret kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümü için sanal ortamda uyuşmazlık yöntemi çeşitli şekillerde telaffuz edilmektedir. Örneğin; internette uyuşmazlık yöntemi, elektronik alternatif uyuşmazlık yöntemi, elektronik uyuşmazlık yöntemi, on-line uyuşmazlık yöntemi gibi. En çok kullanılan terim ise; on-line uyuşmazlık yöntemidir.

On-line uyuşmazlık yöntemleri hukuki ve teknik açıdan karışık gözükmektedir. İnternet ortamında çok farklı uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Yetkili mahkemenin rahatça belirlenmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü konusunda bir sıkıntı yaşanmamaktadır. Ancak internet ortamında meydana gelen bazı uyuşmazlıklarda taraflar yine aynı ortamda uyuşmazlıklarını çözmeyi tercih edebilirler. Bu yöntemde uyuşmazlık çözüm prosedürü on-line olarak yapılmaktadır ve başlangıçtaki başvuru, çözüm için tarafsız kurumun belirlenmesi, kanıtlama süreci, ihtiyaç durumunda sözlü duruşmanın yapılması, on-line tartışmalar gibi hususlar bu sürece dahildir⁴²².

On-line uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden on-line tahkimi ele alındığında, on-line tahkimi tercih edilmesinin elbette ki sebepleri vardır. Bu sebeplerden ilki tarafların on-line tahkimi daha elverişli bir yargılama ortamı olarak görmelidir. Elektronik ticaretin uluslararası nitelikte olması sebebiyle, özellikle tüketiciler açısından sözleşmelerin kurulma aşaması gibi hızlı, ekonomik, kolay ulaşılır ve güvenilir olma düşüncesiyle on-line tahkim tercih edilebilmektedirler⁴²³. Ayrıca çeşitli ülkelerden

⁴²² PETRAUSKAS, Feliksas / KYBARTIENE, Eglė, Online Dispute Resolution In Consumer Disputes, Jurisprudence, 2011, 18(3), s. 924., https://www.mruni.eu/upload/iblock/f96/8_Petrauskas_Kybartienht-1.pdf, (ET:20.11.2016)

⁴²³ ATALI, Murat, "İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları", *E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2007- S. 60, <http://www.e->

hakemler aynı dosya üzerinden coğrafi sınırlamaya tabi olmadan çalışabilmektedirler⁴²⁴. Bir diğer sebep ise, elektronik ticaretin yapısı gereği tarafların birbirleriyle hiç karşılaşmadığı bir hukuki ilişki kurulduğundan, taraflar yine aynı ortamda çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne kolay ve güvenilir şekilde ulaşmak istemeleridir. Bu sebeple elektronik ticaretin gelişmesine paralel bir şekilde internet üzerinden uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri de gelişmiştir. Taraflar uyuşmazlıklarını mahkemelerde veya normal tahkim ile de çözüme kavuşturabilirler. Ancak daha kolay, hızlı ve masrafsız olması düşüncesiyle internet üzerinden çözüm yöntemlerini de tercih edebilirler.

Elektronik ticaretin uluslararası bir niteliği olduğundan çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası yetki ve uygulanacak hukukun tespitinde zorluklar çıkabilmektedir. Bu sebeple internet ortamından kaynaklanan sorunlara yine internet ortamında üretilen çözümler tercih edilebilir.

Tüketici uyuşmazlıkları için başvuru on-line tahkimde taraflara, uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmaktadır. Ancak belli bir hukukun seçilmemesi halinde her on-line tahkim merkezi çözüm kriterlerini kendine göre belirler. Diğer bir ifade ile her tahkim merkezi için tek bir yol izlenmez. Nitekim doktrinde bu merkezlerin belirli bir devletin kanunlarını zorunlu tutmadan kendine has kurallar çerçevesinde yargılama yapması gerektiği savunulmaktadır⁴²⁵.

On-line tahkimde uyuşmazlıkların çözüm süreci internet üzerinden gerçekleşmektedir. Normal tahkim yargılamasında bulunan kurallardan daha esnek kurallara sahip olması sebebiyle daha kolay, hızlı bir şekilde çözüme ulaşılmaktadır. İnternet ortamında gerçekleştirilen tahkim özel ve bağımsız bir organizasyon olabileceği gibi, yerleşik bir tahkim kurumunun bir parçası da olabilir. Çoğu on-line uyuşmazlık sistemlerin kuruluşu ilk olarak Amerika’ da başlamıştır⁴²⁶. On-line tahkim sitelerine

akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%D BL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm

(ET:15.09.2016)

⁴²⁴ VURGUN, Ceren, Elektronik Tahkim, XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 23-25 Ocak 2013, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, http://ab.org.tr/ab13/kitap/vurgun_AB13.pdf, (ET:10.09.2016)

⁴²⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 223.

⁴²⁶ MANIA, Karolina, Online Dispute Resolution: The Future of Justice, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000074>, (ET:20.11.2016)

örnek olarak; www.judgeme.com, www.net-arb.com gibi elektronik tahkim siteleri⁴²⁷, WIPO Tahkim ve Uzlaşma Merkezi (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Centre), Ulusal Tahkim Mahkemesi (National Arbitration Forum, NAF), On-line Resolution ve ElektronikCourthouse verilebilir⁴²⁸.

On-line tahkimin usule ilişkin konularda herhangi bir farklılığı yoktur. Ancak hukuki dinlenilme hakkından bahsetmekte yarar vardır. Tahkim usulünde taraflar sözleşmelerinde duruşma yapılacağı hususunda bir hüküm koymadıkları hallerde, hakemler duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebilirler. Buna ilişkin MTK m.11/A' da hakem veya hakem kurulu, delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılmasına karar verebileceği gibi; yargılamanın dosya üzerinde yürütülmesine de karar verebilir. Taraflar duruşma yapılmaması konusunda anlaşmadıkça, hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine yargılamanın uygun aşamasında duruşma yapacağı da belirtilmiştir.

Video konferans şeklinde tahkim duruşmasının yapılması mümkündür. Video konferanslı duruşma için her iki tarafın gerekli tesisata sahip olması ve ses ve görüntünün eş zamanlı şekilde internetten aktarılması gereklidir. Bu tür sistemlerde ses ve görüntüde arıza çıkabilme ihtimali bulunduğundan yaygın değildir⁴²⁹.

İnternette canlı sohbet programları çoğunlukla eğlence olarak kullanılmaktadır. Ancak on-line tahkim için kullanılmasında bir mani yoktur. Bunun yanında internet üzerinden sesli iletişim imkanları da mevcuttur. Skype gibi internet üzerinden telefon gibi hizmet veren sistemler on-line tahkimde kullanılabilir. Ancak tüm bunlarda teknik hataların olabileceği unutulmamalıdır.

⁴²⁷ VURGUN, Ceren, Elektronik Tahkim, XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 23-25 Ocak 2013, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, http://ab.org.tr/ab13/kitap/vurgun_AB13.pdf, (ET:10.09.2016)

⁴²⁸ ATALI, Murat, "İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları", *E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2007- S. 60, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%D BL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm> (ET:15.09.2016)

⁴²⁹ ATALI, Murat, "İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları", *E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2007- S. 60, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%D BL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm> (ET:15.09.2016)

Tahkim yargılamasında taraflar yazılı açıklamalarını, evraklarını vs. dökümanlarını e-posta gibi elektronik iletişim araçlarıyla gönderebilirler. Ancak bu tür iletişimlerde de şifreleme olmadığı takdirde yanıltılma veya engelleme ile karşılaşılabilir. Bugün elektronik yazışmaların güvence altına alındığı yazılımlar geliştirilmiştir. Böylece on-line tahkim bu açıdan daha kolay icra edilebilmektedir.

Tahkim yeri, hakem kararının verildiği zaman dosyanın tevdi edileceği mahkemenin belirlenmesi bakımından önemlidir. Öncelikle taraflar tahkim yerini serbetçe belirleyebilme yetkilerine haizdirler. Taraflar tahkim yerini belirlemeleri halinde on-line tahkim usulünde de bir sorun gözükmemektedir. Ancak tahkim yerini belirlememeleri halinde, tahkim bir organizasyon tarafından yürütülecekse, bu organizasyonun ikametgahı, tahkim yeri olarak kabul edilecektir. Şu husus da belirtilmelidir ki, sunucunun servis sağlayıcısının bulunduğu yerin de tahkim yeri olarak kabul edilmesi pek sağlam gözükmemektedir. Çünkü servis sağlayıcısının yer değiştirme ihtimali ve hakemlerle servis sağlayıcısının ayrı ülkelerde olma ihtimali bulunmaktadır⁴³⁰.

Tahkim yerinin, kararın yerli yabancı niteliğini kazanmasında, karara kaşı başvuru yollarının tespitinde, tenfize engel sebeplerin ortaya çıkmasında rol oynadığından, hakem kararlarında tahkim yerinin belirlenmesi zorunludur⁴³¹. Tahkim yeri ile ilgili bu hususlar, elektronik ortamda yapılan tahkim bakımından da geçerlidir. Tahkimin kısmen veya tamamen elektronik ortamda yapılması, belirli bir yerin tahkim yeri olarak belirlenmesine mani değildir.

On-line tahkimde işlemlerin belirli bir yerde yapılması pek olası değildir. Bu tahkim türünde tahkim yerinin belirlenmesi hususunda çeşitli görüşler olmakla birlikte genellikle on-line tahkim hizmeti veren kuruluşların belirledikleri esaslara göre tahkim usulü uygulanmaktadır. Bazıları eşitlik, savunma hakları gibi ilkeler üzerinden

⁴³⁰ ATALI, Murat, “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, *E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2007- S. 60, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%DDM%20ve%20US%D BL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm> (ET:15.09.2016)

⁴³¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 228.

yargılama yaparken, bazıları ise ticari örf ve adetler üzerinden yargılama yapmaktadır⁴³².

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, internet üzerinden yapılan on-line alternatif uyuşmazlık çözümleri elektronik ticaret alanında çoğunlukla tüketici sözleşmelerinde tercih edilmektedir. Nitekim bu tarz sözleşmelerin değeri diğer sözleşmelere göre daha düşük meblağlı olması sebebiyle klasik yargılamalara taşınmak istenmeyebilir. Bu sebeple on-line olarak kurulan bu sözleşmelerin uyuşmazlıklarının yine ortamda çözüme kavuşturulmak istenmesi çok daha makuldür. Ancak elektronik ticaret kapsamındaki tacirlerin kendi aralarında kurdukları elektronik sözleşmelerde internet üzerinden yapılan alternatif uyuşmazlık yöntemleri tercih edilmemektedir. Bunun en önemli sebebi bağlayıcılıktan yoksun olmasıdır. Çünkü bu tarz çözüme ilişkin kararlar, mahkeme kararları gibi bağlayıcı ve icrai güce sahip değildir⁴³³. Aslında bakıldığında klasik tahkim dışındaki alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin hiçbirisi doğrudan bağlayıcı niteliği olduğu söylenemez. Tacirler arasındaki ticaretten doğan uyuşmazlıklarda taraflar veya avukatları yüz yüze olmayı ve iddia ve savunmalarının yerindeliğinin incelenmesini tercih ettiklerinden on-line olarak ulaşılabilecek çözümde böyle bir durum olmadığından makul görülmemektedir. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda genellikle mahkeme veya klasik tahkime başvurulmaktadır.

D- Arabuluculuk

1. Genel Olarak Arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinden bir diğeri de arabulucudur. Arabuluculuğun temel ilkelerine bakacak olursak; ilk olarak devlet yargısına alternatif olmasını söyleriz. Nitekim tahkim konusunu incelerken değindiğimiz gibi, alternatif uyuşmazlık çözümlerinden arabuluculuk da, yargısal yollara seçimlik bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

7 Haziran 2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda (HUAK) arabuluculuğun tanımı şu şekilde verilmiştir; “ *Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla*

⁴³² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 230.

⁴³³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 214.

tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. ” (m.2/b).

Arabuluculukta gönüllülük esastır. Temel prensip irade özgürlüğü olduğundan⁴³⁴, tarafların gönüllü ve baskı altında olmadan anlaşmaya varmaları amaçlanmaktadır⁴³⁵. HUAK’ da bu husus tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olması şeklinde düzenlenmiştir (m.3/1). Ayrıca gönüllülük için tarafların rızalarının açık olarak alınması gereklidir. Rıza verilirken de beraberinde getirilen sonuçlar bilinerek hareket edilmelidir.

Arabuluculuğun tercih edilmesi hak arama hürriyetine engel olamaz ve sınırlama getiremez⁴³⁶. Ancak dava konusu hukuki ilişki için zamanaşımı ve hak düşürücü süreler dikkate alınmalıdır. Nitekim arabuluculuk sonucunda uyuşmazlığın çözüme kavuşacağına bir garantisi yoktur. Taraflar arabulucuk yolunu seçmelerinin ardından, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varamadıkları takdirde, dava yoluna başvuru için devam eden zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerinin geçmesiyle karşılaşılabilir. Bu sebeple tarafların bu durumu dikkate alarak hareket etmeleri gerekir. Çünkü tarafların arabuluculuk yoluna başvurmaları, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerini kesmez.

Arabuluculuğun bir özelliği de gizlilik ilkesinin hakim olmasıdır. Yargılamalardaki aleniyet ilkesi burada geçerli değildir. Gizlilik ilkesi iki şekilde düşünülmelidir. İlki karşı tarafla yapılan özel oturumların içeriği hakkında diğer tarafa aksi yönde yetki verilmedikçe bilgi verilmemesi anlamında ki, bu bir güven teşkil etsin. Diğeri ise; arabuluculuk sürecine ilişkin bilgilerin başka kişilerle paylaşılması anlamındadır⁴³⁷. Nitekim HUAK’ da gizlilik ilkesini şu şekilde düzenlemiştir; “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde*

⁴³⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012, s. 126 vd.

⁴³⁵ KEKEÇ, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara 2014, 2. Bası, s. 70.

⁴³⁶ KEKEÇ, s. 74.

⁴³⁷ KEKEÇ, s. 78 vd.

kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.“ (m.4/1).

Gizliliğin bir sonucu da arabuluculuk faaliyeti sonunda uzlaşmaya varılamadığı takdirde, elde edilen bilgi ve belgelerin sonradan yapılan yargılama faaliyetinde kullanılamamasıdır. Bu sebeple taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişinin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açılması halinde yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, belli başlı bazı beyan veya belgeleri delil olarak ileri sürülemeyecektir ve bunlar hakkında tanıklık yapılamayacaktır (HUAk m.5)⁴³⁸.

Bu tarz alternatif uyuşmazlık çözümlerinin gizlilik ilkesi, elektronik ticaret açısından da önemli bir husustur. Bilgilerin internet sayesinde çok hızlı bir şekilde yayılması sebebiyle, dava ile ilgili olabilecek bilgi ve belgelerin gizlilik içerisinde korunması önem arz etmektedir.

2. Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü

Arabuluculuğun uygulama alanı kanunumuzda yabancılık unsuru taşıyanlar dahil olmak üzere tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının hakkında olacağı düzenlenmiştir (HUAk m.1/2). Ancak Kanunda hangi hallerin yabancı unsurlu kabul edileceği belirtilmemiştir. Buna ilişkin Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21.05.2008 tarihli ve 2008/52 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi

⁴³⁸ HUAk m.5: 1-a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkra belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkra öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkra belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Yönergesi 2. Maddesine göre, taraflardan en az birinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin diğer taraftan farklı bir üye devlette bulunması halinde, uyuşmazlığın sınır ötesi bir uyuşmaz olduğu kabul edilmiştir⁴³⁹.

Yabancı unsurlu bir sözleşmede taraflar, uyuşmazlığın öncesinde veya sonrasında asıl sözleşmelerine bir arabulucuk şartı ekleyebilecekleri gibi ayrı bir sözleşme üzerinden de arabulucuk şartı konusunda anlaşma yapabilirler. Arabulucuk sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmelerinden biridir⁴⁴⁰. Dolayısıyla taraflar uygulanacak hukuku, hangi arabulucuya gidileceği, sayısı gibi konuları serbestçe belirleyebilirler. Arabulucuk sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlemede kanunlar ihtilafı kuralları uygulanabilir. Nitekim bu sözleşme kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme türüne girmemektedir. Dolayısıyla MÖHUK m.24 gereği arabulucunun edimi karakteristik edimdir. Hukuk seçiminin yapılmaması halinde arabulucunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri, birden çok işyeri mevcutsa, sözleşmeyle en sıkı ilişkili bulunan işyeri hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Ancak burada bir nevi hakem sözleşmesi niteliği haiz olduğundan kararın verildiği yer hukukunun dikkate alınması söz konusu olabilir. Çünkü arabulucunun işyeri hukuku veya yerleşim yeri hukuku en sıkı ilişkili hukuku sağlamayabilir⁴⁴¹.

Arabuluculuk sözleşmesinin yapılmasını elektronik ticaret açısından düşünecek olursak; bu kapsamda sözleşmenin kuruluş aşamasının elektronik ortamda geçmesi suretiyle yapılan elektronik sözleşmenin konusunun arabulucuk olmasında bir sakınca yoktur. Nitekim taraflar emredici kurallar çerçevesinde her türlü konuda sözleşme yapabilirler. Elektronik ortamda yapılan arabulucuk sözleşmesinin ispatı anlamında karşılıklı beyanların onaylanmasının güvenli elektronik imza ile yapılmasının büyük önemi vardır. Aksi takdirde arabuluculuk şartının öne sürülmesi sonuçsuz kalacaktır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varılırsa, bir anlaşma belgesi düzenlenip, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi istenebilir. Dava açılmadan önce arabuluculuğa

⁴³⁹ PÜRSELİM, Hatice Selin, “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılık Hakkında Düşünceler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.20, S. 2, 2014, s. 10.

⁴⁴⁰ PÜRSELİM, s. 9.

⁴⁴¹ PÜRSELİM, s. 11.

başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m.18/1-2).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk, milletlerarası elektronik ticaret kapsamında yapılan elektronik sözleşmeler açısından düşünüldüğünde, bu yöntemin tacirler arası hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık açısından pek uygun olduğu söylenemez. Ancak bu yönteme başvurma imkanının olmadığı anlamına gelmez. Çünkü bu tür ilişkilerde uyuşmazlık çıktığı takdirde uyuşmazlık meblağları oldukça yüksek olmaktadır. Bu sebeple taraflar genellikle çıkabilecek uyuşmazlıklarda başvurulacak makamları belirler. Bu da çoğunlukla belli bir ülkenin mahkemeleri olmaktadır. Taraflar ayrıca uygulanacak hukuku da belirlemektedir. Çünkü taraflar sonucunda bağlayıcı bir karar almak istemektedirler. Alternatif uyuşmazlık yöntemlerinde de diğer başvuru yollarının engellenmemesi hususu söz konusu olduğundan, tarafların bu riske girmek istememekte haklı olduklarını söylenebilir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözümlerinin genellikle tüketici sözleşmelerinde uygundur. Bu tür sözleşmelerin genellikle uyuşmazlık konusu değerlerin daha düşük olması, tarafların bu yönteme başvurusu halinde daha az masraflı ve daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturması, taraflara daha cazip gelmektedir.

3. On-line Arabuluculuk

Geleneksel arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü için tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı gerektiği gibi on-line arabuluculukta da bu husus önemlidir. İnternet üzerinden arabuluculuk hizmeti veren siteler çeşitli fonksiyonlara sahiptir. Kimi siteler taraflara çözüm için yardımdan ibaretken, kimileri de arabulucunun görüşü ile birlikte bir çözüm geliştirmekte ve tarafları bu çözüme ikna için uğraşmaktadır. Uluslararası alanda bu

sitelere örnek olarak; SquareTrade ve WebMediate verilebilir⁴⁴². Ancak hepsinin ortak yönü taraflar arasında veya tarafların arabulucu ile iletişimin kolaylaştırmasıdır. On-line arabulucukta buluşma yeri sanal ortamlardır ve özel veya birlikte yapılacak olan görüşmeler internet ortamında gerçekleşmektedir. Bu sebeple iletişimde internet üzerinden karşılıklı konuşma, e-posta, tele-konferans veya video-konferans gibi araçlar kullanılmaktadır⁴⁴³.

Geleneksel arabulucuktaki ilkelere on-line arabulucuk hizmeti veren internet sitelerinden de dikkat edilmeye çalışılmıştır. Geleneksel arabulucukta olduğu gibi her iki tarafın onay verdiği ortak çözüme ulaşmak, menfaatlerin ortak bir noktada buluşması on-line arabuluculukta da esastır. Bu yöntemde usule ilişkin kurallar on-line tahkimde olduğu gibi daha esnek yapıdadır. Ancak burada da tarafsızlık ve gizlilik önemlidir. Taraflar ve arabulucu yalnız işlemlerden bilgi sahibidir. Bu durum güveni sağlar ki, bu da o uyuşmazlığın sağlıklı olarak çözüme kavuşması için gereklidir⁴⁴⁴.

⁴⁴²PETRAUSKAS / KYBARTIENE, s. 927. <https://www.squaretrade.com/>, <http://www.webmediate.com/> (ET:15.11.2016); MANIA, Karolina, Online Dispute Resolution: The Future of Justice, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000074>, (ET:20.11.2016)

⁴⁴³ HEUVEL, Esther van den, Online Dispute Resolution As a Solution To Cross-Border E-Disputes An Introduction To ODR, s. 11, <http://www.oecd.org/internet/consumer/1878940.pdf> (ET:10.11.2016); What is Online Dispute Resolution? A Guide for Consumers (brochure title), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/consumerodr.authc.heckdam.pdf (ET:12.11.2016); MANIA, Karolina, Online Dispute Resolution: The Future of Justice, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000074>, (ET:20.11.2016); BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Mevzuat Dergisi*, yıl 11, S. 123, Mart 2008, ISSN 1306-0767, (<http://www.mevzuatdergisi.com/2008/03a/02.htm>), (ET:01.08.2016)

⁴⁴⁴ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Mevzuat Dergisi*, yıl 11, S. 123, Mart 2008, ISSN 1306-0767, (<http://www.mevzuatdergisi.com/2008/03a/02.htm>), (ET:01.08.2016)

SONUÇ

Teknolojinin gelişmesi hukuki işlemlerin yapılmasında kolaylık sağlamış ve ticaretin elektronik ortamda yapılması yaygınlaşmıştır. Elektronik ticaretin gelişmesiyle de elektronik ortamda yapılan sözleşmeler sayıca artmıştır. Elektronik sözleşmelerin aynı coğrafi bölgede bulunmayan, birbirlerini hiç tanımayan kişiler arasında kolaylıkla kurulabilmesi sonucu, yabancı unsurlu elektronik sözleşmeler olağan hale gelmiştir. Yabancılik unsuru taşıyan elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin tespiti nispeten diğer sözleşmelere göre zor hale gelmiştir. Tezde bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin tespiti MÖHUK ilgili hükümlerince belirlenmeye çalışılmıştır. Yapılan değerlendirmenin genel sonucu olarak şunlar söylenebilir;

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

güvenlik sorunları sebebiyle kişisel bilgilere ulaşılarak dolandırıcılık ile karşı karşıya kalınma ihtimalidir.

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

3- Yabancılik unsuru taşıyan elektronik sözleşmeler için MÖHUK' daki sözleşmeler için düzenlenen hükümlerin uygulanmasında elektronik imzanın büyük önemi vardır. Nitekim güvenli elektronik imzanın el ile atılan imza ile aynı hükümde olduğu TBK' da düzenlenmiştir. Dolayısıyla her e-imza ile değil, güvenli elektronik imza ile yapılan sözleşmelerin ispatı kolaylaşacaktır. Bu sayede sözleşmenin içerisinde geçen kişisel bilgilerin, uygulanacak hukuk seçimi veya objektif hukuk belirlemeleri, yetkili mahkemenin tespiti daha kolay olacaktır.

4- Elektronik sözleşmenin yapılışının veya ifasının diğer sözleşmelerden farklı olarak elektronik ortamda olması, o sözleşmeyi farklı bir sözleşme türü haline getirmemektedir. Bu sebeple yabancı unsurlu elektronik sözleşmelere uygulacak hukuk, MÖHUK'un ilgili hükümlerine göre, uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına bir engel yoktur. Ancak elektronik sözleşmelerin özelliği gereği söz konusu hükümlerin, çıkabilecek uyuşmazlıklar için uygulaması her zaman kolay olmamaktadır. Tarafların mutad meskeninin, işyerinin bilinmesi yönündeki hususlar elektronik sözleşmelerde muğlak kalabilir. Bu sebeple çıkabilecek problemler gereği internet üzerinden yapılacak

sözleşmelerde çok daha fazla dikkatli olunmalıdır. Zira tarafların birbirleri hakkındaki kişisel bilgilerin ulaşılabilir olması hayati önem arz etmektedir.

5- Elektronik sözleşmelerde çıkabilecek uyuşmazlıkların kanunlar ihtilafı yoluyla çözülmesinde esas hükmümüz MÖHUK m.24' tür. Söz konusu hükümde öncelik olarak tarafların hukuk seçimine yer verilmiş olup, seçim yapmamaları halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uyuşmazlığa uygulanacağı düzenlenmiştir. En sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kuruluyorsa, karakteristik edim borçlusunun işyeri, yoksa, yerleşim yeri, birden fazla işyeri var ise sözleşmeyle en sıkı ilişkide olduğu yer hukukudur. Ancak tüm bunlara rağmen daha sıkı ilişki hukuk mevcutsa o hukukun uygulanacağı da düzenlenmiştir. Elektronik sözleşme açısından hukuk seçiminin yapılması tercih edilen elektronik iletişim araçları ile mümkün gözükmektedir. Bu sebeple bu yönden bir sorun yoktur. Ancak seçilen hukukun uygulanması aşamasında bunun tespiti, diğer sözleşmelere göre kolay olmayabilir. Elektronik ortamın vermiş olduğu sanallıktan dolayı bunun ispat yönü diğerlerinden farklıdır. Örneğin; e-posta aracılığı ile kurulan sözleşmede, hukuk seçimine ilişkin bir hüküm var ise, veya aynı yol ile başka bir elektronik sözleşmede hukuk seçimine ilişkin anlaşma var ise, bunun tespiti için bulunduğu sistem veya başka kaynaklar incelenmelidir. Diğer bir deyişle, e-posta servis sağlayıcısı kayıtlarına göre belirlenebilir. Burada web sitesi ile kurulan sözleşmelerde hukuk seçimi sorun olabilir. Şöyleki, genellikle bu sözleşmeler bir tarafın sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmesiyle oluştuğu ve müzakere yapılamadığı için seçilen hukukun geçerliliği tartışılmalı bir konudur. Buna ilişkin olarak çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre; web sitesi üzerinden kurulan sözleşme hükümlerine hukuk seçiminin eklenmesi geçersiz kabul edilmektedir. Başka bir görüşe göre; seçilen hukukun belirgin olması, kolayca anlaşılması suretiyle kabul edilebilmesi gerekir. Diğer bir görüş ise, tacir ise sorun olmayacağını ancak tüketici ise ayrı bir buton ile hukuk seçiminin onaylanması halinde, geçerli olabileceğini savunmaktadır.

6- En sıkı ilişkili hukukun belirlenebilmesi için karakteristik edim borçlusunun tespit edilmesi gerekir. Karakteristik edim belirlenirken sözleşmenin yapıldığı hal ve şartlar, maddi ilişkinin özellikleri, menfaat dengesi değerlendirilmelidir. Karakteristik edim sözleşmenin sebebini oluşturan, türünü belirleyen, sözleşmeye adını veren,

sözleşmede üstün olup ağırlığını koyan, damga vuran, daha fazla riski alan tarafın edimidir. Elektronik sözleşmelerde karakteristik edim belirlenmesi sözleşmenin niteliği, konusuna göre değişiklik gösterir. Satım sözleşmesi ise, satıcının edimi karakteristik edim olacaktır. Ancak her zaman maddi mal satımı söz konusu olmadığından, bilgisayar gibi elektronik araçlara, sanal ortamdan mal veya hizmet indirilmesiyle sözleşme kuruluyorsa, buradaki karakteristik edim söz konusu mal ve hizmeti sağlayan tarafın edimidir. Karakteristik edimin belirlenmesinin ardından bu edimi üstlenenin mutad meskeni, ticari ve mesleki faaliyetler çerçevesinde kuruluyorsa, işyeri hukuku, yoksa yerleşim yeri, birden fazla işyeri var ise, en sıkı ilişkideki işyeri hukuku uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukukun uygulanması sonucunda eğer adalet sağlanmıyorsa, hakkaniyete uygun düşmeyecekse, sözleşmeyle belirlen devlet hukukunun dışında, başka bir devlet ile daha yakın bağlantı söz konusu ise, uyuşmazlığa bu hukuk uygulanmalıdır. Daha yakın bağlantı, sözleşmenin ifa yeri, kuruluş yeri, tarafların vatandaşlıkları, iş yerleri, mutad meskenleri, sözleşmenin dili, sözleşme konusu şeyin bulunduğu yer gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenir. Bu kriterlerden yalnızca biri değil, birden fazlası tek bir hukukta birleşiyorsa daha sıkı ilişkili olduğu söylenebilir.

7- Elektronik ortamda kurulan ve kendine has özellikleri olan bir sözleşme de tüketici sözleşmeleridir. Tüketici sözleşmeleri genellikle sözleşmenin genel şartların kabul edilmesiyle kurulması ve tecrübesiz taraf olarak görülmesi ayrı bir korumayı gerektirmiştir. MÖHUK m.26' ya göre; asgari koruma, tüketicinin mutad meskeninin emredici hükümleri uyarınca sahip olduğu korumadır. Bu sebeple hukuk seçimi sınırlandırılmıştır. Hukuk seçimi ancak tüketicinin mutad meskeni hukukunun asgari koruması bertaraf edilmeden mümkün olabilir. Hukuk seçimi yapılmamış ise, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için MÖHUK m.26/2' deki şartların mevcut olması gereklidir. İlki tacirin ürün ve hizmetlerini satmak için tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede faaliyet göstermesidir Bu ülkeye yönelik teklif veya reklam sonucu kurulan bir sözleşme olmalıdır. Dolayısıyla elektronik sözleşmede, satıcı taraf tüketicinin bulunduğu ülkede sözleşme kurmak istiyorsa, örneğin e-posta ile teklif, katalog gönderme işlemini istediği ülkelerdeki kişilere yöneltmelidir. Tacirin web sitesi üzerinden faaliyetlerini tüketicinin bulunduğu mutad mesken içerisinde kabul edilip edilmeyeceği, aktif ve pasif nitelikli web siteler açısından değerlendirilme yapılarak

belirlenebilir. Pasif nitelikli web siteler zaten ulaşılabilirlikleri sınırlı olduğundan, uyumsuzluğun yabancı devlet mahkemelerine gelme olasılığı düşüktür. Ancak aktif web siteleri dinamik yapısı sebebiyle tüketiciye karşı aktif davranışın nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Aktif web sitelerinin sadece kurulmaları ile tacirin aktif davranışına girip girmeyeceği tartışmalıdır. Ancak çözüm için en önemli husus erişilebilirliğin sınırlarının belirlenmesi gerektiğidir.

8- Elektronik sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklarda yetkili mahkemin tespiti de MÖHUK m.40 gereği iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenebilir. Genel yetki kuralı davalının yerleşim yeri olup, özel yetkili mahkemeler de bulunmaktadır. HMK’ da sözleşmelerin ifa yeri mahkemelerinde özel yetkili olarak kabul edilmesi düzenlenmiştir. E-posta ile kurulan elektronik sözleşmelerde eğer kimlik bilgileri ve adres ile ilgili verilmemiş ise, yerleşim yerinin tespiti zor görünmektir. Milletlerarası ticarete tacirler arası uyumsuzluklarda genellikle yetkili mahkemenin tespiti, elektronik tüketici sözleşmelerine göre bir nebze daha kolaydır. Çünkü basiretli iş adamı gibi davranma ilkesi gereği verilen bilgilerin, anlaşılan hususların güvenilir olduğu düşünülür. Elektronik ticaret kapsamında elektronik sözleşmenin büyük meblağlı kurulması sonucu, ifa yerinin bazen uluslararası nitelikli kuruluşlar tarafından belirlenen kriterler çerçevesinde belirlenmesi mümkündür (örneğin; INCOTERMS kuralları gibi). Bu sayede sözleşmenin ifa yeri bilindiğinden yetkili mahkeme de belirlenebilir. Sanal ortamda mal ve hizmetin ifasının söz konusu olduğu sözleşmelerde, söz konusu mal ve hizmetten faydalanan kişinin yerleşim yeri ifa yeri olarak kabul edilebilir. Bu durumda bu kişinin yerleşim yerindeki mahkemeler yetkili olacaktır. Ancak elektronik ortamda tüketicilerle kurulan sözleşmelerde örneğin, web sitesi üzerinden kurulmasında, yetkili mahkemenin tespiti daha zordur. Burada sitenin aktif olması ve erişilebilirliliğin sınırlarının belli kıstaslarla belirlenerek, dünyadaki sınırları çizilir ve o ülkelerin mahkemelerinde uyumsuzluklar görülebilir. Bunun sonucunda da tüketici MÖHUK m.45’ deki seçimlik haklarından birine göre dava açabilir. Tüketiciye açılacak davalar da yetkili mahkeme, tüketicinin mutad meskenin bulunduğu yerdeki mahkemelerdir.

9- Sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların sadece devlet yargılaması ile çözüme kavuşacağı söylenemez. Elbetteki devlet yargılamasına eş düzeyde bir yargılama

olmaksızın mahkemelere alternatif teşkil eden uyuşmazlık yöntemlerine başvurularak, çözüme ulaşmak taraflarca istenebilir. Alternatif uyuşmazlık yöntemlerinde şekle bağlı kalınmadan çözüm odaklı esnek yöntemlerle tarafları tatmin edici sonuçlar elde edilebilir. Alternatif çözüm yöntemlerinde gizlilik, öngörülebilirlik ve güvenin sağlanmasına yönelik düzenlemeler, gerek ülke kanunlarında gerekse uluslararası alanda yapılmaktadır. Buradaki amaç, devlet yargılamalarındaki masraf ve zaman bakımından ve ayrıca iş yükü sebebiyle ortaya çıkan olumsuzlukların yerine daha hızlı ve masrafsız çözüm yöntemleriyle tarafların menfaatlerini en uygun şekilde temin etmektir. Bu sebeple taraflarca alternatif çözüm yöntemleri tercih edilebilir.

10- Tahkim yolunun tercih edilmesi aslında alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin en yaygın olanıdır. Nitekim elektronik ticarete taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilir. Bu kararlarını da aralarındaki sözleşmeyi kurdukları yöntemlerle gerçekleştirebilirler. Tahkim yargılamasında elektronik ortamdan iletişim kurmaları söz konusu olabilir. Aslında bu gelişen teknolojik çağda çok da normal bir durumdur. Geleneksel tahkim yolundaki en belirgin özellik bağlayıcı kararların alınmasıdır. Bu sebeple tarafların en çok arzu ettikleri bağlayıcı kararların alınması tercih sebeplerinden biridir. Bu yöntem daha çok büyük meblağlı hukuki ilişkiye girmiş tacirler arası uyuşmazlıklarda kullanılabilir. Ancak on-line tahkim yolu bu tür uyuşmazlıklar için elverişli değildir. Çünkü bu yöntemlerin sonucundaki alınan kararlar bağlayıcılık niteliğine sahip değildir. On-line tahkim, çeşitli web siteleri üzerinden kurulur ve bu tahkim türünde esnek kurallarla kendine özgü çözüm yöntemleri geliştirmiştir. Aslında bu biraz uzlaştırmaya da benzemektedir. Bu yöntem daha çok tüketici sözleşmelerinde kullanılabilir. Çünkü tüketici sözleşmelerinde taraflar başvurdukları yolun daha az masraflı olmasını ve hızlı sonuç vermesini istediklerinden bu yöntem tercih edilebilir.

11- Arabuluculukta ise, gönüllülük esastır ve alternatif olarak taraflarca düşünülebilir. Ancak arabuluculuk kararlarının doğrudan bir bağlayıcılığı yoktur. Bu sebeple bu yönteme başvururken tarafların, bunu düşünerek ve aralarındaki ilişkinin hak düşürücü süre ve zamanaşımı sürelerini dikkate alarak hareket etmesi gerekir. Çünkü bu yönteme başvurmak hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresini durdurmaz. Ayrıca arabuluculuğun elektronik ortamda da yapılması mümkün olabilir. Nitekim

elektronik arabuluculuk için kurulmuş web siteleri bulunmaktadır. Her birinin kullandığı usul farklı olmakla birlikte hepsinin amacı tarafların memnuniyetini sağlamaktır. Bu yöntem daha çok tüketici sözleşmelerine uygundur. Biraz önce de söylendiği gibi alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden klasik tahkim dışında doğrudan bağlayıcı bir karar verilmesi mümkün olmadığından, tacirler arası uyuşmazlıklarda bu yöntemler şuan için alternatif bir yol olmakla birlikte pek tercih edilen bir yol değildir.

12- Kısacası yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk için karakteristik edim belirlenmesi öncelikli unsurdur. Bu edim belirlenirken kullanılan elektronik iletişim araçlarının incelenmesi yerinde olacaktır. Çünkü uygulanacak hukukun tespiti için bu edimleri üstlenen tarafın hangi tür elektronik iletişim aracı ile sözleşme kurduğu, uygulanacak hukuk için farklılık arz edecektir. Yetkili mahkemenin tespitinde de davalının yerleşim yeri ve sözleşmenin ifa edildiği yerin bilinmesi doğrudan ve dolaylı ticaret kapsamındaki sözleşmeler açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Tüm bunların yanında uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin de tercih edilmesi mümkündür. Sonuç olarak, yabancılık unsuru taşıyan elektronik sözleşmelere, MÖHUK' daki sözleşmeler için düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları, kanunun amacını aşılmadan uygulanması mümkündür. Ancak elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde bu kurallar uygulanırken teknolojik gelişmeler dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Ayşe Ece, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, İstanbul 2013
- AKINCI**, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996
- AKKURT**, Sinan Sami, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, *AÜHFD*, 60 (1), 2011
- AKTOPRAK**, Denizhan, *Elektronik Sözleşmelerde Edimlerin İfası*, <http://www.denizhanaktoprak.av.tr/elektronik-sozlesmelerde-edimlerin-ifasi/>, (ET:24.05.2014)
- ALPTÜRK**, Ercan, *Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergilendirilmesi*, İstanbul 2005
- ALTINIŞIK**, Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara 2003
- ARIKAN**, A. Saadet, “Elektronik Ticaret, Hukuk ve Ticaret; Elektronikte Gelişmeler ve Hukuk Sempozyumu”, *Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Vakfı*, Ankara 2001, http://enoter_hukuk.tripod.com/saadet_arikan.htm (ET:25.05.2014)
- ATALI**, Murat, “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, *E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2007- S. 60, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDNTERNET%20ORTAMINDA%20TAHK%20ve%20US%DBL%20HUKUKU%20SORUNLARI&kimlik=-1517589410&url=makaleler/matali-1.htm> (ET:15.09.2016)
- AYDOĞDU**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz13-2/murataydogdu.pdf>, (ET:15.11.2016)
- BAŞPINAR**, Veysel / **KOCABEY**, Doğan, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, Ankara 2007
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, Gülüm, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD* 63 (4) 2014, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1974/20644.pdf> (ET:15.01.2016)
- BAYRAM**, Aziz Erman, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerinin Kurulması”, *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2015, yıl 28, S. 119

- BERNASCONI**, Christophe, The Electronic Apostille Program (e-APP),
http://mddb.apec.org/Documents/2013/EC/WKSP3/13_ec_wksp3_008.pdf,
(ET:01.12.2016)
- BING**, Jon, Choice of LAW Rules Applicable to Electronic Consumer Contracts
According to Rome I Regulation, 2009,
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22949/thesis.pdf?sequence=2>,
(ET:20.11.2016)
- BİÇKİN**, İnci, “Elektronik İmza ve Elektronik İmza İle İlgili Yasal Düzenlemeler”,
TBB Dergisi, S. 63, 2006
- BOCHURBENG**, Lionel, Internet et commerce electronique, 1. Ed., 1999, Delmas,
Paris
- BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru, “Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif
Uyuşmazlık Çözümü”, *Mevzuat Dergisi*, yıl 11, S. 123, Mart 2008, ISSN 1306-
0767, <http://www.mevzuatdergisi.com/2008/03a/02.htm>, (ET:01.08.2016)
- CANPOLAT**, Önder, *E- Ticaret ve Türkiye’ deki Gelişmeler*, TC. Sanayi ve Ticaret
Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, Ankara 2001
- CANSEL**, Erol / **ÖZEL**, Çağlar; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Ankara 2014
- ÇAK**, Murat, *Dünyada ve Türkiye’ de Elektronik Ticaret ve Vergilendirilmesi*,
İstanbul Ticaret Odası, Yayın no:2002/6, İstanbul,
- ÇALIŞKAN**, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*,
İstanbul 2014
- ÇELİKEL**, Aysel / **ERDEM**, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul,
2016
- ÇÖRTOĞLU KOCA**, Sema, *Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma- Geliştirme (Ar-
Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*,
<http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/frmmakale/2009-3/3.pdf>
(ET:25.12.2015),
- DEBUSSERE**, Frederic, “International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the
European Union: Quid Novi Sub Sole?”, *International Journal Law and
Information Technology*, Vol.10 No.3, Oxford University Press 2002
- DEMİR**, Mehmet, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara 2004

- DEMİRKOL**, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2014
- DEMİR GÖKYAYLA**, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, Ankara 2005
- DOĞAN**, Vahit, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996
- DOĞAN**, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Ankara 2015
- DUASO CALES**, Rosario, La determination du cadre juridictionnel et legislatif applicable aux contracts de cyberconsommation, november 2002
- EKŞİ**, Nuray, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *MHB* Yıl 23 2003
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara 2013
- FALCIOĞLU**, Mete Özgür, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi Ve Kuruluşu*, Ankara 2004
- FOSS**, Morten, Consumer protection in an international electronic marketplace, in Deliverable 3.2.5 Minutes from the 5th E-CLIP Workshop: Private International Law, Norwegian Research Center for Computers and Law Oslo 21-22 June 1999, <http://eclip.org>
- GATAUTIS**, R., "Developing Competitive Advantages Through E-business of Lithuania's SMEs", *The Internet Society: Advances in Learning, Commerce and Security*, Editors: MORGAN, Konrad/ SPECTOR, Mike, Boston, 2004
- GEZDER**, Ümit, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet' te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2004
- GILLIES**, Lorna E.; *Electronic Commerce and International Private Law A Study Of Electronic Consumer Contracts*; New York 2016
- GOTTENBERG**, Julie, Internet et la protection du consommateur dans la resolution des litiges contractuels, *Revue de Droit l'Union Europeenne*, 2002/ III
- GÖKSU**, Mustafa, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Ankara 2011
- GÜNELİ**, Nihan, Kayıtlı Elektronik Posta: Bir Uygulama Örneği Olarak Elektronik Apostil, İstanbul 2013 (Yüksek Lisans Tezi)
- GÜNGÖR**, Gülin, "İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", *AÜHFD*, C. 46, S. 1- 4,

- 1997, http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=296,
(ET:15.01.2016)
- GÜNGÖR**, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Clik-Wrap Yazılım Lisans Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, *AÜHFD*, C. 51, S. 1, 2002
- GÜNGÖR**, Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara 2004
- GÜNVER**, Osman R., “İnternette Ödeme”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını İzmir, 2002
- GÜRPINAR**, Bünyamin, Elektronik Sözleşmenin Hukuksal Boyutu Üzerine, ab.org.tr/ab07/bildiri/217.doc, (ET:25.05.2014)
- HACİBEKİROĞLU**, Ekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 2012
- HATEMİ**, Hüseyin / **GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2015
- HEUVEL**, Esther van den, Online Dispute Resolution As a Solution To Cross-Border E-Disputes An Introduction To ODR, <http://www.oecd.org/internet/consumer/1878940.pdf> (ET:10.11.2016)
- HUET**, Jerome, Le droit applicable dans les reseaux numeriques, in Colloque International- Droit de l’Internet, Approches europeennes et internationales, 19-20 novembre 2001, Assemblee Nationale, [www://droit-internet-2001.univparis1.fr](http://www.droit-internet-2001.univparis1.fr)
- İNAL**, Emrehan, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul, 2005
- İNAN**, Ali Naim / **YÜCEL**, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2014
- JACQUET**, Jean-Michel, Contracts du commerce electronique et conflits de lois, In Less premieres journees internationales du droit du commerce electronique, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, ed.Litec, Paris, 2002
- KAMEL**, Magdi N., “International E-Commerce: Language, Cultural and Infrastructure Issues, Challenges and Solutions”, *Electronic Commerce Concepts*,

- Methodologies, Tools, and Applications*, Editor: BECKER, S. Ann, Vol.1, New York 2008
- KAPLAN**, Yavuz, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, *MHB*, Yıl 22, 2002
- KAPLAN**, Yavuz, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları”, *MHB* Yıl 19-20, 1999-2000
- KARADEMİR**, Ebru, “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırılması”, *MHB* Yıl 32, S. 2, 2012
- KARSLI**, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2012
- KAYIHAN**, Şaban / **YILDIZ**, Habib, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, 1. Bası, Ankara, 2004
- KEKEÇ**, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara 2014, 2. Bası
- KIRÇOVA**, İbrahim / **ÖZTÜRK**, Pınar, İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no.2000-29, İstanbul, 2000
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip / **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C.1, 6. Bası, İstanbul 2014
- KÜÇÜKPEHLİVAN**, Olcay, *Sözleşmelerin İnternet Aracılığıyla Kurulması ve Geçerliliği*, Ankara 2006
- LETTERMAN**, G.Gregory; *UNIDROIT's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, London 2001
- MANIA**, Karolina; Online Dispute Resolution: The Future of Justice, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000074>, (ET:20.11.2016)
- MOCKLER**, Robert J. / **DOLOGIT**, Dorothy G. / **GARTENFELD**, Marc E., “B2B E-Business”, *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools and Applications*, Editor: BECKER, S. Ann, Vol.1, New York 2008
- NOMER**, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 20. Bası, İstanbul, 2013
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 14. Bası, İstanbul 2016
- ÖNGÖREN**, Gürsel, *İnternet Hukuku*, İstanbul 2006

- ÖZBEK**, Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”; *TBB Dergisi*, S. 68, 2007
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2009, 2. Bası
- ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul 2003
- ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB* yıl 30, S. 1-2, 2010
- ÖZSUNAY**, Ergun; *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (çeviri), İstanbul Ticaret Odası, yayın no:2014-14, İstanbul 2014
- PEKCANITEZ**, Hakan / **ATALAY**, Oğuz / **ÖZEKES**, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 12. bası, Ankara 2011
- PETRAUSKAS**, Feliksas / **KYBARTIENE**, Eglė; Online Dispute Resolution In Consumer Disputes, *Jurisprudence*, 2011, 18(3), https://www.mruni.eu/upload/iblock/f96/8_Petrauskas_Kybartienht-1.pdf, (ET:20.11.2016)
- POILLET PERUZZETTO**, Sylvaine, La loi applicable au contrat electronique, in *Le contrat electronique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journees nationales Tome V, Toulouse-2000, ed. Pantheon-Assas, Paris, 2002
- PÜRSELİM**, Hatice Selin, “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılık Hakkında Düşünceler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.20, S. 2, 2014
- RÜSSMANN**, Helmut, “İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat (Alman Hukukuna Göre)”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, Çeviren: Özekes, Muhammet, İzmir, 21-22 Mayıs 2001
- SAĞLAM ATABARUT**, İpek; *Elektronik Sözleşmeler (Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul 2003
- SARAMAN**; Deniz, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2012 (Yüksek Lisans Tezi)

- SARGIN**, Fügen, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2005
- SARIAKÇALI**, Turgay; *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler*, Ankara 2008
- SASSO**, Lorenzo, Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation, *Pravo.Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no.1, 2016, <https://law-journal.hse.ru/data/2016/04/03/1126351062/%D0%A1%D0%B0%D1%81%D1%81%D0%BE.pdf>, (ET:20.11.2016)
- SOYSAL**, Tamer, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, 2005, http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-tamersoysal-9.htm#_ftn1, (ET:15.09.2016)
- SÖZER**, Bülen, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2002
- STONE**, Peter, “The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation”, *Information & Communication Technology Law*, Vol.11, No.2, 2002, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13600830220151828>, (ET: 01.11.2016)
- SÜRAL**, Ceyda, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi no.4, İzmir 2008
- ŞAHİN**, Turan, “Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması”, *TBB Dergisi*, S. 95, 2011
- ŞANLI**, Cemal / **ESEN**, Emre / **ATAMAN FİĞANMEŞE**, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul 2015
- ŞİT**, Banu, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı İle Akdedilen Tahkim Anlaşması”, *MHB Yıl 25-26*, 2005-2006
- TANRIBİLİR**, Feriha Bilge / **ŞİT**, Banu, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, *MHB*, yıl 22, 2002
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012
- TEKİNALP**, Gülören / **UYANIK**, Alper, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul 2016
- TERCIER**, Pierre / **PICHONNAZ**, Pascal / **DEVELİOĞLU**, H.Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016

- TESONE**, Dana V., *Hospitality Information Systems And E-Commerce*, Canada 2006
- TIAN**, Yan / **STEWART**, Concetta, “History of E-Commerce”, *Electronic Commerce Concepts, Methodologies, Tools and Applications*, Editor: BECKER, S. Ann, Vol.1, New York 2008
- TSIAKIS**, T. / **STEPHANIES**, G. & **PEKOS**, G., “Cryptography As a Formal Method and Model For Security in Electronic Payments”, *The Internet Society: Advances in Learning, Commerce and Security*, Editors: MORGAN, Konrad / SPECTOR, Mike, Boston, 2004
- TURAN**, Gamze, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *TBB Dergisi*, S. 77, 2008
- ULUSOY**, Erol, Finans Hukukunda Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009
- VERBIEST**, Thibault, Droit international prive et commerce electronique: etat des lieux, <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>
- VERBIEST**, Thibault, Commerce electronique: loi applicable et juridiction competente (une synthese), <http://www.droit-technologie.org/12.asp?actu id=656>, 21 octobre 2002
- VURGUN**, Ceren, Elektronik Tahkim, XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 23-25 Ocak 2013, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, http://ab.org.tr/ab13/kitap/vurgun_AB13.pdf, (ET:10.09.2016)
- YAVUZ**, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009
- YILDIRIM**, Abdülkerim, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2009
- YILMAZ**, Halil, “Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2004-2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2004-2/5.pdf>, (ET:10.09.2016)
- ZEVLİLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2013

ZÖHRE, Nuran, Elektronik Sözleşme, Adana 2007,

http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-nuranzohre-3.htm#_ftn1,

(ET:12.10.2016)

.....What is Online Dispute Resolution? A Guide for Consumers (brochure title),

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/consumerodr.authcheckdam.pdf (ET:12.11.2016)

.....Elektronik Sözleşmelerin Hukuki Geçerliliği,

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

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/Hizmet%20Ticareti/Elektronik%20Ticaret/T%C3%BCrkiyede%20e-ticaret%20tarih%C3%A7esi%20devam%C4%B1.pdf?lve> (ET:25.10.2016)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32000L0031>
(ET:20.12.2016)

<https://www.hcch.net/en/home> (ET:20.12.2016)

<https://www.uncitral.org/> (ET:25.11.2016)

<https://en.wikipedia.org/wiki/UN/CEFACT> (ET:25.11.2016)

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Incoterms> (ET:10.10.2016)

https://tr.wikipedia.org/wiki/D%C3%BCnya_Ticaret_%C3%96rg%C3%BCt%C3%BC
(ET:15.11.2016)

<https://tr.wikipedia.org/wiki/OECD> (ET:25.11.2016)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19hd-2015-4625.htm&kw=m%C3%B6huk+m.+24#fm> (Yargıtay Kararı için)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2014-19019.htm&kw=m%C3%B6huk+yabanc%C4%B1%C4%B1k#fm> (Yargıtay Kararı için)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2014-17964.htm&kw=yabanc%C4%B1+unsurla+elektronik+s%C3%B6zle%C5%9Fme+#fm> (Yargıtay Kararı için)



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler :

Adı ve Soyadı : Semiha Önder Balaman

Doğum Yeri ve Yılı : Isparta - 02.08.1991

Medeni Hali : Evli

Eğitim Durumu :

Lisans Öğrenimi : Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2009-2013)

Yüksek Lisans Öğrenimi : Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (2013-2017)

Yabancı Dil(ler) ve Düzeyi :

1. İngilizce- E

İş Deneyimi :

1. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Araştırma Görevlisi (Ekim 2014 - halen)

Bilimsel Yayınlar ve Çalışmalar : -