

*Araştırma Makalesi*

## **ELEKTRONİK TİCARET SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK**

**İsmet Kahraman ARSLAN\***  
**ORCID: 0000-0002-0130-6509**

**Neslihan ÖZ\*\***  
**ORCID: 0000-0003-4524-532X**

### **ÖZ**

Ticari faaliyetlerin küreselleşmesi ve bilişim teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte artık taraflar hukuki ilişkilerini geleneksel yöntemler dışında daha hızlı bir biçimde uzaktan da kurmaya başlamışlardır. Özellikle internetin ortaya çıkışı ve yaygınlaşması, internetin ticari faaliyetler açısından önemli bir araç haline gelmesi ile elektronik ortamda kurulan hukuki ilişkilerin niceliği artmış ve mahiyeti çeşitlenmiştir. İnternet teknolojisi sayesinde ülkeler ve hatta kıtalar arası sözleşmelerin kurulması anlık olarak gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle elektronik ortamda kurulan ve yabancılık unsuru taşıyan bu borç ilişkileri nedeniyle uyumsuzluklar ortaya çıkmış ve uygulanacak hukukun tespiti de karmaşıklaşmıştır. Bu sebeplerden dolayı elektronik ortamda doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespiti konusu bu makalede detaylı olarak incelenmektedir

*Anahtar Kelimeler: Elektronik Ortam, Borç İlişkileri, Uygulanacak Hukuk, Elektronik Ticaret*

*Research Article*

## **APPLICABLE LAW TO THE ELECTRONIC TRADE AGREEMENTS**

### **ABSTRACT**

With the globalization of commercial activities, the parties have started to establish their legal relations by methods other than establishing them face to face. Especially, the use of the Internet in terms of commercial activities and the emergence of legal relations with the electronic environment began to be established and its nature became diversified. With the internet technology, the establishment of contracts between countries and even continents can be realized instantly. Disputes arose because of these debt relations established in electronic environment and the determination of the law to be applied is complicated. Because of these reasons, determination of the law to be applied to the debt relations arising in the electronic environment has been examined with details in this Article.

*Keywords: Electronic Environment, Debt Relations, Applicable Law, Electronic Trade*

\* Doç. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi, [karslan@ticaret.edu.tr](mailto:karslan@ticaret.edu.tr),  
Makale Geliş Tarihi/Received: 11.07.2020, Makale Kabul Tarihi/accepted: 25.09.2020.

\*\* Beykent Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, [ozneslihanoz@gmail.com](mailto:ozneslihanoz@gmail.com)

## **Giriş**

Küreselleşme ile birlikte ticaretin ülkelerarası olması yanında geleneksel ticaret haricinde artık taraflar yüz yüze bulunma dışında ticaret yapacakları yöntemler aramaya başlamışlardır. Hızla artan teknolojik gelişmeler ile elektronik ortamda taraflar iletişim araçları ile bazı borç ilişkilerine girmeye başlamışlardır. Bu yöntem arayışında teknolojinin de gelişmesi ile birlikte artık taraflar internet üzerinden birbirleri ile iletişime geçerek kendi aralarında sözleşme yapma imkânı bulmuşlardır. Son günlerde yaşanan küresel salgın nedeniyle tüketicilerin internet üzerinden yaptıkları alışverişlerin arttığı da görülmektedir. Tüketicilerin salgın nedeniyle diğer insanlarla temas halinde bulunmadıkları bu alım şekline talep günden güne artmaktadır. Fakat bu sözleşmelerin nitelikleri ve uyumsuzluk halinde sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti sözleşmelerin mevzuatta ayrıca düzenlenmemesi nedeniyle zor olmaktadır. Bu nedenle de, tüketiciler internetten aldıkları ürün veya hizmetlerle ilgili uyumsuzluklarda hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda belirsizlik yaşamaktadır. Bu durumu sadece yerel olarak değil küreselleşme ile birlikte başka ülkelerden ürünlerin alınması ile birlikte uluslararası olarak da inceleme gereği hâsıl olmuştur. Bilindiği üzere, alım-satım akdi her iki tarafa borç yükleyen bir akit olmakla beraber tüketicinin de ürün veya hizmetin ücretini ödeme borcu doğmaktadır. Bunun karşılığında mal ve hizmetin niteliğine göre satıcının da bazı borçları olmaktadır. Bu nedenle esasen çalışmamızda incelenen elektronik ortamda doğan borç ilişkileridir. Fakat borç sadece sözleşme ile doğmaz. Konunun sınırlandırması amacıyla bu makalede sadece elektronik ortamda yapılan sözleşme ilişkileri incelenecektir.

## **1. Elektronik Sözleşme**

### **1.1. Elektronik Sözleşme Kavramı ve Tanımı**

Elektronik sözleşme kavramı ve tanımının yapılması için öncelikle elektronik terimi ile elektronik ticaret ve elektronik ortam kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Elektronik terimi, aslında sözleşmenin yapılırken hangi yöntemle yapıldığının tarifinde görülmektedir. Sözleşmenin kuruluşu veya ifasında kullanılan araçların türü elektronik terimi ile ilgilidir.

Elektronik ortam bütün elektronik iletişim cihazlarını ifade eder. Örneğin; telefon, internet, teleks bunların hepsi elektronik ortamın içindedir. Elektronik ticaret ise, sadece internet aracılığı ile yapılmaktadır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Hatice Kocasakal Özdemir, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 9.

Elektronik ticaret konusunda, benimsenmiş detaylı bir tanım bulunmamaktadır. Amerikan Genel Muhasebe Ofisi (General Accounting Office) tarafından yapılan elektronik ticaret tanımı şöyledir: “Elektronik ticaret, sonucunda ürünlerin ve hizmetlerin ithali veya ihracının gerçekleştiği, ürün ve hizmet satın almak için çevrimiçi taahhüdü gerektiren tüm işlemlerdir”<sup>2</sup>.

ETKK'nın (Türkiye Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu) tanımına göre: “elektronik ticaret; bireyler ve kurumların, açık ya da kapalı ağ ortamlarında; yazı, ses ve görüntü şeklindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması temeline dayanan ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerinin tümüdür”<sup>3</sup>.

UN-CEFAACT (Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma Yöntemlerini Kolaylaştırma Merkezi) elektronik ticareti, “elektronik yoldan ve yönetim ve tüketim etkinliklerinin yürütülmesinde kullanılan tüm iş bilgilerinin; üretici, tüketici, kamu ve özel kuruluşlar ve diğer organizasyonlar arasında elektronik araçlarla yapılması”, olarak tanımlamıştır<sup>4</sup>.

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu- United Nations Commission on International Trade Law) elektronik ticareti, “EDI, internet, elektronik posta, teleks, fotokopi gibi araçların kullanımı ile yapılan ticari faaliyet” olarak tanımlamıştır<sup>5</sup>.

WTO (Dünya Ticaret Örgütü) ise, “elektronik ticareti, mal ve hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımının telekomünikasyon ağları vasıtasıyla yapılması şeklinde belirlemiştir”<sup>6</sup>.

Tüm bu tanımlar ışığında elektronik ticaret, internet aracılığıyla alıcı ve satıcının fiziksel olarak birlikte olmaksızın, mal veya dijital ürün alım satımı, hizmet temin edilmesi amacıyla yapılan ticaret türüdür denilebilir.

Elektronik sözleşme ise esasen bir sözleşme tipi değildir<sup>7</sup>. Bir sözleşmeyi elektronik sözleşme yapan onun kuruluş biçimidir<sup>8</sup>. Elektronik sözleşme,

<sup>2</sup> United States General Accounting Office, International Electronic Commerce Definitions and Policy Implications, Report to the Ranking Senate Minority Member of the Joint Economic Committee, , (13 Ekim 2005), s. 9.

<sup>3</sup> D.TM/ETKK Hukuk Çalışma Grubu Raporu, (28.03.2005), s. 1.

<sup>4</sup> İsmail Güneş, Elektronik Ticaret ve Kobiler İçin Yeni Fırsatlar, www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl-gos.php?nt=242.

<sup>5</sup> Şaban Kayıhan ve Habib Yıldız, Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, l.b.,2004,s.38.

<sup>6</sup> a.g.e.

<sup>7</sup> M. Ö. Falcıoğlu, Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara, 2004, s. 62.

<sup>8</sup> Muzaffer Şeker, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, İTÜSBD 2012, s. 131.

elektronik ortamda, genellikle internet üzerinden kurulan bir sözleşmedir. “Bir elektronik sözleşmenin kurulmasından söz edilebilmesi için, elektronik sözleşmeye ilişkin kurucu irade beyanlarının her ikisinin de elektronik ortamda açıklanmış olması gerekir”<sup>9</sup>.

Aşağıda elektronik ticarete kullanılan kavramların daha iyi anlaşılabilmesi için bir tablo oluşturulmuştur.

| <b>E-Ticaret Teknolojisi Ölçü</b>  | <b>Olası Etik, Sosyal ve Siyasi Anlam</b>  |
|--|--|
| Ubiquity: İnternet / Web teknolojisi her yerde bulunur: işte, evde ve başka yerlerde mobil cihazlar aracılığıyla, istediğiniz zaman. | İş ve alışveriş aile hayatını istila edebilir; alışveriş, işyerinde çalışanları rahatsız edebilir, verimliliği azaltabilir; mobil cihazların kullanılması otomobil ve endüstriyel kazalara neden olabilir.   |
| Küresel erişim: Teknoloji, dünyanın her yanındaki ulusal sınırlara ulaşır.   | Ürünlerde kültürel çeşitliliği azaltır; büyük küresel firmaları güçlendirirken yerel küçük firmaları zayıflatır; üretimi düşük ücretli alanlara yönlendirir; küçük ya da büyük tüm ulusların bilgilerini ve kaderlerini kontrol etme yeteneklerini zayıflatır. |
| Evrensel standartlar: İnternet standartları gibi bir dizi teknoloji standardı vardır.  | Milyonlarca insanı bir kerede etkileyerek, dünya çapındaki virüslere ve bilgisayar saldırılarına karşı savunmasızlığı artırır. Bilgi suçu, sistemlere karşı suç ve aldatma olasılığını artırır.  |
| Zenginlik: Video, ses ve kısa mesajlar mümkündür.  | Metin kullanımını ve potansiyel olarak video ve sesli mesajlara odaklanarak okuma yeteneğini azaltan bir "ekran teknolojisi". Birden fazla bağımsız bilgi kaynağına bağımlılığı azaltabilecek potansiyel olarak ikna edici mesajlar içerebilir.                |
| Etkileşim: Teknoloji, kullanıcı ile etkileşime girerek çalışır.  | Ticari sitelerdeki etkileşimin niteliği sığ ve anlamsız olabilir. Müşteri e-postaları insanlar tarafından sıklıkla okunmaz. Önceden tanımlanmış platformlar ve eklenti seçenekleri içinde gerçekleşen ürünlerin “özelleştirilmesi” miktarı asgari düzeydedir.  |

<sup>9</sup> İpek Sağlam, Elektronik Sözleşmeler, Legal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 71.

|  |  |
|--|--|
| Bilgi yoğunluğu: Teknoloji bilgi maliyetlerini düşürür ve kaliteyi yükseltir.                                    | Tüm taraflar için mevcut olan toplam bilgi miktarı artarken, yanlış ve yanıltıcı bilgi, istenmeyen bilgi ve yalnızlık istilasası olasılığı da artar. Güven, orijinallik, doğruluk, eksiksizlik ve bilgilerin diğer kalite özellikleri bozulabilir. Bireylerin ve kuruluşların bu bilgi bolluğundan anlam kazanabilme yetenekleri sınırlıdır. |
| Kişiselleştirme: Teknoloji, kişiselleştirilmiş mesajların hem bireylere hem de gruplara iletilmesine izin verir. | Eşi benzeri görülmemiş ticari ve resmi amaçlar için yoğun gizlilik istilasası olasılığını başlatır.  |
| Sosyal teknoloji: Teknoloji, kullanıcı içeriği oluşturma ve sosyal ağ oluşturma olanağı sağlar.                  | Siber zorbalık, küfürlü dil ve avlanma için fırsatlar yaratır; gizlilik, adil kullanım ve gönderilen bilgilerin kullanımına rıza gösterme; yetkililer ve şirketler tarafından özel hayatlara sürveyans için yeni fırsatlar yaratır.  |

## 2. Elektronik Sözleşme Türleri

Elektronik sözleşmeler, mal satımına, dijital ürün satımına ve hizmet sunumuna göre üç gruba ayrılmaktadır.

Mal satımına ilişkin elektronik sözleşmeler elektronik ortamda alıcı ve satıcının bulunduğu, sözleşmenin yine elektronik ortamda kurulduğu mal satımını konu alan sözleşmelerdir. Burada, sözleşme elektronik ortamda internet aracılığı ile kurulsun da sözleşmenin ifası elektronik ortam dışında gerçekleştirilmektedir. Bu elektronik sözleşmenin ifası kurye, posta gibi fiziksel yollarla gerçekleştirilir. Küresel salgın ile birlikte alıcılar en çok bu tür mal satımına ilişkin sözleşmeler yapmaktadır.

Dijital ürün satımına ilişkin elektronik sözleşmeler ise, hem kurulmasının hem de ifasının elektronik ortamda gerçekleştiği elektronik sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler genelde ürünün, genellikle gayri maddi malların, internet ortamında indirilmesi "download" edilmesi suretiyle ifa edilir. Buna örnek olarak; e-kitap ve bilgisayar programları örnek verilebilir. Dijital ürün satımına yönelik sözleşmelerde, sözleşmenin hem kuruluş hem de ifası internet üzerinde gerçekleşmektedir. İnternet veri bankası sözleşmesi olarak da nitelendirilen bu sözleşmelerin konusu yazılım, melodi, film, makale, kitap gibi elektronik ortamdaki ürünlerin veri bankasından alınıp, alıcının bilgisayarına yüklenmesine

ilişkindir<sup>10</sup>. Salgın sürecinde, mal satımından sonra özellikle insanların ev daha fazla vakit geçirmek zorunda kaldığı süreçlerde, sıklıkla e-kitap, oyun, film gibi dijital ürünlerin alımı artmıştır.

Hizmet sunumuna ilişkin olarak yapılan elektronik sözleşmeler ise, bir hizmetin elektronik ortamda sunulması ile ilgilidir. Bu sözleşmelerin kuruluşu ve ifası internet ortamında gerçekleştirilmektedir. Örneğin, bir otel rezervasyonu yapılması, uçak biletinin internette temin edilmesi. Seyahat yasağı ile birlikte, hizmet sunumuna ilişkin sözleşmelerde çok büyük azalmalar görülmektedir.

### **3. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşu**

Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi hükmüne göre, “*sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ile kurulur*”<sup>11</sup>. Elektronik sözleşmeler de tıpkı klasik sözleşmeler gibi karşılıklı ve uygun irade beyanları ile kurulmaktadır.

Klasik anlamda sözleşmeler, bilindiği üzere tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması ile kurulmaktadır. “*Tarafların fiziksel olarak bir arada bulunduğu durumlarda, taraflar sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirlerinin yüzüne karşı açıkladıkları için, tarafların iradelerini birbirine iletmesini sağlayacak araçlara ihtiyaç duyulmaz*”<sup>12</sup>.

Taraflar bir arada bulunmadıklarında, karşılıklı irade beyanlarını birbirine iletecek iletişim araçlarına ihtiyaç duyarlar. Teknolojik ilerlemelerle birlikte, sırasıyla telefon, telgraf, teleks ve faks hazır olmayanlar arasında sözleşmelerde taraflar tarafından tercih edilmiştir<sup>13</sup>.

“*Elektronik sözleşmeler her ne kadar yeni bir takım iletişim araçları kullanılarak kurulsun dahi, Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşmenin kuruluşuna ilişkin kurallar uygun düşüğü ölçüde elektronik sözleşmeler için de uygulama alanı bulacaktır*”<sup>14</sup>.

Sözleşmelerin kurulması, iradenin açıklanması ile karşı tarafa ulaşması arasında bir zaman aralığı bulunup bulunmamasına göre, hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası sözleşmeler olarak farklı gruplara ayrılabilir. Hazırlar arası sözleşmeler, tarafların sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirinin yüzüne karşı açıkladıkları sözleşmelerdir<sup>15</sup>. “*Hazır olmayanlar arası sözleşmeler ise, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin iradelerin açıklanması ile bunların*

---

<sup>10</sup> Ulvi Altınışık, Elektronik Sözleşmeler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.33.

<sup>11</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.258.

<sup>12</sup> Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2014, s. 258.

<sup>13</sup> Altınışık, a.g.e. , s.34.

<sup>14</sup> Gürsel Öngören, İnternet Hukuku, İstanbul, 2006, s. 94.

<sup>15</sup> Eren, a.g.e. , s.285.

*muhabatına ulaşması arasında bir zaman aralığının olduğu sözleşmelerdir*<sup>16</sup>. Sözleşmelerin hazırlar arasında yapılıp yapılmadığını belirleyen unsur, tarafların fiziksel olarak bir arada bulunmaları değil, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin beyanlarını anında öğrenme ve buna karşı cevap verme imkânlarının bulunup bulunmadığıdır<sup>17</sup>. Kullanılan araçlar, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanların anında karşı tarafa ulaşmasına imkân veriyorsa hazırlar arası bir elektronik sözleşme söz konusudur. Örnek olarak; internette anlık olarak yapılan video/görüntülü görüşmeler ile kurulan sözleşmeler anında irade beyanları karşı tarafa iletildiğinden hazırlar arasında, fakat e-posta iletilmek suretiyle yapılan irade beyanları anında karşı tarafa iletilmediğinden yani karşı tarafa daha sonra iletildiğinden hazır olmayanlar arasındadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48/1 uyarınca mesafeli sözleşmeler, “(...) 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” şeklinde tanımlanarak elektronik sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak da değerlendirilmiştir.

Elektronik sözleşmeler genelde standart sözleşmelerdir. Genel olarak daha önceden belirlenen ve müzakerenin olmadığı sözleşmeler olduğu görülmektedir. Örneğin, bir internet sitesine girdiğimizde bize satın alma aşamasında bir sözleşme sunarlar işte bu sözleşmelerin hepsi standart sözleşmelerdir.

### 3.1. Elektronik Sözleşmelerde İcap ve Kabul

“Öneri, bir sözleşmeyi meydana getirmek amacıyla yapılan, bir kişinin teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır”<sup>18</sup>. Öneri, sözleşmenin bütün esaslı noktalarını içermelidir<sup>19</sup>.

Kabul, yapılan bir öneriye karşılık olarak, muhatap tarafından önerene yöneltilen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak kurma isteğini kesin olarak ifade eden irade beyanıdır<sup>20</sup>.

İnternet aracılığıyla yapılan icap, web sitesi, e-posta ve spamming şeklinde yapılabilir.

<sup>16</sup> M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.49.

<sup>17</sup> N. Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 132.

<sup>18</sup> Oğuzman ve Öz, a.g.e. , s. 51.

<sup>19</sup> Kocayusufoğlu, a.g.e. , s. 180.

<sup>20</sup> Oğuzman ve Öz, a.g.e. , s.66; Eren, a.g.e. , s. 276.

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş, bu bilgilerin öneri değil, öneriye davet olarak değerlendirilmesi görüşüdür. Bu görüşe göre, web sitelerinde yer alan bilgileri açıklayan kişiler, bu bilgiler çerçevesinde sözleşmeyi kurma iradesinde değildirler<sup>21</sup>. Ürünle ilişkin bilgileri sunan kişi, sözleşme yapmadan önce muhatabın ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olması ve talep edilen ürünün stoklarında bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Örneğin; internet sitesinde bulunan ve fiyatları bulunan elbiselerin sitede özellikleri ve fiyatları ile sunulması öneriye davet niteliğindedir.

Buna dayalı olarak öneri, ancak internet kullanıcısının web sitesinde yer alan sipariş formunu doldurarak internet üzerinden göndermesi ile yapılmış olacağı yönündedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız bu görüş zaten ilgili kanun hükmü maddesinden de anlaşılmalıdır. Buna göre, web sitelerinde yer alan mal ve hizmetlere yönelik açıklamalar, tarife ve fiyat listesi gönderilmesine benzetilerek, Borçlar Kanunu'nun 7/II. maddesinden hareketle icaba davet olarak nitelendirilmiştir (İcaba davet kavramı için bkz. Eren, 2019: 279).

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.” Spamming olarak gönderilmekte olan önerilerin bireysel bir öneri mi yoksa herkese yapılmış bir öneri mi olduğu, elektronik postanın ismen gönderilmiş olup olmadığı dikkate alınarak yapılmaktadır. Çok sayıda kişiye ismen elektronik posta gönderilmesi halinde ise bireysel icap söz konusudur<sup>22</sup>.

Sözleşmenin kurulabilmesi için, muhatabın, kendisine yapılan icabı kabul etmesi ve kabule ilişkin irade beyanının icabı yapana ulaşması gerekir. İcapta yer alan şartları kabul anlamındadır. İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde kabul beyanı kabul ediyorum butonu (click-wrap) ve e-posta şeklinde kurulabilmektedir.

#### **4. Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti**

Elektronik sözleşmeler açısından herhangi bir yabancılık unsuru yoksa Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağını yukarıda belirtmiştik.

Bir elektronik sözleşmenin milletlerarası olarak değerlendirilmesi için yani yabancılık unsuru içerebilmesi için, doktrinde 3 durum incelenmiştir. İlki, sözleşmenin yabancılık unsuru bakımından bağlama noktalarının yabancı olmasıdır. “*Tarafların ikametgâhi, vatanışlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri gibi sözleşme ile ilgili unsurlardan herhangi birinin yabancı*

---

<sup>21</sup> Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.26.

<sup>22</sup> Kocasakal Özdemir, a.g.e. , s. 69.



bir ülke ile bağlantılı olması” halinde, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceği kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

İkinci kriter ise bir sözleşmede yabancı bir ülkede ifa edilmesi gerekli unsurlar bulunuyor ve o sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için başkaca bir ülkeden mal, hizmet, kredi veya teknoloji aktarımı söz konusu ise uluslararası bir ticari sözleşmeden bahsedilebilmektedir. Tüketici sözleşmelerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunması amacıyla, bu sözleşmeler açısından yabancılık unsurunun belirlenmesinde tüketicinin mutad meskenin bulunduğu yer esas alınmıştır. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması için, sözleşmenin yapıldığı yer veya edimlerin ifa yeri gibi unsurların tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede bulunması gerekmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan tüketici sözleşmeleri açısından da bu kriter esas alınmalıdır<sup>24</sup>. Tüketici açısından kanun daha zayıf konumda olan tüketiciyi koruyarak, kendisinin hayat ilişkilerinin sıklaştığı yer hukukunun uygulanması gerektiğine atıf yapmaktadır.

#### **4.1.Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Tespiti**

Kanunlar İhtilafı kurallarının en karakteristik özelliği, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerini doğrudan düzenlemeyip sadece bu hukuki ilişkilere tatbik edilecek maddi hukuku göstermeleridir. Bu sebeple, “*kanunlar ihtilafı kaidelerine gösterici kurallar (bağlama kuralları)*” denmektedir<sup>25</sup>. “*Kanunlar ihtilafının konusuna giren olayların belirli bir devlet hukukuna tabi olması, her kategori olay için bir bağlama sebebinin tespitini gerektirmektedir*”<sup>26</sup>. Bağlama konusu, hakimin çözmesi için getirilen ve o kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak çözümlenecek olan yabancılık unsuru içeren hukuki ihtilafın, yani hayat ilişkisinin kendisidir<sup>27</sup>. Bağlama noktası ise, “*bağlama konularının yani yabancılık unsuru içeren ihtilafın belirli bir devletin hukukuna bağlanarak çözümlenmesini sağlayan maddi vakialardır*”<sup>28</sup>. Bağlama noktasını bir benzetme ile daha detaylı açıklamak gerekirse, belli bir yere ulaşmak için tren, otobüs, uçak veya başka bir ulaşım aracını kullanırız. Bağlama noktası tıpkı ulaşım için kullandığımız araçlar gibidir. Somut olaya göre uygulanacak hukuka ulaşmada kullandığımız hukuki ilişkilerdir. Örneğin; Türk hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların serbestçe, açık veya örtülü olarak seçtikleri hukuk kuralları uygulanmaktadır. Tarafların iradeleri bir bağlama noktası olarak kabul

<sup>23</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.23.

<sup>24</sup> Gülin Güngör, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, AÜHFD, 1997, Sy. 1-4, s. 107; Kocasakal Özdemir, s. 117.

<sup>25</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, **a.g.e.**, s.25.

<sup>26</sup> Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 62.

<sup>27</sup> Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 35.

<sup>28</sup> Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 63.

edilmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk’da da birçok çeşit bağlama noktaları bulunmaktadır. Genel olarak kabul görmüş olan, “*vatandaşlık, mutad mesken, ikametgah, ifa yeri, ika yeri ,zararın meydana geldiği yer, taraflarca seçilen hukuk, en sıkı ilişkili hukuk gibi bağlama noktaları bulunmaktadır*”<sup>29</sup>. Maddi olayın çözümlenmesinde, hayat olayının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi, vasıflandırma olarak nitelendirilebilir<sup>30</sup>. Vasıflandırma ise, dört biçimde yapılabilir. Lex fori’ye göre, Lex causae’ya göre, bağımsız olarak ve karma olarak yapılabilir. Hakimin önüne gelen bir kanunlar ihtilafı sorununun çözerken öncelikle yapması gereken bağlama noktasını vasıflandırarak yetkili hukuk düzenine karar vermektir<sup>31</sup>.

5718 sayılı MÖHUK’un 24. maddesinde, “*sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk*” ifadesi yer almakla birlikte buradaki sözleşmenin tam olarak neleri kapsadığı açıkça belirli olmamaktadır. Miras hukuku ve aile hukuku alanlarındaki sözleşmeler farklı kanunlar ihtilafı kuralları ile düzenlenmektedir. Bu nedenle, MÖHUK m. 24 hükmünde yer alan “*sözleşme*” ifadesi ilgili maddenin devamında “*işyeri*” kavramı da yer aldığından dolayı bu madde hükmünde bulunan “*sözleşme*” ifadesinden kastın Borçlar ve Ticaret hukuku alanlarında bulunan sözleşmeler olduğu anlaşılmaktadır. Daha önce, elektronik sözleşmelerin, bir sözleşme tipi olmadığından sadece kuruluş biçimini ifade ettiğinden bahsetmiştik. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk sisteminde özel olarak düzenlenmemiş tüm sözleşme tipleri için genel kural olan MÖHUK m. 24, elektronik sözleşmeler açısından da uygulanacaktır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleridir. Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerine MÖHUK m. 26 hükümleri uygulanacaktır. Burada açıklanması gereken bir diğer nokta ise şudur: MÖHUK m. 26 hükmü iki aşamada incelenmelidir. İlk aşama, subjektif bağlama noktası yani tarafların serbest iradeleridir. Bu durumda ilgili madde hükmünde yer alan tüketicinin mutad meskeni hukukunun saklı kalması kaydı sağlanıyor ise, tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Tarafların bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda, MÖHUK m. 26/2 hükmünde bulunan koşullar sağlanıyorsa tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacak, ilgili koşulların somut olayda bulunmaması durumunda sözleşmeler açısından genel bağlama kuralı olan MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, MÖHUK m. 24/4 hükmü ile kanun koyucu, paket turlar hariç olmak üzere taşıma sözleşmelerini ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeleri MÖHUK m. 26 hükmü kapsamından ayırı tutmaktadır.

---

<sup>29</sup>İlyas Arslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.101-102.

<sup>30</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, **a.g.e.** , s. 41.

<sup>31</sup> Vasıflandırma hakkında detaylı bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 2019, s.49 vd. , Çelikel ve Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 2016, s. 74-88, Çelikel, Nomer, Giray ve Esen, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, 2014, s.318 vd.

#### 4.1.1. Sübjektif Bağlama Noktalarına Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

MÖHUK m. 24 sistemine göre; öncelik tarafların serbest iradesidir. Bu nedenle taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku kendileri serbestçe belirleyebilirler. Tarafların serbest iradeleri ile belirledikleri uygulanacak hukuk, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça seçtikleri ülke hukukunun maddi hukuk kurallarıdır<sup>32</sup> Hukuk seçimi açık veya zımnî olarak yapılabilir<sup>33</sup>. Ancak zımnî hukuk seçimi, şüpheye veya tereddüde yer vermeyecek mahalde yapılmalıdır<sup>34</sup>. Tarafların diledikleri devletin hukukunu seçmeleri konusunda hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Milletlerarası bir sözleşmenin altına imza atan tarafların kendi haklarını en iyi şekilde koruyacak olan devletin hukukunu basiretli birer tacir olarak seçebilecekleri farz edilmiştir. Tarafların sözleşmeye tatbik edilecek hukuku seçmeleri halinde bu hukuk sözleşmenin bütüne tatbik edilebileceği gibi bir kısmına da tatbik edilebilecektir (MÖHUK m.24/2). Elektronik sözleşmenin de esasen diğer klasik sözleşmelerden farklı olmadığı sadece internet aracılığı ile kurulduğu için elektronik sözleşme olarak adlandırıldığından bahsetmiştik. Bu nedenle, MÖHUK m. 24/1 hükmü elektronik sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK m. 24, kanunda özel olarak düzenlenmemiş bütün sözleşmeler açısından geçerlidir<sup>35</sup>. Ancak, daha zayıf konumda olan tüketicilerin korunması için kanun koyucu MÖHUK m. 26/1 hükmü ile bu yönde bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeye göre, tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacaktır (m. 26/1).

Avrupa Birliği ülkelerinde sözleşmeye uygulanacak hukuk, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü<sup>36</sup>” hükümlerine göre tespit edilmektedir. Tüzükler, tüm üye devletler açısından bağlayıcı olup “tümüyle” birlikte doğrudan doğruya uygulanırlar<sup>37</sup>. Bu nedenle “Roma I Tüzüğü Avrupa Birliği üyesi ülkelerde doğrudan doğruya uygulanacaktır. Roma I Tüzüğü m. 3 hükmüne göre, sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca açık veya zımnî olarak serbestçe tayin edilebilecektir. Dolayısıyla, tıpkı MÖHUK’ da sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlenme sisteminde olduğu gibi bağlama

<sup>32</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 273-281); Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.314-317, Çelikel ve Erdem, **a.g.e.** (2014), s 341.

<sup>33</sup> Açık ve Zımnî hukuk seçimi hakkında detaylı bilgi için bkz. İlyas Arslan, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, MHB, 2013/2, 5 vd.

<sup>34</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figenmeşe, **a.g.e.** (2019), s. 276

<sup>35</sup> Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010,s. 295.

<sup>36</sup> Council Regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations ( Rome I). OJ L 177, 6, 04.07.2008.

<sup>37</sup> Ergun Özsunay, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye- AB İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 117.

noktası ilk olarak tarafların serbest iradesidir<sup>38</sup>. Roma I Tüzüğü m. 3/3 de ise, hukuk seçimi yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının tarafların seçtiği hukuk uyarınca yetkili kılınan ülkeden başka bir ülkede olması halinde hukuk seçimi, bu ülkenin hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Türk Hukukunda bu şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Roma I Tüzüğü m.3/4 hükmüne göre, “*taraflar uygulanacak hukuku üye devletler dışındaki bir ülke hukuku olarak seçmişler ise ve hukuk seçimi yapıldığı sırada somut olayın unsurlarının bir veya birden fazla üye ülkede bulunması halinde mahkemenin bulunduğu üye devletin ülkesinde bulunan uygulamaya uygun olduğu takdirde Topluluk Hukuku emredici kurallarının uygulanmasına engel teşkil etmez*”.

Roma I Tüzüğü m. 20 uyarınca, tarafların seçtikleri hukukun sadece maddi hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Roma I Tüzüğü yalnızca sözleşmelere uygulanacak hukuk meselesini düzenlemiş, mahkemelerin yetkisine yönelik bir düzenleme getirmemektedir<sup>39</sup>.

#### 4.2.2. Objektif Bağlama Noktalarına Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

Tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri durumunda ise sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama noktalarına göre belirlenecektir<sup>40</sup>. Genel hüküm olan sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 24’e bakılması gerekmektedir. “5718 sayılı MÖHUK’un 24. maddesi genel olarak akdi borç ilişkilerini düzenlemekle birlikte, özelliği olan ve genel hükümden ayrı olarak özel hükümle düzenlenmesinin yerinde olacağı doktrin tarafından ifade edilen bazı milletlerarası akit tipleri ise, modern devletler özel hukuku kanunları ve bu konudaki en önemli milletlerarası sözleşme olan “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi”nin düzenlemesine paralel olarak ayrı özel hükümler ile düzenlenmiştir<sup>41</sup>. Bu maddenin yorumu sözleşme açısından çok önemlidir. Maddede, öncelikli olarak taraf iradelerinin göz önünde bulundurulması, tarafların müşterek bir iradesinin söz konusu olmadığı durumlarda ise, MÖHUK m. 24/4’de yer alan objektif bağlama noktalarının en sıkı ilişkili hukuku bulmada yol göstereceği düzenlenmektedir<sup>42</sup>. MÖHUK m. 24/4’e göre, “karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku” sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuktur<sup>43</sup>. Ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise “karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukuku”, işyerinin bulunmaması durumunda ise yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyerinin

<sup>38</sup> Merve Acun-Mekengeç, Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.177.

<sup>39</sup> Çelikel ve Erdem, a.g.e. (2016), s. 340

<sup>40</sup> Şanlı, Esen ve Ataman- Figenmeşe, a.g.e. (2019), s. 290-296.

<sup>41</sup> Çelikel ve Erdem, a.g.e. (2016), s. 356.

<sup>42</sup> Çelikel ve Erdem, a.g.e. (2012), s. 339.

<sup>43</sup> Çelikel ve Erdem, a.g.e. (2016), s. 356.

bulunması durumunda ise ilgili sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuktur. Tarafların sözleşmeye tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamaları halinde, objektif bağlama kuralı olan sözleşmeye tatbik edilecek en sıkı ilişkili hukuka ulaşmak için ise öncelikle karakteristik edimi saptamak gerekir<sup>44</sup>.

Sözleşmeler için genel bağlama kuralı olarak kabul edilen “*en sıkı ilişki*”, maddenin IV. fıkrasında “*karakteristik edim*” kavramında somutlaşmıştır<sup>45</sup>. “Sözleşmenin asıl yapıma nedeni olan bu edim, sözleşmeye rengini veren, adını veren, türünü belirleyen, sözleşmede bariz ve üstün bir rol oynayan, sözleşmeye damgasını vuran edimdir”<sup>46</sup>.

MÖHUK’ un 24. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde ise, hâkime somut olayda objektif bağlama kuralına nazaran sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukuku serbestçe uygulama imkânı veren gerçek bir istisna kuralı getirilmiştir<sup>47</sup>. Madde hükmüne göre, durumun bütün şartlarına göre sözleşmeyle “daha sıkı ilişkili bir hukuk” un bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olacaktır.

Başka ülkelerin hukuk sistemlerine bakıldığında yine ülkemizdeki düzenlemeye paralel olarak, tüketicinin sürekli olarak yaşadığı ve kendisini koruyucu hükümlerini daha iyi bildiği kabul edilen, mutad meskenin bulunduğu yer hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir<sup>48</sup>. MÖHUK m. 26’da da buna paralel olarak, objektif bağlama kuralı “tüketicinin mutad meskeni hukuku” olarak düzenlenmektedir. MÖHUK m.26/1 hükmünde tarafların serbest iradesi ile hukuk seçimi kabul edilmiş, fakat buna ek olarak tüketicinin korunması amacıyla tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari koruma düzeyinin sağladığı koruma kaydıyla sınırlı bir hukuk seçimi düzenlenmektedir. Tarafların bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda ise, kanun koyucu objektif bağlama kuralı olarak “tüketicinin mutad meskeni hukuku” nu düzenlemiş fakat bu hukukun uygulanması içinde belli şartlar getirmiştir. İlgili madde hükmünde bulunan şartlar şu şekildedir:

“ (...)

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*

<sup>44</sup> Çelikel ve Erdem, **a.g.e.** (2012), s.339.

<sup>45</sup> Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 316.

<sup>46</sup> Gabriella Kaufmann-Kohler, La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse, ", Annuaire suisse de droit international, C. 45, 1989, s.198

<sup>47</sup> Çelikel ve Erdem, **a.g.e.** (2016), s. 360

<sup>48</sup> Doğan, **a.g.e.** , s. 4.

*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,”.*

Bu şartların bulunması durumunda MÖHUK m. 26/2 uygulama alanı bulacaktır. Başka bir deyişle, tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için, tüketici ile sözleşme tarafı olan tacirin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik aktif bir faaliyette bulunması, tüketicinin siparişinin mutad mesken ülkesinde alınmış olması veya tüketici ve tacir arasında yapılan sözleşmenin özel olarak mutad mesken ülkesine yapılan gezi sırasında kurulmuş olması gerekmektedir. Bu şartlar sağlanmaz ise, bu durumda her ne kadar sözleşme tüketici sözleşmesi de olsa genel bağlama kuralı olan MÖHUK m.24 uygulanacaktır. MÖHUK m. 26/3 hükmünde ise tüketici sözleşmelerine uygulanacak olan şekil de özel olarak düzenlenmektedir. MÖHUK m.26/4 ‘de ise maddenin kapsamında olmayan sözleşmeler özel olarak düzenlenmektedir<sup>49</sup>. Paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeler kapsam dışı bırakılmıştır. Taşıma sözleşmeleri MÖHUK m. 29’da özel olarak düzenlenmiş olup bu hükümler uygulanacaktır. Paket tur sözleşmeleri ise tüketici sözleşmeleri kapsamına alınmış olup MÖHUK m. 26 uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, madde kapsamından çıkarılan diğer sözleşmelere ise MÖHUK m. 24 uygulanacaktır.

Roma I Tüzüğü’nde tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemeleri durumu m. 4 ile düzenlenmektedir. Roma I Tüzüğü m.4/1 uyarınca; “tarafların 3 üncü madde uyarınca hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda ve 5 ila 8 inci maddelerdeki hükümler saklı kalmak şartıyla sözleşmeye uygulanacak hukuk şu şekilde belirlenecektir:

*a. Mal satımına ilişkin sözleşmeler, satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*

*b. Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler, hizmeti sağlayanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*

*c. Taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmaz malın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*

*d.( c) bendine bakılmaksızın, bir taşınmazın özel kullanımına ilişkin birbirini izleyen altı aydan daha uzun süreli olmayan kira sözleşmeleri, kiracının gerçek*

---

<sup>49</sup> Çelikel ve Erdem, a.g.e. (2016), s. 381.

*kişi olması ve mutad meskeninin o ülkede bulunması şartıyla kiralayanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*

*e. Franchise sözleşmeleri, franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*

*f. Distribütörlük sözleşmeleri, distribütörün mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*

*g. Müzayede ile mal satımına ilişkin sözleşmeler, bu yerin belirlenebilir olması kaydıyla, müzayedenin yapıldığı ülke hukukuna tâbidir,*

*h. 2004/39/EC Direktifinin 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının 17 nci bendinde tanımlanmış olan, emredici kurallara uygun olarak ve tek bir hukuk tarafından idare edilen, yatırım araçlarının alım ve satımına ilişkin üçüncü kişilerin menfaatlerini bir araya getiren veya bu menfaatlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran çok taraflı bir sistem altında yapılan sözleşmeler bu hukuka tâbidir<sup>50</sup>.*

İlgili maddede, sözleşmede doğan ilişkinin birinci fıkra kapsamına girmemesi veya sözleşmenin unsurlarının birinci fıkranın (a) ila (h) bentleri dahil olmak üzere bu bentler arasında yer alan hükümlerden birden fazlasının kapsamına girmesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanması gerektiği düzenlenmektedir<sup>51</sup>. Son olarak, Roma 1 Tüzüğü m. 4/3 hükmüne göre, sözleşmenin başka bir hukukla daha yakın ilişkili olduğu sonucuna varılırsa sözleşmeye daha yakın ilişkili olduğu tespit edilen hukuk uygulanacaktır. Son fıkrada ise, uygulanacak hukukun m. 4/1-2 hükümlerine göre tespit edilemesi halinde sözleşmeye en sıkı bağlantılı ülke hukukunun uygulanması düzenlenmektedir.

---

<sup>50</sup> Acun-Mekengeç, **a.g.e.** , s. 180.

<sup>51</sup> **a.g.e.**

## **SONUÇ**

Elektronik sözleşme kavramı esasen bir sözleşme türünü ifade etmemektedir. Elektronik sözleşme kavramı sadece sözleşmenin kurulmasında veya ifasında internetin ve elektronik ortamın kullanıldığını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Elektronik sözleşme özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme tipi olmadığından tıpkı diğer sözleşmeler gibi sözleşmelerin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an konularında Borçlar Kanunu'nda yer alan somut olaya uygun olan hükümler elektronik sözleşmeler açısından da uygulanacaktır. Elektronik sözleşmelerde öneri yapılırken web sitesi veya elektronik posta gibi elektronik ortamda bulunan farklı iletişim araçları kullanılmaktadır. Öneri yapılırken, klasik iletişim araçları dışında farklı iletişim araçları kullanılması Borçlar Hukuku'nda bir beyanın öneri niteliği taşıması için aranan şartların web sitesi veya elektronik posta aracılığıyla açıklanan irade beyanları için de geçerli olmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla web sitelerinde yer alan bilgiler, sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunan tarafın yapmış olduğu teklifi ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermemesi durumunda öneridir.

Elektronik sözleşmeler, hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası elektronik sözleşmeler olarak kullanılan iletişim araçlarına göre iki şekilde değerlendirilerek ayırım yapılabilir. Bununla birlikte elektronik sözleşmeler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile ayrı bir nitelendirilme yapılarak mesafeli sözleşme olarak düzenlenmektedir. Elektronik sözleşmelerde yabancılık unsuru bulunması durumunda, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili özel bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Bu nedenle MÖHUK kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku belirlemek için kullandığı kriterler elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. İlk olarak sözleşmenin vasıflandırılması gerekmektedir. Eğer sözleşme bir tüketici sözleşmesi ise bu durumda MÖHUK m.26 bir uygulama alanı bulacak ve ilk olarak taraf iradelerine bakılacaktır fakat burada tarafların iradeleri ile uygulanması için seçtikleri hukukun tüketici koruması tüketicinin mutad meskeni hukukunun asgari tüketici korumasından az olmamalıdır. Taraflar tüketici sözleşmeleri için açık veya zımni olarak bir hukuk seçimi yapmamışlarsa bu durumda tüketicinin mutad meskeni hukuku objektif bağlama kuralı olarak belirlenmiş fakat MÖHUK m.26/2 de bazı şartlara tabi tutularak bu şartları sağlayamayan tüketici sözleşmeleri açısından da akitler için genel kural olan MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK' de özel olarak düzenlenmeyen akit tipleri için ise, sözleşmeler için genel kural olan MÖHUK m.24 uygulanacaktır. MÖHUK m.24/1, tarafların serbest iradeleri ile açık veya zımni hukuk seçimini kabul etmiştir. MÖHUK m. 24/4 hükmünde ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumu düzenlenmektedir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda, bağlama noktası "en sıkı ilişkili hukuk" olarak düzenlenmektedir. MÖHUK m. 24/4 ise, en sıkı ilişkili hukuk olarak "karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku" 'nu kabul etmektedir. Hükmün devamında ise, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan



sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukunu bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukunu, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunu en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul etmiştir. Ancak kanun koyucu tüm bunlara rağmen MÖHUK m. 24/4 son cümlesi ile bir istisna kuralı getirerek hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur düzenlemesini getirerek sözleşmenin unsurları veya ifası açısından daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda bu hukuk sözleşmeye uygulanır. Avrupa Birliği Hukuku açısından sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan Roma I Tüzüğü m.3’de ise öncelikle tarafların iradesine bakılması gerektiği eğer taraflar açık veya zımnî bir hukuk seçimi yaparak bir ülke hukukunu seçtilerse uygulanacak hukuk olarak bu hukukun kabul edilmesine dair düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme Türk Hukuku açısından sözleşmeler açısından kabul edilen irade prensibine paralel bir düzenlemedir. Roma I Tüzüğü m.4 ise tarafların açıkça bir hukuk seçimi yapmaması durumunu düzenlemektedir. Bu durumda madde hükmü, tıpkı bir kanunlar ihtilafı kuralı gibi her bir akit tipi için özel düzenlemeler yapmaktadır. Tüm bu durumlar değerlendirildiğinde, elektronik sözleşmeler özellikle küreselleşmenin artması ve tarafların bazı mücbir sebepler nedeniyle (Örneğin; günümüzde salgın hastalık olan Covid-19 nedeniyle) yüz yüze gelmelerinin mümkün olmadığı veya tarafların tercih etmediği durumlarda, daha çok kullanılmakta ve önem arz etmektedir. Bununla birlikte, elektronik ortamda yeni sektörlerin ortaya çıkışı ile birlikte elektronik ortamda yapılan sözleşme türleri ve sayıları da günden güne artış göstermektedir. Bu nedenle hem iç hukuk açısından hem de milletlerarası özel hukuk açısından elektronik ortamda yapılan bu sözleşmelere yönelik özel düzenlemeler getirilmesi taraflar açısından belirsizliği ve karmaşıklığı ortadan kaldıracaktır.

## **KAYNAKÇA**

Acun- Mekengeç, M. (2014), Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri, İstanbul, On İki levha Yayıncılık.

Altınışık, U. (2003), Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları.

Arslan, İ. (2014), Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Çelikel, A. & Erdem, B. (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Çelikel, A. & Erdem, B. (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Çelikel, A. & Nomer, E. & Giray, F. K. & Esen, E. (2014), Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Demirkol, B. (2010). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Doğan, V. (2010), Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Eren, F. (2019), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları.

Falcioglu, M. Ö. (2004), Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara, Yetkin Yayınları.

Güngör, G., (1997), "İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-4, s. 101-120 (Elektronik Tüketici Akitleri).

Kaufmann-Kohler, G. (1989), La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse, ", Annuaire suisse de droit international, C. 45.

Kayıhan, Ş. & Yıldız, H., (2004), Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu, İstanbul, Seçkin Yayıncılık.

Kocasakal Özdemir, H., (2010), Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK.m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.MHB.Y.30,S.1-2.

Kocayusufpaşaoğlu, N. (2010), Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Kaufmann-Kohler, La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse, ", Annuaire suisse de

droit international, C. 45, 1989, s.198

Nomer, E. (2015), Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, Beta Basım.

Nomer, E. (2011), Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, Beta Basım.

Nomer, H. (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.

Oğuzman, M.& Öz, T. (2018), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Öngören, G. (2006), İnternet Hukuku, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları.

Özsunay, E. (2015), Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye- AB İlişkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Öztañ, B. (2014), Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, Turhan Kitabevi.

Sağlam, İ. (2007), Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Legal Kitabevi.

Şanlı, C. & Esen, E.& Ataman- Figenmeşe, İ. (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şanlı, C. & Esen, E. & Ataman- Figenmeşe, İ. (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şeker, M. (2012), “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 11-22, 127-155.

Tekinalp, G. (2009), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat Kitapçılık.