

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK
HUKUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mustafa Cemre CAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

ARALIK 2022

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK
HUKUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mustafa Cemre CAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

ARALIK 2022

ÖNSÖZ

Elinizdeki (aslında büyük ihtimalle ekranınızdaki) bu çalışma öğrencisi olduğum Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak savunulmak üzere 2020 yılı Haziran ayı ile 2022 yılı Aralık ayları arasında hazırlanmıştır. Çalışmanın yazarı bir tane olsa da üzerinde emeği olan birden fazla insan bulunmaktadır.

Öncelikle, tez danışmanım olmayı kabul ederek beni onurlandıran sayın hocam Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a en içten teşekkürlerimi arz etmek isterim. Bir çıraklık eseri sayılabilecek olan bu çalışmayı birden fazla kez okuyan, hatalarıma işaret ederek metindeki yazınsal ve akademik noksanları düzeltmeme imkan veren kıymetli hocama minnettarım.

Bizzat bu akademik çalışmanın konusunu öneren, beni bu alanda kendimi geliştirmeye teşvik eden kürsü hocam sayın Doç. Dr. Talat Kaya'ya ne kadar teşekkür etsem azdır. Tezin yazım sürecinde kendisiyle yaptığımız fikir alışverişleri dönemsel olarak yaşanan tikanıklıklarına deva olduğu gibi tezin zenginleşmesine de hizmet etmiştir.

Tez savunma jürisinde yer alarak beni onurlandıran, özellikle çalışmanın maddi hukuk kısmıyla alakalı kıymetli değerlendirmeleriyle tezin yekpare bir hale gelmesine katkıda bulunan sayın hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem'e minnettarım.

Asistanlık görevimin gerektirdiği vazifeleri yerine getirirken bana kolaylıklar sağlayan ve tezimi yetiştirmek üzere zamana ihtiyaç duyduğum anlarda bana alan tanıyan kürsü hocam sayın Dr. Erman Eroğlu'na teşekkür borçluyum. Ayrıca, çalıştığım fakültede 2021-2022 yılları arasında görevlendirilmiş olan ve kürsümüzde yaptığımız iş bölümü sayesinde bana o dönem nefes aldırان sevgili meslektaşım Arş. Gör. Talha Genç'e de minnettarım.

İhtiyaç duyduğum akademik kaynakları temin etme hususunda her daim yardımcı olan kıymetli arkadaşlarım Arş. Gör. Abdullah Harun Korkmaz, Av. Yunus Çelik ve Av. Abdulkadir Göksal'a teşekkürlerimi sunmak isterim. Fransızca'ya yapılması gereken

Çevirilerde imdadıma yetişen sevgili arkadaşlarım Ahmet Selim Kızılay ve Mustafa Barlas’a da teşekkür borçluyum.

Emeklerine ve sevgilerine karşılık vermek mümkün olmasa da annem Filiz Can ve babam Ali Can’ın ellerinden öperek bana sağladıkları her şey için minnettar olduğumu bir kez de burada ifade etmek isterim. Kardeşim Mehmet Emre Can ve eşi Sümeyye Şehide Can’a maddi ve manevi her türlü destekleri için şükran borçluyum.

Son olarak, yüksek lisans öğrencisi olduğum dönem boyunca burs desteğinde bulunan BİDEB 2210 Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Programı için TÜBİTAK’a müteşekkiri olduğumu belirtmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
KISALTMALAR	viii
RESUME	xii
ABSTRACT	xxi
ÖZET	xxx
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	6
BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİ	6
I. BULUT BİLİŞİM KAVRAMI	6
A. Bulut Bilişimin Tanımı ve Temel Özellikleri	6
B. Bulut Bilişimin Ortaya Çıkışı	9
C. Bulut Bilişim Hizmet Modelleri	16
1. Altyapı Hizmeti.....	18
2. Platform Hizmeti.....	20
3. Yazılım Hizmeti.....	21
D. Bulut Bilişim Kullanım Modelleri.....	23
1. Genel Bulut	23
2. Özel Bulut	24
3. Topluluk Bulutu.....	26
4. Karma Bulut.....	27
II. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ	27
A. Genel Olarak Bulut Bilişim Sözleşmeleri.....	28
B. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Taraflar	32
1. Altyapı Sağlayıcı.....	33
2. Platform Sağlayıcı.....	34
3. Yazılım Sağlayıcı.....	35
4. Son Kullanıcı	35
C. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Tarafların Borçları	36
1. Genel Olarak	36
2. Hizmet Sağlayıcının Borçları.....	37
3. Kullanıcıların Borçları	41
D. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	43

1. Genel Olarak	43
2. Türk Hukukunda Sözleşmelerin Tasnifine İlişkin Benimsenen Kriterler Bakımından Bulut Bilişim Sözleşmeleri	45
a. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Olması	46
b. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin İsimsiz Sözleşmelerden Olması	54
c. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Sürekli Sözleşmelerden Olması	65
III. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI	67
A. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde İcap ve Kabul	67
B. Türk Hukuku Açısından Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Kurulması	72
IV. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI DENETİMİ	78
A. Genel Açıklama	79
B. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarına İlişkin Mevcut Yasal Düzenlemelerin Uygulama Alanı	81
C. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yürürlük Denetimi	86
D. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yorum Denetimi	94
E. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinde İçerik Denetimi	97
1. Tacirler Arasında Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde İçerik Denetimi 98	
2. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Haksız Şart Denetimi 101	
İKİNCİ BÖLÜM	105
BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK	105
I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİ	105
A. Genel Açıklama	105
B. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Milletlerarası Niteliği	109
1. Genel Olarak	109
2. Yabancılık Unsuru İçeren Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Tespiti	113
C. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Vasıflandırılması	116
1. Genel Olarak	116
2. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Konusuna Göre Vasıflandırılması	119
3. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Tarafların Kullanım Amacına Göre Vasıflandırılması	120

a. MÖHUK Madde 24 ile Madde 26 Arasındaki Ayrım: Adi İş-Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı	120
b. Altyapı Hizmeti (IaaS) ve Platform Hizmeti (PaaS) Sözleşmelerinin Vasıflandırılması	126
c. Yazılım Hizmeti (SaaS) Sözleşmelerinin Vasıflandırılması.....	128
II. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU VE GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK.....	133
A. Genel Açıklama	134
B. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Kuruluşuna Uygulanacak Hukuk	137
C. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	142
III. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK.....	143
A. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	143
1. Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin MÖHUK Madde 24 Kuralı	144
2. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Subjektif Yönteme Göre Belirlenmesi.....	146
a. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmalarına Etki Tanınması	148
b. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmalarının Kuruluşu ve Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	153
3. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Objektif Yönteme Göre Belirlenmesi	158
a. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde En Sıkı İlişkili Hukukun Tespiti	159
b. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Daha Sıkı İlişkili Hukukun Tespiti	178
4. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kurallar	181
a. Genel Açıklama.....	181
b. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmeleri Bakımından Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	185
c. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmeleri Bakımından Üçüncü Ülkelerin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	194
B. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	197
1. Genel Açıklama	197

2. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinin MÖHUK Madde 26 Kapsamına Girmesi.....	203
a. Bulut Bilişim Sözleşmesinin Tüketiciciye Gönderilen Özel Bir Davet Üzerine veya İlan Sonucunda Kurulmuş Olması.....	207
b. Bulut Bilişim Sözleşmesinin Kurulması İçin Tüketici Tarafından Yapılması Gerekli Hukuki Fiillerin Tüketicinin Mutad Meskeni Ülkesinde Gerçekleştirilmesi.....	219
3. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Subjektif Yönteme Göre Belirlenmesi.....	221
a. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi ve Haksız Şart Denetimi.....	223
b. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmalarının Kuruluşu ve Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	228
c. Geçerli Bir Hukuk Seçiminin Varlığı Halinde Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk.....	230
4. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Objektif Yöntemle Tespiti	239
5. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kurallar	243
SONUÇ	246
KAYNAKÇA.....	250

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ARPA	: Advanced Research Projects Agency
AUP	: Acceptable Use Policy
ASP	: Application Service Provider
AWS	: Amazon Web Services
BM	: Birleşmiş Milletler
B2A	: Business to Administration
B2B	: Business to Business
B2C	: Business to Consumer
C2C	: Consumer to Consumer
CaaS	: Computation as a Service
CESL	: Common European Sales Law

CERN	: Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire
DaaS	: Data as a Service
Dijital İçerik Direktifi	: 2019/770 Sayılı Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sağlanmasıyla İlgili Sözleşmelere Dair Bazı Hususlara İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi
e-Gizlilik Direktifi	: 2002/58 Sayılı Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Direktifi
Elektronik Ticaret Direktifi	: 2000/31 Sayılı Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktif
ETDHK	: Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
eTKHK	: eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
EULA	: End User Licence Agreement
IaaS	: Infrastructure as a Service
KOBİ	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletme
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

NIST	: National Institute of Standards and Technology
P2B Tüzüğü	: 2019/1150 Sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adilliği ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye İlişkin Tüzük
PaaS	: Platform as a Service
Roma I Tüzüğü	: Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593 / 2008 Numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü
Roma Konvansiyonu	: 19 Haziran 1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon
SaaS	: Software as a Service
SLA	: Service Level Agreement
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
ToS	: Terms of Service
TSHŞHY	: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UCC : Uniform Commercial Code

UNCITRAL : United Nations Commission On International Trade Law

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Projesi

VPN : Virtual Private Network

RESUME

L'objet de cette étude, qui est préparée comme une thèse de maîtrise, est l'activité de détermination de la loi applicable aux contrats de cloud computing. Le cloud computing est un modèle commercial dans lequel la capacité de calcul et les fonctions informatiques qui sont mises en service via des centres de données situés dans des emplacements distribués à travers le monde sont proposées aux clients qui en font la demande via Internet. Le terme contrat de cloud computing est utilisé pour exprimer l'ensemble des contrats conclus en vue d'acquérir des services virtuels dont la technologie de cloud computing constitue l'infrastructure. Les fournisseurs de services de cloud computing fournissent principalement des services sur Internet à l'échelle mondiale et nouent des relations juridiques avec des clients de différentes nationalités établis dans différents pays par le biais des dispositions contractuelles types qu'ils concluent unilatéralement. Dans notre étude, les aspects techniques de la technologie du cloud computing, les caractéristiques des contrats de cloud computing et la loi applicable aux contrats de cloud computing sont examinés.

L'histoire du cloud computing commence simultanément avec l'émergence d'Internet en tant que phénomène. Il est indiqué que le but ultime des chercheurs à la tête du développement d'Internet est l'idée de fournir des ressources d'information en tant que service public sur une connexion de réseau mondial. A l'égard de cet objectif, les technologies modèles appelées cluster computing et grid computing ont été les technologies Internet de première génération. Pour le dire brièvement, dans le cluster computing, les équipements informatiques situés au même endroit sont connectés les uns aux autres via une connexion réseau et une plus grande ressource d'informations est créée, tandis que dans le calcul en grille, les équipements informatiques situés à différents endroits sont connectés les uns aux autres via une connexion réseau créant un pool de ressources informatiques distribuées. Les caractéristiques les plus importantes des technologies de l'information de première génération susmentionnées sont qu'elles sont mises en service principalement à des fins scientifiques et professionnelles, et le moment

où l'objectif d'utilisation commence à se transformer en objectifs commerciaux représente l'émergence des technologies d'informatique en nuage. Dans le cloud computing, contrairement au cluster computing, les ressources informatiques sont créées via des centres de données distribués dans le monde entier, tandis que le point le plus important qui distingue le cloud computing du grid computing est que chaque ressource informatique est indépendante dans le grid computing, alors que dans le cloud computing, il y a un seul propriétaire de centres de données distribués.

Le cloud computing est le nom donné au modèle d'entreprise dans lequel le pool de ressources d'information, qui se forme à l'échelle mondiale via des centres de données situés dans différentes parties du monde, est proposé en tant que service à des fins commerciales et dans le but d'obtenir des avantages économiques pour les clients qui en font la demande. Aujourd'hui, les principaux fournisseurs de services de cloud computing sont des entreprises américaines telles qu'Amazon, Microsoft, Google et des entreprises chinoises telles qu'Alibaba et Tencent. Ces entreprises peuvent offrir des services de cloud computing sous de nombreux types et formes différents. Dans la doctrine, les modèles de services de cloud computing sont examinés sous trois rubriques : infrastructure en tant que service, plate-forme en tant que service et logiciel en tant que service. Le service d'infrastructure consiste en la mise à disposition d'une infrastructure informatique brute et, en ce sens, de fonctions informatiques de base aux clients qui en font la demande via Internet. Contrairement au service d'infrastructure, dans le service de plate-forme, au lieu d'une infrastructure informatique brute, un service plus structuré est proposé en proposant divers outils de programmation et logiciels aux clients en plus des fonctions informatiques de base. Enfin, dans le service logiciel, divers services virtuels développés sur l'infrastructure de cloud computing sont proposés aux utilisateurs finaux. Dans cette triple structure de modèles de services de cloud computing, il y a le modèle de service d'infrastructure à la couche inférieure et le modèle de service logiciel à la couche supérieure. Alors que l'intensité du service offert augmente à mesure que vous passez de la couche la plus basse aux couches supérieures, le pouvoir des clients d'apporter des modifications à l'infrastructure augmente à mesure qu'ils descendent des couches supérieures vers les couches inférieures.

Étant donné que les services de cloud computing sont proposés sur Internet, les contrats pour ces services sont également conclus en cliquant sur Internet (clickwrap) ou en donnant la possibilité de parcourir le contrat (browsewrap). Les contrats de cloud computing sont des contrats standard avec des conditions générales de transaction. En pratique, ces accords se composent de textes tels que les conditions d'utilisation, les accords de niveau de service, les accords de politique d'utilisation acceptable et la politique de confidentialité. Les contrats de cloud computing sont proposés unilatéralement aux utilisateurs au début de la fourniture du service, à prendre ou à laisser, et les utilisateurs n'ont pas la possibilité de négocier les termes du contrat.

Le fournisseur d'infrastructure, le fournisseur de plate-forme ou le fournisseur de logiciel peuvent constituer l'une des parties des contrats de cloud computing en tant que fournisseurs de services. Les clients, d'autre part, peuvent être des fournisseurs de services logiciels qui reçoivent des services de cloud computing de la part de fournisseurs de services d'infrastructure ou de plate-forme, ainsi que des utilisateurs individuels ou professionnels qui sont des utilisateurs finaux et utilisent les services de cloud computing pour leurs besoins personnels ou pour leurs besoins commerciaux où. Activités professionnelles. L'obligation principale des prestataires de services dans les contrats de cloud computing est de fournir le service de cloud computing l'objet du contrat, de manière ininterrompue. La dette des utilisateurs est de payer la redevance déterminée dans les contrats de cloud computing conclus à titre onéreux, et de consentir à l'utilisation de leurs données personnelles à des fins commerciales dans les contrats conclus en contrepartie de l'utilisation de données personnelles. Outre ces obligations de base, les deux parties au contrat peuvent avoir diverses obligations de la nature d'obligations de prestation primaires ou secondaires.

Les contrats de cloud computing ne sont pas réglementés comme un type de contrat distinct dans la législation turque et d'autres lois nationales. Cela nous amène à la conclusion que les contrats de cloud computing sont des contrats innommés. Les dettes

du prestataire dans les contrats de cloud computing étant principalement constituées d'actes de service, il est possible de qualifier ces contrats comme de contrats de service innommés. Étant donné que dans le système TBK, les règles concernant les contrats de mandat dans le domaine des contrats anonymes innommés sont reconnues comme des dispositions générales, les dispositions du TBK concernant les contrats de mandat peuvent être appliquées aux contrats de cloud computing dans la mesure où elles sont appropriées dans leur nature. Les contrats de cloud computing sont dans la catégorie des contrats synallagmatiques, imposant des dettes aux deux parties en termes de relation d'exécution du contrat, et dans le groupe des contrats à durée indéterminée en termes de durée.

Étant donné que les contrats de cloud computing apparaissent principalement comme des contrats types contenant des conditions générales de transaction, ces contrats sont candidats à l'examen des conditions générales de transaction réglementé par le TBK et à l'examen des clauses abusives réglementé par le TKHK. En termes d'application des conditions générales de transaction, il a été évalué que les contrats de cloud computing conclus avec les consommateurs peuvent faire l'objet de sanctions dans les cas où ils ne sont pas rédigés dans la langue maternelle du consommateur. En dehors de cela, il est également important que les dispositions du contrat soient portées à la connaissance du consommateur au début de la prestation de service d'une manière facilement accessible. En matière de contrôle de l'interprétation, il a été souligné que les termes des contrats de cloud computing, dont le sens ne peut être déterminé, peuvent être interprétés contre le fournisseur de services et en faveur des clients. Une distinction a été opérée entre les contrats de cloud computing conclus entre commerçants et les contrats de cloud computing ayant le caractère de contrats de consommation en termes de contrôle du contenu des conditions générales de transaction. Il a été souligné que le seuil de manquement à la bonne foi sera maintenu élevé dans le contrôle du contenu en termes de contrats de cloud computing conclus entre commerçants. En ce qui concerne les contrats de cloud computing conclus avec les consommateurs, l'application du contrôle des clauses abusives dans les dispositions TKHK et TSHŞHY a été examinée. Cependant, il ne faut pas oublier que pour que le contrôle des conditions générales de transaction et le contrôle des clauses abusives s'appliquent aux contrats d'informatique en nuage comme en droit

turc, la loi à appliquer au contrat doit être déterminée comme étant la loi turque ou les règles spéciales de conflit doit autoriser les règles individuelles de droit matériel du droit turc.

Dans le deuxième chapitre, la loi applicable aux contrats d'informatique en nuage a été tentée d'être expliquée à la lumière du conflit de lois turc et en utilisant les instruments de droit international privé de l'UE. Tout d'abord, il a été souligné que les contrats de cloud computing sont structurellement des contrats internationaux, et il est souligné que la loi à appliquer à ces contrats, qui seront considérés comme des contrats contenant des éléments étrangers devant les tribunaux turcs, sera déterminée par la méthode des conflits de lois. Le point de départ de l'analyse des conflits de lois étant de qualifier la relation juridique de l'objet du litige, il a été expliqué comment les contrats de cloud computing peuvent être qualifiés en termes d'objet et de parties. En conséquence, s'agissant de contrats de dette innommés au regard des contrats de cloud computing, ils relèvent du champ d'application des dispositions générales et particulières relatives à la loi applicable aux relations de dette découlant du contrat régi par le MÖHUK.

Il a été conclu que les contrats de cloud computing peuvent être qualifiés de contrats conclus pour des activités commerciales ou professionnelles et de contrats conclus pour des besoins personnels ou familiaux, selon le désir de transaction des parties. Chacun des contrats de cloud computing conclus pour le compte de services d'infrastructure, de services de plateforme et de services logiciels sont des contrats pouvant être conclus dans le cadre d'activités commerciales ou professionnelles. Par conséquent, la loi applicable à ces contrats peut être déterminée conformément à la disposition de l'article 24, qui est la règle générale concernant la loi applicable aux relations de dette nées du contrat. D'autre part, les contrats de cloud computing, qui peuvent être considérés comme conclus pour le compte de besoins personnels ou familiaux et peuvent être qualifiés de contrats de consommation en ce sens, sont des contrats d'informatique en nuage conclus pour le compte de services logiciels. Puisqu'il est possible de conclure des contrats de cloud computing pour des services logiciels à la

fois en tant qu'exigence d'activités commerciales ou professionnelles et pour le compte de besoins personnels ou familiaux, la qualification de ces contrats sera faite en fonction des éléments de la relation juridique dans le cas concret. En raison du fait que les contrats de cloud computing sont des contrats à durée indéterminée, il est possible que le désir des clients pour la transaction puisse changer au fil du temps dans ces contrats, qui peuvent durer longtemps. Dès lors, la qualification des contrats de cloud computing doit se faire en fonction de la forme de la relation juridique existant entre les parties au moment du litige.

Après que l'existence et la validité des contrats de cloud computing ont été discutées en détail dans le premier chapitre, la question de la loi applicable à l'existence et à la validité de ces contrats, qui contiennent un élément d'extranéité, est abordée dans le deuxième sous-titre du deuxième chapitre. Les questions juridiques liées à l'existence de contrats d'informatique en nuage sont liées à des questions telles que le moment où les actes des parties signifieront offre et acceptation, et l'application des conditions générales de transaction. Les problèmes juridiques liés à la validité des contrats de cloud computing, quant à eux, correspondent à des problèmes juridiques tels que l'incapacité de volonté, le contrôle du contenu des conditions générales de transaction. La règle de conflit de lois concernant le sujet se trouve à l'art. 32 de MÖHUK. En conséquence, la loi applicable au fond du contrat sera également appliquée aux questions liées à l'existence et à la validité matérielle du contrat. Toutefois, un effet peut être donné à la loi de la résidence habituelle de la partie concernée, limité aux objections que l'une des parties peut soulever quant à l'existence du contrat, quant au fait que son propre acte ne vaut pas acceptation. Les conditions particulières relatives à ladite situation exceptionnelle sont discutées avec des exemples dans ce sous-titre.

Dans le troisième sous-titre du deuxième chapitre, l'objet de la loi applicable aux contrats d'informatique en nuage conclus à la suite d'activités commerciales ou professionnelles a été examiné. La règle de conflit de lois à appliquer étant l'art. 24 du MÖHUK, le sujet a été discuté autour de cette règle. Dans ce contexte, les situations dans

lesquelles un choix de loi est fait par les parties et qui ne l'est pas sont expliquées sous des rubriques distinctes. En ce qui concerne les contrats de cloud computing dont la loi applicable est choisie, les conditions de choix de la loi en termes de conflit de lois turc et l'objet de la loi applicable à l'existence et à la validité des accords de choix de loi, qui constituent un conflit de lois distinct contrat, sont discutés séparément.

Dans l'activité de détermination de la loi applicable aux contrats de cloud computing avec méthode objective, mise en œuvre de l'art. 24/IV de MÖHUK est exploré en détail. Dans ce contexte, il a été conclu que le débiteur de l'exécution caractéristique des contrats de cloud computing est le fournisseur de services. La question de savoir comment déterminer la loi du lieu d'établissement et la loi du lieu de résidence du prestataire de services a été examinée en fonction de la possibilité que le prestataire de services soit une personne physique ou une personne morale. En tant que facteur de rattachement secondaire, les problèmes que le domicile en tant que facteur de rattachement pourrait poser sont indiqués. Enfin, il a été évalué dans quels cas la loi la plus étroitement liée peut venir au premier plan dans les contrats de cloud computing où aucun choix de loi n'est fait.

Les effets éventuels des règles impératives dérogatoires, qui sont l'ensemble des règles susceptibles d'empêcher l'application de la loi applicable aux contrats d'informatique en nuage conclus à la suite d'activités commerciales ou professionnelles examinées sous un titre distinct. Dans ce cadre, il a été conclu que les modifications apportées à l'ETDHK le 1er juillet 2022 qui entreront en vigueur le 1er janvier 2023 peuvent être appliquées en tant que règles impératives du droit turc, en particulier pour les contrats de cloud computing conclus dans le cadre d'activités commerciales ou activités professionnelles. En ce qui concerne les règles impératives des pays tiers, les effets possibles des sanctions économiques sur les contrats de cloud computing sont soulignés.

Dans le quatrième sous-titre du deuxième chapitre, le sujet de la loi applicable aux contrats d'informatique en nuage conclus avec les consommateurs a été examiné. Tout

d'abord, il a été discuté que dans quelles circonstances les contrats de cloud computing conclus avec les consommateurs tomberont dans le champ d'application de la règle spéciale de conflit, art. 26 du MÖHUK, sur la base des conditions stipulées au deuxième alinéa dudit article. Il a été évalué que les contrats de cloud computing conclus avec les consommateurs peuvent être inclus dans le champ d'application de l'article sur la base de la condition située à l'art. 26/II-a du MÖHUK, qui peuvent être résumées comme impliquant des activités commerciales dirigées vers le pays de résidence habituelle du consommateur. Dans ce contexte, il a été conclu que, dans la plupart des cas, les fournisseurs de services d'informatique en nuage qui fournissent des services à l'échelle mondiale dans l'environnement virtuel satisferont à l'exigence de s'impliquer dans des activités commerciales dirigées vers le pays de résidence habituelle des consommateurs, et il a été avancé que les prestataires de services qui souhaitent éviter cette situation devraient être obligés de restreindre territorialement l'accès au service virtuel qu'ils proposent.

La validité des accords de choix de loi dans les contrats de cloud computing conclus avec des consommateurs et la manière de limiter l'effet de la loi choisie par la loi de la résidence habituelle du consommateur sont examinées sous des rubriques distinctes. Il a été démontré de manière probante que les accords de choix de loi dans les contrats de cloud computing conclus avec des consommateurs ne peuvent être invalidés en tant que clauses abusives, à condition qu'ils soient rédigés de manière à indiquer clairement et sans ambiguïté la loi choisie. Il est souligné que si un choix valable de loi est effectué dans les contrats de cloud computing conclus avec des consommateurs, la loi applicable audit contrat sera la loi choisie, et il est souligné que la loi de la résidence habituelle du consommateur ne sera pas appliquée comme un système juridique complet, mais ses dispositions n'auront qu'un effet individuel, à condition qu'elles offrent une meilleure protection juridique au consommateur dans le cas concret. Il a été déclaré que les dispositions de protection des consommateurs de la loi de la résidence habituelle du consommateur ne consistent pas en des règles établies uniquement dans le but spécifique de protéger le consommateur, et il a été déclaré que toutes les réglementations impératives qui créent des conséquences juridiques en faveur du consommateur peut limiter l'effet de

la loi choisie comme règles protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur.

Dans l'activité de détermination de la loi applicable aux contrats de cloud computing en nuage conclus avec les consommateurs en méthode objective, les caractéristiques et l'application de la loi sur la résidence habituelle du consommateur sont expliquées dans un titre séparé. Il a été souligné que le fait de prendre la date du procès comme base pour déterminer la résidence habituelle du consommateur, tout en étant la règle générale, peut créer certains problèmes. Au lieu de cela, il a été avancé que la date de conclusion du contrat devait être prise comme base. Il a été précisé que dans les contrats de consommation où la loi applicable est choisie, le juge accorde d'office un effet protecteur à la loi de la résidence habituelle du consommateur, et que dans les contrats où aucune élection de loi n'est faite, contrairement à la règle générale, la le tribunal peut enquêter d'office sur la loi de la résidence habituelle du consommateur.

L'effet des règles impératives dans les contrats de cloud computing conclus avec les consommateurs constitue le dernier enjeu du quatrième sous-titre du deuxième chapitre. Cependant, étant donné que les contrats de cloud computing conclus avec les consommateurs relèvent du champ d'application de l'article 26, qui est une règle spéciale de protection en matière de conflits, la discussion sur l'application de règles impératives dérogatoires perd en grande partie sa valeur. Car, puisque les dispositions impératives en faveur des consommateurs en vertu de la loi de la résidence habituelle du consommateur seront déjà mises en œuvre conformément à la règle spéciale de conflits, la nécessité de l'institution de règles impératives dérogatoires, qui a un caractère exceptionnel, diminue. Toutefois, rien ne s'oppose à l'application des règles impératives dérogatoires traditionnelles, régissant l'organisation et la politique générale de l'État aux contrats d'informatique en nuage conclus avec les consommateurs. Dans ce contexte, il a été souligné que les décisions concernant le blocage de l'accès aux sites Web, en tant que règle impérative du droit turc, peuvent avoir un impact sur l'exécution des contrats d'informatique en nuage conclus avec les consommateurs.

ABSTRACT

The subject of this study, which is prepared as a master's thesis, is determining the law applicable to cloud computing contracts. Cloud computing is a business model in which the computing capacity and computer functions that are put into operation through data centers located in distributed locations around the world are offered to customers who request it over the internet. The term cloud computing contract is used to express all of the contracts concluded for the purpose of acquiring digital services that cloud computing technology constitutes its infrastructure. Cloud computing service providers mostly provide services on the internet globally and enter into legal relations with customers of various nationalities living in different countries through the standard contracts they unilaterally prepare. In our study, the technical aspects of cloud computing technology, the characteristics of cloud computing contracts and the law applicable to cloud computing contracts are examined.

The story of cloud computing is started simultaneously with the emergence of the internet as a phenomenon. It is stated that the ultimate goal of the researchers leading the development of the Internet was the idea of providing information resources as a public utility over a global network connection. On the way to this goal, model technologies called cluster computing and grid computing were the first generation internet technologies. To put it briefly, in cluster computing, computer equipment located in the same place is connected to each other via a network connection and a larger information resource is created, while in grid computing, computer equipment located in different locations is connected to each other over the network connection, creating a distributed computing resource pool. The most important features of the aforementioned first generation information technologies are that they are put into operation mostly for scientific and professional purposes, and the point where the purpose of use starts to turn into commercial purposes represents the emergence of cloud computing technologies. In cloud computing, unlike cluster computing, computing resources are created through distributed data centers around the world, while the most important point that distinguishes cloud computing from grid computing is that each computing resource is

independent in grid computing, whereas in cloud computing, there is only one owner of distributed data centers.

Cloud computing is the name given to the business model in which the pool of information resources, which are formed globally through data centers located in different parts of the world, are offered as a service for commercial purposes and with the motive of obtaining economic benefits, to the customers who request it. Today, the most important cloud computing service providers are American companies such as Amazon, Microsoft, Google and Chinese companies such as Alibaba and Tencent. These companies offer cloud computing services in many different types and forms. In the doctrine, cloud computing service models are examined under three headings as Infrastructure as a Service, Platform as a Service and Software as a Service. Infrastructure service consists of the provision of a raw computing infrastructure and, in this sense, basic computer functions to customers who request it over the internet. Unlike the infrastructure service, in platform service, instead of a raw computing infrastructure, a more structured service is offered by offering various programming and software tools to customers in addition to basic computer functions. Finally, in the software service, various digital services developed over the cloud computing infrastructure are offered to end-users. In this triple structure of cloud computing service models, there is the infrastructure service model at the bottom layer and the software service model at the top layer. While the intensity of the service offered increases as you move from the lowest layer to the upper layers, the authority of the customers to make changes on the infrastructure increases as they descend from the upper layers to the lower layers.

Since cloud computing services are offered on the internet, contracts for these services are also concluded by clicking on the internet (*clickwrap*) or by giving the opportunity to browse the contract (*browsewrap*). Cloud computing contracts are standard contracts with general transaction terms. In practice, these agreements consist of texts such as Terms of Service, Service Level Agreements, Acceptable Use Policy Agreements and Privacy Policy. Cloud computing contracts are offered to users unilaterally at the

beginning of service provision, take it or leave it style, and users are not given the opportunity to negotiate the terms of the contract.

Infrastructure provider, platform provider or software provider may constitute one of the parties of cloud computing contracts as service providers. Customers, on the other hand, may be software service providers that receive cloud computing services from infrastructure or platform service providers, as well as individual or corporate users who are end users and use cloud computing services for their own personal needs or for their commercial or professional activities. The main obligation of the service providers in cloud computing contracts is to provide the cloud computing service, which is the subject of the contract, in an uninterrupted manner. The debt of the users is to pay the fee determined in the cloud computing contracts concluded for a fee, and to consent to the use of their personal data for commercial purposes in the contracts concluded in return for the use of personal data. Apart from these basic obligations, both parties of the contract may have various obligations in the nature of primary or secondary performance obligations.

Cloud computing contracts are not regulated as a special contract type in Turkish law and other national laws. This leads us to the conclusion that cloud computing contracts are innominate contracts. Since the debts of the service provider in cloud computing contracts mainly consist of acts of service, it is possible to qualify these contracts as innominate service contracts. Since in the system of Turkish Code of Obligations (TCO), the rules regarding the contracts of mandate are recognized as general provisions for anonymous innominate contracts, the provisions of the TCO regarding the contracts of mandate can be applied to cloud computing contracts to the extent that they are suitable to the concrete case. Cloud computing contracts are in the category of synallagmatic contracts, imposing debts on both parties in terms of performance relationship, and in the group of indefinite contracts in terms of duration.

Since cloud computing contracts mostly appear as standard contracts containing general transaction terms, these contracts may be subjected to judicial review regulated in

the TCO and the unfair terms review regulated in the Consumer Protection Law. In terms of the enforcement of general transaction terms, it has been evaluated that cloud computing contracts concluded with consumers can be subject to sanction in cases where they are not written in the consumer's mother tongue. Apart from this, it is also important that the provisions of the contract are brought to the attention of the consumer at the beginning of the service provision in an easily accessible way. In terms of interpretation control, it has been pointed out that the terms of the cloud computing contracts, the meaning of which cannot be determined, can be interpreted against the service provider and in favor of the customers. A distinction has been made between cloud computing contracts concluded between traders and cloud computing contracts concluded with consumers in terms of content review of general transaction terms. It was emphasized that the threshold for breach of the good faith will be kept high in content control in terms of cloud computing contracts concluded between traders. In terms of cloud computing contracts concluded with consumers, the application of unfair terms control in the Consumer Protection Law and provisions of the Regulation on Unfair Terms in Consumer Contracts have been examined. However, it should not be forgotten that in order for the general transaction terms and unfair terms review to be applied to cloud computing contracts as in Turkish law, the law applicable to the contract must be determined as Turkish law or special conflict rules must authorize individual substantive law rules of Turkish law.

In the second chapter, the law applicable to cloud computing contracts has been tried to be explained in the light of Turkish conflict of laws and by making use of EU private international law instruments. First of all, it has been pointed out that cloud computing contracts are structurally international contracts, and it is underlined that the law applicable to these contracts, which will be considered as contracts containing foreign elements in Turkish courts, will be determined by the conflict of laws method. Since the starting point of the conflict of laws analysis is to qualify the legal relationship subject to the dispute, it has been explained how cloud computing contracts can be qualified in terms of subject and parties. Accordingly, since they are innominate debt contracts in terms of cloud computing contracts, they fall within the scope of the general and special provisions

regarding the law applicable to debt relations arising from the contract regulated in the Code on International Private and Procedural Law (CIPPL).

It has been concluded that cloud computing contracts can be characterized as contracts concluded for commercial or professional activities and contracts concluded for personal or family needs, according to the parties' desire for transaction. Each of the cloud computing contracts concluded for infrastructure services, platform services and software services are contracts that can be concluded as part of commercial or professional activities. Therefore, the law applicable to these contracts can be determined in accordance with Article 24, which is the general rule regarding the law applicable to the debt relations arising from the contract. On the other hand, cloud computing contracts, which can be said to be concluded for personal or family needs and can be characterized as consumer contracts in this sense, are cloud computing contracts concluded for software services. Since it is possible to conclude cloud computing contracts for software services both as part of commercial or professional activities and for personal or family needs, the qualification of these contracts will be made according to the elements of the legal relationship in the concrete case. Due to the fact that cloud computing contracts are indefinite contracts, it is possible that customers desire for the transaction may change over time in these contracts, which can continue for a long time. Therefore, the qualification of cloud computing contracts should be made according to the form of the legal relationship between the parties at the time of the dispute.

After the existence and validity of cloud computing contracts are discussed in detail in the first chapter, the question of the applicable law to the existence and validity of these contracts, which contain a foreign element, is discussed in the second sub-title of the second chapter. Legal issues related to the existence of cloud computing contracts are related to issues such as when the acts of the parties will mean offer and acceptance, and the enforcement of general transaction conditions. Legal issues related to the validity of cloud computing contracts, on the other hand, correspond to legal issues such as disability of will, content control of general transaction terms. The conflict of laws rule regarding

the subject is located at Article 32 of the CIPPL. Accordingly, the law applicable to the substance of the contract will also be applied to the issues related to the existence and material validity of the contract. However, effect may be given to the law of habitual residence of the relevant party, limited to the objections that one of the parties may raise regarding the existence of the contract, regarding the fact that its own act does not mean acceptance. The special conditions regarding the said exceptional situation are discussed with examples in this sub-title.

In the third sub-title of the second chapter, the subject of applicable law to the cloud computing contracts concluded as a result of commercial or professional activities has been examined. Since applicable conflict of laws rule is Article 24 of the CIPPL, the subject has been discussed pursuant to this rule. In this context, the situations in which a choice of law is made by the parties and which is not done are explained under separate headings. In terms of cloud computing contracts which the applicable law is chosen, the conditions of choice of law in terms of Turkish conflict of laws and the subject of law applicable to the existence and validity of choice of law agreements, which are a separate conflict of laws contract, are discussed separately.

In determining the applicable law to the cloud computing contracts with objective method, implementation of Article 24/IV of the CIPPL is explored in detail. In this context, it has been concluded that the debtor of the characteristic performance in cloud computing contracts is the service provider. The issue of how to determine the law of place of business and the law of the place of residence of the service provider has been examined depending on the possibility of the service provider being a natural person or a legal person. As a secondary connecting factor, the problems that domicile as a connecting factor could pose are indicated. Finally, it has been evaluated in which cases the more closely related law may come to the fore in cloud computing contracts where no choice of law is made.

The possible effects of the overriding mandatory rules, which are the set of rules that may prevent the application of the applicable law to the cloud computing contracts concluded as a result of commercial or professional activities examined under a separate title. In this framework, it has been concluded that the amendments made in the Code on The Regulation Of Electronic Commerce on 1 July 2022, which will enter into force on 1 January 2023, can be applied as overriding mandatory rules of Turkish law, specifically for cloud computing contracts concluded as part of commercial or professional activities. As for overriding mandatory rules of third countries, the possible effects of economic sanctions on cloud computing contracts are emphasized.

In the fourth sub-title of the second chapter, the subject of applicable law to the cloud computing contracts concluded with consumers has been examined. First of all, it has been discussed that in what circumstances cloud computing contracts concluded with consumers will fall within the scope of the special conflict rule, Article 26 of the CIPPL, on the basis of the conditions stipulated in the second paragraph of the said article. It has been evaluated that the cloud computing contracts concluded with consumers can be included within the scope of the article on the basis of the condition located at the Article 26/II-a of the CIPPL, which can be summarized as involving in commercial activities directed towards the country of habitual residence of the consumer. In this context, it was concluded that in most cases, cloud computing service providers that provide services globally in the virtual environment will meet the requirement of involving in commercial activities directed towards the country of habitual residence of the consumers, and it has been argued that service providers who want to prevent this situation should be obliged to territorially restrict access to the digital service they offer.

The validity of the choice of law agreements in cloud computing contracts concluded with consumers and how to limit the effect of chosen law by the law of the consumer's habitual residence are discussed under separate headings. It has been demonstrated with evidence that the choice of law agreements in cloud computing contracts concluded with consumers cannot be invalidated as unfair terms, provided that

they are written in a way that clearly and unambiguously shows the chosen law. It is underlined that if a valid choice of law is made in cloud computing contracts concluded with consumers, the applicable law to the said contract will be the chosen law, and it is emphasised that the law of the habitual residence of the consumer will not be applied as a complete legal system, but its provisions will only have an individual effect, provided that it gives better legal protection to the consumer in the concrete case. It has been stated that the consumer-protective provisions of the law of the habitual residence of the consumer do not consist of the rules established solely for the specific purpose of protecting the consumer, and it has been stated that all mandatory regulations that create legal consequences in favor of the consumer may limit the effect of the law chosen as the protective rules of the law of the habitual residence of the consumer.

In determining the applicable law to the cloud computing contracts concluded with consumers in objective method, the characteristics and application of the consumer's habitual residence law are explained in a separate title. It has been pointed out that taking the date of the lawsuit as the basis for determining the consumer's habitual residence, while being the general rule, may create some problems. Instead, it was argued that the date of the conclusion of the contract should be taken as the basis. It has been stated that in consumer contracts where the applicable law is chosen, the court will *ex officio* grant a protective effect to the consumer's habitual residence law, and that in contracts where no choice of law is made, contrary to the general rule, the court may *ex officio* investigate the law of the consumer's habitual residence.

The effect of the overriding mandatory rules in cloud computing contracts concluded with consumers constitutes the last issue of the fourth sub-title of the second chapter. However, since cloud computing contracts concluded with consumers fall within the scope of Article 26, which is a protective special conflicts rule, the discussion of the application of overriding mandatory rules loses its value to a large extent. Because the mandatory provisions in favor of the consumers under the law of the habitual residence of the consumer will already be implemented in accordance with the special conflicts rule,

the need for the institution of overriding mandatory rules, which is exceptional in nature, decreases. However, there is no obstacle to the application of traditional overriding mandatory rules, governing the organization and general policy of the state to the cloud computing contracts concluded with consumers. In this context, it has been emphasized that the decisions regarding blocking of access to websites, as an overriding mandatory rule of Turkish law, may have an impact on the performance of cloud computing contracts concluded with consumers.



ÖZET

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın konusunu bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi faaliyeti oluşturmaktadır. Bulut bilişim, dünya çapında dağınık konumlarda bulunan veri merkezleri üzerinden faaliyete sokulan bilişim kapasitesinin ve bilgisayar işlevlerinin internet üzerinden talep eden müşterilere sunulduğu iş yapma modelidir. Bulut bilişim sözleşmeleri adlandırması, bulut bilişim teknolojisinin altyapısını oluşturduğu sanal hizmetler adına akdedilen sözleşmelerin bütününe ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bulut bilişim hizmet sağlayıcıları çoğunlukla küresel olarak internet ortamında hizmet sunmakta ve farklı ülkelerde yaşayan çeşitli milletlerden müşterilerle tek taraflı olarak hazırladığı standart sözleşmeler üzerinden hukuki ilişkiye girmektedir. Çalışmamızda, bulut bilişim teknolojisinin teknik yönleri, bulut bilişim sözleşmelerinin özellikleri ve bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk konuları incelenmiştir.

Bulut bilişimin ortaya çıkış hikayesi bir fenomen olarak internetin ortaya çıkışıyla eş zamanlı olarak başlatılmaktadır. İnternetin gelişimine öncülük eden araştırmacıların nihai hedefinin küresel bir ağ bağlantısı üzerinden bilişim kaynaklarının kamusal bir hizmet olarak sunulması fikri olduğu belirtilmektedir. Bu hedefe giden yolda ilk nesil internet teknolojilerini küme bilişim ve şebeke bilişimi denilen model teknolojiler oluşturmuştur. Kısaca ifade etmek gerekirse küme bilişiminde aynı mekanda bulunan bilgisayar donanımları bir ağ bağlantısı üzerinden birbirine bağlanarak daha büyük bir bilişim kaynağı oluşturulurken şebeke bilişiminde birbirinden farklı konumlarda bulunan bilgisayar donanımları ağ bağlantısı üzerinden birbirine bağlanarak dağıtık bir bilişim kaynağı havuzu ortaya çıkarılmaktadır. Anılan ilk nesil bilişim teknolojilerinin en önemli özellikleri bunların daha çok bilimsel ve mesleki amaçlarla faaliyete konulması olup kullanım amacının ticari gayelere dönüşmeye başladığı nokta bulut bilişim teknolojilerinin ortaya çıkışını temsil etmektedir. Bulut bilişimde küme bilişimden farklı olarak bilişim kaynakları dünya çapında farklı veri merkezleri üzerinden oluşturulmaktayken şebeke bilişiminden ayrıışılan en önemli nokta ise şebeke bilişiminde

her bir bilişim kaynağının bağımsız olması karşısında bulut bilişimde dağıtık veri merkezlerinin tek bir sahibinin bulunmasıdır.

Bulut bilişim, küresel olarak dünyanın farklı noktalarında bulunan veri merkezleri üzerinden teşekkül ettirilen bilişim kaynakları havuzunun ticari amaçlarla, ekonomik menfaat elde etme güdüsüyle talep eden müşterilerin hizmetine sunulduğu iş yapma modeline verilen isimdir. Günümüzde en önemli bulut bilişim hizmet sağlayıcılarını Amazon, Microsoft, Google gibi Amerikan şirketleriyle Alibaba ve Tencent gibi Çin menşeli şirketler oluşturmaktadır. Bu şirketler çok farklı tür ve şekillerde bulut bilişim hizmeti sunabilmektedir. Öğretide bulut bilişim hizmet modelleri Altyapı Hizmeti, Platform Hizmeti ve Yazılım Hizmeti olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Altyapı hizmeti, ham bir bilişim altyapısının ve bu anlamda temel bilgisayar işlevlerinin internet üzerinden talep eden müşterilere sunulmasından ibarettir. Platform hizmetinde altyapı hizmetinden farklı olarak ham bir bilişim altyapısı yerine müşterilere temel bilgisayar işlevlerine ilaveten çeşitli programlama ve yazılım araçları da sunularak daha yapılandırılmış bir hizmet sunulmaktadır. Nihayet, yazılım hizmetinde ise son kullanıcı niteliğindeki müşterilere bulut bilişim altyapısı üzerinden geliştirilen çeşitli sanal hizmetler sunulmaktadır. Bulut bilişim hizmet modellerinin bu üçlü yapısında en alt katmanda altyapı hizmeti modeli yer alırken en üst katmanda ise yazılım hizmeti modeli bulunmaktadır. En alt katmandan üst katmanlara ilerledikçe sunulan hizmetin yoğunluğu artarken üst katmanlardan alt katmanlara inildikçe müşterilerin bilişim altyapısı üzerinde değişiklik yapma yetkisi artmaktadır.

Bulut bilişim hizmetleri internet ortamında sunulduğundan bu hizmetlere ilişkin sözleşmeler de internet ortamında tıklama yoluyla (*clickwrap*) ya da sözleşmeye göz atma imkanı verilmesi (*browsewrap*) suretiyle akdedilmektedir. Bulut bilişim sözleşmeleri genel işlem şartları içeren standart sözleşmelerdir. Uygulamada bu sözleşmeler Hizmet Şartları, Hizmet Seviyesi Anlaşmaları, Kabul Edilebilir Kullanım Politikası Anlaşmaları ve Gizlilik Politikası gibi metinlerin toplamından oluşmaktadır. Bulut bilişim sözleşmeleri kullanıcılara hizmet sunumunun başlangıcında ister kabul et ister etme tarzında tek taraflı

olarak sunulmakta, kullanıcılara sözleşme hükümlerini müzakere etme olanağı tanınmamaktadır.

Bulut bilişim sözleşmelerinin taraflarını hizmet sağlayıcı konumunda altyapı sağlayıcı, platform sağlayıcı ya da yazılım sağlayıcı oluşturabilmektedir. Müşteriler ise altyapı ya da platform hizmeti sağlayıcılarından bulut bilişim hizmeti alan yazılım hizmeti sağlayıcıları olabileceği gibi son kullanıcı niteliğinde olup bulut bilişim hizmetini kendi kişisel ihtiyaçları için veyahut ticari veya mesleki faaliyetleri için kullanan bireysel ya da kurumsal kullanıcılar olabilecektir. Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının temel borcu sözleşme konusu bulut bilişim hizmetini kesintisiz bir biçimde sağlamaktır. Kullanıcıların borcu ise ücret karşılığında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde belirlenmiş ücreti ödemek, ücretsiz olarak fakat kişisel verilen kullandırılması karşılığında akdedilen sözleşmelerde ise kişisel verilerinin ticari amaçlarla kullanılmasına rıza göstermektir. Bu temel borçlar dışında sözleşmenin her iki tarafının da asli edim ya da yan edim yükümlülüğü niteliğinde çeşitli borçları bulunabilmektedir.

Bulut bilişim sözleşmeleri Türk hukukunda ve diğer ulusal hukuklarda ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlenmemiştir. Bu durum bizi bulut bilişim sözleşmelerinin isimsiz sözleşmeler olduğu neticesine ulaştırmaktadır. Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı borçları esasen iş görme niteliğindeki edimlerden oluştuğundan bu sözleşmeleri isimsiz birer iş görme sözleşmesi olarak nitelemek mümkündür. TBK sisteminde isimsiz iş görme sözleşmeleri alanında vekalet sözleşmelerine ilişkin kurallara genel hüküm niteliği tanındığından vekalet sözleşmelerine ilişkin TBK hükümleri niteliğinde uygun düştüğü ölçüde bulut bilişim sözleşmelerine uygulanabilecektir. Bulut bilişim sözleşmeleri edim ilişkisi yönünden tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kategorisine, süre bakımından ise sürekli sözleşmeler grubuna girmektedir.

Bulut bilişim sözleşmeleri çoğunlukla genel işlem şartları içeren standart sözleşmeler olarak meydana çıktığından bu sözleşmeler TBK'da düzenlenen genel işlem şartları denetimi ile TKHK'da düzenlenen haksız şart denetimine aday sözleşmelerdir.

Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi açısından tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin tüketicinin ana dilinde kaleme alınmadığı durumlarda yürürlük denetimine takılabileceği değerlendirilmiştir. Bunun dışından sözleşme hükümlerinin hizmet sunumunun başlangıcında tüketicinin kolayca erişebileceği bir şekilde dikkatine sunulması da önem arz etmektedir. Yorum denetimi açısından bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan anlamı belirlenemeyen sözleşme şartlarının hizmet sağlayıcı aleyhine ve müşteriler lehine yorumlanabileceğine işaret edilmiştir. Genel işlem şartlarının içerik denetimi bakımından tacirler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri ile tüketici sözleşmesi niteliğindeki bulut bilişim sözleşmeleri arasında bir ayırım yapılmıştır. Tacirler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılık eşiğinin yukarıda tutulacağına vurgu yapılmıştır. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından TKHK'daki haksız şart denetiminin ve TSHŞHY hükümlerinin uygulanması incelenmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki genel işlem şartları ve haksız şartlar denetiminin Türk hukukundaki haliyle bulut bilişim sözleşmelerine uygulanabilmesi için sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmiş olması ya da özel nitelikli bağlama kurallarının Türk hukukunun münferit maddi hukuk kurallarına uygulanma kabiliyeti tanımış olması gerekmektedir.

İkinci bölümde bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk meselesi Türk kanunlar ihtilafı hukuku ışığında ve AB milletlerarası özel hukuku enstrümanlarından da yararlanılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Öncelikle bulut bilişim sözleşmelerinin yapısal olarak milletlerarası nitelikte sözleşmeler olduğuna işaret edilmiş, Türk mahkemeleri nezdinde yabancılik unsuru içeren sözleşme olarak kabul edilecek olan bu sözleşmelere uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı hukuku yöntemiyle belirleneceğinin altı çizilmiştir. Kanunlar ihtilafı incelemelerinin başlangıç noktasını uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiyi vasıflandırma faaliyeti oluşturduğundan bulut bilişim sözleşmelerinin konusu ve tarafları yönünden nasıl vasıflandırılabileceği izah edilmiştir. Buna göre, bulut bilişim sözleşmeleri konuları açısından isimsiz birer borç sözleşmesi olduklarından MÖHUK'ta düzenlenen sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel ve özel nitelikli hükümlerin uygulama alanına girmektedirler.

Bulut bilişim sözleşmelerinin tarafların kullanım amacına göre ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen sözleşmeler ile kişisel veya ailevi ihtiyaçlar için akdedilen sözleşmeler olarak vasıflandırılabilceği sonucuna ulaşılmıştır. Altyapı hizmetleri, platform hizmetleri ve yazılım hizmetleri adına akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin her biri ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilebilecek sözleşmelerdendir. Dolayısıyla, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan 24. madde hükmü uyarınca belirlenebilecektir. Öte yandan kişisel veya ailevi ihtiyaçlar adına akdedildiği söylenebilecek olan ve bu anlamda tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılabilcek olan bulut bilişim sözleşmelerini yazılım hizmetleri adına akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri oluşturmaktadır. Yazılım hizmetlerine ilişkin bulut bilişim sözleşmelerinin hem ticari veya mesleki faaliyetler gereği hem de kişisel veya ailevi ihtiyaçlar adına akdedilmesi imkan dahilinde olduğundan bu sözleşmelere ilişkin vasıflandırma somut olaydaki hukuki ilişkinin unsurlarına göre yapılacaktır. Bulut bilişim sözleşmelerinin sürekli edimli sözleşmelerden olması sebebiyle uzun süre devam edebilecek olan bu sözleşmelerde müşterilerin kullanım amacının zaman içerisinde değişmesi mümkündür. O nedenle, bulut bilişim sözleşmelerine ilişkin vasıflandırma uyumsuzluğun ortaya çıktığı tarihte taraflar arasındaki hukuki ilişkinin büründüğü şekle göre yapılmalıdır.

Bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşu ve maddi geçerliliği meselesi birinci bölümde detaylı bir şekilde işlendikten sonra yabancılik unsuru içeren bu sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk sorusu ikinci bölümün ikinci alt başlığında tartışılmıştır. Bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin hukuki meseleler tarafların fiillerinin ne zaman icap ve kabul anlamına geleceği, genel işlem şartlarının yürürlük denetimi gibi hususlara ilişkindir. Bulut bilişim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin hukuki meseleler ise irade sakatlıkları, genel işlem şartlarının içerik denetimi gibi hukuki meselelere tekabül etmektedir. Konuya ilişkin bağlama kuralı MÖHUK m. 32’de yer almaktadır. Buna göre, sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine ilişkin hususlara da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uygulanacaktır. Ancak sözleşmenin kuruluşu hususunda taraflardan birinin kendi fiilinin kabul anlamına gelmediğine ilişkin dile

getirebileceği itirazlarla sınırlı olmak üzere ilgili tarafın mutad mesken hukukuna da etki tanınabilecektir. Söz konusu istisnai duruma ilişkin hususi şartlar bu başlıkta örneklerle ele alınmıştır.

İkinci bölümün üçüncü alt başlığında ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu incelenmiştir. Uygulanacak olan bağlama kuralı MÖHUK m. 24 hükmü olduğundan konu bu kural etrafında tartışılmıştır. Bu çerçevede, hukuk seçimi yapılan ve yapılmayan durumlar ayrı başlıklar altında izah edilmiştir. Hukuk seçimi yapılan bulut bilişim sözleşmeleri bakımından Türk kanunlar ihtilafı hukuku anlamında hukuk seçiminin şartları ile ayrı bir kanunlar ihtilafı sözleşmesi olan hukuk seçimi anlaşmalarının kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk konusu ayrı ayrı ele alınmıştır.

Bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif yöntemle belirlenmesinde MÖHUK m. 24/IV'ün nasıl uygulanacağı ayrıntılarıyla işlenmiştir. Bu bağlamda, bulut bilişim sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun hizmet sağlayıcı konumunda olan taraf olduğu neticesine ulaşılmıştır. Hizmet sağlayıcının işyeri hukukunun ve yerleşim yeri hukukunun nasıl belirleneceği meselesi hizmet sağlayıcının gerçek kişi ya da tüzel kişi olma ihtimallerine bağlı olarak irdelenmiştir. İkincil nitelikte işlev gören bağlama noktası olarak yerleşim yeri bağlama noktasının uygulanacak hukukun belirlenmesinde ortaya çıkarabileceği sorunlara işaret edilmiştir. Son olarak hukuk seçimi yapılmayan bulut bilişim sözleşmelerinde daha sıkı ilişkili hukukun hangi hallerde gündeme gelebileceği değerlendirilmiştir.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanmak üzere tespit edilen hukukun tatbikini engelleyebilecek kurallar bütünü olan doğrudan uygulanan kuralların bulut bilişim sözleşmelerine olası etkileri ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bu çerçevede, ETDHK'da 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan ve 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerin ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri özelinde Türk hukukunun doğrudan

uygulanen kuralları olarak tatbik edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanen kuralları olaraksa ekonomik yaptırım kararlarının bulut bilişim sözleşmelerine olası etkileri üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümün üçüncü alt başlığında incelenen diğer bir konu tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu olmuştur. Öncelikle, tüketici sözleşmesi niteliğindeki bulut bilişim sözleşmelerin hangi hallerde koruyucu nitelikteki özel bağlama kuralı olan MÖHUK m. 26'nın kapsamına gireceği söz konusu maddenin ikinci fıkrasında hükme bağlanan şartlar temelinde tartışılmıştır. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin MÖHUK m. 26/II-a bendinde yer alan ve tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunma şartı olarak özetlenebilecek şart altında madde kapsamına girebileceği değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, sanal ortamda küresel olarak hizmet sunan bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının çoğu durumda tüketicilerin mutad mesken ülkelerin yönelik faaliyette bulunma şartını karşılayacakları sonucuna ulaşılmış, bu durumun önüne geçmek isteyen hizmet sağlayıcıların sundukları sanal hizmete erişimi ülkesel olarak kısıtlamakla yükümlü olmaları gerektiği görüşü savunulmuştur.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliği ve tüketicinin mutad meskeni hukukunun seçilen hukuku nasıl sınırlandırılacağı ayrı başlıklar altında tartışılmıştır. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının, seçilen hukuku açık ve tereddüte yer vermeyecek bir biçimde gösterecek şekilde kaleme alınmaları şartıyla, haksız şart addedilerek geçersiz kılınamayacağı delilleriyle birlikte ortaya konulmuştur. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde geçerli bir hukuk seçimi yapılması halinde söz konusu sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilen hukuk olacağının altı çizilmiş, tüketicinin mutad meskeni hukukunun ise ancak somut olayda tüketiciye daha iyi hukuki koruma sağlaması kaydıyla ve külliyen bir hukuk sistemi olarak değil münferit hukuk kuralları olarak tatbik edileceği vurgulanmıştır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin salt tüketiciyi koruma özel amacıyla ihdas

edilmiş kurallardan ibaret olmadığı ifade edilmiş, tüketici lehine hukuki sonuç meydana getiren bütün emredici düzenlemelerin tüketicinin mutad meskeni hukukunun koruyucu kuralları sıfatıyla seçilen hukukun etkisini sınırlandırabileceği belirtilmiştir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif yöntemle belirlenmesi faaliyetinde tüketicinin mutad meskeni hukuku bağlama noktasının özellikleri ve tatbiki bağımsız bir başlıkta izah edilmiştir. Tüketicinin mutad meskeninin hangi an esas alınarak belirleneceği konusunda genel kural olan dava tarihinin esas alınmasının yol açabileceği sorunlara işaret edilmiş, bunun yerine sözleşmenin kurulduğu tarihin esas alınması savunulmuştur. Hukuk seçimi yapılan tüketici sözleşmelerinde mahkemenin tüketicinin mutad mesken hukukuna re'sen koruyucu etki tanıyacağı ve hukuk seçimi yapılmayan sözleşmelerde ise genel kuralın aksine mahkemenin tüketicinin mutad meskeni hukukunu re'sen araştırabileceği dile getirilmiştir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların etkisi ikinci bölümün üçüncü alt başlığının son sorunsalını oluşturmaktadır. Ancak, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri koruyucu nitelikteki özel bağlama kuralı olan 26. maddenin kapsamına girdiğinden doğrudan uygulanan kuralların tatbiki tartışması değerini büyük ölçüde kaybetmektedir. Zira tüketicinin mutad meskeni hukukuna ait tüketiciler lehine olan emredici düzenlemeler özel nitelikli bağlama kuralı uyarınca zaten uygulanacağından tatbiki istisnai nitelikte olan doğrudan uygulanan kurallar müessesesine ihtiyaç azalmaktadır. Bununla birlikte, devletin organizasyonunu ve genel siyasetini düzenleyen geleneksel doğrudan uygulanan kuralların tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları sınıfından olarak web siteleri hakkında verilen erişimin engellenmesi kararlarının tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin ifası sürecine etkili olabileceği üzerinde durulmuştur.

GİRİŞ

Günümüzde yaşıantılarımızın önemli bir kısmı fiziki dünyada değil sanal dünyada gerçekleşmektedir. İnternete bağlanabilen akıllı cihazların hayatın her alanında yaygınlaşması dijitalleşmenin tezahürlerinden biri olarak sanal olan ile gerçek olanın bazen birbirini tamamladığı bazense birbirinin yerine geçtiği yeni bir yaşam tarzının habercisidir. O halde, insan yaşıayışının en önemli unsurlarından biri olan sözleşmesel ilişkilerin kendisini sanal dünyada da göstermesi kaçınılmazdır. Günlük hayatımızın vazgeçilmez eşyaları hale gelen akıllı telefonlarımıza yüklediğimiz mobil uygulamalar, üyesi olduğumuz sosyal medya hizmetleri ve sanal pazar yerlerinin her biri kullanıcılar ile bu hizmetleri sağlayanlar arasında bir sözleşmesel ilişkiye vücut vermektedirler. Sanal dünya gündelik yaşıantılarımıza ev sahipliği yaptığı gibi ekonomik ilişkilere ortam sağlamak suretiyle farklı türlerdeki ticari ilişkilerin gelişmesine de hizmet etmektedir. Sanal sözleşmelerin fiziki dünyadaki muadillerinden farkı bunların çoğunlukla aynı ülke sınırları içerisinde yaşamayan ve bu anlamda farklı hukuk düzenlerine tâbi olan şahıslar arasında akdedilmesidir.

Sanal dünyada gerçekleştirilen gündelik veyahut ticari ilişkilerin teknolojik altyapısı çoğunlukla bulut bilişim teknolojileri üzerinden sağlanmaktadır. Bulut bilişim teknolojileri sayesinde internete erişimi olan her kullanıcı yaşadığı ülkeden bağımsız olarak uzak konumlarda yerleşik veri merkezleri üzerinden bilişim hizmeti alabilmektedir. Örneğin, bilgisayarındaki verileri yedeklemek için bulut depolama hizmeti sunan uygulamalardan faydalanan bir kullanıcı sisteme üye olurken bir tür bulut bilişim sözleşmesine taraf olmaktadır. Akıllı telefonuna çevrimiçi mesajlaşma uygulamalarından birini yükleyen kişinin hizmetten yararlanmaya başlamadan önce çoğunlukla okumadan onay seçeneğine dokunduğu uzun ve anlaşılması zor metinler başka tür bir bulut bilişim sözleşmesinin muhtevasını oluşturmaktadır. Şirketlerce sıklıkla kullanılan bulut tabanlı iş yönetimi yazılımları yazılım sağlayıcı ile hizmet alan şirket arasında bir bulut bilişim sözleşmesi akdedilmesi neticesinde kullanıma sunulmaktadır. Neticede bulut bilişim teknolojileri kullanan hizmet sağlayıcılar, günlük hayata veyahut ticari hayata yönelik çok

farklı tür ve şekillerde sanal hizmetler sunabildiklerinden söz konusu hizmetler adına akdedilen sözleşmeler de aynı oranda çeşitlilik arz etmektedir. Bulut bilişim sözleşmeleri adlandırması, sunduğu hizmetin türü ve hedef kitlesi fark etmeksizin bulut bilişim teknolojilerini kullanarak sanal dünyada hizmet sunan sağlayıcıların bu hizmetleri sunmak adına akdetmiş oldukları elektronik sözleşmeleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu çalışmanın konusunu ise hemen her zaman yabancılık unsuru içeren bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak ülke hukukunun Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilmesi faaliyeti oluşturmaktadır.

Herhangi bir devletin egemenliği altında olmayan sanal dünyada sunulan hizmetler adına akdedilen ve sanal ortamda ifa edilen sözleşmelere sınırları net çizgilerle çizilmiş ülkelerde kurulu devletlerin hüküm sürdüğü fiziki dünyadaki milletlerarası özel hukuk ilişkileri için öngörölmüş kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ilk bakışta çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır¹. Zira, hakimiyeti altındaki topraklarda güç kullanma tekeli uhdesinde bulunduran modern devletlerin mahkemelerince verilen yargı kararlarına taraflarca uyulmadığı takdirde ilgili devletin cebri icra organlarınca hükmün gereği yerine getirilebilmektedir. Oysa, fiziki dünyada elinde bulundurduğu iktidar araçlarıyla yargı kararlarını cebren icra edebilen devlet aygıtı sanal dünyada gerçekleşen hukuki işlem ve olaylar hakkında yargılama yapabilse dahi çoğu durumda ilgili yargı kararını cebren icra etme kuvvetinden yoksun olacaktır. Bu durum, yargı kararlarını sanal dünyada icra edilebilir hale getirmek isteyen ulusal devletlerin, giderek artan bir biçimde sanal dünyanın aktörleriyle iş birliğine gitmesinin gerektiği bir sürece evrilmiştir². Buna karşın, devletler yargı kararlarını sanal ortamda doğrudan icra etme imkanına sahip olmamakla beraber idari nitelikli para cezası kararları ya da erişim engelleme kararları vasıtasıyla dolaylı yoldan sanal aktörler üzerinde egemenlik kurabilmektedir. Bu doğrultuda, fiziki dünyanın egemen kuvvetleri olan ulusal devletler ile sanal dünyanın

¹ Uta Kohl, **Jurisdiction and the Internet**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 4. Sanal dünya ile fiziki dünyanın birbirinden tamamen farklı ve bambaşka dünyalar olduğundan hareketle sanal ortamın kendine özgü kurallarla kendi kendine yönetilmesi gerektiğini savunan ve literatürde günümüze kadar süregelen tartışmalarda başrole sahip olan görüş için bkz. David R. Johnson / David Post, "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace," **Stanford Law Review**, C. 48, S. 5, 1996, ss. 1367-1402.

² Paul Schiff Berman, "Legal Jurisdiction and the Deterritorialization of Data," **Vanderbilt Law Review**, C. 71, 2018, s. 17.

egemen kuvvetleri olan bulut bilişim hizmeti sağlayıcıları arasında bir iktidar mücadelesi olduğundan bahsedilebilecektir³. Genelde milletlerarası özel hukuk kuralları ve özelde kanunlar ihtilafı kuralları ulusal devletler nezdinde söz konusu mücadelenin araçlarından biri olarak işlev görürken sanal dünya aktörlerinin bu mücadeledeki en önemli hukuki enstrümanlarından birini çoğunlukla Hizmet Şartları (*Terms of Service*) olarak isimlendirilen bulut bilişim sözleşmeleri teşkil etmektedir.

Bu çalışmada bulut bilişim hizmetlerinin sözleşmesel yönü ve bu sözleşmelere uygulanacak hukuk konusu ele alınacaktır. Bulut bilişim hizmetleri 2000'li yılların başlangıcından itibaren bilişim teknolojileri sektöründe bir iş yapma modeli olarak kendini göstermeye başlamış, şirketler ticari verilerini depolama, belge yönetimi, şirket içi ve dışı iletişim gibi konularda gittikçe artan bir şekilde dışarıdan bulut bilişim hizmeti almayı tercih eder hale gelmiştir. Öte yandan, devam eden süreçte internet kullanımının küresel olarak yaygınlaşması, akıllı cihazlar sayesinde internete erişimin neredeyse sürekli hale gelmesi insanların sadece iş yaşamında değil günlük yaşamlarında da bulut bilişim hizmetlerini çoğunlukla farkında olmadan kullanmalarını sağlamıştır. Her iki kullanım biçimi açısından da bulut bilişim hizmetinin kullanıcılarla buluşturulması çoğunlukla sözleşmesel bir ilişkinin varlığını gerektirmektedir.

Çalışmamızda bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorusu ele alınmadan önce bulut bilişim teknolojisi teknik yönleriyle açıklanacaktır. Bunun devamında bulut bilişim sözleşmelerinin tatbikatta ortaya çıktığı şekliyle genel özellikleri tasvir edilecek ve bu sözleşmelerin hukuki nitelikleri tetkik edilecektir. Akabinde bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluş aşamasında gösterdiği özellikler hukuken incelendikten ve standart sözleşme teşkil eden söz konusu sözleşmelerin genel işlem şartları denetimi açısından durumu ele alındıktan sonra maddi hukuk incelemeleri tamamlanmış olacaktır. Bulut bilişim sözleşmelerinin kanunlar ihtilafı hukuku bakımından inceleneceği ikinci bölümde öncelikle bu sözleşmelerin milletlerarası niteliği sorgulanacak ve milletlerarası

³ Bilişim teknolojileri alanında faaliyet gösteren küresel şirketlerin devlet benzeri yapılar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir tartışma için bkz. Elif Küzeci, **Sayısal Fil – Bilişim Teknolojileri, Devlet ve Hukuk Kesişiminde Bir İnceleme**, İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2021, ss. 352-359.

özel hukuk açısından ne şekilde vasıflandırılabilirler tartışılacaktır. Akabinde bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorusu, bu sözleşmelerin kuruluşu ile geçerliliğine uygulanacak hukuk ve esasına uygulanacak hukuk yönlerinden ayrı ayrı irdelenecektir. Nihayet çalışmanın temel sorusunu teşkil eden bulut bilişim sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk sorusu, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri ile tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından iki ayrı başlıkta tartışmaya açılacaktır.

Hukuk ve teknoloji ortak kümesinde yapılan akademik çalışmaların karakteristik birtakım zorlukları bulunmaktadır. Bu zorlukların en başta geleni teknolojik gelişmelerin hızı ve değişimin sürekliliği karşısında hukukun bu gelişme ve değişimleri takip becerisinin akamete uğramasıdır. Hukuk ve teknoloji kesişimindeki bir çalışmanın hazırlanıp yayınlandığı görece uzun süreç içerisinde çalışmaya konu edilen teknolojinin dönüşüm geçirmesi ve ulaşılan hukuki sonuçların geçersiz hale gelmesi dahi mümkündür. Bunun sonucu olarak, bu ortak kümede yapılan akademik çalışmaların ömrü hukukun geleneksel alanlarında yapılan akademik çalışmalara nazaran daha kısa olabilmektedir. Bu sorunun üstesinden gelmek mümkün olmasa da çalışmamız özelinde bulut bilişim sözleşmeleri hakkında yapılan açıklamaların sanal ortamda akdedilen standart sözleşmelerin geneli bakımından geçerli olacağını özellikle belirtmek istiyoruz. Bu anlamda, ilerleyen bölümlerde yapacağımız hukuki açıklamaların bulut bilişim altyapısı kullanmayan web sitelerinde yer alan hizmet şartları hakkında da uygulanabileceğini vurgulamalıyız. Dolayısıyla, teknolojik altyapısı değişse dahi sanal ortam varlığını devam ettirdiği müddetçe bu ortamda akdedilen standart sözleşmeler yönünden çalışmamızın geçerliliğini koruyacağını öngörmekteyiz. Karakteristik zorluklardan bir diğeri yalnızca hukuk tedrisatı almış bir kişinin teknolojik konuların teknik yönlerini derinlemesine anlatma becerisinin sınırlılığıdır. Bu ikinci sorunun olası olumsuz etkilerini azaltmak adına çalışmamızda bulut bilişim teknolojisinin teknik yönleri birincil kaynaklardan yararlanarak açıklanacak, meselenin tarihsel arka planı çerçevesinde diğer internet teknolojileriyle ilişkisi irdelenecek ve söz konusu teknolojinin iş hayatındaki ve günlük hayatımızdaki örnek uygulamalarına işaret edilerek konunun zihinlerde somutlaşması sağlanacaktır.

Bulut bilişim sözleşmelerinin kanunlar ihtilafı hukuku anlamında incelendiği bu çalışmanın konunun teknik yönünün ele alındığı başlıklarında betimleyici bir yöntem benimsenerek tartışmanın odak noktasını teşkil eden teknoloji, teorik ve pratik yönleriyle tasvir edilecektir. Hukuki incelemelerin gerçekleştirildiği başlıklarda ise ana mesele ve alt sorunlar öğretilerde serdedilen görüşler ve ilişkili mahkeme kararları çerçevesinde tartışılacaktır. Karşılaştırmalı hukuktaki örnek uygulamalara ve mahkeme kararlarına tartışma konusunun aydınlatılmasına hizmet ettiği ölçüde yer verilecektir. Yürürlükteki 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un kaynağını Avrupa Birliği milletlerarası özel hukuk mevzuatı oluşturduğundan kanunlar ihtilafı incelemelerinin yapıldığı başlıklarda Avrupa Birliği milletlerarası özel hukuku öğretisinde ortaya konulan fikirlerden ve ilişkili Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından faydalanmaya gayret gösterilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİ

I. BULUT BİLİŞİM KAVRAMI

A. Bulut Bilişimin Tanımı ve Temel Özellikleri

Bulut bilişimin (*cloud computing*) ne olduğunu ortaya koymak üzere doktrinde pek çok tanım önerisi getirilmişse de terimin bütüncül olarak nasıl tanımlanacağı konusunda bir fikir birliğine varılamamıştır⁴. Amerikan Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü'nün (*National Institute of Standards and Technology*, NIST) bulut bilişim olgusu üzerindeki tartışmalara zemin hazırlamak amacıyla ortaya koyduğu çokça atıf yapılan⁵ tanımda bulut bilişim, *hızlı bir şekilde temin edilip asgari düzeyde bir yönetim çabası ve yine asgari düzeyde bir hizmet sağlayıcı müdahalesiyle hizmete sunulabilen, paylaşımlı ve yapılandırılabilir bir bilişim kaynakları havuzuna her zaman ve her yerde, talep edildiği anda kullanıma elverişli bir ağ bağlantısı erişimi sağlama modeli* olarak tanımlanmaktadır⁶. NIST tarafından yapılan bu tanımda öne çıkan husus bulut bilişimin bir bilişim kaynakları havuzuna her zaman ve her yerden erişim sağlama işlevidir. Buna göre, bulut bilişim hizmetini kullananlar internete erişebildikleri her yerde talep ettikleri anda yönetim ve bakımını doğrudan üstlenmeleri gerekmeksizin bir veri merkezinin bilişim altyapısından yararlanabilmektedir. Bulut (*cloud*) kelimesi burada, işletmelerin ve

⁴ Literatürde yer alan 22 bulut bilişim tanımını karşılaştırmalı olarak görmek için bkz. Luis M. Vaquero / Luis Rodero-Merino / Juan Caceres / Maik Lindner, "A break in the clouds," **ACM SIGCOMM Computer Communication Review**, C. 39, S. 1, 2008, ss. 51, 52.

⁵ Öğretide NIST tanımının "klasik" hale geldiği dile getirilmektedir, bkz. San Murugesan / Irena Bojanova, **Cloud Computing**, Encyclopedia of Cloud Computing (ed. San Murugesan / Irena Bojanova) içinde, Sussex: John Wiley & Sons, Ltd, 2016, s. 4.

⁶ Peter Mell / Timothy Grance, "The NIST Definition of Cloud Computing," Washington: U.S. Department of Commerce, **National Institute of Standards and Technology**, Special Publication 800-145, 2011, s. 2. Erişim Adresi: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

bireysel kullanıcıların bilişim hizmetlerine ulaştığı altyapıya işaret etmektedir⁷. Başka bir anlatımla “bulut”, bilişim altyapısına ev sahipliği yapan veri merkezinin⁸ donanım ve yazılım sistemlerinin bütünü nitelendirmek üzere türetilmiş bir adlandırmadır⁹.

Öğretide yapılan diğer bir tanıma göre bulut, *hizmet sağlayıcı ve tüketiciler arasında müzakereler sonucu uzlaşılacak hizmet seviyesi anlaşmasına bağlı olarak dinamik bir şekilde tedarik edilerek bir ya da daha fazla birleştirilmiş bilişim kaynağı şeklinde hizmete sunulan, birbiriyle bağlantılı ve sanallaştırılmış bilgisayarların toplamından meydana gelen paralel ve dağıtık bir sistem*¹⁰ türüdür¹¹. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bahsedeceğimiz üzere hizmet sağlayıcı ve tüketiciler arasındaki hizmet seviyesi anlaşması üzerinde gerçek bir müzakereden bahsetmek mümkün olmasa da bu tanımda geçen “birbiriyle bağlantılı ve sanallaştırılmış bilgisayarlar” ifadesi bulut bilişimi anlamak açısından önemlidir. Sanallaştırma, somut bilişim teknolojisi araçlarının sanal makineler gibi sanal bilişim teknolojisi araçlarına dönüştürüldüğü sürece verilen isimdir¹². Bulut sistemleri, hem pek çok kullanıcı faaliyetini aynı fiziki donanım üzerinde birlikte

⁷ Rajkumar Buyya / Chee Shin Yeo / Srikumar Venugopal / James Broberg / Ivona Brandic, “Cloud Computing and Emerging IT Platforms: Vision, Hype, and Reality for Delivering Computing As The 5th Utility,” **Future Generation Computer Systems**, C. 25, S. 6, 2009, s. 599.

⁸ Veri merkezi, genellikle bilgisayar sistemleri ile bağlantı ve depolama sistemleri gibi ilgili bileşenleri barındırmak için kullanılan anonim görünümüne endüstriyel bir binadır. Yedek güce, yedekli veri iletişim bağlantılarına, soğutma tesislerine, yangın güvenlik sistemlerine ve çeşitli güvenlik cihazlarına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.dutchdatacenters.nl/en/datacenters/what-is-a-data-center/> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

⁹ Michael Armbrust / Armando Fox / Rean Griffith / Anthony D. Joseph / Randy H. Katz / Andrew Konwinski / Gunho Lee / David A. Patterson / Ariel Rabkin / Ion Stoica / Matei Zaharia, **Above the Clouds: A Berkeley View of Cloud Computing**, UC Berkeley Reliable Adaptive Distributed Systems Laboratory White Paper, 2009, s. 4. Erişim Adresi: <https://www2.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2009/EECS-2009-28.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

¹⁰ Paralel bilişim sistemlerinde (*parallel computing*) tek bir işlemciyle gerçekleştirilmesi mümkün olmayan, performans gerektiren işlemleri yapmak üzere birden çok işlemci birleştirilerek bir bilişim sistemi oluşturulmaktadır. Örneğin süper bilgisayarlar on binlerce mikro işlemciye sahip oldukları için saniyede trilyonlarca işlem yapabilmektedirler. Dağıtık bilişim sistemlerinde (*distributed computing*) ise aynı ağ bağlantısı üzerinden birbirine bağlanmış olan bağımsız bilgisayarlar arasında mesaj gönderilmesi yoluyla iletişim sağlanarak bir bilişim sistemi kurulmaktadır. İşte bulut bilişim altyapısı, veri merkezlerinde istihdam edilen paralel bilişim sistemlerinin bir dağıtık sistem oluşturacak şekilde ağ üzerinden birbirine bağlanması neticesinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kai Hwang / Geoffrey C. Fox / Jack J. Dongarra, **Distributed and Cloud Computing: From Parallel Processing to the Internet of Things**, Massachusetts: Morgan Kaufmann, 2012, s. 4 vd.

¹¹ Buyya / Yeo / Venugopal / Broberg / Brandic, s. 601.

¹² Ashish Singh / Kakali Chatterjee, “Cloud security issues and challenges: A survey,” **Journal of Network and Computer Applications**, C. 79, August 2016, 2017, s. 93; Ali Sunyaev, **Internet Computing**. Cham: Springer, 2020, s. 210.

yürütmek hem de kullanıcılara bu faaliyetlerin birbirinden tamamen bağımsız olarak gerçekleştiği illüzyonunu sunmak durumundadır. Sanallaştırma teknolojisi, bu illüzyonu sağlamak için gerekli olan kullanıcı uygulamalarının bulut sistemini oluşturan fiziki altyapıdan soyutlanması işini üstlenmektedir¹³. Bulut olarak adlandırdığımız veri merkezinin donanımı üzerinde oluşturulan sanal makineler (*virtual machines*) vasıtasıyla her bir bulut bilişim müşterisine bağımsız bir kullanıcı deneyimi sunulmaktadır¹⁴. Bulut bilişim kullanıcıları, bir anlamda, devasa büyüklükteki bir bilgisayara ve dolayısıyla bireysel olarak ulaşılması güç bir bilişim gücü kapasitesine internet vasıtasıyla dünyanın herhangi bir yerinden bağlanabilmekte ve diğer kullanıcılardan habersiz olarak sistemden faydalanabilmektedir.

Bulut bilişim olgusu üzerine doktrinde yapılan tanımların toplamından hareketle bu bilişim teknolojisinin gösterdiği temel özellikleri ele almakta fayda bulunmaktadır. Bu özelliklerden ilki kullanıcıların bulut bilişim hizmetine talep ettikleri anda kendi imkanlarıyla ulaşabilmesidir (*on-demand self-service*).¹⁵ Buna göre, kullanıcılar bulut hizmetine her zaman ve her yerde erişebilmekte, sistemde kullanacakları bilişim kapasitesini hizmet sağlayıcının müdahalesi olmaksızın tek taraflı olarak kendileri belirleyebilmektedirler¹⁶. Bulut bilişimin bir diğer özelliği, geniş ağ bağlantısı erişimi sayesinde internete bağlanabilen pek çok cihaz vasıtasıyla bu teknolojiyen yararlanılabilmektedir¹⁷. Bir başka özellik, bulut bilişimin bir kaynak havuzu oluşturacak şekilde yapılandırılması ve arka planda yer alan bulut donanımının dinamik bir şekilde optimize edilerek belirli bir verinin işlendiği konumun sürekli değiştirilmesidir¹⁸. Hizmet sağlayıcılar, verileri aynı veri merkezi içerisinde veyahut coğrafi olarak farklı mekanlarda

¹³ Ian Foster / Yong Zhao / Ioan Raicu / Shiyong Lu, “Cloud Computing and Grid Computing 360-degree compared,” **Grid Computing Environments Workshop, GCE 2008**, 2008, ss. 5, 6.

¹⁴ Richard Hill / Laurie Hirsch / Peter Lake / Siavash Moshiri, **Guide to Cloud Computing**, Computer Communications and Networks. Londra: Springer, 2013, s. 7.

¹⁵ Mell / Grance, s. 2.

¹⁶ Mell / Grance, s. 2.

¹⁷ Mell / Grance, s. 2.

¹⁸ European Commission, **Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe**, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, COM(2012) 529 final, 27 Eylül 2012, s. 3, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0529&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

yer alan veri merkezleri arasında sürekli olarak gezdirerek kullanıcı verilerini potansiyel tehditlere karşı korumayı ve hizmet sürekliliğini sağlamayı amaçlamaktadırlar¹⁹. Son olarak, bulut bilişimde kullanıcılar sistemden faydalandıkları miktar kadarınca ücretlendirilmektedirler²⁰.

Bulut bilişim, bilgisayar işlevlerinin, depolama ve birlikte çalışma altyapısının, işletme yöntem ve uygulamalarının bir hizmet yazılımı olarak sunulduğu bir araçtır²¹. Bireysel kullanıcılar ve işletmeler, bilişim hizmetlerinin sunulduğu yazılımlara internet üzerinden erişebilmekte, bu durum da süregelen iş yapma biçimlerinde değişikliğe yol açmaktadır. Zira, bilişim hizmetlerinin her yerden ulaşılabilir hale gelmesi geleneksel olarak kullanıcıların kişisel bilgisayarlarında ya da telefonlarında barındırılan verilerin ve uygulamaların bulut veri merkezlerinde saklanması ve bunlara internet üzerinden erişilmesi seçeneğini beraberinde getirmektedir²². Bilgisayarlara yüklenen yardımcı bilişim yazılımlarının yerini bulut ortamında sunulan bilişim hizmetleri almakta²³ ve bu durum bilişim altyapısının hizmet olarak sunulmasında yeni bir paradigma olarak değerlendirilmektedir²⁴. Bu paradigma değişikliğini daha iyi ortaya koyabilmek adına bulut bilişim teknolojisinin kökenlerine inmekte yarar bulunmaktadır.

B. Bulut Bilişimin Ortaya Çıkışı

Bulut bilişimin kökenleri, bilişimin kamuya sunulan bir hizmet olarak yapılandırılması fikrine dayanmaktadır. Hizmet bilişimi (*utility computing*) olarak adlandırılan bu olgu, bilişim kapasitesinin elektrik ve içme suyunun kamusal bir hizmet olarak evlere dağıtılmasında olduğu gibi her yerden ulaşılabilir biçimde

¹⁹ W Kuan Hon / Christopher Millard, **Cloud Technologies and Services**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014, s. 10. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0001.

²⁰ Mell / Grance, s. 2.

²¹ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 3.

²² Kenji E. Kushida / Jonathan Murray / John Zysman, "Diffusing the Cloud: Cloud Computing and Implications for Public Policy," **Journal of Industry, Competition and Trade**, C. 11, S. 3, 2011, s. 212

²³ Brian Hayes, "Cloud Computing," **Communications of the ACM**, C. 51, S. 7, 2008, ss. 9–11.

²⁴ Vaquero / Roderio-Merino / Caceres / Lindner, s. 50.

yapılandırıldığı bir dağıtım sistemi öngörmektedir²⁵. Dahası, internetin bir sistem olarak geliştirilmesindeki temel motive edici faktörün de bilgisayar gücünün kamusal bir hizmet olarak sunulması fikri olduğu öne sürülmektedir²⁶. Zira, modern internetin²⁷ atası sayılan ARPANET²⁸ projesi, ARPA bünyesindeki araştırmacılara 1962 yılında iki yıl süreyle liderlik eden Joseph Licklider’in dünyanın her yerinden erişilebilecek küresel bir bilgisayarlar ve veri kaynakları ağı vizyonundan meydana çıkmıştır²⁹. Öte yandan, Leonard Kleinrock, 3 Temmuz 1969’da Kaliforniya Üniversitesi’nin ARPANET’i kurduğunu duyurduğu basın açıklamasında, bilişim ağlarının henüz gelişimlerinin başlangıcında olduğunu belirtmiş, bu ağların gelişmesi ve daha karmaşık hale gelmesiyle birlikte bilişim hizmetlerinin ülke çapında her eve sunulan elektrik ve telefon hizmetleri gibi kamusal bir hizmet olarak yaygınlaşacağı tahmininde bulunmuştur³⁰. Bu açıklamalardan ARPANET’i geliştiren araştırmacıların tek tek bilgisayarları birbirine bağlamak amacından ziyade her yerden ulaşılabilir küresel bir bilişim kaynağı havuzu oluşturma hedefine yönelik çalışmalar gerçekleştirdikleri sonucu ortaya çıkmaktadır. İnternetin geliştirilmesi ise bu hedefe giden yolda aşılması gereken basamaklardan yalnızca biridir.

ARPANET araştırmacılarının kamuya sunulan bir hizmet olarak bilişim vizyonunun ilk sacayağı olan internetin yaygınlaşması ilerleyen süreçte gerçekleşmiş, bireysel bilgisayar kullanıcılarının diğer bilgisayar kullanıcıları ile iletişim kurmasına imkan veren

²⁵ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 4.

²⁶ Will Venters / Edgar A. Whitley, “A Critical Review of Cloud Computing: Researching Desires and Realities,” **Journal of Information Technology**, C. 27, S. 3, 2012, s. 180.

²⁷ İnternet dünya çapında farklı bilgisayar ağlarını birbirine bağlayan bir sistem altyapısı (*interconnected computer networks*) veya bilgisayar ağları topluluğu (*network of networks*) olarak tanımlanmaktadır, bkz. Robert Kahn / Michael Aaron Dennis, **İnternet**, Encyclopædia Britannica, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/technology/Internet> (Son Erişim Tarihi: 23.10. 2022).

²⁸ ARPANET, Amerikan Savunma Bakanlığı’na bağlı olarak 1958 yılında askeri teknoloji araştırmaları gerçekleştirmek üzere kurulan İleri Araştırma Projeleri Dairesi’nin (Advanced Research Projects Agency: ARPA) çeşitli araştırma merkezlerindeki bilgisayarları telefon ağlarıyla birbirine bağlamak suretiyle oluşturduğu bilgisayar ağıdır. Bu bilgisayar ağı daha sonra başka teknolojik gelişmelere ön ayak olmuş ve günümüzdeki haliyle internetin ortaya çıkışına vesile olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kevin Featherly, **ARPANET**, Encyclopædia Britannica, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/topic/ARPANET> (Son Erişim Tarihi: 23.10. 2022).

²⁹ Fran Berman / Tony Hey, **The Scientific Imperative**, The Grid 2: Blueprint for a New Computing Infrastructure (ed. Ian Foster / Carl Kesselman) içinde, San Francisco: Morgan Kauffman, 2004, s. 14.

³⁰ Leonard Kleinrock, “An Internet vision: The invisible global infrastructure,” **Ad Hoc Networks**, C. 1, S. 1, 2003, s. 4.

internet hizmetinin sunulması ve kullanımı dünya çapında yıllar geçtikçe artmıştır. Uluslararası Telekomünikasyon Birliği verilerine göre 2019 yılında internet kullanıcı sayısı tahmini olarak Dünya nüfusunun %54'üne tekabül eden 4.2 Milyar kişiye, 2022 yılında bu oran %66'ya çıkmış ve tahmini olarak 5.3 Milyar internet kullanıcısının var olduğu saptanmıştır³¹. İnternet kullanımının gittikçe yaygınlaşması, bilişimin bir hizmet olarak sunulması fikrine giden yolda küme bilişim (*cluster computing*) ve şebeke bilişimi (*grid computing*) gibi ilk nesil teknolojilerin geliştirilmesinin önünü açmıştır.

Küme bilişimi teknolojisinde küme, yüksek hızlı ağ bağlantılarını kullanan, kendi arasında birbirine bağlanmış paralel ya da dağıtık bilgisayarların bir bileşimidir.³² Bu bilgisayarlar, tek bir bilgisayarda gerçekleştirilmesi mümkün olmayacak hesaplama ve veri yoğunluklu görevleri gerçekleştirmek üzere birlikte çalışmaktadırlar³³. Küme bilişiminde kümeyi oluşturan bileşenler genellikle hızlı bir yerel ağ bağlantısı üzerinden birbirine bağlanmakta olup bu teknolojiye geniş çaplı bilimsel faaliyetlerde ve mühendislik çalışmalarında yüksek verim elde etmek amacıyla başvurulmaktadır³⁴. Dolayısıyla küme bilişiminde esas olarak birden çok bilgisayar yerel ağ bağlantısı üzerinden birbirine bağlanarak büyük bir bilişim sistemi oluşturulmaktadır.

Şebeke bilişimi, ileri düzey bilim ve mühendislik faaliyetlerinde kullanılmak amacıyla geliştirilen dağıtık bilişim altyapılarını ifade etmek üzere 1990'ların ortalarında türetilmiş bir terimdir³⁵. Bu teknolojinin gelişmesine öncülük eden Ian Foster³⁶ başlangıçta bilgisayar şebekelerini son teknoloji bilgisayar kabiliyetlerine güvenilir,

³¹ International Telecommunication Union, **Statistics (Individuals Using the Internet)**, Erişim Adresi: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

³² Naidila Sadashiv / S. M.Dilip Kumar, "Cluster, Grid and Cloud Computing: A Detailed Comparison," **ICCSE 2011 - 6th International Conference on Computer Science and Education, Final Program and Proceedings, S. Iccse**, 2011, s. 477.

³³ Sadashiv / Kumar, s. 477.

³⁴ Indu Gandotra / Pawanesh Abrol / Pooja Gupta / Rohit Uppal / Sandeep Singh, "Cloud Computing Over Cluster, Grid Computing: a Comparative Analysis," **Journal of Grid and Distributed Computing**, C. 1, S. 1, 2011, s. 1.

³⁵ Ian Foster / Carl Kesselman / Steven Tuecke, "The Anatomy of the Grid: Enabling Scalable Virtual Organizations," **The International Journal of High Performance Computing Applications**, C. 15, S. 3, 2001, s. 200.

³⁶ Ian Foster şebeke bilişiminin arkasında yatan teknolojinin fikir babası olarak anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://magazine.uchicago.edu/0404/features/index.shtml> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

sürekli, yaygın ve pahalı olmayan bir erişim sağlayan donanım ve yazılım altyapısı olarak tasavvur etmiştir³⁷. Burada şebeke (*grid*) kelimesi elektrik şebekesine (*electrical power grid*) kıyasen kullanılmakta olup bu kullanım elektrik enerjisine her talep edildiğinde ulaşılabilmesi ve hizmet sağlayıcıların enerji arzını ihtiyaca göre ölçeklendirebilmesinde olduğu gibi bir hizmet sunumu vizyonuna sahip olunduğuna işaret etmektedir³⁸. Bununla birlikte, Ian Foster daha sonra şebeke bilişiminin tanımını birden çok kuruluşun oluşturduğu dinamik sanal organizasyonlarda eşgüdümlü kaynak paylaşımı ve problem çözümü için kullanılan bilişim altyapılarını ifade edecek şekilde genişletmiştir³⁹. Bu genişletilmiş anlamıyla bilgisayar şebekeleri temel olarak geniş ölçekli, veri ve kaynak yoğunluklu bilimsel projelerde ihtiyaç duyulan bilişim kapasitesini kaynak paylaşımı yoluyla sağlamak amacıyla kullanılmaktadırlar⁴⁰. Kaynak paylaşımı anlaşmaları yaparak şebekeye katılan kuruluşlar şebekenin hem bilişim altyapısı sağlayıcısı hem de tüketicisi konumunu elde etmektedirler⁴¹. Bilişim altyapılarının bu şekilde kullanıcılar arasında paylaşımlı olarak kullanılması, merkezi kontrole tâbi olmayan bir bilişim sistemi ortaya çıkarmaktadır⁴².

³⁷ Ian Foster, **What is the Grid? A Three Point Checklist**, 2002, s. 1, Erişim Adresi: <https://www.mcs.anl.gov/~itf/Articles/WhatIsTheGrid.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022). Foster'ın daha sonra kendi blog sayfasında yayınladığı yazısında belirttiği üzere şebeke bilişiminin bu ilk tanımı talep edildiği anda bilişim hizmetine ulaşılabilmesini (*on demand computing*) ifade etmekte ve bu açıdan Amazon tarafından hizmete sunulan bulut bilişim hizmetleriyle (ve dolayısıyla bizim anladığımız anlamda bulut bilişimle) aynı şeyi ifade etmektedir. Bkz. Ian Foster, **Cloud, Grid, What's in a Name?**, 7 Ağustos 2008, Erişim Adresi: <https://ianfoster.typepad.com/blog/2008/08/cloud-grid-what.html> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022). Nitekim Schubert'e göre de şebeke bilişiminin bu orijinal tanımı bulut bilişimle ortak özellikler içermektedir. Bkz: Lutz Schubert / Keith Jeffery, **The Future of Cloud Computing: Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010**, Expert Group Report. Europe: European Commission, Information Society and Media, 2010, s. 18.

³⁸ Ian Foster / Carl Kesselman, **The History of the Grid**, High Performance Computing: From Grids and Clouds to Exascale (ed. Ian Foster / Wolfgang Gentzsch / Lucio Grandinetti / Gerhard R. Joubert) içinde, Amsterdam: IOS Press, 2011, s. 3. Bilişim kaynakları şebekesi ile elektrik şebekesinin özelliklerini karşılaştırmalı olarak incelemek için bkz. Madhu Chetty / Rajkumar Buyya, "Weaving computational grids: how analogous are they with electrical grids?," **Computing in Science & Engineering**, C. 4, S. 4, 2002, s. 66 vd..

³⁹ Foster / Kesselman / Tuecke, *The Anatomy of the Grid*, s. 200; Foster, *What is the Grid*, s. 2.

⁴⁰ Chetty / Buyya, s. 61; Ian Foster / Carl Kesselman, **Concepts and Architecture**, *The Grid 2: Blueprint for a New Computing Infrastructure* (ed. Ian Foster / Carl Kesselman) içinde, San Francisco: Morgan Kaufman, 2004, s. 40.

⁴¹ David Villegas / Ivan Roderio / Liana Fong / Norman Bobroff / Yanbin Liu / Manish Parashar / S. Masoud Sadjadi, **The Role of Grid Computing Technologies in Cloud Computing**, *Handbook of Cloud Computing* (ed. Borko Furht / Armando Escalante) içinde, Boston: Springer, 2010, s. 186.

⁴² Foster, *What is the Grid*, s. 2.

Şebeke bilişimi de küme bilişimi gibi, tek bir bilgisayar ya da süper bilgisayar tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmayan veri ve bilgisayar kaynağı yoğunluklu bilimsel projelerde kullanılmaktadır. Bununla birlikte, şebeke bilişiminde küme bilişimden farklı olarak coğrafi olarak dağınık konumlardaki bilgisayar kaynakları geniş ölçekli bilimsel çalışmalarda kullanılmak üzere birleştirilmektedir⁴³. Bu anlamda, şebeke bilişiminde birbirinden ayrı konumlardaki bilgisayarlar birleştirilebileceği gibi ayrı ayrı mekanlardaki küme bilişim sistemleri de birleştirilerek daha büyük bir bilişim gücü şebekesi oluşturulabilecektir⁴⁴.

Şebeke bilişiminin geliştirilmesinin arka planında yatan fikirlerden bir diğeri, normal şartlarda atıl durumda bulunan ya da kapasitesinin yalnızca küçük bir kısmı kullanılan bilgisayarlardaki donanım ve bilişim kapasitesini bir araya getirerek internet vasıtasıyla ulaşılabilen büyük bir bilişim kaynakları havuzu oluşturmaktır⁴⁵. Bu fikrin en sofistike uygulaması ise Avrupa Nükleer Araştırma Merkezi (*Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire*, CERN) tarafından gerçekleştirilen elektron çarpıştırma deneylerinin ortaya çıkaracağı büyük çaplı verinin nasıl depolanacağı konusunda bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Merkez yetkilileri, deneylerinin ortaya çıkaracağı büyük miktardaki veriyi depolamak için dünyanın çeşitli yerlerindeki araştırma merkezlerinin bilgisayar sistemlerini ve hatta bireysel bilgisayarları birbirine bağlayarak dünya çapında bir bilgisayar şebekesi oluşturmuş ve bu şekilde deneylerini devam ettirebilmiştir⁴⁶. CERN tarafından oluşturulan bu şebeke günümüzde 41 ülkeden 170 merkezdeki bilgisayarları birbirine bağlamakta ve dünyanın en geniş bilişim şebekesini oluşturmaktadır⁴⁷.

⁴³ Chetty / Buyya, s. 61.

⁴⁴ Sadashiv / Kumar, s. 477.

⁴⁵ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 6; Bilgisayar kullanıcılarının atıl durumda olan ya da kendileri için fazla olan bilgisayar güçlerini ve bilişim kapasitelerini çeşitli araştırma projelerinde kullanılması için bağışlaması bir dağıtık bilişim (*distrubuted computing*) türü olarak gönüllü bilişim (*volunteer computing*) şeklinde adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://lhcatome.web.cern.ch/about/volunteer-computing> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

⁴⁶ Nicholas G. Carr, **The Big Switch: Rewiring The World, From Edison to Google**. New York: W.W. Norton & Co., 2008, s. 57.

⁴⁷ CERN tarafından oluşturulan bilgisayar şebekesi hakkında daha ayrıntılı bilgi almak için bkz. <https://home.cern/science/computing/worldwide-lhc-computing-grid> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Şebeke bilişimi başlangıçta hizmet bilişimi idealiyle ortaya çıkmış olsa da uygulamaya yansımalarıyla birlikte araştırma odaklı bir kullanıma evrilmiş ve bilişimin kamusal bir hizmet olarak sunulması fikri geri planda kalmıştır⁴⁸. Bulut bilişim, hizmet bilişimi vizyonunun geldiği son aşama olarak, şebeke bilişimi teknolojisi üzerinden yeni bir iş modeli oluşturulması yoluyla geliştirilmiştir. Bu yeni iş modelinin odak noktası şebeke bilişiminde olduğu gibi salt depolama ve bilişim altyapısı kurmak değil, bu altyapı üzerinde oluşturulan soyut bilişim kaynaklarının ölçülebilir bir hizmet olarak sunulmasıdır⁴⁹. Bulut temelli iş modelinde genellikle tüketici, bulut sağlayıcısına elektrik veya su hizmetlerinde olduğu gibi tüketim miktarınca bir ödeme yapmaktadır⁵⁰. Şebeke bilişiminde ise iş modelleri genellikle proje odaklıdır, kullanıcılar ya da topluluk proje hedeflerini gerçekleştirmek üzere bilgisayarlarının işlem yapma gücünü şebekenin hizmetine sunmaktadırlar⁵¹. Bulut bilişimde çok sayıda kullanıcı sistemi kullanmakta olup bunlar görece az miktarda bilişim kapasitesine ihtiyaç duyarken, şebeke bilişiminde yoğunlukla kısıtlı sayıda bir kullanıcı topluluğu olağanüstü büyüklükte bir bilişim kapasitesine ihtiyaç duymaktadır⁵². Bu iki bilişim teknolojisi arasındaki diğer bir fark, bulut bilişimde altyapının tek bir merkezi otorite tarafından kurulup yönetilmesi karşısında şebeke bilişiminde birbirinden ayrı mekanlardaki bilişim altyapısı bileşenlerinin bir bilgisayar şebekesi oluşturacak şekilde birbirine bağlanmasıdır⁵³. Dolayısıyla, şebeke bilişimi uygulamasında coğrafi olarak farklı konumlardaki bilişim kaynakları birleştirilerek bir kaynak havuzu oluşturulmakta ve bu havuz genellikle tek bir amaca özgülenmektedir. Bulut bilişimde ise tek bir merkezi sağlayıcı tarafından oluşturulan bilişim kaynakları havuzu birbirinden farklı kullanıcıların bağımsız kullanım amaçlarını gerçekleştirebilecek şekilde yapılandırılmaktadır.

⁴⁸ Cafaro ve Aloisio, şebeke bilişimi ticari bir ürün olarak hizmete sunulabilir mi sorusuna bu güçlü teknolojinin tüketicilere sunulacak kadar basit kurgulanmadığı cevabını vermektedirler. Şebeke bilişiminin kompleks yapısının ticarileştirilmesine engel olduğunu fark eden girişimcilerse onun yerine bulut bilişime yönelmektedirler, bkz. Massimo Cafaro / Giovanni Aloisio, **Grids, Clouds and Virtualization**, London: Springer, 2011, s. 6.

⁴⁹ Foster / Zhao / Raicu / Lu, s. 2.

⁵⁰ Sunyaev, s. 209.

⁵¹ Sunyaev, s. 209.

⁵² Hon / Millard, s. 17.

⁵³ Cafaro / Aloisio, s. 9.

Bugün, hizmet bilişimi teknolojisinde yükselen son paradigma olan bulut bilişim teknolojisi, sanallaştırılmış bilişim ve depolama teknolojileri üzerinden inşa edilmiş olan veri merkezleri sayesinde güvenilir bilişim hizmetleri sunmaktadır⁵⁴. Bilişim hizmetlerinin her yerden ulaşılabilir şekilde güvenli bir yol olarak kullanıcılara sunulması, yerel olarak istihdam edilen bilgisayar gücünden giderek artan oranda internet vasıtasıyla ulaşılan bilişim hizmetlerine geçilmesine yol açmaktadır⁵⁵. Bu itibarla, bulut bilişim kişisel bilgisayarların kendi donanım yeterliliklerinin önemsiz hale geldiği, onun yerine üçüncü taraflarca işletilen veri merkezlerindeki sınırsız bilişim kaynaklarının bireysel olarak kullanılır hale geldiği bir geleceğe işaret etmektedir⁵⁶. Örneğin, bilgisayar oyunlarının donanım gereksinimlerinin gittikçe fazlalaşması nedeniyle kişisel bilgisayarlarında yeni çıkan oyunları oynayamayan kullanıcılar bulut bilişim hizmeti şeklinde sunulan oyun platformlarına yönelmektedirler⁵⁷. Bu platformlarda oyunların kullanıcılara bulut ortamında sunulması nedeniyle oyunların kişisel bilgisayarlara yüklenmesi gerekmemekte, internet erişiminin olduğu her yerde ve akıllı cihazda bulut üzerinden oyun oynanabilmektedir. Diğer yandan, bulut bilişim hizmetleri sayesinde uygulama ve oyun geliştiriciler faaliyetlerini bulut platformlarında gerçekleştirerek yüksek miktarlarda girişim sermayesi gerektiren veri merkezi kurma ve işletme maliyetlerinden kurtulmaktadırlar. Bu durum, bir asır önce kendi elektriklerini üreterek faaliyet gösteren fabrikaların elektrik şebekesi üzerinden elektrik kullanmanın daha hesaplı olacağını fark ettikten sonra kendi kaynaklarını kullanmayı bırakmalarına benzetilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, yukarıda belirtildiği üzere bulut bilişimin bilişim hizmetlerinin sunulması üzerinde yarattığı etki gerçekten bir paradigma değişikliğidir. Bu

⁵⁴ Buyya / Yeo / Venugopal / Broberg / Brandic, s. 601.

⁵⁵ Cesare Bartolini / Cristiana Santos / Carsten Ullrich, "Property and The Cloud," **Computer Law & Security Review**, C. 34, S. 2, 2018, s. 358 vd..

⁵⁶ Foster / Zhao / Raicu / Lu, s. 1.

⁵⁷ Örnek platformlar için bkz. <https://gameplus.com.tr/>; <https://www.xbox.com/en-us/play>; <https://stadia.google.com/>.

⁵⁸ William Voorsluys / James Broberg / Rajkumar Buyya, **Introduction to Cloud Computing**, Cloud Computing: Principles and Paradigms (ed. Rajkumar Buyya / James Broberg / Andrzej Goscinski) içinde, New Jersey: Wiley Publishing, 2011, s. 5. Aynı yönde bkz. European Commission, Unleashing the Potential of Cloud Computing, s. 4.

anlamda bulut bilişim, yıllardır süregelen hizmet bilişimi idealinin gerçekleştirildiği aşamayı temsil etmektedir⁵⁹.

C. Bulut Bilişim Hizmet Modelleri

Bulut bilişim hizmetleri uygulamada temel olarak veri depolama (*data storage*), bilişim (*computation*) ve ağ oluşturma (*networking*) hizmetleri şeklinde üç türde ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Bu hizmetler elektronik posta, veri depolama, metin işleme uygulamaları gibi basit uygulamalardan kompleks işletme uygulamalarına geniş bir yelpazede kendini göstermektedir. Bulut bilişim hizmeti sunan firmaların en önemlileri Amazon, Microsoft, Google, Rackspace ve Salesforce olarak gösterilmektedir⁶¹. Amazon'un bulut bilişim hizmetlerini çatısı altında toplayan Amazon Web Services (AWS) küresel olarak en büyük bulut hizmeti sağlayıcısıdır ve en önemli ürünlerini Elastic Compute Cloud (EC2)⁶² ve Simple Storage Service (S3)⁶³ oluşturmaktadır⁶⁴. Microsoft, Office 365⁶⁵ isimli hizmetiyle ofis yazılımları hizmeti sunmakta, Azure⁶⁶ isimli platformuyla kullanıcılarına gelişmiş bir bulut altyapısı sağlamaktadır. Google kendi bulut altyapısı üzerinden popüler yazılım hizmetleri olan Gmail, Google Docs ve Google Drive gibi yazılımları kullanıcılara

⁵⁹ Armbrust / Fox / Griffith / Joseph / Katz / Konwinski / Lee / Patterson / Rabkin / Stoica / Zaharia, s. 19; Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 5.

⁶⁰ Kenji E. Kushida / Jonathan Murray / John Zysman, "Cloud Computing: From Scarcity to Abundance," **Journal of Industry, Competition and Trade**, C. 15, S. 1, 2015, s. 7.

⁶¹ S. Srinivasan, **Cloud Computing Basics**, New York: Springer, 2014, s. 19.

⁶² Amazon Elastic Compute Cloud (Amazon EC2), bulutta güvenli, yeniden boyutlandırılabilen işlem kapasitesi sağlayan bir web hizmetidir. Kullanıcılara bilişim kaynakları üzerinde tam kontrol imkanı vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://aws.amazon.com/tr/ec2/?nc2=h_ql_prod_fs_ec2&ec2-whats-new.sort-by=item.additionalFields.postDateTime&ec2-whats-new.sort-order=desc (Son Erişim Tarihi: 12.12.2020).

⁶³ Amazon Simple Storage Service (Amazon S3); ölçeklenebilirlik, veri erişilebilirliği ve performans özellikleri sunan bir nesne depolama hizmetidir. Her ölçek ve sektörden müşteriler bu hizmeti kullanarak internet siteleri, mobil uygulamalar, yedekleme ve geri yükleme, arşiv, kurumsal uygulamalar, IoT cihazları ve büyük veri analizleri gibi çeşitli kullanım senaryolarına yönelik olarak herhangi bir miktarda veriyi depolayabilecek ve koruyabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://aws.amazon.com/tr/s3/?nc2=h_ql_prod_fs_s3 (Son Erişim Tarihi: 12.12.2020).

⁶⁴ Srinivasan, s. 19.

⁶⁵ <https://www.microsoft.com/tr-tr/microsoft-365/office-365> (Son Erişim Tarihi: 12.12.2020).

⁶⁶ <https://azure.microsoft.com/tr-tr/> (Son Erişim Tarihi: 12.12.2020).

sunmaktadır. Rackspace⁶⁷ firması da temel bulut hizmetleri sunmakta, Salesforce⁶⁸ firması ise müşteri ilişkileri yönetimi alanında yazılım hizmeti vermektedir⁶⁹.

Bu geniş yelpaze içerisinde bulut bilişim hizmetlerinin kullanıcılara sunulmasında NIST tarafından yapılan ayrıma göre üç ayrı hizmet modeli bulunmaktadır. Bu üç hizmet modeli kullanıcı deneyimini bulut altyapısından soyutlama oranlarına göre düşükten yükseğe doğru sırasıyla, altyapı hizmeti (*infrastructure as a service*, IaaS), platform hizmeti (*platform as a service*, PaaS) ve yazılım hizmeti (*software as a service*, SaaS) şeklinde kavramsallaştırılmıştır⁷⁰. Kullanıcı deneyimini bulut altyapısından soyutlamaktan kasıt kullanıcılara bulut bilişim altyapısı üzerinde verilen hizmetin yoğunluğu ve kapsamıdır. Daha yüksek hizmet katmanlarında kullanıcılara bulut altyapısı üzerinden çok çeşitli ve işlevsel bilişim hizmetleri sunulabilirken en alt hizmet katmanında müşterilere ham bir bilişim altyapısı hizmet olarak sunulmaktadır. Potansiyel kullanıcılara ham bilişim altyapısının hizmet olarak sunulması onların arka planda işleyen bilişim sisteminden haberdar olmasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin, IaaS modelinin potansiyel kullanıcılarını tecrübeli ve profesyonel müşteriler oluşturduğundan kullanıcılara görece düşük seviyede bir fonksiyonellik karşısında daha fazla kullanma esnekliği ve kontrol etme imkanı sağlanmaktadır⁷¹. Zira, bu hizmet modelinin müşterilerini oluşturan profesyonel kullanıcılar bulut hizmetini kullanarak son kullanıcıya sunulacak yeni bir bulut hizmeti geliştirmeyi amaçlamaktadırlar. Oysa, en üst katmanda bulunan SaaS modelinde kullanıcılar arka planda yer alan bilişim altyapısından neredeyse hiç haberdar olmamakta, yalnızca kendilerine sunulan hizmetten yararlanmakla

⁶⁷ <https://www.rackspace.com/> (Son Erişim Tarihi: 12.12.2020).

⁶⁸ <https://www.salesforce.com/eu/products/what-is-salesforce/?d=prospect-promo1> (Son Erişim Tarihi: 12.12.2020).

⁶⁹ Srinivasan, s. 19.

⁷⁰ Mell / Grance, s. 2, 3; Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 13; Srinivasan, s. 18; Hon / Millard, s. 4.; Sunyaev, s. 203. Bu hizmet modelleri arasındaki farkların belirsiz olduğuna dair eleştiri için bkz. Armbrust / Fox / Griffith / Joseph / Katz / Konwinski / Lee / Patterson / Rabkin / Stoica / Zaharia, s. 4. Bir başka eserde bulut bilişim hizmet modelleri hizmet olarak her şey (*everything as a service*) başlığı altında toplanmakta, bu başlık altında yukarıda sayılan üç hizmet modeline ilaveten hizmet olarak insanlar (*humans as a service*) modeli bir hizmet modeli olarak ele alınmaktadır, bkz. Christian Baun / Marcel Kunze / Jens Nimis / Stefan Tai, **Cloud Computing: Web-based Dynamic It Services**, Berlin, Heidelberg: Springer, 2011, s. 17. Biz, tezimizin hedef ve sınırları açısından NIST tarafından ortaya konulan ve doktrinde geniş kabul gören üçlü ayrımı esas alacağız.

⁷¹ Hon / Millard, s. 4.

yetinmektedirler. Bu nedenle, SaaS modelinde kullanıcılara daha fazla fonksiyonellik sunulduğu ancak sistem üzerinde daha az kontrol imkanı verildiği belirtilmektedir⁷². Dolayısıyla, soyutlama oranı arttıkça kullanıcıya sunulan hizmetin yoğunluğu artmakta ve fakat aynı oranda kullanıcının altyapı üzerindeki yönetme kapasitesi azalmaktadır.

Soyutlama oranlarına göre yapılan bu sıralama aynı zamanda aralarında hiyerarşi oluşturacak şekilde katmanlı ve birbirinin içine geçmiş bir bulut altyapısı olarak değerlendirilebilir⁷³. Yukarıdaki katmanlarda bulunan ve daha soyut olan hizmet modelleri aşağıdaki katmanlarda bulunan ve daha somut olan modellerin hizmet altyapısından yararlanabilecektir⁷⁴. Bu hizmet modellerinin iç içe yapısını daha iyi resmedebilmek açısından her birini ayrı ayrı ele almakta fayda bulunmaktadır.

1. Altyapı Hizmeti

Bulut bilişim hizmet modelleri arasındaki hiyerarşik yapı içerisinde en alt katmanda yer alan Altyapı Hizmeti (*Infrastructure as a Service*, IaaS) modelinde bulut veri merkezindeki bilgisayar donanımları üzerinden üretilen bilişim gücü kullanıcılara bilişim altyapısı olarak sunulmaktadır. Bu bilişim altyapısı, veri işlemesi (*data processing*), veri depolaması (*data storage*), ağ oluşturma (*networking*) ve diğer temel bilişim işlevlerini kullanıcılara sunmak suretiyle kullanıcılara ihtiyaçlarına göre bu altyapı üzerinde uygulama ve yazılımlar geliştirme ve bunları depolama imkanı vermektedir⁷⁵. Bu itibarla, IaaS hizmet modeli kendi içerisinde hizmet olarak bilişim (*Computation as a Service*, CaaS) ve hizmet olarak veri (*Data as a Service*, DaaS) şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁷⁶. CaaS hizmet modelinde kullanıcılar hizmet sağlayıcının sanal makine esaslı ağ sunucularını kiralamakta ve sağlanan bilişim kapasitesini kullandıkları süre kadar

⁷² Hon / Millard, s. 4.

⁷³ Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 13; Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 17; Bartolini / Santos / Ullrich, s. 362.

⁷⁴ Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 13; Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 17; Bartolini / Santos / Ullrich, s. 362.

⁷⁵ Mell / Grance, s. 3.

⁷⁶ Hai Jin / Shadi Ibrahim / Tim Bell / Wei Gao / Dachuan Huang / Song Wu, **Cloud Types and Services**, Handbook of Cloud Computing (ed. Borko Furht / Armando Escalante) içinde, Boston: Springer, 2010, s. 340.

ücretlendirilmektedirler⁷⁷. DaaS hizmet modelinde ise kullanıcılara verilerini depolayabilecekleri sınırsız bir depolama alanı sağlanmakta ve hizmet, sistem üzerinde saklanan ve transfer edilen verinin büyüklüğü oranında ücretlendirilmektedir⁷⁸. Her iki modelde de kullanıcılar fiziki bulut altyapısı üzerinde kontrol sahibi olamamakta ancak bu altyapı üzerinde çalışan işletim sistemi, depolama sistemi ve yüklü uygulamalar üzerinde kontrol sağlamaktadırlar⁷⁹.

IaaS modelinde bulut hizmeti, fiziki bilişim altyapısı küçük sanal bilişim kaynaklarına dönüştürülerek kullanıcılara sunulmaktadır⁸⁰. Bu dönüşümü gerçekleştirmek için fiziki bulut altyapısı üzerinde kendi işletim sistemine sahip ve üzerine yazılım ve uygulamalar yüklenebilen, her biri birbirinden bağımsız sanal makineler (*virtual machines*) oluşturulmaktadır⁸¹. Sanal makinelerin bulut bilişim hizmetinin sunulmasındaki işlevi aslında aynı fiziki bilgisayar donanımından yararlanan her bir bulut bilişim kullanıcısına yek diğerinden bağımsız bir kullanıcı deneyimi sunulmasıdır. Amazon'un CaaS olarak sunduğu EC2 bulut hizmetinden örnek vermek gerekirse, EC2 hizmetinde içinde çeşitli yazılımlar da bulunan sanal makineler kullanıcıların hizmetine sunulmakta, kullanıcılar kendi isteklerine göre bu sanal sunucuları kişiselleştirebilmekte, tekrar sanal parçalara ayırabilmekte, farklı yazılım paketleri yükleyebilmekte, erişim izni ve güvenlik duvarı kuralları ayarlayabilmektedir⁸².

IaaS modelinin tipik kullanımında, uygulama geliştiriciler yazılım ve uygulamalarını bulut bilişim yoluyla hizmete sunulan sanal makineler üzerinde geliştirmekte ve bu uygulama ve yazılımların kullanıcı taleplerine göre değişebilen bilişim kapasitesi ihtiyacını farklı sanal sunucular üzerinde ölçeklendirebilmektedirler⁸³. Bu

⁷⁷ Ibid. Amazon'a ait olan EC2 hizmeti bir CaaS örneğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jin / Ibrahim / Bell / Gao / Huang / Wu, s. 341.

⁷⁸ Jin / Ibrahim / Bell / Gao / Huang / Wu, s. 340. Amazon'a ait olan S3 hizmeti bir DaaS örneğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jin / Ibrahim / Bell / Gao / Huang / Wu, s. 342.

⁷⁹ Mell / Grance, s. 3.

⁸⁰ Omkhar Arasaratnam, **Introduction to Cloud Computing**, Auditing Cloud Computing, A Security and Privacy Guide (ed. Ben Halpert) içinde, New Jersey: Wiley, 2011, s. 5.

⁸¹ Hon / Millard, s. 6.

⁸² Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 14.

⁸³ Srinivasan, s. 26.

sayede, internet üzerinden hizmete sunulacak türde bir yazılım veya uygulama geliştirmek isteyenler kendilerine ait olacak bir sunucu (*server*) kapasitesi için büyük miktarlarda sermaye yatırma yükünden kurtulmakta, bilişim kapasitesinin ayarlanması işini hizmet sağlayıcının üzerine bırakmaktadırlar⁸⁴. Örneğin, bulut üzerinden depolama hizmeti sağlayan Dropbox yazılımının geliştirildiği ve hizmete sunulduğu bilişim altyapısı Amazon tarafından verilen IaaS hizmeti üzerinden sağlanmaktadır⁸⁵. Yine, popüler bir dijital televizyon hizmeti olan ve SaaS modeli altında ele alınabilecek olan Netflix'in bilişim ve depolama altyapısı Amazon'un bulut altyapısı üzerinde kuruludur⁸⁶. Dolayısıyla, günümüzde bilumum akıllı cihazlar (bilgisayarlar, akıllı telefonlar, akıllı televizyonlar vb.) üzerinde kullandığımız uygulamaların çoğu aslında IaaS hizmeti sunan farklı bulut sistemleri üzerinde saklanıp hizmete sunulan yazılımlardır. Yazılım Hizmeti (*Software as a Service*, SaaS) olarak adlandırılan bu hizmet modeli aşağıda incelenecektir.

2. Platform Hizmeti

Bulut bilişim hizmet modelleri sıralamasında IaaS modelinin bir üst katmanında bulunan Platform Hizmeti (*Platform as a Service*, PaaS) modelinde ilkindeki gibi işlenmemiş bir bilişim altyapısı yerine kullanıcılara kolayca programlanabilen bir bulut altyapısı hizmet olarak sağlanmaktadır. Platform olarak sunulan bulut hizmetinde kullanıcılar, platform tarafından sağlanan programlama dili ve araçlarını kullanarak kendi uygulamalarını geliştirebilmekte veya yine bu platform üzerinde geliştirilmiş bulunan uygulamaları edinebilmektedir⁸⁷. Öte yandan, bu modelde, kullanıcıların bulut altyapısını oluşturan işletim sistemini, bilişim ağını veya sunucuları yönetme ya da kontrol etme imkanı bulunmamaktadır⁸⁸.

⁸⁴ Clifford Lynch, **Cloud Architectures and Cultural Memory**, Challenges of Information Management Beyond the Cloud, IMCW 2013 Selected Papers, Berlin: Springer, 2014, s. 2. https://doi.org/10.1007/978-3-662-44412-2_1.

⁸⁵ Hon / Millard, s. 15.

⁸⁶ Kushida/ Murray/ Zysman (From Scarcity to Abundance), s. 6.

⁸⁷ Mell / Grance, ss. 2, 3.

⁸⁸ Mell / Grance, ss. 2, 3.

Google AppEngine⁸⁹, Python ve Java programlama dillerinin uygulama geliştirme araçları olarak sunulduğu bir bulut sistemi olarak PaaS modeline örnek gösterilebilecektir. Bir başka popüler PaaS örneği ise .NET programlama dillerini kullanan Microsoft'un Azure isimli platformudur⁹⁰. Bu platformlar üzerinde geliştirilen uygulamalarda hizmet sağlayıcı bilişim kapasitesinin ölçeklendirilmesi işini otomatik olarak yerine getirmekte olup, kullanıcılar sanal makinelerin yönetimi meselesi ile ilgilenmek zorunda kalmamaktadır⁹¹.

PaaS modelinde, IaaS modeline göre kullanıcılara sunulan hizmetin işlevselliği artmış olduğundan kullanıcı deneyiminin bulut altyapısından soyutlanma oranı daha yüksektir. Ayrıca, IaaS modelinde olduğu gibi PaaS modelinde de bulut altyapısı üzerinde geliştirilen uygulamalar yazılım hizmeti olarak sunulabileceğinden PaaS modeli ile Yazılım Hizmeti (*Software as a Service*, SaaS) modeli arasında da yoğun bir bağlantı söz konusudur.

3. Yazılım Hizmeti

Bulut bilişim hizmet modelleri arasında doğrudan son kullanıcının hizmetine sunulmak gayesiyle ortaya konulan hizmet modeli Yazılım Hizmeti (*Software as a Service*, SaaS) modelidir⁹². Bu modelde kullanıcılara sunulan bilişim hizmeti, bir bulut altyapısında saklanan ve çalışan yazılım ve uygulamaların kullanıcılara hizmet olarak sunulmasından ibarettir⁹³. Bu modelde, kullanıcılar yazılım veya uygulamalarına, bunları bilgisayarlarına ya da diğer akıllı cihazlarına yüklemeksizin, internet vasıtasıyla erişmekte ve bu sayede donanım ve yazılım yükseltme zorunluluklarından da kurtulmaktadırlar⁹⁴. Ayrıca, kullanıcılar uygulamadan yararlanırken ya da yazılımı

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://cloud.google.com/appengine?hl=tr> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

⁹⁰ Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 31; Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 20.

⁹¹ Hon / Millard, s. 12.

⁹² Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 20.

⁹³ Mell / Grance, s. 2.

⁹⁴ Murugesan / Bojanova, s. 6.

kullanırken arka planda bulunan bulut altyapısından tamamen habersizdirler. Dolayısıyla, kullanıcının hizmet deneyimi bulut altyapısından tamamen soyutlanmış olup bilişim hizmeti tamamıyla hizmet sağlayıcının yani yazılım geliştiricisinin kontrolündedir⁹⁵.

Bulut bilişim hizmet modellerinin katmanlı yapısı açısından ve hizmet sağlayıcı perspektifinden bakıldığında SaaS modelinde geliştirilmiş bir yazılım veya uygulama IaaS ya da PaaS hizmet modellerinden biri ile sunulan başka bir bulut altyapısı üzerinde saklanıp işletilebilecektir⁹⁶. Zira, SaaS geliştiricileri, yazılım ve uygulamalarının kullanıcı sayısının artıp azalacağı dönemleri kestiremediklerinden kendi bilişim kapasitelerini kullanıcı sayısına göre ölçeklendirebilmekte zorlanabilmektedirler⁹⁷. Bu nedenle, kendi bilişim altyapılarını kullanmak yerine dışarıdan bulut bilişim hizmeti olarak bilişim kapasitesinin talebe göre ölçeklendirilmesi işini hizmet sağlayıcıya bırakmaktadırlar⁹⁸.

SaaS modelinde sunulan bulut hizmetlerinin en yaygın örneklerini elektronik posta uygulamaları, kelime işleme uygulamaları ve veri depolama hizmetleri oluşturmaktadır⁹⁹. Örneğin Google tarafından sunulan popüler bir SaaS hizmeti olan Gmail isimli elektronik posta uygulamasında kullanıcılar sistemin üzerinde çalıştığı bulut altyapısının işleyişinden habersiz bir şekilde internet üzerinden e-postalarına ulaşabilmektedir¹⁰⁰. Yine, Google'a ait olan Google Workspace ve Microsoft tarafından hizmete sunulan Office 365 uygulamaları kullanıcılara her yerden erişebilecekleri kelime işleme uygulamalarını ve diğer ofis yazılımlarını bulut bilişim hizmeti olarak sunmaktadırlar¹⁰¹. SaaS modeli bulut bilişim hizmetlerinde bir alt kategori olarak ele alınabilecek olan veri

⁹⁵ Arasaratnam, s. 6; Srinivasan, s. 19.

⁹⁶ Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 20.

⁹⁷ Bartolini / Santos / Ullrich, s. 362.

⁹⁸ Bartolini / Santos / Ullrich, s. 362.

⁹⁹ Sunyaev, s. 205; Hon / Millard, s. 5. SaaS modelinde sunulan bulut bilişim hizmetleri bunlardan ibaret değildir. Facebook ve Twitter gibi sosyal medya uygulamaları, Youtube ve Instagram gibi video ve fotoğraf paylaşım siteleri birer SaaS örnekleridir. Bkz. Muhammed Raşit Özdaş, **Bulut Bilişimin Kamuda Kullanımı: Dünya Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler**, Uzmanlık Tezi, Ankara: T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayınları, 2014, s. 26. Erişim Adresi: <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Bulut-Bilisimin-Kamuda-Kullanimi-Dunya-Ornekleri-ve-Turkiye-Icin-Oneriler-Muhammed-Rasit-Ozdaz.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

¹⁰⁰ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 11.

¹⁰¹ Srinivasan, s. 21.

depolama hizmetlerine ise Dropbox, Google Drive ve Microsoft'a ait olan OneDrive bulut depolama hizmetleri örnek olarak gösterilebilecektir¹⁰². Kullanıcılar, bulut depolama hizmetlerini kullanarak bilgi ve belgelerini bilgisayar ya da telefonlarının hafızasında saklamak yerine bulut ortamında depolama imkanını elde etmekte ve bunlara her yerden erişme imkanına sahip olmaktadır¹⁰³.

D. Bulut Bilişim Kullanım Modelleri

Yukarıda bulut bilişimin kullanıcıların ihtiyaç ve taleplerine göre kategorize edilmiş üç farklı hizmet modeli birbiriyle ilişkilendirilerek ele alındıktan sonra bu bölümde kullanıcıların bulut bilişimi yapısal olarak hangi şekillerde kullandığı açıklanmaya çalışılacaktır. Bulut bilişim kullanım modelleri NIST tarafından yapılan ayrıma göre genel bulut (*public cloud*), özel bulut (*private cloud*), topluluk bulutu (*community cloud*) ve karma bulut (*hybrid cloud*) olmak üzere dört başlık altında incelenmektedir.

1. Genel Bulut

Bulut bilişim kullanım modelleri arasında en yaygın olarak tercih edilen kullanım modeli genel bulut (*public cloud*) modelidir¹⁰⁴. Genel bulut modelinde bulut altyapısı bulut hizmeti almak isteyen herkesin genel kullanımına açıktır¹⁰⁵. Bu modelde hizmet sağlayıcı sunduğu bulut hizmetini kullanım miktarına göre ücretlendirmekte, bu ücreti ödemeyi kabul eden herkes bulut altyapısına erişim hakkı elde etmektedir¹⁰⁶. Genel bulut bir şirket, akademik kurum veya kamu kurumu ya da bunların bir kombinasyonu

¹⁰² Hon / Millard, s. 4, d.n. 12, 13.

¹⁰³ Hon / Millard, s. 4, d.n. 12, 13.

¹⁰⁴ Murugesan / Bojanova, s. 9; Srinivasan, s. 29; Tharam Dillon / Chen Wu / Elizabeth Chang, "Cloud Computing: Issues and Challenges," **2010 24th IEEE International Conference on Advanced Information Networking and Applications**, Perth, WA, 2010, s. 28.

¹⁰⁵ Mell / Grance, s. 3; Arasaratnam, s. 9; Murugesan / Bojanova, s. 9; Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 11; Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 15.

¹⁰⁶ Arasaratnam, s. 9; Murugesan / Bojanova, s. 9; Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 15; Sunyaev, s. 206.

tarafından hizmete sunulabilmekte ve bulut altyapısı bu hizmet sağlayıcının tesislerinde yer almaktadır¹⁰⁷. Bu kullanım modeli dahilinde kullanıcılar yukarıda açıklanan bulut bilişim hizmet modellerinden herhangi birini tercih edebilecektir¹⁰⁸.

Genel bulut modelinin zayıf tarafını güvenlik zafiyetleri oluşturmaktadır. Öncelikle, bulut sisteminin işleyişinde gerçekleşebilecek herhangi bir aksaklık, faaliyetlerini bulut üzerinden yürüten her bir kullanıcının maddi zarara uğramasına neden olabilecektir¹⁰⁹. Diğer yandan, genel bulut sistemleri sanallaştırma teknolojisini kullanarak aynı fiziki altyapı üzerinde çok sayıda farklı kullanıcıya hizmet vermekte, bu durum kullanıcıların kişisel verilerine bir başkası tarafından erişilebileceği endişesini doğurmaktadır¹¹⁰. Ayrıca, ulusal hukuklarca yürürlüğe konan veri yerelleştirmesine ilişkin emredici kuralların fiziki bulut altyapısı dünyanın herhangi bir yerinde bulunabilecek olan genel bulut modelinin tercih oranını azalttığı ifade edilmektedir¹¹¹.

2. Özel Bulut

Özel bulut (*private cloud*) modelinde bulut altyapısı münhasır olarak tek bir kurumun hizmetine sunulmakta ve bu kurumun yetkilileri bulut hizmetine erişebilen kullanıcı profilini oluşturmaktadır¹¹². Özel bulutun temel uygulaması kurum ve organizasyonların sahip olduğu bilgi işlem altyapısının sanallaştırma teknolojisi ve bulut benzeri arayüzlerle desteklenip geliştirilmesi şeklinde kendini göstermektedir¹¹³. Kurum ve organizasyonlar yerel veri merkezlerini özel bulut altyapısına çevirerek genel bulut modelinin olumlu yanlarından güvenli bir şekilde yararlanmayı amaçlamaktadırlar¹¹⁴. Bu

¹⁰⁷ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 11; Mell / Grance, s. 3; Murugesan / Bojanova, s. 9.

¹⁰⁸ Srinivasan, s. 29.

¹⁰⁹ Arasaratnam, s. 9.

¹¹⁰ Srinivasan, s. 31.

¹¹¹ Arasaratnam, s. 9.

¹¹² Dillon / Wu / Chang, s. 28; Jin / Ibrahim / Bell / Gao / Huang / Wu, s. 338; Mell / Grance, s. 3.

¹¹³ Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 16.

¹¹⁴ Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 15; Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 16.

şekilde oluşturulan özel bulut altyapısı kurumların kendileri tarafından işletilebildiği gibi üçüncü bir tarafça da faaliyete sunulabilmektedir¹¹⁵.

Özel bulutta dışarıdan bir kuruluştan hizmet alındığı durumlarda fiziki bulut altyapısının hizmet alan kurum ya da işletmenin kendi tesislerinde değil de hizmeti veren kuruluş nezdinde bulunması ihtimali söz konusu olabilir¹¹⁶. Bu durumda, özel bulut hizmeti alınan kuruluş hizmete sunduğu bulut altyapısını hizmet verdiği diğer müşterilerin bulut altyapısından yalnızca sanal olarak değil fiziki olarak da ayrı tutmakta, bu sayede kullanıcılara genel bulut uygulamasına nazaran daha güvenli bir hizmet sunmaktadır¹¹⁷. Bununla birlikte, bu kullanım modelinde ayrı kullanıcılara özel fiziki altyapılar sunulması, sistemi bulut bilişimin karakteristik özellikleri olan esneklik ve geniş kaynakların sınırsız olarak ölçeklenebilmesinden mahrum bıraktığından bulutun teknolojik potansiyeli yeterince kullanılamamaktadır¹¹⁸.

Özel bulut, devlet kurumları arasında ya da aynı ortaklık yapısı içerisinde bulunan şirketler dahilinde kurulan bilgisayar ağlarını da içermektedir. Örneğin, Türkiye’de Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)¹¹⁹, merkez ve teşkilatlarınca yürütülen tüm işlemler için merkezde yer alan sunucuların kullanıldığı bir proje olarak özel bulut modeli olarak kabul edilebilecektir¹²⁰. Sonuçta, özel bulut modeli kullanıcıların bilgi ve verilerinin güvenliği konusunda daha yüksek standartlar aradıkları durumlarda tercih edilmektedir. Ayrıca,

¹¹⁵ Mell / Grance, s. 3; Sunyaev, s. 206.

¹¹⁶ Srinivasan, s. 31.

¹¹⁷ Srinivasan, s. 31. Bir başka özel bulut uygulaması olarak Sanal Özel Ağ (*Virtual Private Network*, VPN) modelinden bahsedilmektedir. Bu modelde bütün kullanıcılara genel bulut modelinde olduğu gibi aynı fiziki bulut altyapısı üzerinden hizmet verilmekte ancak genel bulut modelinden farklı olarak bulut altyapısına bir VPN bağlantısı üzerinden erişilmektedir. Bu sayede genel bulut modeline göre daha güvenli bir hizmet sağlanmış olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dillon / Wu / Chang, s. 28; Srinivasan, s. 33.

¹¹⁸ Aybike Tunç, **Bulut Bilişim Sözleşmeleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 14.

¹¹⁹ UYAP, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan bir bilişim sistemidir. Bugün itibarıyla UYAP Bakanlık teşkilatı ile yargı birimlerinin tamamında işletimde olup bu birimlerin her türlü yargısal, idari ve denetim faaliyetleri bu sistemle elektronik ortamda yürütülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

¹²⁰ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, **Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 28. Özdaş, UYAP sistemini bir bulut bilişim örneği olarak kabul etmemektedir, bkz. Özdaş, s. 90.

fiziki bulut altyapısının belirli bir yerde bulunuyor olması ulusal hukukların veri koruma kuralları ile uyumlu faaliyet göstermeyi kolaylaştırmaktadır¹²¹.

3. Topluluk Bulutu

Topluluk bulutunda (*community cloud*) bulut altyapısı genellikle hepsi aynı kuruluşun üyeleri olan belirli bir kullanıcı topluluğunun veya aynı iş sektöründe çalışan kurumların hizmetine özgülenmektedir¹²². Bu nedenle topluluk bulutu, hizmetine sunulduğu sektörün ya da organizasyonun özellik gerektiren ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde geliştirilmektedir¹²³. Topluluk bulutunun bu şekilde kurumsal amaçlara yönelik olarak hizmete sunulması, onun akademik ve bilimsel odaklı projelerde kullanıma sunulan şebeke bilişimi ile benzerlik taşıyan yönünü oluşturmaktadır¹²⁴.

Topluluk bulutu, bulut hizmeti alan organizasyonun üyelerinden birinin mülkiyetinde ve yönetiminde faaliyet gösterebileceği gibi üçüncü bir tarafın sahipliğinde ve kontrolünde de hizmete sunulabilir¹²⁵. Ayrıca, topluluk bulutu genel bulut modelinde veya özel bulut modelinde yapılandırılabilir¹²⁶. Özel bulut modelinde yapılandırılan topluluk bulutu modelleri daha çok devlet kurumları ya da finansal hizmet veren kuruluşlar tarafından kullanılmaktadır¹²⁷. Örneğin, Microsoft tarafından hizmete sunulan Office 365 yazılımının Amerika Birleşik Devletleri (ABD) kamu kurumları için özel olarak hazırlanan topluluk bulutu modelinde özel bulut modeli tercih edilerek verilerin ABD kurumlarına özgülenmiş bir fiziki bulut altyapısında saklanacağı belirtilmiştir¹²⁸. Türkiye’de ise kamu kurumları genellikle kendi bulut benzeri bilişim altyapılarını

¹²¹ Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 15.

¹²² Mell / Grance, s. 3; Srinivasan, s. 35.

¹²³ Murugesan / Bojanova, s. 9.

¹²⁴ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 11. Topluluk bulutu fikrinin şebeke bilişimi ve gönüllü bilişim paradigmalarından ortaya çıktığı öne sürülmektedir, bkz. Jin / Ibrahim / Bell / Gao / Huang / Wu, s. 339.

¹²⁵ Dillon / Wu / Chang, s. 28; Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, ss. 11, 12; Mell / Grance, s. 3.

¹²⁶ Özdaş, s. 22.

¹²⁷ Hon / Millard, s. 5.

¹²⁸ Hon / Millard, s. 5, d.n. 18. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://cloudblogs.microsoft.com/industry-blog/government/2018/03/05/announcing-microsoft-365-for-us-government/> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

kullanmayı tercih etmekte, sanallaştırılmış bu bilişim altyapılarını özel bulut olarak nitelendirmektedirler¹²⁹.

4. Karma Bulut

Karma bulut (*hybrid cloud*) modelinde bulut altyapısı iki ya da daha fazla farklı bulut altyapısının (özel, topluluk ya da genel bulut) kendi özelliklerini kaybetmeden ancak birbirleri arasında veri akışını devam ettirebilecek şekilde birleşmesinden oluşmaktadır¹³⁰. Bu modele daha çok bir organizasyonun özel bulut altyapısının iş yükünü kaldıramayacağı durumlarda genel bulut altyapısı ile desteklenmesi şeklinde başvurulmaktadır¹³¹. Tipik bir karma bulut modelinde bulut altyapısının dışarıdan ilave edilen genel bulut kısmı IaaS hizmet modelinde tedarik edilmekte, bu şekilde kullanıcı dışarıdan hizmet olarak aldığı bulut altyapısında da geniş kontrol imkanına sahip olmaktadır¹³². Diğer yandan, bazı kullanıcılar kritik önemdeki verilerini kendi özel bulutlarında, diğer bilgi ve belgelerini genel bulut uygulamasında saklamayı tercih edebilmektedirler¹³³. Dolayısıyla, karma bulut modeli bulut kullanıcılarının veri yönetimi konusunda işlerinin kolaylaşmasını sağlamaktadır. Sonuçta, karma model her iki durumda da organizasyonların özel bulut altyapılarının güvenli ortamı ile genel bulut uygulamalarının geniş imkanlarından birlikte yararlanması amacına hizmet etmektedir¹³⁴.

II. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ

¹²⁹ Özdaş, Türkiye’de kamu kurumlarının bilişim altyapılarında sanallaştırma teknolojisini kullandığını kabul etmekle beraber bunları birer bulut bilişim örneği olarak kabul etmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdaş, s. 87 vd.

¹³⁰ Mell / Grance, s. 3.

¹³¹ Baun / Kunze / Nimis / Tai, s. 16. Bulut altyapısının aşırı yüklendiği durumlarda yük dengelemesi yapmak üzere genel bulut altyapılarından destek alınması durumuna aniden bastıran sağanak yağışlarda oluşan bulutları ifade eden İngilizce *cloudburst* kelimesinden mülhem *cloudbursting* denilmektedir, bkz. Dillon / Wu / Chang, s. 28; Hon / Millard, s. 5; Voorluys / Broberg / Buyya, s. 16. *Cloudburst* kelimesinin terim anlamı için bkz. <https://www.britannica.com/science/cloudburst> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

¹³² Srinivasan, s. 34.

¹³³ Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, s. 12; Murugesan / Bojanova, s. 9; Sunyaev, s. 206; Srinivasan, s. 34.

¹³⁴ Murugesan / Bojanova, ss. 9, 10.

A. Genel Olarak Bulut Bilişim Sözleşmeleri

Bulut bilişim, sınırsız bilişim kaynaklarına ve bilgiye erişimi internet bağlantısının mevcut olduğu her yerden her an sağlayabilme imkanına sahip bir teknoloji olarak kullanıcıların hizmetine sunulmaktadır. Kullanıcılar, bulut hizmeti almaya başladıkları andan itibaren hizmet sağlayıcılarla sözleşmesel bir ilişkiye girmekte ve bu ilişkiden karşılıklı hak ve sorumluluklar doğmaktadır. Bulut hizmetlerinin sunulması amacıyla akdedilen bu sözleşmeler çoğunlukla *clickwrap* tarzında, yani tıklama yoluyla internet üzerinden akdedilmektedir¹³⁵. Bununla birlikte, geleneksel tarzda müzakere edilerek imzalanan bulut bilişim sözleşmeleri de özellikle büyük şirketler ve devlet kurumları açısından tercih edilen ve kullanımının artacağı öngörülen bir sözleşme yapma yöntemidir¹³⁶.

Elektronik ortamda akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde, sözleşme hükümleri kullanıcılara müzakere imkanı tanınmaksızın kabul et ya da etme (*take it or leave it*)

¹³⁵ Carmen Tamara Ungureanu, "Cloud Computing Contract: Competent Authority For Disputes Resolution," **Conferința Internațională de Drept, Studii Europene și Relații Internaționale**, C. 3, S. 1, 2015, s. 299; Manatar Raja Mada Silalahi, **Drafting a Cloud Computing Contract**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Oslo Üniversitesi, 2011, s. 10, Erişim Adresi: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-xMaster.pdf.pdf?sequence=1> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022); Timothy J. Calloway, "Cloud Computing, Clickwrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: A Perfect Storm?," **Duke Law & Technology Review**, C. 11, S.1, 2012, s. 163; Johan David Michels / Christopher Millard / Felicity Turton, "Contracts for Clouds, Revisited: An Analysis of the Standard Contracts for 40 Cloud Computing Services," **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper Series**, S. 334, 2020, s. 15. Erişim Adresi: <https://ssrn.com/abstract=3624712> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

¹³⁶ Michels / Millard / Turton, s. 12; Janine Anthony Bowen, **Legal Issues in Cloud Computing**, Cloud Computing: Principles and Paradigms (ed. Rajkumar Buyya / James Broberg / Andrzej Goscinski) içinde, New Jersey: Wiley Publishing, 2011, s. 602. Örneğin Amerika'da Los Angeles Belediyesi, Google'dan alacağı bulut hizmeti için yaptığı sözleşme pazarlıklarında verilerinin zarar görme veya kaybolma ihtimallerinde oluşacak zararları için 7.7 Milyon Dolar limitli tazminat hükmünü sözleşmeye ekletebilmiştir (Bkz. Rolf H. Weber / Dominic Nicolaj Steiger, "Cloud Computing: A Cluster of Complex Liability Issues," **European Journal of Current Legal Issues**, C. 20, S. 1, 2014, s. 5).

tarzında hizmet sunumunun başlangıcında sunulmaktadır¹³⁷. Bulut hizmeti almak isteyen kullanıcılar için tek yol hizmet sağlayıcının şartlarını tıklayarak kabul etmek ya da vazgeçmek olmakta, bu durum bulut hizmetinin sunulmasına ilişkin sözleşmeleri standart sözleşmeler¹³⁸ kategorisine sokmaktadır¹³⁹. Tıklama yoluyla akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri daha çok Altyapı Sağlayıcıları (IaaS) veya Platform Sağlayıcıları (PaaS) ile

¹³⁷ Silalahi, s. 10; Thomas A. Lipinski, **Click Here to Cloud: End User Issues in Cloud Computing Terms of Service Agreements**, Challenges of Information Management Beyond the Cloud (ed. John N. Gathegi / Yaşar Tonta / Serap Kurbanoglu / Umut Al / Zehra Taşkın) içinde, IMCW 2013, Communications in Computer and Information Science, S. 423, Berlin, Heidelberg: Springer, 2014, s. 93; Charles Oppenheim, "Cloud law and contract negotiation," **El profesional de la información**, S. 21, C. 5, 2012, s. 454. Bazı hizmet sağlayıcıları ise kullanıcılara tıklama yolu ile kabul edeceği bir anlaşma metni sunmak yerine kullanıcının salt hizmetten yararlanmaya başlamasını varsayımsal olarak hizmet şartlarının kabul edilmesine eşit tutmaktadır, bkz. Lipinski, s. 94.

¹³⁸ Bulut bilişim sözleşmeleri yabancı literatürde *contracts of adhesion* olarak da nitelendirilmektedir, bkz. Dusko Martić, **Dispute Resolution for Cloud Services: Access to Justice and Fairness in Cloud-Based Low-Value Online Services**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bologna Üniversitesi, 2017, s. 69. Erişim adresi: <http://amsdottorato.unibo.it/id/eprint/8261> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022); Carlos A. Rohrmann / Juliana Falci Sousa Rocha Cunha, "Some Legal Aspects of Cloud Computing Contracts," **Journal of International Commercial Law and Technology**, S. 10, C. 1, 2015, s. 41. *Contracts of adhesion* ifadesinin Türkçe'deki tam karşılığı iltihaki(katılmalı) sözleşmeler olsa da çalışma boyunca bulut bilişim sözleşmeleri standart sözleşmeler olarak nitelendirilecektir. Bu tercihin birinci sebebi iltihaki sözleşme teriminin Türk hukukunda bazı yazarlarca kamu hizmeti sunan devlet kurumlarının ya da devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayalı olarak kamu hizmeti sunan özel kuruluşların muhataplarıyla imzaladıkları zorunlu sözleşmelere hasredilmesidir (bkz. Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999, s. 7; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019, ss. 487, 488; Osman Açıkgöz, **Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 173). Bu yazarlar, iltihaki sözleşmeleri de birer standart sözleşme olarak kabul etmekle birlikte bu sözleşmeleri tekel niteliğinde sunulan su, elektrik, doğalgaz gibi kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeleri adlandırmak üzere kullanılmaktadırlar. Öğretide standart sözleşmeler ile iltihaki sözleşmeler arasında nitelik bakımından ayırım yapmayan yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, ss. 230, 231; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, ss. 24-27). Biz ikinci gruptaki yazarlarla aynı görüşte olup iltihaki sözleşme terimini standart sözleşme ifadesinden farklı görmemekle beraber anlam karmaşasını önlemek adına kullanıcılara tek taraflı olarak sunulan bulut bilişim sözleşmelerini standart sözleşmeler olarak nitelendirmeyi tercih ediyoruz. Bu tercihimizin ikinci sebebi elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde sıklıkla başvurulmuş sözleşme şartlarının muhataba tek taraflı olarak sunulması yönteminin yabancı literatürde sıklıkla *standart form contracting* terimiyle ifade edilmiş olmasıdır [bkz. Robert A. Hillman / Jeffrey J. Rachlinski, "Standard-Form Contracting in the Electronic Age," **Cornell Law Faculty Publications**, Paper 1062, 2002. Erişim Adresi: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1062> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022); Sebastian Zimbeck, "The Information Privacy Law of Web Applications and Cloud Computing," **Santa Clara High Technology Law Journal**, C. 29, S. 3, 2013, ss. 451-487]. Ayrıca, müzakere edilmeksizin kurulan bulut bilişim sözleşmeleri de birçok yazarca standart sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir [bkz. Silalahi, s. 10; Simon Bradshaw / Christopher Millard / Ian Walden, **Standard Contracts for Cloud Services**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0003; Theo Lynn, **Dear Cloud, I Think We Have Trust Issues: Cloud Computing Contracts and Trust**, Privacy and Trust in Cloud Computing (ed. Theo Lynn / John G. Mooney / Lisa van der Werff / Grace Fox) içinde, Londra: Palgrave Macmillan, 2021, s. 22]. Bu nedenlerle, iltihaki sözleşmeleri de kapsayacak şekilde standart sözleşmeler nitelemesinin bulut bilişim sözleşmeleri açısından daha uygun olacağı düşünülmüştür.

¹³⁹ Bradshaw / Millard / Walden, s. 39 vd.; Lynn, s. 22; Silalahi, s. 10.

sözleşme imzalayan uygulama geliştiricileri ile uygulamaları ve yazılımları (SaaS) kullanmak için kendisine sunulan şartları kabul eden bireysel veya kurumsal kullanıcılar açısından söz konusu olmaktadır.

Bulut bilişim hizmetlerinin sunulmasına ilişkin sözleşmeler sunulan hizmetin farklı yönlerine odaklanan çeşitli anlaşma metinlerinin birleşmesinden oluşmaktadır. Uygulamada karşılaşılan bulut bilişim sözleşmelerinden hareketle yapılan gruplandırmaya göre bu anlaşmalar dört ayrı başlık altında toplanmaktadır: Hizmet Şartları (*Terms of Service*, ToS), Hizmet Seviyesi Anlaşması (*Service Level Agreement*, SLA), Kabul Edilebilir Kullanım Politikası (*Acceptable Use Policy*, AUP) ve Gizlilik Politikası (*Privacy Policy*)¹⁴⁰. Bu anlaşmaların toplamından oluşan bulut bilişim sözleşmeleri uygulamada hizmet sunumunda rastlanılan Hüküm ve Koşullar (*Terms and Conditions*) başlıklı dokümanlara tekabül etmektedir¹⁴¹.

Hizmet şartları (ToS), hizmet sağlayıcılarla kullanıcılar arasında karşılıklı hukuki yükümlülükleri düzenleyen temel dokümandır. Bu anlaşmalarda bulut bilişim sözleşmesinin tarafları belirtilmekte; sözleşmenin sona ermesi halleri, sözleşmeye uygulanacak hukuk, uyuşmazlık çözümü ve ücretli bir hizmet söz konusu ise ücretlerin nasıl ödeneceğine dair hükümlere yer verilmektedir¹⁴². Hizmet şartları, hizmet sağlayıcıların menfaatlerini maksimize edecek ve ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlığın hizmet sağlayıcı lehine çözülmesini sağlayacak şekilde kaleme alınmaktadır¹⁴³. Örneğin, sorumsuzluk kayıtlarına¹⁴⁴ ve hizmet sağlayıcının sözleşmeyi

¹⁴⁰ Lynn, ss. 24, 25; Martic, s. 70.

¹⁴¹ Silalahi, s. 14.

¹⁴² Martic, s. 70, 71.

¹⁴³ Oppenheim, s. 454; Silalahi, s. 10; Srinivasan, s. 120; Ungureanu, s. 299.

¹⁴⁴ Facebook, internet sitesinde yayınladığı Hizmet Şartları'nda (bkz. <https://www.facebook.com/legal/terms>, Son Erişim Tarihi: 24.10.2022) verdiği hizmetten kaynaklanabilecek olası sorumluluğunu şu şekilde sınırlandırmaktadır: “Sunabileceğimiz en iyi Ürünleri sunmak ve bu Ürünleri kullanan herkesin uyacağı açık ve anlaşılır kurallar belirlemek için elimizden geleni yapıyoruz. Ancak Ürünlerimiz "olduğu gibi" sunulmaktadır. Dolayısıyla Ürünlerimizin daima emniyetli,

tek taraflı olarak değiştirebileceğine ilişkin kayıtlara¹⁴⁵ hizmet şartlarında sıklıkla yer verilmektedir¹⁴⁶. Bu ağır şartları müzakere etme gücü olmayan bireysel kullanıcılar ile küçük ve orta büyüklükteki işletmeler (KOBİ) ise bulut hizmeti alabilmek için sözleşmeyi kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Hizmet Seviyesi Anlaşmaları (SLA), hizmet sağlayıcının sunmayı hedeflediği hizmet kalitesine dair ayrıntılara yer verilen ve garanti edilen bilişim hizmeti kesintiye uğradığı takdirde zararın nasıl karşılanacağına dair hükümler içeren teknik bir belgedir¹⁴⁷. Hizmet seviyesi anlaşmaları, genelde yalnızca ücret karşılığında sunulan bulut bilişim hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁸. Bu nedenle, çoğunlukla ücretsiz olarak sunulan yazılım (SaaS) sözleşmelerinden ziyade altyapı (IaaS) ve platform (PaaS) hizmetleri için akdedilen ticari nitelikli bulut bilişim sözleşmelerinde SLA hükümlerine ihtiyaç bulunmaktadır¹⁴⁹. Ücretsiz olarak sunulan bulut bilişim hizmetlerinde ise bu anlaşmalara ya hiç yer verilmemekte veya yer verilse dahi yalnızca bilgilendirme amaçlı sözleşmeye dahil edilerek belirli bir hizmet sürekliliği taahhüt etmekten kaçınılmaktadır. KOBİ'ler ve bireysel kullanıcılar açısından standart

güvenli veya hatalardan arınmış olacağını ya da kesintisiz, gecikmesiz veya kusursuz şekilde çalışacağını garanti etmiyoruz. Yasaların izin verdiği en geniş ölçüde, ZİMNİ PAZARLANABİLİRLİK, ÖZEL BİR AMACA UYGUNLUK, ZAPTA KARŞI TEMİNAT VE İHLAL ETMEME GARANTİLERİ DAHİL, AÇIK VEYA ZİMNİ HER TÜR GARANTİYİ REDDEDİYORUZ. İnsanların ve başkalarının neler söylediğini kontrol etmiyoruz ve yönlendirmiyoruz. Bu kişilerin eylem ve davranışları (internette veya internet dışında) veya paylaştıkları herhangi bir içerik (saldırgan, uygunsuz, müstehcen, yasadışı veya başka biçimde uygunsuz içerikler dahil) için tarafımız sorumlu değildir.”

¹⁴⁵ Facebook'a ait Hizmet Şartları'nda sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilebileceği şu şekilde ifade edilmiştir: “Size daha iyi hizmet sunmak ve Ürünlerimizi siz ve topluluğumuz için daha iyi hale getirecek yeni özellikler geliştirmek için sürekli olarak çalışıyoruz. Dolayısıyla, Koşullarımızın hizmetlerimizi ve uygulamalarımızı doğru şekilde yansıtmaları için bu Koşulları zaman zaman güncellememiz gerekebilir. Yalnızca hükümlerin artık uygun olmadığı veya yetersiz olduğu, söz konusu değişikliklerin makul olduğu ve menfaatlerinizin göz önünde bulundurulduğu durumlarda değişiklik yapacağız.

Değişikliklerin yasalar uyarınca yapıldığı haller hariç olmak kaydıyla, bu Koşullarda yapacağımız değişiklikleri en az 30 gün önce bildirecek (ör. e-posta yoluyla veya Ürünlerimiz aracılığıyla) ve Koşullar yürürlüğe girmeden önce size Koşulları inceleme fırsatı vereceğiz. Güncellenen Koşullar yürürlüğe girdiğinde, Ürünlerimizi kullanmaya devam etmeniz durumunda bu Koşullara tabi olursunuz.

Ürünlerimizi kullanmaya devam edeceğinizi umuyoruz. Ancak güncellenen Koşullarımızı kabul etmez ve artık Facebook topluluğunun bir parçası olmak istemezseniz, hesabınızı istediğiniz zaman silebilirsiniz.”

¹⁴⁶ Martic, s. 71. Yazar, bu tür sözleşme şartlarının Amerikan hukuk sisteminde yaygın olduğunu ancak diğer hukuk sistemlerinde ve özellikle Avrupa Birliği hukukunda geçersiz sayılabileceğini belirtmektedir.

¹⁴⁷ Lynn, s. 25; Martic, s. 72.

¹⁴⁸ Michels / Millard / Turton, s. 53; Srinivasan, s. 122; Kevin McGillivray, “Conflicts in the Cloud: Contracts and Compliance with Data Protection Law in the EU,” **Tulane Journal of Technology & Intellectual Property**, C. 17, 2014, s. 228.

¹⁴⁹ Martic, s. 72.

formda sunulan SLA hükümlerinin hizmet sağlayıcı ile müzakeresi mümkün olmamaktadır. İstisnai olarak devlet kurumları veya katı düzenlemelere tabi olan finansal kuruluşlar hizmet sağlayıcılarıyla SLA hükümleri üzerinden pazarlık yürütebilmektedir¹⁵⁰. Dolayısıyla, SLA hükümlerinin hizmet sağlayıcılar ile kullanıcılar arasında müzakereye konu edilebilmesi kullanıcı konumunda olan tarafın pazarlık gücüne sahip olduğu hallerde söz konusu olabilmektedir.

Kabul Edilebilir Kullanım Politikası anlaşmalarında hizmet sağlayıcılar sundukları bulut hizmetinin kullanım amaçlarına kısıtlamalar getirmekte, fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan materyallerin ya da diğer hukuka aykırı içeriklerin kendi bulut sistemlerinde saklanması yasaklamaktadırlar¹⁵¹. Gizlilik Politikası anlaşmaları ise genel olarak bulut sisteminde yer alan kullanıcıların kişisel verilerinin nasıl korunacağına ve bununla bağlantılı olarak ulusal hukukların veri koruma kanunlarına uyumla alakalı hükümler içermektedir¹⁵².

B. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Taraflar

Bulut bilişim sözleşmelerinin bir tarafında hizmet sağlayıcı diğer tarafında hizmetin alacaklısı konumunda olan kullanıcılar bulunmaktadır. Ancak, bulut bilişimin katmanlı hizmet yapısı bu sözleşmelerde yer alan tarafların tespitini karmaşık hale getirebilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bulut bilişim hizmet modelleri altyapı hizmeti (IaaS), platform hizmeti (PaaS) ve yazılım hizmeti (SaaS) şeklinde üçe ayrılmaktadır¹⁵³. Bu hizmet modelleri kendi içlerinde katmanlı bir yapı oluşturmakta, yukarıdaki katmanlarda bulunan hizmet modelleri aşağıdaki katmanlarda bulunan modellerin bilişim altyapısından yararlanabilmektedir. Örneğin, kullanıcılara yazılım olarak sunulan bir bulut bilişim hizmetine ilişkin sözleşmede kullanıcının karşısında hizmet sağlayıcı olarak bulunan tarafın hizmet sunumunda bir başka bulut hizmeti

¹⁵⁰ Srinivasan, s. 122.

¹⁵¹ Martić, ss. 75, 76; Silalahi, s. 14.

¹⁵² Lynn, s. 25; Martić, ss. 73-75; Silalahi, s. 14.

¹⁵³ Bkz. yukarıda I. C – 1, 2 ve 3 başlıkları.

sağlayıcısının altyapısından yararlanıyor olması mümkündür. Böyle bir durumda son kullanıcı ile hizmet sağlayıcı arasındaki bulut bilişim sözleşmesinin yanında, hizmet sağlayıcı ile bir başka alt hizmet sağlayıcı arasında da bulut bilişim sözleşmesinin varlığı söz konusu olacaktır. Bu nedenle, bulut bilişim sözleşmelerinin tarafları tespit edilirken verilen bulut hizmetinin türüne göre ayırım yapılması gerekmektedir.

Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı konumunda olan taraf, bulut hizmetinin türüne göre altyapı sağlayan, platform sağlayan veya yazılım hizmeti veren konumda olabilecektir. Sözleşmenin diğer tarafında ise son kullanıcı (*end-user*) konumunda bir tüketici veya şirket olabileceği gibi SaaS modelinde yazılım hizmeti veren bir hizmet sağlayıcı da olabilecektir¹⁵⁴.

1. Altyapı Sağlayıcı

Bulut bilişim hizmet modellerinin iç içe geçen yapısı içerisinde en alt katmanda yer alan Altyapı Hizmeti (*Infrastructure as a Service, IaaS*) modelinde bulut veri merkezindeki bilgisayar donanımları üzerinden üretilen bilişim gücü kullanıcılara bilişim altyapısı olarak sunulmaktadır. Bunun için veri merkezindeki fiziksel bilişim altyapısı küçük sanal bilişim kaynaklarına dönüştürülmekte ve kullanıcılara ham bilişim kapasitesi olarak veya işletim sistemine sahip bir sanal bilgisayar şeklinde bulut hizmeti verilmektedir¹⁵⁵.

Altyapı hizmeti veren bulut sağlayıcıları çoğu durumda diğer bulut bilişim hizmeti sağlayıcılarına hizmet vermektedir. Örneğin, uygulama ve yazılım geliştiriciler (SaaS), geliştirdikleri uygulamaları altyapı hizmeti sağlayıcısının sanal bilgisayarlarında konumlandırmaktadırlar¹⁵⁶. Geliştirilen uygulama, süreç içerisinde çok rağbet gördüğü

¹⁵⁴ Brendan Van Alsenoy, **Data Protection Law in the EU: Roles, Responsibilities and Liability**, Cambridge: Intersentia, 2019, s. 472.

¹⁵⁵ Arasaratnam, s. 5.

¹⁵⁶ Srinivasan, s. 26.

takdirde müşteri konumunda olan uygulama sahipleri altyapı sağlayıcısından yeni sanal sunucular kiralayarak bilişim kapasitesini artırabilmekte, hizmet kesintisinin önüne geçebilmektedir¹⁵⁷.

Bulut bilişim sözleşmeleri açısından bakıldığında, IaaS sözleşmelerinin bir tarafında altyapı sağlayıcı bulunmaktayken, sözleşmenin karşı tarafında müşteri olarak farklı modellerde bulut hizmeti veren başka hizmet sağlayıcılar bulunmaktadır. Örneğin, popüler bulut depolama yazılımı Dropbox ve Netflix isimli dijital televizyon hizmeti Amazon'a ait bulut altyapısını kullanmaktadırlar¹⁵⁸. Dolayısıyla, IaaS sözleşmelerinde akdin her iki tarafını hemen her durumda bulut bilişim hizmet sağlayıcıları oluşturmaktadır.

2. Platform Sağlayıcı

Bulut bilişim hizmet modelleri sıralamasında IaaS modelinin bir üst katmanında bulunan Platform Hizmeti (*Platform as a Service*, PaaS) modelinde salt bilişim altyapısı yerine kullanıcılara kolayca programlanabilen bir bulut altyapısı hizmet olarak sağlanmaktadır. Kullanıcılar, platform tarafından sağlanan programlama dili ve araçlarını kullanarak kendi uygulamalarını geliştirebilmektedir. Neticede PaaS modeli, SaaS modelinde bulut hizmeti veren sağlayıcılara, bağımsız uygulama geliştiricilere yönelik bir model olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁹. Bu itibarla, PaaS modelindeki bulut bilişim hizmeti için yapılan sözleşmelerde sözleşmenin bir tarafında platform sağlayıcı bulunmaktayken müşteri konumunda SaaS modelinde yazılım hizmeti veren hizmet sağlayıcılar bulunmaktadır.

¹⁵⁷ Kushida/ Murray/ Zysman, *Diffusing the Cloud*, s. 217.

¹⁵⁸ Kushida/ Murray/ Zysman, *From Scarcity to Abundance*, s. 10.

¹⁵⁹ Daniel Beimbom / Thomas Miletzki / Stefan Wenzel, "Platform as a service (PaaS)," **Business and Information Systems Engineering**, C. 3, S. 6, 2011, s. 381.

3. Yazılım Sağlayıcı

Bulut bilişim hizmet modelleri arasında doğrudan son kullanıcının (*end-user*) hizmetine sunulmak gayesiyle ortaya konulan hizmet modeli Yazılım Hizmeti (*Software as a Service*, SaaS) modelidir. Bu modelde kullanıcılara sunulan bilişim hizmeti, bir bulut altyapısında saklanan ve çalışan yazılım ve uygulamaların kullanıcılara hizmet olarak sunulmasından ibarettir. Yukarıda açıklandığı üzere, bu yazılım ve uygulamalar IaaS ve PaaS modeli bulut hizmetleri vasıtasıyla geliştirilebileceği gibi geliştiricilerin yeterli maddi ve teknik imkana sahip olduğu durumlarda bunların kendilerine ait bulut altyapılarını kullanması da mümkündür. SaaS modeli bulut hizmetlerinde sözleşmenin taraflarını uygulama veya yazılım sağlayıcı ile müşteri konumunda olan tüketiciler ile bireysel veya kurumsal kullanıcılar oluşturmaktadır. Müşteri konumunda olan tüketiciler ile bireysel veya kurumsal kullanıcılar bulut bilişim hizmetlerinde son kullanıcı (*end-user*) olarak da adlandırılmaktadır¹⁶⁰.

4. Son Kullanıcı

Son kullanıcı terimi bir ürünün, hizmetin veya teknolojinin geliştirilmesi sürecinde nihai olarak bunları alması ve kullanması hedeflenen kişi veya kişi gruplarını ifade etmektedir¹⁶¹. Bu anlamda, IaaS ve PaaS bulut hizmeti modellerinde hedeflenen kullanıcı kitlesi genel itibarıyla bulut altyapısını yazılım ve uygulama geliştirmek için kullanan ara kullanıcılar iken, SaaS modelinde hedef kitleyi bulut hizmetini kendi iş ve işlemlerinde kullanacak olan son kullanıcılar oluşturmaktadır. Son kullanıcı, yazılım veya uygulamayı kendi bilgisayar ya da akıllı telefonu üzerinden kullanan standart kullanıcı niteliğinde bir

¹⁶⁰ Örneğin bkz. Armbrust / Fox / Griffith / Joseph / Katz / Konwinski / Lee / Patterson / Rabkin / Stoica / Zaharia, s. 6; Hill / Hirsch / Lake / Moshiri, ss. 96, 97.

¹⁶¹ Cornell Üniversitesi'nde kurulmuş olan Hukuki Bilgi Enstitüsü'nün (*Legal Information Institute*) tanımı için bkz.: https://www.law.cornell.edu/definitions/uscode.php?width=840&height=800&iframe=true&def_id=22-USC-1679414653-1860140243&term_occur=999&term_src=title:22:chapter:92:subchapter:III:section:8541 (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

tüketici olabileceği gibi bulut hizmetini mesleki veya ticari işlerinde kullanmayı amaçlayan bireysel veya kurumsal kullanıcılar da olabilecektir. Dolayısıyla, SaaS hizmeti kullanılarak yeni bir bulut bilişim hizmet modeli oluşturulması ve üçüncü kişilerle alt bulut bilişim sözleşmeleri imzalanması mümkün değildir¹⁶².

C. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Tarafların Borçları

1. Genel Olarak

Öğretide borç sözleşmeleri ile taraflar arasında kurulan hukuki ilişki incelenirken geniş anlamda borç ve dar anlamda borç şeklinde ikili bir kavramsal ayrım yapılmaktadır. Geniş anlamda borç, borçlandırıcı sözleşmeyi akdeden taraflar arasında meydana gelen borç ilişkisini açıklamak için kullanılan bir terimken dar anlamda borç ise bu borç ilişkisinden her iki taraf üzerine doğan münferit borçları ifade etmektedir¹⁶³. Sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinden doğan münferit borçlar ise bir ayrıma göre asli yükümlülükler ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁶⁴. Asli yükümlülükler edim yükümlülüklerini ifade etmekte olup asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüklerinden oluşmaktadır¹⁶⁵. Asli edim yükümlülüğü sözleşmeye karakteristik özelliğini veren edim yükümlülüğü olup sözleşmenin tipini belirleyen asıl unsuru oluşturmaktadır¹⁶⁶. Yan edim yükümlülükleri ise asli edim yükümlülüğüne işlevsel olarak bağlılık arz eden, asli edimin hazırlanmasına, gerçekleşmesine ve güvenliğine yardımcı olan edim yükümlülükleridir¹⁶⁷. Yan yükümlülükler ise edim yükümlülükleri dışında kalan diğer yükümlülükleri ve özellikle davranış yükümlülüklerini adlandırmak üzere kullanılan bir terimdir¹⁶⁸. Yan yükümlülükler alacaklıya ifa davası değil yalnızca tazminat

¹⁶² Tunç, ss. 63, 64.

¹⁶³ Eren, ss. 22-25; Kocayusufoğlu, ss. 5-7; Oğuzman / Öz, ss. 3-6; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, ss. 39-44.

¹⁶⁴ Eren, s. 30; Oğuzman / Öz, s. 4.

¹⁶⁵ Eren, s. 32; Kocayusufoğlu, s. 11; Kılıçoğlu, s. 27; Gümüş, Genel Hükümler, s. 45.

¹⁶⁶ Eren, ss. 32, 33; Kocayusufoğlu, s. 7; Kılıçoğlu, s. 27; Gümüş, Genel Hükümler, ss. 45, 46.

¹⁶⁷ Eren, ss. 33-35; Kocayusufoğlu, ss. 11, 12; Kılıçoğlu, ss. 27, 28; Gümüş, Genel Hükümler, ss. 46, 47.

¹⁶⁸ Eren, ss. 37-40; Kocayusufoğlu, s. 12; Kılıçoğlu, s. 29; Gümüş, Genel Hükümler, ss. 47, 48.

davası açma hakkı veren yükümlülüklerdir¹⁶⁹. Asli edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülüklerinin ifası ise bağımsız olarak dava edilebilmektedir¹⁷⁰.

Bulut bilişim sözleşmesinin kurulmasıyla hizmet sağlayıcı ile kullanıcı arasında iki taraflı bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Bu borç ilişkisi üzerinden karşılıklı olarak iki taraf lehine ve aleyhine alacak hakları ve borçlar ortaya çıkmaktadır. Bu başlık altında bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların borçları ele alınacak ve konu tarafların asli yükümlülükleri ve yan yükümlülükleri üzerinden tartışılacaktır. Bulut bilişim sözleşmelerinin kanunlarda düzenlenmemiş olması nedeniyle tarafların karşılıklı edim yükümlülüklerinin uygulamada karşılaşılan bulut bilişim sözleşmeleri incelenerek tespit edilmesi gerekmektedir. Çeşitli hizmet sağlayıcıların kullanıcılara sunduğu hizmet şartları incelendiğinde sözleşme niteliğindeki bu belgelerde yükümlülük çeşitleri ve dağılımı açısından benzerlikler göze çarpmaktadır. Aşağıda hizmet sağlayıcıların ve kullanıcıların yükümlülükleri farklı bulut bilişim sözleşmelerinde sıklıkla rastlanılan hükümler esas alınarak incelenecektir.

2. Hizmet Sağlayıcının Borçları

Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının temel borcu bulut altyapısının kullanıma elverişli olarak müşterilere sunulmasıdır¹⁷¹. Bulut altyapısı Altyapı Hizmeti (IaaS) modelinde ham bir bilişim altyapısı şeklinde, Platform Hizmeti (PaaS) modelinde ise uygulama ve yazılımların geliştirilip piyasaya sunulabileceği bir platform olarak müşterilerin hizmetine sunulmaktadır. Diğer yandan Yazılım Hizmeti (SaaS) modelinde, IaaS ya da PaaS modelindeki bulut altyapılarından yararlanılarak geliştirilmiş çeşitli uygulama ve yazılımlarla tüketicilere hizmet verilmektedir. Uygulama ve yazılımlarla geniş bir yelpazede her türlü hizmetin verilebilmesi mümkün olduğundan SaaS hizmet modelinde hizmet sağlayıcının karakteristik borcunu toptan bir yaklaşımla tespit etmek

¹⁶⁹ Eren, s. 38.

¹⁷⁰ Gümüş, Genel Hükümler, s. 45.

¹⁷¹ Bartolini / Santos / Ullrich, s. 363; Tunç, s. 125.

mümkün olmayıp her bir SaaS uygulaması nezdinde münferit olarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, bütün hizmet modellerinde hizmet sağlayıcının borç olarak üstüne aldığı ya da objektif olarak hizmet sağlayıcının uhdesinde bulunması gereken birtakım yükümlülükler bulunmaktadır¹⁷².

Bulut bilişim hizmetlerini kullanan bireysel müşteriler kişisel verilerini, kurumsal kullanıcılar kurumsal işleriyle ilgili bilgileri, tacirler ticari işleriyle ilgili bilgilerini ve müşterilerine ait bilgileri büyük oranda bulut ortamında saklamaktadır. Örneğin, cep telefonunda iCloud uygulamasını aktif olarak kullanan standart bir kullanıcının telefonunda oluşturduğu her türlü verisi söz konusu bulut depolama uygulamasının veri merkezlerinde yedeklenmektedir¹⁷³. Veyahut personel ve öğrencileri adına Office 365 kullanım lisansı satın alan bir üniversite kurumsal ve akademik faaliyetlerinde Microsoft Office’e ait bulut tabanlı uygulamaları sıklıkla çevrimiçi kullanacağından bütün kullanıcıların verilerinin Microsoft’a ait veri merkezlerinde işlenmesi gerekecektir. KVKK’nın 3. maddesi 1. fıkrasının e bendinde verilerin işlenmesi kavramı, “*verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” şeklinde tanımlanmaktadır. Buradan hareketle, bulut bilişim hizmeti sağlayıcılarının kullanıcı verileri üzerinde gerçekleştireceği her türlü işlemin verilerin işlenmesi olgusu kapsamına gireceği söylenebilecektir¹⁷⁴. O halde, bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcıların en temel borçlarından birisi kullanıcı verilerinin sunulan bulut hizmetinin niteliğine uygun olarak işlenmesidir¹⁷⁵. Kanaatimizce, bulut bilişim hizmeti verilebilmesi için kullanıcı

¹⁷² Tunç, s. 95 vd.

¹⁷³ iCloud hizmet şartlarında bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: *iCloud etkinleştirildiğinde içerikleriniz Apple tarafından otomatik olarak Apple’ın veya üçüncü taraf sağlayıcıların sunucularında saklanır; böylece bu içeriklere daha sonra erişebilir veya içeriklerin kablosuz olarak diğer iCloud uyumlu aygıtlara veya bilgisayarlara aktarılmasını sağlayabilirsiniz.* Bkz. <https://www.apple.com/tr/legal/internet-services/icloud/tr/terms.html> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz. Furkan Güven Taştan, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 46.

¹⁷⁵ Tunç, s. 95.

verilerinin çeşitli biçimlerde işlenmesi zorunlu olduğundan söz konusu borç bir asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilecektir.

Bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının bir diğer borcu hizmet sunumu süresince hakimiyet alanlarına giren kullanıcı verilerinin güvenliğinin sağlanmasıdır¹⁷⁶. Müşteriler daha henüz bulut hizmeti almaya başlamadan isimleri, iletişim adresleri, ödeme bilgileri gibi kişisel veya kurumsal verilerini ve buna ilaveten, bulut hizmetini kullanarak oluşturacakları her türlü veriyi hizmet sağlayıcının çoğunlukla sınır ötesi konumlarda yerleşik veri merkezlerinde yer alan sunucularına emanet etmektedirler. Ancak, istisnai durumlar haricinde, kullanıcılar hizmet sağlayıcının inisiyatifine bıraktıkları verilerinin akıbeti hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olamamaktadır. Uygulamada karşılaşılan bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcılar genellikle kullanıcı verilerinin korunması için “yeterli” veya “makul” önlemlerin alınacağını taahhüt etmekle yetinmektedirler¹⁷⁷. Hizmet sağlayıcıların veri güvenliğine ilişkin alacakları tedbirleri ayrıntılı olarak açıklamaları bizatihi güvenlik riski oluşturacağından veri güvenliğine ilişkin hükümlerin sözleşmelerde genelgeçer ifadelerle yer alması anlaşılabilir bir husustur¹⁷⁸. Esasında hizmet sağlayıcılar, sözleşmede veri güvenliğine dair yükümlülüklerine yer vermeseler bile, özellikle kullanıcıların kişisel verilerinin korunması konusunda ulusal hukuklarca yürürlüğe konulan kanunlardaki hükümlere uygun hareket etmek zorundadırlar. Bulut bilişim hizmetleri kapsamında hizmet sağlayıcının elde ettiği kişisel olmayan verilerin güvenliği hususundaki yükümlülüğün çerçevesi ise özel olarak taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümlerine, genel olaraksa taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka göre belirlenecektir¹⁷⁹. Kullanıcı verilerinin güvenliğinin sağlanmasına ilişkin

¹⁷⁶ Tunç, s. 105.

¹⁷⁷ Felicity Turton / Dimitra Kamarinou / Johan David Michels / Christopher Millard, “Privacy in the Clouds, Revisited: An Analysis of the Privacy Policies of 40 Cloud Computing Services,” **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper Series**, S. 354, 2021, s. 39. Erişim Adresi: <https://ssrn.com/abstract=3823424> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

¹⁷⁸ McGillivray, A Right Too Far, s. 17; UNCITRAL, s. 16.

¹⁷⁹ McGillivray, A Right Too Far, s. 15.

hizmet sağlayıcı borcu bulut altyapısının kullanıma elverişli olarak kullanıcılara sunulmasına hizmet eden bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilebilecektir¹⁸⁰.

Verilerin işlenmesine ve güvenliğine ilişkin edim yükümlülüklerine ilaveten, hizmet sağlayıcılar, kullanıcı verilerinin sanal ortama aktarılabilmesini ve söz konusu verilerin gerektiğinde tekrar kullanıcı cihazlarına indirilebilmesini sağlayan bilişim kaynaklarını sürekli olarak hazır bulundurmakla yükümlüdür¹⁸¹. Ancak, söz konusu yükümlülüğe bir sözleşme hükmü olarak genellikle yalnızca ücret karşılığında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde bulunan hizmet seviyesi anlaşmalarında rastlanabilmektedir¹⁸². Ücretsiz olarak sunulan bulut bilişim hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde ise hizmet sağlayıcılar çoğunlukla belirli bir hizmet kalitesini ve sürekliliğini taahhüt etmekten kaçınmaktadırlar. Örneğin, Google hizmetlerini ücretsiz şekilde kullanan standart kullanıcılar için ilan edilen hizmet şartlarında, şirketin hizmet sürekliliğine ilişkin sunduğu tek garanti makul beceri ve özenle hareket edeceğine dair verdiği taahhüttür¹⁸³. Yine, Amazon firmasının bulut bilişim hizmeti almak isteyen kullanıcılarla akdettiği standart müşteri sözleşmesinin¹⁸⁴ 10. maddesinde “*sunulan hizmetler oldukları gibi sunulmaktadır*” denildikten sonra aynı madde ve devamındaki maddede bulut bilişim hizmetleri ve diğer hizmetlere ilişkin hizmet seviyesi sözleşmelerindeki yükümlülükler haricinde herhangi bir kalite taahhüdü verilmediği teyit edilmektedir.

¹⁸⁰ AB tarafından yürürlüğe konulan Dijital İçerik Direktifi’nin 8. maddesi 1. fıkrası b bendinde aynı tür dijital hizmetler bakımından yerine getirilmesi olağan kabul edilen ve tüketicilerin somut hukuki ilişkideki haklı beklentileri ölçüsünde karşılanması makul görülebilecek güvenlik tedbirlerinin alınması dijital hizmet sözleşmeleri bakımından objektif bir yükümlülük olarak hükme bağlanmıştır.

¹⁸¹ Tunç, s. 56.

¹⁸² Michels / Millard / Turton, s. 53; Srinivasan, s. 122; McGillivray, Conflicts in the Cloud, s. 228.

¹⁸³ İlgili hükmün tamamı şu şekildedir: *Hizmetlerimizi sunarken makul beceri ve özenle hareket ederiz. Bu garantide belirtilen kalite düzeyini karşılamıyorsa bunu bize bildirmeyi kabul edersiniz. Böylece sizinle birlikte sorunu çözmeye çalışabiliriz.* Hizmet şartları için bkz. **Google Hizmet Şartları**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/terms/update?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

¹⁸⁴ **AWS Müşteri Sözleşmesi**, Erişim Adresi: https://d1.awsstatic.com/legal/aws-customer-agreement/AWS_Customer_Agreement_Turkish_Translation2.pdf (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

Belirli bir hizmet sürekliliğinin taahhüt edilmediği bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı kullanıcılara bir edim fiili borçlanmaktadır¹⁸⁵. Buna göre, ücretsiz olarak sunulan bulut bilişim hizmetleri için akdedilen sözleşmelerde belirli bir hizmet sürekliliği ve kalitesinin sağlanması yükümlülüğü çoğunlukla yer almayacağından bilişim kaynaklarının sürekli olarak hazır bulundurulmasına ilişkin hizmet sağlayıcı borcunun çerçevesi borçlar hukukunun genel ilkeleri uyarınca objektif olarak belirlenecektir¹⁸⁶. Öte yandan, bulut bilişim sözleşmesinin hukuki niteliği ne olursa olsun, eğer taraflar arasında bir hizmet seviyesi anlaşması akdedilmişse hizmet sağlayıcının sunacağı hizmetin kalitesi ve sürekliliğine ilişkin bir edim sonucu borçlandığı kabul edilecektir¹⁸⁷.

3. Kullanıcıların Borçları

Bulut bilişim hizmetleri için akdedilen sözleşmelerin içeriğinde hizmet sağlayıcının borç ve yükümlülüklerine çok az yer verilirken kullanıcıların borçları ve yükümlülükleri açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Kullanıcıların temel borcu, ücret karşılığında akdedilen sözleşmelerde ücretin ödenmesi; ücretsiz olarak akdedilen sözleşmelerde ise verilerinin ticari amaçlarla kullanılmasına rıza göstermeleridir. Dolayısıyla, bulut bilişim sözleşmelerinde bedel olarak parasal bir ücret ödenmesi borcu sözleşmenin zorunlu bir unsuru olmayıp¹⁸⁸ çoğu durumda kullanıcı verilerinin hizmet sağlayıcı nezdinde ticari amaçlarla kullanımına rıza gösterilmesi bedel borcunun yerine geçmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere ücretsiz olarak sunulan bulut bilişim hizmetleri adına yapılan sözleşmelerde açıkça belirtilmese de bu hizmetler kullanıcı verilerinin ekonomik değeri karşılığında sunulmaktadır. Örneğin Facebook, sunduğu hizmetlere ilişkin yayınladığı hizmet şartlarında kullanıcıların sunulan hizmetler için ödeme yapmak yerine oluşturdukları kişisel veya diğer türlü verilerin hedefli reklam faaliyetlerinde

¹⁸⁵ Tunç, s. 57; European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, **Comparative Study On Cloud Computing Contracts: Final Report**, Publications Office, 2015, ss. 31, 32. Erişim Adresi: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/16333> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

¹⁸⁶ AB hukuku bakımından Dijital İçerik Direktifi'nin 8. maddesinde tüketiciye sunulan dijital hizmetlerin taraflar arasında akdedilen sözleşmede buna ilişkin hükümler yer almasa bile karşılaması gereken objektif yükümlülükler hükme bağlanmaktadır.

¹⁸⁷ European Commission, Comparative Study, ss. 31, 32.

¹⁸⁸ Tunç, s. 131.

kullanılmasına rıza göstermesinin gerekli ve yeterli olduğunu açıklamaktadır¹⁸⁹. Sonuçta ücret ödenmesi ya da verilerin ticari amaçlarla kullanımına rıza gösterilmesi birer edim yükümlülüğü olup yukarıda yapılan ayrımlar açısından asli edim yükümlülüğü teşkil etmektedir. Diğer yandan, hizmet şartlarında ve özellikle kabul edilebilir kullanım politikası (*Acceptable Use Policy*, AUP) başlıklı metinlerde yer alan kullanıcıların hizmetleri hangi şartlarla kullanabileceklerine ilişkin açıklayıcı koşullar kullanıcı açısından yan edim yükümlülükleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada karşılaşılan AUP dokümanlarında yer alan hükümler temelde müşterilerin fiil ehliyetine ilişkin aranan koşullardan ve diğer birtakım yan edim yükümlülüklerinden oluşmaktadır¹⁹⁰. Müşterilerin fiil ehliyeti yönünden bulut bilişim sözleşmelerinde genellikle kullanıcıların en az 13 yaşında olması bir şart olarak aranmaktadır¹⁹¹. Örneğin Google’a ait hizmet şartlarında kişinin kendine ait Google hesabını yönetebilmek için kural olarak en az 13 yaşında olması gerektiği belirtildikten sonra genel kuraldan farklı olarak daha yüksek yaş sınırı aranan ülkeler liste halinde sunulmuştur¹⁹². Yan edim yükümlülükleri bakımından ise sözleşmelerde en çok rastlanılan koşullardan bir tanesi sunulan hizmetlerin sadece kişisel kullanıma münhasır olduğuna ya da ticari ve mesleki faaliyetlere yönelik olduğuna ilişkin getirilen amaçsal ayrımdır¹⁹³. Bulut bilişim kullanım modelleri arasında en yaygın kullanım modelini genel bulut hizmetleri oluşturduğundan ve genel bulut modelinde hizmet sağlayıcıların sözleşme akdettikleri kullanıcıların gerçek kimliğini bilme olanakları sınırlı olduğundan sözleşmelerinde sundukları hizmetlerin hangi kullanıcı grubuna yönelik olduğunu belirtmeleri uymakla yükümlü oldukları yasaların tespit edilmesi açısından önem taşımaktadır.

¹⁸⁹ Söz konusu hizmet modeli Facebook Hizmet Şartları’nda “Hizmetlerimize nasıl fon sağlanır?” başlığı altında açıklanmaktadır, bkz. <https://www.facebook.com/legal/terms> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

¹⁹⁰ Michels / Millard / Turton, s. 62.

¹⁹¹ Michels / Millard / Turton, s. 62.

¹⁹² **Google Hesaplarında Yaş Şartları,** Erişim Adresi: <https://support.google.com/accounts/answer/1350409?hl=tr#zipppy> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022)

¹⁹³ Michels / Millard / Turton, s. 63.

AUP dokümanları vasıtasıyla hizmet sağlayıcıların ilan ettikleri diğer yan edim yükümlülükleri, kullanıcıların belirli davranışları gerçekleştirmekten menedildiği çeşitli kurallardan ibarettir. Söz konusu hükümlerle hizmet sağlayıcılar bulut bilişim hizmeti kullanılarak hukuka aykırı fiiller gerçekleştirildiği hallerde sorumluluktan kurtulabilmek adına sığınabilecekleri hukuki vasıtalar oluşturmuş olmaktadır¹⁹⁴. Bu anlamda, AUP dokümanlarında en sık yer alan yan edim yükümlülüklerinden birisi ticari elektronik ileti ve istenmeyen ileti (*spam*) gönderilmesine ilişkin getirilmiş yasaklardır¹⁹⁵. Bir diğer yan edim yükümlülüğü grubunu bulut bilişim hizmetleri kullanılarak üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmesi ihtimaline karşı getirilmiş olan ve özellikle fikri mülkiyet haklarının, özel hayatın gizliliği hakkının ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin uyarı ve yasaklar getiren koşullar oluşturmaktadır¹⁹⁶. Son olarak hizmet sağlayıcılar, kullanıcıların kendilerine sunulan bulut bilişim hizmetinin arka planındaki donanım ve yazılım altyapısına herhangi bir müdahalede bulunmasını yasaklamaktadırlar¹⁹⁷. Bunun altında yatan nedenlerden birisi hizmet sağlayıcıların geliştirdikleri bulut teknolojisinin tersine mühendislik marifetiyle başkaları tarafından ele geçirilmesini engellemek istemeleridir¹⁹⁸. Yukarıda vurgulandığı üzere bulut bilişim hizmet modelleri katmanlı bir yapı arz ettiğinden ve hizmet modelleri arasında bulut altyapısına erişim ve yönetim yetkileri bakımından farklar bulunduğundan kullanıcılar aldıkları hizmetin donanım altyapısı üzerinde ancak kendilerine izin verildiği oranda tasarrufta bulunabilecektir.

D. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Günümüz hukuk sistemlerinin kahir ekseriyetinde irade serbestisi ilkesinin bir görünümü olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi borç ilişkilerinin temelini oluşturmakta,

¹⁹⁴ Martic, s. 75.

¹⁹⁵ Silalahi, s. 15.

¹⁹⁶ Michels / Millard / Turton, s. 64.

¹⁹⁷ Silalahi, s. 15.

¹⁹⁸ Martic, s. 63.

tarafllara aralarındaki sözleşmesel ilişkileri düzenlemekte serbestlik tanınmaktadır. Borçlar hukuku bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin esas anlamı, sözleşmenin konusunun ve şartlarının belirlenmesinde tarafların serbest olmasıdır. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu’nun¹⁹⁹ (TBK) 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü tanımlanırken “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” denilerek sözleşme özgürlüğünün içeriği düzenleme özgürlüğü olduğuna vurgu yapılmıştır. Buna göre, sözleşmenin konusunun ve şartlarının belirlenmesinde taraflara kural olarak serbestlik tanınmakta; ancak bu serbestliğin çerçevesini kanunda öngörülen sınırlar çizmektedir. Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine ilaveten, sözleşme yapıp yapmama serbestisi; sözleşmenin tarafını seçme serbestisi; şekil serbestisi ve sözleşmeyi sona erdirme serbestisi, sözleşme özgürlüğü ilkesinin diğer yansımalarını oluşturmaktadır²⁰⁰.

Tarafların yapacakları sözleşmenin konusunu, şartlarını ve buna bağılı olarak türünü özgürce belirleyebilmesi onların borçlar kanununda düzenlenen özel sözleşme tipleriyle bağılı kalmaksızın çok çeşitli türlerde sözleşmeler akdedebileceğini göstermektedir²⁰¹. Bu itibarla, TBK’nın özel hükümler bölümünde düzenlenen sözleşme tipleri günlük hayatta sık karşılaşılan sözleşme türlerinin hukuki olarak düzenlemesi amacına hizmet ederken tarafların farklı konu ve koşullarda sözleşmeler akdedebileceği gerçeğini dışlamamaktadır²⁰². Zira, TBK’da ve sair kanunlarda düzenlenen sözleşme türleri günlük hayatta çok sık kullanılan ve bu nedenle tipik hale gelmeyi başaran sözleşme türleridir. Oysa, hukuki ilişkilerin konusunu oluşturabilecek olaylara bir sınır çizmek mümkün olmayıp taraflar arasında çok çeşitli konularda henüz türü veyahut ismi belirlenmemiş sözleşme ilişkileri kurulabilir. Bu anlamda, günümüzde tüketim endüstrilerinin durmaksızın gelişmesi özellikle hizmet sektörü ve finansal sektörlerde çok çeşitli hukuki

¹⁹⁹ R.G. 04.02.2011 – 27836.

²⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 501 vd.; Oğuzman / Öz, ss. 23, 24; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 77 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 17 vd..

²⁰¹ Sözleşmenin içeriğini ve dolayısıyla türünü belirleme özgürlüğü yalnızca borç sözleşmelerinde geçerlidir. Kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukuku sözleşmelerinde sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerli olduğundan bu sözleşmeler bakımından içeriği düzenleme özgürlüğü bulunmamaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, ss. 525, 526.

²⁰² Kocayusufpaşaoğlu, s. 527.

ilişkilerin kurulabilmesine imkan sağlamaktadır. Bu gelişmeler neticesinde oluşan yeni hukuki ilişkiler bakımından kanunlarda düzenlenen sözleşme tipleri yetersiz kaldığından bu ilişkilere uygulanmak üzere yapılan sözleşmeler yasal düzenlemelerden yoksun isimsiz sözleşmelere ilişkin tartışmaları gündeme getirmektedir²⁰³.

Bulut bilişim sözleşmeleri, bilişim hizmetleri sektöründe yeni bir paradigma olarak ortaya çıkan ve teknolojinin olağanüstü gelişim serüveninde belki de eskimeye bile vakit bulamadan ömrünü tamamlayacak olan bulut bilişim hizmetlerini sağlamak üzere yapılan sözleşmelere verilen genel bir isimdir. Bununla birlikte ne Türk hukukunda ne de diğer ulusal hukuklarda bulut bilişim sözleşmeleri kanunen düzenlenmiştir. Bu nedenle, öncelikle bu sözleşmelerin kanunlarda düzenlenmiş olan çeşitli özel sözleşme türlerine kıyasla hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Ancak, bulut bilişim sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi sunulan hizmetin çok çeşitli şekillere bürünebilmesi ve içeriğinin dinamik olarak değişebilmesi sebebiyle birtakım zorluklar arz etmektedir²⁰⁴. Bulut bilişim sözleşmelerinin bir kısmında hizmet sözleşmelerine ya da kira sözleşmelerine ilişkin birtakım unsurlara rastlanabilirse de bu unsurlar bulut bilişim hizmetlerinin çeşitli özelliklerinden yalnızca bir kısmını yansıtmaktadır. Neticede, bulut bilişim sözleşmeleri, bulut hizmetlerinin sunulabileceği geniş yelpaze içerisinde sunulabilecek hizmetler adına yapılan sözleşmelerin tamamını kapsayan genel bir adlandırma olduğundan bu sözleşmelerin hukuki niteliğini belirleyebilmek için aynı çatı altında verilen farklı hizmetlere odaklanmak gerekmektedir.

2. Türk Hukukunda Sözleşmelerin Tasnifine İlişkin Benimsenen Kriterler Bakımından Bulut Bilişim Sözleşmeleri

²⁰³ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 3.

²⁰⁴ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), **Notes on the Main Issues of Cloud Computing Contracts**, 2019, s. 13. Erişim Adresi: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09103_eng.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Borç ilişkilerinin kaynaklarından biri olarak sözleşmeler Türk hukukunda çeşitli yönlerine nispetle muhtelif türlere ayrılabilir²⁰⁵. Bir görüşe göre, sözleşmeler yöneldikleri hukuki sonuç açısından borç sözleşmeleri, tasarruf sözleşmeleri ve statü sözleşmeleri şeklinde üçe ayrılmaktadır²⁰⁶. Taraflar arasında akdedilen sözleşme bir borç doğurmaya yönelikse borç sözleşmesi olarak adlandırılacaktır²⁰⁷. Bulut bilişim sözleşmeleri hizmet sağlayıcının belirli şartlarla bulut bilişim hizmeti sunmayı borçlandığı, kullanıcılarınsa çeşitli yükümlülüklerle birlikte sözleşmenin türüne göre ücret ödemeyi borçlandıkları sözleşmeler olarak bu tasnif içerisinde borç sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Borç doğuran sözleşmeler öğretide edim ilişkisi; sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olup olmaması ve sözleşme süresi bakımlarından ayrıma tâbi tutulmaktadır. İşte, bulut bilişim sözleşmeleri açısından asıl önem arz eden husus bu sözleşmelerin borç sözleşmeleri arasındaki konumunun belirlenmesidir.

a. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Olması

Sözleşmeler karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulmaktaysa da bu durum her zaman sözleşme taraflarının karşılıklı olarak borç altına girmesini gerektirmemektedir. Bu itibarla sözleşmeler, taraflarından yalnızca birinin borç altına girdiği bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve her iki tarafın da borç altına girdiği iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰⁸. Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri diğerine karşı borç altına girerken karşı taraf herhangi bir borç altına girmeyip üstüne bir de alacak hakkı elde etmektedir. İvazsız

²⁰⁵ Türk Hukukunda sözleşmelerin tasnifi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 215 vd.; Oğuzman / Öz, s. 43 vd.; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler – Cilt I**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967, s. 239 vd.; Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 15 vd.

²⁰⁶ Eren, s. 215.

²⁰⁷ Eren, s. 215; Kocayusufpaşaoğlu, s. 95; Selahattin Sulhi Tekinay / Servet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 51.

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 222 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 98 vd.; Oğuzman / Öz, s. 45 vd..

akitler olarak da adlandırılan bu tür sözleşmelere TBK m. 285'te tanımlanan bağışlama sözleşmesi örnek verilebilecektir²⁰⁹.

Her iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, sözleşmelerde sözleşmenin her iki tarafı da karşılıklı olarak borç altına girmekte ve alacak hakkı elde etmektedir²¹⁰. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi içerisinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar karşılıklı olarak iki edimin değiş tokuş edilmesini amaçlamaktadırlar²¹¹. Edimler arasında tam anlamıyla karşılıklılık ilişkisinin mevcut olduğu bu sözleşmelerde taraflardan birinin edimi diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır²¹². Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin en tipik örneği satış sözleşmesidir. Diğer yandan, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da borç altına girmekte ise de tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmamaktadır²¹³. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde öncelikle taraflardan biri için karşılıksız bir asli edim yükümlülüğü doğmaktadır²¹⁴. Sonrasında ise aynı sözleşmesel ilişki içinde diğer tarafın ikincil bir edim yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır²¹⁵. Örneğin vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet veren adına bağımsız bir iş görme borcu yüklenmiş olmakla birlikte yapmak zorunda kaldığı masrafları sonradan müvekkilden talep edebilecektir. Görüldüğü üzere eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak vekalet sözleşmesinde önce vekilin asli edim borcu sonrasında ise müvekkilin tali edim borcu ortaya çıkmaktadır.

Bulut bilişim hizmetleri uygulamada hem ücretli olarak hem de ücretsiz olarak sunulabilmektedir²¹⁶. Özellikle altyapı (IaaS) ve platform (PaaS) hizmetleri genelde ücretli olarak sunulurken yazılım (SaaS) modelinde sunulan bulut bilişim hizmetlerine

²⁰⁹ Eren, s. 223; Kocayusufpaşaoğlu, s. 98; Oğuzman / Öz, s. 45.

²¹⁰ Eren, s. 223; Kocayusufpaşaoğlu, s. 98; Oğuzman / Öz, s. 45.

²¹¹ Esener, s. 18; Kocayusufpaşaoğlu, s. 98

²¹² Eren, s. 223.

²¹³ Eren, s. 224; Kocayusufpaşaoğlu, ss. 99, 100.

²¹⁴ Eren, s. 224.

²¹⁵ Eren, s. 224.

²¹⁶ Michels / Millard / Turton, ss. 8, 9; Ungureanu, s. 299.

ücretsiz olarak ulaşılabilmektedir. Ücretsiz sunulan bulut bilişim hizmetlerinde kullanıcıların hizmetten yararlanırken oluşturduğu kişisel veriler anonimleştirilerek hedefli reklam faaliyetlerinde kullanılmaktadır²¹⁷. Ayrıca, SaaS modelinde hizmet sunan çoğu hizmet sağlayıcı bulut hizmetini belirli bir hizmet kademesine kadar ücretsiz sunarken üst kademedeki bulut bilişim hizmetleri için ücret talep edebilmektedir²¹⁸. Örneğin, Apple tarafından hizmete sunulan SaaS modelindeki iCloud yazılımı 5 GB'a kadar ücretsiz bulut depolama hizmeti verirken daha yüksek depolama alanı tercihleri bakımından farklı ücretlendirme seçeneklerine sahiptir.

Bulut bilişim sözleşmeleri edim ilişkisi yönünden değerlendirildiğinde ücret karşılığında akdedilen ve ücretsiz akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından ayrı ayrı inceleme yapma gereği ortaya çıkmaktadır. Buna göre, ücret karşılığında akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden sayılabilecektir. Zira hizmet şartları çerçevesinde akdedilen sözleşmede hizmet sağlayıcı belirli yükümlülüklerle birlikte bulut bilişim hizmeti sunumunu borçlanmakta, kullanıcılar başka bazı yükümlülüklerle ilaveten ücret ödeme borcu altına girmektedir. Bununla birlikte, ücretsiz akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının bulut bilişim hizmeti sunma borcu karşılığında kullanıcıların kural olarak herhangi bir karşı edim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda, ücretsiz sunulan bulut bilişim hizmetleri adına akdedilen sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna gireceği düşünülebilir. Ancak, hizmet sağlayıcıların kullanıcıların kişisel verilerini ticari amaçlarla kullanarak maddi menfaat elde edebilecek olması ücretsiz olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde kullanıcıların kişisel verilerinin bir karşı edim olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir²¹⁹. Kullanıcıların kişisel verilerinin

²¹⁷ Michels / Millard / Turton, s. 9.

²¹⁸ Michels / Millard / Turton, s. 9.

²¹⁹ Bulut bilişim hizmetlerinin tamamen ücretsiz ve bu anlamda kişisel verilerin kullanılmasına rıza gösterilmesi gerekmeksizin sunulması teorik olarak mümkündür. Ancak uygulamada hizmet sağlayıcıların kullanıcı verilerinden ticari bir menfaat elde etmeksizin hizmete sunduğu bir bulut bilişim hizmetine rastlamak pek mümkün değildir. Bu anlamda, devlet kurumlarınca hizmete sunulan mobil uygulamaların ücretsiz olarak kullanılabilmesinden hareketle bunlar üzerinden akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olamayacağı ileri sürülebilir. Ancak, mobil uygulamalar üzerinden devlet kurumlarınca sunulan bulut bilişim hizmetleri esasında bir kamu hizmetinin sunulmasına tekabül ettiğinden hizmet sağlayıcı ile kullanıcılar arasında bir borç sözleşmesi olduğundan söz edilemeyecektir.

elde edilmesi bir karşı edim olarak kabul edildiği takdirde ücretsiz olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri de her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna girecektir.

Bulut bilişim hizmetlerinde olduğu gibi internet ortamında ücretsiz olarak sunulan dijital hizmetlerin neredeyse tamamı bu hizmetleri kullanan müşterilerin oluşturdukları verileri belirli işlemlerden geçirdikten sonra hedefli reklam faaliyetlerinde kullanmakta ya da bu verileri başkalarına satmaktadır²²⁰. Toplanan verilerle dolaylı yollardan maddi menfaat elde edilmesi bu hizmetlerin ücretsiz değil kullanıcı verilerinin hizmet sağlayıcıya sunulması karşılığında sağlandığını ortaya koymaktadır²²¹. Uygulamada ortaya çıkan bu atipik durumun yasa koyucularca fark edilip düzenlenmesi önerisi ilk olarak Avrupa Ortak Satım Hukuku hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzük Taslağı'nda²²² getirilen “dijital içerik (*digital content*)” tanımıyla mümkün olmuştur. Taslak Gerekçesinde (*Recital*) dijital içeriklerin genellikle para karşılığında değil ancak ücretli ürün veya hizmetlere eklemlenmiş olarak veyahut kişisel verilere erişim sağlanması gibi parasal olmayan bir bedele binaen ya da tamamen ücretsiz olarak sağlanabileceği belirtilerek Tüzük'ün uygulanmasının söz konusu dijital içerik için ücret ödenmiş olmasına bağlı olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, söz konusu

²²⁰ Dijital ortamda üretilen kişisel ya da endüstriyel verilerin ticari değerinin fark edilmesiyle birlikte verinin yirmi birinci yüzyılın petrolü olabileceği benzetmeleri yapılmaya başlanmıştır. İlgili tartışmalar için bkz. Michael Palmer, **Data is the New Oil**, 03.11.2006, Erişim Adresi: https://ana.blogs.com/maestros/2006/11/data_is_the_new.html (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022); The World Economic Forum, “Is data the new currency?,” 14.09.2015, Erişim Adresi: <https://www.weforum.org/agenda/2015/08/is-data-the-new-currency/> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022); Marcin Szczepeński, **Is data the new oil? Competition Issues In the Digital Economy**, European Parliamentary Research Service, 2020, Erişim Adresi: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI\(2020\)646117_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf) (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

²²¹ Marco B.M. Loos / Natali Helberger / Lucie Guibault / Chantal Mak / Lodewijk Pessers / Katalin J. Cseres / Bart van der Sloot / Ronan Tigner, **Analysis Of The Applicable Legal Frameworks And Suggestions For The Contours Of A Model System Of Consumer Protection In Relation To Digital Content Contracts. Final report, Comparative Analysis, Law & Economics Analysis, Assessment And Development of Recommendations For Possible Future Rules On Digital Content Contracts**, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, 2011, s. 14, Erişim Adresi: <https://hdl.handle.net/11245/1.345662> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022); Dimitar Dzhutchev, **Unfair Terms In Standart Cloud Computing Contracts**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Amsterdam Üniversitesi, 2016, s. 16, Erişim Adresi: <https://scripties.uba.uva.nl/download?fid=639203> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

²²² European Commission, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL)**, Brüksel, 2011, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

tüzük taslağı 2014 yılında göreve gelen Avrupa Komisyonu tarafından elektronik ticaretin potansiyelini bütünüyle ortaya çıkaracak başkaca bir düzenleme yapmak üzere geri çekilmiştir²²³. CESL Taslağının yerini gayrı resmi olarak alan düzenleme 2019/770 sayılı Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sağlanmasıyla İlgili Sözleşmelere Dair Bazı Hususlara İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi (Dijital İçerik Direktifi)²²⁴ olmuştur²²⁵.

Dijital İçerik Direktifi'nin 3. Maddesinin ilk fıkrasında düzenlemenin uygulama alanı tacirler ile tüketiciler arasında akdedilen, tacirin dijital içerik veya dijital hizmet sağladığı veya bunları sağlamayı taahhüt ettiği karşılığında tüketicinin de ücret ödeme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler olarak belirlenmiştir. Buna göre, öncelikle, Direktif'in kişi bakımından uygulama alanının tacirler ile tüketiciler arasında akdedilen dijital içerik veya dijital hizmet sözleşmelerine münhasır olduğu tespit edilmelidir. Direktif'in 2. maddesinde dijital içerik, "*dijital ortamda üretilen ve kullanıma sunulan veri*" olarak tanımlanırken dijital hizmet "*tüketicilerin dijital ortamda veri üretmesine, işlemesine, saklamasına veya erişmesine imkan veren hizmetler*" ile birlikte "*tüketici veya o hizmetin diğer kullanıcıları tarafından dijital ortama yüklenmiş veya dijital ortamda üretilmiş verilerin paylaşılmasına ya da başka şekillerde etkileşime imkan veren hizmetler*" olarak ifade edilmektedir. Bulut bilişim hizmetlerinde kullanıcıların hizmet sağlayıcının bilişim altyapısından çeşitli şekil ve modellerde yararlanması sağlandığından ve model fark etmeksizin bütün bulut hizmetleri dijital ortamda sunulduğundan tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri Direktif'in uygulama alanına

²²³ Avrupa Ortak Satım Hukuku Hakkında Tüzük Taslağı ve genel olarak Avrupa Özel Hukuku'nun birleştirilmesi çabaları hakkında bilgi için bkz. Miklós Király, "The Rise and Fall of Common European Sales Law," *ELTE Law Journal*, C. 15, S. 2, 2015, ss. 31- 42.

²²⁴ The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (DCD)**, OJ L 136/1, 22.05.2019, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

²²⁵ Madalena Narciso, "'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law," *Journal of European Consumer and Market Law*, C. 6, S. 5, 2017, s. 200; Cemre Bedir, **Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts And The GDPR Conflict**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Leiden Üniversitesi, 2018, s. 25, Erişim Adresi: <https://ssrn.com/abstract=3648092> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

girmektedir²²⁶. Nitekim Direktif kapsamındaki dijital hizmetlere örnek olarak SaaS hizmetleri ve bu anlamda video ya da ses paylaşımı veya diğer dosya paylaşma uygulamaları, kelime işleme uygulamaları, bulut bilişim ortamında sunulan oyunlar ve sosyal medya hizmetleri gösterilmektedir²²⁷.

Dijital İçerik Direktifi m. 3/I’de ise dijital içerik veya dijital hizmet karşılığında tüketicinin kişisel verilerini tacire sunma yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelerin de Direktif kapsamında olduğu belirtilmiştir²²⁸. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere böyle bir sözleşmede dijital içerik veya hizmetin karşılığını oluşturan yegane unsur tüketicinin kişisel verilerini sunması değil, buna ilaveten, kişisel verilerinin işlenmesine usulüne uygun olarak göstereceği rızadır²²⁹. Zira içerik ve hizmet sağlayıcılar çoğu durumda sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini ifa etmeye başlamadan önce kullanıcıların kişisel verilerini toplamaya başladıklarından onları asıl ilgilendiren konu bu verilerden meşru bir şekilde maddi menfaat elde edebilmek olmaktadır²³⁰. Kullanıcılar tarafından, somut hukuki ilişkide uygulanacak veri koruma kurallarında öngörülen usule uygun şekilde verilen onay ise bu meşruiyeti sağlama amacına hizmet etmektedir. Ancak, tüketiciler tarafından sağlanan kişisel veri çerçevesinde akdedilen her dijital sözleşme Direktif kapsamında değildir. Direktif m. 3/I’e göre, tüketici tarafından sağlanan kişisel veriler tacir tarafından salt olarak o dijital içerik veya dijital hizmetin Direktif hükümlerine

²²⁶ Kevin McGillivray, “A Right Too Far? Requiring Cloud Service Providers To Deliver Adequate Data Security To Consumers, *International Journal of Law and Information Technology*, C. 25, S. 1, 2017, ss. 12, 13.

²²⁷ Dijital İçerik Direktifi Gerekçesi 19. Paragrafı.

²²⁸ Esasında Dijital İçerik Direktifi’ne ilişkin taslak metin olan 9 Aralık 2015 tarihli Dijital İçeriğin Tedarikine İlişkin Sözleşmelerle İlgili Belirli Hususlar Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi Önerisi’nin 3. Maddesinde tüketicinin karşı edim olarak para dışında kişisel veri ya da başka türlü veri sağladığı sözleşmelerin de Direktif kapsamında olduğu belirtilerek verinin karşı edim niteliği açık olarak kabul edilmişti. Ancak, kişisel verinin eşya olarak kabul edildiği izlenimlerine dair endişeleri bertaraf etmek üzere Direktif’in yürürlüğe giren son halinde verinin karşı edim niteliği açıkça zikredilmeksizin tüketicilerin kişisel verilerini karşılık olarak sundukları dijital içerik ve hizmetlere dair sözleşmelerin de Direktif kapsamında olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karin Sein / Gerald Spindler, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1,” *European Review of Contract Law*, C. 15, S. 3, 2019, s. 263.

²²⁹ Carmen Langhanke / Martin Schmidt-Kessel, “Consumer Data as Consideration,” *Journal of European Consumer and Market Law*, C. 6, S. 4, 2015, s. 220.

²³⁰ Langhanke / Schmidt-Kessel, s. 220.

uygun olarak sunulması için²³¹ ya da tacirin veri işleyen olarak uymakla yükümlü olduğu hukuki kuralların gerekliliklerini sağlamak amacıyla toplanmaktaysa Direktif hükümleri söz konusu sözleşmeye uygulanmayacaktır.

Açıklanan istisnalar haricinde dijital içerik ve hizmet alanlara sağlayıcılarla girdikleri hukuki ilişkide ücret ödemeseler dahi başvurabilecekleri sözleşmesel bazı haklar tanınmıştır. Direktif'in 14. maddesine göre sağlanan içerik veya sunulan hizmet sözleşmeye uygun olmadığı takdirde tüketici sırasıyla içerik veya hizmetin sözleşmeye uygun hale getirilmesini, bu mümkün olmadığı takdirde kendisine orantılı bir ücret indirimi yapılmasını talep edebilmekte, aksi takdirde sözleşmeyi feshedebilmektedir²³². Ücretsiz olarak akdedilen dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmelerinde ise ücret indirimi doğal olarak mümkün olamayacağından²³³ kullanıcılar içerik veya hizmetin sözleşmeye uygun hale getirilmesini isteme ve bu olanaklı değilse sözleşmeyi feshetme seçeneklerine sahiptir²³⁴. Sözleşmeye uygunluk bir yana, eğer tacir sözleşme kapsamında sunmakla yükümlü olduğu dijital içerik veya hizmeti tüketiciye hiç sağlamamışsa Direktif'in 13. Maddesine göre tüketici taciri öncelikle sözleşmeyi ifaya davet edecektir. Buna rağmen tacir sözleşme kapsamındaki borcunu ifa etmezse tüketici sözleşmeyi feshedebilecektir.

Dijital içerik ve dijital hizmetlere ilişkin sözleşmeler hakkında yukarıda anlatılanlar dışında daha birçok yeni kural getiren Dijital İçerik Direktifi hükümleri ücretsiz olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin edim ilişkisi yönünden değerlendirilmesi bakımından kıyasa oldukça müsaittir. Öncelikle, ücretsiz olarak akdedilen bulut bilişim

²³¹ Örneğin tüketicinin coğrafi konum verisini hizmet sağlayıcıyla paylaştığı mobil navigasyon uygulamalarında söz konusu konum verisi kişisel veri olmakla birlikte navigasyon hizmetinin sağlanması için olmazsa olmaz nitelikte olduğundan Dijital İçerik Direktifi bu uygulama için akdedilen sözleşmeye uygulanmayacaktır, bkz. Simon Geiregat / Reinhard Steennot, **Proposal for a Directive on Digital Content: Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity**, Digital Content and Distance Sales (ed. Ignace Claeys / Evelyne Terryn) içinde, Cambridge: Intersentia, 2017, ss. 105, 106.

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Karin Sein / Gerald Spindler, "The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2," **European Review of Contract Law**, C. 15, S. 4, 2019, s. 374 vd.

²³³ Kişisel veri karşılığında akdedilen dijital içerik ve hizmet sözleşmelerinde ifanın sözleşmeye uygun olmaması halinde tüketicilere ücret indirimi imkanı verilmemiş olmasının sözleşmeler hukuku bakış açısıyla eleştirisi için bkz. Bedir, s. 43.

²³⁴ Sein / Spindler, Part 2, s. 376.

sözleşmeleri genellikle SaaS hizmet modelinde sunulan bulut bilişim hizmetlerinde söz konusu olduğundan ve SaaS sözleşmelerinin taraflarını çoğunlukla hizmet sağlayıcı konumunda tacirler ve son kullanıcı konumunda tüketiciler oluşturduğundan kişisel verilerin sağlanması karşılığında akdedilen bu sözleşmeler Dijital İçerik Direktifi'nin uygulama alanına girecektir. Ayrıca, Dijital İçerik Direktifi'nin tacirler ile tüketiciler arasında kişisel veriler karşılığında akdedilen sözleşmeleri de kapsamıyla ücretsiz olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin uygulamada uzun sürelerden beri ortaya çıkmış olan her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olma niteliği hukuken tanınmış olmaktadır. Dahası tüketicinin kişisel verilerini sunması yükümlülüğü karşısında tacirin bilişim hizmeti sağlama borcunun bir synallagma ilişkisi meydana getirdiği ve bu anlamda ücretsiz olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden sayılması gerektiği ileri sürülebilecektir²³⁵. Zira, hizmet sağlayıcının ücretsiz olarak sunduğu SaaS hizmeti karşılığında elde etmeyi umduğu gelir kullanıcılardan topladığı kişisel verileri çeşitli yöntemlerle maddi menfaate tahvil etmesi esasına dayanmaktadır.

Konuya Türk Hukuku açısından bakıldığında kişisel verilerin borç sözleşmeleri bakımından karşı edim niteliğini açıkça kabul eden bir kanun hükmünün bulunmadığı ilk planda tespit edilmelidir. Bununla birlikte, taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde konusu imkansız veya yasaklanmış olmadıkça her türlü sözleşmeyi akdedebileceklerinden kişisel verilerin sözleşmelerde karşı edim olarak yer alması Türk hukuku açısından da mümkün kabul edilmelidir. Zira hukukumuzda ne kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel yasa olan 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'da²³⁶ (KVKK) ne de diğer kanunlarda konuya ilişkin bir yasaklama mevcuttur. Kanunlarımızda kişisel

²³⁵ Avrupa Birliği hukuku açısından tüketici verilerinin sözleşmenin bedel unsurunu teşkil edip edemeyeceğini tartışan Langhanke ve Schmidt-Kessel'e göre taraflardan birinin kişisel verilerini sağlama yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler bakımından synallagmatik bir ilişkinin varlığını engelleyecek genel bir kural bulunmamaktadır. Yazarlar, tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesine dair verdiği rızayı sözleşmenin herhangi bir aşamasında geri çekebileceğini belirttikten sonra bu geri çekme olgusunun doğrudan sözleşmenin feshedildiği anlamına gelmeyeceğini tespit etmektedirler. Ancak, böyle bir durumda sözleşmenin karşı tarafını oluşturan tacirin o sözleşmeden elde edeceği bir maddi menfaat kalmayacağından tacir sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilecektir. Bununla birlikte, bütün bu ihtimaller her iki edim arasında synallagmatik bir ilişkinin söz konusu olacağı gerçeğini dışlamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Langhanke / Schmidt-Kessel, ss. 221-223.

²³⁶ R.G. 24.03.2016 – 29677.

verilerin ya da bir üst kavram olarak verinin karşı edim niteliği açıkça kabul edilmemişse de bu tür sözleşmeler borçlar hukukunun genel kuralları uyarınca değerlendirilebilir. Nitekim, öğretide de edimler arasında karşılıklılık ilişkisine binaen oluşturulmuş olan geleneksel sözleşmeler hukuku kurallarının karşı edimin para değil kişisel veriler olduğu akitlere de pekala uygulanabileceği ileri sürülmektedir²³⁷. Böyle bir durumda ücretsiz olarak fakat kişisel verilerin kullandırılması karşılığında kurulan bulut bilişim sözleşmeleri Türk hukuku bakımından da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden kabul edilebilecektir.

Önemli olan diğer bir husus kişisel verinin bulut bilişim sözleşmelerinde karşı edim teşkil ettiği durumlarda meselenin sözleşmeler hukuku kurallarıyla ve veri koruma kurallarıyla ilişkisinin çerçevesinin iyi çizilmesidir²³⁸. Bu anlamda, tüketicilerin kişisel verileri karşılığında akdettikleri sözleşmelerde karşı taraf borcunu gereği gibi ifa etmediğinde sözleşmesel talep haklarını; veri koruma kurallarına aykırı hareket ettiğinde ise sözleşmesel talep haklarının yanında kanuni haklarını da kullanabileceği unutulmamalıdır²³⁹. Tüketicilerin kişisel verileri karşılığında akdettikleri bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet gereği gibi sağlanmadığında başvurabilecekleri sözleşmesel hakların tespiti ise bu sözleşmelerin kanuni tipinin belirlenmesine bağlıdır.

b. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin İsimsiz Sözleşmelerden Olması

(1) Genel Olarak

²³⁷ Narciso, s. 202.

²³⁸ Avrupa Birliği bağlamında Dijital İçerik Direktifi'nin kişisel veriyi karşı edim niteliğinde kabul eden çözüm tarzının kişisel verilerin korunmasında AB'nin temel enstrümanı olan Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation*, GDPR) kapsamında ortaya çıkaracağı muhtemel sorunlara dair bir değerlendirme için bkz. European Data Protection Supervisor, **Opinion 4/2017 On The Proposal For a Directive On Certain Aspects Concerning Contracts For The Supply Of Digital Content**, 2017, Erişim Adresi: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

²³⁹ Dijital İçerik Direktifi'nin kişisel veriler karşılığında akdedilen dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri bakımından sağladığı sözleşmesel talep haklarıyla GDPR hükümlerinin bir arada nasıl uygulanabileceğine ilişkin bir görüş için bkz. Laura Drechsler, "Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?," **Jusletter IT**, 22 Şubat 2018, ss. 40, 41.

TBK'nın genel hükümler başlıklı birinci kısmında bütün borçlar hukuku ilişkileri bakımından genel hükümler kaleme alınmışken özel hükümler başlıklı ikinci kısmında çeşitli borçlar hukuku ilişkileri açısından özel hükümler getirilmiştir. İkinci kısımda muhtelif borç ilişkileri ayrıntılı olarak düzenlenirken borç ilişkisi doğuran hallerden birisi olan borç sözleşmelerinden önemli görülenleri de isimleri ve unsurları zikredilerek hususen düzenlenmiştir. Ayrıca, özel borç ilişkileri TBK'nın ikinci kısmında düzenlenenlerle sınırlı olmayıp başka birtakım kanunlarda da özel borç ilişkileri ve çeşitli sözleşme türleri ayrıntılı olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin satış sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, kira sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve benzerleri gibi sözleşmeler TBK'nın özel hükümler kısmında düzenlenirken; taşıma ve sigorta sözleşmeleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmektedir²⁴⁰. İşte, TBK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kısmında ya da diğer kanunlarda sözleşmeye tipini veren tip unsurlarıyla özel olarak düzenlenmiş borç sözleşmelerine isimli sözleşmeler denilmektedir²⁴¹. Buradan hareketle, borç sözleşmeleri kanunlarda ismen düzenlenmiş olup olmamaları açısından isimli ve isimsiz sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır.

TBK'nın özel hükümler kısmında düzenlenen isimli sözleşmeler içerik ve amaçları bakımından çeşitli ayrımlara tâbi tutulmaktadır²⁴². Bu ayrımlardan ilki olan devir borcu doğuran sözleşmelerde taraflardan biri, bir şeyin veya bir hakkın mülkiyetinin diğer tarafa devredilmesi borcunu üstlenmekte olup, bu sözleşmelerin başlıca örneklerini satış, mal değişim ve bağışlama sözleşmeleri oluşturmaktadır²⁴³. İkinci sırada tasnife tâbi tutulan sözleşmeler kullandırma borcu doğuran sözleşmelerdir. Kullandırma borcu doğuran

²⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 219. TBK dışında diğer kanunlarda düzenlenen isimli sözleşme örnekleri için bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 7.

²⁴¹ Gümüş, Özel Hükümler, s. 4.

²⁴² Öğretide farklı yazarlarca farklı ayırım noktaları benimsenmiş olup biz konumuz açısından önem taşıyan başlıca ayrımları açıklamakla yetineceğiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, ss. 56-58; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 21 vd.; Tandoğan, ss. 2-7; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Hususî Kısım – Cilt I**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970, s. 18 vd.; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1962, ss. 16, 17; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, ss. 57-59.

²⁴³ Eren, Özel Hükümler, s. 21; Feyzioğlu, Hususî Kısım, ss. 18-20; Bilge, s. 16; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 57.

sözleşmelerde bir şeyin veya hakkın mülkiyeti değil mülkiyet hakkının içeriğinde bulunan üç unsurdan tasarruf etme hakkı alıkonulup kullanma ve yararlanma unsurları karşı tarafa borçlanılmaktadır²⁴⁴. Kira, tüketim ödöncü ve kullandırma ödöncü sözleşmeleri bu gruptaki sözleşmelere örnek gösterilebilecektir²⁴⁵. Bir diğör borç sözleşmesi türünü iş görme borcu doğuran sözleşmeler oluşturmaktadır. İş görme borcu doğuran sözleşmelerde bir insan çalışması ve emeği taraflar arasında sözleşme konusu yapılmakta, bir taraf diğörüne bir işin veya hizmetin görülmesini borçlanmaktadır²⁴⁶. Hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi bu gruba girmektedir²⁴⁷. Nihayet emanet sözleşmeleri olarak da adlandırılan saklama borcu doğuran sözleşmelerde borçlu alacaklıdan emaneten teslim aldığı bir şeyi muhafaza etmeyi üstlenmektedir²⁴⁸.

İsimli sözleşmelerde aslolan bir sözleşme türünün kanunda ismen zikredilmiş olması değil söz konusu sözleşmenin asli edim yükümlölükleri ve diğör objektif esaslı noktaları ile birlikte hükme bağlanmış olmasıdır²⁴⁹. Eğer bir sözleşme türü kanunlarda ismen hükme bağlanmış olmakla beraber objektif esaslı noktalarıyla birlikte düzenlenmemişse isimsiz bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir²⁵⁰. Neticede, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin asli edim yükümlölüklerinin kanunlarda düzenlenmiş isimli sözleşmelerden biri ile örtüşmediği her durumda isimsiz bir sözleşmenin mevcudiyeti söz konusu olacaktır²⁵¹. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansıması olan içeriği düzenleme serbestisinin bir sonucu olarak taraflar, yürürlükteki kanunlarda düzenlenmemiş konularda da sözleşmeler akdedebileceğinden isimsiz sözleşmelerin uygulaması toplumsal hayatta oldukça yaygındır. Kapıcılık sözleşmesi, arsa payı karşılığı

²⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 21; Feyzioğlu, Hususî Kısım, ss. 20-22; Bilge, s. 16; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 57.

²⁴⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 21; Feyzioğlu, Hususî Kısım, ss. 20-22; Bilge, s. 16; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 57.

²⁴⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 22; Feyzioğlu, Hususî Kısım, ss. 22-27; Bilge, s. 16; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 58.

²⁴⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 22; Feyzioğlu, Hususî Kısım, ss. 22-27; Bilge, s. 16; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, ss. 57, 58.

²⁴⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 22; Feyzioğlu, Hususî Kısım, ss. 27-29; Bilge, s. 16; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 58.

²⁴⁹ Aral / Ayrancı, s. 59; Eren, Özel Hükümler, ss. 945, 946; Gümüş, Özel Hükümler, s. 4.

²⁵⁰ Örneğin TBK'nın 29. Maddesinde hükme bağlanan ön sözleşme ismen düzenlenmiş olmakla beraber bir isimli sözleşme değildir, bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 946.

²⁵¹ Gümüş, Özel Hükümler, s. 4.

inşaat sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi gibi sözleşmeler toplumsal hayatta ve ticari ilişkilerde sıklıkla kullanılan isimsiz sözleşmelere örnek oluşturmaktadır²⁵². Bu itibarla, aşağıda bulut bilişim sözleşmelerinin kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden olup olmadığı ekseninde hukuki nitelikleri belirlenmeye çalışılacaktır.

(2) Bulut Bilişim Sözleşmelerinin İsimli Sözleşme Türleri Yönünden Değerlendirilmesi

Bulut bilişim sözleşmelerinin hukuki niteliğini tespit etmek için öncelikle bu sözleşmelerin kanunlarda düzenlenmiş isimli sözleşmelerden olup olmadığı irdelenmelidir. Ancak, bulut bilişim sözleşmeleri ne Türk Hukukunda ne de yabancı ulusal hukuklarda tipik unsurlarıyla bağımsız bir borç sözleşmesi olarak düzenlenmiş değildir²⁵³. O halde tartışılması gereken ilk husus bu sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş isimli borç sözleşmelerinden biri altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı maddi değeri haiz bir şeyin mülkiyetini kullanıcılara devretmeksizin bilişim hizmeti sunduğundan, sürekli edimli bu sözleşmeleri satım sözleşmesi olarak nitelendirme olanağı bulunmamaktadır²⁵⁴. Bu anlamda ele alınması gereken başlıca akit tipleri hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve kira sözleşmesidir. Bulut bilişim sözleşmelerinin söz konusu sözleşme tiplerine kıyasla hukuki niteliği tartışılırken sunulan bulut hizmetinin türünün ve dolayısıyla akdedilen bulut bilişim hizmet modelinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların karşılıklı borçları göz önüne alındığında hizmet sağlayıcının borçlarının genel olarak iş görme edimleri içerdiğine dikkat çekilmektedir²⁵⁵. Bu itibarla bulut bilişim sözleşmelerinin iş görme borcu doğuran

²⁵² Aral / Ayrancı, s. 59; Eren, Özel Hükümler, s. 947.

²⁵³ European Commission, Comparative Study, s. 24; Marcus Pearl / Sean Christy / Chuck Hollis / Derek Johnston Bryan Cave Leighton Paisner, **Lexology Getting The Deal Through: Cloud Computing 2022**, Londra: Law Business Research Ltd, 2021.

²⁵⁴ Tunç, s. 44.

²⁵⁵ Tunç, s. 56.

sözleşmelere kıyasla değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. İş görme borcu doğuran sözleşmelerden TBK m. 393'te düzenlenen hizmet sözleşmesi, *“işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme”* olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla, hizmet sözleşmesinin objektif unsurlarını iş görme edimi, borç ilişkisinin sürekliliği, bağımlılık ilişkisi ve ücret oluşturmaktadır²⁵⁶. Bağımlılık ilişkisi hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran tipik unsurdur. İşçi iş görme edimini, işverenle arasındaki kişisel, organizasyonel ve ekonomik bağımlılık ilişkisi içerisinde yerine getirmektedir²⁵⁷. Oysa bağımlılık ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcıların kullanıcıların talimatlarıyla hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Tam aksine çoğu durumda bizzat kullanıcılar ilgili bulut bilişim hizmetini alabilmek için hizmet sağlayıcının ortaya koyduğu sözleşme şartlarıyla bağlı kalmakta, herhangi bir değişiklik talep edememektedirler. Bu nedenle, bulut bilişim sözleşmelerini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Vekalet sözleşmesi TBK'nın 502. maddesinde *“vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme”* olarak tanımlanmaktadır. Öğretide vekalet sözleşmesinin unsurları bir iş veya hizmetin görülmesi, iş veya hizmet görmenin bağımsızlığı, başkası menfaati ve hesabına hareket, güven ilişkisi ve her zaman fesih hakkı olarak sıralanmaktadır²⁵⁸. Vekalet sözleşmesinde vekil, hizmet sözleşmesindeki işçinin aksine bağımsız olup iş görme ediminin ifasında vekalet verenin iş organizasyonunun bir parçasını oluşturmaz²⁵⁹. Bu itibarla, bulut bilişim sözleşmelerinin yapısı hizmet sözleşmesinden ziyade vekalet sözleşmesine yakınlık göstermektedir. Öncelikle, ücret ödenmesi vekalet sözleşmelerinin zorunlu bir unsuru olmamakla birlikte TBK m. 502'nin üçüncü fıkrasına göre sözleşmede özel bir hüküm mevcutsa veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır²⁶⁰. Bulut bilişim sözleşmeleri ise parasal bir ücret veyahut kullanıcı verilerinin hizmet sağlayıcıya sunulması karşılığında akdedildiğinden söz konusu üçüncü fıkra

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel Hükümler, ss. 542-545; Gümüş, Özel Hükümler Cilt I, ss. 382-385.

²⁵⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 543; Gümüş, Özel Hükümler Cilt I, s. 384.

²⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özel Hükümler Cilt II, ss. 124-129.

²⁵⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 726; Gümüş, Özel Hükümler Cilt II, s. 125.

²⁶⁰ Eren, Özel Hükümler, ss. 714-715.

hükmü çerçevesinde hemen her zaman ivazlı olarak kurulan bu sözleşmeler ile vekalet sözleşmeleri arasında benzerlik ilişkisi kurulabilecektir. Buna ilaveten, hizmet sağlayıcının yukarıda sayılan kullanıcı verilerinin işlenmesi, işlenen verilerin güvenliğinin sağlanması, bilişim kaynaklarının sürekli kullanıma hazır tutulmasına ilişkin borçları kural olarak iş görme edimi niteliği taşıdıklarından ve çoğu durumda hizmet sağlayıcı bir edim sonucu değil edim fiili borçlandığından vekalet sözleşmesi ile benzerlik ilişkisi yoğunlaşmaktadır²⁶¹. Zira, vekalet sözleşmelerinde vekil öğretideki baskın görüşe göre bir edim sonucu borçlanmamaktadır²⁶². Ancak hizmet sağlayıcının sayılan borçları bulut bilişim sözleşmesinin yegane unsurları olmadığından çok farklı türde edimler içerebilecek bu sözleşmeleri toptan bir yaklaşımla vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir²⁶³. Ayrıca, yukarıda belirtildiği üzere bulut bilişim sözleşmeleri altında hizmet sağlayıcı ile kullanıcılar arasında hizmet seviyesi anlaşmaları da akdedilebilmektedir. Hizmet seviyesi anlaşması akdedilen durumlarda ise hizmet sağlayıcı bir edim fiili değil edim sonucu borçlanmaktadır. Dolayısıyla, bulut bilişim sözleşmeleri altında hizmet seviyesi anlaşması da akdedildiği durumlarda bir edim sonucu borçlanılan bu sözleşmeleri vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek olanaklı gözükmemektedir.

Bulut bilişim sözleşmelerini iş görme sözleşmelerinden eser sözleşmesine kıyasla değerlendirmek için hizmet sağlayıcının TBK m. 470 anlamında bir eser meydana getirmeyi borçlanıp borçlanmadığı belirlenmelidir. Öğretide hizmet sağlayıcı borçları arasında yer alan kullanıcı verilerinin sanallaştırılarak işlenmesi ediminin bir eser meydana getirme niteliği taşıdığı ifade edilmektedir²⁶⁴. Eser sözleşmesinin diğer bir asli yükümünü ise meydana getirilen eserin teslimi borcu oluşturmaktadır²⁶⁵. Ancak eser meydana getirme niteliği taşıdığı ifade edilen kullanıcı verilerinin sanallaştırılarak işlenmesi edimi, bulut bilişim hizmetlerinde yer alan diğer iş görme edimleri gibi sürekli bir nitelik arz etmekte olduğundan söz konusu edimin doğası teslim etme fiiliyle uyuşmamaktadır. Bu anlamda, bulut bilişim sözleşmelerine bir bütün olarak bakıldığında

²⁶¹ Tunç, ss. 56, 57.

²⁶² Eren, Özel Hükümler, ss. 718, 719; Gümüş, Özel Hükümler Cilt II, ss. 130, 131.

²⁶³ Tunç, s. 57.

²⁶⁴ Tunç, s. 58.

²⁶⁵ Gümüş, Özel Hükümler II, s. 1.

hizmet sağlayıcının bir eser meydana getirip o eserin teslimini borçlandığını söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Zira bulut bilişim sözleşmeleri çerçevesinde sunulan hizmet sürekli bir edim olarak meydana çıkmaktadır. Oysa öğretildeki hakim görüş uyarınca eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olup müşteriye iş görme faaliyetine dayalı bir edim sonucu borçlanılmaktadır²⁶⁶. Bu nedenle, her ne kadar bulut bilişim sözleşmelerinde eser meydana getirme niteliği taşıyan iş görme edimleri mevcut olsa da bu sözleşmelerin hukuki niteliğini eser sözleşmesi olarak belirlemek doğru olmayacaktır²⁶⁷.

Bulut bilişim hizmetlerinde uzak konumlarda yerleşik veri merkezlerindeki bilişim kaynaklarının kullandırılması söz konusu olduğundan bu hizmetlere yönelik akdedilen sözleşmeleri kullandırma borcu doğuran sözleşmelerden kira sözleşmesine nispetle değerlendirmek de gereklidir. Kira sözleşmesi TBK'nın 299. maddesinde “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, kira sözleşmesi ile kiralayan, kiralanan şeyin mülkiyetini değil fakat kullanımını kiracıya bırakmaktadır²⁶⁸. Bu anlamda öğretilde, yazılım (SaaS) ve platform (PaaS) hizmetlerinin belirli bir süre için kullanıcıya tedarik edilmesi ile altyapı (IaaS) hizmetlerinde ise belirli bir süre için depolama kapasitesi sağlanmasının kira sözleşmesi niteliğine uygun düştüğü dile getirilmektedir²⁶⁹. Bulut bilişim sözleşmelerinin kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ihtimalini kuvvetlendiren diğer bir unsur Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında²⁷⁰ *application service*

²⁶⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 595; Gümüş, Özel Hükümler II, s. 34.

²⁶⁷ Aynı yönde bkz. Tunç, s. 58; Hayrunnisa Özdemir, **Bulut Bilişim Sözleşmeleri**, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimli Sözleşmeler Sempozyumu (ed. Zeynep İpek Yücer Aktürk) içinde, Ankara: Yetkin Yayınları: 2022, ss. 154, 155.

²⁶⁸ Gümüş, Özel Hükümler I, s. 234.

²⁶⁹ Tunç, s. 60.

²⁷⁰ Bundesgerichtshof, Urt. V. 15.11.2006 – XII ZR 120 / 04. Erişim Adresi: <https://lexetius.com/2006,3202> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

provider (uygulama hizmet sağlayıcısı-ASP)²⁷¹ sözleşmelerini kira sözleşmesi olarak nitelendirmiş olmasıdır²⁷². ASP sözleşmeleri hakkındaki bu karara istinaden ASP sözleşmelerine çeşitli açılardan benzeyen bulut bilişim sözleşmelerinin de kira sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir²⁷³.

Bulut bilişim hizmetlerinin temelinde yatan sanallaştırma teknolojisinin işleyişinde her bir kullanıcı adına bağımsız sanal makineler oluşturulup bunların hizmet süresi boyunca kullanırılıyor oluşu gerçekten de bir kiralama ilişkisini andırmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce bulut bilişim hizmet modellerinin hiçbirinde hizmet sağlayıcı kullanıcılara belirli bir şeyin kullanımını bırakmamakta, bunun yerine, sunduğu hizmet modeline göre farklı iş görme edimlerinden oluşan borcunu bütünsel bir şekilde ifa etmektedir²⁷⁴. Buna ilaveten, bulut bilişim sözleşmeleri ile kıyas edilen ASP sözleşmelerinin kira sözleşmesi niteliği üzerinde de öğretide mutabık kalınmış olmayıp vekalet sözleşmesi sayılması gerektiği ya da isimsiz sözleşmelerden olduğu saptamalarında bulunulmuştur²⁷⁵. Ayrıca, kira bedeli kira sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olup taraflarca sözleşmede belirlenmiş olması veyahut objektif veya subjektif olarak belirlenebilir şekilde sözleşmede zikredilmesi gerekmektedir²⁷⁶. Oysa kullanıcı verilerinin işlenmesine rıza gösterilmesi karşılığında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının kullanıcının ne kadar miktarda verisini işleyebileceği açık veya zımni olarak belirlenmemekte, bilakis veri koruma kurallarına uygun hareket edildiği müddetçe işlenebilecek verilerin miktarı konusunda bir sınırlamaya gidilmemektedir. Dolayısıyla, bulut bilişim hizmetleri adına akdedilen sözleşmeler ilk bakışta kira sözleşmelerini andırsa da her iki sözleşme arasındaki amaçsal ve işlevsel farklar böyle bir nitelendirmeyi olanaksız kılmaktadır.

²⁷¹ Uygulama hizmet sağlayıcıları (ASP) kullanıcılara kendi bilgisayar merkezlerinde özel bir donanım üzerinde çalıştırdıkları bir uygulamayı ücret karşılığında internet bağlantısı yoluyla sunmaktadırlar. ASP'lerin benzerlik gösterdiği en önemli bulut modeli SaaS modelinde sunulan yazılımlar olmakla birlikte bu ikisini birbirinden ayıran husus ASP modelinde her bir kullanıcıya ayrı bir fiziki donanım üzerinden hizmet verilmesi karşısında SaaS modelinde kullanıcılara aynı fiziki donanım üzerinden oluşturulan sanal makineler vasıtasıyla hizmet veriliyor olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tunç, s. 31, 32.

²⁷² Tunç, s. 59.

²⁷³ Tunç, s. 59.

²⁷⁴ Aynı yönde bkz. Özdemir, Bulut Bilişim, ss. 153, 154.

²⁷⁵ Tunç, ss. 43, 44.

²⁷⁶ Gümüş, Özel Hükümler I, s. 234.

Sonuç olarak, bulut bilişim sözleşmelerine genel olarak bakıldığında model fark etmeksizin bütün bulut bilişim hizmetlerinde iş görme edimlerinin yoğunlukta olduğu göze çarpmaktadır. Bu itibarla, TBK’da düzenlenen iş görme sözleşmelerinden vekalet sözleşmesinin tanımı ve unsurları bulut bilişim sözleşmelerine genel olarak uygulanabilecek niteliktedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki bulut bilişim sözleşmelerini doğrudan birer vekalet sözleşmesi olarak nitelemek olanaksızdır. O halde herhangi bir isimli sözleşme altında değerlendirmemize imkân olmayan bulut bilişim sözleşmelerinin isimsiz sözleşmeler arasındaki yerini değerlendirmek ve sonrasında vekalet sözleşmesine ilişkin TBK hükümlerinin bu sözleşmelere ne oranda uygulanabileceğini irdelemek yerinde olacaktır.

(3) Bulut Bilişim Sözleşmelerinin İsimli Sözleşmeler Arasındaki Yeri

Bulut bilişim sözleşmelerinin bütünsel olarak herhangi bir isimli sözleşme başlığı altında değerlendirilememesi bizi söz konusu sözleşmelerin birer isimsiz sözleşme olduğu neticesine ulaştırmaktadır. İsimli sözleşmeler asli edimlerinin kanunlarda ismen düzenlenmiş sözleşmelerden ödünç alınmış olup olmamasına göre karma sözleşmeler ve kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır²⁷⁷. Karma sözleşmelerde kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerine ilişkin unsurlar kanunun öngörmediği bir tarzda akit düzeninde bir araya getirilerek bir isimsiz sözleşme meydana

²⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 950; Tandoğan, s. 12; Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s. 13. Gümüş ise isimsiz sözleşmelere ilişkin yaptığı ayrımın karma sözleşmeler ve kendine özgü sözleşmelere ilaveten bileşik sözleşme ayrımına da yer vererek üçlü bir tasnif yapmaktadır. Bununla birlikte yazar, bileşik sözleşmenin ayrı bir sözleşme türü olmadığını, belirli bir amaca yönelik olarak birbirine bağlanan isimli ya da isimsiz birden fazla sözleşmeden oluştuğunu belirtmektedir, bkz. Gümüş, Özel Hükümler, ss. 5, 6. Aral ve Ayrancı da benzer eleştirileri zikretmekle birlikte bileşik sözleşmelerin de dahil olduğu üçlü ayrımı benimseme yoluna gitmektedir, bkz. Aral / Ayrancı, s. 62.

getirilmektedir²⁷⁸. Örneğin, apartmanlarda kapıcılık yapanlara gördükleri hizmet karşılığında ücretsiz olarak daire tahsis edildiği durumlarda akdedilen kapıcılık sözleşmelerinde, hizmet sözleşmesindeki iş görme edimi ile kira sözleşmesindeki kullandırma edimi kanuna yabancı bir tarzda bir araya getirilerek karma bir sözleşme ortaya çıkarılmaktadır²⁷⁹. Buna karşın, bir isimsiz sözleşme, kanunlarda düzenlenmiş borç sözleşmelerinden herhangi birinin unsurlarını içermeksizin tarafların kendilerinin öngördüğü özgün unsurların birleşiminden oluşuyorsa kendine özgü (*sui generis*) bir isimsiz sözleşmenin mevcudiyeti söz konusu olacaktır²⁸⁰. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan kendine özgü sözleşmelere örnek olarak kredi açma sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri, tek satıcılık sözleşmeleri verilebilecektir²⁸¹.

Bulut bilişim sözleşmelerinin isimsiz sözleşmelerden karma sözleşmeler arasında değerlendirilebilmesi için bu sözleşmelerin asli edimlerinin kanunda düzenlenmiş isimli akit tiplerinden ödünç alınmış olması ve bu edimlerin kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmesi gerekmektedir. Yukarıda bulut bilişim sözleşmelerinin genel olarak iş görme edimlerinden oluştuğu ve özellikle vekalet sözleşmelerinin bulut bilişim sözleşmelerinin niteliğine uygun düşebileceği tespit edilmiştir. Ancak, bulut bilişim hizmetlerinin dinamik yapısı nedeniyle bu hizmetlerin sunumuna ilişkin akdedilen sözleşmeler birbirinden farklı türde edimleri içeriğinde barındırma ihtimaline sahiptir. Bu anlamda öğretilde bulut bilişim altyapısı kullanılarak sunulabilecek hizmetlere bir sınır çizmenin mümkün olmadığı, yukarıda ele alınan üç hizmet modeli dışında çok farklı türde hizmetlerin de bulut bilişim teknolojileri kullanılarak sağlanabileceği dile getirilmektedir²⁸². Ayrıca, taraflar arasında hizmet seviyesi anlaşması akdedildiği

²⁷⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 951; Tandoğan, s. 69; Kuntalp, s. 102; Aral /Ayrancı, s. 63; Gümüş, Özel Hükümler, s. 6. Öğretilde bu tanım karma sözleşmenin dar anlamda tanımı olarak nitelenmekte, geniş anlamda karma sözleşmelerin oluşturulmasında isimli veya isimsiz sözleşmelere ait unsurların bir arada yer alabileceği ileri sürülmektedir. Ancak Türk Hukukunda baskın görüş karma sözleşmelerin dar anlamıyla anlaşılması gerektiği yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral / Ayrancı, ss. 63, 64; Gümüş, Özel Hükümler, ss. 6, 7.

²⁷⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 953; Tandoğan, s. 69; Kuntalp, s. 11; Aral /Ayrancı, s. 64; Gümüş, Özel Hükümler, s. 8.

²⁸⁰ Eren, Özel Hükümler, ss. 961, 962; Tandoğan, s. 13; Kuntalp, ss. 10, 11; Aral /Ayrancı, s. 62; Gümüş, Özel Hükümler, ss. 8, 9.

²⁸¹ Eren, Özel Hükümler, ss. 962, 963; Aral /Ayrancı, s. 63; Gümüş, Özel Hükümler, s. 9.

²⁸² European Commission, Comparative Study, s. 27.

durumlarda edim sonucu da borçlanılmış olacağı için bulut bilişim sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelenemeyeceği açıktır. Buna göre, bulut bilişim sözleşmelerinin yapısını temelde iş görme edimlerinden oluşan ancak bu iş görme edimlerinin yanında, sunulan bulut hizmeti modeline göre, farklı türde asli edimlerin de sözleşmeye dahil edilebildiği bir sistem olarak resmetmek yanlış olmayacaktır. Sonuçta, bulut bilişim sözleşmelerinde yalnızca vekalet sözleşmesinin unsurlarından olan iş görme edimleri mevcut olmayıp isimli sözleşmelerde yer almayan başka türde asli edimlere yer verilebileceğinden bu sözleşmeleri karma sözleşme olarak değil kendine özgü (*sui generis*) sözleşme olarak nitelendirmek gerekmektedir²⁸³.

Öğretide bulut bilişim sözleşmelerini kendine özgü sözleşme olarak kabul eden yazarlar bu sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar çözümlenirken hâkimin TMK m.1/II hükmü çerçevesinde genel ve soyut bir hukuk kuralı yaratıp ihtilafı çözümlemesi gerektiğini savunmaktadırlar²⁸⁴. Biz de nihai aşamada bu görüşe katılmakla birlikte çoğunlukla iş görme edimlerinden oluştuğunu tespit ettiğimiz bulut bilişim sözleşmeleri açısından TBK m. 502/II hükmünün de gündeme geleceğini değerlendirmekteyiz. Söz konusu hükme göre vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK’da düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır. Bu itibarla, kanaatimizce isimsiz bir iş görme sözleşmesi²⁸⁵ olarak nitelendirilebilecek olan bulut bilişim sözleşmelerine öncelikle TBK’nın vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyas yoluyla niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır²⁸⁶. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediği her

²⁸³ Aynı yönde bkz. Dzhutiev, s. 17; European Commission, Comparative Study, s. 29; Tunç, s. 66. Bulut depolama sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Merve Ece Uyanık, **Bulut Depolama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk (ed. Sibel Özel / Hatice Selin Pürselim Arning) içinde, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 506.

²⁸⁴ Tunç, s. 66; Özdemir, Bulut Bilişim, s. 156.

²⁸⁵ Bulut bilişim sözleşmeleri yabancı literatürde de sıklıkla iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir, bkz. Bowen, ss. 601, 602; European Commission, Comparative Study, s. 28; Damon C. Andrews / John M. Newman, “Personal Jurisdiction and Choice of Law in the Cloud,” Maryland Law Review, C. 73, S. 1, 2013, s. 327; John M. Newman, "Chapter 18: Innovation Policy For Cloud-Computing Contracts," **Research Handbook On Digital Transformations** (ed. F. Xavier Olleros / Majlinda Zhegu) içinde, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 382.

²⁸⁶ TBK m. 502/III hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel Hükümler, ss. 722, 723; Gümüş, Özel Hükümler I, ss. 4, 5. Çeşitli yabancı ülke hukuklarında yer alan iş görme sözleşmelerine ait kanuni hükümlerin bulut bilişim sözleşmelerine nasıl uygulanabileceği hakkında bkz. European Commission, Comparative Study, ss. 29, 30.

durumda ise hâkim TMK m.1/II'ye göre kendisini kanun koyucu yerine koyacak, genel ve soyut bir hukuk kuralı yaratarak olaya uygulayacaktır²⁸⁷.

c. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Sürekli Sözleşmelerden Olması

Türk hukuk öğretisinde borç sözleşmelerinde tarafların edimleri ifa edildikleri süre bakımından ani edimler, dönemli edimler ve sürekli edimler olmak üzere üçe ayrılmaktadır²⁸⁸. Ani edimlerde borçlu edimini bir an içinde, sürece yayılmaksızın, ifa ederken dönemli edimlerde düzenli veya düzensiz olarak tekrarlanan belirli edimleri yerine getirmeyi üstlenmektedir. Sürekli edimlerde ise borçlunun edimi bir süreç içerisinde alacaklıya ifa edilmektedir. Katıldığımız görüşe göre edimin süreklilik niteliği tespit edilirken borçlunun faaliyetlerinin değil alacaklının edime olan çıkarının bir anda mı yoksa bir süreç boyunca mı gerçekleştiği göz önünde bulundurulmalıdır²⁸⁹. Zira bazı borç ilişkilerinde borçlunun ediminin ifası, daha doğrusu edimin hazırlanması, bir süreye yayılmasına rağmen alacaklı bakımından ifa ancak bütün işlemler tamamlanıp edim konusu teslim edilince gerçekleşmektedir²⁹⁰. Örneğin, eser sözleşmesinde iş sahibi meydana getirilen eserin teslimi ile ifa menfaatine kavuştuğundan eserin meydana getirilme süreci zamana yayılmış olsa da ani edimli bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkacaktır²⁹¹. Buna karşın, saklama sözleşmesinde borçlunun emanet alınan malı muhafaza etme borcu süreklilik arz eden bir edim teşkil edecektir²⁹².

²⁸⁷ Gümüş, Özel Hükümler I, s. 5. Çeşitli yabancı ülke hukuklarında bulut bilişim sözleşmelerine ikincil derecede uygulanabilecek kanuni hükümler hakkında bkz. European Commission, Comparative Study, ss. 31, 32.

²⁸⁸ Eren, ss. 112, 113; Kocayusufpaşaoğlu, ss. 37, 38; Oğuzman / Öz, s. 12; Kılıçoğlu, ss. 6, 7. Gümüş ise edimleri süre yönünden ani edimler ve sürekli edimler olmak üzere ikiye ayırmakta, dönemli edimlerde ise borçlunun alacaklıya karşı dönemli olarak doğan yeni edimlerle yükümünü yerine getirdiğini ifade etmektedir, bkz. Gümüş, Genel Hükümler, ss. 68, 69. Kanaatimizce de edimlerin temelde ani ve sürekli edimler olarak ikiye ayrılması daha makuldür. Zira dönemli edimlerde, örneğin art arda teslim sözleşmesinde, borçlu edimini her dönem yerine getirdiği ani edimlerle ifa etmektedir. Nitekim Kocayusufpaşaoğlu da edimleri ani, sürekli ve dönemli edimler olarak üçe ayırmış olmasına rağmen dönemli edimleri borçlunun belirli zamanlarda tekrarlanan “ani” edimleri yerine getirmeyi üstlenmesi olarak açıklamaktadır, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 38.

²⁸⁹ Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 8.

²⁹⁰ Oğuzman / Öz, s. 11; Gümüş, s. 68.

²⁹¹ Gümüş, s. 68.

²⁹² Oğuzman / Öz, s. 12.

Edimlerin ifa süreci bakımından yapılan bu ayırmadan hareketle borç sözleşmeleri de süre yönünden ani sözleşmeler, dönemli sözleşmeler ve sürekli sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır²⁹³. Borç sözleşmeleri arasında yapılan bu üçlü ayırımın esasını borçlunun yükümlü olduğu edimin ifasının sürece yayılıp yayılmaması oluşturmaktadır. Ani sözleşmelerde, örneğin peşin satış sözleşmesinde, taraflar borçlarını bir anda ifa ederek aralarındaki borç ilişkisini sona erdirmektedirler²⁹⁴. Sürekli sözleşmelerde ise edim yükümlülüğünün ifası zamansal olarak bir sürece yayılmakta, asli edim sözleşme sona erinceye kadar devamlı olarak ifa edilmektedir²⁹⁵. Bir borç sözleşmesinde asli borçlardan en az birisi sürekli edimi gerektiriyorsa bir sürekli borç sözleşmesi meydana gelecektir²⁹⁶. Bu anlamda, hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme edimi ile kira sözleşmesinde kiralayanın kiraladığı şeyin kiracı tarafından kullanılmasına katlanma ediminin her ikisi de birer asli borç olup sürekli edim teşkil ettiklerinden söz konusu sözleşmeler sürekli sözleşmeler grubuna girecektir²⁹⁷. Nihayet dönemli sözleşmelerde borçlanılan edim düzenli veya düzensiz aralıklarla ifa edilmektedir²⁹⁸. Örneğin, taksitle satış sözleşmesinde alıcının borcunun konusunu dönemli bir edim oluşturacağından taksitle satış sözleşmeleri ifa süresi bakımından dönemli sözleşme olarak kabul edilecektir.

Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcıların asli edim yükümlülükleri kullanıcı verilerinin işlenmesi ve bulut hizmeti verilmesine imkan tanıyan donanım, yazılım ve sanallaştırma hizmetlerinin sağlanması olarak yukarıda tespit edilmiştir. Hizmet sağlayıcının her biri birer iş görme edimi teşkil eden sayılan borçları aynı zamanda sürekli edim niteliği arz etmektedir. Zira hizmet sağlayıcı söz konusu borçları bulut bilişim hizmeti sunumu boyunca sürekli olarak ifa etmek durumundadır.

²⁹³ Eren, s. 226. Oğuzman ve Öz ise taraf edimlerini süre bakımından ani, dönemli ve sürekli edimler olarak üçe ayırırken borç sözleşmelerini süre yönünden ani ifalı sözleşmeler ve sürekli sözleşmeler olarak tasnif etmekte, dönemli edimli sözleşmeleri de sürekli sözleşmeler arasında kabul etmektedir, bkz. Oğuzman / Öz, s. 48.

²⁹⁴ Eren, s. 226; Kocayusufpaşaoğlu, s. 37.

²⁹⁵ Eren, s. 226; Kocayusufpaşaoğlu, s. 37.

²⁹⁶ Oğuzman / Öz, s. 48.

²⁹⁷ Eren, s. 226; Kocayusufpaşaoğlu, s. 38.

²⁹⁸ Eren, s. 226; Kocayusufpaşaoğlu, s. 38.

Kullanıcıların asli edim yükümlülüğü sunulan bulut bilişim hizmetinin türüne göre parasal olarak ücret ödenmesi ya da verilerin ticari amaçlarla kullanılmasına rıza gösterilmesi olarak saptanmıştır. Ücret karşılığında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde kullanıcıların ücret ödeme borcu sabit bir ücret olarak veya bulut bilişim hizmetinin kullanıldığı süre ya da kullanılan bulut bilişim kapasitesi kadar faturalandırılan ücret tutarınca aylık veya yıllık dönemsel aralıklarla ifa edilmektedir. Kullanıcı verilerinin ticari amaçlarla kullanımına rıza gösterilmesi şartıyla akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde ise verilerin hizmet sağlayıcının tasarrufuna bırakılması şeklinde gerçekleşen kullanıcı edimi esasında süreklilik arz eden bir borçtur. Çünkü kullanıcılar genellikle hizmet başlangıcında kimlik ve adres bilgilerini vererek bulut bilişim hizmeti almaya başlamakla birlikte, bu hizmetleri kullandıkları süre boyunca ürettikleri her türlü veriyi de hizmet sağlayıcının ticari kullanımına sunmuş olmaktadır. Sonuçta, kullanıcıların asli edim yükümlülüğünün sürekli veya dönemli nitelik taşıması fark etmeksizin hizmet sağlayıcının iş görme edimi niteliğindeki asli borçlarının her biri sürekli edim niteliği taşıdığından bulut bilişim sözleşmeleri süre bakımından sürekli sözleşmeler arasında kabul edilecektir²⁹⁹.

III. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI

A. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde İcap ve Kabul

Bulut bilişim sözleşmeleri, hizmet sağlayıcının icapta bulunması ve kullanıcının bu icabı kabul etmesi ile kurulmaktadır³⁰⁰. Bulut hizmetinin internet ortamında sunulan bir hizmet olması dolayısıyla bu hizmete ilişkin sözleşmeler de çoğunlukla internet ortamında elektronik olarak akdedilmektedir. Elektronik olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri

²⁹⁹ Bulut depolama sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Uyanık, s. 507.

³⁰⁰ Martić, s. 68.

clickwrap yani tıklama yoluyla ya da sözleşmeye göz atma imkânı veren *browsewrap* mekanizması yoluyla akdedilebilmektedir³⁰¹.

Bulut bilişim sözleşmeleri uygulamada tipik olarak *clickwrap* tarzında tıklama yolu ile akdedilmektedir³⁰². Bulut bilişim hizmetlerinde hizmet sağlayıcılar kullanıcıların hizmetten yararlanması için genellikle sisteme üyelik yoluyla katılmalarını şart koşturmaktadırlar. Hizmetin üyelik yoluyla sunulması uygulamada Hüküm ve Koşullar (*Terms and Conditions*, ToS) olarak adlandırılan sözleşme şartlarının kullanıcıların dikkatine sunulmasına olanak sağlamaktadır. Üyelik yoluyla sözleşme yapılırken hüküm ve koşullar kullanıcılara iki farklı şekilde sunulmaktadır: Sözleşmenin hizmet sunumundan önce kaydırılabilir bir web sayfası aracılığı ile (*scrollable agreement*) kullanıcıya sunulması veya ilgili sözleşmeye erişim sağlayan bir bağlantı veya indirme linkinin (*hyperlink*) kullanıcıya sunulması³⁰³. Her iki durumda da kullanıcılara hizmet sağlamaya başlamadan önce sözleşme metni sunulmuş olmaktadır. Kullanıcı bulut hizmetinden faydalanmaya başlamak için sözleşmeyi kabul ettiğini gösteren kutucuğa tıklayarak kabul iradesini ortaya koymaktadır³⁰⁴.

Browsewrap tarzında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde, *clickwrap* sözleşmelerden farklı olarak, kullanıcı bulut hizmetini kullanmaya başlamasıyla hizmet

³⁰¹ Dzhutnev, s. 15; Zimmeck, s. 454. *Clickwrap* tarzı sözleşmeler, *shrinkwrap* ve *browsewrap* tarzı sözleşmelerle birlikte, elektronik ortamda gerçekleşen sözleşme yapma pratiklerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. *Clickwrap*'te sözleşme internet ortamında tıklama yoluyla kurulmaktayken, *browsewrap* tarzında sözleşme salt internet sayfasını ziyaret etmekle kurulmuş sayılmaktadır. *Shrinkwrap* tarzı sözleşmeler ise bilgisayar programlarının kaset, CD gibi bir taşıyıcı bellekle satıldığı dönemlerden kalma bir sözleşme yapma pratiği olup kaset veya CD paketinin açılmasıyla müşteri, paketin içeriğindeki sözleşme ile bağlanmış sayılmaktadır. Genel olarak *wrap* tarzında akdedilen sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nancy Kim, **Wrap Contracts: Foundations and Ramifications**, Oxford: Oxford University Press, 2013, Oxford Scholarship Online, 2014. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199336975.001.0001. Ayrıca, dokunmatik mobil cihazların kullanımının artmasıyla beraber dokunmatik akıllı cihazlar vasıtasıyla dijital ortamda ekrana dokunarak kurulan sözleşmeler de *tapwrap* olarak isimlendirilmektedir (bkz. Kim, ss. 3, 59). Bulut bilişim sözleşmelerinin önemli bir kısmı da akıllı cihazlar vasıtasıyla kurulduğundan *tapwrap*, *clickwrap*'le birlikte, bulut bilişim hizmetlerinde karşılaşılan en yaygın sözleşme yapma biçimlerinden biridir. Ancak, tıklama işlemi ile dokunma işlemi şeklen önemli bir farklılık ortaya çıkarmadığından çalışmada *tapwrap* tarzı sözleşmeler için ayrıca inceleme yapılmayacaktır. *Clickwrap* hakkında yapılan açıklamalar *tapwrap* için de geçerli olacaktır.

³⁰² Michels / Millard / Turton, s. 15.

³⁰³ Lynn, s. 25.

³⁰⁴ Lynn, s. 25; Michels / Millard / Turton, s. 15; UNCITRAL, s. 2.

sağlayıcının sözleşme şartları ile bağlanmış sayılmaktadır³⁰⁵. *Browsewrap* mekanizmasında hizmet sağlayıcı kendi standart sözleşme şartlarını hizmet sunduğu web sitesinin bir köşesine erişim linki koyarak sergilemekte, kullanıcıların bu şartlarla bağlı olduğunu tek taraflı olarak ilan etmektedir³⁰⁶. Dolayısıyla, kullanıcılar bulut hizmetinden faydalanmak için o web sitesine girdiklerinde varlığından çoğu kez haberlerinin dahi olmadığı bir sözleşme ile bağlanmış kabul edilmektedirler.

Bulut bilişim sözleşmelerinin olağan kuruluş şeklinde sözleşme internet üzerinden tıklama yoluyla (*clickwrapping*) akdedilmektedir. Elektronik ortamda kurulan bütün hukuki ilişkiler açısından temel sözleşme yapma şekli olan *clickwrap* tarzı sözleşmeler bulut hizmeti sağlayıcısı ile kullanıcılar arasındaki sözleşmesel ilişkinin kapsamını çizmektedir. Bununla birlikte, kullanıcıların çoğu, özellikle bireysel kullanıcılar, bu sözleşmeleri okumak yerine doğrudan kabul kutucuğuna tıklayarak sözleşmeyi akdetmektedirler³⁰⁷. Öte yandan, kullanıcılar sözleşmeleri okumaya kalkışacak olsa bile hukuki ve teknik terimlerle bezenmiş bu standart sözleşmeleri anlama ihtimalleri oldukça düşüktür³⁰⁸. *Browsewrap* tarzında akdedilen bulut sözleşmelerinde ise kullanıcının salt hizmeti kullanmaya başlaması ile kabul iradesinin oluştuğu varsayıldığından akdin geçerli olarak kurulmuş olup olmadığı şüphelidir. Bu iki durumda kullanıcıların sözleşmeyi kabul iradesinin gerçekten var olup olmadığı bilinemeyeceğinden böyle bir sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığını tartışmak gerekmektedir.

Öneri ve kabul prosedürleri açısından *clickwrap* tarzı akdedilen sözleşmelerle *browsewrap* tarzı akdedilen sözleşmeler arasında bir ayrım yapılabilir³⁰⁹. Yukarıda açıklandığı üzere *clickwrap* tarzında akdedilen sözleşmelerde icap ve kabul prosedürü hizmet sunumunun başlamasından önce tamamlanmaktadır. Kullanıcılar, bulut hizmetine

³⁰⁵ Zimmeck, s. 454.

³⁰⁶ Hillman / Rachlinski, s. 464.

³⁰⁷ Lynn, s. 26.

³⁰⁸ Silalahi, s.10.

³⁰⁹ *Clickwrap* ve *browsewrap* tarzı sözleşmelerin geçerliliği hususunda yapılan ayrım esasında ABD mahkemelerince verilen mahkeme kararları ile oluşan içtihat hukuku neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu ayrıma yol açan mahkeme kararlarının bir incelemesi için bkz. Casamiquel, Ryan J. “Contractual Assent and Enforceability in Cyberspace.” **Berkeley Technology Law Journal**, C. 17, 2002, ss. 475-495.

erişebilmek için kendilerine sunulan şartları kabul kutucuğunu işaretleyerek kabul ettiğinde bulut bilişim sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olacaktır³¹⁰. Bu noktada, kullanıcıların kendilerine sunulan hizmet şartlarını okumadan kabul ettiği gerekçesiyle gerçek bir kabul iradesinin varlığı sorgulanabilecektir. Aynı sorgulama *browsewrap* tarzında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde evleviyetle gündeme gelecektir. Zira *browsewrap* tarzında kullanıcının aktif bir kabul fiili bulunmamakta, kullanıcının hizmeti kullanmaya başlaması şeklinde gerçekleşen pasif fiili örtülü olarak sözleşmeyi kabul ettiği yönünde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, *browsewrap* tarzı sözleşmelerde sözleşmenin kuruluşu ile ifasının aynı anda gerçekleştiği söylenebilecektir.

Clickwrap ve *browsewrap* tarzı sözleşmelerde kullanıcıların kabul iradesini incelemek açısından Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesince verilmiş önemli bir karar olan “*Specht v. Netscape Communications Corporation*”³¹¹ (*Specht*) davasını ele almakta yarar bulunmaktadır. *Specht* davasında davalı konumda olan *Netscape* firması, internet sitesinde aralarında “Communicator” ve “SmartDownload” isimli yazılımların da olduğu çeşitli ücretsiz yazılımları indirme olanağı veren bir şirkettir³¹². Bu iki yazılımdan *Communicator* yazılımı indirildikten sonra bilgisayara yüklenmek istendiğinde kullanıcının karşısına kaydırılabilir bir ekranda yazılım sağlayıcının sözleşme şartları sunulmakta, kullanıcılar sözleşme şartlarını kabul etmeden yazılımın kurulumuna devam edilememektedir³¹³. Oysa *SmartDownload* yazılımı indirilip bilgisayara yüklenmek istendiğinde kullanıcılara sözleşme şartları sunulmamakta, yazılım bilgisayara doğrudan yüklenmektedir³¹⁴. *SmartDownload* yazılımının sözleşme şartlarına ilişkin tek bilgi ve uyarı yazılımın indirildiği internet sitesinin alt kısmında yer almaktadır³¹⁵. Dava, kullanıcıların bu yazılımları kullanmak karşılığında *Netscape*’in hizmet şartlarını kabul edip etmediğine ilişkindir. *Communicator* yazılımının yüklenme prosedüründe yer alan sözleşme yapma şekli *clickwrap* tarzına,

³¹⁰ McGillivray, *Conflicts in the Cloud*, s. 227.

³¹¹ **Specht v. Netscape Communications Corp.**, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002), Erişim Adresi: https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

³¹² *Specht v. Netscape Communications Corp.*, s. 5.

³¹³ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, s. 5.

³¹⁴ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, s. 7.

³¹⁵ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, ss. 7, 8.

SmartDownload yazılımının yüklenme prosedüründe yer alan sözleşme yapma şekli ise *browsewrap* tarzına örnek oluşturmaktadır.

Mahkemeye göre, *Communicator* yazılımı ile *SmartDownload* yazılımının sözleşme pratiği arasındaki temel fark *Communicator* yazılımı yüklenirken kullanıcının sözleşme şartlarını kabul etmesi için *clickwrap* mekanizması kullanılması karşısında diğerinde bu mekanizmanın kullanılmamış olmasıdır³¹⁶. Davacılar da mahkemedeki beyanlarında *Communicator* yazılımının sözleşme şartlarını kabul etmiş olduklarını açıkça beyan ettiklerinden³¹⁷ Mahkeme'nin incelemesi *SmartDownload*'ın sözleşme şartlarının geçerliliğine odaklanmıştır. Mahkeme kararında, *SmartDownload* yazılımının sözleşme şartlarının makul ve ortalama zekâyâ sahip bir kişi tarafından görülebilecek şekilde kullanıcılara sunulmadığı ve bu nedenle yazılımı yükleyen kullanıcıların sözleşme şartlarından haberdar olduğunun farazi olarak varsayılamayacağı sonucuna ulaşmıştır³¹⁸. Bu nedenle mahkeme, davacıların *SmartDownload*'ın sözleşme şartlarını kabul iradesinin bulunmadığına karar vermiştir³¹⁹. Mahkeme'nin bu sonuca ulaşırken *Communicator* yazılımının sözleşme pratiğinde kullanıcıların aktif bir şekilde kabul iradelerini gösterdiğini, *SmartDownload*'ın sözleşme pratiğinde ise bunun eksik olduğunu vurguladığı görülmektedir³²⁰.

Mahkemenin *clickwrap* ve *browsewrap* mekanizmaları hakkındaki bu belirlemeleri öğretide de geniş kabul görmüştür. Buna göre, *browsewrap* tarzı sözleşmeler ayrıca bir sözleşme kabul prosedürü içermediğinden genel olarak geçersiz kabul edilmektedir³²¹. *Clickwrap* tarzında akdedilen sözleşmelerde ise kullanıcıların aktif bir hareketle - tıklarak- sözleşme şartlarını kabul ediyor oluşu sözleşmenin geçerli olarak kurulması

³¹⁶ Specht v. Netscape Communications Corp., s. 7.

³¹⁷ Specht v. Netscape Communications Corp., s. 29.

³¹⁸ Specht v. Netscape Communications Corp., s. 20.

³¹⁹ Specht v. Netscape Communications Corp., s. 28.

³²⁰ Specht v. Netscape Communications Corp., s. 6.

³²¹ Casamiquel, s. 486; Mark Allen Chen, "Interactive Contracting in Social Networks," **Cornell Law Review**, C. 97, S. 6, 2012, ss. 1538, 1539; Eliza Mik, "The Unimportance of Being 'Electronic' or – Popular Misconceptions About 'Internet Contracting'," **International Journal of Law and Information Technology**, C. 19, S. 4, 2011, s. 342.

için yeterli görülmüştür³²². Eğer *clickwrap* mekanizması kullanıcıya sözleşme şartlarını okumasına olanak verecek³²³ ve dikkatini çekecek³²⁴ şekilde tasarlanmışsa kullanıcıların gerçekten sözleşmeyi okuyup okumadığı geçerlilik açısından sorun doğurmayacaktır. Örneğin, hizmet sağlayıcı, kabul kutucuğunun hemen yanına hizmet şartlarını içeren bir bağlantı linki koymuşsa kullanıcıya şartları okuması için yeterli imkânı vermiş sayılacaktır³²⁵. Kullanıcıların hizmet şartlarını okumamaları sebebiyle maruz kalabilecekleri olumsuz durumlar karşısında nasıl korunabilecekleri meselesi ise aşağıda standart sözleşmelerin geçerliliği başlığı altında incelenecektir.

B. Türk Hukuku Açısından Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Kurulması

Türk hukukunda elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde icap ve kabulün ne şekilde gerçekleştirileceği genellikle elektronik ticaretin hukuki boyutu ile birlikte tartışma konusu yapılmıştır³²⁶. Elektronik ticaret öğretide kısaca “*yazı, ses ve/veya görüntü şeklindeki verilerin elektronik ortamda işlenmesi ve iletilmesi suretiyle gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünü*” olarak tanımlanmaktadır³²⁷. Daha kısa bir

³²² Casamiquel, s. 486; Chen, Interactive Contracting, ss. 1538, 1539; Hillman / Rachlinski, s. 464. *Clickwrap* tarzı sözleşmelerin geçerliliğinin ABD mahkeme kararlarında nasıl tartışıldığı hakkında bilgi sahibi olmak için bkz. Nathan J. Davis, “Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap,” **Berkeley Technology Law Journal**, C. 22, S. 1, 2007, ss. 580-589. Buna göre, ABD mahkemeleri *clickwrap* tarzı sözleşmeleri mekanik bir analize konu etmekte, kullanıcılar kabul seçeneğine tıklamış olduğu takdirde bu sözleşmeleri geçerli kabul etmektedir.

³²³ Mik, s. 343.

³²⁴ Zimmeck, s. 456.

³²⁵ Casamiquel, s. 486.

³²⁶ Türk hukuk literatüründe konu hakkında yapılan monografi türü çalışmalara örnek olarak bkz. Abdurrahman Savaş, **İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler**, Konya: Adal Ofset, 2005; Bülent Sözer, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2002; Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003; İpek Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007; Ulvi Altınışık, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2003; Ümit Gezder, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.

³²⁷ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 5. Diğer tanımlar için bkz. Gezder, ss. 8-9; Sağlam, ss. 61-62; Sözer, s. 21. Savaş, elektronik ticareti tanımlarken “geniş anlamda elektronik ticaret” ve “dar anlamda elektronik ticaret” şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, geniş anlamıyla elektronik ticaret elektronik ortamda çalışan herhangi bir telekomünikasyon aracıyla gerçekleştirilebilirken dar anlamda elektronik ticaret yalnızca bilgisayar ve bilgisayar tabanlı cihazlar üzerinden gerçekleştirilen ticareti ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş, ss. 66-69.

tanımla elektronik ticaret, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un³²⁸ (ETDHK) 2. maddesi a bendinde “*Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet*” olarak ifade edilmiştir. Elektronik sözleşmeler elektronik ticaretin hukuki araçları olarak işlev görürken maddî ürünler, dijital ürünler ve hizmetler de elektronik ticaretin konusunu oluşturmaktadır³²⁹.

Elektronik ticaret, ticarete konu olan ürün ve hizmetlerin niteliği ve ifalarının internet ortamında yapıyor olup olmamasına göre dolaylı ve doğrudan elektronik ticaret şeklinde ikiye ayrılmaktadır³³⁰. Elektronik ticaretin konusunun maddi bir ürün satışı veya fiziksel manada hizmet temini olduğu, sözleşmenin kuruluşunun internet ortamında gerçekleştiği ancak mal veya hizmet teminine ilişkin edimin fiziksel ortamda gerçekleştiği ticari işlemler dolaylı elektronik ticaret olarak ifade edilmektedir³³¹. Doğrudan elektronik ticaret ise mal veya hizmete ilişkin borçlandırıci sözleşmenin internet üzerinden yapılmasına ilaveten sözleşmenin ifasının da internet ortamında gerçekleştirildiği, sözleşme konusunun dijital ürün ya da hizmetler olduğu ticari işlemlere işaret etmektedir³³². Elektronik ortamda kurulan bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sunumu da internet vasıtasıyla gerçekleştirildiğinden bulut bilişim hizmetlerinin doğrudan elektronik ticaretin konusu olduğu söylenebilecektir.

Elektronik ticaret tarafları bakımından ise dörtlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Elektronik ortamda ticaret yapan tarafların her ikisinin de tacir olduğu durumlarda *business to business* (B2B) yani tacirler arası elektronik ticaret söz konusu olacaktır. Taraflardan birinin tacir diğer tarafın tüketici olduğu elektronik ticaret *business to*

³²⁸ R.G. 05.11.2014 – 29166.

³²⁹ Gülin Güngör, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Clickwrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2002, s. 21.

³³⁰ Altınışık, s. 26; Gezder, s. 106; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 25; Sağlam, s. 62; Savaş, ss. 94, 95; Sözer, s. 21.

³³¹ Altınışık, s. 26; Gezder, s. 107; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 26; Sağlam, s. 63; Savaş, ss. 95, 96; Sözer, s. 21.

³³² Altınışık, s. 26; Gezder, s. 106; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, ss. 26, 27; Sağlam, s. 62; Savaş, ss. 96, 97; Sözer, s. 21.

consumer (B2C) ismiyle kategorize edilecektir. Bunların dışında elektronik ticaret, tüketiciden tüketiciye –*consumer to consumer* (C2C)- şeklinde olabileceği gibi tacirlerle idare yani devlet arasında da –*business to administration* (B2A)- gerçekleştirilebilecektir³³³. Bulut bilişim hizmetleri bu dörtlü gruplandırma açısından değerlendirildiğinde C2C dışındaki her kategoriye uygun bir bulut bilişim hizmetine rastlanılabileceği tespit edilmelidir. Bulut bilişim hizmet modellerinin katmanlı yapısında farklı katmanlardaki hizmet sağlayıcılar arasında imzalanan bulut bilişim sözleşmeleri B2B elektronik ticarete örnek oluşturmaktadır. Ayrıca bulut bilişim hizmet sağlayıcılarıyla son kullanıcı niteliğindeki işletmeler arasında imzalanan bulut bilişim sözleşmeleri de birer B2B elektronik ticaret işlemidir. Diğer yandan, hizmet sağlayıcının karşı tarafında son kullanıcı durumunda bireysel kullanıcılar bulunmaktaysa B2C elektronik ticaret söz konusu olacaktır. Eğer hizmet sağlayıcının sözleşme yaptığı müşteri devlet kurumu ise B2A türünde elektronik ticaret yapılmış olacaktır.

Sözleşmelerin elektronik ortamda kurulması meselesinde konu Türk hukukunda genel hükümler çerçevesinde yorumlanmaktadır. Buna göre, Türk hukukunda elektronik ortamda kurulan sözleşmeler hakkında halihazırda yürürlükte olan TBK hükümleri ve ilgili mevzuat tatbik edilecektir. Bu anlamda, bir hukuki işlemin internet ortamında gerçekleştirilmesi sözleşmeler hukukunun o işleme farklı bir şekilde uygulanacağı anlamına gelmeyecektir. Sözleşmelerin farklı iletişim araçlarıyla kurulabilmesi sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin temel gereklilikleri değiştirmeyeceğinden elektronik ortamda kurulan sözleşmeler hakkında yeni kurallar oluşturulması söz konusu olmayacaktır³³⁴. O halde, sözleşmenin kurulabilmesi için TBK'nın aradığı şartları sağlayan tarafların artık teknolojik gelişmeler çerçevesinde hangi iletişim vasıtasını kullandıklarının önemi yoktur³³⁵. Öğretide bu konu hakkında yapılan tartışmalar temel

³³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altınışık, ss. 30-32; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, ss. 27-34; Savaş, ss. 97-104.

³³⁴ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 39.

³³⁵ Alper Uyumaz, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 913.

olarak elektronik ortamda yapılan icap ve kabul beyanlarının nasıl değerlendirileceği konusu etrafında toplanmaktadır³³⁶.

Bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşu hizmet sağlayıcının icapta bulunması ve kullanıcıların bu icabı kabul etmesi ile gerçekleşmektedir. Elektronik ortamda gerçekleştirilen bu icap ve kabul prosedürünün Türk hukukunda geçerli kabul edilebilmesi için TBK'daki gereklilikleri karşılaması gerekmektedir. TBK'nın ilk maddesine göre sözleşmeler tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulmaktadır. Buna göre, sözleşmenin kurulmuş olması için birbirine uygun irade beyanlarının değiş tokuş edilmesi gerekmektedir³³⁷. Birbirine uygun irade beyanlarının değiş tokuş edilmesi, bir tarafın teklifini diğer tarafın kabul etmesi ile gerçekleşir³³⁸. Birbiriyle değiştirilen bu irade açıklamalarından zaman yönünden ilk yapılanına öneri (icap), öneriye uygun olarak yapılan ikinci irade açıklamasına ise kabul denir³³⁹. Neticede sözleşme, bir tarafça yapılan önerinin diğer tarafça kabul edilmesi ile kurulur.

İcap, karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasının arzu edildiğini açıklayan bir irade beyanıdır³⁴⁰. İrade beyanı sözleşmeyi kurma amacına matuf değil de yalnızca sözleşme müzakerelerini başlatma amacını ortaya koyuyorsa bu irade beyanı icaba davet olarak nitelendirilecektir³⁴¹. Bu anlamda, icap beyanının özelliği muhatabın kabulü ile

³³⁶ Altınışık, s. 37 vd.; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 53 vd.; Sağlam, s. 111 vd.; Savaş, s. 164 vd.; Sözer, s. 93. vd.; Çiğdem Kırca, "İnternette Sözleşme Kurulması," **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 20, S. 4, 2000, s. 101 vd.. Türk hukukunda elektronik ortamda yapılan icap ve kabuller neredeyse tamamıyla elektronik ticarete ürün (mal) satışı yönüyle tartışılmış, elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin icap ve kabullerin durumu ise nadiren inceleme konusu yapılmıştır. Elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin sözleşmeleri inceleyen bir çalışma için bkz. Sinan Sami Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 1, 2011, ss. 19-46. Bulut bilişim hizmetlerine ilişkin sözleşmeler elektronik ortamda ürün satışına ilişkin sözleşmelerden olmayıp hizmet sunumuna ilişkin akitlerdendir. Bu nedenle, Türk hukuk öğretisinde elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde icap ve kabulle ilgili yapılan tartışmalara bu başlık altında ancak alakalı oldukları yerlerde değinilecektir.

³³⁷ Eren, s. 276.

³³⁸ Oğuzman / Öz, s. 49.

³³⁹ Eren, s. 276; Kılıçoğlu, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, s. 95; Oğuzman / Öz, ss. 50, 64; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 70.

³⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 179; Oğuzman / Öz, s. 51; Eren, s. 279; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 82.

³⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 182; Oğuzman / Öz, s. 51; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 84.

sözleşmenin kurulmasıyken; icaba davetin işlevi karşı tarafın icapta bulunmasını sağlamaktır. İcap beyanı ile icaba davetin ayrılmasında diğer bir önemli husus ilgili irade beyanının yapılacak sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içerip içermiyor oluşudur. Yapılan icabın bağlayıcı olması için müstakbel sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı bütün unsurlarını kapsaması gereklidir³⁴². Yapılan beyan sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermiyorsa bir icap beyanından değil icaba davet yönünde bir irade açıklamasından söz edilebilecektir³⁴³. İcap ve icaba davetin birbirinden ayrılması bazı durumlarda zorluk arz edebilir. Böyle bir durumda hâkim somut olayın şartlarına ve beyanın içeriğine bakarak güven teorisi³⁴⁴ uyarınca bir karara varmalıdır³⁴⁵.

Elektronik ortamda kurulan bulut bilişim sözleşmelerinde icap beyanı hizmet sağlayıcı tarafından internet ortamında *clickwrap* veya *browsewrap* tarzında karşı tarafa yöneltilmektedir. Burada genele yönelik yapılan bir teklif söz konusu olduğundan sözleşmenin karşı tarafı belirli değildir. Hizmet sağlayıcı sözleşme şartlarını potansiyel müşterilerine tek taraflı olarak standart sözleşme niteliğinde sunmakta, şartları kabul eden kullanıcılar hizmetten yararlanma hakkını elde etmektedir. Bu anlamda, hizmet sağlayıcının icap beyanı ile bağlı olmayı kabul ettiği ve şartlarını kabul eden müşterilerle sözleşme kurmayı amaçladığı söylenebilecektir. Dolayısıyla, hizmet sağlayıcı şartlarını tek taraflı olarak sunduğundan, müzakere etmeyi amaçlamadığından, elektronik ortamda

³⁴² Eren, s. 278; Kocayusufpaşaoğlu, s. 180.

³⁴³ Oğuzman / Öz, s. 56.

³⁴⁴ Tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğunun tespit edilmesinde kullanılan yorum teorileri doktrinde esas olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlardan ilki olan *irade teorisine* göre irade beyanının anlamı beyan sahibinin bu beyana verdiği anlam göz önüne alınarak tespit edilecektir. İkinci yaklaşım olan *beyan teorisi* ise irade beyanının anlamlandırılmasında objektif üçüncü bir kişinin söz konusu beyana vereceği manayı esas kabul etmektedir. Üçüncü yaklaşım olan *güven teorisi* ise kendi içinde *klasik güven teorisi* ve *yeni güven teorisi* şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Klasik güven teorisinde irade beyanı yorumlanırken muhatap o beyanı şahsen nasıl anladıysa o anlam geçerli kabul edilmektedir. Yeni güven teorisine göre ise irade beyanının yorumlanmasında asıl araştırılması gereken muhatapın kendi hal ve şartlarına göre ve dürüstlük kuralı uyarınca o beyana vermesi gereken anlamdır. Bugün için Türk Hukukunda hâkim görüş irade beyanlarının yorumlanmasında güven teorisi ve güven teorisi özelinde de yeni güven teorisine üstünlük tanımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968, ss. 5-30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, ss. 70 - 74; Eren, ss. 154-164; Oğuzman / Öz, ss. 69-77. Buna göre, irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu tespit edilirken yapılması gereken muhatapın dürüstlük kuralı uyarınca kendi hal ve şartlarına göre söz konusu beyana verdiği anlamın araştırılmasıdır.

³⁴⁵ Oğuzman / Öz, s. 52; Eren, s. 280.

kurulan bulut bilişim sözleşmelerine ilişkin tekliflerin icaba davet niteliğinde olmadığı açıktır³⁴⁶.

Hizmet sağlayıcının teklifinin ilgili sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içerip içermediği hususu ise bulut bilişim sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesini gerektirmektedir. Ancak, bulut bilişim sözleşmelerinin esaslı unsurları verilen bulut hizmetinin türüne göre değişiklik gösterecektir. Ayrıca, bulut bilişim sözleşmelerinin geneline bakıldığında yeknesak bir asli edim yükümlülüğünden söz edilememektedir³⁴⁷. Dolayısıyla, eğer bulut bilişim sözleşmesi niteliğinde olan hizmet şartları, verilen hizmetin türüne göre, sözleşmenin içermesi gereken bütün esaslı unsurları taşıyorsa muhataba yöneltilmiş geçerli bir icabın varlığı tespit edilecektir.

Bulut bilişim sözleşmelerinin kurulmasında genel olarak kullanılan yöntem olan *clickwrap* ve *browsewrap* tarzı sözleşmelerin geçerliliği konusunda Türk hukuk öğretisinde yapılan tartışmalarda yukarıda yer verilen yabancı öğreti ve mahkeme kararlarındaki ayrımın devam ettirildiğini söylemek mümkün değildir. Öğretide bu konu elektronik ticarette müşterilerin kabul beyanının hangi durumlarda geçerli olarak ortaya çıkacağı üzerinden tartışılmaktadır. Buna göre, kullanıcılara sözleşme şartlarını öğrenme imkânının yeterince tanınmadığı ve salt hizmeti kullanmaya başlamanın sözleşme şartlarını kabul anlamına geldiğinin varsayıldığı sözleşmelerde muhatabın kabul beyanının geçerli olarak meydana çıktığını söylemek mümkün olmayacaktır³⁴⁸. Buna mukabil, hizmet şartlarının kullanıcının karşısına bütünüyle sunulduğu ve hizmetin sunulabilmesi için kullanıcının bu şartları kabul etmesinin beklendiği sözleşmelerde tarafların icap ve kabul beyanlarının birbiriyle uyduğu söylenebilecektir³⁴⁹.

³⁴⁶ İltihaki sözleşmelerde icaba davetin söz konusu olamayacağı yönünde bkz. Sözer, s. 98; Savaş, s. 192; Sağlam, ss. 119-120.

³⁴⁷ Tunç, s. 36.

³⁴⁸ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 76; Mete Özgür Falcıoğlu, **Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 216.

³⁴⁹ Falcıoğlu, ss. 216, 217; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 76; Savaş, s. 235.

Kanaatimizce, bulut bilişim hizmetleri sunulurken yapılan icap ve kabul beyanlarının geçerli olarak ortaya çıkmasında üzerinde durulması gereken husus ilgili sözleşmenin *clickwrap* veya *browsewrap* tarzında sunulmuş olması değildir. Asıl dikkat edilmesi gereken nokta sözleşme şartlarının kullanıcıların veya müşterilerin dikkatine sunulurken muhatabın sözleşmesel ilişkiye girdiğinin ve hizmet sağlayıcının şartlarıyla bağlandığının açık bir şekilde ortaya konulmasıdır³⁵⁰. Günümüz uygulamasında müşterilerin sözleşme şartlarını kabul etmeleri genelde bir kutucuğu işaretlemeleri ya da bir butona tıklamaları yoluyla gerçekleşmektedir. Tıklama faaliyeti hizmet sağlayıcıların sözleşmenin mevcudiyetini ispatlama noktasında elini güçlendiren bir unsur olarak işlev görmektedir. Bununla birlikte, somut olayın şartlarına göre tıklama olmaksızın da kullanıcılar hizmet şartlarını kabul etmiş sayılabilirler. Özellikle, hizmet sunumu sırasında hizmet şartları kullanıcıların dikkatinden kaçması mümkün olmayacak şekilde sunulmuşsa, *browsewrap* tarzında kabul edilebilecek bir sözleşme yapma pratiğinde de icap ve kabul beyanlarının geçerli olarak ortaya çıkmış olduğu savunulabilecektir³⁵¹.

İster *clickwrap* tarzında ister *browsewrap* tarzında sunulmuş olsun eğer somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesi uygulanacak hukukun sözleşmenin kurulmasına ilişkin koşullarını sağlıyorsa taraflar arasında geçerli bir sözleşme akdedilmiş olacaktır. Ancak, bulut bilişim sözleşmelerinin tek taraflı hükümler içeren standart sözleşmeler olması sebebiyle geçerli olarak kurulan bu sözleşmelerin bazı hükümleri uygulanacak hukukun genel işlem şartlarına ve haksız şartlara ilişkin koruyucu hükümleri çerçevesinde denetlenip geçersiz kılınabilecektir.

IV. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI DENETİMİ

³⁵⁰ *Clickwrap* ve *browsewrap* ayrımına getirilen benzer eleştiriler için bkz. Mik ss. 342-345.

³⁵¹ Örneğin, Amerika'da görülmüş olan *Register.com v. Verio Inc* davasında mahkeme, *Verio* firmasının sözleşme prosedüründe tıklama yoluyla kabul yer almamasına rağmen sözleşme hükümlerinin tüketicilere otomatik olarak sunulmuş olması ve tüketicilerin sözleşme hükümlerini kolaylıkla fark edebileceğinin tespit edilmiş olması nedeniyle *browsewrap* tarzında akdedildiği kabul edilebilecek olan dava konusu sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir, bkz. Casamiquel, ss. 484, 485.

Bulut bilişim sözleşmelerinin kurulmasında *clickwrap* ve *browsewrap* tarzı sözleşmelerin özellikleri incelendikten sonra bu başlık altındaki inceleme konusunu kullanıcılara hizmet şartları şeklinde sunulan standart sözleşmelerin geçerliliği oluşturacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere, elektronik ortamda sunulan bulut bilişim hizmetlerinde sözleşmeler kullanıcılara kabul et ya da etme (*take it or leave it*) tarzında tek taraflı olarak sunulmakta, kullanıcıların sözleşme hükümleri hakkında pazarlık yapmasına imkân tanınmamaktadır. Çoğu kullanıcı bu sözleşmeleri okumaksızın kabul iradesini gösteren kutucuğu işaretlemektedir. Oysa bulut bilişim hizmet sağlayıcıları standart sözleşmeler yoluyla hizmet sunumu sırasında kendi sorumluluklarını doğurabilecek riskli durumları önceden saptayarak olası uyuşmazlıkların kendi lehlerine çözülmesini sağlayacak hükümler getirmektedir³⁵². Bununla birlikte, uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edildiği sözleşmelerde Türk hukukunun genel işlem şartlarına ilişkin kuralları ile haksız şartlara ilişkin kurallar da dahil olmak üzere tüketicinin korunmasına ilişkin kuralları, taraflar arasında kurulmuş olan bulut bilişim sözleşmesindeki kullanıcılar aleyhine konulmuş tek taraflı hükümlerin geçerliliğini etkileyebilecektir.

A. Genel Açıklama

Standart sözleşmeler³⁵³, içeriğini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının oluşturduğu, bireysel sözleşmelerden farklı olarak karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu

³⁵² Silalahi, s. 10; Srinivasan, s. 120; Ungureanu, s. 299.

³⁵³ Standart sözleşmeler, sanayi devrimi sonrasında seri üretimin yaygınlaştığı, ürünlerin kitlesel arzının kural haline geldiği dönemlerde geniş kullanım kazanmış bir sözleşme yapma şeklidir. Mal üretiminde seri üretimin yaygınlaştığı sektörlerde ve yine hizmetlerin standart olarak sunulduğu bankacılık, sigortacılık vb. hizmet sektörlerinde müzakere edilerek bireyselleştirilmiş sözleşmelere duyulan ihtiyaç giderek azalmıştır. Standartlaşan ürün ve hizmet türleri standart sözleşmeleri de beraberinde getirmiştir. Üreticiler ve hizmet sağlayıcılar standart sözleşmeler yoluyla müşterileriyle olan hukuki ilişkilerinde uygulanacak hukukun yedek hukuk kurallarını bertaraf ederek olası hukuki uyuşmazlıkların kendi lehlerine sonuçlanmasını sağlamayı amaçlamışlardır. Standart sözleşmelerin hukuki ve iktisadi yönleri hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. Açıkgöz, ss. 169-175; Atamer, ss. 9-29; Hillman / Rachlinski, ss. 435-463; Kocayusufpaşaoğlu, ss. 225-228; Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract," *Columbia Law Review*, C. 43, 1943, ss. 629-642.

kurulmayan sözleşmelerdir³⁵⁴. Bulut bilişim sözleşmelerinin standart sözleşmeler olması sebebiyle bu sözleşmelerin içeriğini büyük oranda genel işlem şartları oluşturmaktadır. Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin ileride kuracağı sözleşmelerde değiştirilmeden kabul edilmek üzere muhataba sunmak amacıyla, önceden, tek taraflı olarak hazırladığı sözleşme koşullarıdır³⁵⁵. Genel işlem şartları adı verilen sözleşme şartları ile başta tamamlayıcı hukuk kuralları olmak üzere yedek hukuk kuralları bu şartları sunan taraf lehine olacak şekilde bir uzlaşma ve pazarlığa dayanmaksızın değiştirilmektedir³⁵⁶. Bu anlamda, bulut hizmeti sağlayan girişimciler standart hizmet şartlarını kendi menfaatlerini maksimize edecek hukuki araçlar olarak kaleme almakta, sorumluluklarını sınırlayan ya da tamamen ortadan kaldıran tek taraflı hükümler getirmektedirler. Müşterilerle akdedilen standart bulut bilişim sözleşmeleri geçerli olarak kurulsa da sözleşmelerde yer alan bu tür tek taraflı hükümlere TBK’da ve sair kanunlarda yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uyarınca müdahale edilebilecektir.

Genel işlem şartları TBK’nın 20. maddesinin ilk cümlesinde, “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda genel işlem şartlarına ilişkin dört³⁵⁷ unsur gözlemlenmektedir³⁵⁸. Öncelikle, genel işlem şartlarının bir sözleşmenin hükümleri olduğu belirtilmelidir. Bu itibarla, genel işlem şartlarının bir sözleşme türü değil belirli sözleşmelerin içeriğini oluşturan hükümler olduğu tespit edilmelidir³⁵⁹. Tanımda göze

³⁵⁴ Açıkgöz, s. 170; Atamer, s. 7; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2003, s. 3; Mustafa Tiftik / Zeynep Özcan, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 31, S. 1, 2015, s. 27.

³⁵⁵ Atamer, s. 61. Farklı tanımlar için bkz. Adem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, ss. 47-48.

³⁵⁶ Gümüş, Özel Hükümler, s. 170.

³⁵⁷ Genel işlem şartlarının unsurları öğretide yazarlarca değişik şekillerde formüle edilebilmektedir. Farklı örnekler için bkz. Antalya, ss. 490-493; Eren, ss. 232-234; Havutçu, ss. 74-90; Kılıçoğlu, ss. 121-123; Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, ss. 52-59.

³⁵⁸ Açıkgöz, ss. 194-203; Yelmen, ss. 51-59; Tuğçe Tuzcuoğlu, **Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, ss. 92-108; Yeşim M. Atamer, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKKH M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar (ed. Başak Şit) içinde, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011, ss. 13-18.

³⁵⁹ Tuzcuoğlu, s. 113; Yelmen, s. 50.

çarpan ikinci unsur söz konusu sözleşme şartlarının sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanmalarıdır. Üçüncü unsur bu şartların ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olmalarıdır. Buna ilaveten, TBK m. 20/II'ye göre, aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem şartı sayılmasını engellemeyecektir. Son olarak genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, bunları tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunmaktadır. Bütün bu özelliklere yukarıda açıklanan standart bulut bilişim sözleşmelerinin kurulması aşamasında eksiksiz olarak rastlanıldığından bulut bilişim sözleşmeleri genel işlem şartları denetimine namzet sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel işlem şartlarına ilişkin unsurların varlığı tespit edildikten sonra sözleşmenin genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerine ilişkin yargısal denetim sırasıyla yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamada gerçekleştirilmektedir³⁶⁰. Ancak, sözleşmenin karşı tarafının tacir veya tüketici olmasına göre özellikle içerik denetimi aşamasında özel hükümlerin uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin TBK'da yer alan genel nitelikli hükümlerle diğer kanunlardaki özel nitelikli hükümlerin birbiriyle olan ilişkisinin tespit edilerek yargısal denetimin farklı aşamalarında hangi hükümlerin uygulanacağını belirlenmesi gerekmektedir.

B. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarına İlişkin Mevcut Yasal Düzenlemelerin Uygulama Alanı

Türk Hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin yapılan ilk kanuni düzenlemeleri 4077 Sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a³⁶¹ (eTKHK) 2003 yılında eklenen "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı altıncı madde³⁶² ve bu maddeye dayanılarak çıkarılmış olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki

³⁶⁰ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 11; Eren, s. 234; Kocayusufpaşaoğlu, s. 232.

³⁶¹ R.G. 08.03.1995 – 22221.

³⁶² R.G. 14.03.2003 – 25048.

Yönetmelik³⁶³ oluşturmaktadır³⁶⁴. Yapılan bu düzenlemelerle tüketicilerle akdedilen sözleşmelerde kullanılan genel işlem şartlarının denetlenmesi kanunen mümkün hale gelmiştir. Haksız şartlar adı altında getirilen bu hükümler, tüketicilerle müzakere edilmeksizin akdedilen bütün sözleşmelerde yer alan haksız hükümler hakkında uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bu anlamda, yalnızca standart sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler hakkında değil tüketicilerle müzakere edilmeksizin akdedilmesi kaydıyla bireysel sözleşmelerde yer alan hükümler hakkında da eTKHK m. 6 uygulama bulabilecektir³⁶⁵. Madde esasında Avrupa Birliği'nin (AB) 5 Nisan 1993 tarihinde kabul ettiği Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Hakkında 93/13 No'lu Direktif'te³⁶⁶ yer alan hükümlerin kısmen Türk Hukukuna iktibasından ibarettir³⁶⁷.

AB'ye katılım sürecinde mevzuat uyumunun sağlanması amacıyla yapılan düzenlemelerden biri olan bu değişiklik mevzuat bakımından tam uyumun aranması sebebiyle AB tarafından yeterli görülmemiş, bu durum Türk kanun koyucusunu yeni bir kanuni düzenleme yapma yolunda çalışmalar yapmaya itmiştir³⁶⁸. Yapılan çalışmalar sonucunda 7 Kasım 2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³⁶⁹ (TKHK) kabul edilmiş, yürürlük tarihi ise 28 Mayıs 2014 olarak belirlenmiştir. Haksız şartlar yeni kanunun 5. maddesinde "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" başlığı altında düzenlenmiş ve maddenin ilk fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: "*Haksız şart*;

³⁶³ R.G. 13.06.2003 – 25137.

³⁶⁴ Açıkgöz, ss. 241, 242; Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 9; Tuzcuoğlu, s. 41; Ayşe Havutçu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBK GİŞ)," **İzmir Barosu Dergisi**, C. 76, S. 2, 2011, s. 30; Lale Sirmen, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi," **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011, s. 109; Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Şartlarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 25.

³⁶⁵ Açıkgöz, s. 243; Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, ss. 19, 20; Çınar, s. 22; Havutçu (TBK GİŞ), s. 36; Sirmen, s. 109.

³⁶⁶ The Council of the European Communities, **Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts**, OJ L 95/29, 21.04.1993, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

³⁶⁷ Aydoğdu, s. 31; Çınar, s. 20; Tuzcuoğlu, s. 44. Direktif hakkında bilgi için bkz. Atamer, s. 44 vd.; Havutçu, s. 64 vd..

³⁶⁸ Fatma Zeynep Altınar Yolcu, "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması," **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, s. 1119.

³⁶⁹ R.G. 28.11.2013 – 28835.

tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.”

Görüldüğü üzere önce eTKHK m. 6, sonrasında ise 6502 Sayılı TKHK m. 5 ile getirilen düzenlemeler genel işlem şartlarının denetiminde kullanılabilecek hükümler olsa da bu maddelerle getirilen yargısal denetim ve koruma yalnızca tüketicilerle akdedilen sözleşmeler hakkında söz konusu olabilecektir. Genel işlem şartları içeren sözleşmelerin denetlenmesine ilişkin genel nitelikli hükümler ise Türk Hukukunda ilk defa 6098 Sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ile Kanun'un 20 ilâ 25 maddeleri arasında 6 madde halinde düzenlenmiştir³⁷⁰. Genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin TBK'da yer alan bu hükümler tüketici veyahut tacir ayrımı yapılmaksızın herkese uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır³⁷¹. Bu itibarla, eTKHK m. 6 ve 6502 Sayılı TKHK m.5'te haksız şartlar bakımından getirilen düzenlemelerden yararlanamayan tacirler TBK ile yürürlüğe konan genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin sistemden faydalanabilecek asıl grubu oluşturmaktadır.

Öğretide TBK m. 20-25 hükümlerinin tacirler arasında akdedilen standart sözleşmelere uygulanamayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır³⁷². Bu yazarlardan Antalya'ya göre, TTK m. 54 vd.'da düzenlenen haksız rekabete ilişkin kurallar TBK m.20-25 hükümleri karşısında özel hüküm niteliği taşımakta ve tacirler arasında akdedilen standart sözleşmelerde uygulanabilecek temel kuralları oluşturmaktadır³⁷³. Yazar, TTK

³⁷⁰ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarına dair herhangi bir hüküm bulunmadığından bu Kanunun yürürlükte olduğu dönemde genel işlem şartı içeren sözleşmelerin denetimi hakimler tarafından farklı maddelere dayanılarak yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuzcuoğlu, s. 41 vd.

³⁷¹ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 10; Aydoğdu, s. 30; Eren, s. 230; Havutçu (TBK GİŞ), ss. 31, 32; Abdüssamet Yılmaz, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 142.

³⁷² Antalya, s. 483 vd.; Metin Topçuoğlu, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları," **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 4, 2015, s. 17 vd.; Osman Gökhan Antalya / Ekrem Doğa Doğancı, "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi," **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, s. 823 vd.

³⁷³ Antalya, ss. 485, 486; Antalya / Doğancı, s. 836.

m. 55/I, f bendinde dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmanın haksız rekabet olarak tanımlandığını belirterek söz konusu haksız fiile uygulanacak yegâne yaptırımların da haksız rekabete ilişkin hükümler olduğunu savunmaktadır³⁷⁴. Ayrıca yazara göre, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin ana gayesi olan zayıf tarafın korunması olgusu ticari işlemlerde mevcut olmayıp hâkimin ticari sözleşmelere müdahalesi piyasadaki dengeyi bozabilir³⁷⁵.

Kanaatimizce, serbest piyasanın günümüzde ulaştığı noktada özellikle KOBİ'lerin büyük ölçekli işletmeler ve çok uluslu şirketler karşısında korunması bir zorunluluk haline gelmiştir³⁷⁶. Bu itibarla, günümüz küresel ekonomik düzeninde tacirler arası işlemlerde de zayıf tarafın mevcut olabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan, kanunda genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin karşı tarafı bakımından bir sınırlama getirilmediği halde yorum yoluyla böyle bir sınırlamaya gitmenin de doğru olmayacağını düşünüyoruz³⁷⁷. Sonuç olarak, TTK m. 55/I, f bendi ile TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri arasındaki ilişkiyi özel hüküm genel hüküm ilişkisi olarak yorumlamak yerine bunların

³⁷⁴ Antalya, s. 485. Tacirler arasında akdedilen standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarına TBK'da yer alan genel işlem şartı kurallarının değil genel olarak TTK m. 54 vd'daki haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanması görüşü öğretilde eleştirilmiştir. Atamer, genel işlem şartlarına karşı haksız rekabet kuralları üzerinden koruma verilmesinin sınırlı hallerde mümkün olduğunu belirttikten sonra haksız rekabete ilişkin kurallardan TTK m. 55/I, f bendinin mehzını oluşturan İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m. 8'in bu yönde uygulamasının neredeyse hiç olmadığını vurgulamaktadır, bkz. Yeşim M. Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri**, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (ed. Çiğdem Kırca) içinde, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 103, d.n. 2. Topçuoğlu ise öncelikle dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmayı haksız rekabet sayan TTK m. 55/I, f bendi kuralının kendisini eleştirmektedir. Yazara göre, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmanın ilgili sözleşmeyi kabul eden müşteri dışında o sektördeki rakip işletmelere zarar vermesi çok zayıf bir ihtimaldir, bkz. Topçuoğlu, s. 28. Dolayısıyla, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarına karşı haksız rekabete ilişkin kurallarla koruma sağlamak haksız rekabete ilişkin kuralların amacıyla bağdaşmamaktadır. Yazar bunun yerine ticari işletmeler arası işlemlerde kullanılan genel işlem şartlarının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) hükümlerince muamele görmesi gerektiğini ileri sürmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Topçuoğlu, s. 37 vd. Öğretilde Nomer Ertan da dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmanın kanunda haksız rekabet olarak düzenlenmiş olmasını eleştirmektedir. Yazara göre iki kişi arasında akdedilmiş genel işlem koşulları içeren bir sözleşmenin rekabeti ve bu anlamda sözleşme tarafı olmayan piyasa katılımcılarını etkilemesi söz konusu olamayacaktır, bkz. Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 391.

³⁷⁵ Antalya, s. 484; Antalya / Doğancı, ss. 840, 841.

³⁷⁶ Benzer görüşler için bkz. Atamer, ss. 56, 57; Aydoğdu, ss. 34, 37-38; Havutçu (TBK GİŞ), s. 32; Tuzcuoğlu, s. 122 vd.; Yılmaz, s. 142.

³⁷⁷ Aynı yönde bkz. Nomer Ertan, s. 369.

birbirini tamamlayan hükümler olduğunu kabul etmenin doğru olacağı kanaatindeyiz³⁷⁸. Ancak, TBK hükümleri ticari standart sözleşmelere uygulanırken denetim aşamalarının her biri açısından yapılacak değerlendirmelerde tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün göz önünde bulundurulması gerekecektir³⁷⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere TBK m. 20-25 arasında düzenlenen hükümler her türlü sözleşmeye, özellikle karşı tarafın tüketici olmadığı ticari standart sözleşmelere, uygulanabilecek genel nitelikli hükümlerdir. TKHK m.5'te yer alan haksız şartlara ilişkin hükümlerse karşı tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde özel olarak uygulama bulacaktır. Bununla birlikte, öğretide TBK m. 20-25 hükümlerinin işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüketicilerle akdedilen sözleşmelere de uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁸⁰. TKHK m. 83/I'deki *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır”* hükmü ile Türk Medeni Kanunu (TMK) m.5'teki *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”* hükmü böyle bir kabule imkân sağlamaktadır³⁸¹. Bakıldığında, TKHK m. 5 hükmünde ve ilgili yönetmelik hükümlerinde sadece yorum denetimi ve içerik denetimine ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir³⁸². Buna göre, TKHK m.5'te yürürlük denetimi düzenlenmediğinden TBK m. 21'de hüküm bulan yürürlük denetiminin tüketicilerle akdedilen sözleşmelere de uygulanabileceği tespit edilmelidir³⁸³. Diğer yandan, yorum denetimine ilişkin TKHK m. 5/IV hükmü kanaatimizce TBK m. 23'te yorum denetimine ilişkin getirilen ilkenin bir benzerini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, biz genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin Türk Hukukundaki düzenlemelerin tacirler

³⁷⁸ Tuzcuoğlu, s. 124. Aynı maddi olguyu farklı nedenlerle koruyan iki farklı kanuni düzenleme söz konusu olduğundan bir özel-genel hüküm ilişkisi söz konusu olamayacağı yönünde Yılmaz, s. 144. Aksi yönde bkz. Antalya / Doğanç, s. 843 vd.

³⁷⁹ Nomer Ertan, s. 370 vd. Öğretide aksi görüşte olan yazarlar da ticari standart sözleşmelere TBK hükümlerinin uygulanabileceğinin iddia edilebileceğini kabul etmekle beraber böyle bir uygulamanın ancak tacirin basiretli davranma yükümlülüğü ile sınırlı olarak mümkün olacağını dile getirmektedirler, bkz. Antalya, s. 486; Antalya / Doğanç, s. 837.

³⁸⁰ Antalya, s. 482 vd.; Aydoğdu, s. 37; Eren, s. 230; Tuzcuoğlu, s. 120.

³⁸¹ Sirmen, s. 113; Sezer Çabri, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 225.

³⁸² Çabri, s. 225.

³⁸³ Çabri, s. 225; Sirmen, s. 113.

ve tüketiciler bakımından özellikle içerik denetimi aşamasında farklılaştığını değerlendirmekteyiz.

Neticede, genel işlem koşulları içeren sözleşmenin karşı tarafı tüketiciyse içerik denetimi safhasında 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesindeki "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar" başlıklı hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Diğer yandan, eğer standart sözleşmenin karşı tarafı tacirse söz konusu sözleşmenin içerik denetiminde TBK'daki genel hükümlerin yanında TTK m. 55/I, f bendi hükümlerinden de yararlanılacaktır. Bu itibarla, aşağıda standart bulut bilişim sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının denetimi yürürlük denetimi ve yorum denetimi aşamaları tüketiciler ve tacirler arasında ayırım yapılmaksızın tartışılacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin karşı tarafının tüketici veya tacir olmasının özellik arz ettiği durumlara dikkat çekilecektir. Standart bulut bilişim sözleşmelerinin içerik denetimiye tüketiciler ve tacirler hakkında özel hükümlerin ve farklı yaklaşım önerilerinin varlığı sebebiyle bulut bilişim kullanıcısının tüketici ya da tacir olup olmamasına göre ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

C. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yürürlük Denetimi

Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi³⁸⁴, genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin taraflar arasındaki sözleşmenin muhtevasına dahil olup olmadığının tespit edilmesini ifade etmektedir³⁸⁵. Konuya ilişkin düzenleme TBK'nın "Yazılmamış Sayılma" başlıklı 21. maddesinde yer almaktadır: "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel*

³⁸⁴ Öğretide yürürlük denetimi ifadesi yerine bağlayıcılık denetimi (bkz. Havutçu, s. 40 vd.) ya da kapsam denetimi (bkz. Açıkgöz, s. 251 vd.; Antalya, s. 494 vd.; Yelmen, s. 81 vd.) ifadeleri de kullanılmaktadır.

³⁸⁵ Öğretide genel işlem şartlarının yürürlük denetimini *kapsam denetimi* başlığı altında inceleyen Antalya, kapsam denetimini de *İlişkilendirme (Dâhil Olma) Denetimi* ve *Yürürlük Denetimi* şeklinde ikiye ayırmaktadır. Yazar, genel işlem şartlarının varlığı hakkında karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi ve şartların içeriğinin öğrenilmesine imkân sağlanması yükümlülüklerini ilişkilendirme denetimi olarak ifade etmektedir. Yazarın terminolojisinde kapsam denetiminin bir alt başlığı olan yürürlük denetimi, karşı tarafın genel işlem koşullarını kabul edip etmediğinin ve genel işlem koşullarının sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olup olmadığının (TBK m.21/II) denetlenmesine tekabül etmektedir, bkz. Antalya, s. 494 vd. Öğretide Açıkgöz de genel işlem koşullarının yürürlük denetimini açıklarken aynı terminolojiyi kullanmaktadır, bkz. Açıkgöz, s. 251 vd.

işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Madde hükmünde karşı tarafın menfaatine aykırı³⁸⁶ genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi için şu üç unsurun varlığı koşul olarak aranmıştır³⁸⁷: Genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın sözleşmenin karşı tarafına bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi; genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın sözleşmenin karşı tarafına bu şartların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması; karşı tarafın bu koşullar altında genel işlem şartlarını kabul etmiş olması. Ayrıca, söz konusu üç koşulu sağlayan genel işlem şartlarının sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmaması da gerekmektedir. Nihayetinde, bu koşulların eksikliği halinde genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılacağı yaptırım olarak hükme bağlanmıştır.

Açıkça bilgilendirme yükümlülüğünün *clickwrap* tarzında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde madde hükmüne uygun olarak yerine getirildiği savunulabilecektir. Zira *clickwrap* sözleşmelerde hizmet şartları bir bağlantı linki verilmek suretiyle ya da doğrudan hizmet şartlarının sergilenmesi yoluyla kullanıcıların dikkatine

³⁸⁶ Maddede “karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları” şeklinde bir sınırlamaya yer verilmesi yürürlük denetimi aşamasında içerik denetimi de yapılmasını gerektirdiğinden doktrinde eleştirilmektedir, bkz. Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 28; Aydoğdu, s. 89 vd.; Sirmen, s. 114; Tuzcuoğlu, s. 152 vd.; Yelmen, s. 82. Bu yazarlara göre, genel işlem şartlarının karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı dürüstlük kuralı uyarınca içerik denetimi aşamasında zaten inceleneceğinden kanun metninde böyle bir ifadenin varlığına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca, madde metninden karşı tarafın lehine olan genel işlem şartlarının yürürlük denetimine tabi olmayacağı şeklinde bir sonuç da çıkarılabilecektir (bkz. Aydoğdu, s. 89). Böyle bir durumda karşı tarafın lehine olan genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girip girmediği yalnızca TBK m. 1 ve güven teorisi uyarınca taraf iradelerinin uyuşmasına bağlı olacaktır (bkz. Yelmen, s. 82). Yazarlar genel olarak bu maddede yer alan “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” kıstasının yürürlük denetiminde aranmaması gerektiğini, maddenin bu kıstas olmaksızın uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Biz de yazarlarla aynı görüşte olduğumuzdan devam eden sayfalardaki açıklamalarımızı “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” olma kıstasına yer vermeden gerçekleştireceğiz.

³⁸⁷ Eren, s. 235.

sunulmaktadır³⁸⁸. Ayrıca kullanıcılar kabul kutucuğunu işaretlemeksizin bulut hizmeti sunumuna başlanılamamaktadır. Ancak, *browsewrap* tarzında sunulan bulut bilişim sözleşmeleri açısından aynı şeyi söylemek hemen mümkün olmayacaktır. *Browsewrap* tarzı sunulan hizmet şartları hizmet sağlayıcının web sayfasında herhangi bir yerde yer aldığından kullanıcıların bu şartların varlığı hususunda açıkça uyarılıp uyarılmadıkları her somut olay üzerinde bağımsız olarak değerlendirilecektir. Özellikle, hizmet şartlarının web sayfasının en altında ya da fark edilmesi zor bir noktada bir bağlantı linki verilerek sunulduğu hallerde kullanıcıların açıkça bilgilendirilmediği gerekçesiyle söz konusu hizmet şartları özellikle tüketiciler yönünden TBK m.21’de yer alan “yazılmamış sayılma” yaptırımına maruz kalabilecektir.

Yürürlük denetiminde ikinci koşul genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın karşı tarafa bu şartların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasıdır. Karşı tarafın genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânına kavuşması bunların karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesi ile mümkün olacaktır³⁸⁹. *Clickwrap* ve kullanıcının sözleşmeye dikkati çekilmiş olması kaydıyla *browsewrap* bulut sözleşmelerinde hizmet şartları bağlantı linki verilerek ya da doğrudan gösterilerek sunulduğundan genel işlem şartlarının müşterilerin hakimiyet alanına geçtiği kabul edilebilecektir. Öte yandan, genel işlem şartları rahat ve kolay bir

³⁸⁸ Tuzcuoğlu internet ortamında akdedilen *clickwrap* tarzı sözleşmelerde müşterilerin sözleşmeyi okumadan kabul etmesini bir sorun olarak ele almaktadır. Yazar, müşterilerin *clickwrap* tarzı sözleşmeleri okumadan hızlı bir şekilde onaylamasının engellenmesi gerektiğini ve bunu sağlamak üzere ilgili sözleşmenin insan gözünün okuyabileceği hızda ekrandan kaydırılacak şekilde sunulabileceğini ileri sürmektedir, bkz. Tuzcuoğlu, s. 138. Biz genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirmenin yeterli olduğunu savunduğumuzdan yazarın bu endişelerine ve çözüm önerilerine katılamamaktayız. Ayrıca, bu tür çözümlerin internet ortamında gerçekleşen sözleşmesel ilişkilerin doğasına da uygun olmadığı kanaatindeyiz. İnternet ortamında yapılan hukuki işlemlerde sözleşme şartları *clickwrap* tarzında açık bir şekilde kullanıcıların dikkatine sunulmuşsa artık bu şartların okunup okunmaması kullanıcıların sorumluluğunda olacaktır. Diğer yandan bu sözleşmeler içerisinde bulunabilecek alışılmadık ya da dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde orantısız genel işlem koşullarına karşı yeterli koruma TBK’da yer alan denetim mekanizmalarında zaten mevcuttur.

³⁸⁹ Yelmen, s. 85. Öğretide Oğuzman ve Öz, genel işlem şartlarının yürürlük denetiminden geçebilmesi için söz konusu şartların karşı tarafın etki alanına geçirilmesini yeterli görmemekte, muhatabın sözleşmeyi imzalamadan önce ilgili şartları okuyup değerlendirmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca, yazarlara göre, muhatabın genel işlem şartlarını okuyup değerlendirdiğinin ispat yükü de genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın üstündedir, bkz. Oğuzman / Öz, s. 164. Kanaatimizce, TBK m.21 hükmünde açıkça düzenleyenin muhataba genel işlem şartlarının *içeriğini öğrenme imkânı sağlaması* arandığından genel işlem koşullarının yürürlüğü bakımından karşı tarafın hakimiyet alanına geçirilmeleri gerekli ve yeterli olup ayrıca muhatabın genel işlem koşullarını okuyup değerlendirmesi gerekli değildir. Aynı yönde bkz. Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, ss. 28, 29; Aydoğdu, s. 90; Çınar, s. 80; Yelmen, ss. 85, 86.

şekilde okunabilir değilse veyahut muhatapça anlaşılması zor bir dille yazılmışsa karşı tarafa şartları öğrenme imkânı sağlanmamış olacaktır³⁹⁰. Bu anlamda, bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hükümler anlaşılması zor ve ağıdalı bir dille yazılmışlarsa muhataba genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânı verilmemiş olacaktır.

Genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanı sağlanması koşulu bağlamında bulut bilişim sözleşmeleri açısından gündeme gelebilecek bir husus piyasada bulut bilişim hizmetleri sunan sağlayıcıların önemli bir kısmının Türkiye dışından hizmet veren yabancı firmalar olması sebebiyle müşterilerine sundukları hizmet şartlarının tamamı ya da bir kısmının İngilizce ya da diğer yabancı dillerde kaleme alınmış olmasıdır³⁹¹. Kendi dilinde hazırlanmış genel işlem koşullarını anlaması dahi hukuki ve teknik terimler nedeniyle çoğunlukla mümkün olmayan müşterilerin yabancı dillerde hazırlanmış genel işlem şartlarını anlama olasılığı daha düşüktür³⁹². Dolayısıyla, bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan yabancı dilde kaleme alınmış genel işlem şartları, muhatapın şartların içeriğini öğrenme imkânından yoksun olması sebebiyle yürürlük denetiminden geçemeyecektir³⁹³. Ancak, kullanıcılara sunulan bulut hizmeti zaten yabancı bir dilde sunulmaktaysa ve objektif olarak bakıldığında muhatapın bu yabancı dili anlaması kendisinden beklenebilir ise böyle bir sonuç ortaya çıkmayacaktır³⁹⁴. Bu nedenle, yabancı dilde hazırlanmış hizmet şartları tacirlerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinden ziyade tüketicilerle akdedilen sözleşmeler bakımından sorun oluşturacaktır.

³⁹⁰ Antalya, s. 498; Atamer, ss. 97, 98; Havutçu, ss. 114, 115; Kocayusufpaşaoğlu, s. 234.

³⁹¹ Örneğin, Twitter Türkiye'deki kullanıcıları için Türkçe olarak ayrı hizmet şartları sergilemek yerine İngilizce dilinde hazırlanmış standart hizmet şartlarına atıf yapmaktadır, bkz. <https://twitter.com/en/tos#update> (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022). Oysa Google, Türkiye'de sunduğu bulut bilişim hizmetleri için özel olarak Türkçe hazırlanmış hizmet şartlarını ve gizlilik politikalarını güncel bir şekilde kullanıcılarının dikkatine sunmaktadır, bkz. <https://policies.google.com/?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

³⁹² Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 29.

³⁹³ Yabancı dilde hazırlanmış genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olamayacağı yönünde bkz. Atamer, s. 98. Tuzcuoğlu da genel işlem şartlarına dair bilgilendirmenin muhatapın konuştuğu dilde yapılması gerektiğini belirtmektedir, bkz. Tuzcuoğlu, s. 138.

³⁹⁴ Atamer'e göre de eğer sözleşme görüşmeleri yabancı bir dilde yürütülmüşse genel işlem koşullarının da o yabancı dilde kaleme alınması kabul edilebilir bir durumdur, bkz. Atamer, s. 98.

Mevcudiyetleri hakkında açıkça bilgi verilen ve öğrenmelerine imkân sağlanan genel işlem şartlarının yürürlük denetiminden geçebilmesi için aranan üçüncü ve son şart karşı tarafın varlığını bildiği ve içeriğini öğrenme imkanına sahip olduğu genel işlem şartlarını kabul etmiş olmasıdır. Bu aşamada aranan kabul iradesi TBK'nın ilk maddesi hükmünde klasik anlamda sözleşmelerin kurulmasında aranan icap beyanına karşılık gelen kabul beyanını ifade etmektedir³⁹⁵. Aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere kabul beyanını oluşturan irade açıklaması, açık veya örtülü olabilir. Buna göre, karşı tarafın kabul iradesi tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya konulmuşsa açık kabulden söz edilecektir³⁹⁶. Genel işlem şartlarının açıkça kabul edilmesi tam kabul olarak ya da global kabul şeklinde gerçekleşebilecektir³⁹⁷. Muhatabın genel işlem şartları içeren sözleşmenin tamamını okuyarak sözleşmeyi kabul etmesi halinde tam kabul söz konusu olacaktır³⁹⁸. Ancak, yukarıda değinildiği üzere müşterilerin standart sözleşmeleri okuyarak kabul etmesi durumuna uygulamada nadiren rastlanılmaktadır. İşte, muhatabın kendisine sunulan genel işlem koşullarını okuyup değerlendirmeden bu sözleşme koşullarını kabul etmesi durumu öğretilde global kabul olarak ifade edilmektedir³⁹⁹. Global kabul halinde de güven teorisi çerçevesinde taraf iradelerinin uyduğu söylenebiliyorsa sözleşme geçerli olarak kurulacaktır⁴⁰⁰.

Bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının müşterilerce kabul edilmesi uygulamada çoğunlukla global kabul şeklinde gerçekleşmektedir. Kendisine bulut bilişim sözleşmesi *clickwrap* tarzında sunulmuş olan müşteriler sözleşme şartlarını okumak yerine basitçe kabul kutucuğunu işaretleyerek doğrudan bulut hizmetini almayı tercih etmektedirler. Hizmet şartlarının varlığına dikkati çekilen ve bu şartları öğrenmesine usulünce imkân sağlanan müşterilerin sözleşme şartlarını okumak yerine sözleşmeyi tümünden kabul etmeleri halinde güven teorisi uyarınca bu şartların sözleşme

³⁹⁵ Atamer, s. 81; Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 26; Çınar, s. 67; Havutçu, s. 109; Yelmen, s. 86.

³⁹⁶ Antalya, s. 499; Atamer, s. 99; Kılıçoğlu, s. 69; Kocayusufpaşaoğlu, s. 143; Yelmen, s. 87.

³⁹⁷ Aydoğdu, s. 92; Havutçu, s. 110; Sirmen, s. 115.

³⁹⁸ Atamer, s. 102; Aydoğdu, s. 93; Havutçu, s. 111; Sirmen, s. 115; Tuzcuoğlu, s. 141.

³⁹⁹ Atamer, s. 102; Havutçu, s. 112; Kocayusufpaşaoğlu, s. 236; Sirmen, s. 115; Tuzcuoğlu, s. 142; Yelmen, ss. 90-92. Öğretilde Çınar, karşı tarafın genel işlem koşullarını okuyarak ve içeriğini bilerek ilgili sözleşmeyi kabul ettiği halleri *özel bilinçli kabul* (bkz. Çınar, s. 83-85), sözleşmenin içeriği okunmadan kabul edildiği halleri ise *genel bilinçli kabul* (bkz. Çınar, ss. 81-82) olarak isimlendirmektedir.

⁴⁰⁰ Atamer, s. 102; Çınar, ss. 81-82; Havutçu, ss. 112-114; Sirmen, s. 115; Tuzcuoğlu, s. 142.

içeriği olmasına da katlanmaları gerekmektedir⁴⁰¹. Örtülü kabulde ise karşı taraf genel işlem şartlarını kabul iradesini açık irade beyanıyla değil iradesini gösteren davranışlarıyla ortaya koymaktadır⁴⁰². Kabul iradesinin örtülü olarak gösterilmesi, aktif bir davranışla ya da istisnai olarak pasif bir şekilde susarak gerçekleştirilebilecektir⁴⁰³. Örneğin, *browsewrap* tarzı bulut bilişim sözleşmelerinde kullanıcılar hizmet şartlarının varlığı konusunda açıkça uyarılmış ve usulüne uygun olarak kullanıcılara hizmet şartlarını öğrenme imkânı sağlanmışsa kullanıcının bulut hizmetinden faydalanmaya devam etmesi şeklinde gerçekleşen aktif fiili örtülü olarak genel işlem şartlarını kabul ettiğine işaret edebilecektir⁴⁰⁴. Ancak, bulut bilişim hizmetlerinin doğası itibarıyla bu hizmetlere ilişkin sözleşmelerin pasif bir şekilde susarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Eğer genel işlem koşulları kullanan taraf karşı tarafı genel işlem koşulları kullandığı yönünde açıkça uyarmamış ya da muhatabın bu koşulların içeriğini öğrenmesine imkân tanımamış veyahut karşı taraf genel işlem koşulları içeren sözleşme teklifini usulüne uygun olarak kabul etmemişse söz konusu genel işlem koşulları TBK m.21/I uyarınca yazılmamış sayılacaktır. Madde hükmünde, TBK m.21/I'deki kıstasların sağlanamaması halinde genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olamayacağını⁴⁰⁵ ifade etmek için “yazılmamış sayılma” yaptırımı öngörülmüştür. “Yazılmamış sayılma” yaptırımı Türk Borçlar Hukuku terminolojisine yabancı bir yaptırım türü olduğundan bu yaptırımın hukuki niteliği öğretide tartışma konusu olmuştur⁴⁰⁶. Biz bu tartışmalara girmek yerine konumuz açısından TBK m.21/I'deki kıstasları sağlamayan standart bulut bilişim sözleşmesi akdetme pratiklerinde ilgili sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının taraflar arasındaki sözleşme içeriğine dahil olmayacağını belirtmekle yetiniyoruz. Buna göre, genel işlem koşullarının yürürlüğü için aranan şartlar *clickwrap* bulut bilişim

⁴⁰¹ Havutçu, s. 112; Tuzcuoğlu, s. 143.

⁴⁰² Örtülü kabul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, ss. 69, 70; Kocayusufpaşaoğlu, s. 144- 153.

⁴⁰³ Atamer, s. 100; Yelmen, s. 88.

⁴⁰⁴ Örneğin yukarıda bkz. d.n. 355.

⁴⁰⁵ Aydoğdu, s. 74.

⁴⁰⁶ Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği hakkında yapılan tartışmalar için toplu olarak bkz. Mustafa Arıkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi,” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 3, Aralık 2012, ss. 19-28; Aydoğdu, ss. 73-78; Yelmen, ss. 92-106.

sözleşmelerinde kural olarak sağlanmaktayken *browsewrap* tarzı sözleşmelerde her somut olayda bağımsız değerlendirme yapılması gerekmektedir.

TBK m.21/I’de sayılan yürürlük denetimine ilişkin üç koşulu yerine getirmeyen genel işlem koşullarının yanı sıra aynı maddenin ikinci fıkrasında “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları*”nın da yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarından kasıt alışılmamış, sıra dışı, şaşırtıcı sözleşme şartlarıdır⁴⁰⁷. Karşı taraf genel işlem koşullarının varlığı konusunda açıkça uyarılmış, kendisine bu koşulları öğrenme imkânı sağlanmış ve bu şartlar altında genel işlem koşulları kabul edilmiş olsa bile şaşırtıcı nitelikteki genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Zira, söz konusu şartlara standart sözleşmesinde yer veren işletme sahibi, müşterinin bu şartlardan haberdar olduğu takdirde sözleşmeyi kesinlikle kabul etmeyeceğinin bilincindedir⁴⁰⁸. Dolayısıyla bu hüküm, müşterilerin genel işlem koşullarını çoğu durumda okumadan kabul ettiği gerçeği karşısında onları sözleşmelerde yer alabilecek alışılmadık genel işlem şartlarından koruma işlevini üstlenmektedir⁴⁰⁹. Ancak, ticari standart sözleşmelerde tacirin basiretli olma yükümlülüğü gereği sözleşmeyi okuması ve içeriğini bilmesi gerekeceğinden ticari standart sözleşmelerde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları olduğu ileri sürülemeyecektir⁴¹⁰.

Standart bulut bilişim sözleşmelerinde alışılmadık ve şaşırtıcı genel işlem şartlarının denetlenmesi mahkemenin her olayda bağımsız olarak inceleme yapmasını gerektirecektir. Bu bağlamda, ortalama özelliklere sahip bir bulut bilişim kullanıcısının ilgili sözleşme kaydının mevcut olabileceğini bilmesinin beklenip beklenemeyeceği hususu değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sırasında ise somut olayda bulut bilişim

⁴⁰⁷ Eren, s. 235.

⁴⁰⁸ Hayrunnisa Özdemir, “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/II,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 2350.

⁴⁰⁹ Atamer, s. 109; Havutçu, ss. 133, 134; Özdemir, GİŞ, s. 2351; Tuzcuoğlu, s. 145.

⁴¹⁰ Nomer Ertan, s. 373.

hizmeti sağlayıcısının hizmeti tanıtım⁴¹¹ ve sunum şekli ile potansiyel kullanıcıların objektif beklentileri dikkate alınarak genel işlem şartının şaşırtıcı olup olmadığına karar verilecektir⁴¹². Bir sözleşme hükmünün şaşırtıcı genel işlem şartı niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüte düşüldüğü takdirde söz konusu hükmün şaşırtıcı olmadığı ve şartları varsa genel işlem koşulu olarak sözleşme kapsamında olduğu varsayılmalıdır⁴¹³. Zira, söz konusu hüküm içerik denetimi aşamasında da kontrole tabi tutulacaktır.

Bulut bilişim sözleşmelerinde yaygın olarak yer alan ve alışılmadık ve şaşırtıcı olup olmadığı konusunda tereddüte düşülebilecek genel işlem şartları, uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye dair tek taraflı sözleşme hükümleridir. Örneğin Google'ın kullanıcılara sunduğu hizmet şartlarında⁴¹⁴ uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye dair şu hüküm yer almaktadır: *“Bu şartlardan, hizmete özgü ek şartlardan veya ilgili hizmetlerden kaynaklanan veya bunlarla ilgili tüm uyuşmazlıklarda Kaliforniya yasaları geçerli olacaktır (kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır). Bu uyuşmazlıklar sadece ABD'nin Kaliforniya eyaletindeki Santa Clara vilayetinin federal veya eyalet mahkemelerinde çözümlenir ve hem Google hem de siz, bu mahkemelerin yargı yetkisini kabul edersiniz.”* Uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin bu tür bir genel işlem şartının TBK m.21/II uyarınca alışılmadık ve şaşırtıcı şart olarak nitelenip nitelenemeyeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan yetki şartları ve uygulanacak hukuka dair kayıtların alışılmadık ve şaşırtıcı genel işlem koşulları

⁴¹¹ Örneğin Alman mahkeme kararlarında bir hizmetin ücretsiz olacağına dair SMS atıldığı, reklam veya ilan yapıldığı halde sözleşmede ücret alınacağına dair genel işlem şartı bulunduğu takdirde bu şart şaşırtıcı kabul edilip yazılmamış sayılmaktadır, bkz. Aydoğdu, s. 104.

⁴¹² GameStation isimli bir çevrimiçi oyun mağazası web sitesinde ilan ettiği hizmet şartlarında 1 Nisan 2010 tarihinde değişiklik yaparak kendi internet sitesinden oyun siparişi veren müşterilerin “ölümsüz ruhlarını” talep hakkını da firmaya devredeceklerine dair bir hüküm eklemiştir. Mağaza dikkatli müşteriler içinse bu hükmün hemen altına bir kaçış hükmü yerleştirmiş ve ilgili linke tıklayan müşterilerini hem ruhlarını teslim etmekten kurtarmış (!) hem de onlara 5 Pound'luk bir indirim kuponu sağlamıştır. 1 Nisan şakası olarak tasarlanan günün sonunda sipariş veren müşterilerden yalnızca %12'sinin bu kaçış hükmünü fark edip tıkladıkları ve kuponu kazandıkları tespit edilmiştir. Haber metni için bkz. https://www.huffpost.com/entry/gamestation-grabs-souls-o_n_541549 (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022). Bu haberde yer alan müşterilerin ölümsüz ruhlarını talep hakkını devrettiklerini hükme bağlayan genel işlem koşulu imkansızlık sebebiyle TBK m.27/I hükmü uyarınca kesin hükümsüz sayılacak olsa da ilgili şartın alışılmadık ve şaşırtıcı genel işlem koşullarına eksiksiz bir örnek oluşturduğu yadsınamayacaktır.

⁴¹³ Aydoğdu, s. 109.

⁴¹⁴ Bkz. **Google Hizmet Şartları**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/terms?hl=tr&fg=1#toc-problems> (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

sayılarak yazılmamış sayılması ağır bir yaptırım olacaktır. Bunun öncelikli nedeni, uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin kayıtların bulut bilişim sözleşmelerinde sıklıkla yer alması sebebiyle bu hükümlerin objektif olarak sözleşmenin niteliğine yabancı olmamasıdır. Demirkol'un da haklı olarak belirttiği üzere, tarafların hukuki ilişkilerini yönetmek için standart sözleşmeler hazırladıkları bir ortamda uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin sözleşme hükümlerine yer vermesi şaşırtıcı olmanın aksine olası uyuşmazlıklara karşı tedbir almanın gerektirdiği olağan bir durumdur⁴¹⁵. Uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin genel işlem şartları ancak söz konusu şartların ortalama bir bulut bilişim kullanıcısı nezdinde beklenmedik olduğu değerlendirildiği takdirde yazılmamış sayılabilecektir.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartlarının sözleşmenin kalan hükümlerine etkisi ise Kanun'un 22. Maddesinde şu şekilde hükme bağlanmıştır: *“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”* Buna göre, sözleşme yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışında kalan hükümleri ile geçerli olmaya devam edecektir. Yazılmamış sayılma yaptırımı neticesinde sözleşmede oluşacak boşluklarsa hâkim tarafından işin niteliğine ve tarafların iradesine göre ve kanunlarda yer alan düzenleyici kurallara uygun olarak tamamlanacaktır⁴¹⁶. Ancak, TBK m. 22 hükmünün sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin değil yan noktalarına ilişkin yazılmamış sayılan genel işlem şartları bakımından uygulama bulacağı kabul edilmelidir⁴¹⁷. Zira sözleşmenin esaslı noktalarına dair taraflar arasında bir uyuşma mevcut olmadığı takdirde taraflar arasında geçerliliğini koruyabilecek bir sözleşme bulunmayacaktır⁴¹⁸.

D. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yorum Denetimi

⁴¹⁵ Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 2, 2020, s. 1338.

⁴¹⁶ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 32; Aydoğdu, s. 79; Çınar, s. 106; Yelmen, s. 108.

⁴¹⁷ Aydoğdu, ss. 78, 79.

⁴¹⁸ Aydoğdu, s. 76; Eren, s. 236.

Genel işlem şartı olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin taraflar arasındaki standart sözleşmenin kapsamına hangi koşullar altında dahil olacağı incelendikten sonra sözleşmeye kapsamına girerek yürürlük kazanmış genel işlem koşullarının nasıl yorumlanacağı meselesi gündeme gelmektedir. Genel işlem şartlarının yorumu meselesinin gündeme gelebilmesi içinse taraflar arasında genel işlem şartlarının anlam içeriğine dair bir uyuşmazlığın ortaya çıkmış olması gereklidir. Örneğin, Google'ın Hizmet Şartları'nda⁴¹⁹ uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme belirlendikten sonra şu şekilde bir istisna hükmü getirilmiştir: *“Geçerli yerel yasalar uyarınca belirli uyuşmazlıklar Kaliforniya mahkemelerinde çözümlenemiyorsa, bu uyuşmazlıklar için yerel mahkemelerinize başvurabilirsiniz. Benzer şekilde, geçerli yerel yasa, yerel mahkemenizin bu uyuşmazlıkların çözümlenmesinde Kaliforniya yasalarını uygulamasını engelliyorsa bu anlaşmazlıklar ülkenizin, eyaletinizin veya ikamet ettiğiniz başka yerin geçerli yerel kanunlarına tabi olur.”* Bu istisna hükmünde geçerli yerel yasalar uyarınca belirli uyuşmazlıkların sözleşmede yetkilendirilen Kaliforniya mahkemelerinde çözülemeyeceği ve yine aynı yasalar uyarınca Kaliforniya hukukunun uygulanamayabileceği öngörülerek yerel mahkemelerin ve yerel hukukun da yetkili olabileceği belirtilmiştir. Ancak, geçerli yerel yasalar uyarınca hangi uyuşmazlıkların Kaliforniya mahkemelerinde görülmesinin mümkün olmadığı söz konusu hükümde belirtilmemiştir. Google'ın bulut hizmetlerinden faydalanan Türkiye'deki küçük bir işletme ile Google arasında uyuşmazlık çıkması durumunda bu işletme istisna hükmüne dayanarak Türk mahkemelerinde dava açtığı takdirde Google şirketi yetki itirazında bulunursa taraflar arasında istisna hükmünün anlamı konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıkmış olacaktır. İşte böyle bir durumda, sözleşmenin yorumlanması için hâkimin tarafların irade beyanlarının hangi anlama geldiğini araştırması lüzumu ortaya çıkacaktır⁴²⁰.

Genel işlem şartlarının yorumlanması ile alakalı TBK'nın 23. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, *“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse*

⁴¹⁹ Bkz. <https://policies.google.com/terms?hl=tr&fg=1#toc-problems> (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

⁴²⁰ Eren, s. 526 vd.; Havutçu, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 331 vd.

veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Tüketicilerle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların yorumu meselesi de TKHK’nın 5. Maddesinin 4. Fıkrasında TBK m. 23’e benzer şekilde hükme bağlanmıştır. Hükme göre, *“Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”* Buna göre, genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanabilmesi için bu hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi gerekmektedir. Esasında söz konusu hükümler genel işlem şartlarının yorumunun nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme olmayıp yorumlama faaliyetinde riayet edilmesi gereken bir ilkeyi ortaya koymaktadır⁴²¹. Ortaya konulan bu ilke, hâkimin yorum sonucunda ulaştığı birden fazla anlamdan hangisini tercih etmesi gerektiğine ilişkin yol gösteren bir kuraldır⁴²². Yorumlama faaliyeti sonucunda hâkim söz konusu genel işlem şartına hangi anlamı vereceğine kesin olarak karar veremediği takdirde müşteri lehine yorumun tercih edilmesi mümkün olacaktır⁴²³. Dolayısıyla, müşteri veya tüketici lehine yorum ilkesinin uygulama bulması için öncelikle ilgili genel işlem koşulunun anlamını tespit etmek üzere taraf iradelerinin genel hükümlere göre yorumlanması gerekmektedir.

Yorum faaliyeti sonucunda hâkim ilgili genel işlem şartını birden fazla anlama gelecek şekilde yorumlar ve bu anlamlar arasında tercihte bulunamazsa TBK m. 23 ve TKHK m. 5/IV hükümleri gereğince genel işlem şartının kullanan taraf aleyhine ve müşteri lehine olan anlamını tercih edecektir. Öğretide belirsizlik halinde yorum ilkesi olarak adlandırılan⁴²⁴ bu yorum tarzı genel işlem şartlarını tek taraflı olarak hazırlayan tarafın bu şartların yeterince anlaşılır ifade edilmemesinden kaynaklanan rizikoyu taşıması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁴²⁵. Gerçekten de hazırlanma sürecine dahil olmadıkları ve kendilerine kabul et ya da etme tarzında tek taraflı olarak

⁴²¹ Tuzcuoğlu, ss. 192, 193.

⁴²² Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 37.

⁴²³ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 37.

⁴²⁴ Çınar, s. 114 vd.; Tuzcuoğlu, s. 198.

⁴²⁵ Antalya, s. 508; Atamer, s. 134 vd.; Aydoğdu, ss. 115, 116; Havutçu, ss. 151, 152; Kocayusufpaşaoğlu, s. 239; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 162 Yelmen, s. 119 vd..

sunulan genel işlem şartlarındaki anlam belirsizliklerinden kaynaklanan sorunları müşterilerin yüklenmesini beklemek hukuk mantığıyla bağdaşmayacaktır. Öte yandan, müşterinin lehine yapılacak yorumla elde edeceği menfaate nazaran içerik denetimi aşamasında ilgili hükmün külliye hükümsüz kılınmasında daha yüksek bir menfaati varsa doğrudan içerik denetimine geçilebilecektir⁴²⁶.

E. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinde İçerik Denetimi

Genel işlem şartları içeren sözleşmenin düzenleyen tarafından tek taraflı olarak hazırlanıyor olması ve muhatabın genel işlem şartları üzerinde müzakere etme imkanının olmaması standart sözleşmelerin içeriğinde adil olmayan hükümlerin bulunması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek üzere TBK'nın 25. maddesinde "İçerik Denetimi" başlığı altında yürürlük denetimi aşamasını geçerek taraflar arasında bağlayıcı hale gelen genel işlem şartlarının hakkaniyet denetimi⁴²⁷ düzenlenmiştir: "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*" Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. Maddesinde düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan maddeye göre standart sözleşmelere dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede karşı tarafın aleyhine olan veya yine dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacaktır. Ayrıca, yukarıda açıklandığı üzere yalnızca tüketicilerle akdedilen standart sözleşmelerde uygulama bulacak olan TKHK m. 5 hükmü de içerik denetimine ilişkin özel nitelikli bir hüküm teşkil etmektedir. Bu doğrultuda, genel işlem şartlarının içerik denetimi safhasının tacirler arasında akdedilen ve tüketicilerle akdedilen sözleşmeler bakımından farklılıklar arz ettiği söylenebilecektir.

⁴²⁶ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 37. Yazar bu duruma örnek olarak genel işlem koşulu niteliğindeki bir hükümde cezai şartın mı yoksa götürü tazminatın mı söz konusu olduğu hususunda tereddüte düşüldüğü takdirde bu iki yorum tarzından birini tercih etmek yerine eğer şartları varsa içerik denetimi sonucunda karar verilebilecek hükümsüzlük yaptırımının müşteri açısından daha avantajlı olmasını göstermektedir.

⁴²⁷ Antalya, s. 509; Havutçu, s. 41.

1. Tacirler Arasında Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde İçerik Denetimi

Bulut bilişim hizmet modellerinin her üçünde de sözleşmenin karşı tarafını oluşturan müşterilerin tacir sıfatını haiz olması mümkündür. Bu anlamda, özellikle altyapı (IaaS) ve platform (PaaS) hizmeti verilmesine ilişkin bulut bilişim sözleşmelerinde müşteriler aldıkları bulut hizmeti üzerinden yeni bir bulut bilişim hizmeti geliştirdiklerinden söz konusu hizmet modellerine ait bulut bilişim sözleşmeleri hemen her zaman ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişiler arasında akdedilmektedir. Yazılım hizmeti sunulmasına ilişkin SaaS sözleşmelerinde ise sözleşmenin karşı tarafında tüketicilere ilaveten söz konusu bulut hizmetini ticari veya mesleki faaliyetlerinde kullanan işletme sahipleri, bireysel veya kurumsal kullanıcılar da yer alabildiğinden bu sözleşmelerin de tacirler arasında akdedilmesi yaygındır. Her üç hizmet modelinde de kullanıcılara hizmet şartları tek taraflı olarak sunulduğundan tacirler arasında müzakere edilmeksizin akdedilen söz konusu bulut bilişim sözleşmelerinin genel işlem şartlarının içerik denetimi açısından durumu ele alınmalıdır.

Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi sonucunda sözleşme içeriğine dahil olan sözleşme kayıtları dürüstlük kuralına aykırı olarak taraflardan birisinin aleyhine olduğu takdirde hâkim sözleşmeye müdahale ederek ilgili şartları hükümsüz kılabilir. Sözleşmenin her iki taraf için de adaletli bir yükümlülükler dağılımı öngörmesi için hâkim tarafından sözleşmeye müdahale edilip yürürlük ve yorum denetimlerini aşabilen sözleşme hükümlerinin hükümsüz kılınmasına içerik denetimi denilmektedir⁴²⁸. Buna göre, içerik denetiminin objektif ölçütünü dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır⁴²⁹. Uygulanacak hukuka dair genel işlem şartlarının hükümsüz kılınabilmesi için dürüstlük kuralına ters düşecek biçimde karşı tarafın menfaatine aykırı olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, karşı tarafın menfaatine aykırı olan veya onun durumunu ağırlaştıran hükümlerden hangilerinin dürüstlük kurallarına aykırı olacağına dair TBK’da bir ölçüt

⁴²⁸ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 41; Çınar, s. 119.

⁴²⁹ Çınar, s. 138 vd.; Yelmen, s. 124 vd.

getirilmemiştir⁴³⁰. Öğretide bu hususta bir hüküm içi boşluğun varlığından bahsedilmekte ve bu boşluğun doldurulması amacına matuf olarak TKHK m. 5 ile TSHŞHY Ek’inde yer alan haksız şartlar listesinden ve TTK m. 55/1-f bendinden yararlanılabileceği ileri sürülmektedir⁴³¹.

TBK m. 25’te hüküm bulan içerik denetimini tacirler arasındaki standart sözleşmeler hakkında tatbik ederken TKHK ve Yönetmelik hükümlerinden kıyasen, eldeki sözleşmenin ticari niteliğini hatırdan çıkarmayarak, yararlanmakta bir beis yoktur⁴³². Zira, tüketicilerle akdedilen standart sözleşmeler ile tacirlerle akdedilen standart sözleşmelerin içerik denetiminde ortak ölçütü dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Bu iki içerik denetimi türünün ayrıldığı husus ise dürüstlük kuralına aykırılık eşiğinin çizileceği çizgidir. Tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden dolayı tacirlerle akdedilen standart sözleşmelerde yapılacak içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılık eşiği tüketicilerle akdedilen standart sözleşmelere göre daha yüksek tutulacaktır⁴³³.

Tacirler arasında akdedilen standart sözleşmelerde yer alan bir genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılması önerilen diğer bir kural TTK m. 55/I-f bendinde yer almaktadır. Haksız rekabet teşkil eden hallerin örnekleme yoluyla sayıldığı maddenin ilgili bent hükmüne göre dürüstlük

⁴³⁰ Nomer Ertan, s. 361. Atamer mehz Alman Medeni Kanunu’nda içerik denetimini düzenleyen maddede dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde söz konusu olacağının açıkça tanımlandığını ve dürüstlük kuralına aykırı olabilecek hükümlere dair örnekler verildiğini belirterek TBK m. 25’teki düzenlemenin etkin bir içerik denetimi bakımından yeterli olmadığını savunmaktadır (bkz. Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, s. 41 vd.). Kanun koyucu yalnızca bir genel işlem şartı türü bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. “Değiştirme Yasağı” başlıklı TBK m.24 hükmüne göre “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*” Buna göre, düzenleyene tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini değiştirme hakkı tanıyan genel işlem şartları hâkim tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilip geçersiz sayılabilecektir, ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, ss. 59-61; Nomer Ertan, ss. 362, 363. Biz içerik denetimine ilişkin incelememizi uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin genel işlem şartları ile sınırlandırdığımızdan düzenleyene tek taraflı olarak sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma hakkı tanıyan kayıtların geçerliliğini ele almayacağız.

⁴³¹ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, ss. 42, 43; Nomer Ertan, ss. 364, 365; Yelmen, ss. 129, 130.

⁴³² Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, ss. 42, 43; Nomer Ertan, ss. 364, 365.

⁴³³ Nomer Ertan, s. 370 vd.

kuralına aykırı işlem şartları kullanmak somut olayın şartlarına göre haksız rekabet olarak kabul edilebilecektir. Söz konusu hükmün devamında dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesinde yararlanılabilecek iki ölçüte yer verilmiştir: “Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.” Öğretide, haksız rekabet teşkil eden dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının tespitine yarayan anılan iki ölçütün TBK m. 25 kapsamında yapılan içerik denetiminde de kullanılabileceği haklı olarak ileri sürülmektedir⁴³⁴. Buna göre, tacirler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan uygulanacak hukuka ilişkin sözleşme kayıtlarının dürüstlük kuralına aykırı olarak müşterilerin aleyhine olup olmadığı veya onların durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı değerlendirilirken TKHK m. 5 ve TSHŞHY Yönetmelik Ek’indeki haksız şartlar listesinden ve özellikle TTK m. 55/I-f bendindeki iki ölçütten kıyasen yararlanılabilecektir. Ancak, sözleşme şartlarının mevcut kanuni düzenlemelerden ayrılan yükümlülükler getirmesi tek başına dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacak olup ilgili şartın sözleşme dengesini önemli ölçüde bozması da aranacaktır⁴³⁵.

Tacirler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının içerik denetimi aşamasında yararlanılabilecek özel nitelikli bir düzenleme 6563 Sayılı ETDHK’da 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan değişikliklerle⁴³⁶ getirilen Ek Madde 1 hükmünde yer almaktadır. 2023 yılında yürürlüğe girecek olan söz konusu maddenin 2. fıkrasında elektronik ticaret pazar yerlerinde faaliyet gösteren tacirlerin platform sahiplerince maruz bırakılabileceği haksız ticari uygulamalar sınırlı olmamak üzere sayılmıştır. Örneğin, “Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının aleyhine olacak şekilde aracılık sözleşmesi hükümlerinde geçmişe yönelik veya tek taraflı değişiklik yapılması ya da buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer verilmesi” bir haksız ticari uygulama olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede, tacirler arasında akdedilen

⁴³⁴ Atamer, Yeni TBK Uyarınca GİK, ss. 43, 44; Demirkol, Genel İşlem Şartları, ss. 1340, 1341; Nomer Ertan, s. 365; Yelmen, ss. 129, 130.

⁴³⁵ Demirkol, Genel İşlem Şartları, s. 1341.

⁴³⁶ R.G. 07.07.2022 – 31889.

bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hizmet sağlayıcının sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutan genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede müşteriler aleyhine olduğu kıyasen söylenebilecektir. Böyle bir genel işlem şartı somut olayın şartlarına göre hakim tarafından içerik denetimi aşamasında geçersiz kılınabilecektir.

Sonuç olarak tacirler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde içerik denetimi meselesinin çoğu durumda yabancılik unsuru içeren bu sözleşmelere uygulanacak hukukun karar vereceği bir husus olduğu unutulmamalıdır. O halde, içerik denetimine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar taraflar arasındaki bulut bilişim sözleşmesine Türk hukuku uygulandığı takdirde kıymet taşıyacaktır. Öte yandan, ETDHK hükümlerinin tacirler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmeyeceği ayrı bir tartışma konusu olup, bu mesele aşağıda ikinci bölümde incelenecektir.

2. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Haksız Şart Denetimi

Tüketicilerle akdedilen standart bulut bilişim sözleşmeleri temel olarak SaaS hizmet modelinde sunulan bulut bilişim hizmetleri adına akdedilen sözleşmelere tekabül etmektedir. Bu anlamda, Twitter, Instagram, Facebook gibi sosyal medya uygulamaları; Google Drive, OneDrive gibi bulut depolama hizmetleri veya Gmail, Microsoft Outlook gibi e-posta hizmetleri için akdedilen kullanıcı sözleşmelerinin her biri birer bulut bilişim sözleşmesidir. Söz konusu sözleşmeler istisnasız olarak genel işlem şartları içerdiklerinden standart sözleşme teşkil eden bu sözleşmelerde yer alan hangi hükümlerin tüketiciler bakımından haksız şart oluşturacağını irdelemek gerekmektedir.

Haksız şart, TKHK'nın 5. maddesinin ilk fıkrasında *“tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine*

dengeşizliğe neden olan sözleşme şartları” olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şart niteliğindeki hükümler kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulacak, sözleşmenin geri kalan hükümleriye geçerliliklerini korumaya devam edecektir. SaaS hizmetlerinde hizmet sağlayıcılar⁴³⁷ hizmet şartlarını tek taraflı olarak belirlediğinden tüketicilerle⁴³⁸ akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri maddedeki müzakere edilmeme şartını sağlamaktadır. O halde, SaaS sözleşmelerinde yer alan tek taraflı hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengeşizliğe neden olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir⁴³⁹.

Türk mevzuatında, TKHK’ya dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik⁴⁴⁰ ekinde haksız şartlar sınırlayıcı olmadan

⁴³⁷ TKHK’nın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesi 1. fıkrasının d bendinde hizmet, “*bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu*” olarak tanımlanırken ı bendinde ise sağlayıcı “*kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımların SaaS sözleşmelerinde hizmet sağlayıcıların konumu ile uyduğu kolaylıkla söylenebilir.

⁴³⁸ TKHK’nın “Tanımlar” başlıklı 3. Maddesi 1. fıkrasının k bendinde tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmakta olup SaaS hizmetlerinde müşteri konumunda olan tüketiciler bu tanıma uymaktadır.

⁴³⁹ Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin TKHK kapsamında korunabilmesi için bu sözleşmelerin Kanun’un kapsamına dahil olması gerekmektedir. TKHK’nın SaaS sözleşmelerine uygulanmasında soru işareti oluşturabilecek husus bu sözleşmelerin önemli bir kısmının parasal bir ücret karşılığında değil kullanıcı verilerinin hizmet sağlayıcı tarafından ticari amaçlarla kullanılmasına rıza gösterilmesi karşılığında akdediliyor oluşudur. Nitekim bu durum AB’de yürürlükte olan tüketiciyi koruyucu düzenlemelerin SaaS sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağı açısından tartışmalara yol açmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. Krzysztof Żok, “Consumer Protection In Cloud Computing Contracts Stipulating Non-Monetary Remuneration,” **International Journal of Law and Information Technology**, C. 28, S 1, 2020, ss. 20–38. Kanaatimizce TKHK’nın SaaS sözleşmelerine uygulanması noktasında şüphe bulunmamaktadır. Zira Kanun’un 2. maddesinde her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaların Kanun kapsamında olduğu hükme bağlanmaktadır. Tüketici işlemi ise Kanun’un 3. maddesi ilk fıkrasının l bendinde “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, bir işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinde en önemli ölçüt o işlemin taraflarını tacir ve tüketicilerin oluşturmasıdır (bkz. Çabri, ss. 74-77). TKHK’nın bir tüketici işlemine uygulanması bakımından o işlemin parasal bir ücret karşılığında gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Ayrıca, TKHK m. 3/1-d’de hizmet tanımlanırken “*bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan...*” ifadesine yer verildiğinden Kanun kapsamında hizmet sunumuna dair sözleşmelerin yalnızca parasal bir ücret karşılığında değil başka türlü bir menfaat karşılığında da yapılabileceği söylenebilecektir. O halde SaaS sözleşmeleri ister parasal bir ücret karşılığında isterse kişisel verilerin kullanılmasına rıza gösterilmesi şartıyla akdedilsin, taraflarını tüketici konumunda bireysel kullanıcıların ve tacir konumunda hizmet sağlayıcıların oluşturduğu bu sözleşmeler TKHK kapsamına girmektedir.

⁴⁴⁰ R.G. 17.06.2014 – 29033.

örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu anlamda, TKHK sisteminde bir sözleşme şartının haksız şart teşkil edip etmediği tespit edilirken öncelikle TSHŞHY ekinde yer alan haksız şart örnekleri göz önüne alınmak zorundadır. Zira, söz konusu yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında “*Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir*” denilmek suretiyle listede yer alan örneklerden birine rastlayan hâkimin başka bir araştırmaya gerek kalmaksızın haksız şart nitelendirmesinde bulunmasına imkân tanınmaktadır⁴⁴¹. Ancak, listede sayılan haksız şart örneklerinden birinin somut olaydaki sözleşmede dürüstlük kuralı uyarınca haksız olarak kabul edilmemesi de mümkündür⁴⁴².

TSHŞHY Ek 1, f. 1, a bendinde “*Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar*” haksız şart olarak kabul edilmiştir. Facebook Hizmet Koşulları’nda⁴⁴³ ise hizmet sağlayıcının sorumluluğunu sınırlandırmak adına şu hükme yer verilmiştir: “*Ürünlerimizde ne zaman sorun çıkacağını öngörmemiz mümkün değildir. Bu doğrultuda, yükümlülüğümüz yürürlükteki yasaların izin verdiği en geniş ölçü ile sınırlı olacaktır. Yürürlükteki yasalar çerçevesinde izin verilen en geniş ölçüde olmak kaydıyla; bu Koşullardan veya Meta Ürünlerinden (ihmal dahil olmak üzere sebebi ne olursa olsun ve sorumluluk teorisi üzerinden) kaynaklanan veya bunlarla ilişkili olan herhangi bir kâr, gelir, bilgi veya veri kaybı ile bağlı, özel, dolaylı, emsal niteliğinde, cezai veya arızı zarardan dolayı, bu tür zararların meydana gelebileceği tarafımıza bildirilmiş olsa dahi, tarafımız size karşı yükümlü olmayacaktır.*” Görüldüğü üzere söz konusu hükümle hizmet sağlayıcı konumundaki Facebook müşterilerinin uğrayabileceği her türlü zarardan kendisini muaf tutmaya çalışmaktadır. Kanaatimizce iç hukuk alanında böyle bir hüküm, yukarıdaki haksız şart örneği çerçevesinde değerlendirmeye tâbi tutulup dürüstlük kuralı uyarınca haksız şart sayılarak geçersiz kılınabilecektir. Ancak, kullanıcıların Facebook’un ilan ettiği hizmet şartlarını kabul etmesiyle akdedilen bulut bilişim sözleşmesi yabancılık

⁴⁴¹ Açıkgöz, s. 335.

⁴⁴² Aydoğdu, s. 204; Sirmen, s. 127.

⁴⁴³ **Facebook Hizmet Koşulları**, Erişim Adresi: <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

unsuru içeren bir sözleşme olması itibarıyla kanunlar ihtilafı incelemesi yapılması gereken bir sözleşmedir.

Neticede, TKHK ve Yönetmelik'te yer alan haksız şarta ilişkin kuralların ilgili bulut bilişim sözleşmesine uygulanabilmesi için uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak belirlenmesi ya da özel bir kanunlar ihtilafı kuralının Türk hukukunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici düzenlemelerine tatbik imkanı tanınması gerekecektir. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk ikinci bölümde ele alınacak olup yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde tüketicilerin korunması da ilgili başlıkta tartışılacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİ

A. Genel Açıklama

Bulut bilişim hizmetlerine internete erişilebilen her yerden ulaşılabilmesi hizmet sağlayıcıların müşteri kitlesini ulusal bir devletin sınırları içerisinde yaşayan kullanıcılarla sınırlı olmaktan kurtarmaktadır. Hizmet sağlayıcılar kendi bulundukları konum ve ülkeden bağımsız olarak global bir bakış açısıyla her milletten insana çok çeşitli model ve türlerde bulut bilişim hizmetini sunabilme imkanına sahiptir. Nitekim bugün dünyanın çeşitli yerlerinde geliştirilen ve piyasaya sunulan dijital hizmet ve uygulamalara internet vasıtasıyla her yerden ulaşılabilir. Örneğin başlangıçta yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'nde hizmete sunulan Netflix isimli dijital televizyon hizmeti gördüğü uluslararası rağbet üzerine tüm dünyaya açılmış ve 190'dan fazla ülkede hizmet verir hale gelmiştir⁴⁴⁴. Aynı şekilde, 2004 yılında Harvard Üniversitesi'nin dahili internet sisteminde üniversite öğrencileri arasında sosyal etkileşimi artırmak gibi mütevazı bir amaçla hizmete sunulan Facebook⁴⁴⁵, yaklaşık üç milyar kullanıcıya ulaşan büyüklüğüyle bugün dünyanın en çok kullanıcıya sahip sosyal medya platformuna dönüşmüştür⁴⁴⁶. İşte, bulut bilişim hizmetlerinin bu şekilde küresel olarak kullanıcılara sunulması bu hizmetler adına akdedilen sözleşmelerin de kaçınılmaz olarak milletlerarası nitelik arz etmesini

⁴⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Steve Rose, **Stream Big: How Netflix Changed The TV Landscape In 10 years**, Erişim Adresi: <https://www.theguardian.com/media/2022/feb/05/stream-big-how-netflix-changed-the-tv-landscape-in-10-years> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁴⁵ Mark Hall, **Facebook**, Encyclopedia Britannica içinde, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/topic/Facebook> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁴⁶ Statista, **Most Popular Social Networks Worldwide As Of January 2022, Ranked By Number Of Monthly Active Users**, Erişim Adresi: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> (Son Erişim Tarihi: 17.10.2022).

beraberinde getirmektedir⁴⁴⁷. Milletlerarası nitelik arz eden bu sözleşmelere kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır.

İnternet ortamının fiziksel dünyanın sınırlı coğrafi algılarını dönüştürerek konumdan ve zamandan görece bağımsız bir sanal dünya yaratma yönündeki süregelen başarısı bu yeni sanal dünyada geleneksel hukuk kurallarının uygulanabilirliğinin tartışılmasına neden olmuştur. İnternet teknolojilerinin küresel olarak yaygınlaşmaya başladığı ilk yıllarda sanal ortamda gerçekleştirilen hukuki fiillerin ve girilen hukuki işlemlerin fiziksel dünya için oluşturulmuş olan geleneksel hukuk kurallarından bağımsız sanal dünyaya özgü kurallarla yönetilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁴⁸. Ayrıca, sanal dünyanın ulus-aşırı (*transnational*) niteliğinin milli devletlerin kaynağını egemenlik yetkisinde bulan hukuk ihdas etme kabiliyet ve kuvvetini sanal ortamda ne kadar kullanabileceğini tartışmalı hale getirdiği ifade edilmiştir⁴⁴⁹. Buna karşın öğretilerde sanal ortamda gerçekleşen faaliyetlerin kendine özgü bazı kurallara gereksinim duyabileceği ve bu kuralların bizzat sanal aktörlerce oluşturulabileceği kabul edilse de böyle bir durumun sanal ortamın güçlü aktörlerince zayıf konumda bulunan kullanıcılar aleyhine istismar edilebileceği haklı olarak ileri sürülmektedir⁴⁵⁰. Bu itibarla, günümüzde ulusal devletlerin milli mahkemeleri ve düzenleyici kurumları verdikleri yargı kararları ve aldıkları idari önlemlerle sanal dünyanın ulus-aşırı iktidar alanına sızmakta, ülkelerinin genel hukuk siyasetinin icrasına yardımcı olmaktadır⁴⁵¹. Bu anlamda, internet ortamında akdedilen milletlerarası sözleşmelere geleneksel kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı öğretilerde genel kabul görmekte; ancak sanal dünyanın kendine özgü hususiyetlerinin de göz önüne

⁴⁴⁷ Martić, s. 96.

⁴⁴⁸ Johnson / Post, s. 1367. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 17 vd.

⁴⁴⁹ Carol M. Celestine, “‘Cloudy Skies, Bright Futures?’ In Defense of a Private Regulatory Scheme for Policing Cloud Computing,” **University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy**, C. 13, S. 1, 2013, s. 142; Chris Reed, **Cloud Governance: The Way Forward**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014, s. 363. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0001.

⁴⁵⁰ Julia Hörnle, **Internet Jurisdiction Law And Practice**, Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 19

⁴⁵¹ Andrej Savin, **EU Internet Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020, s. 88.

alınması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵². Nitekim Türk hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının bir araya getirildiği temel kanun olan 5718 Sayılı MÖHUK'ta veyahut kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilen diğer kanunlarda internet ortamında gerçekleşen hukuki fiil ve işlemler için ayrı kurallar getirilmemiştir. O halde, bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken yapılması gereken husus yürürlükteki kanunlar ihtilafı kurallarını eldeki hukuki ilişkinin kendine özgü karakteriyle uyumlu bir şekilde uygulamaktır.

Bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunun bir hukuki mesele olarak gündeme gelebilmesi için hizmet sağlayıcılar ile kullanıcılar arasında bir hukuki uyuşmazlık meydana gelmesi gerekmektedir. Kullanıcılarla hizmet sağlayıcılar arasında gerçekleşebilecek uyuşmazlıklara örnek olarak kullanıcıların ilgili bulut bilişim hizmetinden yararlanmak için sisteme üye olarak oluşturduğu kullanıcı hesaplarının çeşitli sebeplerle tek taraflı olarak kapatılması gösterilebilir. Örneğin, ABD eski başkanı Donald Trump'ın Twitter hesabının, 2020 Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçimleri sürecinde ve sonrasında yapmış olduğu saldırgan içerikli paylaşımlar sebebiyle hizmet sağlayıcı tarafından kapatılması kamuoyunun gündemini uzun süre meşgul etmiştir⁴⁵³. Hizmet sağlayıcılarla bulut bilişim hizmeti kullanıcıları arasında yaşanabilecek uyuşmazlıklardan bir diğeri uygulama ve yazılım geliştiricilerin platform hizmeti sunan bulut bilişim sağlayıcıları ile yaşayabilecekleri ticari uyuşmazlıklardır. Bu tarz ticari uyuşmazlıklara Epic Games ve Apple arasında yaşanan uygulama içi ödeme sistemlerine ilişkin uyuşmazlık örnek gösterilebilir⁴⁵⁴. Söz konusu olayda Epic Games'in geliştiricisi olduğu "Fortnite" isimli oyunun içerisinde kullanıcıların yapacakları satın almalar için kendi geliştirdiği bir uygulama içi ödeme sistemini kullanması App Store'un hizmet şartlarına aykırılık teşkil ettiğinden Apple mevzubahis oyunu uygulama marketinden

⁴⁵² Hörnle, s. 267; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 123; Pedro De Miguel Asensio, **Conflict of Laws and the Internet**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020, s. 410; Tobias Lutzi, "Internet Cases In EU Private International Law—Developing A Coherent Approach," **International and Comparative Law Quarterly**, C. 66, S. 3, 2017, ss. 687-688.

⁴⁵³ Twitter, **Permanent Suspension Of @realDonaldTrump**, 08.01.2021, Erişim Adresi: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁵⁴ Söz konusu uyuşmazlık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğçe İçöz, **Apple, Epic Games davasını kaybetti: Uygulamalar için mağaza dışı ödemelerin önü resmen açıldı**, 11.09.2021, Webrazzi, Erişim Adresi: <https://webrazzi.com/2021/09/11/apple-epic-games-davasini-kaybetti-uygulama-magaza-disi-odemelerin-onu-resmen-acildi/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

kaldırmıştır. Zira o dönem yürürlükte olan App Store Hizmet Şartları uyarınca uygulama marketinde kullanıcılara sunulan bütün yazılım ve oyunların Apple’a ait ödeme sistemini kullanması zorunlu tutulmuş olup uygulama ve oyunlar içerisinde alternatif ödeme sistemlerine yer verilmesine izin verilmemiştir. Devam eden süreçte Epic Games tarafından ABD Kaliforniya Kuzey Bölgesi Mahkemesi’nde açılan dava sonucunda yapılan yargılamalar neticesinde Apple’ın söz konusu sözleşme hükmü ve uygulaması haksız rekabet olarak nitelendirilmiş, Şirket’in App Store’da piyasaya sunulan uygulama ve oyunlar içerisinde alternatif ödeme sistemlerine yer verilmesine rıza göstermesi gerektiğine hükmedilmiştir⁴⁵⁵. Her biri ABD’de yerleşik taraflar arasında yaşanan bu uyuşmazlık ABD mahkemeleri açısından uluslararası bir uyuşmazlık teşkil etmediğinden verilen kararda kanunlar ihtilafı incelemesi de yapılmamıştır. Türkiye’deki bulut bilişim hizmeti kullanıcılarının yabancı hizmet sağlayıcılarla yaşayacakları hukuki uyuşmazlıklar ise tabiatıyla yabancılık unsuru içereceğinden davaya bakan mahkemelerin kanunlar ihtilafı incelemesi yapmaları gerekecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın bulut bilişim sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olması durumunda ise hâkimin olayın esası hakkında karar verebilmesi için öncelikle somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekecektir.

Birden fazla devletin hukuk sistemi ile bağlantı gösteren özel hukuka ilişkin olay ve işlemler yabancılık unsuru içermeleri sebebiyle milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirirler⁴⁵⁶. Buna göre, bir bulut bilişim sözleşmesinin milletlerarası özel hukukun konusunu oluşturabilmesi için söz konusu sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi ve özel hukuka ilişkin olması gerekmektedir. Nitekim 5718 Sayılı MÖHUK’un

⁴⁵⁵ Epic Games, Inc. vs. Apple Inc. September 10, 2021, Case 4:20-cv-05640-YGR, United States District Court Northern District Of California, Erişim Adresi: <https://cand.uscourts.gov/cases-e-filing/cases-of-interest/epic-games-inc-v-apple-inc/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁵⁶ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 5; Aysel Çelikel / Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 9; Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 5; Gülin Güngör, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 21 vd.; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, ss. 19, 20; Rona Aybay / Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 5 vd.; Sibel Özel / Mustafa Erkan / Hatice Selin Pürselim / Hüseyin Akif Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 3 vd.; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022, ss. 6, 7; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, ss. 4, 5.

“Kapsam” başlıklı ilk maddesinde Kanun’un uygulama alanı, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi olarak tespit edilmiştir. O halde bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuku tartışmaya geçmeden önce bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin ve yabancılık unsuru içerip içermediğinin ele alınması gerekmektedir. Bulut bilişim sözleşmelerinin yabancılık unsuru içermesi bulut bilişim sözleşmelerinin milletlerarası niteliği başlığı altında; özel hukuka ilişkin olması ise bulut bilişim sözleşmelerinin vasıflandırılması başlığı altında incelenecektir.

B. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Milletlerarası Niteliği

1. Genel Olarak

Bulut bilişim sözleşmelerinin milletlerarası nitelik gösterdiğini söyleyebilmek için bu sözleşmelerin yabancılık unsuru içerdiğini tespit etmek gerekmektedir. Yabancılık unsuru bir hukuki olay ya da ilişkiyi yabancı bir ülke ile irtibatlı hale getiren unsurdur⁴⁵⁷. Yabancılık unsurunun şahıs bakımından ve yer bakımından olmak üzere temel olarak iki şekilde ortaya çıktığı belirtilmektedir⁴⁵⁸. Şahıs bakımından yabancılık unsuru içeren hukuki olay ve ilişkilerde olay veya sözleşmeye taraf olan kişilerden en az birinin yabancı olması söz konusudur⁴⁵⁹. Uyuşmazlığa konu haksız fiilin yabancı bir ülkede gerçekleşmiş olması, hukuki olaya taraf olan kişilerin yabancı bir ülkede yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunması, uyuşmazlığa konu eşyanın yabancı bir ülkede bulunması, uyuşmazlığa konu hukuki işlemin veya sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması, uyuşmazlığa konu sözleşmenin ifa yerinin yabancı bir ülke olması gibi hususlar ise yer

⁴⁵⁷ Çelikel / Erdem, s. 10; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 31; Nomer, s. 5; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, s. 9; Hatice Özdemir, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları,” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 927.

⁴⁵⁸ Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 6; Mesut Aygün, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1030.

⁴⁵⁹ Çelikel / Erdem, s. 10; Tiryakioğlu, s. 6

bakımından yabancılık unsuruna örnek verilebilecektir⁴⁶⁰. Borç sözleşmeleri alanına özgü olarak öğretide dile getirilen diğer bir görüş, şahıs bakımından veya yer bakımından yabancılık unsuru içermese dahi milletlerarası ticareti ilgilendiren ekonomik karakteri haiz sözleşmelerin de milletlerarası nitelik arz ettiğini savunmaktadır⁴⁶¹. Biz yabancılık unsurunu bir hukuki olay ve ilişkiyi yabancı bir ülke ile bağlantılı hale getiren herhangi bir unsur olarak tanımladığımızdan hukuki olay veya ilişkiyi yabancı bir ülke ile alakalı hale getiren her unsurun somut olay bazında yabancılık unsuru olarak tavsif edilebileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, yer veya şahıs bakımından yabancılık unsuru içermemekle birlikte milletlerarası ticareti ilgilendiren ekonomik karakteri haiz sözleşmelerin de kendilerine özgü bir biçimde yabancılık unsuru içerebileceğini değerlendirmekteyiz⁴⁶².

Bir hukuki olay veya ilişkide yabancılık unsuru bulunup bulunmadığı dava açıldığında uyuşmazlığa bakacak olan mahkeme tarafından tespit edilecektir⁴⁶³. Bu itibarla, davanın açıldığı mahkemenin hukuku bakımından yabancılık unsuru içeren bir sözleşme başka bir ülke mahkemesinin hukuku açısından yabancılık unsuru içeren bir sözleşme olarak kabul edilmeyebilir. Buna göre, bir hukuki olay veya ilişkide yabancılık unsurunun varlığına dair yapılacak saptamaların evrensel veya objektif bir nitelik arz etmesi mümkün olmayıp her mahkemenin kendi subjektif değerlendirmesi belirleyici olacaktır⁴⁶⁴. Bu itibarla, öğretide yabancılık unsuru içeren sözleşmeler ile milletlerarası sözleşmelerin ayrı hukuki olgular olduğunu savunulmakta, yabancılık unsuru taşıyan her sözleşmenin milletlerarası nitelik arz etmeyebileceği ileri sürülmektedir⁴⁶⁵. Gerçekten de bütün unsurları itibarıyla tek bir hukuk sistemi içerisinde etki doğuran bir sözleşmeden

⁴⁶⁰ Çelikel / Erdem, s. 10; Tiryakioğlu, s. 6.

⁴⁶¹ Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 333. Bu bakış açısının Fransız hukukundaki serencamı hakkında bkz. Özdemir, MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmeler, ss. 934-937. Bu görüş hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, ss. 118-121.

⁴⁶² Aynı yönde bkz. Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 121; Ersin Erdoğan, **Medeni Usul Hukukunda Yabancılık Unsuru ve Sonuçları**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2015, s. 21.

⁴⁶³ Özdemir, MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmeler, s. 927.

⁴⁶⁴ Aygün, ss. 1034, 1035; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 7; Özdemir, MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmeler, s. 927.

⁴⁶⁵ Aygün, ss. 1034, 1035; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 96; Özdemir, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmeler," s. 930.

kaynaklanan bir uyuşmazlık hakkında başka bir ülke mahkemesinde dava açıldığında söz konusu uyuşmazlık o mahkeme yönünden yabancılık unsuru içerecek ancak bu uyuşmazlık objektif açıdan milletlerarası nitelik göstermeyecektir⁴⁶⁶. Bu nedenle, bütün milletlerarası sözleşmelerin yabancılık unsuru içerdiği bir vakıa iken bunun karşılığında yabancılık unsuru içeren her sözleşme milletlerarası sözleşme olarak nitelenemeyecektir.

Öğretide tartışmalı olan bir husus herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen bir sözleşmede tarafların hukuk seçimi yapmalarının mümkün olup olmadığı, diğer bir anlatımla tarafların subjektif anlamda hukuk seçimi yaparak yabancı bir ülke ile hiçbir bağlantısı olmayan bir sözleşmeyi yabancılık unsuru içerir hale getirip getiremeyecekleridir. Bir kısım yazarlara göre, bir borç sözleşmesinde tarafların hukuk seçimi yapabilmesi için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi gerekmez zira bizatihi yabancı hukukun seçilmesiyle birlikte sözleşme yabancılık unsuru içerir hale gelecektir⁴⁶⁷. Diğer bir kısım yazarlara göre ise tarafların sözleşmelerinde hukuk seçimi anlaşması yapmış olmaları tek başına o sözleşmeye yabancılık unsuru katmayacak, sözleşmeye milletlerarası nitelik atfedebilmek için şahıs veyahut yer bakımından objektif bir yabancılık unsurunun varlığı aranacaktır⁴⁶⁸. Zira MÖHUK'un ilk maddesinde Kanun'un yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlem ve ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiş olup hukuk seçimine imkan veren 24. maddenin de bu koşula binaen uygulanması gerekir⁴⁶⁹. Bu anlamda, objektif açıdan yabancılık unsuru içermeyen borç sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmış olmaları halinde söz konusu anlaşmaya hukuk seçimi etkisi tanımak yerine seçilen hukukun kurallarının sözleşmeye atıf yoluyla dahil edildiğinin (*incorporation by reference*) kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁷⁰. Böyle bir durumda sözleşmeye dahil edilen yabancı hukuk kuralları

⁴⁶⁶ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 98, 99.

⁴⁶⁷ Çelikel / Erdem, ss. 384, 385; Nomer, s. 324; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, ss. 333, 334.

⁴⁶⁸ Aygün, s. 1037; Doğan, ss. 7, 8; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, ss. 11, 12; Zeynep Derya Tarman, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, "Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi", C. 26, S. 1, 2010, s. 147;

⁴⁶⁹ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 94; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, s. 12.

⁴⁷⁰ Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları," **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 34. Aynı yönde bkz. Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, s. 12.

Türk hukukunun emredici düzenlemelerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde uygulama bulacaktır⁴⁷¹.

AB milletlerarası özel hukukunun kanunlar ihtilafı hukuku alanında temel enstrümanlarından biri olan Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün⁴⁷² 3. maddesinin 3. fıkrasında hukuk seçimi anında objektif anlamda hiçbir yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerde hukuk seçiminin etkisini sınırlandıran bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut duruma ilişkin tüm diğer unsurlar hukuku seçilen yabancı ülkeden başka bir ülkeye aitse tarafların hukuk seçimi bu ülke hukukunun sözleşme ile aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin uygulanmasını engelleyemeyecektir⁴⁷³. Diğer bir deyişle, hukuk seçimi esnasında sözleşmenin tüm unsurları tek bir ülkede toplanıyorsa, tarafların yabancı bir hukuku seçmesi, diğer bütün unsurların toplandığı ülke hukukunun emredici hukuk kurallarının uygulanmasının önüne geçemeyecektir⁴⁷⁴. O halde, Roma I Tüzüğü'nde herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerde hukuk seçimine dair getirilen bu sınırlamaya benzer bir hükmün MÖHUK'ta bulunmaması karşısında borç sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi imkanı tanıyan MÖHUK m. 24 hükmünün yabancılık unsuru taşımayan sözleşmeler bakımından da uygulanabileceği söylenebilir mi?

⁴⁷¹ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 34; Aygün, s. 1038.

⁴⁷² The European Parliament And The Council Of The European Union, **Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, OJ L 176/6, 04.07.2008, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁷³ Bu hükmün ve selefi Roma Konvansiyonu'ndaki eşdeğer m.3/III hükmünün taslak müzakerelerinde İngilizlerin böyle bir hükme yer verilmesine karşı çıktığı, diğer Avrupa ülkeleriyle karşılıklı verilen tavizler neticesinde hükmün son halini aldığı belirtilmektedir. İngilizlerin bu hükme karşı çıkmasının sebeplerinden biri olarak milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimi ve yetki anlaşmalarında en çok tercih edilen ülkenin İngiltere olması ve bu anlamda hukuk seçimine sınır getiren m. 3/III benzeri bir hükmün İngiliz hukuk endüstrisinin zararına olacak olması gösterilmektedir, bkz. Patrick Ostendorf, "The Choice Of Foreign Law In (Predominantly) Domestic Contracts And The Controversial Quest For A Genuine International Element: Potential For Future Judicial Conflicts Between The UK and The EU?," **Journal of Private International Law**, C. 17, S. 3, 2021, s. 424.

⁴⁷⁴ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 126. ABD Kanunlar İhtilafı hukukunda da sözleşmelerde hukuk seçimine ancak iki ya da daha fazla devletin söz konusu uyumsuzlukla bağlantısı olduğu takdirde izin verilmektedir, bkz. Giesela Rühl, **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency**, Conflict of Laws in a Globalized World (ed. Eckart Gottschalk / Ralf Michaels / Giesela Rühl, Jan Von Hein) içinde, New York: Cambridge University Press, 2008, s. 159.

Kanaatimizce, MÖHUK'un ilk maddesinde yer alan Kanun'un yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlem ve ilişkilerinde uygulanacağını öngören kapsam kuralı tarafların herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerde 24. madde anlamında hukuk seçiminde bulunmasının önüne geçmektedir. Şu durumda yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerde tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmaları durumunda bu anlaşmaya hukuk seçimi etkisi tanımak yerine seçilen yabancı hukukun kurallarının sözleşme metnine dahil edildiğinin kabul edilmesi en makul çözüm olacaktır.

2. Yabancılık Unsuru İçeren Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Tespiti

Bulut bilişim hizmetlerinin küresel olarak kullanıcılara sunulması karşısında bu hizmetler adına akdedilen sözleşmelerin milletlerarası nitelik arz etmesinin çoğu durumda kaçınılmaz olduğu yukarıda açıklandı. Ancak, bir bulut bilişim sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık Türk hakiminin önüne geldiğinde MÖHUK hükümlerinin ve bu anlamda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının gündeme gelmesi için bu genel kabulden hareket edilmesi mümkün olmayıp hâkimin somut olayda taraflar arasında akdedilen sözleşmenin ve arkasındaki hukuki ilişkinin hangi bakımlardan yabancılık unsuru içerdiğini hususen tespit etmesi gerekecektir.

Ülkemizdeki kullanıcılar bakımından bulut bilişim sözleşmelerinde yabancılık unsurunun kendini göstereceği esas nokta bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının tabiiyetidir. Günümüzün en yaygın bulut bilişim hizmetlerine bakıldığında bunların ait olduğu şirketlerin büyük çoğunluğunun ABD'de yerleşik olduğu görülecektir⁴⁷⁵. Bununla birlikte, Çin Halk Cumhuriyeti'nde yerleşik şirketlere ait olan Alibaba Cloud ve Tencent Cloud gibi önemli hizmet sağlayıcılar da bulunmaktadır. Yine, çeşitli büyüklükteki firmalara yazılım hizmeti sunan SAP Cloud'un şirket merkezi Almanya'da yer almaktadır. Kullanıcıların akdettikleri bulut bilişim sözleşmelerinde hizmeti sağlayan

⁴⁷⁵ Michels / Millard / Turton, ss. 10-12.

taraf olarak çoğunlukla hizmet sağlayıcının şirket merkezinin bulunduğu yerdeki tüzel kişilik gösterildiğinden yabancı ülkelerde yerleşik hizmet sağlayıcılarıyla akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri şahıs bakımından yabancılık unsuru içerecektir. Örneğin, Google'ın Hizmet Şartları'nda⁴⁷⁶ ABD Delaware Eyaleti yasaları uyarınca kurulmuş ve ABD yasaları uyarınca faaliyet gösteren Google LLC; Facebook'un Hizmet Şartları'nda⁴⁷⁷ Kaliforniya Eyaleti yasaları uyarınca kurulmuş ve ABD yasaları uyarınca faaliyet gösteren Meta Platforms Inc.; Amazon'un Hizmet Şartları'nda⁴⁷⁸ Washington Eyaleti yasaları uyarınca kurulmuş ve ABD yasaları uyarınca faaliyet gösteren Amazon Web Services Inc. Türkiye'de yaşayan kullanıcılar bakımından sözleşme tarafı olarak gösterilmiştir. Öte yandan, küresel hizmet sağlayıcıların sözleşmelerinde zikredecekleri âkit tüzel kişinin belirlenmesinde müşterilerin konumu da belirleyici olmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde yaşayan kullanıcılarla akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcılar esas şirket merkezlerini âkit taraf olarak göstermek yerine AB üyesi ülkelerde kurmuş oldukları yavru şirketleri sözleşme tarafı olarak zikretmektedirler⁴⁷⁹. Türkiye'de yaşayan kullanıcılar bakımından ise böyle bir uygulamaya gidilmemektedir.

Ülkemizde yerleşik olan bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının akdettikleri bulut bilişim sözleşmeleri açısından yabancılık unsuru bu hizmetleri şahıs bakımından yabancı gerçek ve tüzel kişilerin; yer bakımındansa yabancı ülkelerde yerleşik gerçek ve tüzel kişilerin kullanması durumunda ortaya çıkacaktır. Örneğin, Türkiye'de yerleşik BiP İletişim Teknolojileri ve Dijital Servisler A.Ş. tarafından hizmete sunulan anlık mesajlaşma uygulaması BiP dijital hizmetini kullanan yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile yabancı ülkede yerleşik gerçek ve tüzel kişilerin akdettikleri bulut bilişim sözleşmeleri yabancılık unsuru içerecektir. Nitekim söz konusu uygulamanın Kullanım Koşulları'nda⁴⁸⁰ da bu sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıyabileceği gerçeğinden

⁴⁷⁶ **Google Hizmet Şartları**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/terms/update?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁷⁷ **Facebook Hizmet Koşulları**, Erişim Adresi: <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁷⁸ **AWS Müşteri Sözleşmesi**, Erişim Adresi: https://d1.awsstatic.com/legal/aws-customer-agreement/AWS_Customer_Agreement_Turkish_Translation2.pdf (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁷⁹ Michels / Millard / Turton, s. 16.

⁴⁸⁰ "BiP Kullanım Koşulları," Erişim Adresi: <https://bip.com/tr/kullanim-kosullari/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022); "BiP Terms of Use," Erişim Adresi: <https://bip.com/en/terms-of-use/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

hareketle uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku, yetkili mahkeme olarak İstanbul Anadolu Adliyesi mahkemeleri yetkilendirilmiştir.

Bulut bilişim sözleşmelerinde yabancılik unsuru teşkil edebilecek bir diğer husus bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının kullanıcı verilerini kural olarak belirli bir ülkedeki veri merkezlerinde değil dünyanın çeşitli yerlerine dağılmış veri merkezleri arasında bir akış içerisinde muhafaza etmesidir. Kullanıcı verileri veri merkezleri arasında sürekli dolaşım halinde olduğundan belirli bir zamanda belirli bir müşterinin verilerinin yerini belirlemek çoğunlukla mümkün olmamaktadır⁴⁸¹. Bu durum Facebook Hizmet Koşulları'nda⁴⁸² şu şekilde ifade edilmektedir: “*Dünya çapında hizmet yürütebilmek için içerikleri ve verileri dünyanın dört bir yanındaki (ikamet ettiğiniz ülke haricindeki ülkeler de dahil olmak üzere) veri merkezlerimize ve sistemlerimize dağıtarak buralarda saklamamız gerekmektedir.*” Google ile akdedilen SaaS sözleşmesinin bir parçası olan Gizlilik Politikası'nda⁴⁸³ da benzeri bir hüküm yer almakta, kullanıcıların verilerinin yaşadıkları ülkenin sınırları dışında işlenebileceği dile getirilmektedir.

Daha çok mesleki ve ticari amaçlarla bulut hizmeti alan müşterilere hitap eden Amazon, kullanıcı verilerinin yaşanılan ülke dışında bulunan veri merkezlerinde saklanıp işlenebileceğine ilişkin ucu açık bir hüküm getirmek yerine kullanıcılara verilerinin depolanacağı bölgeyi seçme hakkı tanımaktadır⁴⁸⁴. Bu itibarla, kullanıcılarla akdedilen Gizlilik Politikası anlaşmaları incelendiğinde müşterilere verilerinin depolanacağı veri merkezi bölgesini seçme imkanının IaaS ve PaaS sözleşmeleri ile mesleki ve ticari amaçlarla akdedilen SaaS sözleşmelerinde verildiği, tüketicilerle akdedilen SaaS

⁴⁸¹ Paul Lanois, “Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?,” **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, C. 9, S. 2, 2010, s. 44.

⁴⁸² Facebook Hizmet Koşulları, yukarıda d.n. 508.

⁴⁸³ **Google Gizlilik Politikası**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/privacy?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴⁸⁴ Bkz. AWS Müşteri Sözleşmesi, m. 2/III. Şirket'in internet sayfasında verilen bilgilere göre AWS Cloud halihazırda dünya çapında 27 veri merkezi bölgesine sahip olup 7 adet bölgenin daha hizmete alınması planlanmaktadır, bkz. **AWS Küresel Altyapısı**, Erişim Adresi: <https://aws.amazon.com/tr/about-aws/global-infrastructure/?p=ngi&loc=0> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022). AWS Cloud'un şu an için Türkiye'de veri merkezi bulunmamaktadır.

sözleşmeleri açısından ise buna olanak tanınmadığı gözlemlenmektedir⁴⁸⁵. Söz konusu olanağın kullanıcılara sunulmasında gözetilen bu ayrımla amaçlananın bulut bilişim hizmetini mesleki ve ticari amaçlarla kullanan müşterilerin kendi sorumluluklarını belirleyecek olan veri koruma hukuku kurallarını öngörebilmesini sağlamak olduğu söylenebilir. Bu anlamda, somut olayda sunulan bulut bilişim hizmetinin niteliğine göre Türk hukukunda KVKK açısından veri sorumlusu veya veri işleyen olarak çeşitli sorumluluklar altına girecek olan alt hizmet sağlayıcılar⁴⁸⁶ kendi hizmet aldıkları hizmet sağlayıcının sunduğu veri merkezi bölgesi seçme imkanını kullanarak yurt dışına veri aktarımı konusunda getirilen hukuki sınırlamalara riayet edebileceklerdir. Neticede, kullanıcı verilerinin işlenmesi hizmet sağlayıcının asli edim yükümlülüklerinden biri olduğundan verilerin yabancı ülkelerde yer alan veri merkezlerinde işlenmesi hususu taraflar arasındaki sözleşmenin ifa sürecine yabancılik unsuru katacaktır⁴⁸⁷.

C. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Vasıflandırılması

1. Genel Olarak

Kanunlar ihtilafı kuralları yabancılik unsuru içeren hukuki uyumsuzlukları belirli bir ülkenin maddi hukuk düzenine bağlama işlevi görürler. Bağlama kuralları olarak da isimlendirilen kanunlar ihtilafı kurallarının bu geleneksel işlevi yabancılik unsuru taşıyan bağlama konusunun çeşitli bağlama noktaları vasıtasıyla belirli bir hukuk düzenine bağlanması suretiyle yerine getirilir⁴⁸⁸. Ancak, bağlama konusu teşkil eden yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olayın ait olduğu maddi hukuk müessesesi ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bağlama konusunu belirlemeden yetkili hukuku tespit etmek mümkün

⁴⁸⁵ Turton / Kamarinou / Michels / Millard, ss. 59, 60.

⁴⁸⁶ Bulut bilişim hizmetlerinde hizmet sağlayıcıların hangi durumlarda veri sorumlusu veyahut veri işleyen olarak kabul edileceği hakkında tartışmalar için bkz. Alsenoy, s. 479 vd.

⁴⁸⁷ Aksi yönde bkz. Gabrielle Kaufmann-Kohler, **Choice of Court and Choice of Law Clauses in Electronic Contracts**, Aspects juridiques du commerce électronique (ed. Vincent Jeanneret) içinde, Zurich; Schulthess, 2001, ss. 16-19.

⁴⁸⁸ Çelikel / Erdem, s. 61; Nomer, s. 90; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, s. 18; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 32; Tekinalp, s. 21.

olamayacağından yabancılık unsuru içeren hukuki uyumsuzlukların yargılanmasında ilk aşamayı somut olaydaki hukuki ilişki veyahut olayın vasıflandırılması oluşturmaktadır. Bu çerçevede, bağlama konusunun vasıflandırılması esasen yabancılık unsuru içeren hukuki uyumsuzluğun hangi maddi hukuk müessesesine ilişkin olduğunun belirlenmesi faaliyetini ifade etmektedir⁴⁸⁹. Öte yandan, kanunlar ihtilafı kurallarının diğer yapısal unsuru olan bağlama noktalarının anlamı da ülkeden ülkeye değişiklik gösterebildiğinden bağlama noktalarının anlam içeriğinin belirlenmesi de diğer bir vasıflandırma problemini oluşturmaktadır⁴⁹⁰. Esasen hukuki kavram ve müesseselerin tamamı farklı hukuk sistemlerinde çeşitli anlamlara bürünebileceğinden yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzlukların içeriğinde yer alan bütün kavram ve kurumlar vasıflandırma problemi ortaya çıkarma potansiyeline sahiptir⁴⁹¹.

Hâkimin kendi hukukuna göre vasıflandırdığı ve bağlama noktası vasıtasıyla uygulanacak hukuku belirlediği yabancı unsurlu hukuki uyumsuzluk, yetkili yabancı hukukta hakim hukukundan farklı şekilde vasıflandırılıyorsa bağlama konusunda vasıf ihtilafı ortaya çıkacaktır⁴⁹². Örneğin, Türk hukuku açısından sözleşme öncesi sorumluluğun sözleşmesel olarak vasıflandırıldığı varsayımında ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca bulunan yetkili hukukun konuyu haksız fiil olarak nitelemesi halinde bir vasıf ihtilafının varlığı kabul edilecektir⁴⁹³. Milletlerarası özel hukukta vasıf ihtilaflarının merkezinde yer alan bağlama konusunun vasıflandırılmasında yaşanan buna benzer çelişkilerin çözümü hususunda öğretide karşıt yaklaşımlar ve bu karşıt yaklaşımların sentezi görünümünde çeşitli öneriler bulunmaktadır. Biz çalışmamızın kapsamı açısından bu yaklaşımların ayrıntısına girmek yerine Türk milletlerarası özel hukukunda vasıflandırmanın kural olarak *lex fori* yani hakim hukuku uyarınca yapılması yönteminin benimsendiğini ancak somut olayın şartlarına göre ve özellikle mevzubahis

⁴⁸⁹ Nomer, s. 96 vd.; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 50 vd.; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 55 vd.; Tekinalp, s. 36 vd.

⁴⁹⁰ Nomer, s. 106 vd.; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 53, 54; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, ss. 50-52.

⁴⁹¹ Nomer, s. 97; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 55.

⁴⁹² Çelikel / Erdem, s. 77; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 51;

⁴⁹³ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 51.

hukuki müessese Türk hukukunda mevcut değilse *lex causae* vasıflandırmanın da tercih edilebileceğinin kabul edildiğini belirtmekle yetineceğiz⁴⁹⁴.

Yabancılik unsuru içeren bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorusuna cevap verecek olan kanunlar ihtilafı kuralını tespit edebilmenin ön şartı bulut bilişim sözleşmelerini vasıflandırmaktır. Bulut bilişim sözleşmelerinde vasıflandırma önce *lex fori* uyarınca yapılacak ardından sözleşme içeriğine yönelik ortaya çıkacak bütün yorum sorunları sözleşmeye uygulanacak hukuk yani *lex causae* uyarınca çözülecektir⁴⁹⁵. O halde bir bulut bilişim sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık o konu hakkında milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesi önüne geldiğinde hakimin yapacağı ilk iş yabancılik unsuru içeren bu uyuşmazlığı *lex fori* uyarınca vasıflandırmaktır. Bu anlamda, bulut bilişim sözleşmelerinin Türk hukuku bakımından borç sözleşmesi niteliği taşıdığı yukarıda⁴⁹⁶ tespit edilmiştir. Akabinde bu sözleşmelerin edim ilişkisi yönünden tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna girdiği; kanunlarda düzenlenmiş olup olmama açısından isimli sözleşmeler arasında sayıldığı ve süre yönünden de sürekli sözleşmeler arasında değerlendirilebileceği sonuçlarına ulaşılmıştır.

Milletlerarası özel hukuk sisteminde hangi borç ilişkisine hangi hukukun uygulanacağı söz konusu borcun kaynağına göre belirlenmektedir⁴⁹⁷. O halde borç sözleşmesi niteliği taşıdığı belirlenen bulut bilişim sözleşmelerine genel kanunlar ihtilafı kuralı olarak “Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk” başlıklı MÖHUK m. 24 hükmü uygulanacaktır. Ancak, MÖHUK m. 25 ilâ m. 29 arasında borç sözleşmeleriyle alakalı olarak özel kanunlar ihtilafı kuralları getirilmiş olduğundan bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının belirlenmesi için sözleşmenin konusuna ve taraflarına göre vasıflandırılması da gerekmektedir. Söz konusu

⁴⁹⁴ Vasıf ihtilaflarının çözümü hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel / Erdem, ss. 79-89; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 221-224; Nomer, ss. 100-104; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, ss. 85-93; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, ss. 55-59, 421-423; Tekinalp, ss. 37, 38.

⁴⁹⁵ Çelikel / Erdem, s. 88; Tiryakioğlu, ss. 85, 86; Aslı Bayata Canyaş, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, ss. 274, 275.

⁴⁹⁶ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, II. D başlığı.

⁴⁹⁷ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 32.

maddelerde tüketici sözleşmeleri ile iş sözleşmeleri bakımından özel kanunlar ihtilafı kuralları getirilerek sözleşmesel ilişkilerde zayıf konumda bulunan tüketici ve işçilerin yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde de özel olarak korunması amaçlanmışken taşınmazlara, eşyanın taşınmasına ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler hakkında özel bağlama kuralları düzenlenmesinin arkasında bu sözleşmelerin konusunun hususiyet teşkil etmesi yatmaktadır⁴⁹⁸. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin konuları veya taraflarına göre özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına girdiğinin belirlenmesi durumunda ilgili özel hüküm uygulama bulacak, aksi takdirde genel kural olan m. 24 devreye girecektir.

2. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Konusuna Göre Vasıflandırılması

Bulut bilişim sözleşmeleri Türk hukukunda tipik unsurlarıyla kanunlarda düzenlenmemiş olduğundan isimsiz sözleşmeler grubuna girmektedir. Yukarıda yaptığımız değerlendirmeler çerçevesinde bulut bilişim sözleşmelerinin isimsiz ve kendine özgü birer iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini tespit etmiştik⁴⁹⁹. 5718 Sayılı MÖHUK'ta yabancılık unsuru içeren isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair bir özel hüküm bulunmamaktadır. Kanun'un 27. maddesinde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından özel hüküm getirilmekle birlikte bu hüküm işçi ile işveren arasındaki bağımlılık unsurunun sözleşmenin çerçevesini betimlediği, 4857 Sayılı İş Kanunu⁵⁰⁰ anlamında bireysel iş sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeleri kapsamakta olup iş görme sözleşmelerinin tümü hakkında uygulanacak özel bir kanunlar ihtilafı kuralı değildir. Dahası iş görme edimleri dışında, sunulan hizmetin türüne göre çok çeşitli ve farklı nitelikte edimlerin yer almasının mümkün olduğu bulut bilişim sözleşmelerinin kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler olarak vasıflandırılması gerekliliği karşısında bu sözleşmelere kural olarak genel kanunlar ihtilafı hükmü m. 24'ün uygulanması gerekeceği açıktır. Ancak, gerek m. 24'ün uygulanması açısından gerekse

⁴⁹⁸ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 48.

⁴⁹⁹ Aynı yönde bkz. Haibach, ss. 259, 260.

⁵⁰⁰ R.G. 10.06.2003 – 25134.

tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin m. 26 hükmü bakımından bulut bilişim sözleşmelerinin taraflarına göre vasıflandırılması da gerekmektedir.

3. Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Tarafların Kullanım Amacına Göre Vasıflandırılması

Bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların hukuki sıfatları, yabancılık unsuru içeren bu sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas hareket noktasını oluşturmaktadır. Gerek bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun subjektif olarak hukuk seçimi anlaşması uyarınca belirlenmesinde gerekse objektif olarak kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilmesinde tarafların sıfatı belirleyici rol oynayacaktır. Zira bulut bilişim sözleşmelerine uygulanması muhtemel olan MÖHUK m. 24 ile m. 26 kuralları arasındaki temel ayrım ve bizzat 24. Maddenin 4. Fıkrasında karakteristik edime ilişkin benimsenen karineler tarafların sözleşme ilişkisine mesleki veya ticari amaçlarla mı yoksa bireysel ve ailevi ihtiyaçları için mi giriştiğinin saptanmasını gerektirmektedir. Bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların bulut hizmeti almaktaki ve sunmaktaki gayelerinin tespitinde somut olayda sözleşme konusu edilen bulut bilişim hizmet modeli yol gösterici olacaktır.

a. MÖHUK Madde 24 ile Madde 26 Arasındaki Ayrım: Adi İş-Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı

Borç sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyecek hükümlerden MÖHUK m. 24 ve m. 26 kuralları arasındaki ayrımı resmedebilmek için öncelikle mesleki faaliyet ve ticari faaliyet kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Mesleki faaliyet sözlükte “*belli bir eğitim ile kazanılan, sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş*” olarak

tarif edilmektedir⁵⁰¹. Ticaret ise “*kazanç amacıyla yürütülen alım satım faaliyeti*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰². Buna göre, bir faaliyetin ticari nitelik taşıyabilmesi için temel olarak kazanç sağlama amacının varlığı aranmakta olup buna ilave olarak mesleki nitelik taşıyabilmesi içinse devamlılık arz etmesi gerekmektedir⁵⁰³. O halde, satın alınan mal veya hizmet tüketim amacı güdülmeksizin bir mesleğin icrası, üretimde veya hizmet sunumunda kullanma, yeniden satma gibi yollarla doğrudan veya dolaylı olarak ticari hayata tekrar gönderiliyorsa ticari veya mesleki bir faaliyetin varlığı söz konusu olacaktır⁵⁰⁴. Sonuçta, ticari ve mesleki faaliyetlerde gelir elde etme amacının ön planda olduğu, özellikle mesleki faaliyetler bakımındansa belirli bir dereceye kadar uzmanlaşmanın söz konusu olduğu söylenebilecektir. MÖHUK m. 24 ve m. 26’da yer verilen ticari faaliyet kavramına ilişkin sınırların daha iyi çizilmesi bakımından adi iş, ticari iş ve tüketici işlemi kavramları arasındaki kavramsal ayrımın üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır⁵⁰⁵. Kanaatimizce adi iş ve ticari iş kapsamında olan yabancı unsurlu sözleşmeler MÖHUK m. 24’ün kapsamına girecek, tüketici işlemi kapsamında olan yabancı unsurlu sözleşmeler ise MÖHUK m. 26’nın uygulama alanına girmeye aday olacaklardır.

Türk hukukunda ticari işlerin belirlenmesi ve adi işlerden ayrılması için TTK m. 3 ve m. 19 hükümlerinin ele alınması gerekmektedir⁵⁰⁶. TTK’nın 3. maddesine göre, “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” Bu itibarla, öncelikle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren veya

⁵⁰¹ Bkz. Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁰² TDK, **Güncel Türkçe Sözlük**.

⁵⁰³ Mehmet Bahtiyar / Levent Biçer, “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, s. 411.

⁵⁰⁴ Yakup Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 0, S. 50, 2022, s. 370.

⁵⁰⁵ Öğretide tüketici hukukunun ortaya çıkması ve tüketici sözleşmelerinin kavramsallaşması ile beraber özel hukuk sistemi içerisinde adi sözleşme-ticari sözleşme ayrımının yanında tüketici sözleşmeleri kategorisinin vücut bulduğundan söz edilmektedir, bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketim Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı),” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 1, 2001, s. 67. Adi iş, ticari iş ve tüketici işlemi kavramlarının sınırları hakkındaki tartışmalar için bkz. Bahtiyar / Biçer, ss. 395-436.

⁵⁰⁶ Bahtiyar / Biçer, 413 vd.; Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Aslan Kaya / N. Füsün Nomer-Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s. 63 vd.; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s. 64 vd..

ilgilendirmesin TTK'da düzenlenen bütün konuların Türk hukukunda ticari iş olarak kabul edildiğinin altı çizilmelidir⁵⁰⁷. İkinci olarak, TTK'da düzenlenmemiş olan fakat bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler de ticari iş olarak nitelenecektir⁵⁰⁸. Bu anlamda, ticari işletmeyle ilgili bir işin yerine getirilmesine hazırlık olmak üzere veyahut yerine getirilmesini kolaylaştırmak gayesiyle yapılan işlemler de ticaridir⁵⁰⁹. O halde, bir tacirin ticari işletmesinin faaliyetlerini kolaylaştırmak üzere bulut bilişim hizmetleri almasını ticari iş olarak nitelendirmek mümkündür⁵¹⁰.

Ticari faaliyetleri belirlerken kullanılabilen ikinci dayanak noktası, ticari iş karinesi olarak adlandırılan ve bir tacirin borçlarının, her türlü iş, işlem ve eyleminin, ticari olduğunu varsayımsal olarak kabul eden TTK m. 19/I'nin ilk cümlesi hükmüdür⁵¹¹. Hükmün devamında gerçek kişi tacirlerin ticari faaliyetlerinin dışında özel yaşam alanlarının da bulunması gerçeğinden hareketle karineye iki istisna getirilmiştir⁵¹². Aynı fıkranın ikinci cümlesine göre, gerçek kişi tacir hukuki işlemi yaptığı sırada bu işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse veyahut işin ticari sayılmasına somut durum elverişli değilse işlem gerçek kişi tacir bakımından adi iş sayılacaktır. Buna göre, gerçek kişi tacir cep telefonundaki fotoğrafları yedeklemek için bulut depolama hizmeti aldığı takdirde kişisel bir ihtiyaç için temin edilen bu hizmet ticari iş olarak kabul edilemeyecektir⁵¹³. Öte yandan, tüzel kişi tacirlerin kanun hükmünde zikredilmemiş olması sebebiyle ticari iş karinesine getirilen bu istisnaların yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından uygulama bulacak olması tüzel kişi tacirlerin adi iş sahasının bulunup bulunmadığı noktasında öğretide tartışmalara yol açmıştır. Bir kısım yazarlar kanun hükmünde tüzel kişi tacirler bakımından istisna getirilmemesinden hareketle tüzel

⁵⁰⁷ Arkan, s. 64; Bahtiyar / Biçer, ss. 413, 414; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer-Ertan, s. 64.

⁵⁰⁸ Arkan, ss. 64, 65; Bahtiyar / Biçer, s. 414; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer-Ertan, s. 64.

⁵⁰⁹ Arkan, ss. 64, 65.

⁵¹⁰ Öğretide bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere örnek olarak bir tacirin ticari işletmesinde kullanmak üzere makine, ticari defterler vb. satın alması; ticari defterlerini tutması için bir mali müşavirden hizmet alması; hukuki uyumsuzluklarını takip etmesi için bir avukata vekalet vermesi gibi durumlar gösterilmektedir, bkz. Arkan, s. 65; Bahtiyar / Biçer, s. 414.

⁵¹¹ Arkan, s. 65; Bahtiyar / Biçer, s. 414; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer-Ertan, s. 64.

⁵¹² Bal, s. 375.

⁵¹³ Gerçek kişi tacirin tüketici işlemi niteliğindeki hukuki işlemlerine örnek olarak bkz. Arkan, s. 66; Bahtiyar / Biçer, s. 415; Bal, s. 376.

kişi tacirlerin bütün faaliyetlerinin ancak ticari iş olarak niteleneceği fikrindedirler⁵¹⁴. Diğer bir kısım yazarlar ise tüzel kişi tacirlerin de adi iş sahalarının olabileceğini⁵¹⁵, bunların kendi ticari faaliyetleri ile alakasız konularda giriştikleri borçlandırıci işlemlerin ticari iş olarak kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁵¹⁶. Öğretideki bir başka görüş ise her ticari işin ticari veya mesleki bir amaç taşımasının zorunlu olmadığını dile getirmekte, tüzel kişi tacirlerin de özel amaçlarla borçlandırıci işlemlere girişebileceğini ileri sürmektedir⁵¹⁷. Biz de TTK anlamında ticari faaliyet olarak kabul edilen her işin her durumda ticari veya mesleki bir amaç taşıdığının kabul edilmesinin doğru olmayacağını düşünmekle birlikte tüzel kişi tacirlerin faaliyetlerinin adi iş olarak nitelendirilmesinin çok sınırlı hallerde mümkün olabileceğini değerlendirmekteyiz⁵¹⁸. Nitekim, ticari iş karanesi kapsamında değerlendirilecek olan tüzel kişi tacirlerin müşteri tarafında olduğu bulut bilişim sözleşmelerinin somut olay bazında adi iş veya tüketici işlemi olarak nitelendirilme ihtimalleri oldukça düşüktür.

Son olarak, hukuki işlemin taraflardan biri için ticari diğer taraf için ise adi iş olması ihtimaline binaen getirilen diğer bir kural olan TTK m. 19/II hükmü taraflarından yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmelerin Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılacağını hükme bağlamaktadır. Adi iş ise tüketici işlemi veya ticari iş olarak nitelendirilemeyen her türlü iş olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁹. Bu hükmün uygulanabilmesi için ön şart taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bir sözleşmeden kaynaklanmış olmasıdır⁵²⁰. Ayrıca, kanunda aksine hüküm bulunan hallerde bu kurala işlerlik tanınamayacağı belirtilmelidir⁵²¹. Bu itibarla, taraflarından biri bakımından adi iş

⁵¹⁴ Arkan, s. 66; Ozanoğlu, s. 72, d. n. 59; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer-Ertan, s. 65.

⁵¹⁵ Reha Poroy, "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları," **Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978, ss. 524, 525

⁵¹⁶ Bal, ss. 380, 381; Çabri, ss. 148, 149; Mehmet Battal, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı," **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 322.

⁵¹⁷ İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı," **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2016, ss. 119, 120

⁵¹⁸ Aynı yönde bkz. Bal, s. 378; Çınar, s. 37. Tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla gerçekleştirebileceği borçlandırıci işlemlere örnek olarak bir ticaret şirketinin ihtiyaç sahibi ailelerin çocuklarını okutmak üzere özel okul sözleşmelerine taraf olması (bkz. Aktürk, s. 120) ya da kendi çalışanlarının çocuklarına yönelik işyerinde açtığı kreşe eğitim materyalleri satın alması (bkz. Bal, s. 380) gösterilmektedir.

⁵¹⁹ Bahtiyar / Biçer, s. 416.

⁵²⁰ Arkan, s. 67; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer-Ertan, s. 66.

⁵²¹ Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer-Ertan, s. 66.

niteliğinde olan borç sözleşmesi akdedilmesi işlemi, sözleşmenin diğer tarafı için ticari iş niteliğinde ise bu sözleşme her iki taraf için de ticari sözleşme niteliğinde olacaktır. O halde bir sözleşmenin adi iş tanımına giren bir sözleşme olarak tavsif edilebilmesi için o sözleşmenin her iki taraf bakımından da adi iş niteliğinde olması gerekmektedir. Örneğin, ayakkabı mağazası işleten bir tacirin bir öğrenciden kitap satın alması adi nitelikte kabul edilmektedir⁵²². Yine, öğretide tüketiciden tüketiciye -*consumer to consumer* (C2C)- ticaret şeklinde nitelenen⁵²³ ticari veya mesleki bir sığa sahip olmayan bireysel satıcıların Sahibinden.com ve Letgo gibi çevrimiçi dijital pazar yerlerinde yaptıkları münferit ürün satışları, adi iş olarak kabul edilecek ve haklarında borçlar hukukunun genel hükümleri uygulanacaktır.

Adi iş ve ticari iş ayrımını ele aldıktan sonra MÖHUK m. 24 ile tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren m. 26 arasındaki ayrımı gösterebilmek amacıyla tüketici kavramının ve buna bağılı olarak tüketici sözleşmesinin iç hukuk bakımından⁵²⁴ tanımlanması gerekmektedir. Tüketici, TKHK m. 3/1-k’da “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanırken TTK m. 864/5’te ise “*sözleşmeyi ticari veya mesleki faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişi*” olarak tarif edilmektedir. Tüketici tanımının esas

⁵²² Bahtiyar / Biçer, s. 415.

⁵²³ Vanessa Mak, “Challenges Of Digitalisation For Consumer Contracts,” **Annuario Di Diritto Comparato E Di Studi Legislativi**, C. 11, s. 69, 70.

⁵²⁴ Biz milletlerarası özel hukukta vasıflandırmanın kural olarak *lex fori* uyarınca yapılması yaklaşımını benimsediğimizden bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi teşkil edip etmediğine ilişkin nitelendirmede bulunacak Türk hakiminin bu nitelendirmeyi kendi iç hukuku uyarınca yapacağını varsayıyoruz, aynı yönde bkz. Ali Gümrah Toker, “5718 Sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler,” **İzmir Barosu Dergisi**, C. 81, S. 3, 2016, ss. 16, 17, 19; Zeynep Derya Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması,” **Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 39, S. 1, 2019, s. 330. Öğretide tüketici sözleşmelerinin vasıflandırılması bakımından savunulan bir başka yaklaşım yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde vasıflandırmanın *lex cause* olarak tüketicinin mutad meskeni hukuku uyarınca yapılması gerektiği yönündedir, bkz. Günseli Öztekin Gelgel, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, ss. 56-58. Tüketici sözleşmelerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan 2675 Sayılı Mülga MÖHUK zamanında serdedilen bu görüşün 5718 Sayılı MÖHUK bakımından geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira MÖHUK m. 26 ilk fıkrasında, kapsamına aldığı tüketici sözleşmelerini bizzat tanımlayarak milletlerarası nitelik arz eden tüketici sözleşmeleri sahasında kendi hukuk politikasını ortaya koymuştur. MÖHUK m. 26’nın tüketici sözleşmelerini bizzat tanımlaması karşısında hangi sözleşmelerin tüketici sözleşmeleri olduğuna ilişkin vasıflandırmanın da MÖHUK’un getirdiği tanımdan hareketle *lex fori* uyarınca yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

unsurunu ticari veya mesleki⁵²⁵ amaçlarla hareket etmeme hali oluşturmaktadır. Buna göre, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmelerde tüketici, ticari veya mesleki bir amaç dışında özel amaçlarla hareket eden kişiyi ifade etmektedir⁵²⁶. Özel, ticari veya mesleki olmayan, amaç gerçek kişi tüketicilerde kişisel veya ailevi ihtiyaçların karşılanmasında kendini göstermektedir⁵²⁷. Tacir olmayan tüzel kişiler kapsamında olan ve bu anlamda ticari işletmesi bulunmayan dernek ve vakıfların kurumsal faaliyetlerini sürdürmek için satın aldıkları mal ve hizmetlere dair sözleşmelerde de ticari ve mesleki amaç söz konusu olmadığından haklarında tüketici nitelendirmesi yapılabilecektir⁵²⁸. Kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı sorusuna ise öğretide⁵²⁹ ve yargı kararlarında⁵³⁰ ağırlıklı olarak olumsuz yanıt verilmekte, kamu tüzel kişilerinin özel amaçlarla hareket edemeyeceği savunulmaktadır⁵³¹.

Tüketici belirli bir sığata sahip olan kişi olarak değil özel amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında hareket eden kişi olarak tanımlandığından gerçek kişi tacirler ve serbest meslek sahipleri de kendileri veya aileleri için işlem yaptığı takdirde tüketici sayılacaktır⁵³². Tacir sıfatını haiz tüzel kişilerin ve bu anlamda ticaret şirketlerinin tüketici olarak kabul edilip edilemeyecekleri ise yukarıda tartışma konusu yapılan tüzel kişi tacirlerin adi iş sahasının olup olmadığı meselesi ile ilgilidir. Bize göre ticari şirketlerin ticari veya mesleki amaçlar dışında bir motivasyonla özel hukuk işlemi yapması çok nadir

⁵²⁵ Söz konusu hükümlerde ticari olmayan amacın yanında mesleki olmayan amacın da aranmasının sebebi meslekleriyle doğrudan ilgili hukuki işlemlere girişenlerin gerekli uzmanlığa sahip olmaları ve özel korumaya ihtiyaç duymamalarıdır, bkz. Çabri, ss. 150, 151.

⁵²⁶ Ozanoğlu, s. 59.

⁵²⁷ abri, ss. 150, 151.

⁵²⁸ Bal, s. 374; abri, ss. 145, 146; ınar, s. 38.

⁵²⁹ Bal, s. 374.

⁵³⁰ Yargıtay 13. HD., E. 2005/4061, K. 2005/10142, T. 15.06.2005, Erişim Adresi: <https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2005-4061-k-2005-10142-t-15-06-2005-gorevli-mahkeme/345590/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022); Yargıtay 13. HD., E. 2007/512, K. 2007/3377, T. 09.03.2007, Erişim Adresi: <https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2007-512-k-2007-3377-t-09-03-2007-tazminat-davasi/224748/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵³¹ abri ise kamu hukuku tüzel kişilerinin TKHK kapsamında olmasını engelleyen herhangi bir düzenleme olmamasından hareketle kamu tüzel kişilerinin de ticari veya mesleki faaliyetleri gereği hareket etmedikleri özel hukuk sözleşmelerinde tüketici olarak kabul edilebileceklerini ileri sürmektedir, bkz. Çabri, ss. 146, 147.

⁵³² Bal, ss. 375, 376; ınar, s. 38.

hallerde söz konusu olabileceğinden tüketici sıfatına sahip olabilmeleri de aynı ölçüde nadiren mümkün olacaktır⁵³³.

Tüketici işlemi ise TKHK m. 3/1-1 bendinde “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, ticari veya mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunan gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında akdedilen her türlü sözleşme ve girilen hukuki işlem tüketici işlemidir. Ayrıca, Kanun’da özel olarak kapsam dışı bırakılan münferit sözleşme türleri dışında taraflar arasında akdedilen sözleşmenin tipi veya türü tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilme bakımından öneme sahip değildir⁵³⁴. Önemli olan mal veya hizmet sunanın ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi karşısında mal veya hizmet alanın ise özel amaçlarla hareket etmesidir. Dolayısıyla, bulut bilişim hizmetleri adına akdedilen sözleşmelerin hangilerinin Türk hukuku bakımından tüketici sözleşmesi olarak kabul edileceği belirlenirken hizmet sağlayıcıların ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiği müşterilerinse kişisel ve özel amaçlarla hareket ettiği bulut bilişim hizmetlerini saptamak gerekmektedir.

b. Altyapı Hizmeti (IaaS) ve Platform Hizmeti (PaaS) Sözleşmelerinin Vasıflandırılması

MÖHUK m. 24’ün 4. fıkrasında hukuk seçimi yokluğunda yabancılık unsuru içeren borç sözleşmelerinden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Fıkranın devamında ise sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuş olup olmamasına bağlı olacak şekilde en sıkı ilişkili

⁵³³ Aynı yönde bkz. bkz. Bal, s. 378; Çınar, s. 37.

⁵³⁴ Ozanoğlu, s. 60; Şebnem Akipek Öcal, **Madde 3/Akipek Şerhi**, Milli Şerh (ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner) içinde, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016, s. 57.

hukukun tespitine yönelik birtakım karinelere yer verilmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce, yukarıda yer verdiğimiz adi iş ile ticari iş ayırımına dair ölçütler karakteristik edime ilişkin m. 24/IV’te benimsenen ayrımı açıkلامada kullanılabilecektir. Buna göre, adi iş kapsamında kabul edilebilecek yabancılık unsuru içeren borç sözleşmelerinde en sıkı ilişkili hukuk karine olarak karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku kabul edilecektir. Ticari iş tanımına veyahut mesleki faaliyet kapsamına giren yabancılık unsuru içeren borç sözleşmelerinde ise en sıkı ilişkili hukuk 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 edilebilecektir.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin en bariz örnekleri IaaS ve PaaS sözleşmeleridir. Bu itibarla, bulut bilişim hizmet modellerinin katmanlı yapısında ilk katmanda bulunan Altyapı Hizmeti (IaaS) modelinde sunulan bulut hizmetleri adına akdedilen sözleşmelerde her iki tarafın da mesleki veya ticari amaçlarla hareket ettikleri söylenebilecektir. Zira, IaaS hizmetlerinin tipik kullanımında uygulama ve yazılım geliştiriciler IaaS modelinde sunulan bilişim altyapısına ücret karşılığında ve internet vasıtasıyla erişerek uygulama ve yazılımlarını geliştirmektedirler⁵³⁵. Müşteriler bir anlamda kendi fiziki, somut bilişim altyapılarını oluşturmak yerine IaaS sağlayıcılarından sanal bilgisayarlardan oluşan ölçeklenebilir bir bulut bilişim altyapısı kiralamaktadırlar⁵³⁶. Aynı durum sunduğu çeşitli özellikler ve işlevsellik açısından IaaS hizmetinden farklılaşan Platform Hizmeti (PaaS) modelinde de söz konusudur. Müşteriler PaaS modelinde IaaS modelinden farklı olarak kendi işletim sistemlerini ve kodlama araçlarını değil platformun onlara sunduğu yazılım araçlarını kullanmaktadırlar⁵³⁷. Bunun dışında, PaaS modelinde de bulut bilişim hizmeti alan

⁵³⁵ Hon / Millard, s. 6 vd.; Srinivasan, s. 26 vd..

⁵³⁶ Van Alsenoy, s. 478. Burada ölçeklenebilir olmaktan kasıt sunulan bilişim kapasitesinin müşterinin ihtiyacına göre anlık olarak artırılabilmesidir. Kiraladığınız bir eve her ihtiyacınız olduğunda yeni bir oda ilave edebildiğinizi ve artık ihtiyacınız kalmadığında fazla odaları yok edebildiğinizi düşünelim. Bulut bilişim hizmetlerinin temel özelliklerinden olan hızlı ölçeklenebilirlik ile ifade edilmek istenen budur. Müşteriler yıl içinde dönemsel olarak değişen bilişim kapasitesi ihtiyaçlarına göre aldıkları bulut bilişim hizmetini ölçeklendirebilmektedirler.

⁵³⁷ Hon / Millard, s. 12 vd.

müşterilerin genel profilini profesyonel kullanıcılar oluşturmakta⁵³⁸, uygulama ve yazılım geliştiriciler platform tarafından sunulan çeşitli yazılım araçlarını kullanarak bir ürün meydana getirmek üzere mesleki veyahut ticari amaçlarla sözleşme ilişkisine girmektedirler. Buna göre, IaaS ve PaaS sözleşmelerinde hem hizmet sağlayıcıların hem de müşterilerin ticari veya mesleki amaçlarla sözleşme ilişkisine girdikleri, kişisel veya ailevi ihtiyaçları için hizmet almadıkları, ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla IaaS ve PaaS sözleşmeleri tüketici sözleşmesi veyahut adi iş kapsamında bir sözleşme olarak nitelenemeyecektir.

c. Yazılım Hizmeti (SaaS) Sözleşmelerinin Vasıflandırılması

Bulut bilişim hizmet modelleri arasında son kullanıcı niteliğindeki tüketiciler, bireysel ya da kurumsal kullanıcılar hedeflenerek hizmete sunulan bulut bilişim hizmetleri Yazılım Hizmeti (SaaS) olarak adlandırılan hizmet modelidir. Bu modelde kullanıcılara sunulan bilişim hizmeti, bir bulut altyapısında saklanan ve çalışan yazılım ve uygulamalar vasıtasıyla sunulan hizmetin kullanıcılara ulaştırılmasından ibarettir⁵³⁹. Yukarıda açıklandığı üzere günümüzde akıllı telefonlara yüklenen mobil uygulamalar üzerinden kullanıcılara sunulan dijital hizmetlerin önemli bir kısmı bulut bilişim altyapıları kullanılarak sunulmaktadır. Yine, Whatsapp, Instagram, Facebook, Twitter, Telegram gibi sosyal medya uygulamaları birer SaaS hizmeti olarak nitelendirilmektedirler. Bu hizmetleri sunan hizmet sağlayıcıların ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğini tespit etmekte bir zorluk bulunmamaktadır. Zira hizmet sağlayıcı bulut bilişim hizmetlerini ya ücret karşılığında sunmakta ya da kullanıcıların kişisel verilerini hedefli reklam faaliyetlerinde ya da diğer veri odaklı iş modellerinde kullanarak dolaylı yollardan gelir elde etmektedir. O halde, SaaS hizmetleri adına akdedilen sözleşmeleri tüketici sözleşmesi

⁵³⁸ Voorsluys / Broberg / Buyya, s. 14.

⁵³⁹ Bilgisayarlara ya da telefonlara yazılım ve uygulama yüklerken başlangıçta kabul edilen Son Kullanıcı Lisans Sözleşmeleri'nin (*End User Licence Agreement*, EULA) bulut bilişim sözleşmeleri ile karıştırılmaması gerekmektedir. Bulut bilişim sözleşmeleri bu yazılım ve uygulamaların içeriğindeki hizmete ulaşmak için ayrıca akdedilen ve sunulan hizmete ilişkin şartların, gizlilik hükümlerinin, kabul edilebilir kullanım politikası hükümlerinin ve somut olayda sağlanan hizmetin türüne göre hizmet seviyesi anlaşmalarının bulunduğu bağımsız sözleşmelerdir.

olarak vasıflandırabilmek için kullanıcıların ticari veya mesleki amaçlarla değil özel amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, SaaS hizmetleri bireysel kullanıcılar tarafından gündelik amaçlarla kullanılabildiği gibi işletmeler, devlet kurumları veya meslek sahipleri tarafından ticari veya mesleki amaçlarla da kullanılabilmektedir⁵⁴⁰. Buna göre, SaaS sözleşmelerini bütünsel biçimde tüketici sözleşmeleri olarak nitelendirme olanağı bulunmamakta, müşterilerin somut olaydaki kullanım amacını tespit etmek gerekmektedir.

Yazılım Hizmeti (SaaS) modelinde sunulan bulut bilişim hizmetlerinde esas müşteri kitlesini bu hizmetleri kişisel yaşamında, gündelik faaliyetlerinde kullanacak kişiler oluşturmaktadır. Bu anlamda, bireysel kullanıcılar bulut bilişim altyapısı kullanan mesajlaşma uygulamalarıyla (Whatsapp, Telegram vb.) çevresindekilerle iletişim kurmakta; sosyal medya uygulamalarıyla (Facebook, Twitter, Instagram vb.) sanal ortamda sosyal etkileşimde bulunmakta; bulut depolama hizmetleriyle (Google Drive, OneDrive, Dropbox, iCloud vb.) kişisel verilerini yedekleyebilmektedir. Yine, bilgisayar oyunlarının donanım gereksinimlerinin gittikçe fazlalaşması nedeniyle kişisel bilgisayarlarında yeni çıkan oyunları oynayamayan kullanıcılar bulut bilişim hizmeti şeklinde sunulan oyun platformlarına (GeForce Now, Xbox Cloud Gaming, Google Stadia) üye olarak çok büyük sistem gereksinimleri olan oyunları düşük özelliklere sahip bir bilgisayarda oynayabilmektedirler⁵⁴¹. Müşterilerin ticari veya mesleki amaç gütmemesinin bariz olduğu bu tür kullanımlarda ilgili bulut bilişim sözleşmesini tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmekte bir zorluk bulunmamaktadır. Diğer yandan, sayılan bulut bilişim hizmetlerinin günümüzde pek çok işletme sahibi, tacir veya serbest meslek erbabı tarafından da ticari ve mesleki faaliyetler gereği kullanıldığını hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. Örneğin, bir ticari işletme bulut tabanlı mesajlaşma uygulamalarını kullanarak müşterileriyle iletişim kurmakta, sosyal medya uygulamalarını kullanarak ticari işletmesini tanıtıcı faaliyetlerde bulunmakta ve bulut depolama hizmetlerinden de ticari verilerini yedeklemek amacıyla faydalanmaktaysa özel amaçlı bir kullanımdan değil

⁵⁴⁰ Van Alsenoy, s. 474.

⁵⁴¹ Oyun platformlarında profesyonel oyuncu olarak bulunan ve üzerinde uzmanlaştığı oyun sayesinde gelir elde etmeye başlayan oyuncuların tüketici olarak kabul edilemeyeceği unutulmamalıdır.

ticari veya mesleki faaliyetler gereği bir kullanımdan bahsetmek gerekecektir. Yine, devlet kurumları da özellikle bulut tabanlı kelime işleme uygulamalarından (Office 365, Google Docs vb.) ve depolama hizmetlerinden sıklıkla yararlanmakta olsalar ve hizmet sağlayıcılarla sözleşme ilişkisine girseler dahi yukarıda aktardığımız görüşler çerçevesinde kamu hizmetlerinin görülmesi adına akdedilen bu sözleşmeleri tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırmak olanaklı gözükmemektedir.

SaaS modelinde sunulan bulut bilişim hizmetleri özel amaçlarla, ticari veya mesleki amaçlarla ya da kamu hizmetlerinin görülmesini kolaylaştırmak adına çeşitli sınıflara sahip kullanıcılar tarafından istihdam edilebilmekle birlikte taraflar arasındaki somut sözleşme ilişkisinde müşterilerin kullanım amacı her zaman bu açıklıkla tespit edilememektedir. Zira SaaS sözleşmelerinin yapısı gereği hizmet sağlayıcıların sözleşmenin karşı tarafındaki kullanıcıların gerçek niteliğini bilmesi çoğu durumda mümkün değildir. Dahası, kullanıcılar SaaS modelinde sunulan bir bulut bilişim hizmetinden aynı anda hem özel hayatlarında kişisel ihtiyaç ve eğlenceleri için hem de mesleki veya ticari amaçlarla yararlanabilmektedirler⁵⁴². Örneğin, bir avukat Gmail tarafından sunulan e-posta hizmetini hem kişisel işleri için hem de müvekkilleri ile iletişim kurmak için kullanabilmektedir. Veyahut sıradan bir Twitter kullanıcısının gündelik tecrübelerini aktardığı hesabını binlerce kişinin takip etmeye başlamasıyla çeşitli ticari ürünlerin reklamını yapmaya başlaması ihtimalinde kişisel kullanım için açılmış olan söz konusu sosyal medya hesabı profesyonel bir kullanıma evrilmiş olmaktadır.

Mal veya hizmetlerin müşteri tarafından hem kişisel hem de profesyonel amaçlarla kullanıldığı söz konusu çifte amaçlı sözleşmelerde⁵⁴³ müşterilerin tüketici olarak kabul

⁵⁴² Dzhutsev, s. 19; Loos / Luzak, s. 66; Alan Cunningham / Chris Reed, **Consumer Protection in Cloud Environments**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014, s. 332. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0001.

⁵⁴³ Söz konusu atipik durumları ifade etmek üzere yabancı öğretide *mixed purpose contracts* [bkz. Loos / Luzak, s. 67; Jakob Søren Hedegaard / Stefan Wrba, **The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility**, Legal Certainty In A Contemporary Context: Private And Criminal Law Perspectives (ed. Mark Fenwick / Stefan Wrba) içinde, Singapur: Springer, 2016, s. 82] ya da *dual-purpose contracts* (bkz. Cunningham / Reed, s. 342) kavramları kullanılmaktadır.

edilip edilemeyeceği hususunda somut olay bazında değerlendirme yapılması gerekmektedir. Nitekim ABAD tarafından 2005 yılında verilen *Gruber*⁵⁴⁴ kararında tüketicilerin hem özel hem de profesyonel amaçlarla giriştikleri işlemlerde ticari veya mesleki amacın somut olayda göz ardı edilebilecek kadar önemsiz olduğu durumlarda sözleşmeyi tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmenin uygun olacağı tespitinde bulunulmuştur. Buna karşın, AB Tüketici Hakları Direktifi'nin⁵⁴⁵ Gerekçesi'nin 17. Paragrafında da hem özel hem de ticari veya mesleki amaçlarla akdedilen sözleşmelerde ticari veya mesleki amaç sözleşmenin bütününe bakıldığında baskın bir karakteri haiz değilse âkit tarafın tüketici kabul edileceği belirtilmektedir⁵⁴⁶. Çifte amaçlı kullanılan bulut bilişim hizmetlerindeki somut hukuki ilişkide kullanıcının hangi oranda özel amaçlarla, hangi oranda ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğini saptamak çeşitli zorlukları beraberinde getirecek olsa da bu çözüm tarzının Türk hukuku bakımından da benimsenebileceği görüşündeyiz⁵⁴⁷. Bu hususta örnek vermek gerekirse, Gmail hesabını kısmen gündelik ilişkilerinde kısmen müvekkilleri ile iletişim kurmak için kullanan bir avukat müvekkillerine dağıttığı tanıtıcı kartında da bu kişisel mail adresini kullanmaktaysa kanaatimizce söz konusu e-posta hizmetini özel amaçlarla kullandığını iddia edemeyecektir. Öte yandan, Twitter hesabını hem gündelik vakit geçirmek, haber almak ve paylaşım yapmak amacıyla hem de mesleki amaçlarla meslektaşlarını takip etmek için kullanan bir akademisyenin özel amaçlarla mı yoksa mesleki amaçlarla mı hareket ettiğini belirlemek zor olsa bile somut olayda mesleki kullanım bariz bir ağırlık teşkil etmiyorsa söz konusu SaaS sözleşmesi tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Case C-464/01, Johann Gruber v Bay Wa AG., Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 January 2005, EU:C:2005:32, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0464&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁴⁵ The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive 2011/83/EU Of The European Parliament And Of The Council of 25 October 2011 On Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC Of The European Parliament and Of The Council And Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament And Of The Council**, OJ L 304/64, 22.11.2011, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁴⁶ *Gruber* kararında ticari veya mesleki amacın göz ardı edilebilecek derecede önemsiz olması aranmışken Tüketici Hakları Direktifi'nde özel amaç ile ticari veya mesleki amaçtan hangisinin baskın karakter gösterdiğinin araştırılarak özel amacın baskın olduğu durumlarda sözleşmenin tüketici olarak kabul edilmesi tüketici dostu bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir, bkz. Hedegaard / Wrbka, ss. 83, 84.

⁵⁴⁷ Aynı yönde bkz. Çabri, ss. 156-157. Aksi yönde bkz. Çınar, ss. 38, 39.

⁵⁴⁸ Benzer yönde bkz. Çabri, ss. 156, 157.

Türk hukukunda öğretide bazı yazarlar çifte amaçlı tüketici sözleşmelerinde akdin hukuki niteliğini belirlemek için sözleşmenin kuruluşu esnasındaki amaç unsurunun tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁴⁹. Bu görüşe göre, mal veya hizmet alan kişi, tüketici sözleşmesini ticari veya mesleki nitelikte sayılamayacak özel amaçlarla akdetmişse sonradan sözleşme konusu mal veya hizmetin ticari veya mesleki faaliyetler için kullanılması o sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılmasını engellemeyecektir. Kanaatimizce, SaaS hizmetlerinin kullanım şekillerine ilişkin yukarıda verdiğimiz örnekler göz önüne alındığında böyle bir yaklaşımın benimsenmesi hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Günümüzde sosyal medya kullanıcıları başlangıçta özel amaçlarla gündelik yaşamlarında kullanmak üzere açtıkları sosyal medya hesaplarında ürettikleri dijital içeriklerle zamanla çok sayıda takipçiye ulaşarak birer sosyal medya fenomeni haline gelebilmekte, tanınırlıkları sayesinde çeşitli vesilelerle gelir elde edebilmektedirler. Bu itibarla, söz konusu sosyal medya hesapları, kullanıcıları tarafından açıldıklarında kişisel amaçlarla kullanılmakta idiyse dahi aradan uzun bir müddet geçtikten ve hesap sahipleri gelir elde etmeye başladıktan sonra bile taraflar arasındaki kullanıcı sözleşmelerini tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırmak doğru bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. Bu doğrultuda, ABAD tarafından 25 Ocak 2018 tarihinde verilen bir kararda⁵⁵⁰ 2008 yılından beri davacı Maximilian Schrems'e ait olan bir Facebook hesabına temel teşkil eden kullanıcı sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığı tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, özellikle sosyal medya hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde sunulan hizmetin müşteri tarafında bulunan kişinin tüketici sayılmasını gerektirecek olan kişisel amaçlarla hizmet alma olgusundaki amaç unsurunun zaman içinde değişebileceğini kabul etmiş, böyle bir durumda ilgili müşterinin tüketici sayılabilmesi için sunulan hizmetin ağırlıklı olarak profesyonel bir kullanıma evrilmemiş olmasının gerekeceğini ifade etmiştir⁵⁵¹. Bu nedenle, çifte amaçlı olabilecek tüketici sözleşmelerinde tarafların hukuki işlemi gerçekleştirmekteki amacı tespit edilirken akdin

⁵⁴⁹ Öztekin Gelgel, s. 12; Uyanık, ss. 517, 518; Zeynep Çalışkan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 33.

⁵⁵⁰ Case C-498/16, Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited, Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018, EU:C:2018:37, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0498&from=GA> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁵¹ Case C-498/16, Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited, para. 37-38.

kuruluşu esnasındaki amaçlara göre değil uyumsuzluk ortaya çıktığı tarihte taraflar arasındaki hukuki ilişkinin büründüğü şekle göre yorum yapılmalıdır.

Öğretide, çifte amaçlı tüketici sözleşmelerinde tarafların sözleşmeyi akdetmekteki amaçlarının yorumlanmasında objektif kıstasın esas alınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵². Böyle bir durumda ispat yükü bakımından tüketicinin karşısında mal veya hizmet sunan girişimci tarafın olası iyi niyetinin korunması gerektiği, girişimcinin dürüstlük kuralı uyarınca karşısında mesleki veya ticari amaçlarla hareket eden bir kişinin bulunduğunu varsayabileceği hukuki işlemlerde aksini ispat külfetinin özel amaçlarla hareket ettiğini ileri süren tarafa ait olacağı ileri sürülmektedir⁵⁵³. Biz de bu görüşe katılmakla birlikte, SaaS sözleşmelerinde hizmet sağlayıcıların hedef kitlesinin kural olarak bulut bilişim hizmetlerini kişisel amaçlarla kullanan bireysel müşteriler olduğunu tespit ettiğimizden ispat külfetine ilişkin söz konusu iyi niyet kuralının SaaS sözleşmeleri bakımından nadiren gündeme geleceğini değerlendirmekteyiz⁵⁵⁴. Dolayısıyla, kanımızca, çifte amaçlı akdedilen SaaS sözleşmelerinde tüketicinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğini ispat yükü hizmet sağlayıcılar üzerinde olacaktır.

II. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU VE GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK

⁵⁵² Çalışkan, s. 33; Öztekin Gelgel, s. 12.

⁵⁵³ Çalışkan, s. 33; Nomer, s. 355; Öztekin Gelgel, s. 12.

⁵⁵⁴ Bazı SaaS sağlayıcıları hizmetlerini kullanan profesyonel müşteriler için ayrı bir hizmet modeli geliştirme yoluna gitmektedirler. Örneğin, Whatsapp mesajlaşma uygulaması tarafından işletme sahipleri için özel olarak hazırlanmış hizmet modelinde uygulamayı gündelik iletişim için kullanan bireysel kullanıcılara nazaran daha çeşitli özellikler hizmet olarak sunulmuştur, bkz. **WhatsApp Business uygulamasını kullanmaya nasıl başlayabilirsiniz?**, Erişim Adresi: <https://www.whatsapp.com/coronavirus/get-started-business?lang=tr> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022). Genellikle ücret karşılığında sunulan bu tür özelleştirilmiş SaaS hizmetlerinde kullanıcıların ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiği daha baştan belli olduğundan İşletme Profili sahibi kullanıcılar tüketici olduklarını iddia edemeyecektir. Nitekim SaaS sağlayıcıları da hizmetlerini ticari veya mesleki faaliyetlerinde kullanan işletme sahibi müşterileri için genel şartlarından bağımsız ayrı Hizmet Şartları hazırlamaktadırlar, bkz. **WhatsApp Business Terms of Service**, Erişim Adresi: <https://www.whatsapp.com/legal/business-terms> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunun gündeme gelebilmesi için öncelikle taraflar arasında geçerli bir bulut bilişim sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir. Bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerliliği Türk maddi hukuku bakımından ilk bölümde ele alınmıştır. Ancak bulut bilişim sözleşmeleri esas yönünden yabancılık unsuru içerdiği gibi kuruluş aşaması bakımından da yabancılık unsuru içerdiğinden söz konusu sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliği ile ilgili meselelerin kanunlar ihtilafı yönünü de ele almak gerekmektedir. Bu doğrultuda, aşağıda öncelikle “Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliği” başlıklı MÖHUK m. 32 hükmü ele alınacak, devamında ise bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitine girişilecektir.

A. Genel Açıklama

Yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerinde tarafların henüz sözleşme akdetmedikleri sırada ve fakat sözleşme akdetmek üzere gerçekleştirdikleri hukuki fiiller, kanunlar ihtilafı açısından esas sözleşme statüsünden farklılık arz etmektedir. Bu durum MÖHUK m. 32’nin gerekçesinde de vurgulanarak, m. 24’ten m. 29’a kadar getirilen bağlama kurallarının borç sözleşmesinin hükümlerine, bu anlamda esasına, uygulanacak hukuku düzenlediği ve ehliyet ile şekil meseleleri dışında sözleşmenin kuruluşuna uygulanacak hukuka dair bir bağlama kuralı ihtiyacına binaen mevzubahis hükmün düzenlendiği ifade edilmiştir⁵⁵⁵. Bu itibarla, maddenin ilk fıkrasında “*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir*” denilmek suretiyle ilgili borç sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun o sözleşmenin kuruluşuna da uygulanacağı yaklaşımı benimsenmiştir⁵⁵⁶. Sözleşmenin kuruluşuna ilaveten, bir bütün olarak

⁵⁵⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Madde Gerekçeleri, Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/milletlerarasi-ozel-hukuk-ve-usul-hukuku-hakkinda-kanun-madde-gerekceleri/1> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁵⁶ Aynı yaklaşım AB milletlerarası özel hukukunda da benimsenmiş olup, bu anlamda Roma Konvansiyonu’nun “*Material validity*” başlıklı 8. maddesi ve Roma I Tüzüğü’nün “*Consent and material validity*” başlıklı 10. maddesi hükümleri MÖHUK m. 32’nin mehzazını oluşturmaktadır denilebilir. Aynı yönde bkz. Bayata Canyaş, s. 225; Tekinalp, s. 294, d.n. 77.

sözleşmenin veya münferit bir hükmünün maddi⁵⁵⁷ geçerliliği de esasa uygulanacak hukuka bağlı kılınmıştır. Bu yaklaşımların temelinde, sözleşmenin kurulma görüşmelerinden sona ermesine kadar ortaya çıkacak hukuki meselelere bütünüyle tek bir ülke hukukunu uygulayarak maddi hukuk ahengini sağlama amacının bulunduğu dile getirilmektedir⁵⁵⁸. Bununla birlikte, borç sözleşmeleri alanında da uygulama bulan hukuki işlemlerin şekline ilişkin MÖHUK m. 7 kuralı ve ehliyeteye uygulanacak hukuka dair MÖHUK m. 9 kuralı, *lex contractus*'a ilaveten ya da onun yerine başka bağlama noktalarını benimsediğinden söz konusu amaç ancak kısmi oranda gerçekleştirilebilecektir⁵⁵⁹. Ayrıca, MÖHUK m. 24/II uyarınca taraflar kısmi hukuk seçiminde bulunabildiklerinden esasa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine başka bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırmaları karşısında da bir engel bulunmamaktadır⁵⁶⁰.

Sözleşmenin kuruluşu ve maddi geçerliliğinin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tâbi tutulması, tarafların hukuk seçimiyle seçtikleri hukukun ve hukuk seçiminde bulunmamışlarsa ilgili bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukukun sözleşmenin kuruluşu ve maddi geçerliliğine de uygulanacağı anlamına gelmektedir⁵⁶¹. Buna göre, MÖHUK m. 32/I uygulanırken sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu varsayımından hareket edilerek esasa uygulanacak hukuk tespit edilecek, devamında ise tespit edilen ülke hukukuna göre sözleşmenin veya münferit hükümlerinin geçerli olarak kurulup kurulmadığına karar verilecektir⁵⁶². Böylelikle sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine

⁵⁵⁷ MÖHUK m. 32'nin başlığında ve ilk fıkrasında geçen maddi geçerlilik ifadesinde yer alan "maddi" nitelemesinin hükmün uygulama alanını şekli geçerlilikten ayırt etmek üzere benimsendiği söylenebilir. Roma Konvansiyonu m. 8 bakımından aynı yönde bkz. Nuray Ekşi, **Sözleşmeden Doğan Borçlarda Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004, s. 122.

⁵⁵⁸ Nomer, s. 341. AB milletlerarası özel hukuku bakımından aynı yönde bkz. Ilaria Queirolo, **Article 10: Consent and Material Validity**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 662, 663; Franco Ferrari / Jan Bischoff, **Article 10 Consent and Material Validity**, Concise Commentary on the Rome I Regulation (ed. Franco Ferrari) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 262.

⁵⁵⁹ AB milletlerarası özel hukuku bakımından aynı yönde bkz. Queirolo, s. 663.

⁵⁶⁰ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 60.

⁵⁶¹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 413; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 189; Nomer, s. 341.

⁵⁶² Gizem Ersen Perçin, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında 'Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği'," **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 58.

uygulanacak hukukun kural olarak farazi sözleşme statüsü olduğu kabul edilmiş olmaktadır⁵⁶³.

Tarafların sözleşme akdetmek üzere gerçekleştirdikleri hukuki fiillerin değerlendirilmesinin tamamen esasa uygulanacak hukuka bağlı kılınmasının her durumda somut olay adaletine hizmet etmeyeceği düşüncesinden hareketle⁵⁶⁴ 32. maddenin 2. fıkrasında bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.*” Bu doğrultuda, olağan şartlarda sözleşmenin kurulması sürecinde taraflarca gerçekleştirilen fiillerin irade beyanı teşkil edip etmediği sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecek iken somut olayın şartları uyarınca taraflardan birinin davranışına bu şekilde hüküm tanınmanın haksızlık olacağı değerlendirilirse davranışına hüküm tanınmasına itiraz eden tarafın mutad mesken hukukuna göre değerlendirme yapılabilecektir⁵⁶⁵. İrade beyanı teşkil edip etmediği tereddüt uyandırabilecek hususlar susmanın kabul anlamına gelip gelmediği meselesi başta olmak üzere bütün pasif hareket tarzı çeşitleri hakkında olabileceği gibi sözleşmeler hukuku bakımından evrensel geçerliliği olmayan aktif bir fiilin irade beyanı teşkil edip etmediği konusuna dair de olabilecektir⁵⁶⁶. Bu itibarla MÖHUK m. 32/II kuralı, taraflardan birinin bir fiilinin kabul anlamına gelmediği meselesi hakkında uygulanabileceği gibi icap yani öneri manasında olmadığı konusu hakkında da tatbik edilebilecektir⁵⁶⁷.

MÖHUK m. 32’nin ikinci fıkrasında düzenlenen istisna hükmü yalnızca sözleşmenin kuruluşuna ilişkin gerçekleştirilen fiillerle alakalı olup sözleşmenin geçerliliği ile alakalı hususlar bu fıkranın uygulama alanı dışında kalmaktadır⁵⁶⁸.

⁵⁶³ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 189; Queirolo, s. 666.

⁵⁶⁴ Queirolo, s. 667; Ferrari / Bischoff, s. 269.

⁵⁶⁵ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 414; Nomer, s. 341; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 371.

⁵⁶⁶ Ferrari / Bischoff, s. 271.

⁵⁶⁷ Bayata Canyaş, s. 235.

⁵⁶⁸ Bayata Canyaş, s. 235; Tekinalp, s. 295.

Sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine ilişkin hukuki meselelerin ne olduğu ise *lex fori* olarak Türk hukuku uyarınca vasıflandırılacaktır. Bu itibarla, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin hukuki meselelere örnek olarak icap ve kabul beyanının taşınması gereken unsurlar; icap ve icaba davetin birbirinden ayrılması; örtülü kabulün mümkün olup olmadığı, genel işlem şartlarının yürürlük denetimi gibi hususlar gösterilebilecektir⁵⁶⁹. Sözleşmenin veya bir hükmünün geçerliliğine ilişkin hukuki meseleler ise daha çok sözleşmenin amacı ve konusunun hukuka uygun olup olmadığı; hata, hile ve korkutma hallerinden müteşekkil olan irade bozukluğu halleri ve genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerin içerik denetimi konularına tekabül etmektedir⁵⁷⁰.

B. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Kuruluşuna Uygulanacak Hukuk

Bulut bilişim sözleşmeleri kural olarak internet ortamında kullanıcılara sunulmakta olup kullanıcılar kabul iradelerini bir kutucuğa ya da butona tıklama yoluyla gösterebilmekte ya da herhangi bir aktif fiil olmaksızın hizmeti kullanmaya devam etme şeklinde tezahür eden bir hareket tarzıyla ortaya koyabilmektedir. Hizmet sağlayıcıların ve müşterilerin herhangi bir devletin egemenliği altında değil sanal dünyada gerçekleştirdikleri bu fiillerin icap ve kabul olarak nitelendirilip neticede bir sözleşmenin kurulduğunun söylenebilmesi için ulusal bir hukuk düzeninin uygulama bulması gerekecektir. Bulut bilişim sözleşmelerinin akdedilmesi sürecinde hizmet sağlayıcılar ve müşteriler tarafından elektronik ortamda gerçekleştirilen davranışlara hukuki sonuç bağlanması MÖHUK m. 32 uyarınca tespit edilen ülke hukukunun karar vereceği bir husustur. Madde hükmü uyarınca bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşuna sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk tatbik edileceğinden hukuk seçimi anlaşması uyarınca seçilen hukuk, bunun yokluğunda ise yetkili bağlama kuralı uyarınca sözleşmeye objektif olarak uygulanacak hukuk sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığı hakkında da söz hakkı sahibi olacaktır.

⁵⁶⁹ Benzer örnekler için bkz. Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 189; Tiryakioğlu, ss. 45, 46.

⁵⁷⁰ Benzer örnekler için bkz. Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 189; Tiryakioğlu, ss. 46-48.

Hizmet sağlayıcı ya da kullanıcının sözleşmenin kuruluşu sırasında gerçekleştirdiği davranışlara sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uyarınca hukuki sonuç tanınmasının hakkaniyetle bağdaşmayacağı sonucuna ulaşıldığı haller yönünden MÖHUK m. 32/II'de yer alan istisna hükmü gündeme gelebilecektir. Bu istisna hükmünün gündeme gelebilmesi için öncelikle sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile davranışına hüküm tanınmasına itiraz eden tarafın mutad meskeni hukukunun farklı ülke hukukları olması gerekmektedir⁵⁷¹. Bu bağlamda, örneğin, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hukuk seçimi anlaşması bulunmadığı takdirde ilgili sözleşmenin esasına MÖHUK m. 26/II uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukuku tatbik edileceğinden tüketicilerin sözleşmenin kuruluşuna yönelik itirazları açısından istisnai nitelikteki MÖHUK m. 32/II hükmünün uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

MÖHUK m. 32/II uygulamasının bir diğer şartı, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun davranışına hüküm tanınmasına itiraz eden tarafın bu itirazına itibar etmeyen bir neticeye ulaşması ve bu suretle sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna hükmetmesidir⁵⁷². Ayrıca, maddenin açık hükmü gereği taraflardan birinin davranışına irade beyanı hükmü tanımanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı değerlendirmesi mahkemece re'sen gerçekleştirilemeyecek olup ilgili tarafın bu yönde bir itirazda bulunması gerekecektir⁵⁷³. Öğretide, böyle bir durumda ilgili tarafın sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu faraziyesine itiraz etmesinin yeterli olacağı belirtilmekte olup özel olarak kendi mutad mesken hukukunun kanuni düzenlemelerine dayanmasının gerekmeyeceği ifade edilmektedir⁵⁷⁴.

MÖHUK m. 32/II hükmü uyarınca taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk yerine davranışına hüküm tanınmasına itiraz eden tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için aranan en önemli şart, bağlama noktası olarak sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tercih edilmesinin

⁵⁷¹ Ferrari / Bischoff, s. 271.

⁵⁷² Nomer, s. 341; Ferrari / Bischoff, s. 271.

⁵⁷³ Bayata Canyaş, s. 236; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 414; Aksi yönde bkz. Ersen Perçin, s. 62.

⁵⁷⁴ Ferrari / Bischoff, s. 275.

hakkaniyete uygun düşmeyecek olmasıdır. Burada hakkaniyete aykırılığın ölçütü olarak sözleşmenin kurulmasına onay vermediğini ileri süren tarafın, gerçekleştirdiği fiillerin esasa uygulanacak hukuk nezdinde sözleşmeyi kabul anlamına geldiğini bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması vakıalarının aranması gerektiği belirtilmektedir⁵⁷⁵. Dolayısıyla, taraflardan birinin davranışına sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun attığı hukuki anlamın ilgili tarafça hiçbir şekilde bilinmemesi ve bilinmesinin de beklenemez oluşu çerçevesinde kendisinin iyi niyetli olduğu sonucuna ulaşılabilir durumlarda söz konusu tarafın itirazı dikkate alınarak kendisinin mutad meskeni hukuku uyarınca değerlendirme yapılabilir⁵⁷⁶. Öte yandan, davranışına hüküm tanınmasına itiraz eden tarafın mutad meskeni hukuku sözleşmenin kuruluşuna bir bütün olarak uygulanmayacak olup yalnızca ilgili tarafın davranışına hüküm tanınamayacak olduğu sonucuna ulaşılması yönünden münferit bir etkiye sahip olacaktır⁵⁷⁷. Bu itibarla, itiraz eden tarafın mutad meskeni hukuku sözleşmenin kuruluşuna uygulanacak hukuk mevkisine erişememekte, yalnızca hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde sözleşmenin kurulmasını engelleme vazifesini ifa etmektedir.

Bulut bilişim sözleşmelerinin akdedilme pratiği bakımından MÖHUK m. 32'nin uygulama alanına giren bir diğer meseleyi standart sözleşme şeklinde akdedilen mevzubahis sözleşmelerde yer alan genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerin geçerli bir şekilde sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığına ilişkin yapılacak değerlendirme oluşturmaktadır. Bu itibarla, genel işlem şartlarının yürürlük denetimi hususu da sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bir konu olarak m. 32/I uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uyarınca gerçekleştirilecektir⁵⁷⁸. Öte yandan, somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesinin akdedilme pratiğinde m. 32/II'nin aradığı şartlar mevcutsa ilgili tarafın mutad meskeni hukuku uyarınca sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığı yönünde bir itiraz dile getirilebilecektir.

⁵⁷⁵ Ferrari / Bischoff, s. 272; Nomer, s. 342; Queirolo, s. 669.

⁵⁷⁶ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 371

⁵⁷⁷ Ferrari / Bischoff, s. 275.

⁵⁷⁸ Ferrari / Bischoff, s. 276.

Öğretide, davranışına hüküm tanınmasına itiraz edebilecek tarafın sözleşmenin zayıf konumunda bulunan tarafı olması gerektiğine dair bir görüş savunulmaktadır⁵⁷⁹. Buna karşın, diğer bir kısım yazarlar m. 32/II hükmünün yalnızca sözleşmenin zayıf tarafı bakımından değil hükmün uygulama şartlarını karşılayan her türlü sözleşme tarafı yararına uygulanabileceğini dile getirmektedirler⁵⁸⁰. Kanaatimizce, MÖHUK m. 32/II hükmü gerçekten de çoğunlukla sözleşmenin zayıf tarafı bakımından gündeme gelebilecek bir istisna kuralı olmakla birlikte hükmün kaleme alınış tarzı şartları sağlayan her türlü sözleşme tarafının sözleşmenin kuruluşuna itiraz etmesine olanak tanımaktadır. O halde, kural olarak gerek hizmet sağlayıcılar gerekse müşteriler somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesinin geçerli olarak kurulmadığına yönelik bir itirazda bulunabilecek ve hakkaniyet gerektiriyorsa itiraz eden tarafın mutad mesken hukuku uyarınca sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığına karar verilebilecektir.

Bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşuna uygulanacak hukuk MÖHUK m. 32/I uyarınca tespit edilirken sözleşmenin ticari veya mesleki amaçlarla mı yoksa tüketim sözleşmesi olarak mı akdedildiğinin bir önemi olmayacaktır. Aynı şekilde, ikinci fıkrada yer alan istisnai uygulama bakımından da sözleşmenin ticari veya mesleki nitelikte olup olmadığı veyahut tüketici sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi önem taşımayacaktır⁵⁸¹. Dolayısıyla, MÖHUK m. 32 yabancılik unsuru içeren bütün borç sözleşmelerinin ve bu anlamda bulut bilişim sözleşmelerinin kuruluşuna uygulanacak bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, MÖHUK m. 32/II hükmünün ticari veya mesleki amaçlarla akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde sözleşmenin her iki tarafı açısından; tüketici sözleşmesi olarak akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde ise hizmet sağlayıcı taraf bakımından daha sıkı şartlarla uygulanacağı açıktır. Bu itibarla, sözleşmenin kuruluşuna itiraz eden tarafın ticari amaçlarla hareket eden bir kişi olması ihtimalinde ve söz konusu tarafın sözleşmenin esasına uygulanan ülke hukukuna tâbi ticari faaliyetlerinin yoğun olması durumunda kendisinin bu itirazına itibar edilmeyebilecektir⁵⁸². Ayrıca, bulut bilişim sözleşmelerinde sıklıkla yer alan hukuk seçimi

⁵⁷⁹ Ersen Perçin, ss. 60, 61.

⁵⁸⁰ Bayata Canyaş, s. 235; Queirolo, s. 669.

⁵⁸¹ Bayata Canyaş, s. 235.

⁵⁸² Queirolo, s. 670.

anlaşmaları bizzat hizmet sağlayıcılar tarafından tek taraflı olarak sözleşmelere dahil edildiğinden hizmet sağlayıcıların seçilen hukukun sözleşmenin kuruluşuna uygulanmasına itiraz etmeleri söz konusu olamayacaktır.

Bulut bilişim sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukukun sözleşmenin kuruluşuna da uygulanmasına itiraz edebilecek asıl kişi grubunu müşteri konumunda bulunan bulut bilişim kullanıcıları teşkil etmektedir. Tüketici, tacir veya meslek erbabı konumunda olmaları fark etmeksizin bütün bulut bilişim kullanıcıları hizmeti kullanmak üzere gerçekleştirdikleri fiillerin sözleşmeyi kabul anlamına gelmediğini ileri sürebilecektir. Müşterilerin bu yöndeki itirazlarının dikkate alınabilmesi için sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun bulut bilişim sözleşmesinin kurulduğuna hükmetmesi, ilgili kullanıcının mutad meskeni hukuku uyarınca sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığı sonucuna ulaşılması, kullanıcının itirazında iyi niyetli olduğunun tespit edilmesi ve somut olayın şartları uyarınca *lex contractus* uygulanarak kullanıcının davranışına irade beyanı niteliği tanınmasının hakkaniyetle bağdaşmayacak olması gerekmektedir. Örneğin, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk bir web sitesine erişim sağlayarak içerisinde dolaşmanın web sitenin en altında yer alan sözleşme şartlarını kabul anlamına geldiğini varsayan *browsewrap* tarzı bir sözleşmeyi geçerli saydığı takdirde, müşteri konumunda bulunan taraf kendi davranışına irade beyanı hükmü tanınmasına itiraz ederek mutad mesken hukukunun uygulanmasını sağlayabilecektir. Böyle bir uygulamanın mümkün olması için somut olayın şartları uyarınca kullanıcının ilgili web sayfasının en altında yer alan sözleşme şartlarını fark etmediğinin, fark etmesinin de beklenemeyeceğinin söylenebilecek olması ve bu anlamda gerçekleştirdiği fiilin *lex contractus*'a göre kabul beyanı anlamına geleceğinin ayırdında olmaması gerekecektir⁵⁸³.

⁵⁸³ Öğretide sözleşmenin kurulmasına itiraz eden tarafın sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre davranışının sözleşmeyi kabul anlamına geldiğini bilmemesi ve bilmesinin beklenemezliğinin menfi bir durum teşkil ettiği, menfi durumların ispatının mümkün olmadığı ve bu nedenle de ispat yükünün sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu ileri süren taraf üzerinde olacağı savunulmaktadır, bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, ss. 371, 372. Oysa, madde 32/II hükmü kanunlar ihtilafı hukuku anlamında hangi bağlama noktasının uygulanacağı konusunda istisnai bir kural getirmekte, söz konusu itirazla karşılaşan

C. Standart Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Bulut bilişim sözleşmelerinin maddi geçerliliği bakımından gündeme gelebilecek temel meseleyi bu sözleşmelerde yer alan hizmet sağlayıcının yararına olacak şekilde tek taraflı olarak kaleme alınmış hükümlerin geçerliliği meselesi oluşturmaktadır. Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından genel işlem şartlarının içerik denetimi, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerin yönünden ise haksız şart denetimine tekabül eden bu mesele hakkında uygulanacak ülke hukuku MÖHUK m. 32/I uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur. MÖHUK m. 32/II'de yer alan istisna hükmü sözleşmenin kuruluşuna ilişkin taraf davranışlarına irade beyanı hükmü tanınmaması gereken haller için kabul edilmiş bir kural olduğundan genel işlem şartlarının içerik denetimi ve haksız şart denetimi açısından uygulanması söz konusu olmayacaktır⁵⁸⁴. Dolayısıyla, bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan tek taraflı hükümlerin içerik denetimi ve haksız şart denetimi kural olarak yine hizmet sağlayıcılar tarafından tek taraflı olarak seçilen ülke hukuku uyarınca gerçekleştirilecektir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri yönünden MÖHUK m. 26/I'de seçilen hukukun etkisi tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici düzenlemeleriyle sınırlanmış olduğundan haksız şart denetimi bakımından tüketicinin mutad meskeni hukukunun nisbi bir etkiye sahip olduğu ileri

hakimi somut olay adaletini sağlayacak bağlama noktasını seçmeye yönlendirmektedir. Burada ispat yükünün sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu ileri süren taraf üzerine bırakılması m. 32/II hükmünün istisnai niteliğiyle uyumlayacaktır. Zira böyle bir durumda, ilgili tarafça sözleşmenin kurulmasına itiraz edilen her ihtimalde, karşı tarafın sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesinin hakkaniyete uygun olduğunu kanıtlaması gerekecektir. Bu yaklaşım sözleşmenin kurulmasına kural olarak esasa uygulanacak hukukun değil itiraz eden tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanacağı izlenimini vereceğinden m. 32 hükmünün düzenlenme gerekçesi olan sözleşmenin birliği ilkesini sağlama amacından da uzaklaşmış olacaktır. Bu nedenle, MÖHUK m. 32/II uygulamasında ispat yükü ilk planda sözleşmenin kurulmasına itiraz eden ve bu hususta kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep eden taraf üzerinde olmalıdır. AB milletlerarası özel hukuku bakımından aynı yönde bkz. Peter Stone, **EU Private International Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010, s. 326.

⁵⁸⁴ Aynı yönde bkz. Ferrari / Bischoff, s. 276.

sürülebilecektir⁵⁸⁵. Ancak, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından bu şekilde özel bir bağlama kuralına MÖHUK'ta yer verilmediğinden içerik denetimi konusu sözleşmede seçilen hukukun karar vereceği bir mesele olarak meydana çıkmaktadır. Öte yandan, her iki tür bulut bilişim sözleşmeleri bakımından nadiren rastlanılacak olsa da hukuk seçimi yapılmamış olduğu hallerde, içerik denetimi ve haksız şart denetimi mevzularına söz konusu sözleşmelere MÖHUK m. 24/IV ve m. 26/II kurallarında öngörülen ülke hukukları uygulanacaktır. Neticede, bulut bilişim sözleşmelerinde irade sakatlığı hallerine, sözleşmenin konusunun ve amacının hukuka uygunluğuna ve içerik denetimi ile haksız şart denetimi mevzularına uygulanacak hukuk sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur.

III. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

A. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Bulut bilişim sözleşmeleri tarafların kullanım amacına göre vasıflandırıldığında ticari veya mesleki amaçlarla akdedildiği söylenebilecek olan bulut bilişim sözleşmelerinin temel olarak Altyapı Hizmeti (IaaS) ve Platform Hizmeti (PaaS) sözleşmeleri olduğu yukarıda tespit edilmiştir. Yazılım Hizmeti (SaaS) sözleşmeleri ise hem özel amaçlarla tüketim sözleşmesi olarak hem de ticari veya mesleki amaçlarla akdedilebilmektedir. İşte, IaaS ve PaaS sözleşmeleri ile ticari veya mesleki amaçlarla akdedilen SaaS sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'te yer alan borç sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin genel nitelikli kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca belirlenecektir.

⁵⁸⁵ Aşağıda bkz. III, B, 3, c başlığı.

1. Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin MÖHUK Madde 24 Kuralı

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'te dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında taraflara aralarındaki borç sözleşmesine uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmış, açık bir biçimde yapılacak hukuk seçiminin yanında, tarafların bu yöndeki iradesi hususunda tereddüt bulunmamakta ise örtülü hukuk seçiminin de geçerli olacağı belirtilmiştir. İkinci fıkroda taraflara aralarındaki sözleşmeyi parçalara ayırarak kısmi hukuk seçiminde bulunma olanağı verilmiştir. Üçüncü fıkroda hukuk seçimi anlaşmasının yapılabileceği zaman hususunda bir sınırlama bulunmadığı hükme bağlanmış ve esas sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacak olan hukuk seçimi anlaşmalarının, üçüncü kişilerin hakları saklı olmak kaydıyla, geçmişe etkili olacağı belirtilmiştir. Nihayet dördüncü fıkroda ise tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları halinde aralarındaki sözleşmesel ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde olan ülke hukukunun uygulanacağı ifade edildikten sonra en sıkı ilişkili hukuka ilişkin birtakım karinelere yer verilmiştir. Ancak, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde hükümde yer alan karinelere itibar edilmeyecek, söz konusu daha sıkı ilişkili hukuk uygulama bulacaktır. Neticede, yabancılık unsuru içeren borç sözleşmelerine uygulanacak hukuk taraflar arasındaki akdin kuruluşuna, maddi geçerliliğine, sözleşme görüşmeleri sırasında doğabilecek borçlara, irade sakatlıklarına, sözleşmenin yorumlanmasına, sorumluluk ve cezai şartlara, ifa ve ifa engellerine, zamanaşımı ve borcun sona ermesine uygulanacak olup bu anlamda sözleşmenin kurulmasına dair görüşmelerden başlayıp sözleşmenin sona ermesine kadar taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi yönetecektir⁵⁸⁶.

5718 Sayılı MÖHUK'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair kuralları hazırlanırken büyük oranda Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

⁵⁸⁶ Akıncı, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 50; Aybay / Dardağan, ss. 269, 270; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 412 vd.; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 189, 190; Nomer, ss. 340, 341; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, ss. 367-369; Tekinalp, ss. 293, 294.

Hakkındaki 1980 Tarihli Roma Konvansiyonu'ndan⁵⁸⁷ yararlanılmıştır⁵⁸⁸. Yine, 5718 Sayılı MÖHUK'a ait Genel Gerekçe'de, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik aşamasında olduğu belirtilerek Roma Konvansiyonu ile uyumlu bir kanun çıkarılmasının Türkiye'de AB müktesebatına ilişkin hukuki tatbikatın gelişmesine yardımcı olacağına işaret edilmiştir. Bununla birlikte, günümüzde AB'de sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü⁵⁸⁹ çerçevesinde belirlenmektedir. Roma I Tüzüğü, esasında bir uluslararası sözleşme olan Roma Konvansiyonu'nun bir AB düzenlemesi haline getirilmesi amacıyla meydana getirilmiş ve Tüzük hazırlanırken çağdaş gelişmelere uyum sağlanması amacıyla birtakım uyarlamalar da yapılmıştır⁵⁹⁰. Dolayısıyla, MÖHUK'ta yer alan borç sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin genel ve özel nitelikli kanunlar ihtilafı kuralları tartışılırken Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü hakkında öğretilerde yapılan tartışmalardan faydalanmakta yarar bulunmaktadır.

Borç sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraf iradelerine göre belirlenmesi subjektif yöntem olarak adlandırılırken, taraf iradelerinden ziyade milletlerarası özel hukukun diğer menfaatlerinin dikkate alınması yoluyla tespit edilmesi objektif yöntem olarak tavsif edilmektedir⁵⁹¹. Bu itibarla, borç sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/I'de tarafların akde uygulanmak üzere seçtiği hukuk olarak belirlenmiş ve taraf iradesine kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir bağlama kuralı niteliği tanınmıştır⁵⁹². Taraflar arasında akdedilen borç sözleşmesinde subjektif anlamda hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimalinde ise söz konusu sözleşmeye uygulanacak hukukun

⁵⁸⁷ The Council Of The European Economic Community, **Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations**, OJ L 266/1, 09.10.1980. Erişim Adresi: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁸⁸ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Genel Gerekçe. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/milletlerarasi-ozel-hukuk-ve-usul-hukuku-hakkinda-kanun-genel-gerekce/1> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁸⁹ The European Parliament And The Council Of The European Union, **Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations** (Rome I), OJ L 176/6, 04.07.2008. Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁵⁹⁰ Bayata Canyaş, s. 2

⁵⁹¹ Tiryakioğlu, s. 17.

⁵⁹² Nomer, s. 317; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 147.

objektif esaslara göre belirlenmesi yöntemi benimsenerek sözleşme ile en sıkı ilişkili olan ülke hukuku bağlama noktası olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedildiği yukarıda tespit edilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk aşağıda bu ikili ayırım çerçevesinde belirlenmeye çalışılacaktır.

2. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Subjektif Yönteme Göre Belirlenmesi

Bulut bilişim sözleşmelerinde uygulanacak hukuka ilişkin sözleşme şartları artık standart haline gelmiştir⁵⁹³. Kanunlar ihtilafı hukukumuzda da MÖHUK m. 24, irade serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, borç sözleşmelerinde taraflara aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku seçme hakkı tanımaktadır. Bu bağlamda, irade serbestisi ilkesinin borçlar hukuku alanındaki görünümünü sözleşme özgürlüğü ilkesi teşkil ederken kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki görünümünü ise hukuk seçimi anlaşmaları oluşturmaktadır⁵⁹⁴. Ancak, kanunlar ihtilafı hukuku alanında geçerli olan irade serbestisi ilkesi ile borçlar hukuku sahasında uygulama bulan sözleşme özgürlüğü prensibi arasında bir nitelik farkı bulunmaktadır⁵⁹⁵. Sözleşen taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdettikleri borç sözleşmelerinde yetkili maddi hukukun emredici düzenlemelerine aykırı hükümlere yer veremeyecek olup yalnızca yedek hukuk kuralları bakımından düzenleme özgürlüğüne sahiptirler. Öte yandan, yabancılık unsuru taşıyan borç sözleşmelerinde taraflar hukuk seçimi anlaşması yaparak seçtikleri hukukun hem emredici düzenlemelerinin hem de yedek hukuk kurallarının bir bütün olarak aralarındaki ilişkiye uygulanmasını sağlayabilecektir⁵⁹⁶. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren

⁵⁹³ Michels / Millard / Turton'ın piyasada sunulan çeşitli bulut bilişim hizmetlerinden pazar payı, bölgesel kapsama alanı, hizmet ve müşteri çeşitliliği gibi faktörlere dayalı olarak seçtikleri 40 adet bulut bilişim hizmetine ilişkin standart sözleşmeler üzerinde yaptıkları 2021 yılında yayınlanmış saha araştırması, hukuk seçimi kayıtlarının yaygınlığı hakkında bir fikir verebilir. Yazarların araştırmalarında taradıkları 40 standart bulut bilişim sözleşmesinden 38 tanesinde hukuk seçimine, 33 tanesindeyse yetkili mahkemeye dair bir hüküm bulunmaktadır, bkz. Michels / Millard / Turton, s. 18 vd..

⁵⁹⁴ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 179; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, s. 403; Arzu Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2005, s. 21.

⁵⁹⁵ Tekinalp, s. 278; Tiryakioğlu, s. 20.

⁵⁹⁶ Tekinalp, s. 278; Tiryakioğlu, s. 20.

sözleşmelerde hukuk seçimi anlaşmaları yapılmasına olanak veren kanunlar ihtilafı hukuku anlamındaki irade serbestisi, taraflara borçlar hukuku sahasındaki sözleşme özgürlüğü ilkesinden daha geniş bir özgürlük alanı tanımaktadır⁵⁹⁷. Bununla birlikte, kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki irade serbestisi çerçevesinde akdedilen hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanınması da belirli koşullara tâbidir.

Öğretide, hukuk seçimi anlaşmalarının yapısal olarak belirli bir ülke hukukunun denetimi altında yapılmadığı⁵⁹⁸, kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu anlamda MÖHUK m. 24'ün bir hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine karar veremeyeceği, ancak böyle bir anlaşmaya etki tanınmasını belirli şartlara bağlayabileceği belirtilmektedir⁵⁹⁹. Bu doğrultuda, tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmasının olanaklı olup olmadığı sorusu uyuşmazlık halinde başvurulacak olan mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının cevaplayacağı bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁰. Buna göre, hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanınması kanunlar ihtilafı kurallarının konusunu oluştururken hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine ise hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak maddi hukuka göre karar verilecektir⁶⁰¹. Diğer yandan, hukuk seçimi anlaşmaları akdedildikleri anda herhangi bir ülke hukukuna tâbi olmadıklarından böyle bir anlaşmanın başlangıçta bir akit olarak teşekkül edip etmediği tereddüt uyandırabilecektir. Öğretide, henüz herhangi bir ülke hukukuna tâbi olmayan hukuk seçimi anlaşmaları bakımından taraf iradelerine etki tanınırken bir uluslararası hukuk ilkesi olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine dayanılabileceği ileri sürülmektedir⁶⁰². Böylelikle kendisine

⁵⁹⁷ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 74; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 21, S. 1-4, 1957, s. 359.

⁵⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Akidlere Tatbik Edilecek Kanun, ss. 359, 360.

⁵⁹⁹ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 74-78.

⁶⁰⁰ Alibaba, s. 79.

⁶⁰¹ Alibaba, s. 80; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 78; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 190, 191.

⁶⁰² Jürgen Basedow, **The Law of Open Societies**, Leiden: Brill | Nijhoff, 2015, ss. 135, 136. Bu hususta savunulan benzer bir yaklaşım, günümüzün küreselleşen ekonomik sisteminde milletlerarası ticaret ilişkileri açısından taraf iradelerine öncelik tanınmasının elzem olduğunu, bu anlamda hukuk seçimi anlaşmalarına

başvurulan ülke mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarının aradığı yeterlilikleri sağlayan hukuk seçimi anlaşmasına bir sözleşme olarak etki tanınabilecek ve devamında söz konusu sözleşmenin maddi geçerliliği ise o sözleşmeye uygulanacak milli hukuka göre tespit edilecektir.

Hukuk seçimi anlaşmalarına kanunlar ihtilafı hukuku anlamında etki tanınması meselesi ile bu sözleşmelerin maddi geçerliliği ayrı meseleler olduğuna göre bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtlarına etki tanınması hususu ile bu anlaşmaların maddi geçerliliği meselesini bağımsız bir şekilde tartışmak gerekmektedir. Bu nedenle, MÖHUK m. 24 anlamında bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanınması ile genel işlem şartı niteliğindeki bu sözleşmelerin geçerliliğine uygulanacak hukuk meselesi ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmalarına Etki Tanınması

MÖHUK m. 24 uyarınca bir hukuk seçimi anlaşmasına etki tanınmasının en temel koşulu taraf iradelerinin ortaya çıkış şekline ilişkindir. Buna göre, hukuk seçimi ya açık bir biçimde yapılmalı ya da tarafların yaptığı seçim sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır. Hükümde tarafların hukuk seçimi anlaşması yapma yönündeki iradelerinin ortaya çıkış şekline ilişkin bir belirlemede bulunulmakta, açık hukuk seçimi yanında örtülü hukuk seçimine de sonuç bağlanmaktadır. Buna göre, hukuk seçimine etki tanınabilmesi için taraf iradelerinin, kural olarak, açık bir biçimde ortaya çıkması gerekmektedir. Yabancılık unsuru içeren bir borç sözleşmesinde tarafların açık bir biçimde hukuk seçimi yaptıklarının söylenebilmesi

uluslararası alanda bütün ülke mahkemelerince geçerlilik tanınmasının medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkelerinden biri olarak değerlendirilebileceğini; ancak bağımsız nitelikteki bu sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliğine ilişkin ikincil nitelikteki meseleler açısından uygulanacak hukukun belirlenmesinin önemli olduğunu dile getirmektedir, bkz. Gary Born / Cem Kalelioğlu, “Choice-of-Law Agreements in International Contracts,” *Georgia Journal of International and Comparative Law*, C. 50, S. 1, 2021, ss. 68-75.

için her iki tarafın da belirli bir ülke hukukunu seçme yönündeki iradelerini sarih bir tarzda, yorum gerektirmeyecek bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir⁶⁰³. Diğer yandan, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerini açık biçimde ortaya koymadıkları haller bakımından örtülü bir biçimde hukuk seçimi yaptıklarını söyleyebilmek içinse bu seçimin sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüte yer vermeyecek biçimde anlaşılabilmesi gerekmektedir. Bir görüşe göre⁶⁰⁴, örtülü bir hukuk seçiminin varlığından söz edebilmek için, “*sözleşme hükümleri ve somut olayın şartları tarafların hukuk seçimi yapma iradelerini o derecede ortaya çıkarmalıdır ki bu şartlar karşısında tarafların hukuk seçimi yapmadığı sonucuna varılamamalıdır.*” Örtülü hukuk seçimine etki tanımak bakımından Kanun’un sergilediği bu katı yaklaşım sözleşen tarafların iradelerinin tahmin edilmesi yoluyla hangi ülke hukukunu seçmiş olabileceklerinin farazi olarak belirlenmesi yönteminin dışlandığına işaret etmektedir⁶⁰⁵. O halde, açık veya örtülü biçimde hukuk seçimine yönelik bir iradeye rastlanamayan sözleşmelere uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenecektir.

Bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapma yönündeki iradelerinin ortaya çıkış şekli sözleşmenin akdediliş tarzına göre değişkenlik göstermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bulut bilişim sözleşmeleri kural olarak genel işlem şartları içeren standart sözleşmeler olarak kullanıcılara internet ortamında sunulmakta, kullanıcılar kabul iradelerini *clickwrap* tarzı sözleşmelerde aktif bir hareketle tıklayarak, *browsewrap* tarzı sözleşmelerde ise örtülü bir biçimde söz konusu hizmeti kullanmaya devam ederek ortaya koymaktadır. Hukuk seçimi anlaşmaları da kullanıcılarca kabul edilen standart bulut bilişim sözleşmelerinin münferit bir hükmü olarak akdedilmektedir. Bu bağlamda, genel işlem şartları arasında yer alan söz konusu hukuk seçimi kayıtlarının esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme teşkil etmeleri sebebiyle yürürlük kazanmaları için ayrıca icap ve kabul prosedürüne konu edilmesi gerektiği düşünülebilecektir. Nitekim öğretide standart sözleşme özelliği gösteren *clickwrap* tarzında akdedilmiş yazılım lisansı sözleşmelerinde

⁶⁰³ Bayata Canyaş, s. 54; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 179, 180; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 401; Nomer, s. 326; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 29.

⁶⁰⁴ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 195.

⁶⁰⁵ Bayata Canyaş, s. 66; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 197, 198; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 326; Tekinalp, s. 286.

yer alan hukuk seçimi anlaşmaları bakımından taraf iradelerinin uyduğu söylenemeyeceği, sözleşmede bulunan diğer genel işlem şartları yürürlük şartlarını karşılarsa bile bu durumun hukuk seçimi anlaşmasına teşmil edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁰⁶. Buna mukabil öğretide bir başka yazar tarafından genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının açık hukuk seçimi şartını karşılayacağı savunulmakta ve böyle bir sonuç için hukuk seçimi kaydını da içeren genel işlem şartlarının usulüne uygun bir biçimde taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline getirilmesi yeterli görülmektedir⁶⁰⁷. Öte yandan, her iki yazar da genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliğine, esas sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuktan bağımsız olarak hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukuk tarafından karar verileceği görüşündedir⁶⁰⁸.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken husus genel işlem şartları arasında yer alan hukuk seçimi kayıtlarının açık bir hukuk seçimi teşkil edip etmediği meselesinin vasıflandırılmasıdır. Hukuk seçiminin açık bir biçimde yapılması gerektiğine ilişkin MÖHUK m. 24/I koşulu bir maddi hukuk kuralı olarak vasıflandırılırsa bu koşulun karşılanıp karşılanmadığına hukuk seçimine uygulanacak hukuk karar verecek, kanunlar ihtilafı kuralı olarak vasıflandırılırsa Türk mahkemelerinin biçimsel bir inceleme yapması gerekecektir. Yukarıda yaptığımız ayırım uyarınca, hukuk seçimi anlaşmalarında taraf iradelerinin ortaya çıkış şekline ilişkin koşullardan biri olan açık irade beyanının varlığı bizatihi bir kanunlar ihtilafı kuralının unsuru olduğundan bu şartın mevcudiyeti incelenirken biçimsel bir inceleme yapılması gerekmektedir⁶⁰⁹. Buna göre, genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi kaydında seçilen hukuk açık, yoruma ihtiyaç göstermeyen bir tarzda belirlenmişse artık bu anlaşmaya sonuç tanımak için uygulanacak yeni bir maddi hukuk arayışına gidilmemelidir. Bu itibarla, genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi kayıtlarının MÖHUK m. 24 anlamında açık hukuk seçimi koşulunu sağlamadığına dair görüşlerin hukuk seçimi anlaşmasına etki tanınması meselesi ile hukuk

⁶⁰⁶ Güngör, Clickwrap Yazılım Lisansı Sözleşmeleri, ss. 36, 37.

⁶⁰⁷ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 183.

⁶⁰⁸ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 183; Güngör, Clickwrap Yazılım Lisansı Sözleşmeleri, s. 37.

⁶⁰⁹ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 182.

seçimi anlaşmasının maddi geçerliliği meselesini birbirinden ayırmayı ihmal ettiğini düşünüyoruz. Oysa hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliği meselesinin gündeme gelebilmesi için öncelikle kendisine başvurulmuş mahkemenin kanunlar ihtilafı hukukunun itibar edeceği bir akdin kurulmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, *clickwrap* ve kullanıcının usulünce sözleşmeye dikkati çekilmiş olması kaydıyla *browsewrap*⁶¹⁰ bulut sözleşmelerinde hukuk seçimi kaydını da içeren hizmet şartları bağlantı linki verilerek ya da doğrudan gösterilerek sunulduğundan MÖHUK m. 24 anlamında taraf iradelerine etki tanınabilecektir⁶¹¹.

Bulut bilişim sözleşmelerinin olağan akdedilme pratiğinde müzakere sürecine yer olmadığından tarafların örtülü bir biçimde hukuk seçiminde bulunma ihtimalleri ziyadesiyle düşüktür. Zira MÖHUK m. 24/I anlamında örtülü bir hukuk seçimine etki tanınabilmesi için tarafların hukuk seçimi yaptıkları hususunda herhangi bir tereddütün hasıl olmaması gerekmektedir. Bulut bilişim sözleşmesinin içeriğinde açık bir hukuk seçimine yer verilmemesi veyahut herhangi bir şekilde hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimalinde örtülü bir hukuk seçiminin mevcut olduğunu söyleyebilmek için taraf iradelerini karşılıklı olarak ortaya koyan yan unsurların araştırılması yoluna gidilecektir. Zira örtülü hukuk seçiminde de açık hukuk seçiminde olduğu gibi gerçek bir iradenin varlığı aranacaktır⁶¹². Öğretide tarafların örtülü bir biçimde hukuk seçim yaptıklarına işaret edebilecek çeşitli kıstasların bulunduğu belirtilmekle birlikte söz konusu kıstasların tekil olarak taraf iradelerini somutlaştıramayacağı, tereddüt oluşmaması adına birden çok ölçütün yardımına başvurulması gerektiği belirtilmektedir⁶¹³. Oysa gerek *clickwrap*

⁶¹⁰ *Browsewrap* tarzında akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde kullanıcıların asıl sözleşmeyi kabul iradesinin örtülü bir biçimde ortaya çıkmasından hareketle hukuk seçimine dair anlaşmanın da örtülü bir biçimde akdedildiği yanlışına düşülmemelidir. *Browsewrap* bulut bilişim sözleşmeleri içerisinde akdedilen hukuk seçimi anlaşmalarının açık bir hukuk seçimi teşkil edip etmediği incelenirken bakılması gereken husus, hukuk seçimine dair münferit hükmün açık bir biçimde kaleme alınıp alınmadığıdır. Bu itibarla, hukuk seçimine ilişkin hükmün açık ve yoruma yer bırakmayacak şekilde kaleme alınması kaydıyla usulüne uygun bir biçimde kurulmuş olan *browsewrap* sözleşmelerde de açık hukuk seçimi yapılması mümkündür.

⁶¹¹ Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 129. *Clickwrap* ve *browsewrap* sözleşmelerin kuruluşu bakımından kullanıcıların kabul iradesinin geçerliliği hakkındaki tartışmalarımız için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, III, A ve B başlıkları.

⁶¹² Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 192; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 44; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 149; Tekinalp, s. 283.

⁶¹³ Bayata Canyaş, ss. 67, 68; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 150; Tekinalp, s. 284.

gerekse *browsewrap* bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların örtülü bir biçimde hukuk seçimi yaptığı değerlendirilmesinde bulunulabilmesi ilave zorluklar arz etmektedir. Öncelikle, bulut bilişim sözleşmelerinin genel işlem şartları içeren standart sözleşmeler olması sebebiyle kullanıcıların bizatihi esas sözleşmeyi kabul iradesinin dahi şüpheli olduğu ve ancak yürürlük denetimi şartlarını taşıyan sözleşme hükümlerinin geçerli kabul edileceği yukarıda tartışılmıştır. O halde, tarafların hukuk seçimine dair açık iradesinin tespit edilemediği standart sözleşmelerde örtülü bir iradenin varlığı ne şekilde ortaya konabilecektir?

Yukarıda açıklandığı üzere bulut bilişim sözleşmelerinin akdediliş tarzında müzakere sürecine yer olmadığından tarafların tek seçeneği sözleşmeyi kabul etmek ya da hizmet almaktan vazgeçmek olmaktadır. Dolayısıyla, kullanıcıların ortaya koydukları yegâne irade beyanı kendilerine sunulan sözleşmeyi bir bütün olarak kabul ettiklerine ilişkindir. Bunun dışında, kullanıcıların sözleşmeye ilişkin tasavvurlarını ortaya koyabilecekleri herhangi bir yöntemle bulut bilişim sözleşmelerinin standart akdediliş tarzında yer verilmemektedir. Dolayısıyla, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin somut olaydaki sözleşmede açık bir biçimde bulunmaması halinde sözleşmenin karşı tarafı olan kullanıcıların gerçek iradesini yansıtacak başka bir unsur bulunamayacağından müzakere edilmeksizin akdedilen standart bulut bilişim sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimine ihtiyatla yaklaşılması gerekmektedir.

Kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçimi anlaşmalarına sonuç tanınması noktasında aranan bir başka koşul taraflarca seçilen hukukun belirli bir ülke hukuku olmasıdır⁶¹⁴. Bu anlamda, taraflar sözleşmelerine uygulanmak üzere ancak ulusal bir devletin hâlihazırda yürürlükte olan hukuk sistemini yetkili kılabilir⁶¹⁵. İslam

⁶¹⁴ İstisnai olarak, tarafların açıkça yetkilendirmiş olmaları kaydıyla, Fransız mahkemelerinin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak bir ülke hukuku yerine bir kurallar bütününe ya da münferit bir kanunun seçildiği durumlarda dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak hakkaniyet ve nesafet kuralları (*ex aequo et bono*) uyarınca karar verme yetkisine sahip olduğu yönünde bkz. Basedow, s. 122.

⁶¹⁵ Bayata Canyaş, s. 62; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 145; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 181; Nomer, s. 324; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 37; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 329; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 152; Tiryakioğlu, s. 24.

Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku gibi ülkesel olarak yürürlükte olmayan hukuk düzenlerinin veyahut milletlerarası kuruluşlar tarafından yayınlanan model kanunların ya da sözleşme şartlarının taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesi ihtimalinde ise kanunlar ihtilafı hukuku anlamında hukuk seçimi yapılmış olmayacak, seçilen kuralların atıf yoluyla sözleşme hükmü haline getirildiği (*incorporation by reference*) kabul edilecektir⁶¹⁶. Tarafların aralarındaki sözleşmeye bir ülke hukukunun uygulanmasını tercih etmesi ile belirli bir kurallar bütünü atıf yoluyla sözleşmelerine dâhil etmeleri arasında fark bulunmaktadır. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk söz konusu sözleşmesel ilişkiye bir bütün olarak uygulanmakta olup subjektif bir bağlama kuralı özelliği göstermektedir. Oysa ulusal devletlere ait olmayan hukuk düzenlerinin, model kanunların, standart sözleşme şartlarının ya da belirli bir devletin münferit bir kanununun taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmesi halinde mevzu bahis kuralların geçerliliği o sözleşmenin esasına uygulanacak ülke hukukuna bağlı olacaktır⁶¹⁷. Son olarak, hukuk seçimi anlaşmalarına MÖHUK m. 24 anlamında etki tanınmasının koşullarından bir diğeri taraflar arasındaki borç sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması⁶¹⁸ olmakla birlikte bu konu yukarıda tartışılmıştır⁶¹⁹.

b. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmalarının Kuruluşu ve Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliği meselesinin kanunlar ihtilafı hukuku yanında maddi hukuka istinat eden yönleri de bulunmaktadır. Hukuk seçimi anlaşmaları taraflar arasında akdedilen esas borç sözleşmesinden bağımsız bir kanunlar ihtilafı sözleşmesi olduğundan her iki sözleşmenin

⁶¹⁶ Bayata Canyaş, ss. 63, 64; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 152 vd.; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 181; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 37; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 329; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 152.

⁶¹⁷ Nuray Ekşi, “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 266.

⁶¹⁸ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 91 vd.

⁶¹⁹ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1 başlığı.

de kuruluşu ve geçerliliği kendilerine ayrı ayrı uygulanacak hukuka göre belirlenecektir⁶²⁰. Bu itibarla, taraflar arasındaki borç sözleşmesinin geçersizliği tek başına hukuk seçimi anlaşmasının da geçersizliğine tekabül etmeyecektir⁶²¹. O halde, bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartı niteliğindeki hukuk seçimi anlaşmalarının kuruluşu ve geçerliliğine hangi ülke hukukunun uygulanacağını tartışmak gerekmektedir. Genel işlem şartı niteliğindeki hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliğine ise tespit edilen ülke hukuku karar vereceğinden bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtlarının içerik yönünden geçerli olup olmadığı konusu çalışmamızın kapsamının dışında kalmaktadır.

Hukuk seçimi anlaşmalarının kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta hüküm bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine bizatihi seçilen hukukun uygulanacağı sonucuna ulaşırken “Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliği” başlıklı MÖHUK m. 32 hükmünü dayanak göstermektedirler⁶²². Yazarlara göre, hukuk seçimi anlaşması ister esas sözleşmenin bir şartı olarak isterse ayrı bir sözleşme şeklinde akdedilsin hukuk seçiminin varlığı ve maddi geçerliliğine m. 32'den hareketle taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır⁶²³. Oysa diğer birtakım yazarlar, m. 32/I'de hüküm bulan düzenlemenin taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğine ilişkin olduğunu ileri sürmekte olup Türk hukukunda hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukuka dair bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmediğini savunmaktadırlar⁶²⁴. Bu son görüşteki yazarların görüşünü destekleyen bir açıklama MÖHUK m. 32'nin gerekçesinde yer almaktadır. Maddeye ilişkin gerekçede, m. 24 ve devamındaki maddelerle borç sözleşmeleri alanında getirilen genel ve özel nitelikli

⁶²⁰ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 87; Tiryakioğlu, s. 25.

⁶²¹ Bayata Canyaş, s. 83; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 412; Nomer, s. 325; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 150.

⁶²² Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 190; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 295.

⁶²³ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 190; Demir Gökyayla, s. 295.

⁶²⁴ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 82; Bayata Canyaş, s. 84. Bayata Canyaş, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğine asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka göre karar verileceğinin açıkça düzenlendiğini belirtmektedir. Bu anlamda yazar, m. 32'nin hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanabilmesi açısından açık bir hükme yer verilmesinin yerinde olacağı görüşündedir, bkz. Bayata Canyaş, s. 84.

bağlama kurallarının hüküm statüsünü düzenler nitelikte olduğu ve bu anlamda mevzu bahis bağlama kurallarının sözleşmenin kuruluşu hakkında da uygulanması hakkında bir hüküm ihtiyacına binaen m. 32'nin düzenlendiği belirtilmektedir⁶²⁵. Dolayısıyla, MÖHUK m. 32'yi kaleme alan heyetin ve kanun koyucunun tasavvurunda maddenin borç sözleşmeleri alanına özgü olarak kurgulandığı ve hukuk seçimi anlaşmalarının kapsam dâhilinde düşünülmediği anlaşılmaktadır. Bu anlamda, biz de hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun 32. maddenin ilk fıkrası kapsamına girmediğini değerlendirmekteyiz.

Hukuk seçimi anlaşmalarının kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk meselesi hakkında Türk hukuk öğretisinde çeşitli görüşlere rastlamak mümkündür. Bir görüşe göre, Türk mahkemelerinde görülen davalarda hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine *lex fori* olarak Türk hukuku uygulanmalıdır⁶²⁶. Bu fikirdeki yazarlar, taraflara hukuk seçimi anlaşması yapabilme imkânı veren hukuk sisteminin kendisine başvurulmuş ülke mahkemeleri olduğunu belirtmekte ve buradan hareketle en doğrusunun hukuk seçiminin geçerliliğine *lex fori*'nin uygulanması olacağını ileri sürmektedirler⁶²⁷. Bununla birlikte, biz hukuk seçimi anlaşmalarına kanunlar ihtilafı hukuku anlamında etki tanınması ile bu anlaşmaların geçerliliğini birbirinden ayıran yaklaşıma taraftar olduğumuzdan söz konusu yazarların görüşlerine ilişkin temellendirmelerine katılamamaktayız. Gerçekten de hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanıyan hukuk sistemi kendisine başvurulmuş ülke mahkemelerinin hukuk düzeni olmakla birlikte bu vakıa ancak hukuk seçimi anlaşmalarına kanunlar ihtilafı hukuku anlamında etki tanınması hususunda *lex fori*'nin uygulanmasına zemin oluşturacaktır.

Hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine *lex fori*'nin uygulanmasına öğretide de itiraz edilmektedir. Buna göre, hukuk seçiminin geçerliliğine kendisine başvurulmuş mahkemenin hukuku uygulandığı takdirde sözleşme akdedildiği anda geçerli bir hukuk

⁶²⁵ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Madde Gereklileri

⁶²⁶ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 331; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1996, s. 75.

⁶²⁷ Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 331.

seçiminin mevcut olup olmadığı bilinemeyecek ve hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine hangi ülke hukukunun uygulanacağı taraflardan biri dava açınca kadar belirsiz durumda kalacaktır⁶²⁸. Ayrıca, hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliği *lex fori*'ye tâbi kılındığı takdirde, eğer taraflar arasında münhasır nitelikte bir yetki sözleşmesi de bulunmuyorsa, hukuk seçiminin geçerli veyahut geçersiz kılınmasında menfaati olan taraf kendi menfaatine en uygun düşen milli hukukun ait olduğu ülke mahkemelerinde dava açma yoluna gidebilecek ve dolayısıyla *forum shopping* de denilen istenmeyen durum ortaya çıkabilecektir⁶²⁹.

Öğretide bir başka yazar, hukuk seçiminin temelini irade serbestisi ilkesine dayanmasından ve bu seçimin herhangi bir hukuk düzeninin içerisinde değil dışarısında meydana gelmesinden hareketle hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine sınır aşan (*transnational*) hukukun uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁶³⁰. Bununla birlikte yazar, hukuk seçimini *transnational* hukuka tâbi kılmanın anlaşmayı milli hukuk düzenlerinin etki sahasından çıkarmak anlamına geleceğinin ve bu durumun Türk mahkemeleri ve diğer ülke mahkemeleri nezdinde kabule şayan olamayacağının bilincinde olarak hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine en sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanmasını teklif etmektedir⁶³¹. Böyle bir durumda, bir maddi hukuk sözleşmesi olmayan hukuk seçimi anlaşmaları bakımından karakteristik edimin tespitine yer olmadığından en sıkı ilişkili hukuk belirlenirken bizatihi hukuk seçimi anlaşmasının münferit unsurlarıyla en yakın bağlantı içerisinde olduğu ülke hukukunun tespitine girişilecektir⁶³².

Son olarak, Türk hukuk öğretisinde yazarların çoğu hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanması fikrini

⁶²⁸ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 79, 80; Nomer, s. 329; Tiryakioğlu, ss. 26, 27.

⁶²⁹ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 79, 80; Tiryakioğlu, ss. 26, 27.

⁶³⁰ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 85, 86.

⁶³¹ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 87.

⁶³² Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 88.

savunmaktadırlar⁶³³. Buna göre, belirli bir ülke hukukunu seçerek o ülke hukukunu aralarındaki ilişkiyi yönetmeye yetkili kılan taraflar söz konusu hukukun aralarındaki hukuk seçimi anlaşmasını geçerli addedip etmeyeceğini de bilerek hareket etmektedirler⁶³⁴. Ayrıca, bu yöntemde tarafların yaptıkları hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını daha baştan tespit edebilecek olmaları hukuki güvenin tesisine de hizmet etmektedir⁶³⁵. Nitekim AB Hukukunda da geçmişte Roma Konvansiyonu m. 3/IV'ten başlayarak günümüzde Roma I Tüzüğü m. 3/V ile devam edecek şekilde hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliği asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka bağlanmıştır. Dolayısıyla, hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğinin Türk hukuku bakımından da *lex causae*'ya tâbi tutulmasının tercih edilmesi 5718 Sayılı MÖHUK'un genel amacı olan AB hukukuna uyum sağlanması yönünden de işlevsel olacaktır⁶³⁶.

Hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine değil fakat kuruluşuna uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK m. 32/II hükmüne uygulama alanı tanınabileceği öğretide ifade edilmektedir⁶³⁷. Bu görüşe göre, hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme teşkil ettiğinden taraflardan birinin irade beyanının mevcudiyetine ilişkin istisnai bir hüküm getiren mevzu bahis kuralın hukuk seçimi anlaşmalarına da uygulanmasının önü açıktır⁶³⁸. Bu doğrultuda, taraflardan biri sözleşmenin kuruluşu sırasında gerçekleştirdiği davranışların hukuk seçimine rıza gösterdiği anlamına geldiğini bilmediğini belirterek hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep edebilecektir⁶³⁹. Böyle bir uygulama için hukuk seçimi anlaşmasına takaddüm eden aşamada ilgili tarafın davranışına esasa uygulanacak hukuk uyarınca hüküm tanınmasının hakkaniyete aykırılık teşkil etmesi aranacak olup⁶⁴⁰ bu durum bulut

⁶³³ Bayata Canyaş, ss. 84, 85; Güngör, s. 182; Nomer, s. 329; Tarman, Hukuk Seçimi, s. 150; Tekinalp, s. 278; Tiryakioğlu, s. 26.

⁶³⁴ Tekinalp, ss. 278, 279; Tiryakioğlu, s. 26.

⁶³⁵ Tekinalp, ss. 278, 279; Tiryakioğlu, s. 26.

⁶³⁶ Hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğine esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanmasına eleştirel bir yaklaşım için bkz. Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 83-85.

⁶³⁷ Bayata Canyaş, s. 85.

⁶³⁸ Bayata Canyaş, s. 85.

⁶³⁹ Bayata Canyaş, s. 85; Ferrari / Bischoff, s. 263.

⁶⁴⁰ Ferrari / Bischoff, s. 263.

bilişim sözleşmeleri özelinde çoğunlukla hizmet sağlayıcıları yönünden değil kullanıcılar açısından gündeme gelebilecektir.

Sonuç olarak, fikrimizce hukuk seçimi anlaşmalarının kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda öğretide ortaya konulan görüşlerin birbiri karşısında kesin bir üstünlüğünden bahsedebilmek mümkün değildir. Konu hakkında MÖHUK'ta herhangi bir hüküm de getirilmediğinden böyle bir sorunla karşılaşan Türk mahkemeleri öğretideki görüşlerden de yararlanarak milletlerarası özel hukuk adaletini ve MÖHUK'un genel ruhunu yansıtan bir çözüm bulmaya çalışacaktır. Bu itibarla, kanaatimizce, hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanacak hukuk olarak taraflarca seçilen hukuku gösteren görüş, bu hukuk çoğu durumda hukuk seçimi anlaşmasıyla en sıkı ilişkili hukuku teşkil edeceğinden, tercihe şayan olmalıdır. Dolayısıyla, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde standart olarak yer alan hukuk seçimi kayıtlarının kuruluşu ve geçerliliği bizatihi seçilen hukuka tâbi olacak, söz konusu hukuk seçimi anlaşmalarının kuruluşuna ise somut olayın şartları elverdiği ölçüde MÖHUK m. 32/II çerçevesinde itiraz edilebilecektir.

3. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Objektif Yönteme Göre Belirlenmesi

Bulut bilişim sözleşmesi akdeden tarafların sözleşmelerinde hukuk seçimine yer vermemesi ihtimalinde veyahut sözleşmede yer alan hukuk seçimi anlaşmasına kanunlar ihtilafı hukuku anlamında etki tanınamayan hallerde ya da ilgili anlaşmanın kendisine uygulanan maddi hukuk uyarınca geçerli olmadığına hükmedildiği durumlarda taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24/IV çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir. Söz konusu hükmün ilk cümlesinde yabancılık unsuru içeren borç sözleşmelerine o sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde olan ülke hukukunun uygulanacağı belirtildikten sonra en sıkı ilişkili ülke hukukunun karakteristik edim borçlusu üzerinden tespitine yönelik birtakım karinelere yer verilmiştir. Buna göre, ticari veya mesleki 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 karine olarak en sıkı ilişkili hukuk teşkil edecektir. Karakteristik edim borçlusunun iş yeri ve yerleşim yeri hukuku kanunun açık hükmü uyarınca sözleşmenin kurulduğu an esas alınarak belirlenecektir⁶⁴¹.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedildiği tespit edilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi öncelikle karakteristik edim borçlusunun tespit edilmesine, devamında ise tespit edilen sözleşme tarafının işyerinin veyahut yerleşim yerinin nerede olduğunun tayin edilmesine bağlı olacaktır. Diğer yandan, dördüncü fıkranın ikinci cümlesinde çeşitli ihtimallere binaen getirilen karineler çerçevesinde belirlenen ülke hukuku varsayımsal olarak en sıkı ilişkili ülke hukuku teşkil edecek olmakla birlikte somut olayın şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişki içinde olan bir ülke hukukunun mevcut olduğu sonucuna ulaşırsa sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır.

a. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde En Sıkı İlişkili Hukukun Tespiti

(1) Karakteristik Edim Borçlusu Olarak Hizmet Sağlayıcı

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24/IV uyarınca belirlenmesinde ilk aşamayı karakteristik edim borçlusunun sözleşme taraflarından hangisi olduğunun tespit edilmesi oluşturmaktadır. Borç sözleşmelerinde karakteristik edimin tespiti faaliyeti tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından değil her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yönünden özellik arz eden bir husustur⁶⁴². Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karakteristik edimin belirlenmesi faaliyeti tarafların borç olarak üzerlerine aldıkları

⁶⁴¹ Bayata Canyaş, s. 159; Nomer, s. 333.

⁶⁴² Bayata Canyaş, s. 160; Nomer, s. 335.

edimlerden hangilerinin asli edim olduğuna; asli edimler arasında ise hangi asli edimin sözleşmeyi karakterize ettiğine ilişkindir⁶⁴³. Öğretide karakteristik edim tasvir edilirken, borç sözleşmesinin hukuki niteliğini belirleyen⁶⁴⁴, borç ilişkisinin ağırlık noktasını teşkil eden⁶⁴⁵, ilgili sözleşmeye damgasını vuran⁶⁴⁶, sözleşmeye rengini veren⁶⁴⁷ edim şeklinde çeşitli betimlemelere başvurulmaktadır. MÖHUK m. 24'ün gerekçesinde de karakteristik edim borçlusu belirlenirken “*sözleşmeye sosyal içeriğini ve karakterini veren edim borçlusunun*” esas alınacağına işaret edilmektedir⁶⁴⁸. Bu doğrultuda, öğretide, borç sözleşmelerinde para borcunun karşılığını teşkil eden taraf ediminin karakteristik edim olduğu ifade edilmektedir⁶⁴⁹.

Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının asli edimi bulut bilişim hizmetinin usulüne uygun olarak sunulmasıyken müşterilerin temel borcu parasal bir ücret karşılığında akdedilen sözleşmelerde para borcunu ifa etmek; ücretsiz olarak kurulan sözleşmelerde ise verilerinin ticari amaçlarla işlenmesine rıza göstermektir. Bu itibarla, parasal bir ücret karşılığında akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından hizmet sağlayıcı ediminin karakteristik edim olarak kabul edileceği ilk planda söylenebilecektir⁶⁵⁰. Kullanıcı verilerinin işlenmesine rıza gösterilmesi kaydıyla akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde parasal bir borç söz konusu olmadığından karakteristik edimin belirlenmesinde tereddüt yaşanabilecek olsa da bu sözleşmelerde kullanıcı verileri esasında para borcunu ikame ettiğinden⁶⁵¹ aynı sonuca

⁶⁴³ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 185.

⁶⁴⁴ Bayata Canyaş, s. 158.

⁶⁴⁵ Tekinalp, s. 289.

⁶⁴⁶ Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2 Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 582.

⁶⁴⁷ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 309.

⁶⁴⁸ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Madde Gerekeçleri.

⁶⁴⁹ Özel, s. 582; Tiryakioğlu, s. 223.

⁶⁵⁰ Parasal bir ücret karşılığında akdedilen doğrudan elektronik ticarete ilişkin sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı tarafın ediminin karakteristik olduğu yönünde bkz. Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 132.

⁶⁵¹ Öğretide her iki tarafın da ediminin paradan başka bir şey olduğu haller bakımından benimsenen yaklaşıma göre, taraflardan hangisinin ediminin ödeme yerine geçtiği araştırılarak tespit edilen bu edimin karşısındaki taraf ediminin karakteristik olarak kabul edileceği yönünde bkz. Gülin Güngör, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 231. Ayrıca bkz. Demirkol, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 253.

ulaşılabilecektir⁶⁵². Öte yandan, öğretide⁶⁵³ ve MÖHUK m. 24'ün gerekçesinde iş görme sözleşmeleri alanında iş görme edimini borçlanan tarafın ve bu anlamda hizmet sözleşmelerinde hizmet edenin, vekalet sözleşmelerinde vekalet edenin, eser sözleşmelerinde yüklenicinin karakteristik edim borçlusu olacağı belirtilmektedir. Bu doğrultuda, hizmet sağlayıcı yönünden temel olarak iş görme edimlerinden müteşekkil olan bulut bilişim sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunu da hizmet sağlayıcı taraf teşkil edecektir⁶⁵⁴.

(2) En Sıkı İlişkili Hukuka İlişkin Karinelerin Uygulanması

(a) Hizmet Sağlayıcının İşyeri Hukuku

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuku objektif yöntem uyarınca belirleyen karinelere ilki hizmet sağlayıcının işyeri ülkesi hukukudur. Bu noktada, MÖHUK m. 24/IV, c. 2'de karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukuna işaret edilmekle birlikte işyeri kavramının tanımlanmadığı belirtilmelidir⁶⁵⁵. Türk milletlerarası özel hukukunun bir kuralının münferit bir unsuru olan işyeri kavramı Türk mahkemelerinde *lex fori* olarak Türk hukuku

⁶⁵² Özdemir Kocasakal, taraflardan birinin bir bilgisayar programını, diğerinin ise belirli bir konuda bilgi ve istatistiksel veri sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmelerde karakteristik edimin belirlenmesinin zorluk arz edeceğine işaret etmektedir, bkz. Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 132. Kullanıcı verilerinin ticari amaçlarla kullanılmasına rıza gösterilmesi kaydıyla akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri yönündense böyle bir zorluğun mevcut olmadığı kanaatindeyiz. Bunun birinci sebebi, söz konusu bulut bilişim sözleşmelerinde kullanıcıların veri sağlamayı taahhüt etmedikleri vakıasıdır. Kullanıcılar yalnızca hizmet kullanımı öncesinde ve sırasında oluşturdukları verilerin ticari amaçlarla kullanılmasına rıza göstermektedirler. Bulut bilişim sözleşmeleri açısından karakteristik edimin tespitinde zorluk oluşmayacağına dair kanımızın ikinci sebebi kullanıcı verilerinin ve bu anlamda özellikle kişisel verilerin ekonomik değerinin gittikçe büyümesi karşısında bunların para borcunu ikame edecek düzeyde kıymet ifade eder hale gelmesidir. Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, II, D, 2, a başlığı.

⁶⁵³ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 251; Nomer, s. 336; Şanlı / Esen / Ataman-Figaneşe, s. 344; Tekinalp, s. 289.

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. Haibach, s. 261; Ulrich Magnus, **Article 4: Applicable Law In The Absence Of Choice**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, s. 440. Bulut depolama sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Uyanık, s. 514.

⁶⁵⁵ Madde gerekçesinde, işyeri kavramını tanımlamaktan kaçınılarak bu hususta doktrin ve tatbikatın önünün açık bırakılmasının sağlandığı ifade edilmektedir.

uyarınca vasıflandırılacaktır⁶⁵⁶. Türk hukuku çerçevesinde işyeri kavramının açıklanması adına başvurulabilecek kanuni düzenlemelerin 4857 Sayılı İş Kanunu⁶⁵⁷, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu⁶⁵⁸ (VUK) ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu⁶⁵⁹ olabileceği belirtilmekte; Türkiye'nin de taraf olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın⁶⁶⁰ (Vienna Satım Antlaşması) ilgili hükümlerinden de yararlanılabileceği dile getirilmektedir⁶⁶¹.

Karakteristik edim borçlusunun işyeri kavramının biri genel diğer ikisi özel olmak üzere üç ayrı tanıma ihtiyaç duyduğu söylenebilecektir. Kavramın genel tanımı milletlerarası ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişilerin işyerlerinin neresi olduğunu ve neresi olmadığını tespit eder nitelikte olmalıdır. Kavramın özel anlamları ise milletlerarası ticari veya mesleki faaliyet yürüten gerçek kişiler ile tüzel kişilerin işyerlerinin birbirinden bağımsız olarak belirlenmesi amacına hizmet etmelidir. Bu çerçevede, aşağıda öncelikle çeşitli hukuki enstrümanlara başvurularak MÖHUK m. 24 çerçevesinde işyeri kavramının sınırları çizilecek, devamında ise gerçek kişi ve tüzel kişi hizmet sağlayıcılar yönünden işyerinin ne şekilde belirleneceği tartışma konusu yapılacaktır.

(i) Genel Olarak Bulut Bilişim Hizmet Sağlayıcılarının İşyeri

İş Kanunu m. 2/I uyarınca işyeri, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanırken, hükmün ikinci fıkrasında “işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler)” ile “diğer eklentiler ve araçlar”ın da işyeri kavramına dahil olduğu ifade edilmektedir. VUK m. 156'ya göre işyeri, “ticari, sınai zirai veya mesleki bir faaliyetin

⁶⁵⁶ Bayata Canyaş, s. 168.

⁶⁵⁷ R.G. 10.06.2003 – 25134.

⁶⁵⁸ R.G. 10.01.1961 – 10703; R.G. 11.01.1961 – 10704; R.G. 12.01.1961 – 10705.

⁶⁵⁹ R.G. 14.02.2011 – 27846.

⁶⁶⁰ R.G. 07.04.2010 – 27545.

⁶⁶¹ Bayata Canyaş, ss. 167-169; Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 314, 315; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 57, 58.

icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir.” TTK’da ise işyeri kavramı tanımlanmamakla beraber işyeri kavramı altında değerlendirilebilecek olan ticari işletme kavramı Kanun’un 11. Maddesinin ilk fıkrasında, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*” olarak tavsif edilmektedir. Son olarak, Viyana Satım Antlaşması’nın ilk maddesinde Antlaşma’nın “*işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine*” uygulanacağı belirtilse de Antlaşma çerçevesinde işyerinin ne anlama geldiğine dair herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır.

Öğretide bir görüş İş Kanunu m. 2/I, II ile VUK m. 156 hükümlerinden ve Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanı bakımından öğretide yapılan tartışmalardan hareketle MÖHUK m. 24/IV’teki işyeri kavramının “*geniş bir şekilde*” yorumlanması gerektiğini savunmakta, “*ticari veya sınai bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin*” işyeri olarak kabul edilmesinin yerinde olacağını dile getirmektedir⁶⁶². Buna mukabil bir başka görüş, Türk iç hukukunda yer alan işyeri kavramına ilişkin yasal düzenlemeleri milletlerarası özel hukuk yönünden yeterli kabul etmemekte⁶⁶³; diğer bir yazar ise MÖHUK m. 24/IV anlamında işyeri kavramının geniş yorumlanamayacağını⁶⁶⁴ öne sürmektedir.

Kanaatimizce de işyeri kavramına dair Türk iç hukukunda yer alan düzenlemeler MÖHUK m. 24/IV’teki işyeri bağlama noktasını bütünüyle karşılayamamaktadır. Öncelikle, işyerinin İş Kanunu m. 2’de geniş bir biçimde tanımlanmasının nedeni, işçilerin çalıştıkları her konumda koruyucu nitelikteki iş hukuku kurallarına tâbi kılınmasını sağlamak olup MÖHUK m. 24/IV’te bir bağlama noktası olarak yer alan işyeri kavramının arkasında ise böyle bir sosyal gaye bulunmamaktadır⁶⁶⁵. Buna karşın, MÖHUK m. 24/IV’te geçen işyeri kavramı ile MÖHUK m. 27/III’te yer alan “*işverenin esas işyeri*” kavramları arasında bir benzerlik kurulabileceğini değerlendirmekteyiz. Zira işverenin

⁶⁶² Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 58, 59.

⁶⁶³ Bayata Canyaş, s. 169; Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara: Naturel Yayıncılık, 2003, s. 84.

⁶⁶⁴ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 314.

⁶⁶⁵ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 314.

esas işyeri ifadesi işçinin işyerine kıyasla daha dar bir anlama gelmekte ve bizzat işvereni merkezine alarak ticari veya mesleki faaliyeti yürüten gerçek veya tüzel kişiye işaret etmektedir. Bu anlamda, MÖHUK m. 24/IV hükmü yönünden işyeri kavramı açıklanmaya çalışırken İş Kanunu gibi işçinin işyerini tanımlayan bir düzenlemeden hareket etmek yerine ticari faaliyeti gerçekleştiren kişi odaklı düzenlemelerden yararlanmak daha uygun olacaktır.

Konumuz açısından işyerinin genel nitelikli tanımını yaparken ilk hareket noktasını Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı çerçevesinde işyeri kavramı hakkında öğretilerde yapılan tartışmalar oluşturmalıdır. Zira söz konusu Antlaşma'nın uygulanmasının ön şartı milletlerarası mal satım sözleşmesi akdeden tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması olduğundan milletlerarası ticari veya mesleki faaliyetlerin niteliğine en uygun işyeri tanımlarından bir tanesinin böylesi bir uluslararası hukuk enstrümanından çıkarılabileceği savunulabilecektir. Ayrıca, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Antlaşma Türkiye bakımından yürürlüğe girmiş olduğundan iç hukukumuzda dahil olduğu kabul edilen Antlaşma hükümlerinin münferit bir unsur olan işyeri kavramına ilişkin öğretilerde yapılan tartışmalardan yararlanmak vasıflandırma yöntemi olarak *lex fori* yöntemini tercih etmemizle de tutarlılık oluşturacaktır. Bulut bilişim sözleşmelerinin kural olarak internet üzerinden akdedilen sözleşmelerden olması sebebiyle hizmet sağlayıcının işyerini belirleme noktasında 23 Kasım 2005 tarihli Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması⁶⁶⁶ da önem arz etmektedir. Türkiye mevzu bahis Antlaşma'ya taraf olmadığından⁶⁶⁷ işyeri kavramı tanımlanırken Antlaşma'da yer alan belirlemelere ikincil nitelikte kaynak olarak başvurulabilecektir.

⁶⁶⁶ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (CUECIC), Erişim Adresi: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/X-18_english.pdf (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

⁶⁶⁷ Sözleşme imzaya açıldığı süreç içerisinde 18 devlet tarafından imzalanmış olup halihazırda 16 devlet nezdinde yürürlükte, bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=X-18&chapter=10&clang=en (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

Öğretide Viyana Satım Antlaşması bakımından işyerinin neye tekabül ettiği konusunda çeşitli tanımlar getirilmiştir. Bir yazara göre işyeri, “*sözleşme taraflarından birinin milli veya milletlerarası planda muamelelerde bulunmak amacıyla oluşturduğu, devamlı ve düzenli bir organizasyonun bulunduğu yer*” olarak tanımlanabilecektir⁶⁶⁸. Bir başka yazara göre ise Antlaşma kapsamında itibar edilecek işyerinin belirli bir süre işletme olarak faaliyet göstermesi ve bazı yetkilerle donatılmış olması kaydıyla hukuki bir bağımsızlığa sahip olması gerekmediği gibi ticari idare merkezi olması da gerekmemektedir⁶⁶⁹. Bu hususta yapılan daha kısa bir tanıma göre ise işyeri, “*merkez gibi katı kurallara tâbi olmayan sürekli ve düzenli iş yapılan*” yerin adıdır⁶⁷⁰. Tanımlarda “*süreklilik*” ve “*düzenlilik*” unsurlarına ortaklaşa bir biçimde vurgu yapıldığı dikkati çekmekte ve bu anlamda geçici olarak kullanılan yerlerin Antlaşma çerçevesinde işyeri olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır⁶⁷¹. Bu doğrultuda, örneğin, sözleşme taraflarının irtibat bürolarının işyeri olarak kabul edilemeyeceği dile getirilmektedir⁶⁷². O halde, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri belirlenirken de aynı esaslardan hareket edilmeli, sürekli ve düzenli bir biçimde faaliyet yürütülen ve asgari düzeyde dışarıyla iş yapma yetkisiyle donatılmış yerler işyerinden sayılmalı, geçici olarak kullanılan yerlere ise işyeri niteliği atfedilmemelidir.

Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Antlaşması’nın 4. maddesinin h bendinde işyeri, “*taraflardan birinin, mal veya hizmetlerin belirli bir yerden geçici olarak sağlanması dışında kalan bir ekonomik faaliyetin sürdürülmesi adına işlettiği geçici*

⁶⁶⁸ Ercüment Erdem, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi),” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 16, S. 3, 1992, ss. 43, 44.

⁶⁶⁹ Yeşim Atamer, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı,” **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 69, S. 12, 1995, s. 557.

⁶⁷⁰ Ali Gümrak Toker, **11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 37.

⁶⁷¹ Hatice Özdemir Kocasakal, “Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı,”

Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, ss. 24, 25.

⁶⁷² Toker, Viyana Sözleşmesi, s. 37.

olmayan yer” olarak tarif edilmektedir⁶⁷³. Bu doğrultuda, Antlaşma çerçevesinde bir yerin işyeri olarak kabul edilebilmesi için ekonomik faaliyetin gerçekleştirildiği yerin ve bazatihi faaliyetin kendisinin devamlılık göstermesinin şart olduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁴. Örneğin, bir gerçek veya tüzel kişi, belirli bir ülkede fiziki olarak bulunmaksızın o ülkede kayda değer düzeyde ve süreklilik arz eden ekonomik faaliyette bulunabilecek olmasına rağmen söz konusu kişinin işyerinin o ülkede yer aldığı söylenemeyecektir⁶⁷⁵. Buna ilaveten, tümüyle sanal ortamda sunulan dijital hizmetler bakımından hizmet sağlayıcıların işyerinin de sanal ortamda aranması gibi bir yaklaşım Antlaşma’da benimsenmemiş olup hizmet sağlayıcının fiziki işyerine belirleyici rol tanınmıştır⁶⁷⁶.

Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Antlaşması’nın 6. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında taraflara ait hangi birimlerin tek başlarına doğrudan işyeri sayılamayacağına dair iki ayrı kural getirilmektedir. İlk olarak, dördüncü fıkra hükmüne göre, taraflardan birinin sözleşme akdederken kullandığı bilişim sisteminin teknoloji ve donanım altyapısının bulunduğu yer ile diğer tarafların söz konusu bilişim sistemine erişebildikleri yerler salt bu özellikleriyle işyeri olarak kabul edilemeyecektir. Bu bağlamda, web sitesi üzerinden faaliyet gösteren bir tacirin söz konusu sitesini barındıran internet sunucularının bulunduğu yerin işyeri olarak addedilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁷⁷. Antlaşma’nın 6. maddesinin 5. fıkrasında ise taraflardan birinin belirli bir ülkeye ait alan adı ya da elektronik posta adresi kullanması vakıalarının tek başına ilgili tarafın işyerinin bu ülkede bulunduğuna işaret etmeyeceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan girişimciye ait web sitesinin ya da e-posta adresinin ülkesel bir uzantıya sahip olması, ilgili tarafın işyerinin de bu ülkede bulunduğu karine teşkil etmeyecek olmakla beraber bu vakıalar tarafların işyerlerinin tespit edilmesinde

⁶⁷³ Söz konusu hükmün İngilizce metni şu şekildedir: “‘Place of business’ means any place where a party maintains a non-transitory establishment to pursue an economic activity other than the temporary provision of goods or services out of a specific location.”

⁶⁷⁴ Hatice Özdemir Kocasakal, “Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu,” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2007, s. 269.

⁶⁷⁵ Ricardo Sandoval López, **Article 4. Definitions**, The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook (ed. Amelia H. Boss / Wolfgang Kilian) içinde, Alphen aan den Rijn The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, s. 109.

⁶⁷⁶ López, Article 4, s. 121.

⁶⁷⁷ Özdemir Kocasakal, Elektronik İletilerin Kullanılması, s. 275.

sözleşmesel ilişkinin diğer unsurlarıyla birlikte etkili olabilecektir⁶⁷⁸. Buradan hareketle, bulut bilişim hizmetleri yönünden hizmet sağlayıcıların veri merkezlerinin ya da diğer teknolojik altyapısının bulunduğu yerlerin MÖHUK m. 24/IV anlamında işyeri olarak nitelendirilmesinin yerinde olmayacağını değerlendirmekteyiz. Zira veri merkezleri ya da diğer teknolojik altyapının bulunduğu yerler bulut bilişim hizmetinin sunumunda olmazsa olmaz unsurları teşkil ediyor olmakla birlikte bu yerler üzerinden dışarıyla ticari ilişkiye girilmemektedir. Oysa bir yerin MÖHUK m. 24/IV anlamında işyeri olduğundan bahsedebilmek için bu yerde asgari düzeyde de olsa müşterilerle ticari işlemlere girişiliyor olması aranacaktır.

Bulut bilişim sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda hizmet sağlayıcı tarafın iş adresine yer verildiğinden bu adreslere işyeri olarak itibar edilip edilemeyeceğinin ele alınması gerekmektedir. Öncelikle, Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde yabancı hukukun uygulanmasına imkan veren bağlama noktaları birer maddi vakıa olarak kabul edildiğinden yabancı hukuka dayanmak isteyen uyuşmazlık tarafının kural olarak bağlama noktasındaki yabancılık unsurunu ortaya koyması ve ispatlaması gerekecektir⁶⁷⁹. Zira Türk medeni yargılama hukukunda geçerli olan taraflarca hazırlama ilkesi uyarınca mahkeme kural olarak taraflarca dava dosyasında ve sırasında dile getirilmeyen hususları kendiliğinden dikkate alamamaktadır. HMK'nın 25. maddesinde hüküm bulan söz konusu ilkenin yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarındaki yansıması yabancı hukukun uygulanmasına esas teşkil eden bağlama noktalarının taraflarca ileri sürülmesi gerekliliğidir. Buna göre, hukuk seçimi yapılmayan hallerde bulut bilişim sözleşmesine hizmet sağlayıcının işyeri hukukunun uygulanabilmesi için ilgili sözleşme tarafının işyerinin yurt dışında bulunduğunu ileri sürmesi ve bu iddiasını ispatlaması gerekecektir. Buna mukabil, taraflar arasındaki bulut bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcı iş adresini açıkça bildirmişse, yurt dışında bulunan işyerinin yabancılık unsuru oluşturduğu hakimce

⁶⁷⁸ Özdemir Kocasakal, Elektronik İletilerin Kullanılması, ss. 278, 279.

⁶⁷⁹ Can Yöney, **Yabancı Hukukun Uygulanması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 88. Ayrıca bkz. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 248, 249; Nomer, ss. 192, 193; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, ss. 72, 73. İstisnai olarak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kişiler hukuku ya da aile hukukuna ilişkin davalarda bağlama noktalarının hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınabileceği yönünde bkz. Nomer, s. 193; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, ss. 73, 74; Yöney, ss. 86, 87.

re'sen göz önüne alınabilecektir⁶⁸⁰. Zira, MÖHUK m. 2/I uyarınca hakim yabancılık unsuru bulunan bir dosyada Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve buna göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulamak zorundadır.

Türk yargılama hukukunda işyeri bağlama noktasının bir maddi vakıa teşkil etmesi karşısında standart sözleşmelerde yer alan iş adreslerinin karakteristik edim borçlusunun işyeri ülkesini tespit etmek bakımından temel hareket noktası sayılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu noktada, sözleşmede gösterilen iş adresine itibar edilmemesi yönünde yapılabilecek itirazlardan birisi hizmet sağlayıcının sözleşmede gösterdiği iş adresinin müşterinin işyerinin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede olmasına rağmen mevzubahis hizmet sağlayıcının müşterinin işyerinin bulunduğu ülkede de bir işyerine sahip olması haline ilişkin olabilecektir. Diğer bir anlatımla, hizmet sağlayıcı taraf bulut bilişim sözleşmesi akdettiği müşterisinin işyerinin bulunduğu ülkede bir işyerine sahip olsa dahi aralarındaki somut sözleşmede kendi iş adresini farklı bir ülkede yer alan işyeri olarak gösterebilmektedir. Böyle bir durumda, bağlama noktası olarak kendi ülkesinde bulunan işyerine itibar edilmesini isteyen müşterinin buna ilişkin iddiasını mahkemede dile getirmesi ve ispatlaması gerekecektir.

Sözleşmede gösterilen işyerine ilaveten müşterinin yerleşik olduğu ülkede de işyerine sahip olma durumunun bulut bilişim sözleşmeleri alanındaki örneği küresel çapta hizmet sunan hizmet sağlayıcılarla akdedilen sözleşmelerde kendisini göstermektedir. Örneğin, Google'ın Türkiye'de yaşayan kullanıcılarla akdettiği güncel tarihli kullanıcı sözleşmelerinde iş adresi “1600 Amphitheatre Parkway Mountain View, California, 94043, ABD” olarak gösterilmiştir⁶⁸¹. Oysa Google tarafından 12 Ocak 2021 tarihinde İstanbul'da “Google Bilgi Teknolojileri Limited Şirketi” isimli, amaçları arasında “internet hizmetleri ve uygulamaları geliştirmek” olan ve bu amaca katkıda bulunabilmek için her türlü sözleşme ilişkisine girebileceği belirtilen bir şirket kurulmuştur⁶⁸². Böyle bir

⁶⁸⁰ Aynı yönde bkz. Nomer, s. 249.

⁶⁸¹ **Google Hizmet Şartları**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/terms/update?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

⁶⁸² T.T.S.G. 12.01.2021 – 10243.

durumda, Google ile ticari veya mesleki faaliyetleri adına bulut bilişim sözleşmesi akdeden müşterilerin hizmet sağlayıcının işyeri olarak gösterdiği adrese itiraz edip edemeyeceği ve bu anlamda Türkiye’de kurulmuş olan şirketin adresinin hizmet sağlayıcının işyeri olarak kabul edilmesini ileri sürüp süremeyeceği tartışılmalıdır. Kanaatimizce, Google’ın Türkiye’de kurmuş olduğu şirketin MÖHUK m. 24/IV anlamında işyeri olarak kabul edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira, söz konusu şirketin kuruluşuna ilişkin ilanda belirtildiği üzere şirketin süresi sınırsızdır ve şirketin merkezinin İstanbul’da olduğu diğer açık adres bilgileriyle birlikte ilan edilmektedir⁶⁸³. O halde böyle bir durumda karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri bulunduğu sonucuna ulaşılmalı ve somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesiyle en yakın bağlantıya sahip işyerinin tayin edilmesi suretiyle uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Daha sıkı ilişkili işyerinin tespit edilmesi faaliyeti aşağıda gerçek kişiler ve tüzel kişiler yönünden ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

MÖHUK m. 24/IV’te yer alan işyeri bağlama noktasını açıklamak bakımından iç hukuktaki düzenlemelerin yetersiz kalmasından hareketle öğretilde savunulan bir görüş işyeri kavramının açıklanmasında esas rolün uluslararası bir kanunlar ihtilafı hukuku düzenlemesi olan Roma I Tüzüğü’nde yapılan tanımlara verilmesinin uygun olacağını, Türk iç hukukunda yer alan düzenlemelerin ise ikincil nitelikte vazife görebileceğini belirtmektedir⁶⁸⁴. Roma I Tüzüğü’nün 4. maddesinde borç sözleşmelerine uygulanacak hukuk objektif yöntem uyarınca belirlenirken ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen sözleşmeler ve diğerleri şeklinde bir ayrıma gidilmemiş, maddenin ilk fıkrasında bazı sözleşme tiplerine uygulanacak hukuk katalog şeklinde sayılmış, ikinci fıkrasında ise ilk fıkra çerçevesinde uygulanacak hukukun belirlenemediği sözleşmeler yönünden karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku yetkili kılınmıştır⁶⁸⁵. Mutad mesken hukukunun tüzel kişiliği olan veyahut olmayan kuruluşlar yönünden anlamının bunların idare merkezi (*the place of central administration*) olduğu Tüzüğün 19. maddesinin ilk fıkrasında açıklanmış; ticari faaliyet yürüten gerçek kişilerin mutad

⁶⁸³ T.T.S.G. 12.01.2021 – 10243.

⁶⁸⁴ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 315.

⁶⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayata Canyaş, s. 118 vd.

meskenlerinin ise esas işyerlerinin bulunduğu yer (*principal place of business*) olacağı hükme bağlanmıştır. O halde karakteristik edim borçlusunun işyeri kavramının özel olarak gerçek kişiler ve tüzel kişiler yönünden ayrı ayrı açıklanmasında Roma I Tüzüğü'nde benimsenen yaklaşımdan yararlanılabilecektir.

Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı konumunda olan taraf bir tüzel kişi, örneğin bir şirket, olabileceği gibi ticari veya mesleki faaliyet yürüten bir gerçek kişi de olabilecektir. Bu anlamda, IaaS ve PaaS modelinde sunulan bulut bilişim hizmetleri yönünden hizmet sağlayıcı tarafın kural olarak tüzel kişiliğe sahip bir şirket olacağı ileri sürülebilecekken, SaaS modelinde ise hizmet sağlayıcı taraf şirket görünümünde bir tüzel kişi olabileceği gibi bağımsız uygulama geliştirici sıfatına sahip bir gerçek kişi de olabilecektir. Dolayısıyla, tüzel kişi hizmet sağlayıcıların işyeri ile gerçek kişi hizmet sağlayıcıların işyeri birbirinden ayrı ele alınmalıdır. Ayrıca karakteristik edim borçlusunun işyerinin birden fazla olması durumunda gündeme gelecek olan en sıkı ilişkili işyerinin belirlenmesi meselesi de her iki kişi grubu bakımından bağımsız bir biçimde incelenmelidir.

(ii) Gerçek Kişi Hizmet Sağlayıcıların İşyeri

SaaS modelinde sunulan yazılım hizmetlerine dair bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı tarafın bir gerçek kişi olması ihtimal dahilindedir. Ancak, MÖHUK m. 24/IV'te karakteristik edim borçlusunun gerçek kişi olması ihtimaline binaen işyerini tespit zımında ayrıca bir belirleme yapılmamıştır. Bir görüşe göre, gerçek kişilerin işyeri tespit edilirken söz konusu kişinin ticari veya mesleki faaliyetini fiilen yürüttüğü yerin esas alınması gerekmektedir⁶⁸⁶. Roma I Tüzüğü m. 19 anlamında da gerçek kişiler yönünden işyerinin söz konusu gerçek kişinin yaşadığı yer değil ekonomik faaliyetini gerçekleştirdiği yer olacağı ifade edilmektedir⁶⁸⁷. Bu doğrultuda, kanaatimizce, gerçek

⁶⁸⁶ Bayata Canyaş, s. 170.

⁶⁸⁷ Luís de Lima Pinheiro, **Article 19: Habitual Residence**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 806, 807.

kişilerin işyeri bunların ticari veya mesleki faaliyetlerini fiziken gerçekleştirdikleri, belirli bir sürekliliğe sahip olan ve ticari işlemler yapma yetkisini haiz olan birimdir.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı tarafın gerçek kişi olması durumunda öncelikle taraflar arasında akdedilen kullanıcı sözleşmesinde yer alan iş adresine itibar edilecektir. Kullanıcı sözleşmesinde hizmet sağlayıcının iş adresi belirtilmemişse işyerinin yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde belirlenmesi gündeme gelecektir. Hizmet sağlayıcı konumundaki gerçek kişinin birden çok işyeri olması ihtimalinde taraflar arasındaki bulut bilişim sözleşmesinin akdedilmesinde ve sözleşme konusu hizmetin sunulmasında esas rolü oynayan işyerinin belirlenmesi gerekecek⁶⁸⁸, sözleşme konusu hizmetin sunulmasında hazırlayıcı veya tamamlayıcı vazifeler üstlenen birimlerin bulunduğu yerlerde dikkate alınmayacaktır⁶⁸⁹. Bu bağlamda, bir gerçek kişinin esas işyerinin bulunduğu ülkeye karar verilirken bu kişi tarafından ilgili ülkede istihdam edilen işçi sayısı, ilgili ülkede yapılan maddi harcamaların düzeyi ve o ülkede elde edilen ciro miktarı gibi unsurlardan yararlanılabileceği dile getirilmektedir⁶⁹⁰. Öte yandan, bulut bilişim sözleşmeleri özelinde gerçek kişi hizmet sağlayıcılar çoğu durumda bağımsız uygulama geliştiriciler olacağından bunların birden fazla işyeri olması ihtimaline sık rastlanılamayacağı gibi kalıcı bir işyerine sahip olmaları durumu dahi nadiren ortaya çıkacaktır. Gerçek kişi hizmet sağlayıcının işyeri bulunmuyorsa MÖHUK m. 24/IV kuralına istinaden yerleşim yeri hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.

(iii) Tüzel Kişi Hizmet Sağlayıcıların İşyeri

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu olan hizmet sağlayıcı taraf çoğu durumda bir tüzel kişi şirket

⁶⁸⁸ Özdemir Kocasakal, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 59; Pinheiro, s. 808.

⁶⁸⁹ Bayata Canyaz, ss. 171, 172.

⁶⁹⁰ Markus Altenkirch, **Article 19 Habitual Residence**, Concise Commentary on the Rome I Regulation (ed. Franco Ferrari) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 366.

olarak ortaya çıkacaktır. MÖHUK m. 24/IV'te işyeri kavramının tüzel kişiler yönünden ne anlama geldiği hüküm altına alınmamıştır. Bununla birlikte, MÖHUK m. 9/IV'ün tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetini statülerindeki idare merkezine tâbi tutan ve Türkiye'de bulunması ihtimalinde fiili idare merkezine de etki tanıyan hükmüne işaret edilmelidir. Zira 24. maddenin gerekçesinde m. 9/IV'teki idare merkezi bağlama noktasının tüzel kişiler yönünden genel bir bağlama noktası olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.

Öğretide MÖHUK m. 24/IV anlamında işyerinin tüzel kişiler açısından bunların idare merkezleri olabileceği gibi şube, temsilcilik, acente ya da satış ofisi gibi değişik yetkilerle donatılmış merkeze bağlı birimlerin de işyeri sayılacağı ifade edilmektedir⁶⁹¹. Tüzel kişilerin idare merkezleri yanında sürekli ve düzenli iş yürütülen ve dışarıyla hukuki işlemlere girişebilme yetkisini haiz başka birimlerinin olması olağan bir durum teşkil ettiğinden uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için somut olaydaki sözleşmeyle en sıkı ilişki içindeki işyerinin belirlenmesi gerekecektir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşmenin kuruluşunda veya ifasında etkin bir biçimde rol oynayan işyerinin en sıkı ilişkili işyeri kabul edilebileceği ileri sürülmektedir⁶⁹².

Roma I Tüzüğü'nün 4. ve 19/I maddeleri uyarınca borç sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde karakteristik edim borçlusu tüzel kişilerin idare merkezlerinin bulunduğu ülke hukukuna yetki tanınmaktadır. Ancak, eğer taraflar arasındaki sözleşme tüzel kişinin şubesinin, acentesinin veyahut herhangi başka türlü bir işyerinin faaliyetleri çerçevesinde kurulmuşsa ya da sözleşme konusu borç bu birimlerce ifa edilecekse ilgili birimin bulunduğu ülke hukukuna itibar edileceği m. 19/II'de hükme bağlanmaktadır. Oysa, MÖHUK m. 24/IV'ün karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyeri bulunması ihtimalinde en sıkı ilişkili işyerinin saptanması gerekeceğini dile getiren karine hükmünde en sıkı ilişkili işyerinin ne şekilde tespit edileceğine dair bir belirleme yapılmamıştır. Öğretide bu durum, hakime en sıkı ilişkili işyerinin tespitinde geniş takdir yetkisi tanındığından bahisle eleştirilmekte, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen

⁶⁹¹ Bayata Canyaş, s. 171; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 59.

⁶⁹² Bayata Canyaş, ss. 171, 172; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 59.

olayların dahi en sıkı ilişkisinin belirlenmesinde göz önüne alınmasına imkan verildiği dile getirilmektedir⁶⁹³. Kanaatimizce Türk milletlerarası özel hukuku bakımından da en sıkı ilişkili işyeri tespit edilirken ilgili sözleşmenin kuruluşunda veya ifasında asıl sorumluluğu üstlenen işyerinin araştırılması yoluna gidilmeli, tüzel kişinin idare merkezi yerine başka bir işyerinin bulunduğu yere bağlama noktası niteliği atfetmek adına tesadüfi bağlantılara itibar edilmemelidir.

Hizmet sağlayıcı tarafın bir tüzel kişi ve bu anlamda bir şirket olduğu bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının iş adresi genellikle sözleşmede zikredilmektedir. Bununla birlikte, bulut bilişim hizmeti sunan şirketlerin önemli bir kısmı dünyanın pek çok ülkesinde yavru şirketlere sahip olan çok uluslu şirketlerden oluşmaktadır. Böyle bir durumda hizmet sağlayıcının işyerinin neresi olduğu hususunda uyuşmazlık çıkması halinde hakimin taraflar arasındaki bulut bilişim sözleşmesiyle en sıkı ilişki içinde olan işyerini tespit etmesi icap edecektir. Yukarıda verdiğimiz Google örneğinde gerçekleşen, taraflar arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcının işyeri onun idare merkezi olarak gösterilmişken aynı zamanda Google'ın İstanbul'da kurulu bir yavru şirketi bulunması durumu benzeri haller en sıkı ilişkili işyerinin tayin edilmesini gündeme getirebilecektir. Kanaatimizce, bulut bilişim sözleşmesinde iş adresi olarak kendi idare merkezini veyahut kuruluş merkezini gösteren hizmet sağlayıcıların Türkiye'de de bir işyerine, örneğin bir yavru şirkete, sahip olmaları durumunda Türkiye'deki kullanıcılarla akdedilen sözleşmelerle en sıkı ilişkili işyerinin Türkiye'de meskun olan işyeri olacağını söylemek doğrudan mümkün olmayacaktır. Böyle bir sonuca ulaşabilmek için ilgili şirkete ait olan Türkiye'deki yavru şirketin müşterilerle doğrudan sözleşme ilişkisine girmesi, sözleşmelerin hazırlanmasında birincil role sahip olması ve sözleşme konusu

⁶⁹³ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 317.

bulut bilişim hizmetinin temel olarak Türkiye’deki şirket tarafından ifa edilmesi vakıalarının mevcudiyeti aranmalıdır⁶⁹⁴.

Taraflar arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmesinde tüzel kişi hizmet sağlayıcının işyerine dair herhangi bir bilgilendirme yapılmamışsa işyerinin öğretildeki görüşler uyarınca tespit edilmesi gerekecektir. Buna göre, tüzel kişiye ait idare merkezi, şube, acente, temsilcilik ve diğer türlü işyerleri arasından hangisinin somut olaydaki bulut bilişim sözleşmesiyle en sıkı bağlantıya sahip olduğunun araştırılması gerekecektir. Söz konusu kural bakımından öğretilde dile getirilen bir görüşe göre tüzel kişilerle akdedilen sözleşmelerde ilgili tüzel kişinin idare merkezini araştırmadan önce o tüzel kişinin farklı ülkelerde bulunması muhtemel olan işyerlerinden hangisinin sözleşmeyle daha sıkı ilişki içinde olduğunu tayin etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır⁶⁹⁵. Kanaatimizce de ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen borç sözleşmelerinde tüzel kişinin işyeri tespit edilirken konuya bütüncül bir biçimde yaklaşılmalı, öncelikle idare merkezini tespit etmeye çalışmak yerine doğrudan sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyerini bağlantı unsurları vasıtasıyla tayin etme faaliyetine girilmelidir. Diğer yandan, hakimın hizmet sağlayıcının işyerini tespit faaliyetine girişebilmesi için öncelikle hizmet sağlayıcı tarafın kendine ait işyerinin yurt dışında bulunduğuna dair bir iddiada bulunması gerektiği unutulmamalıdır. En sıkı ilişkili işyerinin belirlenmesi faaliyetine sıra gelmesi içinse taraflar arasında karakteristik edim borçlusunun sözleşme kapsamındaki işyerinin nerede olduğuna dair bir uyuşmazlık çıkması gerekecektir.

⁶⁹⁴ Özellikle sosyal medya alanında faaliyet gösteren hizmet sağlayıcıların Türkiye’de bir şirket açmalarının en önemli sebebi özel hukuk ilişkilerinde bulunmak değil kamu hukuku kaynaklı yükümlülüklerini getirmek üzere Türkiye’de bir temsilci bulundurmadır. Bu bağlamda, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da (R.G. 23.05.2007 – 26530) 29 Temmuz 2020’de yapılan değişikliklerle ihdas edilen Ek 4. Madde uyarınca “Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcı” hakkında uygulamaya konulan temsilci bulundurma yükümlülüğünden bahsetmek gerekmektedir. Ek 4. Madde’nin ilk fıkrası uyarınca söz konusu özelliğe sahip olan sosyal ağ sağlayıcılarından Türkiye’de temsilci bulundurmalarının istenmesinin sebebi “idari makamlarca gönderilecek tebligat, bildirim veya taleplerin gereğinin yerine getirilmesi ve kişiler tarafından 5651 Sayılı Kanun kapsamında yapılacak başvuruların cevaplandırılması ve bu Kanun kapsamındaki diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesini” sağlamaktır. Dolayısıyla, 5651 Sayılı Kanun kapsamındaki yükümlülükleri adına bir gerçek kişiyi temsilci olarak atamak yerine Türkiye’de şirket açma yoluna giden sosyal ağ sağlayıcıları bakımından bunların Türkiye’deki işyerlerinin bu özellikleriyle -henüz- en sıkı ilişkili işyeri teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz.

⁶⁹⁵ Pinheiro, s. 806.

(b) Hizmet Sağlayıcının Yerleşim Yeri Hukuku

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının işyerinin neresi olduğu tespit edilemediği hallerde ya da hizmet sağlayıcının işyerinin bulunmadığı durumlarda taraflar arasındaki bulut bilişim sözleşmesinin esasına MÖHUK m. 24/IV uyarınca hizmet sağlayıcının yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır⁶⁹⁶. Türk milletlerarası özel hukukuna ait bir kavram olan yerleşim yeri kavramı Türk mahkemelerince *lex fori* çerçevesinde Türk hukuku uyarınca vasıflandırılacaktır⁶⁹⁷. Türk hukukunda gerçek kişilerin yerleşim yeri TMK m. 19’da düzenlenirken tüzel kişilerin yerleşim yeri ise TMK m. 51’de hüküm altına alınmıştır.

(i) Gerçek Kişi Hizmet Sağlayıcıların Yerleşim Yeri

Karakteristik edim borçlusu hizmet sağlayıcı gerçek kişinin yerleşim yeri TMK m. 19/I uyarınca “*sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer*” olarak anlaşılabacaktır. Bir yerde sürekli kalmak niyetiyle oturmaktan maksadın ilgili kişinin o yeri yaşayışının merkezi olarak belirlemesi olduğu ifade edilmekte⁶⁹⁸, subjektif bir irade teşkil eden sürekli kalma niyetinin açık bir biçimde ortaya konabileceği veyahut maddi vakıalar yoluyla saptanabileceği dile getirilmektedir⁶⁹⁹. Öte yandan, TMK m. 20/2 hükmü çerçevesinde

⁶⁹⁶ Bir bağlama noktası olarak yerleşim yeri kavramının farklı hukuk düzenlerinde farklı anlamlara gelmesinden kaynaklanan vasıf ihtilafları sebebiyle 5718 Sayılı MÖHUK’un kanunlar ihtilafı sisteminde yerleşim yeri kavramı yerini büyük oranda mutad mesken bağlama noktasına bırakmıştır, bkz. Nomer, ss. 118-121; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 39, 40. Yerleşim yeri kavramına bir bağlama noktası olarak yalnızca MÖHUK m. 4/I-a bendi ile m. 24/IV’te rastlanılırken “Değişken ihtilâflar” başlıklı 3. maddede ise yerleşim yeri bağlama noktasının, aksi özel olarak belirtilmedikçe, dava tarihi esas alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır.

⁶⁹⁷ Nomer, s. 120.

⁶⁹⁸ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 65; Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 138; Mustafa Dural / Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 192.

⁶⁹⁹ Dural / Öğüz, ss. 192, 193; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, ss. 140, 141; Vardar Hamamcıoğlu, s. 66.

“önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer” onun yerleşim yeri sayılacaktır. Bu doğrultuda, yerleşim yeri tespit edilemeyen gerçek kişilerin fiilen oturdukları yerin onların yerleşim yeri sayılacağı belirtilmektedir⁷⁰⁰. Dolayısıyla, yerleşim yeri saptanamayan kişiler yönünden artık sürekli kalma niyetinin varlığı aranmayacak, bunların Türkiye’de sâkin oldukları yere yerleşim yeri hüviyeti tanınacaktır.

Bulut bilişim hizmeti sunan gerçek kişi hizmet sağlayıcı kullanıcılarla akdettiği sözleşmelere yerleşim yeri adresini de dercedebilecektir. Bu şekilde müşterilere iletilen ikametgah adresi öğretide sözleşmesel yerleşim yeri olarak adlandırılmakta olup TMK m. 19 ve devamındaki şartları sağlamayan bu tür bir adresin yerleşim yeri olarak kabul edilemeyeceği dile getirilmektedir⁷⁰¹. O halde bulut bilişim sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda yabancı hukukun uygulanmasını isteyen gerçek kişi hizmet sağlayıcıların işyerlerinin bulunmaması ihtimalinde sürekli kalma niyetiyle oturdukları yerin Türkiye dışında olduğunu ispat etmek zorunda kalacaklardır. Öte yandan, hizmet sağlayıcının bir gerçek kişi olduğu bulut bilişim sözleşmelerinde ilgili gerçek kişinin yerleşim yerini sürekli kalma niyeti üzerinden tespit etmek kolay değildir. Zira yetkili hukuku tayin etmeye çalışan hâkimin yalnızca hizmet sağlayıcının sözleşmenin kurulduğu sırada yaşadığı ve hayatının merkezini teşkil eden yeri belirlemesi yetmeyecek, bunun yanında, ilgili kişinin o yerde sürekli kalma niyetine sahip olup olmadığını da araştırması gerekecektir. Buna ilaveten, bütünüyle elektronik ortamda ifa edilen bulut bilişim hizmetleri yönünden gerçek kişi hizmet sağlayıcının yerleşim yerinin tesadüfî bir irtibat noktası teşkil edeceği savunulabilecektir. Hukuki öngörülebilirliği sözleşmenin her iki tarafı bakımından zayıflatan söz konusu durumdan kaçınmak adına gerçek kişi hizmet sağlayıcıların hazırladıkları sözleşmelerde hukuk seçimi kaydına yer vermesi makul bir çözüm olacaktır. Hizmet sağlayıcı gerçek kişinin yerleşim yeri veyahut fiilen yaşadığı yer hakkında herhangi bir bilgi edinilemediği takdirde uygulanacak hukuk MÖHUK m.

⁷⁰⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, s. 143; Vardar Hamamcıoğlu, s. 103.

⁷⁰¹ Vardar Hamamcıoğlu, ss. 114-16.

24/IV'ün genel kuralı olan en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi faaliyeti sonucu belirlenecektir⁷⁰².

(ii) Tüzel Kişi Hizmet Sağlayıcıların Yerleşim Yeri

Türk hukukunda tüzel kişilerin yerleşim yeri kural olarak kuruluş belgelerinde belirtilen merkeze tekabül etmektedir. TMK m. 51 uyarınca “*tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.*” Dolayısıyla, tüzel kişilerin yerleşim yeri hususunda öncelikle ana statülerinde yer alan bilgiye itibar edilecek, eğer böyle bir bilgi bulunmuyorsa fiili olarak işlerinin yönetildiği yere yerleşim yeri sıfatı tanınacaktır⁷⁰³. Türk hukukunda tüzel kişilerin yerleşim yerine sahip olması kanuni zorunluluk arz ettiğinden⁷⁰⁴ yerleşim yeri hususunda fiili idare merkezine işaret eden TMK m. 51 hükmünün Türkiye’de kurulmuş tüzel kişiler bakımından uygulanması nadiren mümkün olacaktır⁷⁰⁵.

Tüzel kişilerce ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen borç sözleşmelerine bunların işyeri bulunmadığı takdirde yerleşim yerlerinin ve bu anlamda statülerinde ilan edilen ya da fiili idare merkezlerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Ancak, MÖHUK m. 24/IV’te yer alan yerleşim yeri kavramını TMK m. 51 çerçevesinde vasıflandırmak bir kısır döngüye sebep olmaktadır. Şöyle ki yetkili hukuku tayin etme faaliyeti sırasında hakim yerleşim yeri bağlama noktasını göz önüne almadan önce tüzel kişinin bir veya birden fazla işyeri olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir. Bu aşamada, tüzel kişinin eğer varsa statüsünde bulunan veyahut fiili idare merkezine işyeri hüviyeti tanınacaktır. O halde hakim tüzel kişinin yerleşim yerini bir bağlama noktası olarak dikkate almasının ön şartı ilgili tüzel kişinin idare merkezinin bulunamaması olacağından herhangi bir şekilde işyeri tespit edilememiş olan tüzel kişilerin yerleşim yeri de

⁷⁰² Pinheiro, s. 810.

⁷⁰³ Dural / Ögüz, s. 261.

⁷⁰⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, s. 282; Dural / Ögüz, ss. 261, 262.

⁷⁰⁵ Vardar Hamamcıoğlu, s. 122.

belirlenemeyecektir. Esasen ticari veya mesleki faaliyetlerle iştigal eden tüzel kişilerin yerleşim yeri çoğu durumda ilgili tüzel kişinin MÖHUK m. 24/IV anlamında işyerlerinden birini teşkil edecektir. Türk hukuku uyarınca işyeri bağlama noktasının tüzel kişiler yönünden hem idare merkezini hem de şube, acente ve diğer türlü temsilcilikleri kapsaması karşısında yerleşim yeri bağlama noktasının yalnızca gerçek kişilerce ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen borç sözleşmeleri alanında uygulama bulabileceğini değerlendirmektedir. Dolayısıyla, işyerleri tespit edilemeyen tüzel kişi hizmet sağlayıcıların akdettiği bulut bilişim sözleşmelerine akdin en sıkı ilişkili olduğu ülke hukukunun uygulanması gerekecektir⁷⁰⁶.

b. Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Daha Sıkı İlişkili Hukukun Tespiti

Bulut bilişim sözleşmelerine MÖHUK m. 24/IV'te en sıkı ilişkili hukuku tespit zımında getirilen karineler temelinde tespit edilen hukukun uygulanmasının n şartı hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmamasıdır. Diğer bir anlatımla, karakteristik edim borçlusunu teşkil eden hizmet sağlayıcının işyerinin ya da yerleşim yerinin bulunduğu ülke üzerinden tayin edilen ülke hukuku uygulanacak hukukun belirlenmesi faaliyetinde son aşamayı temsil etmemekte, ayrıca somut olayın şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı bağlantılara sahip bir ülke hukukunun bulunmaması olumsuz bir şart olarak aranmaktadır. Böyle bir istisna hükmüne yer verilmesinin arkasında m. 24/IV'teki karinelerin her zaman kanunlar ihtilafı adaletine hizmet edemeyebileceği düşüncesinin yattığı dile getirilmektedir⁷⁰⁷. Öte yandan, daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına salt Türk Hukukunu uygulama kolaylığını elde etmek amacıyla başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰⁸.

Bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk karineler temelinde tespit edildikten sonra daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğunun ileri sürülmesi ancak somut

⁷⁰⁶ Pinheiro, s. 810.

⁷⁰⁷ zdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 60.

⁷⁰⁸ Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 231.

maddi vakıalar üzerinden mümkün görülmelidir. Bu itibarla, taraflar arasındaki sözleşmenin dili, ifa yeri, kuruluş yeri, yetki sözleşmesinin varlığı gibi ölçütlerin daha sıkı ilişkinin tayini sırasında göz önüne alınabileceği, bunların tamamının ya da çoğunluğunun aynı ülke hukukuna işaret etmesi halinde bu hukukun uygulanabileceği dile getirilmektedir⁷⁰⁹. Bu doğrultuda, öğretide, daha sıkı ilişkili olmanın somut sözleşme ilişkisi çerçevesinde açık ve aşık bir biçimde ortaya çıkması gerektiği savunulmakta, istisna hükmünün dar yorumlanması yaklaşımı benimsenmektedir⁷¹⁰. Buna karşın, karineler temelinde belirlenen ülke hukukuna nazaran daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun var olduğunu kesin bir surette tespit eden hakimin artık bu hukuku uygulayıp uygulamama hususunda bir takdir yetkisi bulunmamakta olup hakim söz konusu tespitiyle bağlı olacaktır⁷¹¹.

Bulut bilişim sözleşmelerinde hukuk seçimine yer verilmediği veyahut hukuk seçiminin geçerli bir şekilde ortaya çıkmadığı durumlarda uygulanacak hukuk hizmet sağlayıcı tarafın işyeri veya yerleşim yeri üzerinden belirlenecektir. Daha sıkı ilişkili hukuk istisnası temelinde hizmet sağlayıcı tarafın işyeri veya yerleşim yeri ülkesi hukukundan başka bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanabilmesi için hizmet sağlayıcının işyeri veyahut yerleşim yerinin somut sözleşme ilişkisiyle çok cılız bir bağlantısının bulunduğu sonucuna ulaşılması gerekecektir. Dahası, hakimin önüne gelen bir sözleşmede daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun bulunup bulunmadığını araştırma yönünde bir tercihte bulunması için dahi işyeri ya da yerleşim yeri bağlama noktasının işaret ettiği yerin sözleşmeyle neredeyse hiçbir bağlantısının olmaması elzemdir⁷¹². Böyle bir yaklaşım hakimi m. 24/IV bağlamında uygulanacak hukuku tespit etme faaliyetinde her seferinde daha sıkı ilişkili hukukun mevcudiyetini irdeleme yükümlülüğünden kurtaracağı için de tercihe şayandır⁷¹³.

⁷⁰⁹ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 60, 61.

⁷¹⁰ Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, ss. 325-329; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 236. MÖHUK m. 24 kaleme alınırken daha sıkı ilişkili hukuk ifadesinin başına “açıkça” kelimesinin eklenmemiş olmasını eleştiren bir görüş için bkz. Bayata Canyaş, ss. 180, 181.

⁷¹¹ Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, ss. 235, 236.

⁷¹² Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 328.

⁷¹³ Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 236.

Kanaatimizce bulut bilişim sözleşmeleri yönünden hizmet sağlayıcının işyerinin taraflar arasındaki sözleşmeyle bağlantısının açık bir biçimde zayıf olduğu hallere örnek olarak vergilendirme avantajlarından faydalanmak gayesiyle herhangi bir yabancı ülkede şirket kurmuş olmasına rağmen iş organizasyonunu o ülkeye taşımamış olan hizmet sağlayıcıların durumu verilebilecektir. Bu durum esasında bir gerçek kişinin hizmet sağlayıcı tarafı teşkil ettiği, söz konusu gerçek kişinin belirli bir ülkede yaşamakta olup o ülkeye yönelik bulut bilişim hizmeti sunmasına rağmen kullanıcılarla akdettiği sözleşmelerde yurt dışında kurmuş olduğu şirketi sözleşme tarafı olarak gösterdiği sözleşmeler yönünden gerçekleştirilebilir. Böyle bir durumda hizmet sağlayıcı taraf sözleşme özelinde herhangi bir ülkede kurulmuş bir tüzel kişi olarak gözükmekte olmasına rağmen aslında hizmet sağlayıcı bir gerçek kişi olarak başka bir ülkede yaşamakta ve bütün faaliyetlerini yaşadığı ülkede yürütmektedir. Uluslararası literatürde paravan şirketler olarak anılan ve özellikle milletlerarası yatırım tahkiminde yetki sorunları kapsamında tartışılan⁷¹⁴ söz konusu şirketlerin bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun daha sıkı ilişkili hukuk temelinde belirlenmesi aşamasında da gündeme gelebileceğini değerlendirmekteyiz. Buna göre, hizmet sağlayıcı olarak gözüken şirketin sırf vergilendirme ya da yatırım tahkimi açısından avantajlı bir durum elde etme gibi saiklerle kurulan bir paravan şirket olduğunun tespit edildiği hallerde taraflar arasındaki bulut bilişim sözleşmesiyle ilişkisi zayıf olan söz konusu şirketin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması daha sıkı ilişkili ülke hukuku istisnası temelinde engellenebilecektir. Öte yandan, yurt dışında şirket kurmanın hukuki avantajlarından haberdar olan bir hizmet sağlayıcının akdedeceği bulut bilişim sözleşmelerine hukuk seçimi kaydı koyması kuvvetle muhtemel olduğundan teorik olarak ele aldığımız bu olay uygulamada nadiren bir sorun olarak gündeme gelecektir.

⁷¹⁴ Paravan şirketlerin milletlerarası yatırım tahkiminde yol açtığı yetki sorunlarına ilişkin bkz. Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 3, 2012, ss. 301-357. Ayrıca bkz. Talat Kaya, “Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar,” **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 4, 2021, ss. 61-101,

4. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kurallar

a. Genel Açıklama

Yabancılık unsuru içeren borç sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi faaliyeti, ilgili sözleşmeye uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı yöntemiyle bağlama noktaları üzerinden tespit edilmesine tekabül etmektedir. Tespit edilen ülke hukuku kural olarak yabancılık unsuru içeren sözleşmeye bir bütün olarak, her türlü emredici ve yedek hukuk kurallarıyla birlikte, uygulanacaktır⁷¹⁵. Fakat bazı durumlarda forum devletinin vazgeçilmez menfaatlerine istinaden ihdas ettiği bazı kanun ve kuralları, yabancı hukuku uygulayan for hakiminin öncelikli olarak göz önüne alması gereken hususlar arasında yer alabilmektedir. Ayrıca, nadiren de olsa sözleşmeye uygulanacak hukuk ve hakimin hukukunun dışında üçüncü bir ülkenin birtakım özelliklere sahip kuralları, eldeki sözleşmeyle yakın bağlantısı sebebiyle uygulanma önceliği elde edebilmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar olarak isimlendirilen söz konusu kaideler, “*devletin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*” olarak tarif edilmektedir⁷¹⁶. Doğrudan uygulanan kural olma niteliğini haiz kaideler herhangi bir kanunlar ihtilafı incelemesine gereksinim duymaksızın somut hukuki uyuşmazlığa ilk elden tatbik edilme kabiliyetindedirler⁷¹⁷.

Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kuralların tatbikatı sürecinde en yoğun tartışılan husus hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olacağı

⁷¹⁵ Çelikel / Erdem, s. 157; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 283; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 102; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 372.

⁷¹⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul: 2001, s. 13.

⁷¹⁷ Çelikel / Erdem, s. 161; Demirkol, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 17; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 280; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 62; Nomer, s. 185; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 27-29; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 105; Tekinalp, ss. 49, 50.

konusuna ilişkindir. Bu konuda kesin bir surette dile getirilen ilkelerden birisi iç hukuk yönünden emredici düzenlemeler arasında yer alan her kuralın milletlerarası özel hukuk yönünden doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği hakkındadır⁷¹⁸. Bu ayrımın altını çizmek üzere doğrudan uygulanan kuralların uluslararası planda emredici kurallar olduğuna dikkat çekilmektedir⁷¹⁹. Uluslararası planda emredici olmakla kastedilen somut hukuki ilişkinin yabancılık unsuru içermesine rağmen ilgili doğrudan uygulanan kuralın yetkili yabancı hukuka ait münferit kuralların önüne geçmesi, bunlara nazaran öncelikli uygulanmasıdır. Bu kurallara öncelik hakkı verilmesinin nedeni ilgili devletin mali, ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek üzere yürürlüğe konulmuş olmaları ve söz konusu politikaların gerçekleşmesi için uygulanmalarının elzem olmasıdır⁷²⁰. O halde bir iç hukuk kuralının doğrudan uygulanan kural olduğunu söyleyebilmek için o kuralın uygulanmasıyla gerçekleşecek neticenin aynı konuda başka bir devlet hukukuna ait kuralın uygulanmasına müsamaha gösterilemeyecek kadar önem arz etmesi lüzumlu olacaktır.

Doğrudan uygulanan kurallar amaçları bakımından devletin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği birtakım politikaları gerçekleştirmek üzere ihdas edilen emredici kurallar ile hukuki ilişkilerin zayıf tarafını koruyan emredici düzenlemeler şeklinde iki gruba tasnif edilmektedir⁷²¹. Devletin ekonomik, sosyal ve siyasal menfaatlerini önceleyen doğrudan uygulanan kurallar öğretilde geleneksel doğrudan uygulanan kurallar olarak isimlendirilirken zayıf tarafı koruyan türdeki emredici kurallara ikinci nesil doğrudan uygulanan kurallar yakıştırması yapılmaktadır⁷²². Geleneksel nitelikteki ilk nesil doğrudan uygulanan kurallara devletlerin siyasi saiklerle uygulamaya koyduğu ithalat ve ihracat yasakları; ekonomi politikalarını gerçekleştirmek üzere yürürlüğe aldığı kartel yasakları, sermaye ve döviz kontrolüne ilişkin düzenlemeler; üretim ve iş güvenliği gibi kamu hukuku temelli düzenlemeler; kültür varlıklarının korunmasına ilişkin

⁷¹⁸ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 12, 98; Tekinalp, s. 50.

⁷¹⁹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 25. Ayrıca bkz. Demirkol, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 18.

⁷²⁰ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 8.

⁷²¹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 100.

⁷²² Jan-Jaap Kuipers, **EU Law and Private International Law**, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2011, s. 93.

düzenlemeler doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak gösterilebilecektir⁷²³. Zayıf tarafı koruyucu nitelikteki ikinci nesil doğrudan uygulanan kurallara ise iş ilişkilerinde işçileri, tüketici işlemlerinde tüketicileri, kira sözleşmelerinde kiracıları koruyan emredici düzenlemeler örnek verilebilecektir⁷²⁴. Bununla birlikte, zayıf tarafı koruyucu nitelikteki emredici düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olarak nitelenip nitelenemeyeceği meselesi öğretide tartışmalıdır. AB milletlerarası özel hukuku yönünden sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu nitelikteki iç hukuk düzenlemelerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi hususunun üye ülke hukukları arasında ihtilaflı olduğu; Fransa, İtalya ve Belçika gibi ülkelerin mahkemelerinin ve ABAD'ın bu meseleye olumlu yaklaştığı ve fakat Alman hukukçuların görüşlerinin ve mahkeme tatbikatının aksi yönde geliştiği belirtilmektedir⁷²⁵. Tüketicileri ve işçileri sözleşmenin zayıf tarafı kabul ederek yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde bu kişi gruplarını koruyucu nitelikte özel bağlama kuralları getiren Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün ilgili kuralları söz konusu tartışmanın pratik değerini kısmen azaltmışken, haklarında özel bağlama kuralları ihdas edilmemiş olan zayıf konumdaki diğer kişi grupları yönünden bu tartışma önemini muhafaza etmektedir⁷²⁶.

Doğrudan uygulanan kuralların tespit edilmesinde ilk aşamayı kanun koyucunun açık iradesi teşkil etmektedir. Bu itibarla, uygulamada nadiren rastlanılsa da ihdas ettiği emredici bir düzenlemenin uluslararası planda da icra edilmesini öngören kanun koyucu kaleme aldığı kural üzerinden bu iradesini açıkça veya örtülü bir biçimde yansıtabilecektir⁷²⁷. Böyle bir durumda, söz konusu emredici düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olma vasfı idarenin açık iradesiyle belirlenmiş olacaktır. Ancak, çoğu durumda emredici düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olma vasfı yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkları gören mahkemelerin tatbikatı neticesinde ortaya çıkmaktadır⁷²⁸. Mahkemeler ilgili emredici düzenlenmenin amacını da dikkate alarak bu

⁷²³ Nomer, s. 187.

⁷²⁴ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 104, 105.

⁷²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuipers, ss. 93-98; Andrea Bonomi, **Article 9: Overriding Mandatory Provisions**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 621-626.

⁷²⁶ Bonomi, s. 626.

⁷²⁷ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 15, 25.

⁷²⁸ Bonomi, s. 628.

belirlemeyi yapacaktır⁷²⁹. Ayrıca, yabancılık unsuru içeren davayı gören mahkemenin hukukunda yer alan bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi, aynı konuda yabancı hukuklarda yer alan benzer kuralların da doğrudan uygulanan kural olarak kabulünü gerektirmeyecektir⁷³⁰. Bunun yanında, doğrudan uygulanan kuralların kişi, zaman ve konu bakımından uygulama alanlarını bizatihi kendilerinin belirlediğinden bahsedilmektedir⁷³¹. Bu durum, doğrudan uygulanan kuralların kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın tatbik edilmelerine imkan vermektedir. Buna mukabil, doğrudan uygulanan kuralların yetkili yabancı hukukun uygulandığı sırada gündeme geldiği ve yalnızca kendi uygulama alanına giren konuda yabancı hukukun uygulanmasını engellediği, bu anlamda doğrudan uygulanan kuralın yetkili yabancı hukukun uygulanmasını bütünüyle bertaraf etmediği gözden kaçırılmamalıdır⁷³².

Doğrudan uygulanan kurallar *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları şeklinde üç sınıfa ayrılmaktadır⁷³³. MÖHUK'ta bu üç sınıf doğrudan uygulanan kural çeşidinden *lex fori*'nin ve üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenleme bulunmakta, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkinse hüküm bulunmamaktadır. Esasen kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olduğu tespit edilen yabancı hukuk sözleşmeye bir bütün olarak uygulanacağından *lex causae* teşkil eden yabancı devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına dair MÖHUK'ta düzenleme yapılmaması kabul edilebilir bir durumdur⁷³⁴. Aynı minvalde, hakimin hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların da olağan olarak herhangi bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın uygulanabileceği belirtilmekle birlikte⁷³⁵ MÖHUK m. 6'da getirilen hüküm sayesinde yabancı hukuku ait doğrudan uygulanan kurallar ile Türk hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların çatışması ihtimalinde Türk hukukuna ait kurala öncelik

⁷²⁹ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 15, 25.

⁷³⁰ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 25.

⁷³¹ Talat Kaya, **Ekonomik Yaptırımların Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümüne Etkisi**, Ankara: Adalet Yayınları, 2022, s. 83.

⁷³² Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 32.

⁷³³ Çelikel / Erdem, ss. 156, 157; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 205; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 62; Tekinalp, s. 299.

⁷³⁴ Çelikel / Erdem, s. 157.

⁷³⁵ Çelikel / Erdem, s. 157; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 35; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, ss. 12, 13.

verileceğinin altı çizilmiş olmaktadır⁷³⁶. Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının Türk hakimince göz önüne alınabilmesi ya da uygulanabilmesi içinse açık bir kanun hükmüne ihtiyaç duyulmaktadır⁷³⁷. MÖHUK m. 31’de düzenlenen hükümle hakime borç sözleşmeleri alanında üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyıp tanımama ve bu kuralları uygulayıp uygulamama hususunda yetki tanınmış, bu sayede özellikle hukuk seçimi yapılan sözleşmeler yönünden⁷³⁸ ilgili sözleşmeyle sıkı ilişkiye sahip yabancı hukukun dikkate alınmasına olanak tanınmıştır⁷³⁹.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hukuk seçimi yoluyla yetkilendirilen ya da objektif bağlama kurallarının uygulanmasıyla yetkili olduğu tayin edilen yabancı hukuk bir bütün olarak uygulanacağından *lex causae* teşkil eden bu hukuka ait doğrudan uygulanan kuralların konumuz açısından tartışma değeri bulunmamaktadır. Asıl incelenmesi gereken husus söz konusu bulut bilişim sözleşmelerine dair uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinde görülmesi halinde Türk hukukuna ait hangi kuralların doğrudan uygulanan kural sayılabileceği hususu ile üçüncü devletlere ait ne tür doğrudan uygulanan kuralların böyle bir yargılamada göz önüne alınması gerekeceği meselesi hakkındadır.

b. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmeleri Bakımından Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları başlığını taşıyan MÖHUK m. 6, “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır” demek suretiyle doğrudan uygulanan kuralların müdahaleci kurallar olmasına vurgu yapmış; ancak Türk mevzuatındaki hangi kuralların doğrudan uygulanan

⁷³⁶ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 64.

⁷³⁷ Çelikel / Erdem, s. 158; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 77.

⁷³⁸ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 56, 57, 99, 100.

⁷³⁹ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 374.

kural sayılacağına dair bir belirlemede bulunmamıştır. Doğrudan uygulanan kuralların nasıl belirleneceğine dair Kanun'un getirdiği esaslar ilgili iç hukuk kuralının düzenleme amacının ve uygulama alanının göz önüne alınması yönündedir⁷⁴⁰. O halde önündeki uyuşmazlığa yabancı hukuku uygulayan Türk hakiminin Türk hukukunda yer alan bir emredici kuralı münferiden uygulayabilmesi için ilgili kuralın düzenleme amacı itibarıyla devletin sosyal, siyasi, ekonomik menfaatlerine istinaden ihdas edilmiş olması ve kuralın uygulanmaması halinde kuralın altında yatan amaca ulaşamayacak olmasının aranması gerekecektir⁷⁴¹. Öte yandan, bir kanun ya da yönetmeliğin bir bütün olarak değil bunların içerisindeki münferit emredici kuralların doğrudan uygulanan kural teşkil edebileceği unutulmamalıdır⁷⁴².

Öğretide, sözleşmenin zayıf tarafını koruma amaçlı olarak getirilen ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan iç hukuk düzenlemelerine doğrudan uygulanan kural niteliği tanınmasının bu kuralların gerçek etkisini gösterebilmesi bakımından yerinde olacağı dile getirilmektedir⁷⁴³. Ayrıca, devletin Anayasa'da açıkça zikredilen görevleri ve pozitif yükümlülükleri bağlamında kaleme alınan bir kısım emredici kuralların da devletin izlediği sosyal, siyasi ve ekonomik politikaları yansıtmaları sebebiyle doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinin mümkün olacağı ifade edilmektedir⁷⁴⁴. Bu görüşler ışığında, Türk hukukunda yer alan sözleşme özgürlüğünü zayıf taraf lehine koruyan hükümlerden ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanma kabiliyetini haiz olanlarının değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu doğrultuda, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından içerisinde bulunan emredici düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmeyeceğini incelemeye değer gördüğümüz kanun 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun olacaktır.

⁷⁴⁰ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 280.

⁷⁴¹ Benzer görüşler için bkz. Çelikel / Erdem, s. 155; Nomer, ss. 186, 187.

⁷⁴² Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 31.

⁷⁴³ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 106. Türk hukukunda sözleşmenin zayıf tarafını koruyan düzenlemeleri "özel düzenlemeler" olarak nitelendiren ve bu tür düzenlemeleri doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmeyen karşıt görüş için bkz. Nomer, s. 186.

⁷⁴⁴ Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 104, 105.

(1) 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Etkisi

6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁷⁴⁵ 23 Ekim 2014 tarihinde kabul edilmiş, Kanun'un ilk hali 1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlk halinde 16 madde ve 1 geçici maddeden oluşan Kanun iki defa değişikliğe uğramıştır. 28 Kasım 2017 tarihinde yapılan ilk değişiklikte Kanun'un 11. maddesine iki adet, 12. maddesine ise 1 adet yeni fıkra ilave edilmiştir⁷⁴⁶. 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan son değişikliklerle birlikteyse Kanun'un uygulama alanı oldukça genişlemiştir⁷⁴⁷. Bu çerçevede, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcı kavramları tanımlanmış, platform olarak da adlandırılan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların faaliyetleri ile sözleşme pratiklerine ilişkin yükümlülükleri emredici bir biçimde kaleme alınmıştır. 7416 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. Maddesi uyarınca söz konusu değişikliklerle elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara getirilen yükümlülüklerin önemli bir kısmı 1 Ocak 2023'te, bazı münferit yükümlülükler ise 1 Ocak 2024'te yürürlüğe girecektir.

ETDHK'nın genel gerekçesine bakıldığında Kanun'un AB'nin 8 Haziran 2000 tarihinde yasalaştırdığı Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktif (Elektronik Ticaret Direktifi)⁷⁴⁸ ile 2002/58 Sayılı Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması

⁷⁴⁵ R.G. 05.11.2014 – 29166.

⁷⁴⁶ Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 05.12.2017 – 30261.

⁷⁴⁷ R.G. 07.07.2022 – 31889.

⁷⁴⁸ The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')**, OJ L 178/1, 17.07.2000, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

Direktifi'ne⁷⁴⁹ (e-Gizlilik Direktifi) uyum sağlanması amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır⁷⁵⁰. Kanun'da 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan değişikliklerin arkasında ise AB'nin 20 Haziran 2019 tarihinde kabul ettiği 2019/1150 Sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adilliği ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye İlişkin Tüzük'ün (P2B Tüzüğü)⁷⁵¹ belirli hükümlerinin iç hukuka aktarılması amacı yatmaktadır⁷⁵².

6563 Sayılı ETDHK'nın 1 Temmuz 2022 değişikliklerinden önceki halinde temel olarak hizmet sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret süreçlerindeki yükümlülükleri, ticari iletişime ilişkin esaslar, Ticaret Bakanlığının denetim yetkisi ile yaptırımlar hüküm altına alınmıştır. Konumuz açısından göze çarpan bir husus ETDHK'nın 3. ve 4. maddelerinde hizmet sağlayıcılar üzerine getirilen yükümlülüklerin emredici niteliğinin ticari sözleşmeler açısından mutlak olmayıp nispi oluşudur. Her iki maddenin de 3. fıkralarında, elektronik ticaret işleminin taraflarının tüketici olmadığı durumlarda tarafların üçüncü ve dördüncü maddelerle getirilen yükümlülüklerin aksini kararlaştırabilecekleri belirtilmektedir. Buna göre, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri yönünden ETDHK'nın 3. ve 4. maddelerindeki yükümlülüklerin doğrudan uygulanan kural teşkil etmeyeceği rahatlıkla söylenebilecektir. Nitekim ETDHK'nın 3. maddesinin gerekçesine bakıldığında bu maddeyle getirilen yükümlülüklerin yalnızca Türkiye'de bulunan hizmet sağlayıcılara yönelik olduğu ve yurt dışında yerleşik hizmet sağlayıcılara bu şekilde bir yükümlülük getirmenin olanaklı

⁷⁴⁹ The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)**, OJ L 201/37, 31.07.2002, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

⁷⁵⁰ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun - Genel Gerekçe. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/elektronik-ticaretin-duzenlenmesi-hakkinda-kanun-genel-gerekce/1> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

⁷⁵¹ The European Parliament And The Council Of The European Union, **Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services**, OJ L 186/57, 11.07.2019, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

⁷⁵² 7416 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun-Genel Gerekçe. Erişim Adresi: <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4528.pdf> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

olmadığına işaret edildiği görülmektedir⁷⁵³. Bu anlamda, Kanun Koyucu'nun 3. maddeyi yurt dışı menşeli hizmet sağlayıcılara uygulamak niyetinde olmadığı anlaşılmaktadır. Esasen, 3. ve 4. maddelerin meihazını oluşturan Elektronik Ticaret Direktifi'nin temel izleklerinden birisi de AB üyesi devletlerin yalnızca kendi ülkelerinde yerleşik hizmet sağlayıcılara Direktif hükümlerini uygulamasıdır⁷⁵⁴. Bu doğrultuda, ETDHK'da yer alıp meihazını Elektronik Ticaret Direktifi'nin teşkil ettiği son hüküm olan 9. maddenin ilk fıkrasının da Türk hukuku açısından doğrudan uygulanan kural teşkil etmeyeceğini değerlendirmekteyiz.

ETDHK'nın 5 ilâ 8. maddeleri arasında düzenlenen ticari elektronik iletilere ilişkin düzenlemelerin kaynağı 2002/58 Sayılı e-Gizlilik Direktifi'dir. Ancak, söz konusu kurallar bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk meselesinde nadiren gündeme geleceğinden uluslararası planda emredici olup olmadıklarını değerlendirmekten imtina edeceğiz. Diğer yandan, kişisel verilerin korunmasına ilişkin 10. maddenin doğrudan uygulanan kural vasfı tartışmaya değer olsa da söz konusu madde 1 Temmuz 2022 değişiklikleriyle yürürlükten kaldırıldığından bu maddeyi de değerlendirmemizin dışında tutacağız. Kanun'un 1 Temmuz 2022 değişikliklerinden önceki hali bakımından kalan maddelerinin sözleşme ilişkilerine müdahaleleri bulunmadığından incelenmeleri gerekmemektedir.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine etkisi bakımından önem arz eden ETDHK hükümleri, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcı arasındaki sözleşmesel ilişkiye müdahale eden yeni

⁷⁵³ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun - Madde Gerekçeleri. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/elektronik-ticaretin-duzenlenmesi-hakkinda-kanun-madde-gerekceleri/1> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

⁷⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Geert de Baere, "Is This a Conflict Rule Which I See before Me?" Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the 'Directive on Electronic Commerce', **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, C. 11, S. 3, 2004, ss. 307-317; Julia Hörnle, "Country of Origin Regulation in Cross-Border Media: One Step Beyond the Freedom to Provide Services?" **International and Comparative Law Quarterly**, C. 54, S. 1, 2005, ss. 107, 108; Paul Przemysław Polański, "Revisiting Country of Origin Principle: Challenges Related to Regulating E-Commerce In The European Union, **Computer Law & Security Review**, C. 34, S. 3, 2018, ss. 576-579.

ETDHK kurallarıdır⁷⁵⁵. 1 Temmuz 2022 tarihinde gerçekleştirilen ve çoğunluk itibarıyla 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek olan ETDHK değişikliklerindeki en özgün kurallar ise elektronik ticarete haksız ticari uygulamalarda bulunulmasını yasaklayan Ek Madde 1 hükümleridir. Ek Madde 1’in ilk fıkrasına göre, “*Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalarının haksız olduğu kabul edilir.*” Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise haksız ticari uygulamalar örnekleme yoluyla sayılmış, sayılan pratiklerin her hâlükârda haksız ticari uygulama kabul edileceği belirtilmiştir.

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ETDHK m. 2/I-f’de “*Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı*” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bu tanım, iç veya dış pazara ürün satan tacirlerin potansiyel müşteri kitlelerini artırmak üzere üye olarak aracılık hizmeti almaya başladıkları sanal pazar yerlerine tekabül etmektedir. Ayrıca, doğrudan elektronik ticaret teşkil eden sanal ortamda hizmet sunma faaliyetleri bakımından uygulama geliştiricilerce hizmete sunulan çeşitli uygulamalara ev sahipliği yapan uygulama marketleri de ETDHK anlamında elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı kabul edilecektir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcılar ise ETDHK m. 2/I-g’de “*Elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı*” şeklinde tarif edilmektedir. Buna göre, elektronik ticaret hizmet sağlayıcılar başkalarına ait sanal platformlarda ürün veya hizmetlerini pazarlayan münferit satıcı veya sağlayıcılar olabilecekleri gibi söz konusu pazarlama faaliyetini kendilerine ait web siteleri veyahut mobil uygulamalar üzerinden

⁷⁵⁵ ETDHK’deki temel hukuki özneler Kanun’un ilk halinde hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı iken 1 Temmuz 2022’de yapılan değişikliklerle birlikte Kanun sistematığıne biri elektronik ticaret hizmet sağlayıcı diğeri elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı olmak üzere iki yeni özne daha ilave edilmiştir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, tanımları itibarıyla, sırasıyla hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı öznelerinin bir alt kümesini oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Bedii Kaya, **Yeni ETK – Kim Kimdir**, 08.09.2022, Erişim Adresi: <https://www.mbkaya.com/yeni-etk-elektronik-ticaret-hukuku/> (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

gerçekleştiren tacirler de olabilecektir. İşte Ek Madde 1 uyarınca yasaklanan haksız ticari uygulamalar elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcı arasında akdedilen aracılık sözleşmeleri çerçevesinde aracı hizmet sağlayıcı tarafından gerçekleştirilen tek taraflı uygulamalara ilişkindir. Değerlendirilmesi gereken husus yabancılık unsuru içeren ve özellikle aracı hizmet sağlayıcının yurt dışı menşeli bir platform olduğu ve uygulanacak hukukun Türk hukuku dışında yabancı bir ülke hukuku olduğu bulut bilişim sözleşmelerinde ETDHK Ek Madde 1 hükmünün Türk mahkemeleri nezdinde doğrudan uygulanan kural teşkil edip edemeyeceğidir.

Aracı hizmet sağlayıcıların haksız ticari uygulamalara girişmesini yasaklayan ETDHK Ek Madde 1 hükmünün uygulama alanına dair ne Kanun’da ne de genel gerekçe ve madde gerekçelerinde belirleme yapılmaması hükmün uygulamaya konuluş amacını irdelememizi gerektirmektedir. 7416 Sayılı Kanun’un genel gerekçesine bakıldığında elektronik ticaret pazar yerlerinde hizmet alan işletmelerin çoğunun küçük veya orta büyüklükte işletmeler olduğuna ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların mevzubahis işletmeler karşısında asimetrik müzakere gücüne sahip olduğuna vurgu yapıldığı görülmektedir⁷⁵⁶. Devamla sözleşmenin güçlü tarafı olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirlemek suretiyle sözleşmenin zayıf tarafına karşı haksız ve adil olmayan uygulamalarda bulunduklarından bahsedilmektedir⁷⁵⁷. Bu doğrultuda, ETDHK’da yapılan değişikliklerin aracılık hizmeti sunulan ve sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri koruma gayesiyle kaleme alınmalarından hareketle doğrudan uygulanan kural olarak vasıflandırılmaya aday oldukları ileri sürülebilecektir. Buna ilaveten, 7416 Sayılı Kanun’un genel gerekçesinde Anayasa’nın “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlıklı 167. maddesine atıfla devletin ticaret sektöründeki tekelleşme eğilimlerini önleme görevi bulunduğu işaret edilmekte, e-ticarete tekelleşmenin ve haksız rekabetin önüne geçilmesi amacıyla söz konusu düzenlemenin yapıldığı ifade edilmektedir⁷⁵⁸. Bu itibarla, devletin ekonomik politikalarını gerçekleştirmek üzere

⁷⁵⁶ 7416 Sayılı Kanun Genel Gerekçe.

⁷⁵⁷ 7416 Sayılı Kanun Genel Gerekçe.

⁷⁵⁸ 7416 Sayılı Kanun Genel Gerekçe.

yürürlüğe konulan ve gerekçesi itibarıyla Anayasa'nın devlete aktif bir vazife verdiği piyasalarda tekelleşmenin engellenmesi mevzuuna istinat eden ETDHK'nın sözleşme özgürlüğüne müdahale eden yeni hükümlerinin Türk mahkemeleri nezdinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi pek muhtemeldir.

Yeni ETDHK hükümlerinin doğrudan uygulanan kural teşkil edebileceği önermemize mehzaz 2019/1150 Sayılı P2B Tüzüğü'ne ilişkin AB hukuku öğretisinde yapılan açıklamalardan da delil getirmek mümkündür. Öncelikle, ETDHK'daki değişikliklerin aksine, P2B Tüzüğü'nün 1. maddesinin 2. fıkrasında söz konusu düzenlemenin kişi bakımından uygulama alanının açıkça tayin edildiği belirtilmelidir. Buna göre, P2B Tüzüğü, kuruluş veyahut yerleşim yeri AB sınırları içerisinde bulunan ve AB sınırları içerisindeki tüketicilere ürün veya hizmet sunan işletme ve şirketlere çevrimiçi aracılık hizmeti sunan bütün hizmet sağlayıcılara uygulanacaktır. Örneğin, AB içerisinde yerleşik bir işletme, AB içerisindeki tüketicilere elektronik ortam üzerinden mal satışı yapmak için ABD'de kurulu bir platforma üye olarak çevrimiçi aracılık hizmeti alıyorsa ABD menşeli söz konusu platform P2B Tüzüğü'nün uygulama alanına girecektir⁷⁵⁹. Dahası, P2B Tüzüğü'nün birinci maddesinin ikinci fıkrası ile gerekçesinin 9. paragrafının son cümlesi uyarınca Tüzük hükümleri, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun hangi ülke hukuku olduğuna bakılmaksızın tatbik edilecektir. Bu itibarla, P2B Tüzüğü'yle aracılık hizmeti sunan platformlar hakkında getirilen kurallar AB milletlerarası özel hukuku açısından Roma I Tüzüğü madde 9/I anlamında doğrudan uygulanan kural teşkil edecektir⁷⁶⁰. Dolayısıyla, AB içerisinde yerleşik işletme veyahut şirketler ile platform hizmeti sunan bulut bilişim hizmet sağlayıcıları arasında akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukuk AB üyesi olmayan bir ülke hukuku olsa dahi taraflar arasındaki sözleşme P2B Tüzüğü ile getirilen sınırlamalara tâbi tutulacaktır.

⁷⁵⁹ Pietro Franzina, **Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Platforms: The Role of Private International Law**, Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms / Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales (ed. Ilaria Pretelli) içinde, Zürih: Schulthess Médias Juridiques, 2018, s. 151.

⁷⁶⁰ Franzina, ss. 151, 152; Asensio, s. 482.

P2B Tüzüğü'nün platformlar ile işletme veyahut şirketler arasında imzalanan çevrimiçi aracılık sözleşmelerinde hakkaniyete aykırı sözleşme pratiklerini yasaklarken öngördüğü yaptırım kesin hükümsüzlük yaptırımı olmuştur⁷⁶¹. Ancak, mevzubahis sözleşmelerde yer alan hakkaniyete aykırı hükümlerin kesin hükümsüz kılınabilmesi için taraflar arasındaki uyuşmazlıktan doğan davaların AB üyesi bir devletin mahkemelerinde açılması gerekecektir⁷⁶². Oysa gerek platformlarla akdedilen sözleşmelerde çoğunlukla platformun ait olduğu şirketin yerleşik olduğu ülke mahkemelerinin yetkilendirilmesi gerekse yetki şartının yokluğunda uygulanacak usul hukuku kurallarının da çoğunlukla platform sahibinin yerleşik olduğu ülke mahkemelerini yetkili kılması, AB üyesi olmayan ülkelerin mahkemelerinin yetkili olduğu durumların sıklıkla gündeme geleceğini göstermektedir⁷⁶³. Tüzük bu muhtemel problemi 11. ve 12. maddelerinde platform içi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yer vererek ve 14. maddesinde kar amacı gütmeyen çeşitli kurum ve kuruluşlar ile kamu kurumlarına AB sınırları içerisinde yerleşik işletmeler adına topluluk davası açma yetkisi vererek çözmüştür⁷⁶⁴. Aynı minvalde, ETDHK'nın ilgili hükümlerinin Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanan kural olarak uygulanabilmesi için de elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıları arasındaki ihtilaflarda Türk mahkemelerinin yetkili olması gerekecektir. Bulut bilişim sözleşmeleri özelinde konuyu değerlendirdiğimizde bu sözleşmelerde yer alan yetki şartlarında neredeyse her zaman hizmet sağlayıcının merkezine bulunduğu mahkeme yetkili kılındığından Türk mahkemelerinin yetkili olması ihtimaline nadiren rastlanılacaktır. Dolayısıyla, sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden küçük ve orta büyüklükteki elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarını koruyucu nitelikteki milletlerarası yetki kurallarının MÖHUK'ta bulunmaması karşısında bu yetki şartları büyük oranda geçerli olarak ortaya çıkacağından ETDHK hükümlerinin Türk mahkemelerinde görülen yabancılık unsuru içeren davalarda doğrudan uygulanan kural olarak tatbik edilmesi çok sınırlı hallerde söz konusu olacaktır. Buna mukabil, ETDHK m. 12'nin ilgili hükümleri uyarınca elektronik ticarete haksız

⁷⁶¹ Bkz. P2B Tüzüğü Gerekeçesi 20. Paragraf.

⁷⁶² Franzina, s. 152.

⁷⁶³ Pascal Favrod-Coune, **The Legal Position of the Weaker Party in B2B Relationships with Online Platforms in the European Union – An Analysis of Dispute Resolution Mechanisms in Regulation (EU) 2019/1150**, Yearbook of Private International Law Vol. XXI- 2019/2020 (ed. Andrea Bonomi / Gian Paolo Romano) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2020, ss. 534-535.

⁷⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Favrod-Coune, ss. 540, 541.

ticari uygulamalarda bulunmanın yaptırımını çeşitli oran ve miktarlarda para cezası olarak saptanmıştır. O halde, yeni ETDHK kuralları elektronik ticarete haksız ticari uygulamaları yasaklamakla birlikte kesin hükümsüzlük yaptırımını benzeri bir hukuki yaptırım getirmek yerine Ticaret Bakanlığının denetim yetkisine bağlı bir cezai yaptırım sistemi benimsediğinden Türk mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlıklarda yetkili olmayacak olmasının sorun doğurmayacağı ileri sürülebilecektir.

Kanaatimizce, ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri sınıfından olan uygulama marketleri ile uygulama geliştiriciler arasında akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri yönünden ETDHK'nın 7416 Sayılı Kanun ile değişik hükümlerinden sözleşme özgürlüğüne müdahale eden Ek Madde 1 hükmü doğrudan uygulanan kural olarak taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak olan yabancı hukuka istisna teşkil edecektir. Ancak, söz konusu kuralın Türk mahkemeleri nezdinde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralı olarak tatbik edilebilmesi için öncelikle taraflar arasındaki davanın Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine girmesi ve davanın Türk mahkemelerinde görülmesi icap edecektir. Bakanlığın denetim yetkisi çerçevesinde yurt dışı menşeli elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara ceza verme yetkisinin olup olmadığı meselesi ise sözleşmesel bir yaptırım olmayıp idari bir yaptırım teşkil ettiğinden konumuzun dışında kalan bu husus hakkında değerlendirme yapılmayacaktır.

c. Ticari veya Mesleki Faaliyetler Gereği Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmeleri Bakımından Üçüncü Ülkelerin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin MÖHUK düzenlemesi Kanun'un 31. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükümde, *“Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir”* denilmek suretiyle yabancılık unsuru içeren sözleşmesel uyuşmazlıklarda Türk hakimine Türk hukuku ve *lex causae* teşkil eden yabancı hukuk dışında üçüncü bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını tatbik etme yetkisi verilmiştir. MÖHUK m. 31

çerçevesinde üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin tatbikatın iki bakımdan hususiyet arz ettiğine dikkat çekilmelidir. Öncelikle, maddenin açık hükmü gereğince üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına kural olarak yalnızca sözleşmesel uyuşmazlıklarda etki tanınabilecek olup kişiler hukuku, aile hukuku, haksız fiil ve diğer hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikine olanak tanınmayacaktır⁷⁶⁵. İkinci husus doğrudan uygulanan kuralların tanımlayıcı özelliği olan kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın ilk elden uygulanma işlevlerinin üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları bakımından söz konusu olamayacak olmasıdır. MÖHUK m. 31 çerçevesinde üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralına uygulama alanı tanınabilmesi için öncelikle yabancılık unsuru içeren sözleşmeye uygulanacak hukukun bağlama kuralları vasıtasıyla tespit edilmesi gerekecek olup ancak bundan sonra sözleşmeyle sıkı ilişki içerisinde olan üçüncü ülke hukukunun ilgili doğrudan uygulanan kurallarına tatbik imkanı verilebilecektir⁷⁶⁶.

Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesinin ilk şartı ilgili kuralın söz konusu devletin hukuku uyarınca doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesidir⁷⁶⁷. İkinci koşul uyuşmazlık konusu sözleşme ile üçüncü ülkenin hukuku arasında sıkı bir bağlantı bulunmasıdır⁷⁶⁸. Söz konusu sıkı bağlantının mevcut olup olmadığı değerlendirilirken sözleşmenin yer veya kişi bakımından bağlantı gösterdiği ülkelerin mahkemece göz önüne alınması gerekeceği belirtilmektedir⁷⁶⁹. Son olarak bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına somut olaydaki sözleşme ile sıkı ilişkisi sebebiyle etki tanıyabilmek veya uygulamak için MÖHUK m. 31'in ikinci cümlesi uyarınca ilgili kuralın amacı,

⁷⁶⁵ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 420; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 373; Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış," **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, s. 85. Ancak, 1996 tarihli Velayet Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle beraber artık Türk hakiminin velayet, çocukla kişisel ilişki kurma ve Sözleşme'de düzenlenen diğer hususlarda üçüncü bir devletin hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralları tatbik edebileceği hakkında bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 373, d. n. 524.

⁷⁶⁶ Erkan, s. 86.

⁷⁶⁷ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 421; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 77.

⁷⁶⁸ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 421; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 77.

⁷⁶⁹ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 421; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 70.

niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınarak karar verilmesi gerekecektir⁷⁷⁰. Bu çerçevede, kuralın ait olduğu devletin eldeki uyuşmazlığa kendi kanununun tatbik edilmesinde meşru çıkarlarının bulunması gerekeceği ifade edilmektedir⁷⁷¹. Buna mukabil, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralına etki tanınması veyahut uygulanması neticesinde ortaya çıkacak neticenin Türkiye'nin meşru çıkarlarına aykırı olmaması da gerekecektir⁷⁷². Neticede, MÖHUK m. 31 bağlamında üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına tatbik kabiliyeti tanınması hususu büyük ölçüde uyuşmazlığa bakan mahkemenin takdirine bırakılan bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

Ticari veya mesleki faaliyetler gereği akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri özelinde uygulanması gündeme gelebilecek üçüncü ülke doğrudan uygulanan kurallarının ekonomik yaptırım kararlarına⁷⁷³ ilişkin olabileceğini öngörmekteyiz⁷⁷⁴. Örneğin, Türkiye'de yerleşik bir bilişim teknolojileri şirketinin yabancı ülkelerde yerleşik işletmelere bulut tabanlı yazılım hizmeti sunduğunu ve bu hizmeti sunarken de ABD menşeli bir hizmet sağlayıcısının bulut altyapısından faydalandığını tasavvur edelim. ABD'nin Türkiye'de yerleşik şirketlerle bilişim hizmetleri de dahil olmak üzere hiçbir şekilde ticaret yapılmaması yönünde bir ekonomik yaptırım kararı alması ihtimalinde, yurt dışından aldığı altyapı hizmetinden mahrum kalan örneğimizdeki Türk şirketi yabancı ülkelerde yerleşik müşterilerine sunduğu yazılım hizmetine ilişkin borcunu ifa edemez duruma gelebilecektir. Mevzubahis Türk şirketi hakkında yabancı müşteriler tarafından Türk mahkemeleri nezdinde özel hukuk davaları açılması durumunda Türk hakimi uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ettikten sonra ABD tarafından yürürlüğe konulan yaptırım kararına uygulanacak hukuk çerçevesinde bir maddi vakıa olarak etki tanımak

⁷⁷⁰ Nomer, s. 345; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 375.

⁷⁷¹ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 421; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 70.

⁷⁷² Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 421; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 71.

⁷⁷³ Ekonomik yaptırım kararlarının doğrudan uygulanan kural vasfı hakkında bkz. Kaya, Ekonomik Yaptırımlar, ss. 81-87.

⁷⁷⁴ Ukrayna ve Rusya arasında yaşanmakta olan savaş sebebiyle Rusya devleti ABD ve AB tarafından pek çok ekonomik yaptırıma maruz bırakılmışsa da söz konusu ekonomik yaptırımlar henüz yazılım hizmetlerini kapsamamaktadır. Bununla birlikte, Microsoft, Amazon ve Oracle başta olmak üzere pek çok yazılım şirketi gönüllü olarak Rusya merkezli şirketlere hizmet sunmayı ya tümünden bırakmış ya da sundukları hizmetleri kısıtlama yoluna gitmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Scott Marcus / Niclas Poitiers / Pauline Weil, **The Decoupling Of Russia: Software, Media and Online Services**, 22 Mart 2022, Erişim Adresi: <https://www.bruegel.org/blog-post/decoupling-russia-software-media-and-online-services> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

suretiyle veyahut söz konusu yaptırım kararını bir hukuk kuralı olarak tatbik ederek Türk şirketinin sorumlu olmadığına karar verebilecektir⁷⁷⁵.

B. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Açıklama

Tüketici işlemleri bütün unsurlarıyla tek bir milli devletin sınırları içerisinde gerçekleşebildiği gibi günümüzde B2C ticaretin geçmişe oranla giderek artan bir biçimde uluslararasılaşmasıyla birden fazla devletle irtibat halinde de gerçekleşebilmektedir⁷⁷⁶. Özellikle, mal veya hizmetlere dair sözleşmelerin internet ortamında akdedildiği ancak ifanın gerçek ortamda yapıldığı dolaylı e-ticaret işlemlerinden ziyade hem sözleşmelerin internet ortamında akdedildiği hem de ifanın sanal dünyada gerçekleştirildiği doğrudan e-ticaret piyasasının gösterdiği gelişim, yabancılık unsuru içeren tüketici işlemlerinin hiç olmadığı kadar gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Zira fiziki dünyada satılan mal veya hizmetlerden farklı olarak dijital ürünlerin ve hizmetlerin satımında devlet sınırlarını aşmak oldukça kolay olduğundan tek bir dokunuşla dünyanın herhangi bir yerinden anlık olarak ürün veya hizmet almak mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla, tüketici işlemlerinin uluslararası nitelik gösterir hale gelmesinde en önemli etken elektronik ticaretin yaygınlaşması olarak gösterilebilecektir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Bir hukuk kuralının uygulanması ile maddi vakıa olarak dikkate alınması arasındaki fark hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 74. Ekonomik yaptırım kararlarının maddi vakıa veyahut hukuk kuralı olarak vasıflandırılmasının sonuçları hakkında bkz. Kaya, Ekonomik Yaptırımlar, s. 88 vd.

⁷⁷⁶ Aynı yönde bkz. Zhen Chen, “Internet, Consumer Contracts And Private International Law: What Constitutes Targeting Activity Test?,” **Information & Communications Technology Law**, 2021, s. 1.

⁷⁷⁷ Aynı yönde bkz. Reinhard Schu, “The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law?,” **International Journal of Law and Information Technology**, C. 5, S. 2, 1997, s. 194; Zheng Sophia Tang, **Electronic Consumer Contracts In The Conflict of Laws**, London: Hart Publishing, 2015, ss. 3-4, 7.

Tüketici işleminin bütün hukuki unsurlarıyla tek bir ulusal devletin sınırları içerisinde gerçekleşmediği ve bu anlamda yabancılik unsuru içerdiği durumlarda ortaya çıkabilecek tüketici uyuşmazlıklarına tüketicinin korunmasına ilişkin maddi hukuk kurallarını uygulamadan önce söz konusu uyuşmazlığın milletlerarası özel hukuk yönünü ele almak gerekmektedir. Zira yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda yetkili Türk mahkemesi olayı çözüme kavuştururken kendi hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve bazı istisnai hallerde olayla bağlantısı bulunan bir üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları hariç olmak üzere kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği ülke hukukunu bir bütün olarak uygulamak zorundadır⁷⁷⁸. Buna göre, yabancılik unsuru içeren tüketici uyuşmazlıklarında hâkimin doğrudan doğruya Türk hukukunda yürürlükte olan tüketiciyi koruyucu düzenlemeleri olaya tatbik etmesi mümkün değildir. Söz konusu kuralların yabancılik unsuru içeren bir tüketici uyuşmazlığına uygulanabilmesi için hususen doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmeleri ya da ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının özel olarak uygulanmalarını emretmesi veyahut kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği ülke hukukunun Türk hukuku olması gerekmektedir.

Tüketicilerin korunmasına ilişkin hukuk kuralları, ticari hayatta piyasa koşullarında giriştikleri hukuki işlemlerde zayıf konumda olduğu varsayılan tüketicilerin mal veya hizmet satın alırken maruz kalabilecekleri bilgi eksikliklerinden kaynaklanan sorunları mümkünse baştan engellemeyi mümkün değilse ortaya çıkan zararın giderilmesini amaçlayan maddi kurallardan oluşmaktadır. Türk hukukunda tüketicilerin korunmasına ilişkin maddi hukuk kuralları öncelikli kaynağını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 172. maddesinde bulmaktadır. Maddede, "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*" denilmek suretiyle tüketicinin korunması meselesinde devlete pozitif sorumluluk yüklenmiştir⁷⁷⁹. Bu pozitif sorumluluk karşısında yapılan ilk kanuni düzenleme⁷⁸⁰ 1995 yılında yürürlüğe giren 4077 Sayılı eTKHK olmuş, devam eden süreçte tüketici mevzuatımızın AB

⁷⁷⁸ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 102.

⁷⁷⁹ Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, ss. 173-175.

⁷⁸⁰ 4077 Sayılı eTKHK yürürlüğe girmeden önce ve cumhuriyetin ilk yıllarında çeşitli kanunlarda dağınık olarak tüketicinin korunmasına hizmet eden münferit hükümlere rastlanabilirse de söz konusu kurallar çerçevesinde o dönem için bir tüketici hukuku oluşmamıştır, bkz. Poroy, ss. 548-550.

müktesebatı ile uyumlulaştırılması çalışmaları çerçevesinde 2014 yılında 6502 Sayılı yeni TKHK yürürlüğe konulmuştur⁷⁸¹. Tüketicinin korunması hukuku alanında maddi hukuk yönünden yaşanan bu gelişmeler etkisini milletlerarası özel hukuk alanında da göstermiştir. Bu anlamda, 1982 yılından 2007 yılına kadar yürürlükte kalan 2675 Sayılı eski MÖHUK'ta⁷⁸² tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında özel bir hüküm bulunmazken 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 Sayılı MÖHUK'un 26. Maddesinde uygulanacak hukuk yönünden, 45. Maddesinde ise yetkili mahkeme bakımından tüketicileri koruyucu nitelikte kurallar ihdas edilmiştir.

Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26'da düzenlenmiştir. Bu maddeyle sözleşmelere uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralından farklı olarak bazı tüketici sözleşmelerine uygulanmak üzere özel bağlama kuralları getirilmiş, tüketicilerin mutad mesken hukuklarının sağladığı hukuki korumadan yararlanmaya devam etmesi amaçlanmıştır⁷⁸³. Maddenin ilk fıkrasında *“Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir”* denilerek önce tüketici sözleşmelerine ilişkin bir tanım getirilmiş⁷⁸⁴, devamında ise sınırlı

⁷⁸¹ Tüketici hukuku alanında Türk mevzuatını AB müktesebatına uyumlulaştırma çalışmaları hakkında bkz. Altınar Yolcu, ss. 1118-1121.

⁷⁸² R.G. 22.05.1982 – 17701.

⁷⁸³ Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 328; Toker, ss. 23, 24.

⁷⁸⁴ Maddede tüketici sözleşmelerini tanımlama yoluna gidilmesi öğretilde eleştirilmekte, *lex fori* vasıflandırma yoluyla ulaşılabilecek bir tanıma maddede yer verilmesi lüzumsuz bulunmaktadır, bkz. Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 351, d. n. 481; Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 330. Buna karşın, başka bir yazarsa hâkimin yapacağı vasıflandırma faaliyetiyle tüketicinin korunmasına ilişkin genel çerçevenin belirlenebileceğini savunmakta, ayrıca karşılaştırmalı hukukta da aynı yöntemin benimsenmesi karşısında tüketici sözleşmesinin tanımlanmış olmasını yerinde bulmaktadır, bkz. Hatice Selin Pürselim, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (ed. Sibel Özel / Mustafa Erkan) içinde, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 79. Tarman'a göre ise Avrupa Birliği'nin henüz gerçek anlamıyla bir birlik olmadığı ve Avrupa Ekonomik Topluluğu olarak adlandırıldığı dönemlerde üye ülkeler arasında imzalanmış olan Roma Konvansiyonu'nun tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen 5. maddesinde tüketici sözleşmesinin tanımlanmasının işlevi taraf ülkelerin milli hukuk düzenlerinden kaynaklanabilecek yorum farklılıklarını baştan önlemektir, bkz. Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 330. Ancak, kanaatimizce, Türkiye de zamanın Avrupa Ekonomik Topluluğu'na ve günümüzün Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde bir ülke olduğundan ilerleyen süreçte tam üyelik gerçekleştiğinde aynı yorum farklılıklarının Türkiye bakımından da söz konusu olması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, MÖHUK m. 26 Roma Konvansiyonu'ndan iktibas edilirken aslına sadık kalınarak tüketici sözleşmesinin tanımına da maddede yer verilmesi bizce yerinde olmuştur.

da olsa hukuk seçimine imkân tanınmıştır⁷⁸⁵. İkinci fıkrada ise üç bent halinde sayılan şartlar altında girilen tüketici sözleşmeleri bakımından tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu iki fıkrada bağlama noktası olarak tüketicinin mutad meskeni hukukunun seçilmesinin arkasında tüketicinin yaşadığı yerin hukuku çerçevesinde korunmasının milletlerarası özel hukuk adaletine hizmet edeceği düşüncesi yatmaktadır⁷⁸⁶. Bunun yanında, mutad mesken hukukunun kendisini koruyacağını bildiği takdirde tüketicinin uluslararası ticarete bir aktör olarak daha güvenli bir şekilde katılım sağlayacağı ve bu şekilde uluslararası ticaretin gelişimine katkı sağlanacağına da inanılmaktadır⁷⁸⁷. Bu bağlamda, madde kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin mutad meskeni hukukunun yabancılık unsuru içeren tüketici işlemiyle hem fonksiyonel açıdan hem de objektif yönden en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edildiğine işaret edilebilecektir⁷⁸⁸.

MÖHUK m.26/III'te tüketici sözleşmelerinin şekline ilişkin özel bir bağlama kuralına yer verilirken tercih edilen bağlama noktası yine tüketicinin mutad mesken hukuku olmuştur. Nihayet maddenin son fıkrası olan dördüncü fıkra hükmünde 26. maddedeki özel bağlama kurallarının paket tur sözleşmeleri hariç taşıma sözleşmelerinde ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelerde uygulanmayacağı kaleme alınmıştır. Paket tur sözleşmeleri hariç olmak üzere taşıma sözleşmelerinin madde kapsamı dışında bırakılmasına sebep olarak Türkiye'nin bu alanda çok sayıda uluslararası sözleşmeye taraf olması, eşya taşıma sözleşmelerine yönelik olarak da MÖHUK m. 29'da özel hükme yer verilmesi gösterilmektedir⁷⁸⁹. Diğer yandan, yurt dışına kendi imkânlarıyla giderek orada hizmet alan bir kimsenin kendi hukukunun tüketiciyi koruyan hükümlerinin onu takip

⁷⁸⁵ Toker, s. 23.

⁷⁸⁶ Gülin Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku 'Düşünsel Temeller'," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, 2008, s. 123.

⁷⁸⁷ Tang, *Electronic Consumer Contracts*, 161.

⁷⁸⁸ Güngör, *Düşünsel Temeller*, s. 123.

⁷⁸⁹ Tarman, *MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması*, s. 332.

etmesini beklemesi makul olmayacağından⁷⁹⁰ söz konusu hallerde akdedilen tüketici sözleşmeleri de 26. maddenin kapsamı dışında tutulmuştur.

MÖHUK m. 26'nın ilk fıkrasında tüketici sözleşmelerinde taraflarca hukuk seçimine dair anlaşma yapıldığı durumlarda sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, seçilen hukuka tâbi olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise hukuk seçimi yapılmamış olan tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için üç bent halinde çeşitli koşullar sayılmıştır. Öğretide tartışmalı olan bir husus, ikinci fıkra da üç bent halinde sayılan bu koşulların yalnızca hukuk seçimi yapılmayan tüketici sözleşmelerine yönelik mi olduğu ve bu anlamda hukuk seçimi yapılan bulut bilişim sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun asgari koruma seviyesi teşkil edebilmesi ikinci fıkra da sayılan koşulların aranıp aranmayacağıdır. Bir kısım yazarlar MÖHUK m. 26/I'ın yabancılık unsuru içeren bütün tüketici sözleşmelerine uygulanması gerektiğini ve ikinci fıkra da sayılan şartların yalnızca hukuk seçimi yapılmayan tüketici sözleşmeleri bakımından geçerli olduğunu savunmaktadırlar⁷⁹¹. Diğer bir kısım yazarlara göre ise MÖHUK m. 26/II'de yer verilen koşullar taraflar arasında hukuk seçimi yapılan tüketici sözleşmeleri yönünden de geçerli olup bu şartları taşımayan tüketici sözleşmelerinde tüketici kendi mutad mesken hukukunun koruyucu hükümlerine dayanamayacaktır⁷⁹². İkinci gruptaki yazarların görüşünü destekleyen bir husus Roma Konvansiyonu'nun MÖHUK m. 26'ya tekabül eden 5. Maddesinin başlığının “Belirli Tüketici Sözleşmeleri (*Certain Consumer*

⁷⁹⁰ Öztekin Gelgel, s. 63.

⁷⁹¹ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 351.

⁷⁹² Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 193; Pürselim, s. 81; Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 333; Toker, s. 28; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63, S. 4, 2014, s. 854.

Contracts)” olması ve hükmün ikinci fıkrasında⁷⁹³ üç bent halinde sayılan şartların hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın bütün tüketici sözleşmelerinde uygulama bulacak olmasıdır⁷⁹⁴. Ayrıca, MÖHUK m. 26’nın gerekçesinde de hükmün bazı tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun diğer sözleşmelerden farklı düzenlenmesi zorunluluğuna binaen kaleme alındığı belirtilmek suretiyle her tüketici sözleşmesinin madde kapsamında olmadığına işaret edilmiş olmaktadır⁷⁹⁵.

Kanaatimizce de MÖHUK m. 26/II’de üç bent halinde sayılan koşullar taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın yabancılik unsuru içeren tüketici sözleşmelerinin tüketicinin mutad meskeni hukukunun koruması altına girebilmesi için aranması gereken şartlardandır. Söz konusu şartlar günümüz milletlerarası özel hukukunun tüketiciyi koruma amacı güttüğü temel hal olan satıcı veya sağlayıcının tüketiciye yönelmesi neticesinde kurulan tüketici akitlerinin çeşitli görünümelerini tasvir etmektedir⁷⁹⁶. Diğer yandan kendi iradesi ve salt kendi çabasıyla yabancı mal ve hizmet piyasalarında işlem yapan bir tüketicinin kendi mutad mesken hukukunun onu korumasını beklemesi de milletlerarası özel hukuk adaletiyle bağdaşmayacaktır⁷⁹⁷. Bu nedenle, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici düzenlemelerinin yabancılik unsuru içeren tüketici sözleşmesine uygulanabilmesi için sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasında sıkı bir ilişkinin varlığı aranmaktadır⁷⁹⁸. Bu ön koşul kanuni ifadesini MÖHUK m. 26 f. 2’nin ilk iki bendinde bulmakta⁷⁹⁹, öğretide *home deal I* ve *home deal II* olarak

⁷⁹³ “Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence:

— if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or

— if the other party or his agent received the consumer's order in that country, or

— if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy.”

⁷⁹⁴ Bayraktaroğlu Özçelik, s. 853; Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 335; Toker, s. 29.

⁷⁹⁵ Bayraktaroğlu Özçelik, s. 853; Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 335; Toker, s. 28.

⁷⁹⁶ Güngör, Düşünsel Temeller, s. 119.

⁷⁹⁷ Toker, s. 44; Jean Georges Sauveplanne, “Consumer Protection in Private International Law,” **Netherlands International Law Review**, C. 32, S. 1, 1985, s. 109.

⁷⁹⁸ Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 334; Tekinalp, s. 337.

⁷⁹⁹ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 196.

isimlendirilen⁸⁰⁰ söz konusu hükümlerde tüketiciler yabancılık unsuru içeren sözleşmeyi kendi yaşadığı sosyal ve hukuki çevrede, satıcı/sağlayıcının kendilerine yönelmesi neticesinde akdetmektedir⁸⁰¹. İkinci fıkranın son bendinde ise tüketici bir ürün satın almak amacıyla karşı tarafın düzenlediği bir geziye katılmakta, satıcının kendisini satın almaya ikna etmek amacıyla düzenlediği bu gezide bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gidip siparişini orada vermektedir. İşte, *traveller's deal* olarak nitelendirilen⁸⁰² bu son durumda tüketicinin mutad meskeni hukuku esasında sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku teşkil etmemekle birlikte bu kural tüketiciyi koruma gayesiyle oluşturulmuş fonksiyonel bir objektif⁸⁰³ bağlama kuralıdır⁸⁰⁴.

Sonuç olarak, Türk milletlerarası özel hukukunda kanun koyucunun özel olarak korumaya değer gördüğü tüketici sözleşmelerini MÖHUK m. 26/II'de şartları belirtilen tüketici sözleşmeleri ile paket tur sözleşmeleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren ve fakat bu kapsama girmeyen tüketici sözleşmeleri tüketicinin mutad meskeni hukuku uyarınca korunmayacak, söz konusu sözleşmelere MÖHUK m. 24 hükümleri uygulanacaktır⁸⁰⁵.

2. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinin MÖHUK Madde 26 Kapsamına Girmesi

Günümüzde milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacının yalnızca belirli şartları haiz tüketici sözleşmeleri bakımından var olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla, MÖHUK m. 26'nın konu bakımından uygulama alanı birinci fıkranın ilk cümlesinde

⁸⁰⁰ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 195.

⁸⁰¹ Güngör, Düşünsel Temeller, s. 119; Toker, s. 29.

⁸⁰² Güngör, Düşünsel Temeller, s. 119; Toker, s. 29.

⁸⁰³ Tüketicinin mutad meskeni hukukunun objektif bir bağlama noktası olmasından kasıt bu bağlama noktasının hâkimi tüketiciye en yüksek korumayı sağlayacak ülke hukukuna yönlendirmemesi, bunun yerine tüketicinin yaşadığı yerin hukuki standartlarıyla korunmasıdır, bkz. Güngör, Düşünsel Temeller, s. 123.

⁸⁰⁴ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 196.

⁸⁰⁵ Aynı yönde bkz. Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 193; Nomer, s. 356; Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 334; Tekinalp, s. 337; Toker, s. 29.

“meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri” olarak belirlenmiştir. Buna göre, söz konusu hükümle hakkında özel bağlama kuralları getirilen tüketici sözleşmeleri; bir taşınır malın satımına ilişkin sözleşmeler, bir işin görülmesine ilişkin sözleşmeler ve bankalarla akdedilen kredi sözleşmeleridir⁸⁰⁶. Yukarıda öncelikle isimsiz birer iş görme sözleşmesi olarak vasıflandırdığımız bulut bilişim sözleşmelerini devamında tarafların kullanım amacına göre vasıflandırdığımızda temel olarak yalnızca yazılım hizmeti (SaaS) sözleşmelerinin mesleki ve ticari olmayan amaçlarla akdedilebileceğini tespit etmiştik. O halde tüketicilerle akdedilen ve yabancılik unsuru taşıyan SaaS sözleşmelerinin isimsiz birer iş görme sözleşmesi olarak konu bakımından MÖHUK m. 26 kapsamına gireceği söylenebilecektir.

SaaS sözleşmeleri hakkında tüketiciyi koruyucu nitelikteki Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması için bu sözleşmelerin MÖHUK m. 26/II’de belirtilen şartlar altında kurulmuş olması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için; “a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya c) İlişkinin bir 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.” Yukarıda belirtildiği üzere MÖHUK’ta yer alan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair hükümler Roma Konvansiyonu’nun ilgili hükümlerine istinaden iktibas edilmiştir. Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 26 hükmünün mehzazı da Roma Konvansiyonu’nun 5. Maddesi olup söz konusu maddede yer alan bağlama kuralları esasen elektronik ticaretin bir fenomen olarak ortaya çıkmadığı bir dönemde geleneksel

⁸⁰⁶ Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 331.

tüketici işlemlerinin yabancılık unsuru arz edebileceği sınırlı haller göz önünde tutularak hazırlanmıştır⁸⁰⁷.

MÖHUK 26/II-a bendinde tasvir edilen tüketici sözleşmeleri, yabancı girişimcinin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirdiği pazarlama faaliyetleri sonucu kurulan tüketici akitleridir⁸⁰⁸. Söz konusu bent hükmü çerçevesinde bir tüketici sözleşmesinin akdedildiğinin söylenebilmesi için ülke dışında yerleşik girişimci tarafından tüketiciye yaşadığı ülkede açık bir icapta bulunulmuş olması veya girişimcinin o ülkedeki tüketicileri hedefleyerek genele yönelik reklam yapmış olması gerekecektir⁸⁰⁹. Bir sonraki bent olan b bendi çerçevesinde bir sözleşmenin kurulabilmesi içinse satıcı veya temsilcisinin tüketicinin yaşadığı ülkeye gelip siparişini bu ülkede alması gerekmektedir⁸¹⁰. Bu bent uyarınca bir tüketici sözleşmesinin kurulabilmesi için mal veya hizmet sağlayan tarafın tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye fiziksel olarak gelip⁸¹¹ siparişi orada alması gerektiğinden hükmün internet ortamında gerçekleşen tüketici işlemlerinde kural olarak gündeme gelmeyeceği söylenebilecektir⁸¹². Nihayet son bent uyarınca akdedilen tüketici sözleşmelerinde satıcı belirli malların satışını gerçekleştirmek amacıyla potansiyel alıcıları için bir yurt dışı gezisi organize etmekte ve tüketiciler bu yurt dışı gezisi sırasında alım işlemini gerçekleştirdiklerinden internet ortamında gerçekleştirilen tüketici işlemleri bu bent kapsamına da giremeyecektir⁸¹³.

⁸⁰⁷ Christine Riefa, “Article 5 Of The Rome Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations Of 19 June 1980 And Consumer E-Contracts: The Need For Reform,” **Information & Communications Technology Law**, C. 13, S. 1, 2004, s. 60.

⁸⁰⁸ Çalışkan, ss. 36, 37; Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 336; Toker, ss. 42, 43; Yeşim Atamer, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 1-2, 1996, ss. 429, 430.

⁸⁰⁹ Atamer, DHH’de Tüketicinin Korunması, s. 429; Çalışkan, s. 36; Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 336.

⁸¹⁰ Atamer, DHH’de Tüketicinin Korunması, s. 430; Çalışkan, s. 37; Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 337; s. Toker, s. 43.

⁸¹¹ Fiziksel olarak o ülkeye gitmekten kastın özellikle bir fuar veya sergi çerçevesinde hedef ülkede bulunan satıcının siparişleri burada alıp satım konusu malı daha sonra yurt dışından alıcıya gönderdiği haller olduğu belirtilmektedir, bkz. Atamer, DHH’de Tüketicinin Korunması, ss. 430, 431; Çalışkan, s. 37; Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 337; Toker, s. 43.

⁸¹² Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 142; Riefa, ss. 65, 66; Simone Van Der Hof, “European Conflict Rules Concerning International Online Consumer Contracts,” **Information & Communications Technology Law**, C. 12, S. 2, 2003, s. 173.

⁸¹³ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 142; Riefa, s. 65; Gülin Güngör, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 46, S. 1, 1997, s. 105.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin MÖHUK m. 26 kapsamına girmesini sağlayacak olan ölçütü maddenin ikinci fıkrasında tasvir edilen hallerden a bendi teşkil etmektedir. Nitekim öğretide de a bendinin en önemli özelliğinin elektronik ortamda gerçekleşen tüketici işlemlerinin bu bent kapsamına girmesi olduğuna işaret edilmektedir⁸¹⁴. Bu bağlamda, a bendinde betimlenen tüketici işlemlerinden ilkinin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde kendisine özel bir sözleşme yapma daveti gönderildiği haller oluştururken, ikincisini ise tüketicinin mutad meskeni ülkesinde genele yönelik yapılmış bir reklam sonucu kurulmuş olan tüketici akitleri teşkil etmektedir. Ayrıca, yabancılık unsuru içeren bir tüketici sözleşmesinin a bendi uyarınca MÖHUK m. 26 kapsamına girebilmesi için sözleşmenin akdedilmesi sırasında tüketici tarafından gerçekleştirilmesi gereken bütün hukuki fiillerin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde ortaya çıkması gerekecektir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin MÖHUK m. 26/II-a bendine yer alan şartları ne oranda sağladığı aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır. Ancak, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26/II-a bendi çerçevesinde belirlenirken sanal ortamda gerçekleşen bu hukuki işlemin hükümde yer alan çeşitli koşul ve unsurlarla yapısal olarak uyumsuz olduğu daha ilk bakışta dikkati çekmektedir. Ayrıca, elektronik ortamda gerçekleşen tüketici işlemlerine uygulanacak hukukla ilgili öğretide yapılan tartışmalarda ve konuya ilişkin mahkeme kararlarında dikkatimizi çeken bir diğer husus ortaya konulan görüşlerin büyük oranda dolaylı elektronik ticaret işlemlerine yönelik olduğu ve bu anlamda doğrudan elektronik ticaret işlemlerine ilişkin sözleşmelerin kendine özgü hususiyetlerinin göz ardı edildiğidir. Bulut bilişim sözleşmelerinin doğrudan elektronik ticaret alanına dahil olup elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin sözleşmelerden olması sebebiyle internet ortamında akdedilen tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin geçmiş tartışmalara eleştirel yaklaşmak gerekmektedir.

⁸¹⁴ Pürselim, s. 89; Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 336.

a. Bulut Bilişim Sözleşmesinin Tüketicie Gönderilen Özel Bir Davet Üzerine veya İlan Sonucunda Kurulmuş Olması

MÖHUK m. 26/II-a bendinde tasvir edilen tüketici işlemlerinden ilkinin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde kendisine özel bir sözleşme yapma daveti gönderildiği haller oluştururken, ikincisini ise tüketicinin mutad meskeni ülkesinde genele yönelik yapılmış bir reklam sonucu kurulmuş olan tüketici akitleri teşkil etmektedir. Tüketicie yaşadığı ülkede gönderilen özel bir teklif sonucu kurulan akitlerin elektronik ticaret açısından en bariz örneği hedef ülkede yaşayan tüketicilere e-posta gönderilmesi neticesinde akdedilen sözleşmelerdir⁸¹⁵. Bu çerçevede, tüketicilere ürün fiyatlarını içeren katalog gönderilmesi veyahut çeşitli çevrimiçi hizmetlere dair tanıtımlar yapılması sırasında iletişim vasıtası olarak e-posta gönderilmesi yöntemi tercih ediliyor ve bu yöntem sonucunda yabancı satıcı veyahut sağlayıcı ile tüketici arasında bir tüketim sözleşmesi akdediliyorsa tüketicie gönderilen özel bir davet sonucu akdedilmiş bir sözleşme söz konusu olacaktır. Ancak bulut bilişim sözleşmelerinin olağan akdediliş şeklinde tüketicilere özel olarak bir sözleşme yapma daveti gönderilmesi söz konusu değildir. Bulut bilişim hizmetleri adına akdedilen sözleşmeler kural olarak *clickwrap* tarzında internet ortamında kurulmakta ve kullanıcılar söz konusu hizmetlere bir internet tarayıcısı üzerinden veyahut uygulama marketlerinde hizmete sunulan SaaS uygulamaları vasıtasıyla üye olarak erişebilmektedir. Bu noktada, tüketicie yapılan özel bir teklif sonucu akdedildiği söylenebilecek bulut bilişim sözleşmeleri kişiselleştirilmiş fiyatlama teknikleri kullanan hizmet sağlayıcılarla akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri olabilecektir.

Kişiselleştirilmiş fiyatlama öğretide “*teşebbüsler tarafından müşterilerden toplanan kişisel veriler kullanılarak çeşitli formüller ve algoritmalar ile aynı mal veya hizmetler için farklı müşterilerin ödemeye razı olduğu fiyatın tahmin edilmesi ve bu suretle*

⁸¹⁵ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 137; Schu, s. 210; Tang, Electronic Consumer Contracts, s. 155.

müşterilere farklı fiyatlar uygulanması” olarak tanımlanmaktadır⁸¹⁶. Bu anlamda, yabancı girişimciler “*tüketicilerin yaş, cinsiyet, eğitim, bulunduğu coğrafi konum, gelir düzeyi, harcama alışkanlıkları, alışveriş geçmişi gibi her geçen gün artan ve derinleşen verilerini*”⁸¹⁷ kullanarak oluşturdukları müşteri profiline göre her bir müşteri grubuna özel bir fiyat belirleme yoluna gidebilmektedir. Örneğin, dijital hizmet veya aracılık hizmeti sunan bazı web sitelerinin ve mobil uygulamaların kullanıcıların cihazlarının Apple menşeli olup olmamasına göre fiyatlarında ayrımcılık yaptığı ve Apple ürünleri kullanan kullanıcılara diğerlerine nazaran daha yüksek fiyat teklifi sunduğu belirtilmektedir⁸¹⁸. Bulut bilişim sözleşmelerinde kişiselleştirilmiş fiyatlama tekniğinin kullanılması halinde daha önceden kullanıcılardan toplanmış kişisel verilerin işlenerek münferit olarak müşterilerin satın alma tercihlerinin gözlemlenmesi ve bu sayede kullanıcıyı ikna edecek bir fiyat teklifinin sunulması söz konusu olacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda yabancı girişimci, tüketicinin yaşadığı ülke de dahil olmak üzere çok çeşitli bilgilerine dayanarak ona özel bir sözleşme yapma teklifinde bulunduğundan MÖHUK m. 26/II-a bendi anlamında özel bir davet sonucu akdedilmiş bir tüketici sözleşmesinin mevcut olduğu tespit edilebilecektir. Kişiselleştirilmiş fiyatlama teknikleri kullanılarak akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri hariç olmak üzere tüketicilerle akdedilen diğer bulut bilişim sözleşmelerinin MÖHUK m. 26/II-a bendi kapsamına girip girmediği incelenirken irdelenmesi gereken konu ise bu sözleşmelerin tüketicinin yaşadığı ülkede genele yönelik yapılan tanıtım veya reklam faaliyetleri sonucunda kurulmuş olup olmadığıdır.

Yabancı girişimcinin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirdiği pazarlama faaliyetlerinin somut örneği o ülkede yaşayan tüketicilere yönelik gerçekleştirilen reklam ve tanıtım etkinlikleridir⁸¹⁹. Bu itibarla, yabancı girişimci basın, radyo-televizyon, sinema gibi medya araçları yoluyla ya da katalog dağıtmak suretiyle doğrudan o ülkedeki tüketicileri hedefleyen pazarlama faaliyetlerinde bulunduğu takdirde

⁸¹⁶ Muzaffer Eroğlu, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Çerçevesinden Kişiselleştirilmiş Fiyat,” **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni**, 2022, para. 1, Erişim Adresi: <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/74> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

⁸¹⁷ Eroğlu, para. 1.

⁸¹⁸ Christophe Samuel Hutchinson / Diana Treščáková, “The Challenges Of Personalized Pricing To Competition And Personal Data Protection Law,” **European Competition Journal**, C. 18, S. 1, 2022, ss. 107, 113.

⁸¹⁹ Öztekin Gelgel, s. 64.

bu faaliyetlerin sonucu olarak akdettiği tüketici sözleşmeleri MÖHUK m.26/II-a bendi kapsamına girecektir⁸²⁰. Öğretide söz konusu tanıtım faaliyetleri kapsamında reklamların konum olarak mutlaka tüketicinin yaşadığı ülkede yapılması gerektiğine işaret edilmektedir⁸²¹. Bununla birlikte, elektronik ortamda gerçekleşen ticari faaliyetler açısından yapılacak reklamların da çoğunlukla yine elektronik ortamda vuku bulacak olması sebebiyle böyle bir yaklaşım tarzı elektronik ticaretin doğasıyla uyuşmayacaktır. Elektronik ticaret açısından ve bulut bilişim hizmetleri bakımından göz önünde bulundurulması gereken husus yabancı girişimcinin tanıtım ve reklam faaliyetlerini nerede yaptığı değil nereye, hangi ülkeye yönelik olarak gerçekleştirdiği olmalıdır⁸²². Bu bağlamda, MÖHUK m. 26/II-a bendinin mehası olan Roma Konvansiyonu m. 5/II kuralı da yürürlükte olduğu dönemde elektronik ticaretin tüketici işlemleri açısından arz ettiği yeniliklere cevap veremediği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸²³.

Roma Konvansiyonu'nun tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin hükmünün elektronik ticaret açısından eleştiri konusu yapılan en belirgin özelliği hükmün yalnızca pasif konumda bulunan tüketicileri kapsamı ve bu anlamda aktif davranışlarıyla sanal dünyada işlem yapan tüketicilerin maddenin kapsamı dışında bırakılmasıdır⁸²⁴. Aynı şekilde, MÖHUK 26/II-a bendi uygulaması bakımından da sözleşmenin daha çok girişimcinin aktif davranışları sonucu kurulmuş olması gerektiği,

⁸²⁰ Mehaz Roma Konvansiyonu hakkında AB Konseyi tarafından iki uzmana hazırlatılan raporda yer alan görüşler için bkz. Mario Guliano / Paul Lagarde, **Report On The Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations**, OJ L 266 of 9 October 1980, s. 24.

⁸²¹ Öztekin Gelgel, s. 64.

⁸²² Tang, *Electronic Consumer Contracts*, s. 155.

⁸²³ Eleştiriler için genel olarak bkz. Schu, s. 210 vd.; Riefa, s. 60 vd.; Norbert Reich / Axel Halfmeier, "Consumer Protection In The Global Village: Recent Developments In German And European Union Law," **Dickson Law Review**, C. 106, S. 1, 2001, ss. 125-128. O dönemki ismiyle Avrupa Toplulukları Komisyonu da Roma Konvansiyonu'nun bir birlik düzenlemesi haline getirilmesi sürecine yön vermek amacıyla 14 Ocak 2003'te yayınlamış olduğu Yeşil Kitap'ta m. 5 hakkında öğretide getirilen söz konusu eleştirileri haklı bulmuş, hükmün mesafeli satış tekniklerini kapsayacak şekilde yenilenmesi gerekliliği üzerinde durmuştur, bkz. Commission Of The European Communities, **GREEN PAPER On The Conversion Of The Rome Convention of 1980 On The Law Applicable To Contractual Obligations Into A Community Instrument And Its Modernisation**, COM(2002) 654 final, 14 Ocak 2003, ss. 27-32, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

⁸²⁴ Tang, *Electronic Consumer Contracts*, s. 156; Francesca Ragno, **The Law Applicable To Consumer Contracts Under The Rome I Regulation**, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations In Europe (ed. Franco Ferrari / Stefan Leible) içinde, Berlin, New York: Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2009, s. 145.

tüketicinin aktif davranışları sonucu akdedilen sözleşmelerin bu hüküm kapsamına girmeyeceği ileri sürülmektedir⁸²⁵. MÖHUK m. 26/II-a bendinin yazım tarzının bir sonucu olan ve hükmün getiriliş amacının bir yansıması olan bu görüşün elektronik ortamda gerçekleşen tüketici işlemleri bakımından yerindeliği öğretide tartışmalıdır. Bu anlamda, yabancı girişimcinin açmış olduğu internet sayfasına veya yayınlamış olduğu mobil uygulamaya internete erişimi olan her cihazdan ve dünyanın hemen her yerinden ulaşmanın mümkün olduğu bir ortamda pasif ve aktif tüketici ayrımının işlevselliğini yitirdiğine işaret edilmektedir⁸²⁶. Bu nedenle, elektronik ortamda yapılan tüketici işlemlerinde sözleşmenin kurulması öncesinde tüketicinin pasif bir konumda bulunmasının bir koşul olarak aranmasından ziyade yabancı girişimcinin aktif davranışlarının mevcudiyetinin sorgulanması gerektiği belirtilmektedir⁸²⁷. Yabancı girişimcinin aktif pazarlama faaliyetinin bulunup bulunmadığının bulut bilişim hizmetleri bakımından değerlendirilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken husus bu hizmetlerin kural olarak küresel çapta⁸²⁸ ve ülke fark etmeksizin internete erişebilen bütün insanlara sunulmak üzere geliştirildiğidir⁸²⁹.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin MÖHUK m. 26/II-a bendi kapsamına girmesi için hizmet sağlayıcıların tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yaşayan potansiyel müşterileri hedefleyen reklam ve tanıtım faaliyetlerinde bulunması gerekmektedir. Bu noktada öğretide tartışma konusu yapılan bir husus internet ortamında salt web sitesi açmanın bir reklam faaliyeti teşkil edip etmeyeceği, diğer bir anlatımla,

⁸²⁵ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 137.

⁸²⁶ Reich / Halfmeier, s. 127.

⁸²⁷ Tang, Electronic Consumer Contracts, s. 156.

⁸²⁸ Haibach, s. 263. Aksi yönde bkz. Krzysztof Żok, “Law Applicable to Cloud Computing Contracts Concluded with Consumers under Regulation 593/2008, According to the CJEU Case Law,” **Masaryk University Journal of Law and Technology**, C. 14, S. 1, 2020, s. 97. Yazar bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının hepsinin dünya çapında hizmet sunmak istemediğini vurgulamakta, küresel çapta hizmet sunmayı hedefleyen sosyal medya siteleri ya da otel, ev vb. tutmak için kullanılan rezervasyon siteleri gibi bulut bilişim hizmetlerinin varlığını ise kabul etmektedir.

⁸²⁹ Örneğin Facebook Hizmet Koşulları’na baktığımızda söz konusu hizmet sağlayıcının “*herkese güvenli ve işlevsel hizmetler sunmak için üst düzey teknolojiler kullanmak ve geliştirme*”yi vazifesi saydığını, bu amaçla “*coğrafi konumları ne olursa olsun*” bütün kullanıcılarına aynı derecede hizmet sunmayı hedeflediğini ve dahası internete “*erişimin sınırlı olduğu bölgelerde daha fazla insanın internete bağlanmasına yardımcı*” olabilmek adına inşa faaliyetlerinde bulunduğunu ilan ettiğini görmekteyiz. Buna ilaveten Facebook, sunduğu hizmetlere “*tüm dünyada*” erişim sağlanabilmesi için “*dünyanın dört bir yanına*” veri merkezleri inşa ettiğini belirtmektedir, bkz. yukarıda d.n. 508.

satıcı veya sağlayıcı tarafından açılan bir internet sitesinin hangi aşamada bir ülkeye yönelik pazarlama faaliyeti gerçekleştirme anlamına geleceğine ilişkindir⁸³⁰. Bu bağlamda, bulut bilişim sözleşmelerinin çoğunlukla tüketicilerin bu hizmetleri bir arama motorundan araştırması veya bir uygulama marketinde görmesi neticesinde akdedilmesi karşısında bu tarz bir sözleşme yapma pratiğinin a bendindeki tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik reklam faaliyetinde bulunma şartını sağlayıp sağlamayacağı tartışmalıdır. Zira MÖHUK 26/II-a bendi hükmünün devreye girebilmesi için yabancı girişimcinin doğrudan tüketicinin mutad meskeni ülkesini hedefleyen belirli tanıtım etkinliklerinde bulunması gerektiği ileri sürülmektedir⁸³¹. Bu doğrultuda, somut olaydaki bulut bilişim hizmetine web sitesi ya da mobil uygulama vasıtasıyla tüketicinin mutad meskeni ülkesinde erişimin mümkün olması tek başına yabancı hizmet sağlayıcının o ülkeye yönelik pazarlama faaliyetinde bulunduğu anlamına gelmeyecektir⁸³².

Yabancı girişimcinin açmış olduğu web sitesinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik⁸³³ bir pazarlama faaliyeti teşkil edip etmeyeceği hususunda ABAD tarafından verilmiş birtakım kararlar yol gösterici olabilecektir. Bu hususta ABAD tarafından verilen en önemli kararların Mahkeme'nin birleştirilmiş iki dava sonucunda

⁸³⁰ Özdemir Kocasalak, Elektronik Sözleşmeler, ss. 137-139; Schu, ss. 212-215; Tang, Electronic Consumer Contracts, s. 155; Lorna E. Gillies, "Choice-Of-Law Rules For Electronic Consumer Contracts: Replacement Of The Rome Convention By The Rome I Regulation," **Journal of Private International Law**, C. 3, S. 1, 2007, s. 104.

⁸³¹ Öztekin Gelgel, s. 64.

⁸³² Gillies, s. 104; Hörnle, s. 362; Ragno, ss. 147, 148; Peter Mankowski, **Consumer Contracts Under Article 6 Of The Rome I Regulation**, Le nouveau règlement européen Rome I relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (ed. Eleanor Cashin Ritaine / Andrea Bonomi) içinde, Zürih: Schulthess Médias Juridiques, 2008, s. 128.

⁸³³ Yönelmiş faaliyet (*directed activity*) kavramı Roma I Tüzüğü m. 6/I-b bendinde düzenlenen ve tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için aranan şartlardan ikincisini tasvir eden hükmün tanımlayıcı unsurunu oluşturmaktadır. İlk olarak Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisine ve Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin AB Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü)'nün 15. maddesinde uygulama bulan bu kavram devam eden süreçte Roma I Tüzüğü'nde de benimsenerek yabancılaşma unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde koruyucu nitelikteki AB hukuku bağlama kurallarının ve yetki kurallarının uygulanabilmesi için ön şart haline gelmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Mankowski, Consumer Contracts, ss. 125, 126. Her ne kadar MÖHUK'ta tüketici sözleşmelerine ilişkin getirilen özel hükümler yönelmiş faaliyet kavramı üzerine bina edilmemişse de MÖHUK m. 26/II-a bendi yorumlanırken yabancı girişimcinin hususi olarak tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik pazarlama faaliyetlerinde bulunması gerekliliği üzerinde durulduğundan yönelmiş faaliyet kavramına ilişkin ABAD içtihatları konumuz açısından önem arz etmektedir. Nitekim öğretide yönelmiş faaliyet kavramının Roma Konvansiyonu'nun MÖHUK m. 26/I-a bendini karşılayan 5. Maddesi hükmündeki eş değer şartın yerine geçmek üzere geliştirildiğine işaret edilmektedir, bkz. Michael Wilderspin, **Article 6: Consumer Contracts**, Rome I Regulation - Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, s. 474.

vermiş olduğu 7 Aralık 2010 tarihli Pammer/Alpenhof davası⁸³⁴ kararları olduğu belirtilmektedir⁸³⁵. Pammer davasında Avusturyalı bir tüketici olan Peter Pammer aracı hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilen bir web sitesi üzerinden davalı Reederei Karl Schlüter şirketinin bir paket tur sözleşmesi şeklinde sunmuş olduğu deniz gezisi hakkında bilgi aldıktan sonra Şirket'le iletişime geçerek sözleşme akdetmiştir⁸³⁶. Akabinde geziye katılan Bay Pammer gemide sunulan hizmetlerin internette yapılan tanıtımlara göre yetersiz kalması sebebiyle geziyi yarıda bırakmış ve Şirket'ten daha önce yapmış olduğu ödemeleri geri vermesini istemiştir⁸³⁷. Davalı şirketin Pammer'ın ödediği ücretin tamamını değil bir kısmını iade etmesi üzerinde Bay Pammer kendi mutad mesken ülkesi olan Avusturya mahkemelerinde kalan kısmın iadesi için dava açmıştır. Bir Alman şirketi olan Reederei Karl Schlüter ise Avusturya'da ticari faaliyetlerde bulunmadığını ileri sürerek davada yetki itirazında bulunmuştur⁸³⁸. Alpenhof davasında ise Almanya'da yaşayan davalı Oliver Heller Avusturya'da bulunan Alpenhof Oteli'nin web sitesinden otel hakkında bilgi aldıktan sonra 1 haftalık bir tatil için rezervasyon yaptırmıştır⁸³⁹. Otele gelip hizmet almaya başlayan Bay Heller sunulan hizmetten memnun kalmadığından otelden erken ayrılmış ve otel yönetiminin indirim teklifine rağmen herhangi bir ödeme de yapmamıştır⁸⁴⁰. Bunun üzerinde Alpenhof Oteli Avusturya mahkemelerinde Bay Heller aleyhine borcun ifası için dava açmış, davalı Bay Heller ise kendisinin tüketici sıfatına sahip olduğundan bahisle mahkemenin yetkisine itiraz ederek bu davanın kendi mutad meskeni olan Almanya'da açılması gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁴¹. Her iki dava da muhtelif kanun yolu aşamalarını aştıktan sonra yabancı girişimcinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik bir faaliyette bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi için ABAD'a havale edilmiştir.

⁸³⁴ Joined Cases C-585/08 and C-144/09 Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08), and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010, EU:C:2010:740, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0585&from=en> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

⁸³⁵ Pürselim, ss. 90, 91.

⁸³⁶ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 15, 16.

⁸³⁷ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 17.

⁸³⁸ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 18.

⁸³⁹ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 25, 26.

⁸⁴⁰ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 27.

⁸⁴¹ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 27, 28.

Pammer/Alpenhof davasında tüketicilerin yabancı girişimcilerin sunmuş oldukları hizmetlerden haberdar olma vasıtasını web siteleri üzerinden yapılan tanıtımlar teşkil etmektedir. Her iki davada da esas mesele web sitesi üzerinden yapılan tanıtımların hangi şartlar altında tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik bir faaliyet olarak kabul edileceğidir. ABAD'ın konuya ilişkin değerlendirmesine göre yabancı girişimcinin hizmetlerine ilişkin tanıtımlar yaptığı web sitesine tüketicinin mutad meskeni ülkesinde erişilebilmesi tek başına o ülkeye yönelik bir pazarlama faaliyetinde bulunulduğu anlamına gelmeyecektir⁸⁴². Buna göre asıl bakılması gereken husus, tüketiciyle sözleşme akdedilmesinden önce ilgili web sitesinde yapılan tanıtımlardan ve yabancı girişimcinin genel ticari faaliyetlerinden hareketle söz konusu girişimcinin tüketicinin bulunduğu ülkede ticari faaliyetlerde bulunmayı ve o ülkede bulunan tüketicilerle sözleşme akdetmeyi hedefleyip hedeflemediğidir⁸⁴³. Dolayısıyla, objektif olarak bakıldığında yabancı girişimcinin somut olaydaki tüketicilerle sözleşme yapmayı öngördüğü ve o ülkeye yönelik ticari amaçlara sahip olabileceği söylenebilecekse web sitesi üzerinden yapılan tanıtımların tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik ticari faaliyetlerde bulunma anlamına gelebileceği ileri sürülebilecektir.

ABAD, web sitesinde yapılan tanıtımlarda yer verilen bazı unsurların yabancı girişimcinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunup bulunmadığı değerlendirilirken kullanılabileceğine işaret etmektedir. Mahkemenin saydığı unsurlar arasında yabancı girişimcinin ticari faaliyetinin özü gereği uluslararası nitelik arz etmesi; web sitesinde yapılan tanıtımda tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunulduğunun ilan edilmesi; web sitesinde yapılan tanıtımın yabancı girişimcinin yerleşim yeri ülkesinde konuşulan dilden farklı olarak tüketicinin mutad meskeni ülkesinde konuşulan dilde yapılması; ücret ve fiyatlara ilişkin bilgilendirmelerde yabancı girişimcinin yerleşim yeri ülkesinin para birimi dışında tüketicinin mutad meskeni ülkesinin para birimine de yer verilmesi; yabancı girişimcinin tanıtım yaptığı web sitesine

⁸⁴² Pammer / Alpenhof Kararı, para. 94.

⁸⁴³ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 92.

ait internet adresinin alan kodunun tüketicinin mutad meskeni ülkesine ait olması gibi haller bulunmaktadır⁸⁴⁴.

Bulut bilişim hizmetlerinin kullanıcılara sunulduğu web sitelerine internet bağlantısının olduğu her yerden erişilebilecek olmasının sonucunda yabancı hizmet sağlayıcı özel olarak belirli bir ülkeyi hedeflemediğinden ve hizmetlerine erişebilen herkesle sözleşme akdettiğinden bu hizmetlerin pazarlanma şeklinin Pammer/Alpenhof davası içtihadındaki bulgularla uyuşup uyuşmadığı şüphelidir. Zira ABAD'ın vermiş olduğu kararda ulaştığı sonuçlar incelendiğinde Mahkeme'nin küresel çapta hizmet sunmayı amaçlayan ve hususi olarak belirli ülkelere yönelik faaliyette bulunmayan web sitelerine ilişkin açık bir değerlendirmede bulunmadığı anlaşılmaktadır⁸⁴⁵. Bu noktada, bazı yazarlar, yabancı girişimcinin reklam faaliyetleriyle doğrudan bir ülkeyi hedeflediğinin tespit edilememesine rağmen söz konusu girişimcinin gerçekleştirdiği tanıtım etkinliklerinin belirli bir ülkedeki tüketicilere ulaşabileceğinin objektif olarak beklenebilir olduğu hallerde akdedilen tüketici sözleşmelerinin de tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yapılan reklamlar sonucu akdedilen sözleşmeler arasında sayılabileceğini belirtmektedirler⁸⁴⁶. Bu bağlamda, bulut bilişim hizmetlerinin çoğunda hizmet sağlayıcılar sundukları dijital hizmete dünyanın herhangi bir yerinde yaşayan kullanıcılarca erişilebileceğinin farkında olduklarından tüketicinin aktif davranışlarıyla varlığından haberdar olduğu bulut bilişim hizmetleri adına girdiği sözleşmeler de somut olayın şartlarına göre tüketicinin mutad meskeni ülkesini hedefleme şartını sağlayabilecektir⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Pammer / Alpenhof Kararı, para. 93.

⁸⁴⁵ Chen, Consumer Contracts, s. 18; Hörmle, s. 364.

⁸⁴⁶ Schu, s. 212; Christopher George John Morse, "Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention," **International and Comparative Law Quarterly**, C. 41, S. 1, 1992, s. 7.

⁸⁴⁷ Uluslararası pazarlama teknikleri kullanan web sitelerinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunma şartını sağlayacağı yönünde bkz. Peter Kindler, **The Law Applicable to Consumer Contracts in the Digital Single Market**, European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution (ed. Alberto De Franceschi) içinde, Cambridge: Intersentia, 2016, s. 180.

Somut olayda bulut bilişim hizmet sağlayıcısı yalnızca belirli bir ülkeyi ya da ülkeleri hedefleyen bir hizmet modeli geliştirmişse söz konusu hizmet adına akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde yabancı girişimcinin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde hizmet sunmayı amaçlamadığı ileri sürülebilecektir⁸⁴⁸. Hizmet sunduğu ülkelere yönelik böyle bir sınırlamaya gitmek isteyen hizmet sağlayıcılarının tercih edebileceği yöntemler web sitelerinde ya da mobil uygulamalarında buna ilişkin açık bir uyarıya yer vermek veya o ülkelerde yaşayan kullanıcılara bulut bilişim hizmeti sunmayı fiilen bırakmak olacaktır⁸⁴⁹. Öte yandan, küresel çapta hizmet sunmak yerine hizmet sunduğu ülkelere yönelik sınırlamalar öngören yabancı hizmet sağlayıcılar bu politikalarına rağmen görünürde ticari olarak hedeflemedikleri ülkelere gelen sözleşme yapma taleplerini olumlu karşılar ve o ülkelere kullanıcıları da hizmet sunmaya devam ederse söz konusu ülkelere yönelik faaliyette bulunmadıklarını iddia edemeyeceklerdir⁸⁵⁰.

Öğretide bazı yazarlar yabancılık unsuru içeren elektronik tüketici işlemlerinde koruyucu milletlerarası özel hukuk kurallarının devreye girmesi için ön koşul olarak kabul edilen Roma I Tüzüğü m. 6 anlamında yönelmiş faaliyet ve MÖHUK m. 26/II-a bendi bağlamında tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik reklam veya tanıtım etkinliklerinde bulunma şartları yerine elektronik ticaret yapan yabancı girişimcilerin kural olarak sözleşme akdettikleri tüketicilerin mutad meskeni ülkesi ile ticaret yapmayı hedeflediğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁸⁵¹. Bu yazarlara göre, internet ortamında yapılan ticarete web sitelerine erişimin dünyanın her yerinden mümkün olması sebebiyle elektronik ticaret alanında faaliyet gösteren girişimcilerin mal satmak istemedikleri veya hizmet sunmak istemedikleri ülkelere gelen sözleşme yapma taleplerini engelleyecek mekanizmalar kullanması gerekmektedir. Söz konusu mekanizmalara örnek olarak üyelik yoluyla hizmet sunan web sitelerinin hizmet

⁸⁴⁸ Žok, s. 95.

⁸⁴⁹ Ragno, s. 148. Web sitelerinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyet göstermesine ilişkin Almanya ve Hollanda mahkemelerinin yaklaşımının da bu yönde olduğu ve bu anlamda internet üzerinden mal satan ya da hizmet sunan yabancı girişimcinin web sitesine erişimi ticaret yapmayı hedeflediği ülkelere göre sınırlandırmak için gerekli özeni göstermesi gerektiği belirtilmektedir, bkz. Wilderspin, ss. 475, 477.

⁸⁵⁰ Chen, Consumer Contracts, ss. 18, 19; Mankowski, Consumer Contracts, s. 128.

⁸⁵¹ Chen, Consumer Contracts, s. 18; Van Der Hof, s. 171; Dan Jerker B. Svantesson, "Pammer and Hotel Alpenhof – ECJ Decision Creates Further Uncertainty About When E-businesses 'Direct Activities' To a Consumer's State Under The Brussels I Regulation," **Computer Law & Security Review**, C. 27, S. 3, 2011, s. 302.

sundukları ülkeleri üyelik formunda listelemeleri ve müşterilerin bu listeden kendi yaşadıkları ülkeyi seçmeleri⁸⁵²; ilgili web sitesine belirli ülkelerden erişimi kapatmak üzere konum engelleme teknolojilerinin kullanılması⁸⁵³ gibi yöntemler gösterilmektedir⁸⁵⁴. Bununla birlikte, tüketicilerin sırf hizmetten yararlanabilmek için üyelik formunu doldururken yaşadıkları ülkeye dair yanlış bilgi vermesi ya da konum engelleme teknolojilerini aşmak üzere VPN (*Virtual Private Network*)⁸⁵⁵ kullanarak kendi sanal konumlarını değiştirmesi hallerinde söz konusu tüketicilerle işlem yapan yabancı girişimcinin iyi niyeti korunacak, bu tüketiciler koruyucu kanunlar ihtilafı kurallarına dayanamayacaktır⁸⁵⁶. Sonuçta bu yazarlar, yabancı girişimcilerin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunup bulunmadığının araştırılmasının arz ettiği zorluklar karşısında yapılan tartışmalardaki ağırlık noktasının tüketicinin mutad meskeni ülkesini hedeflemekten ziyade spesifik olarak belirli ülke veya ülkelere yönelmemeyi gerektirecek bir yorumlama tarzına kaydırılmasını savunmaktadırlar⁸⁵⁷.

Kanaatimizce elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunan yabancı bir girişimcinin belirli bir ülkedeki tüketicileri hedefleyen reklam ve tanıtım etkinliklerinde bulunup bulunmadığı ve bu anlamda spesifik bir ülkeye yönelik bir faaliyette bulunup bulunmadığı değerlendirilirken somut olaydaki elektronik ticaret faaliyetinin türünü de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Zira doğrudan elektronik ticaret olarak adlandırılan dijital ürün satışı veyahut dijital ortamda hizmet sunumuna dair sözleşmelerde yabancı girişimciler faaliyet alanlarını belirli bir ülkeyle sınırlamak yerine çoğunlukla küresel çapta bütün kullanıcılara ulaşma kaygısı güden bir strateji izlemektedirler. Dahası,

⁸⁵² Chen, Consumer Contracts, s. 20; Svantesson, s. 303.

⁸⁵³ Chen, Consumer Contracts, s. 20. Aynı yönde bkz. Asensio, s. 424

⁸⁵⁴ İnternet ortamında hizmet sunan girişimcilerin hizmetlerine erişimi ülkesel olarak kısıtlamasının meydana çıkaracağı sorunlar hakkında bkz. Lutzi, ss. 700, 701.

⁸⁵⁵ Sanal özel ağ anlamına gelen VPN teknolojisi internete bağlanan kullanıcıların eriştikleri web sitelerine ait bilgilerin şifrelenerek gizlenmesine yardımcı olmaktadır. Ayrıca, kullanıcılar farklı ülkelerde bulunan VPN sunucuları arasında tercihte bulunarak gerçek konumlarını gizleyebilme imkanına sahip olmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. “VPN nedir ve nasıl çalışır,” Erişim Adresi: <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-is-a-vpn> (Son Erişim Tarihi: 13.07.2022). Dolayısıyla yabancı girişimciler belirli ülkelerde yaşayan tüketicilerle işlem yapmak istemediklerinden konum engelleme teknolojileri istihdam etseler dahi tüketiciler VPN kullanarak farklı bir ülkede yer alan sunuculara bağlanabilecek ve yabancı girişimcinin web sitesine erişebilecektir.

⁸⁵⁶ Chen, Consumer Contracts, s. 21; Svantesson, s. 303; Van Der Hof, ss. 171, 172.

⁸⁵⁷ Chen, Consumer Contracts, ss. 19-21; Svantesson, ss. 302, 303; Van Der Hof, ss. 171, 172. Benzer bir görüş için bkz. Kindler, ss. 185-186.

doğrudan elektronik ticarete yabancı girişimci fiziksel dünyada değil sanal dünyada ticaret yaptığından internet erişiminin olduğu her yere ürün göndermesi veya hizmet sunması saniyeler içinde mümkün olmaktadır. Oysa dolaylı elektronik ticaret faaliyetleri arasında sayılan maddi bir ürünün sanal pazar yerlerinde satılması işlemlerinde ya da fiziksel ortamda sunulacak bir hizmete dair sözleşmenin internet ortamında akdedilmesi ihtimalinde yabancı girişimci doğal olarak faaliyet sunduğu ülke veya ülkeleri sınırlamak zorundadır. Bu nedenle fikrimizce, doğrudan elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunan yabancı girişimcilerin belirli bir ülkeyi hedefleyip hedeflemediği değerlendirilirken başvurulacak ölçütler ile dolaylı elektronik ticaret faaliyetleri bakımından kullanılan ölçütler birbirinden farklı olmalıdır. Bu itibarla, yukarıda yer verilen Pammer/Alpenhof davası içtihadında ulaşılan sonuçlar ve önerilen ölçütlerin dolaylı elektronik ticaret açısından geçerliliğini koruduğu söylenebilecekse de bulut bilişim hizmetleri gibi doğrudan elektronik ticaret teşkil eden faaliyetler açısından karar verme eşiğinin daha düşük tutulması gerektiğini ve söz konusu kıstasların daha esnek bir biçimde uygulanması gerektiğini düşünüyoruz⁸⁵⁸. Bu anlamda, dolaylı elektronik ticaret açısından web sitelerinin durumu değerlendirilirken “yönelmiş faaliyet” kavramı etrafındaki tartışmalardan yararlanmak mümkün gözükse de bulut bilişim hizmetleri gibi doğrudan elektronik ticaret teşkil eden faaliyetler bakımından yukarıdaki yazarların⁸⁵⁹ öne sürdüğü şekilde hedeflememe/yönelmeme kriterlerinden yararlanmanın daha isabetli olacağı görüşündeyiz. Bu doğrultuda, web siteleri üzerinden tüketicilerle bulut bilişim sözleşmesi akdeden hizmet sağlayıcıların tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyet göstermediklerini iddia etmelerine nadiren itibar edilecektir⁸⁶⁰.

Uygulama marketlerinde kullanıma sunulan SaaS türündeki bulut bilişim hizmetleri açısından tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik pazarlama faaliyetinde bulunma şartı doğal olarak sağlanacaktır⁸⁶¹. Zira SaaS uygulamalarını uygulama marketlerinde yayınlayan hizmet sağlayıcılar esasında sunmuş oldukları hizmetleri küresel bir pazar

⁸⁵⁸ Aksi yönde bkz. Uyanık, ss. 520, 521; Żok, s. 91 vd.

⁸⁵⁹ Chen, Consumer Contracts, ss. 19-21; Svantesson, ss. 302, 303; Van Der Hof, ss. 171, 172.

⁸⁶⁰ Aynı yönde bkz. Peter Stone, **Internet Transactions and Activities**, Research Handbook on EU Private International Law (ed. Peter Stone / Youseph Farah) içinde, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, ss. 8, 9.

⁸⁶¹ Benzer görüşler için bkz. Schu, ss. 213, 214; Żok, s. 94.

yerinde kullanıcılara tanıtma imkânı elde etmiş olmaktadırlar. Bu nedenle, web siteleri üzerinden sunulan bulut bilişim hizmetleri açısından savunduğumuz görüşlerin devamı olarak uygulama marketleri vasıtasıyla kullanıma sunulan SaaS uygulamaları bakımından da tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin kural olarak yabancı hizmet sağlayıcının tüketicinin yaşadığı ülkeye yönelme şartını karşılayacağını değerlendirmekteyiz. Böyle bir sonucun önüne geçmek isteyen hizmet sağlayıcılar çeşitli tasarım mekanizmalarını ya da konum engelleme teknolojilerini kullanarak uygulama marketlerinde yayınlamış oldukları SaaS uygulamalarına erişimi ülkesel olarak kısıtlamakla yükümlü olmalıdırlar.

Doğrudan elektronik ticaret teşkil eden sanal hizmetlerde küresel olarak hizmet sunan girişimcilerin hizmetlerine erişilen her ülkenin tüketici hukuku kurallarıyla bağlı tutulması ilk bakışta adaletli gözükmeyebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken üç husus bulunmaktadır. İlk olarak, söz konusu sanal hizmete tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yalnızca erişilmesinin yeterli olmayacağı, ayrıca hizmet sağlayıcı ile o ülkede yaşayan tüketiciler arasında geçerli bir sözleşme akdedilmesi gerekeceği unutulmamalıdır. İkinci husus, sanal ortamda hizmet sunan sağlayıcıların kullanıcıların cihazlarının IP numaraları vasıtasıyla hizmetlerine hangi ülkelerden erişim sağlandığını her zaman bilebilecek olmalarıdır. Dolayısıyla, hizmet sağlayıcı hizmet sunduğu ülkeleri çeşitli mekanizmalarla sınırlandırma yoluna gitmediği sürece belirli bir ülkeye yönelik hizmet sunmadığına ilişkin savunmaları hukuken temelsiz kalacaktır. Son olarak, sanal ortamda küresel olarak hizmet sunan girişimciler dünya çapında çok büyük miktarda kullanıcının kişisel ve kişisel olmayan verilerine ulaşma imkanı elde etmektedir. Küresel olarak dünyanın herhangi bir yerindeki kullanıcının oluşturduğu verilere erişme olanağını elde eden hizmet sağlayıcıların gelecekteki potansiyel ekonomik ve diğer menfaatleri onların tüketicilerin mutad mesken hukuklarıyla soyut bir şekilde bağlı kılınmasını dengeli bir hukuk politikası olarak meydana çıkarmaktadır.

b. Bulut Bilişim Sözleşmesinin Kurulması İçin Tüketici Tarafından Yapılması Gerekli Hukuki Fiillerin Tüketicinin Mutad Meskeni Ülkesinde Gerçekleştirilmesi

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin MÖHUK m. 26/II-a bendi kapsamına girmesi için aranan ikinci şart sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiillerin onun mutad meskeni ülkesinde yapılmış olmasıdır. Bu şartın yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin kuruluş yerini belirleme sorununu bertaraf etme gayesiyle düzenleme altına alındığı belirtilmektedir⁸⁶². Ancak, Roma Konvansiyonu m. 5/II hükmü bakımından dile getirilen ve MÖHUK m. 26/II-a bendi açısından da geçerli olan bir eleştiriye göre böyle bir şartı elektronik ortamda gerçekleşen ticaret faaliyetlerine uygulamak çeşitli başka sorunları beraberinde getirmektedir. Buna göre, elektronik ticaret faaliyetlerinde yabancı girişimcinin kendisiyle işlem yapan tüketicilerin gerçekleştirdiği hukuki fiillerin nerede meydana geldiğini tam olarak tespit etmesi mümkün olmadığı gibi⁸⁶³ tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de bütünüyle açık değildir⁸⁶⁴.

MÖHUK m. 26/II-a bendi hükmü uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun koruyucu hukuk olarak devreye girebilmesi için en azından tüketicinin sözleşmeyi kabul iradesinin yaşadığı ülkede serdedilmesi gerektiği söylenebilecektir⁸⁶⁵. Ancak elektronik ortamda *clickwrap* tarzında akdedilen tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin kabul beyanı çoğunlukla rastlantısal konumlarda ortaya çıkmakta olduğundan söz konusu şart günümüzde meydana gelen tüketici işlemlerinin gereksinimlerini karşılamaktan

⁸⁶² Schu, s. 215.

⁸⁶³ Hörnle, s. 346; Tang, *Electronic Consumer Contracts*, ss. 155, 156; Van Der Hof, s. 172.

⁸⁶⁴ Gillies, s. 109; Riefa, s. 67.

⁸⁶⁵ Güngör, *Elektronik Tüketici Akitleri*, s. 106.

uzaktır⁸⁶⁶⁸⁶⁷. Bu nedenle, hâlihazırda yürürlükte olan Roma I Tüzüğü'nün tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin 6. maddesinde tüketicinin sözleşmeye ilişkin hukuki fiilleri kendi mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirmesi şartına yer verilmemiş, geçici bir süre yurt dışındayken elektronik ortamda işlem yapan tüketicilerin kendi mutad mesken hukuklarının korumasından yararlanmaya devam etmesine imkân tanınmıştır⁸⁶⁸.

MÖHUK m. 26/II-a bendi hükmü tüketici fiillerinin gerçekleşmesi gereken konum yönünden açık bir şart getirdiğinden tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin bu bent kapsamına girmesi için sözleşmenin meydana gelmesi sırasında gerçekleşmesi gereken bütün hukuki fiillerin ve bu anlamda tüketicinin kabul iradesinin tüketicin mutad meskeni ülkesinde ortaya çıkması gerekecektir. Bununla birlikte, öğretide bu koşulun uygulanması bakımından çözüm önerisi olarak tüketicinin sözleşmenin kuruluşuna yönelik hukuki fiillerini yaşadığı ülkede yaptığının bir varsayım olarak kabul edilmesi ve aksini ispat yükümlülüğünün yabancı girişimci üzerine bırakılması teklif edilmektedir⁸⁶⁹. Kanaatimizce de böyle bir yaklaşımın benimsenmesi elektronik ticaretin gerçeklerine uymayan mevzubahis şartın yabancılık unsuru içeren ve internet ortamında gerçekleşen tüketici işlemlerine uygulanmasını sınırlamak bakımından yerinde olacaktır. Buna göre, yabancı hizmet sağlayıcılarla bulut bilişim sözleşmesi akdeden tüketicilerin bu işlemlerine ilişkin fiillerini kural olarak kendi mutad mesken ülkelerinde gerçekleştirdikleri kabul edilecek, bu durumun aksini iddia eden hizmet sağlayıcılar ise iddialarını ispatlamakla yükümlü olacaklardır.

⁸⁶⁶ Aynı yönde bkz. Gillies, s. 109; Mankowski, Consumer Contracts, s. 138.

⁸⁶⁷ Roma Konvansiyonu m. 5'in elektronik ortamda gerçekleşen tüketici işlemlerine uygulanabilmesi bakımından arz ettiği bu ve benzeri zorluklar, Konvansiyon'un Roma I Tüzüğü'ne dönüştürülme çalışmaları sırasında göz önüne alınmış ve yeni metinde 6. Maddede yer alan hüküm elektronik ortamda gerçekleşen tüketici işlemlerine daha uygun hale getirilmiştir, bkz. Hörnle, s. 346; Ragno, ss. 145-149. Bununla birlikte, MÖHUK m. 26 hükmü kaleme alınırken Roma Konvansiyonu m. 5 metninde yer alan koşullara sıkı sıkıya bağlı kalınmış olduğundan ve Roma I Tüzüğü m. 6 hükmünde benimsenen yeni anlayışa yer verilmediğinden Konvansiyon'un tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin m. 5 hükmüne getirilen eleştiriler MÖHUK m. 26 bakımından geçerliliğini korumaktadır.

⁸⁶⁸ Wilderspin, s. 480; Michael Bogdan, "Contracts in Cyberspace And The New Regulation 'Rome I'," **Masaryk University Journal of Law and Technology**, C. 3, S. 2, 2009, s. 224.

⁸⁶⁹ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 141.

3. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Subjektif Yönteme Göre Belirlenmesi

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hukuk seçimi kayıtları standart bir sözleşme hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme kayıtları çoğunlukla hizmet sağlayıcının merkezinin bulunduğu ülke hukukunu ve mahkemelerini yetkili kılmaktadır⁸⁷⁰. Bu anlamda örnek vermek gerekirse, Google'ın ve Zoom uygulamasının Hizmet Şartları'nda⁸⁷¹ ABD'nin Kaliforniya eyaletindeki Santa Clara şehri mahkemelerinin; Whatsapp uygulamasının Hizmet Şartları'nda⁸⁷² Kaliforniya eyaleti San Mateo şehri mahkemelerinin; Twitter'ın Hizmet Şartları'nda⁸⁷³ Kaliforniya eyaleti San Francisco şehri mahkemelerinin ve her birinde yine Kaliforniya eyaleti hukukunun yetkilendirildiği görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcılar kendi şirket merkezlerinin bulunduğu ülke hukuklarını yetkili kılarak ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklar yönünden avantajlı bir konum elde etmeyi hedeflemektedirler. İşte bu noktada MÖHUK m. 26, çoğu durumda yabancı girişimcinin yararına olacak şekilde gerçekleştirilen hukuk seçiminin tüketiciler bakımından muhtemel zararlarını bertaraf etmek için tüketicilere mutad mesken hukukları uyarınca sağlanan asgari korumayı alt sınır olarak kabul etmiştir. MÖHUK m. 26 uyarınca, bu madde kapsamına giren tüketici sözleşmeleri tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı olmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabi kılınmıştır.

Taraflar arasında akdedilen standart sözleşmeler içerisinde genel işlem koşulu olarak yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğini kanunlar ihtilafı yönünden ve

⁸⁷⁰ UNCITRAL, s. 44.

⁸⁷¹ **Google Hizmet Şartları**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/terms/update?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022); **Zoom Terms of Service**, Erişim Adresi: <https://explore.zoom.us/en/terms/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁸⁷² **Whatsapp Hizmet Koşulları**, Erişim Adresi: <https://www.whatsapp.com/legal/terms-of-service#terms-of-service-dispute-resolution> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁸⁷³ **Twitter Terms of Service**, Erişim Adresi: <https://twitter.com/en/tos> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

maddi hukuk yönünden tartışmak gerekmektedir. Hukuk seçimi anlaşmalarının kanunlar ihtilafı hukuku yönünden geçerliliği ifadesinden kastımız bulut bilişim sözleşmelerindeki hukuk seçimi kayıtlarına Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda hangi şartlar altında etki tanınacağına ilişkindir. MÖHUK m. 26/I'de tarafların hukuk seçimi yapmalarına olanak tanınmakla birlikte hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı hukuku anlamında şartlarına ilişkin belirleme yapılmamış olduğundan MÖHUK m. 24'te hukuk seçimi açısından getirilen koşullar m. 26/I yönünden de uygulama bulacaktır⁸⁷⁴. Bu nedenle, yukarıda standart bulut bilişim sözleşmelerinde hukuk seçimine etki tanınması hususunda yaptığımız açıklamalar genel itibarıyla tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri açısından da geçerlidir⁸⁷⁵. Zira hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanınması hususu bir maddi hukuk meselesi teşkil etmediğinden tüketicilerin korunmasına ilişkin maddi hukuk kurallarının bu aşamada göz önüne alınması gerekmeyecektir. Bu doğrultuda, tüketici sözleşmelerinde de hukuk seçimi kural olarak açık bir biçimde yapılmak zorunda olup ancak tarafların gerçek iradesinin çeşitli ölçütlere başvurularak şüpheden uzak bir şekilde tespit edilebildiği hallerde örtülü hukuk seçimine etki tanınabilecektir⁸⁷⁶. Ayrıca, hukuk seçimine etki tanınabilmesi için tüketici işleminin yabancılık unsuru içermesi ve bir ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi şartları da aranmaya devam edilecektir. Bunlara ilaveten, esas incelenmesi gereken husus tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin etkisini sınırlandıran MÖHUK m. 26/I hükmüdür. Bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi anlaşmaları geçerli olarak ortaya çıksa dahi seçilen hukuk ile tüketicinin mutad meskeni hukukun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerinin çatışması halinde MÖHUK m. 26/I gereğince tüketiciyi daha iyi koruyan kuralların tercih edilmesi gerekecektir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukta subjektif yöntem aşağıda öncelikle hukuk seçimi kayıtlarının haksız şart teşkil edip edemeyeceği konusu üzerinden tartışılacaktır. Devamında hukuk seçimi anlaşmalarının maddi

⁸⁷⁴ Çalışkan, s. 41; Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 339; Toker, s. 24.

⁸⁷⁵ Yukarıda İkinci Bölüm, III, A, 2, a başlığı.

⁸⁷⁶ Örtülü hukuk seçiminin tüketici sözleşmelerinde geçerli olan zayıf tarafın korunması ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde bkz. Çalışkan, s. 41. Elektronik ortamda akdedilen tüketici sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin ancak çok sınırlı hallerde mümkün olabileceği yönünde bkz. Tang, Electronic Consumer Contracts, ss. 165-171.

geçerliliği bu anlaşmaların geçerliliğine uygulanacak hukuk sorusu ele alınacaktır. Nihayetinde ise kanunlar ihtilafı hukuku ve maddi hukuk yönünden geçerli olarak meydana çıkan hukuk seçimi anlaşmaları sonucunda seçilen hukukun tüketicinin mutad meskeni hukuku ile birlikte uygulanması hususu incelenecektir.

a. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi ve Haksız Şart Denetimi

Kanunlar ihtilafı hukuku anlamında MÖHUK m. 24'te aranan şartları karşılayan hukuk seçimi anlaşmalarının tüketiciler karşısında haksız şart teşkil edip edemeyeceği meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Tartışmanın odak noktasını tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlara ilişkin TKHK m. 5'in bir kanunlar ihtilafı hukuku sözleşmesi olan hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanıp uygulanamayacağı ve bu anlamda hukuk seçimine dair sözleşme şartlarının içerik denetimine tâbi tutulup tutulamayacağı konusu oluşturmaktadır.

Öğretilerde konuyu elektronik ortamda akdedilen standart sözleşmeler üzerinden ele alan bazı yazarlar, tüketicilerle akdedilen elektronik sözleşmelerde yer alan hukuk seçimi anlaşmalarının yalnızca seçilen hukukun uygulanacağı izlenimini vermesi ve tüketicinin mutad meskeni hukukunun koruyucu hükümlerinin etkisine dair bilgi vermemesi halinde haksız şart olarak nitelendirilip geçersiz kılınabileceğini savunmaktadırlar⁸⁷⁷. Söz konusu bakış açısı ABAD'ın 2016 yılında, Amazon Avrupa'nın hizmet şartlarında yer alan hukuk seçimi hakkında vermiş olduğu bir kararda da benimsenmiş, ilgili sözleşme şartında tüketicilere yalnızca Lüksemburg hukukunun uygulanacağı izlenimi verilmesinden ve mutad mesken hukuklarının etkisine dair bilgilendirme yapılmamasından hareketle uygulanacak hukuka dair sözleşme kaydı haksız şart olarak değerlendirilmiştir⁸⁷⁸. Bu

⁸⁷⁷ Dzhutjev, ss. 27, 28; Marco Loos / Joasia Luzak, "Wanted: A Bigger Stick. On Unfair Terms In Consumer Contracts With Online Service Providers," **Journal of Consumer Policy**, C. 39, 2016, s. 85.

⁸⁷⁸ Case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation e.V. v Amazon EU Sàrl, Judgment of the Court (Third Chamber) of 28 July 2016, EU:C: 2016:612, para. 71, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0191&from=en> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

karardaki yaklaşım tarzı bir Fransız mahkeme kararında bir kademe daha ileri götürülerek yapılacak bilgilendirmenin açık ve anlaşılır olması gerektiğine hükmedilmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi'nin 9 Nisan 2019 tarihli söz konusu kararında⁸⁷⁹, Google'ın Hizmet Şartları'nda uygulanacak hukuk olarak Kaliforniya hukuku seçildikten sonra getirilen bilgilendirmede kullanıcıların yaşadıkları ülke hukukunun seçilen hukukun uyuşmazlığa uygulanmasını engellemesi halinde seçilen hukuk yerine yaşadıkları ülke hukukunun uygulama bulacağına belirtildiği sözleşme hükmü⁸⁸⁰ tüketiciler bakımından açık ve anlaşılır olmadığından bahisle haksız şart olarak nitelendirilip geçersiz sayılmıştır. Anılan kararlarda yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine dair benimsenen yaklaşımların Türk hukuku bakımından da tartışılması gerekmektedir.

ABAD'ın ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin ele alınan kararları uyarınca, AB üyesi ülkelerde hizmet sunan bulut bilişim hizmet sağlayıcılarının hizmet şartlarında hukuk seçimi kayıtlarına yer verirken tüketicilerin mutad mesken hukukları uyarınca kendilerine sağlanan korumadan yararlanmaya devam ettiğini açık ve anlaşılır bir şekilde belirtmeleri gerekeceği söylenebilecektir. Tüketicilerin korunmasına ilişkin mevzuatımız AB mevzuatıyla büyük oranda uyumlulaştırıldığından aynı yükümlülüğün Türkiye'de hizmet sunan bulut bilişim hizmet sağlayıcıları nezdinde de gündeme geleceği değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan söz konusu sözleşme şartlarını haksız şart kabul edip geçersiz sayabilmek için öncelikle haksız şartlara ilişkin TKHK denetiminin yabancılık unsuru içeren bu sözleşmelere uygulanabilirliğini ele almak gerekmektedir.

Yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartı niteliğindeki hukuk seçimi kayıtlarının tüketiciye sahip oldukları minimum koruma

⁸⁷⁹ French Tribunal de Grande Instance de Paris, Judgement of 9 April 2019, Erişim Adresi: <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-9-avril-2019/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁸⁸⁰ “Si vous résidez dans un pays où la loi exclut l'application de la loi de l'Etat de Californie à votre litige relatif à la présente Déclaration ou à Facebook, les lois de votre pays s'appliqueront à votre litige relatif à la présente Déclaration ou à Facebook. De même, si vous résidez dans un pays où la loi prévoit la compétence des tribunaux de votre pays de résidence, les litiges relatifs à la présente Déclaration ou à Facebook pourront être portés devant les tribunaux compétents de votre pays de résidence.”

hakkında bilgi verilmediği takdirde haksız şart olarak kabul edilip geçersiz kılınabileceğine dair ABAD kararı öğretide çeşitli yönlerden eleştirilmektedir⁸⁸¹. Öncelikle, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine olanak tanıyan Roma I Tüzüğü m.6/II’de, tüketicilerin kanunlar ihtilafı hukuku anlamında mutad mesken hukukları uyarınca sahip oldukları koruma hükme bağlanmakta ise de yabancı girişimcilerin söz konusu koruma hakkında tüketicileri bilgilendirmesi gerekliliğine dair bir belirleme yapılmamıştır⁸⁸². Aynı şekilde, MÖHUK m. 26/I’de de tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabileceği hükme bağlanmış, tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerine nazaran daha az koruma sağlayan seçilen hukukun münferit kurallarına ise etki tanınmayacağı belirtilmiştir. O halde gerek AB Hukuku gerekse Türk hukuku yönünden tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin özellikleri hakkında bilgilendirme yapılmasına dair kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir yükümlülüğten bahsedilemeyecektir.

ABAD’ın kararında dayandığı diğer bir gerekçe⁸⁸³ olan hukuk seçimine dair anlaşmada kısaca Lüksemburg hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesinin açık ve anlaşılır olmaması sebebiyle haksız şart olarak nitelendirilmesini de anlayabilmek güçtür⁸⁸⁴. Mahkeme’ye göre tüketici sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtlarının seçilen hukukun bir bütün olarak uygulanacağı izlenimini vermesi ve bu anlamda tüketicinin mutad mesken hukukunun sınırlayıcı etkisinin açıklanmaması, sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınması gerekliliğine aykırılık oluşturmaktadır. Oysa kanaatimizce, böylesi bir şart kanunlar ihtilafı hukuku anlamında açık bir hukuk seçimi teşkil ettiği gibi genel işlem şartlarının yürürlük denetimi bakımından da tarafların hukuk seçimi iradelerini tereddütsüz bir biçimde yansıtmaktadır.

⁸⁸¹ Söz konusu karara getirilen eleştiriler için bkz. Peter Mankowski, “Just How Free Is A Free Choice Of Law In Contract In The EU?,” **Journal of Private International Law**, C. 13, S. 2, ss. 231-258, 2017; Giesela Rühl, “The Unfairness Of Choice-Of-Law Clauses, Or: The (Unclear) Relationship Between Article 6 Rome I Regulation and The Unfair Terms In Consumer Contracts Directive: VKI v. Amazon,” **Common Market Law Review**, C. 55, S. 1, 2018, ss. 201-224.

⁸⁸² Mankowski, Free Choice of Law, ss. 236, 237; Rühl, Unfairness of Choice of Law, ss. 16, 17.

⁸⁸³ Case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation e.V. v Amazon EU Sàrl EU: C: 2016:612, para. 68.

⁸⁸⁴ Aynı yönde bkz. Mankowski, Free Choice of Law, ss. 235, 236.

Genel işlem şartı niteliğindeki hukuk seçimi kayıtlarının haksız şart olarak nitelendirilmesine engel olan diğer bir husus haksız şart denetiminin bir maddi hukuk müessesesi olması sebebiyle hukuk seçiminin esasına uygulanacak hukuk uyarınca gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Bu itibarla, Roma I Tüzüğü m. 6/II⁸⁸⁵ ve MÖHUK m. 26/I yalnızca hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı hukuku anlamında etkisini düzenlemekte olup hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuku hüküm altına almamaktadır. Bizim katıldığımız görüş uyarınca hukuk seçimi anlaşmalarının maddi geçerliliğine seçilen hukuk karar vereceğinden haksız şart denetimi veyahut benzeri diğer hukuki müesseselerin hukuk seçimini geçersiz kılabilmesi tüketicinin mutad meskeni hukukunun koruyucu kuralları uyarınca değil seçilen hukuk çerçevesinde mümkün olabilecektir⁸⁸⁶. Dahası, MÖHUK m. 26/I uyarınca Türk hukukunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki koruyucu hükümleri uygulanırken haksız şart denetimi çerçevesinde taraflarca seçilen hukuku geçersiz kılmak bizzat m.26/I'nin üzerine dayandığı zemini altından çekip almak anlamına gelecektir⁸⁸⁷. MÖHUK m. 26/I uygulaması bakımından hem kanunlar ihtilafı hukuku hem de maddi hukuk anlamında etkili ve geçerli bir hukuk seçiminin varlığı şart olduğundan bu kural tatbik edilerek hukuk seçimi geçersiz kılındığı takdirde koruyucu nitelikteki bağlama kuralı bir nevi kendini imha etmiş olacaktır. Öte yandan, hukuk seçimi anlaşmasının haksız şart teşkil etmesi sebebiyle geçersiz kılınması zayıf konumda bulunan tüketicilerin durumunu iyileştirmenin aksine kötüleştiren bir sonuca sebebiyet verecektir. Zira MÖHUK m. 26/I uyarınca tüketici sözleşmelerinde seçilen hukukun etkili olması ancak tüketicinin mutad meskeni hukukuna kıyasla daha yüksek derecede koruyucu kurallara sahip olması halinde mümkün olacaktır. O halde, tüketici sözleşmelerindeki hukuk seçimi anlaşmalarının haksız şart kabul edilerek geçersiz kılınması tüketicileri muhtemel bir daha iyi korumadan mahrum bırakabilecektir⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ Rühl, Unfairness of Choice of Law, ss. 7, 8.

⁸⁸⁶ AB milletlerarası özel hukukunun hukuk seçimi anlaşmalarının içerik denetimine izin vermediği, hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun yalnızca hukuk seçimine dair iradenin varlığı ve geçerliliğine uygulanacağı yönünde bkz. Mankowski, Free Choice of Law, ss. 253, 254; Rühl, Unfairness of Choice of Law, ss. 9, 10.

⁸⁸⁷ Mankowski, Free Choice of Law, ss. 238, 239.

⁸⁸⁸ Mankowski, Free Choice of Law, s. 248; Rühl, Unfairness of Choice of Law, s. 10.

Türk hukuku bakımından yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtlarını haksız şart denetimine tâbi kılabilmek adına haksız şartlara ilişkin TKHK m. 5 hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ve şartları varsa hukuk seçimini geçersiz kılabileceği ileri sürülebilir. Konumuz açısından TKHK m. 5'in doğrudan uygulanan kural vasfında olduğunu varsaysak dahi hukuk seçimi anlaşmalarının haksız şart olarak nitelendirilebilmesi kanaatimizce şüphelidir. Öncelikle, “Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” başlığını taşıyan MÖHUK m. 6, “*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*” diyerek istisnai bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartında seçilen ülke hukuku taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanırken Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, örneğin TKHK m. 5, devreye girerek seçilen hukukun münferit hükümleri yerine uygulama bulup dürüstlük kuralına aykırı sözleşme hükümlerini iptal edebilecektir. Ancak bu noktada MÖHUK m. 26/I uygulaması doğrudan uygulanan kurallara ilişkin MÖHUK m. 6 uygulamasına göre daha kolay bir çözüm getirmektedir. Buna göre, MÖHUK m. 6 uygulamasında Türk hukukunun bir kuralının yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilmesi için doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi gerekirken m. 26/I uygulamasında iç hukukun emredici bir düzenlemesinin gündeme gelmesi yeterli olacağından daha esnek bir koruma düzeyi getirilmiş olmaktadır.

Haksız şart denetimini gerçekleştiren Türk hâkiminin hangi gerekçeye dayanarak hukuk seçimini dürüstlük kuralına aykırı kabul edebileceği de sorgulanmalıdır. Kanaatimizce, Türk kanunlar ihtilafı hukukunda tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verildiği ve hukuk seçiminin olumsuz etkilerinin bertaraf edildiği bir ortamda TKHK m. 5 anlamında “*dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan*” bir sözleşme şartından bahsetmek mümkün olamayacaktır⁸⁸⁹. Zira tüketici

⁸⁸⁹ Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin, açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alındığı sürece, tüketicileri içeriği hakkında bilgi sahibi olmalarının beklenemeyeceği bir hukuka tâbi kılması sebebiyle geçersiz kılamayacağı yönünde bkz. Mankowski, Free Choice of Law, s. 242. Aksi yönde bkz. Dzutev, ss. 27, 28.

sözleşmelerinde hukuk seçimi tüketicinin aleyhine olmaktan ziyade lehine bir sonuç ortaya çıkarmaktadır.

Sonuç olarak, yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde kanun koyucu bütünüyle iç hukuk alanında gerçekleşen tüketici işlemlerine kıyasla daha nitelikli bir koruma düzeni öngörmektedir. Aşağıda ele alınacağı üzere tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine ancak tüketicinin haklarını daha iyi koruduğu ihtimallerde etki tanınmakta ve bu anlamda milletlerarası tüketici sözleşmeleri alanında kendine özgü bir kanunlar ihtilafı sistemi inşa edilmiş olmaktadır. Bu nedenle, tüketici sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi anlaşmalarını haksız şart denetimine tâbi kılıp iptal etmek kanun koyucunun hukuk politikasına aykırılık oluşturacaktır⁸⁹⁰. Bu itibarla, ABAD'ın tüketici sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtlarının tüketiciye sahip olduğu asgari koruma hakkında bilgi verilmediği takdirde geçersiz kılınabileceğine dair yaklaşımının Türk hukukunda benimsenemeyeceğini değerlendirmekteyiz. Bu değerlendirmemiz tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanınırken bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesinin dayanağının Türk hukukunda bulunmamasına; uygulanacak hukuku kanunlar ihtilafı hukuku anlamında açık bir biçimde dile getiren sözleşme şartlarının tüketiciler bakımından anlaşılabilir olmadığının söylenemeyecek olmasına ve hukuk seçiminin tüketicilerin hukuki konumunu ancak iyileştirebilmesi sebebiyle dürüstlük kuralına aykırı olamayacağı fikrine dayanmaktadır. Bu doğrultuda, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi kayıtlarına kanunlar ihtilafı hukuku anlamında etki tanınabilecek, söz konusu şartlar TKHK m. 5 anlamında haksız şart olarak nitelendirilemeyecektir.

b. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmalarının Kuruluşu ve Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

⁸⁹⁰ AB milletlerarası özel hukuku bakımından aynı yönde bkz. Mankowski, Free Choice of Law, s. 255.

Hukuk seçimi anlaşmalarının asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olmaları sebebiyle geçerliliklerine uygulanacak hukuk esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayrı olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda, hukuk seçiminin kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta hüküm bulunmadığı yukarıda ele alınmış, öğretide ileri sürülen çeşitli görüşler incelendikten sonra çoğunluk yazarlarca savunulan hukuk seçiminin geçerliliğine bizatihi seçilen hukukun uygulanması görüşüne iştirak edilmiştir⁸⁹¹. Bu doğrultuda, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde bulunan hukuk seçimi kayıtlarının geçerliliğine de yine seçilen hukuk uyarınca karar verileceği ileri sürülebilecektir. Ancak, bu noktada, genel işlem şartlarıyla yapılan sözleşmeler ve sözleşmesel ilişkide zayıf konumda olduğu kabul edilen taraflarla yapılan sözleşmeler bakımından hukuk seçimine seçilen hukukun uygulanmasının hakkaniyete aykırı olabileceği dile getirilmiş, bu durumlar özelinde hukuk seçimine muhatabın kişisel hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı mülga MÖHUK döneminde ifade edilmiştir⁸⁹². Bir başka yazar da sözleşme taraflarından birinin hukuk seçimine yönelik rızası olmadığını ileri sürebileceğini ve böyle bir durumda MÖHUK m. 32/II uyarınca hukuk seçimine yönelik rızanın mevcudiyetine söz konusu kişinin mutad mesken hukukunun uygulanabileceğini savunmaktadır⁸⁹³. Gerçekten de madde 32/II hükmü kaleme alınışı itibarıyla geniş yorumlanmaya müsait olduğundan *browsewrap* sözleşmelerde hizmeti kullanmaya devam etme biçiminde gerçekleşen hareket tarzının ve *clickwrap* sözleşmelerde ise tıklama şeklinde ortaya çıkan davranışın hukuk seçimi anlaşmasının kabulü anlamına gelip gelmeyeceği konusunda da uygulama bulabilecektir⁸⁹⁴.

MÖHUK m. 32/II uyarınca taraflardan birinin hukuk seçimine rıza gösterip göstermediği meselesine ilgili tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için öncelikle seçilen hukuk uyarınca ilgili tarafın hukuk seçimine rıza gösterdiği sonucuna ulaşılması gerekecektir⁸⁹⁵. Devamında ise maddenin açık hükmü uyarınca, ilgili tarafın

⁸⁹¹ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, III, A, 2, b başlığı.

⁸⁹² Tiryakioğlu, s. 26.

⁸⁹³ Bayata Canyaş, s. 85.

⁸⁹⁴ Tang, Electronic Consumer Contracts, s. 164.

⁸⁹⁵ Ersen Perçin, s. 60.

hukuk seçimine rıza gösterdiği varsayılan davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağının hâlin şartlarından anlaşılması bir koşul olarak aranmaktadır. Burada hakkaniyete aykırılığın ölçütü olarak sözleşmenin kurulmasına onay vermediğini ileri süren tarafın, gerçekleştirdiği fiillerin sözleşmeyi kabul anlamına geldiğini bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması, bu anlamda iyi niyetli olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹⁶. Buna göre, bulut bilişim sözleşmelerinde tüketici konumunda bulunan kişiler hukuk seçimine onay vermediklerini ileri sürdükleri takdirde bu iddianın kabul edilebilir olup olmadığına kural olarak seçilen hukuk uyarınca karar verilecek olup ancak somut olayın şartlarına göre tüketicinin elektronik ortamda gerçekleştirdiği fiilin seçilen hukuk uyarınca kabul beyanı anlamına geldiğini bilmediğinin söylenebileceği hallerde tüketicinin mutad meskeni hukuku devreye girebilecektir. Örneğin, böyle bir durumda tüketiciler kendi yaşadıkları ülke hukukuna göre web sitesinde dolaşmaya devam etmenin veyahut bir kutucuğa tıklamanın hukuk seçimini kabul anlamına gelmediğini ileri sürebilecektir⁸⁹⁷. Diğer yandan, günümüzde AB hukukunda ve Türk hukukunda tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin mutad meskeni hukuku hukuk seçiminin mevcudiyeti halinde asgari koruma sınırı olarak belirlendiğinden tüketiciler açısından hukuk seçiminin geçerliliğine seçilen hukukun uygulanması dezavantajlı bir durum meydana çıkarmayacaktır. Zira söz konusu kişi grubu bakımından hukuk seçiminin etkisi sınırlandırılmış olup ancak daha iyi hukuki koruma sağlayan hukuk seçimleri etki doğurma potansiyeline sahip olacaktır.

c. Geçerli Bir Hukuk Seçiminin Varlığı Halinde Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

(1) Tüketicinin Mutad Meskeni Hukukunun Emredici Hükümlerinin Seçilen Hukukla Beraber Uygulanması

⁸⁹⁶ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 371.

⁸⁹⁷ Tang, Electronic Consumer Contracts, s. 164.

Yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde taraflarca geçerli bir hukuk seçiminde bulunulması halinde ilgili sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara seçilen hukuk uygulanacaktır. Bununla birlikte, MÖHUK m. 26/I'in açık hükmü gereğince seçilen hukuka nazaran tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun emredici nitelikteki kuralları tüketiciye daha yüksek derecede hukuki koruma sağlıyorsa ilgili hükümlere tatbik kabiliyeti tanınacaktır. Bu anlamda, yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine sınırlı bir etki tanındığından bahsedilmektedir⁸⁹⁸. Bu çerçevede, seçilen hukukun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici düzenlemeleri ile somut sözleşme ilişkisindeki tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici kuralları arasında kıyas yapılarak tüketicinin daha lehine olan kuralların tespit edilmesi ve uyuşmazlığa uygulanması gerekecektir. Diğer bir anlatımla, seçilen hukukun tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici kuralları ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun aynı nitelikteki kuralları arasında bir yararlılık karşılaştırması yapılacak ve sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin menfaatine daha çok hizmet eder nitelikteki kuralların uygulanmasına imkan verilecektir⁸⁹⁹. Ancak, bütün bu şartlar dahilinde, taraflar arasındaki yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmesine uygulanacak hukukun hukuk seçimi anlaşmasıyla seçilen hukuk düzeni olmaya devam edeceğini, yararlılık karşılaştırması neticesinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun ilgili hükümlerinin uygulanması gündeme geldiğinde söz konusu kuralların münferiden uygulanacağını vurgulamak gerekmektedir⁹⁰⁰.

Bulut bilişim sözleşmelerinin bütün türlerinde olduğu gibi tüketicilerle akdedilen standart bulut bilişim sözleşmelerinde de hukuk seçimi kayıtlarına sıklıkla yer verilmekte olup çoğunlukla hizmet sağlayıcı konumundaki tarafın işyeri merkezinin bulunduğu ülke veya eyalet hukuku uygulanacak hukuk olarak seçilmektedir⁹⁰¹. Söz konusu hukuk seçimi

⁸⁹⁸ Çalışkan, s. 40; Çelikel / Erdem, s. 424; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 195; Nomer, s. 356; Pürselim, s. 84; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 351; Tarman, MÖHUK'ta Tüketicinin Korunması, s. 339.

⁸⁹⁹ Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 426, 427.

⁹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 194; Morse, ss. 8, 9; Van Der Hof, s. 173. Yararlılık karşılaştırması neticesinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun daha lehe hükümler içerdiği sonucuna ulaşıldığı takdirde hukuk seçiminin geçersiz kabul edileceği görüşü için bkz. Toker, ss. 31, 32. Biz MÖHUK m. 26/I metninin hiçbir şekilde tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini geçersiz kılmaya elverişli olmadığını düşünmekteyiz.

⁹⁰¹ Ayrıntılı bir araştırma için bkz. Michels / Millard / Turton, s. 18 vd..

kanunlar ihtilafı hukuku anlamında ve maddi olarak geçerli bir şekilde meydana geldiği takdirde ilgili bulut bilişim sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında uygulama bulabilecektir. Ancak, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde hukuk seçimine etki tanınırken yargılamayı yapan mahkemenin tüketici konumundaki tarafın mutad meskeni hukukunun tüketicilere sağladığı koruma düzeyini en alt eşik olarak kabul etmesi gerekecektir. Bu çerçevede, yetkili mahkemenin MÖHUK m. 26/I'ı uygularken gerçekleştireceği karşılaştırma konusunda yöntem olarak benimseyebileceği tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma şeklinde üç yaklaşımın bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁰². Kanaatimizce ilgili hüküm uygulanırken hakim uyuşmazlık konusu hakkında her iki hukuk sisteminde bulunan kuralları somut olayın şartlarına göre münferiden veya grup olarak karşılaştırarak tüketicinin en lehine olan sonucu meydana getiren kurallar bütününe tercih etmeli, soyut olarak ilgili hukuk sistemlerini kümülatif bir biçimde karşılaştırmak suretiyle daha koruyucu nitelikteki ülke hukukunu tayin etme yoluna gitmemelidir⁹⁰³.

MÖHUK m. 26/I'in hukuk seçimi anlaşmalarına etki tanınması hususunda tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı korumayı asgari koruma sınırı olarak kabul eden düzenlemesinin uygulanabilmesi için tüketicinin mutad meskeni hukukunun neresi olduğunun ve bu hukukun emredici düzenlemelerinin ne şekilde tespit edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Tüketicinin mutad meskeni hukuku aynı zamanda MÖHUK m. 26/II uyarınca tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin objektif yöntemin bağlama noktasını teşkil ettiğinden söz konusu kavram ilgili başlıkta tartışılacaktır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin ne şekilde belirleneceği meselesi hakkında ise söz hakkının bizatihi tüketicinin mutad meskeni hukukuna tevdi edileceğinde şüphe yoktur⁹⁰⁴. Dolayısıyla karşılaştırma faaliyeti sırasında bir düzenlemenin emredici olup olmadığına o kuralın ait olduğu hukuk düzeni karar verecektir. Öte yandan, tüketicinin mutad meskeninin emredici

⁹⁰² Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 428.

⁹⁰³ Aynı yönde bkz. Atamer, DHH'de Tüketicinin Korunması, s. 435; Ragno, s. 152.

⁹⁰⁴ Wilderspin, s. 481.

kuralları ifadesinin hem iç hukuk anlamında hem de uluslararası planda emredici kaideleri kapsadığına işaret edilmelidir⁹⁰⁵.

Tartışmalı olan bir husus dikkate alınacak emredici düzenlemelerin hususi olarak tüketicileri koruma gayesiyle yürürlüğe konulan kurallar olması mı gerektiği yoksa böyle bir özel amacı ihtiva etmemekle birlikte tüketici yararına hukuki sonuç meydana getiren her türlü emredici düzenlemeye tatbik imkanı tanınıp tanınmayacağı hakkındadır. AB ülkelerinde yürürlükte olan Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesinin 2. fıkrası bakımından yararlılık karşılaştırması sırasında yalnızca tüketicileri koruma gayesiyle ihdas edilen emredici düzenlemelerin değil tüketicinin mutad meskeni hukukunun sözleşmeler üzerinde etki doğuran ve tüketiciler lehine hukuki sonuç meydana getiren bütün emredici kurallarının dikkate alınması gerektiği öğretide savunulmaktadır⁹⁰⁶. Biz de MÖHUK m. 26/I anlamında seçilen hukuk ile tüketicinin mutad meskeni hukuku arasında yapılacak karşılaştırma sırasında tüketicinin mutad meskeni hukukunun sözleşmesel ilişkide tüketici lehine hukuki sonuç veren bütün emredici düzenlemelerinin kıyasa konu edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Seçilen hukuk ile tüketicinin mutad meskeni hukuku arasındaki yararlılık karşılaştırmasının mahkemece re'sen mi gerçekleştirileceği veyahut bu hususta tüketici konumundaki tarafın talepte bulunmasının gerekli olup olmadığı meselesinin tartışmalı olduğu dile getirilmektedir⁹⁰⁷. Bir görüşe göre, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda mahkemeler sözleşmede seçilen hukukun tüketiciyi mutad mesken hukukunun sağladığı asgari korumadan mahrum edip etmediğini re'sen araştıracaktır⁹⁰⁸. Biz de MÖHUK m. 26/I'de tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine etki tanınması hususunda tüketiciyi koruma amacına matuf olarak sınırlamaya gidildiğini ve bu anlamda söz konusu korumanın gerçekleşebilmesi için hakimin yararlılık karşılaştırmasını re'sen gerçekleştirmesi gerektiğini savunmaktayız. Ayrıca, MÖHUK m. 45 uyarınca yabancılık

⁹⁰⁵ Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 194; Tang, Electronic Consumer Contracts, s. 172.

⁹⁰⁶ Ragno, s. 152; Tang, Electronic Consumer Contracts, ss. 172, 173.

⁹⁰⁷ Güngör, Düşünsel Temeller, 125.

⁹⁰⁸ Asensio, s. 461; Ragno, ss. 151, 152.

unsuru içeren tüketici sözleşmelerine bağlı olarak Türk mahkemelerinde açılan davaların önemli bir kısmında tüketici konumundaki davalı ya da davacının mutad meskeninin Türkiye’de bulunması pek muhtemel olduğundan ilgili yargılamada *lex fori* teşkil edecek olan Türk hukukunun emredici düzenlemelerinin nazara alınması zorluk arz etmeyecektir⁹⁰⁹.

(2) MÖHUK Madde 26/I Uygulaması Çerçevesinde Türk Hukukunun Tüketiciyi Koruyucu Nitelikteki Düzenlemeleri

Türk hukukunda yer alan emredici düzenlemelerin tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma çerçevesinde uygulama bulabilmesi, olağan oturma yeri Türkiye olan tüketici konumundaki kişilerin davacı veyahut davalı olduğu uyuşmazlıkların MÖHUK m. 45 uyarınca Türk mahkemelerinde açılması neticesinde Türkiye’nin aynı zamanda ilgili tüketicinin mutad mesken ülkesi teşkil etmesiyle mümkün olacaktır. Bu doğrultuda, Türk hukukunda hususi olarak tüketicileri koruma gayesiyle ihdas edilmiş olan emredici kurallar ile hususen böyle bir amacı haiz olmamakla birlikte tüketiciler lehine hukuki sonuç ortaya çıkaran emredici düzenlemeler, yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen yabancı hukukun koruyucu nitelikteki emredici düzenlemeleriyle yararlılık karşılaştırmasına konu edilecektir.

(a) Tüketicileri Koruma Gayesiyle Hususen İhdas Edilen Emredici Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda özel olarak tüketicileri korumayı amaç edinen düzenlemelerin en önemli kaynağını 6502 Sayılı TKHK oluşturmaktadır. Kanun’un ihtiva ettiği, tüketici

⁹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Wilderspin, ss. 481, 482.

işlemlerinde satıcı ve sağlayıcılar üzerine getirilen yükümlülükler, tüketici sözleşmelerinde haksız şartları yasaklayan kurallar, tüketici işlemlerinde ayıplı ifadan kaynaklanan sorumlulukları düzenleyen kurallar ve diğer emredici düzenlemelerin her biri MÖHUK m. 26/I anlamında yararlılık karşılaştırmasına konu edilebilecek hükümleri oluşturmaktadır. Ayrıca, tüketici hukukunun ekonominin değişen gerekliliklerine sürekli uyarlanmasını gerektiren yapısı bu alanda yönetmeliklerin de bir düzenleme aracı olarak sıklıkla kullanılmasına yol açmaktadır⁹¹⁰. Bu doğrultuda, TKHK’ya istinaden çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği⁹¹¹, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği⁹¹², Taksitle Satış Sözleşmeleri Yönetmeliği⁹¹³ gibi iç hukuk anlamında emredici kaideler getiren yönetmeliklerde yer alan kurallar da somut uyuşmazlığın konusuna göre yararlılık karşılaştırmasına dahil edilebilecektir. Bu bağlamda, tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri özelinde uygulanması pek muhtemel olan bir emredici düzenlemeler bütünü, haksız şartlar hakkındaki TKHK m. 5 kuralı ile Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik muhtevasında yer alan ikincil kurallardır. Özellikle, söz konusu Yönetmelik’in Ek 1. Maddesinde yer alan haksız şart listesi bulut bilişim sözleşmelerinin içeriğinde yer alan çeşitli hükümlere müdahale edebilecek niteliktedir. Ancak böyle bir uygulamanın gündeme gelebilmesi için somut uyuşmazlık konusu bulut bilişim sözleşmesinde seçilen hukukun eşdeğer düzenlemelerinin tüketiciye TKHK’nın haksız şart düzenlemesine nazaran daha düşük seviyede bir koruma sağlıyor olması gerekecektir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde sıklıkla seçilen bir ülke hukuku olması sebebiyle ABD hukuk sisteminden hareketle yapılacak bir değerlendirme konunun aydınlatılmasına yardımcı olabilecektir. TKHK’daki adıyla haksız şart, TBK’daki adıyla içerik denetimi müessesesinin Amerikan hukukundaki karşılığı Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu’nun (Uniform Commercial Code, UCC) 2. Kısım 302. Maddesinde hüküm bulan “hakkaniyete aykırılık öğretisi (*unconscionability*)

⁹¹⁰ 6502 Sayılı TKHK Genel Gereğçesi.

⁹¹¹ R.G. 27.11.2014 – 29188.

⁹¹² R.G. 22.05.2015 – 29363.

⁹¹³ R.G. 14.01.2015 – 29236.

doctrine)” dir⁹¹⁴. Amerikan mahkemeleri standart sözleşmelerde yer alan tek taraflı hükümleri hakkaniyete aykırılık öğretisi çerçevesinde denetime tâbi tutmaktadır⁹¹⁵. Bir sözleşmede yer alan hükümlerin hakkaniyete aykırılık sebebiyle geçersiz kılınabilmesi için söz konusu hükümlerin hem usuli bakımdan (*procedurally*) hem de esas bakımından (*substantively*) hakkaniyete aykırı olması gerekmektedir⁹¹⁶. Bu hususta, Amerikan menşeli yazılım hizmeti sağlayıcılarının hizmet koşullarında yer alan tek taraflı hükümleri inceleyen bir çalışmada, UCC ikinci kısım m. 302’de kurala bağlanan hakkaniyete aykırılık denetiminin tüketicilere sağladığı korumanın AB hukukunun tüketici sözleşmelerinde haksız şartlara ilişkin benimsediği korumacı yaklaşımın oldukça gerisinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁹¹⁷. Standart sözleşmelerin hukuki düzenlemeye konu edilmesi meselesinde AB hukuku ile ABD hukuku arasındaki tipik ayrışmanın AB hukukunun tüketicilere karşı babacan bir yaklaşımı benimsemesine mukabil ABD hukuk sisteminin piyasa serbestisinden yana olmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir⁹¹⁸. Bu doğrultuda, Türk tüketici mevzuatının büyük ölçüde AB mevzuatıyla uyumlulaştırılması sebebiyle haksız şartlara ilişkin içerik denetimi başta olmak üzere Türk hukukunda yer alan tüketiciyi koruyucu nitelikteki emredici düzenlemelerin ABD hukukuna kıyasla tüketicileri daha iyi koruyacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 26/T’i uygularken somut olay çerçevesinde karşılaştırma yapılması gerekeceğinden genel nitelikli bu değerlendirmemizin mahkemeler açısından ancak yol gösterici olabileceğini belirtmemiz gerekmektedir.

⁹¹⁴ UCC’nin ikinci kısım 302. maddesinin nasıl uygulanacağına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Arthur Allen Leff, “Unconscionability and the Code-The Emperor’s New Clause,” **University of Pennsylvania Law Review**, C. 115, S. 4, 1967, ss. 485-559.

⁹¹⁵ Hillman / Rachlinski, ss. 456-458.

⁹¹⁶ Chen, *Interactive Contracting*, s. 1539. Usuli açıdan hakkaniyete aykırılık muhatabın sözleşmeyi akdederken makul başka bir seçeneğinin olup olmadığının araştırılmasını gerektirmektedir. Standart sözleşmeler ister kabul et ister etme tarzında tek taraflı olarak sunulduğundan tabiatları itibarıyla usuli açıdan hakkaniyete aykırı kabul edilmektedir. Esas bakımından hakkaniyete aykırılık incelemesinde ise sözleşmedeki hükümlerin içerikleri denetlenmekte ve muhatabın menfaatlerinin aşırı derecede yok sayıldığı tek taraflı hükümler esas yönünden hakkaniyete aykırı kabul edilebilmektedir, bkz. Chen, *Interactive Contracting*, ss. 1539-1540. Amerikan mahkemeleri nezdinde usuli açıdan hakkaniyete aykırılık ve esas bakımından hakkaniyete aykırılık incelemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Leff, s. 489 vd.

⁹¹⁷ Michael L. Rustad / Maria Vittoria Onufrio, “Reconceptualizing Consumer Terms of Use for a Globalized Knowledge Economy,” **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, C. 14, S. 4, 2012, s. 1136.

⁹¹⁸ Rustad / Onufrio, s. 1185.

6502 Sayılı TKHK ve ikincil mevzuatı dışında Türk hukukunda tüketicileri koruma amacıyla ihdas edilmiş başka düzenlemeler de mevcuttur. Bu anlamda, konumuz açısından işaret edilmesi gereken diğer bir emredici düzenlemeler yekünü 6563 Sayılı ETDHK'da bulunmaktadır. Kanun'un 3 ilâ 9. maddeleri arasında yer alan kuralların her biri tüketicilerle gerçekleştirilen elektronik ticaret faaliyetleri açısından emredici birer iç hukuk kaidesidir. Dolayısıyla, yabancılik unsuru içeren bulut bilişim sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda taraflarca seçilen hukuk MÖHUK m. 26/I çerçevesinde uygulanırken söz konusu ETDHK kaideleri de kıyasa konu edilebilecektir.

(b) Tüketiciler Lehine Hukuki Sonuç Meydana Getiren Emredici Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Hukuk seçimi yapılan tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukuna koruyucu hukuk olarak etki tanınırken doğrudan tüketicileri koruma gayesiyle ihdas edilen emredici düzenlemelere ilaveten, hususen bu amaçla yürürlüğe konulmuş olmamakla birlikte tüketici lehine hukuki sonuç meydana getiren emredici düzenlemelere de etki tanınabilecektir. Bu çerçevede, tüketicilerle akdedilen standart bulut bilişim sözleşmeleri sahasında MÖHUK m. 26/I tatbik edilirken uygulanması gündeme gelebilecek emredici Türk hukuku kaideleri TBK m. 20 ilâ 25 arasında yer alan genel işlem şartlarının denetimine ilişkin kurallar ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin KVKK ve diğer kanunlarda yer alan emredici düzenlemeler olabilecektir.

Standart bulut bilişim sözleşmelerinde genel işlem şartlarının denetiminin kapsamı bakımından TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanmasında tüketici sözleşmesi veyahut ticari sözleşme ayrımı yapılmamaktadır⁹¹⁹. Zira söz konusu kurallar özel olarak tüketicilerin korunması gayesiyle değil tüketicileri de kapsayacak şekilde genel işlem şartları içeren sözleşmelerin müşteri tarafında olan bütün kişi gruplarını kapsayacak

⁹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, IV, B başlığı.

biçimde kaleme alınmıştır. Söz konusu kurallar iç hukuk yönünden emredici düzenlemeler teşkil ederken genel işlem şartları içeren sözleşmelerin akdediliş aşamasında tüketicileri de koruyan üç ayaklı bir denetim sistemi getirmektedir. Yürürlük denetimi, yorum denetimi ve TKHK m. 5'in muadili olarak içerik denetimi aşamalarını ihtiva eden söz konusu koruma sistemi olağan oturma yeri Türkiye'de olan tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun asgari koruma sağlayan emredici düzenlemeleri sıfatıyla seçilen hukukun eşdeğer hükümleriyle yararlılık karşılaştırmasına konu edilecektir.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde etkisi olabilecek diğer bir emredici düzenlemeler bütünü Türk hukukunun kişisel verilerin korunmasına ilişkin emredici düzenlemeleridir. Halihazırda Türk hukukunda gerçek kişilerin kişisel verilerinin korunması meselesinde emredici kurallar getiren temel kanun 6698 Sayılı KVKK'dır. Kanun'un 2. maddesi uyarınca kişi bakımından uygulama alanı *“kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler”* olarak tespit edilmiştir. Buna göre, MÖHUK m. 26/1 uygulamasında tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kuralları sınıfından olarak kişisel verileri işlenen gerçek kişileri koruyan emredici KVKK kurallarının yararlılık karşılaştırmasına dahil edilebilmesi için tüketici konumundaki müşterinin bir gerçek kişi olması gereklidir. Ayrıca, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kişisel verilerin sözleşme çerçevesinde işlenmesine ve korunmasına ilişkin bir uyuşmazlık olması gerekli olup kişilik hakkının korunmasına ilişkin haksız fiil hükümlerine dayanılmamış olması gerekecektir⁹²⁰. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinde müşterilerin kişisel verilerinin işlenmesi ve korunması hizmet sağlayıcıların asli yükümlülükleri arasında yer aldığından uyuşmazlık halinde tüketici konumundaki tarafın haksız fiile dayalı talep haklarını kullanmak yerine sözleşmesel talep haklarını kullanmayı tercih etmesi ihtimal dahilindedir. İşte yabancılık unsuru içeren ve tüketicilerle akdedilen bulut bilişim

⁹²⁰ İlyas Arslan, "Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti," **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 79, S. 1, 2021, ss. 147-148.

sözleşmeleri çerçevesinde tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesi ve korunması hususunda bir uyuşmazlık çıkması halinde söz konusu uyuşmazlığa kural olarak taraflarca seçilen yabancı hukukun uygulanması gerekecektir⁹²¹. Ancak, MÖHUK m. 26/I uyarınca, seçilen hukukun kişisel verilerin işlenmesi ve korunması sürecine ilişkin emredici kuralları ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun aynı konudaki kuralları yararlılık karşılaştırmasına konu edilerek tüketicinin daha lehine olan kuralların tespit edilmesi gündeme gelecektir⁹²². Bu itibarla, olağan oturma yeri Türkiye’de bulunan tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinden kaynaklanan kişisel verilere ilişkin özel hukuk uyuşmazlıkları Türk mahkemelerinde görüldüğü takdirde KVKK’da yer alan emredici düzenlemeler, taraflarca sözleşmede seçilen hukukun kişisel verilere ilişkin emredici düzenlemeleriyle kıyaslanacak ve tüketiciyi daha iyi koruyan düzenlemelere tatbik kabiliyeti tanınacaktır.

4. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Objektif Yöntemle Tespiti

Taraflarca hukuk seçimi yapılmayan tüketim sözleşmesi niteliğindeki bulut bilişim sözleşmelerine MÖHUK m. 26/II uyarınca tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Tüketici sözleşmeleri alanında mutad mesken hukukunun bağlama noktası olarak seçilmesinin arkasında “*aynı sosyal ve hukuki çevrede yaşayan tüketiciler arasında eşitliğin tesisi*” gayesinin bulunduğu ifade edilmektedir⁹²³. Ayrıca, tüketicinin mutad meskeni hukukunun onun en iyi şekilde bildiği⁹²⁴ ve taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklara doğal olarak uygulanmasını beklediği hukuk sistemi olduğu belirtilmektedir⁹²⁵. Buna mukabil, küresel çapta hizmet sunan bulut bilişim hizmet

⁹²¹ Ayşe Yasemin Aydoğmuş Gısoldı, **Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 200.

⁹²² Arslan, Kişisel Veriler, ss. 152-154; Aydoğmuş Gısoldı, s. 251. Roma I Tüzüğü m. 6/II uygulaması bakımından aynı yönde bkz. Eda Uludere, **Where All Roads Lead: Private Enforcement of Data Protection Laws against Social Networking Services under Rome I**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, McGill Üniversitesi, 2018, s. 52. Erişim Adresi: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/0k225d310> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

⁹²³ Güngör, Düşünsel Temeller, s. 121.

⁹²⁴ Tarman, MÖHUK’ta Tüketicinin Korunması, s. 335.

⁹²⁵ Tang, ss. 160, 161.

sağlayıcılarının hukuk seçiminde bulunmadan sözleşme akdetmeleri halinde tüketicilerin mutaden yaşadıkları bütün ülke hukuklarıyla muhatap olma ihtimali hukuki güvenilirlik politikası tercihi konusunda terazinin tüketiciler lehine ağır bastığını ortaya koymaktadır. Bu tercihi meşrulaştıran sebepler arasında yabancı girişimcilerin standart sözleşmeleri kaleme alan taraf olarak kendi hukuki durumlarını her halükarda iyileştirme potansiyellerinin bulunması ve maliyetlerini buna göre düzenleme imkanlarının ellerinde bulunması olguları gösterilebilecektir⁹²⁶. Tüketicilerle çok sayıda standart sözleşmeler akdederek sektörel anlamda küresel olarak bir nevi kendi hukuklarını yaratan yabancı girişimcilerin tüketicilerin mutad mesken hukuklarıyla bağlı kılınması modern ulus devletlerin ulus-aşırı iktidar özneleriyle mücadelesi çerçevesinde de değerlendirilebilecektir.

Mutad mesken kavramı MÖHUK m. 26'ya ilaveten Kanun'da yer alan diğer bağlama kuralları ile milletlerarası yetki kurallarının önemli bir kısmında bağlama noktası olarak kendine yer bulmakla beraber kanunen tanımlanmamıştır. Yalnızca, MÖHUK m. 13'e ilişkin madde gerekçesinde mutad meskenin kişinin *“hayat ilişkilerinin merkezi niteliğinde olan ve gerçek ve fiili duruma uygun bulunan”* yer olacağı ve *“fiili ikametgâh”* olarak da isimlendirildiği belirtilmektedir⁹²⁷. Öğretide de mutad mesken kavramının fiili bir duruma tekabül ettiği belirtilmekte, TMK m. 19 vd. hükümlerinde kurala bağlanan yerleşim yeri kavramı gibi açık hukuki unsurlarının bulunmadığı dile getirilmektedir⁹²⁸. Bu çerçevede, bir yazar mutad mesken kavramını *“kişinin aile, dost çevresi ve meslek ilişkileriyle gerçekleşmiş bir sosyal bütünleşmeyi ifade eden ‘bir yerde oturma’”* olarak tasvir etmektedir⁹²⁹. Gerçekten de fiili oturma yeri ve sosyal bütünleşme kavramları birlikte düşünüldüğünde mutad mesken kavramının hukuki ölçütlerle değil sosyal olgulara ilişkin değerlendirmeler yapılarak somut olayın şartları üzerinden belirleneceği açığa çıkmaktadır. Buna göre, bir yerin kişinin mutad meskeni olarak tavsif edilebilmesi için tek başına o yerde oturması yeterli olmayacak, ilgili kişinin o yeri hayat ilişkilerinin

⁹²⁶ Mankowski, Consumer Contracts, s. 142.

⁹²⁷ MÖHUK, m. 13 Gerekçesi.

⁹²⁸ İlyas Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, ss. 45, 46.

⁹²⁹ Nomer, s. 121.

merkezi haline getirmiş olması aranacaktır⁹³⁰. Dolayısıyla, herhangi bir devlete ait resmi kayıt sisteminde kişinin oturma yeri olarak gösterilen ancak gerçeği yansıtmayan adresler ile kişinin kısa süre için ziyaret ettiği veyahut tatil yaptığı yerler mutad mesken olarak kabul edilmeye elverişli olmayacaktır⁹³¹.

MÖHUK m. 26/II uygulaması bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir husus tüketicinin hangi andaki mutad meskeninin bağlama noktası olarak nazara alınması gerektiği hakkındadır. Elektronik ortamda akdedilen sözleşmeler ve konumuz özelinde bulut bilişim sözleşmeleri açısından tüketicilerin sözleşme ilişkisine dünyanın herhangi bir yerinde girişmesi imkan dahilindedir. Ani edimli sözleşmeler bakımından karşılaşılması pek mümkün olmasa da özellikle bulut bilişim sözleşmeleri gibi sürekli edimli sözleşmeler bakımından sözleşme konusu edimin ifası zamana yayılacağından süreç içerisinde tüketicinin mutad mesken ülkesinin değişmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda ilgili sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında objektif bağlama noktası tespit edilmeye çalışılırken sözleşmenin kuruluş anındaki mutad meskenin araştırılması yoluna mı gidilecektir?

Bu konuda, Roma I Tüzüğü'nün 19. Maddesinin üçüncü fıkrasında açık bir hüküm getirilmiş ve sözleşmenin kuruluş anındaki mutad meskenin dikkate alınacağı belirtilmiştir⁹³². MÖHUK m. 26/II'de ve maddenin geri kalanında ise tüketicinin mutad meskeninin hangi zamansal aralık dikkate alınarak belirleneceği hükme bağlanmamıştır. Bu nedenle, genel hüküm olan “Değişken ihtilaflar” başlıklı 3. madde kuralı uyarınca tüketicinin mutad meskeninin dava tarihi esas alınarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak, böyle bir çözüm tarzı bulut bilişim sözleşmeleri gibi sürekli edimli ve uzun süreli sözleşmelerde sözleşme tarafları açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin, m. 3 kuralının bulut bilişim sözleşmelerine tatbiki tüketici konumundaki müşterilere hizmet sağlayıcılarla olan sözleşmelerine uygulanacak

⁹³⁰ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, ss. 44, 45. Bir kişinin mutad meskeni tespit edilirken aranması gereken unsurların ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Arslan, Mutad Mesken, s. 47 vd.

⁹³¹ Ragno, s. 151.

⁹³² Ragno, ss. 151, 154.

hukuku mutad meskenlerini değiştirerek belirleme imkanı verecektir. Bu nedenle, kanaatimizce MÖHUK m. 26/II uygulamasında tüketicinin mutad meskeni belirlenirken dava tarihi esas alınmamalıdır.

Bulut bilişim sözleşmesi akdetmiş olan bir tüketicinin belirli bir süre sonra mutad meskenini başka bir ülkeye taşıması varsayımında söz konusu tüketici bakımından statü deęiřiklięi⁹³³ meydana gelmiş olacaktır. Hukuki ilişkinin devam ettiği bu tür uzun süreli sözleşmelerde statü değişikliğinden doğan kanunlar ihtilafının çözümü için değişiklikten önce gerçekte hukuki işlemlere önceki statünün, değişiklikten sonra gerçekte hukuki işlemlere ise sonraki statünün uygulanması bir çözüm yöntemi olarak önerilmektedir⁹³⁴. Buna göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hukuki işlem statü değişikliğinden önce gerçekte mi önceki mutad mesken hukuku, statü değişikliğinden sonra vuku bulmuşsa sonraki mutad mesken hukuku yetkili hukuk olarak tayin edilecektir. Ancak bu çözüm yönteminin benimsenmesi durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun parçalanması gündeme geleceğinden hukuki belirlilik ilkesi açısından olumsuz bir durum ortaya çıkmış olacaktır. Bu nedenle, tüketicilerle akdedilen sürekli edimli sözleşmelerde statü değişikliği söz konusu olsa dahi sözleşmenin kuruluş anındaki mutad mesken hukuku uygulama kolaylığı bakımından tercihe mazhar bir bağlama noktası olarak meydana çıkmaktadır. Böylelikle borç sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan MÖHUK m. 24 hükmüyle de uyum sağlanmış olacaktır.

Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukukun mutad mesken esasına göre belirlenmesinde bulut bilişim hizmetlerine özğü bir hususiyete dikkat çekmek gerekmektedir. Bulut bilişim hizmetlerinin bir kısmında kullanıcıların bağlı tutulduğu hizmet şartları hizmete eriştikleri konuma bağlı olarak farklılık arz etmektedir. Örneğın Amazon Prime'ın hizmet şartlarında kullanıcılara sunulan hizmet şartlarının

⁹³³ Çelikel / Erdem, s. 31; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 274; Güngör, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 40; Nomer, s. 31; Özel / Erkan / Pürselim / Karaca, s. 167; şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 52; Tekinalp, s. 47.

⁹³⁴ Doğan, s. 275.

hizmete erişilen konuma bağlı olarak değişiklik arz edeceği açıkça dile getirilmektedir⁹³⁵. Örnekte olduğu gibi kullanıcılarla akdedilen bulut bilişim sözleşmesinin kullanıcının hizmete eriştiği konuma bağlı olarak değişmesi durumunda tüketicinin mutad meskeninin sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenmesi bir statü ihtilafı ortaya çıkarmayacaktır. Zira tüketici konumundaki kullanıcının bulut bilişim hizmetine eriştiği her farklı ülke veya bölgede hizmet sağlayıcı ile arasında yeni bir sözleşme akdedilmiş olacağından her bir sözleşmeye uygulanacak hukuk birbirinden bağımsız olarak tespit edilecektir. Öte yandan, kullanıcıların bağlı tutuldukları hizmet şartlarının hizmete eriştikleri konuma göre değişmesi için yeni sözleşme şartlarının usulüne uygun bir biçimde kullanıcıların dikkatine sunulması ve kabul edilmesi gerekeceği unutulmamalıdır.

Son olarak, Türk milletlerarası özel hukukunda bağlama noktası teşkil eden maddi vakıaların ileri sürülmesi kural olarak tarafların sorumluluğunda olmakla beraber⁹³⁶ yabancılık unsuru içeren tüketici uyuşmazlıklarında hakimın koruyucu nitelikteki bağlama kuralını resen uygulaması gerektiğini savunduğumuzdan tüketicinin mutad meskeninin nerede olduğu mahkemece resen araştırılabilecektir. Tüketici konumundaki tarafın da bu hususta mahkemeye yardımcı olması mümkündür.

5. Tüketicilerle Akdedilen Bulut Bilişim Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kurallar

⁹³⁵ Amazon Prime Video Servis Sağlayıcı Bilgileri ve Geçerli Şartlar ve Politikalar, Erişim Adresi: https://www.primevideo.com/region/eu/help/ref=atv_ftr_ter?language=tr_TR&nodeId=202064890 (Son Erişim Tarihi: 26.12.2022).

⁹³⁶ Nomer, s. 193; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, ss. 72, 73; Yöney, s. 88.

MÖHUK m. 26 çerçevesinde yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerinde tüketicilerin mutad mesken hukukları çerçevesinde korunması, madde kapsamına giren⁹³⁷ sözleşmeler bakımından doğrudan uygulanan kuralların tatbikine gerek olup olmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Belirtilmelidir ki tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin yanı sıra madde kapsamına giren bütün yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kurallar müessesesinin önemi büyük ölçüde azalmıştır⁹³⁸. Zira tüketiciyi koruyucu kurallar hakkında doğrudan uygulanan kural nitelemesinin yapılabilmesi için gereken sıkı şartları araştırmak yerine⁹³⁹ bunların iç hukuk anlamında emredici olduklarının tespit edilmesi MÖHUK m. 26/I kapsamında uygulanmaları için yeterli olacaktır. Ayrıca, MÖHUK m. 26/II çerçevesinde şartları sağlayan tüketici sözleşmeleri tüketicinin mutad meskeni hukukuna bağlı kılınarak tüketiciler aşına oldukları ve uygulanmasını öngörebilecekleri bir hukuka tâbi tutulmuşlardır. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri özelinde uygulanması ihtimali akla gelebilecek diğer bir emredici kurallar bütünü olan kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallar da MÖHUK m. 26/I çerçevesinde tüketicinin mutad meskeninin emredici kuralları olarak veyahut m. 26/II çerçevesinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun bir parçası olarak tatbik edilebileceğinden bunların tüketiciler yönünden doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu

⁹³⁷ AB hukuku öğretisinde tartışılan bir husus, tüketicileri koruyucu nitelikteki özel kanunlar ihtilafı kuralları olan Roma Konvansiyonu m. 5 ile Roma I Tüzüğü m. 6'nın uygulanma şartlarını karşılamayan tüketici sözleşmelerinde tüketicilerin alternatif olarak doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde korunup korunamayacağı hakkındadır. Bir kısım yazarlara göre, Roma I Tüzüğü m. 6 doğrudan uygulanan kurallara ilişkin m. 9 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğundan koruyucu nitelikli kanunlar ihtilafı kuralının şartlarını sağlamayan uyuşmazlıklar hakkında doğrudan uygulanan kurallara ilişkin genel hükme başvurulamayacaktır, bkz. Christopher Bisping, **Consumer Protection and Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation**, European Consumer Protection: Theory and Practice (ed. James Devenney / Mel Kenny) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, ss. 251, 252. Karşıt görüşe göre ise kanunlar ihtilafı kurallarıyla tüketicilere sağlanan özel korumanın işlevi tüketicilere mutad mesken hukuklarının daha lehe hükümlerine dayanma imkanı vermek iken; davanın açıldığı mahkemenin hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi tüketicilerin özel menfaatlerinden ziyade söz konusu devletin kamusal menfaatleriyle alakalı bir konudur, bkz. Bonomi, s. 611. Bu doğrultuda, Roma I Tüzüğü m. 6'nın şartları karşılanmasa dahi üye devlet mahkemelerinin kendi milli hukuklarına ait bir tüketici hukuku kuralını doğrudan uygulanan kural olarak tatbik edebileceği ileri sürülmektedir, bkz. Bonomi, s. 611; Kuipers, ss. 106-108; Martin Schmidt-Kessel, **Article 9 Overriding Mandatory Provisions**, Concise Commentary on the Rome I Regulation (ed. Franco Ferrari) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 244, 245. Tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmeleri MÖHUK m. 26'nın uygulanma şartlarını karşıladığından Türk hukuku yönünden bu tartışmaya girmeyeceğiz.

⁹³⁸ Kuipers, s. 108; Schmidt-Kessel, Article 9, s. 245.

⁹³⁹ Tüketicileri koruyucu nitelikteki emredici düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olarak nitelenip nitelenemeyeceği öğretide tartışmalıdır, bkz. Bonomi, ss. 621-626; Kuipers, ss. 93-98; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, ss. 105, 106; Schmidt-Kessel, Article 9, s. 240.

önemini kaybetmektedir. Buna mukabil, tüketicileri koruyucu nitelikteki düzenlemeler hariç olmak üzere geleneksel doğrudan uygulanan kuralların davanın açıldığı mahkemece tüketici sözleşmelerine tatbik edilmesinin önünde kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir engel bulunmamaktadır⁹⁴⁰.

Geleneksel nitelikteki doğrudan uygulanan kurallar grubundan olarak 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun⁹⁴¹ kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerinin ifa edilmesine etkisi olabilecek doğrudan uygulanan kurallardan olabileceğini öngörmekteyiz. Kanun'un 8, 8/A, 9 ve 9/A numaralı maddelerinde sayılan sebeplerin gerçekleşmesi halinde ihlali gerçekleştiren web sitesine Türkiye'den erişim yetkili makamlarca engellenebilmektedir⁹⁴². Bu doğrultuda, web sitesine veyahut mobil uygulamasına Türkiye'de yaşayan kullanıcılarca erişilmesi engellenen bulut bilişim hizmet sağlayıcıları müşterileriyle akdettikleri sözleşmeler çerçevesinde yükümlü oldukları bulut bilişim hizmeti sunma borçlarını ifa edemeyeceklerinden tüketicilerle aralarında uyuşmazlık yaşanabilecektir. Söz konusu uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinde görülmesi halinde ilgili web sitesi hakkında yürürlükte olan erişimin engellenmesi kararlarının uyuşmazlığa uygulanacak ülke hukukuna bakılmaksızın mahkemece doğrudan uygulanan kural olarak göz önüne alınabileceğini düşünmekteyiz.

⁹⁴⁰ Bonomi, ss. 611-612; Kuipers, s. 108.

⁹⁴¹ R.G. 23.05.2007 – 26530.

⁹⁴² Türkiye'de web sitelerine erişimin engellenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Kent, **Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 72 vd.; Melikşah Çirakoğlu, **5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 29 vd.

SONUÇ

Bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorusuna cevap verilmeye gayret edilen bu çalışmada konu maddi hukuk açısından ve kanunlar ihtilafı yönünden iki ayrı bölümde incelenmiştir. Bu şekilde maddi hukuk ve milletlerarası özel hukuka aynı derecede önem atfedilmesiyle konunun bütüncül bir şekilde işlenmesi sağlanmıştır. Bilişim teknolojileri, sözleşmeler hukuku ve kanunlar ihtilafı hukuku üçgeninde ayrıntılı tartışmalara giriştiğimiz çalışmamızın sonunda ulaştığımız neticeler şunlardır.

Bulut bilişim sözleşmeleri ayrı bir sözleşme türü olarak ne Türk hukukunda ne de yabancı ulusal hukuklarda düzenlenmiştir. İsimli sözleşmeler kategorisine giren bulut bilişim sözleşmeleri elektronik ortamda sunulan sanal hizmetlerin yaygınlaşmasıyla günümüzün en sık akdedilen sözleşmelerinden biri haline gelmiştir. Bu kadar sık akdedilmelerine rağmen bu sözleşmelerden kaynaklı mahkemelere intikal eden uyuşmazlıkların sayısı tam aksine oldukça sınırlıdır. Bu durum halihazırdaki kanuni düzenleme eksikliğinin yasa koyucularca hissedilmemesine sebebiyet verebilmektedir. Ancak, ilerleyen süreçte sanal ortamda sunulan hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların artacağını öngörmekte ve bu artışın da kanuni düzenlemelere yol açacağını değerlendirmekteyiz. Nitekim AB tarafından yürürlüğe konulan 2019/770 Sayılı Dijital İçerik Direktifi hükümleri özel olarak bulut bilişim sözleşmelerini düzenleme altına almamakla birlikte tüketiciler ile girişimciler arasında akdedilen sanal hizmetlere dair sözleşmelerde tarafların yükümlülüklerini düzenleyen çeşitli hükümler getirmiştir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Türkiye'nin AB'ye aday ülke statüsüne sahip olması nedeniyle mevzuat uyumlulaştırması çalışmaları çerçevesinde Türk hukukuna da aktarılabilceğini öngörmekteyiz.

Bulut bilişim sözleşmeleri çoğunlukla genel işlem şartları içeren standart sözleşmeler şeklinde internet ortamında akdedilmektedir. Çalışmamızda bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerin yürürlük, yorum ve içerik denetimi açısından durumlarını ele aldık. Ancak, çalışmamızın sınırları sebebiyle

uygulamadaki bulut bilişim sözleşmelerinde sıklıkla yer alan sözleşme şartlarını teker teker incelememiz mümkün olmamıştır. Bu noktada, bulut bilişim sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının Türk borçlar hukuku açısından daha geniş çaplı bir değerlendirmeye ihtiyaç duyduğuna işaret etmemiz gerekmektedir. Türk hukukunda genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin hukuk literatürüne bakıldığında sanal ortamda akdedilen standart sözleşmelerin yeterli miktarda çalışmaya konu edilmediği dikkatimizi çekmektedir. Özellikle tüketicilerle akdedilen yabancı unsurlu sanal sözleşmelerde koruyucu hukuk kuralı olan mutad mesken hukukunun devreye girebilecek olması bu sözleşmelerde yer alan hükümlerin haksız şart denetimi açısından ele alınmasını gerektirmektedir.

Bulut bilişim sözleşmelerine ilişkin yapılacak hukuki değerlendirmeler bu sözleşmelerin ticari nitelikte mi yoksa tüketici işlemi niteliğinde mi olduğuna göre farklılık arz edecektir. Biz bu farklılığa özellikle kanunlar ihtilafı incelemelerini gerçekleştirdiğimiz ikinci bölümde işaret etmeye çalıştık. Ancak, bulut bilişim sözleşmeleri maddi hukuk yönünden incelenirken de bu ayrıma dikkat edilmelidir. Elektronik ticaret hacminin hızla büyüdüğü ve sanal pazar yerlerinde yapılan işlemlerin miktarının süratle arttığı günümüzde ticari iş niteliğindeki sözleşmeler ile tüketici işlemi özelliğindeki sözleşmelerin hukuki durumunun Türk hukuku açısından ayrı hususiyetler arz ettiği malumdur. Özellikle ETDHK’da 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan değişikliklerle getirilen kurallar sanal pazar yerlerinde satış yapan elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların platform sahipleri karşısındaki asimetrik hukuki durumunu telafi etmeyi amaçlamıştır. Söz konusu kuralların platformlar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıları arasında akdedilen sözleşmeler üzerinde oluşturacağı etkinin maddi hukuk yönünden ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

Halihazırda Türk kanunlar ihtilafı hukuku sisteminde tüketicilerle akdedilen bulut bilişim sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26’da yer alan özel bağlama kuralı uyarınca belirlenecektir. Ancak, bu kuralın içeriğinde yer alan kapsam şartlarının elektronik ticaretin ve sanal dünyada gerçekleştirilen tüketici işlemlerinin gerekliliklerini

yansıtmadığı neticesine ulaşmış bulunuyoruz. Oysa bir tüketici işleminin yabancılık unsuru içerebileceği en muhtemel alanlardan birisi elektronik ortamda gerçekleştirilen tüketici işlemleridir. Bu anlamda, MÖHUK m. 26'nın elektronik ticaretin ve sanal dünyada gerçekleştirilen her türlü tüketici işleminin gerekliliklerini sağlayacak biçimde güncellenmesinde yarar olacağı kanısındayız.

MÖHUK m. 26 hükmünde yapılacak olası bir güncelleme aşamasında doğrudan elektronik ticarete ilişkin işlemler ile dolaylı elektronik ticarete ilişkin işlemler arasında ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Sanal ortamda dünya çapında hizmet sunan ve bu anlamda doğrudan elektronik ticaret faaliyeti yürüten küresel hizmet sağlayıcıların yeni düzenlenecek bağlama kuralının kapsamına dahil edilmesi gerektiği kanısındayız. Bu doğrultuda, küresel hizmet sağlayıcıların kural olarak tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunduğu kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren hizmet sağlayıcılarının ise çeşitli teknik mekanizmaları kullanarak tüketicinin mutad meskeni ülkesini hedeflemediğini ortaya koyması bir koşul olarak aranmalıdır. Elektronik ortamın vasıta olarak kullanılması suretiyle fiziki olarak mal veya hizmet ticareti yapan dolaylı elektronik ticaret aktörlerinin ise özel nitelikli bağlama kuralının kapsamına girebilmesi için açıkça tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelik faaliyette bulunduklarının söylenebilmesi gerekecektir. Bu anlamda, dolaylı elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunan girişimcilerin tüketiciyi koruma amacıyla ihdas edilen özel nitelikli bağlama kuralının kapsamına girebilmesi için aranan koşulların sağlanma eşiği doğrudan elektronik ticaret yürüten hizmet sağlayıcılara nazaran daha yüksek olmalıdır.

Çalışmamızda elektronik ortamın ya da günümüzdeki yaygın ismiyle sanal dünyanın hukuk kurallarıyla ilişkisini incelediğimizden konuya ilişkin literatürün geçirdiği dönüşümün serencamını da seyretme imkanına sahip olduk. Gördüğümüz kadarıyla sanal dünyanın kendine özgü yepyeni kurallara sahip olması gerektiği görüşü karşısında geleneksel hukuk kurallarının bu yeni dünyada da uygulanabileceğini savunan iki karşıt görüş tartışmanın zıt kutuplarında yer almaktadır. Bu iki yaklaşımı birbiriyle buluşturan bakış açısına göre ise geleneksel hukuk kuralları mümkün olduğunca sanal

ortama uyarlanmalı; ancak sanal ortamın kendinden menkul bir biçimde ortaya çıkardığı özgün sorunları çözmek üzere yeni kurallar ihdas edilebilmelidir. Biz günümüzde sanal dünyanın giderek artan oranda fiziki dünyadaki hayat ilişkilerinden bağımsız farklı bir ilişkiler düzeni meydana getirdiğini ve bu anlamda eşi daha önce görülmemiş hukuki sorunlara yol açtığını gözlemlemekteyiz. Sanal dünya fiziki dünyanın yerini almaya başladıkça kural koyma yetkisinin de bir dünyadan ötekine geçeceğini öngörmekteyiz.



KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Osman, **Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1996.
- Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Akipek Öcal, Şebnem, **Madde 3/Akipek Şerhi**, Milli Şerh (ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner) içinde, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016, ss. 40-60.
- Akkurt, Sinan Sami, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 1, 2011, ss. 19-46.
- Alibaba, Arzu, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2005.
- Altenkirch, Markus, **Article 19 Habitual Residence**, Concise Commentary on the Rome I Regulation (ed. Franco Ferrari) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 363-366.
- Altınar Yolcu, Fatma Zeynep, "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması," **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, s. 1111-1124.
- Altınışik, Ulvi, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Andrews, Damon C. / Newman, John M., “Personal Jurisdiction and Choice of Law in the Cloud,” **Maryland Law Review**, C. 73, S. 1, 2013, ss. 313-384.
- Antalya, Osman Gökhan / Doğancı, Ekrem Doğa, "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi," **Marmara**

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, ss. 823-860.

Antalya, Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Arasaratnam, Omkhar, **Introduction to Cloud Computing**, Auditing Cloud Computing, A Security and Privacy Guide (ed. Ben Halpert) içinde, New Jersey: Wiley, 2011, ss. 1-14.

Arıkan, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi,” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 3, Aralık 2012, ss. 19-28.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016.

Armbrust, Michael / Fox, Armando / Griffith, Rean / Joseph, Anthony D. / Katz, Randy H. / Konwinski, Andrew / Lee, Gunho / Patterson, David A. / Rabkin, Ariel / Stoica, Ion / Zaharia, Matei, **Above the Clouds: A Berkeley View of Cloud Computing**, UC Berkeley Reliable Adaptive Distributed Systems Laboratory White Paper, 2009. Erişim Adresi: <https://www2.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2009/EECS-2009-28.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Arslan, İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Arslan, İlyas, ”Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti,” **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 79, S. 1, 2021, ss. 135-191.

Asensio, Pedro De Miguel, **Conflict of Laws and the Internet**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020.

Atamer, Yeşim, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı,” **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 69, S. 12, 1995, ss. 551-568.

Atamer, Yeşim, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 1-2, 1996, ss. 421-450.

Atamer, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.

Atamer, Yeşim M., **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar (ed. Başak Şit) içinde, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011, ss. 9-73.

Atamer, Yeşim M., **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri**, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (ed. Çiğdem Kırca) içinde, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, ss. 103-137.

Aybay, Rona / Dardağan, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

Aydoğdu, Murat, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Şartlarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Aydoğmuş Gısoldı, Ayşe Yasemin, **Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Aygün, Mesut, "Yabancılaşma Unsurlarının Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü," **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, 2014, ss. 1025-1066.

- Bahtiyar, Mehmet / Biçer, Levent, “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, ss. 395-436.
- Bal, Yakup, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 13, S. 50, 2022, ss. 365-384.
- Bartolini, Cesare / Santos, Cristiana / Ullrich, Carsten, “Property and The Cloud,” **Computer Law & Security Review**, C. 34, S. 2, 2018, ss. 358-390
- Basedow, Jürgen, **The Law of Open Societies**, Leiden: Brill | Nijhoff, 2015.
- Battal, Mehmet, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı**, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, ss. 313-332.
- Baun, Christian / Kunze, Marcel / Nimis, Jens / Tai, Stefan, **Cloud Computing: Web-based Dynamic It Services**, Berlin, Heidelberg: Springer, 2011.
- Bayata Canyaş, Aslı, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63, S. 4, 2014, ss. 833-878.
- Bedir, Cemre, **Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts And The GDPR Conflict**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Leiden Üniversitesi, 2018, Erişim Adresi: <https://ssrn.com/abstract=3648092> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).
- Beimborn, Daniel / Miletzki, Thomas / Wenzel, Stefan, “Platform as a service (PaaS),” **Business and Information Systems Engineering**, C. 3, S. 6, 2011, ss. 381-384.
- Berman, Fran / Hey, Tony, **The Scientific Imperative**, The Grid 2: Blueprint for a New Computing Infrastructure (ed. Ian Foster / Carl Kesselman) içinde, San Francisco: Morgan Kauffman, 2004.

Berman, Paul Schiff, “Legal Jurisdiction and the Deterritorialization of Data,” **Vanderbilt Law Review**, C. 71, 2018, ss. 11-32.

Bilge, Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1962.

Bogdan, Michael, “Contracts in Cyberspace And The New Regulation ‘Rome I’,” **Masaryk University Journal of Law and Technology**, C. 3, S. 2, 2009, ss. 219-225.

Bonomi, Andrea, **Article 9: Overriding Mandatory Provisions**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 599-661.

Born, Gary / Kalelioğlu, Cem, “Choice-of-Law Agreements in International Contracts,” **Georgia Journal of International and Comparative Law**, C. 50, S. 1, 2021, ss. 44-118.

Bowen, Janine Anthony, **Legal Issues in Cloud Computing**, Cloud Computing: Principles and Paradigms (ed. Rajkumar Buyya / James Broberg / Andrzej Goscinski) içinde, New Jersey: Wiley Publishing, 2011, ss. 593-614.

Bisping, Christopher, **Consumer Protection and Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation**, European Consumer Protection: Theory and Practice (ed. James Devenney / Mel Kenny) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, ss. 239-256.

Bradshaw, Simon / Millard, Christopher / Walden, Ian, **Standard Contracts for Cloud Services**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0003.

Braverman, Amy M., **Father of the Grid**, Erişim Adresi: <http://magazine.uchicago.edu/0404/features/index.shtml> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Buyya, Rajkumar / Yeo, Chee Shin / Venugopal, Srikumar / Broberg, James / Brandic, Ivona, “Cloud Computing and Emerging IT Platforms: Vision, Hype, and Reality

for Delivering Computing As The 5th Utility,” **Future Generation Computer Systems**, C. 25, S. 6, 2009, ss. 599-616.

Cafaro, Massimo / Aloisio, Giovanni, **Grids, Clouds and Virtualization**, London: Springer, 2011.

Calloway, Timothy J., “Cloud Computing, Clickwrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: A Perfect Storm?,” **Duke Law & Technology Review**, C. 11, S.1, 2012, ss. 163-174.

Carr, Nicholas G., **The Big Switch: Rewiring The World, From Edison to Google**. New York: W.W. Norton & Co., 2008.

Casamiquel, Ryan J. “Contractual Assent and Enforceability in Cyberspace.” **Berkeley Technology Law Journal**, C. 17, 2002, ss. 475-495.

Celestine, Carol M., ““Cloudy Skies, Bright Futures?” In Defense of a Private Regulatory Scheme for Policing Cloud Computing,” **University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy**, C. 13, S. 1, 2013, ss. 141-164.

Chen, Mark Allen, “Interactive Contracting in Social Networks,” **Cornell Law Review**, C. 97, S. 6, 2012, ss. 1533-1556.

Chen, Zhen, “Internet, Consumer Contracts And Private International Law: What Constitutes Targeting Activity Test?,” **Information & Communications Technology Law**, 2021, ss. 1-22.

Chetty, Madhu / Buyya, Rajkumar, "Weaving Computational Grids: How Analogous Are They With Electrical Grids?," **Computing in Science & Engineering**, C. 4, S. 4, 2002, ss. 61-71

Commission Of The European Communities, **GREEN PAPER On The Conversion Of The Rome Convention of 1980 On The Law Applicable To Contractual Obligations Into A Community Instrument And Its Modernisation**, COM(2002) 654 final, 14 Ocak 2003, ss. 27-32, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

Cunningham, Alan / Reed, Chris, **Consumer Protection in Cloud Environments**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014, ss.331-361. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0001.

Çabri, Sezer, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Çalışkan, Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, ss. 27-50.

Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Çınar, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Çırakoğlu, Melikşah, **5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Davis, Nathan J., “Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap,” **Berkeley Technology Law Journal**, C. 22, S. 1, 2007, ss. 577-598.

De Baere, Geert, “‘Is This a Conflict Rule Which I See before Me?’ Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the ‘Directive on Electronic Commerce’,” **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, C. 11, S. 3, 2004, ss. 287-319.

Demir Gökyayla, Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri** (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Demirkol, Berk, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 3, 2012, ss. 301-357.

Demirkol, Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

Demirkol, Berk, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması," **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 2, 2020, s. 1313-1350.

Dillon, Tharam / Wu, Chen / Chang, Elizabeth, **Cloud Computing: Issues and Challenges**, 2010 24th IEEE International Conference on Advanced Information Networking and Applications, Perth, WA, 2010.

Doğan, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Drechsler, Laura "Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?," **Jusletter IT**, 22 Şubat 2018, ss. 35-43.

Dzhutnev, Dimitar, **Unfair Terms In Standart Cloud Computing Contracts**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Amsterdam Üniversitesi, 2016, Erişim Adresi: <https://scripties.uba.uva.nl/download?fid=639203> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Ekşi, Nuray, "Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation," **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999, ss. 263-291.

Ekşi, Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borçlarda Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004.

Erdem, Ercüment, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)," **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 16, S. 3, 1992, ss. 35-105.

Erdoğan, Ersin, **Medeni Usul Hukukunda Yabancılik Unsuru ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2015.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Erkan, Mustafa, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış," **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, ss. 81-121.

Eroğlu, Muzaffer, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Çerçevesinden Kişiselleştirilmiş Fiyat," **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni**, 2022, Erişim Adresi: <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/74> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

Esener, Turhan, **Borçlar Hukuku I**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

European Commission, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL)**, Brüksel, 2011, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

European Commission, **Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe**, Communicaion From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, COM(2012) 529 Final, 27 Eylül 2012, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0529&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, **Comparative Study On Cloud Computing Contracts: Final Report**, Publications Office, 2015. Erişim Adresi: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/16333> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

European Data Protection Supervisor, **Opinion 4/2017 On The Proposal For a Directive On Certain Aspects Concerning Contracts For The Supply Of Digital Content**, 2017, Erişim Adresi:

https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Falcıoğlu, Mete Özgür, **Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Favrod-Coune, Pascal, **The Legal Position of the Weaker Party in B2B Relationships with Online Platforms in the European Union – An Analysis of Dispute Resolution Mechanisms in Regulation (EU) 2019/1150**, Yearbook of Private International Law Vol. XXI- 2019/2020 (ed. Andrea Bonomi / Gian Paolo Romano) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2020, ss. 523-548.

Featherly, Kevin, **ARPANET**, Encyclopædia Britannica, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/topic/ARPANET> (Son Erişim Tarihi: 23.10. 2022).

Ferrari, Franco / Bischoff, Jan, **Article 10 Consent and Material Validity**, Concise Commentary on the Rome I Regulation (ed. Franco Ferrari) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 261-282.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler – Cilt I**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, **Borçlar Hukuku Hususî Kısım – Cilt I**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970.

Foster, Ian / Kesselman, Carl / Tuecke, Steven, “The Anatomy of the Grid: Enabling Scalable Virtual Organizations,” **The International Journal of High Performance Computing Applications**, C. 15, S. 3, 2001, ss. 200-222.

Foster, Ian, **What is the Grid? A Three Point Checklist**, 2002, Erişim Adresi: <https://www.mcs.anl.gov/~itf/Articles/WhatIsTheGrid.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Foster, Ian / Kesselman, Carl, **Concepts and Architecture**, The Grid 2: Blueprint for a New Computing Infrastructure (ed. Ian Foster / Carl Kesselman) içinde, San Francisco: Morgan Kauffman, 2004, ss. 37-64.

- Foster, Ian, **Cloud, Grid, What's in a Name?**, 7 Ağustos 2008, Erişim Adresi: <https://ianfoster.typepad.com/blog/2008/08/cloud-grid-what.html> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).
- Foster, Ian / Zhao, Yong / Raicu, Ioan / Lu, Shiyong, Cloud Computing and Grid Computing 360-degree compared, **Grid Computing Environments Workshop, GCE 2008**, 2008.
- Foster, Ian / Kesselman, Carl, **The History of the Grid**, High Performance Computing: From Grids and Clouds to Exascale (ed. Ian Foster / Wolfgang Gentzsch / Lucio Grandinetti / Gerhard R. Joubert) içinde, Amsterdam: IOS Press, 2011.
- Franzina, Pietro, **Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Platforms: The Role of Private International Law**, Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms / Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales (ed. Ilaria Pretelli) içinde, Zürih: Schulthess Médias Juridiques, 2018, ss. 147-162.
- Gandotra, Indu / Abrol, Pawanesh / Gupta, Pooja / Uppal, Rohit / Singh, Sandeep, "Cloud Computing Over Cluster, Grid Computing: a Comparative Analysis," **Journal of Grid and Distributed Computing**, C. 1, S. 1, 2011, ss. 1-4.
- Geiregat, Simon, / Steennot, Reinhard, **Proposal for a Directive on Digital Content: Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity**, Digital Content and Distance Sales (ed. Ignace Claeys / Evelyne Terryn) içinde, Cambridge: Intersentia, 2017, ss. 95-166.
- Gezder, Ümit, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Gillies, Lorna E., "Choice-Of-Law Rules For Electronic Consumer Contracts: Replacement Of The Rome Convention By The Rome I Regulation," **Journal of Private International Law**, C. 3, S. 1, 2007, ss. 89-112.
- Guliano, Mario / Lagarde, Paul, **Report On The Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations**, OJ L 266 of 9 October 1980.

- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Güngör, Gülin, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 46, S. 1, 1997, ss. 101-112.
- Güngör, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Güngör, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Clickwrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1, 2002, ss. 19-42.
- Güngör, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Güngör, Gülin, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku ‘Düşünsel Temeller’,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, 2008, ss. 115-133.
- Güngör, Gülin, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Hall, Mark, **Facebook**, Encyclopedia Britannica içinde, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/topic/Facebook> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).
- Havutçu, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2003.
- Havutçu, Ayşe, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBK GİŞ),” **İzmir Barosu Dergisi**, C. 76, S. 2, 2011, ss. 29-46.
- Hayes, Brian, “Cloud Computing,” **Communications of the ACM**, C. 51, S. 7, 2008, ss. 9–11.
- Hedegaard, Jakob Søren / Wrba, Stefan, **The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility**, Legal Certainty In A Contemporary Context: Private And Criminal

Law Perspectives (ed. Mark Fenwick / Stefan Wrba) içinde, Singapur: Springer, 2016, ss. 69-88.

Hill, Richard / Hirsch, Laurie / Lake, Peter / Siavash Moshiri, **Guide to Cloud Computing**, Londra: Springer, 2013.

Hillman, Robert A. / Rachlinski, Jeffrey J., "Standard-Form Contracting in the Electronic Age," **Cornell Law Faculty Publications**, Paper 1062, 2002. Erişim Adresi: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1062> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Hon, W Kuan / Millard, Christopher, **Cloud Technologies and Services**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0001.

Hörnle, Julia, "Country of Origin Regulation in Cross-Border Media: One Step Beyond the Freedom to Provide Services?" **International and Comparative Law Quarterly**, C. 54, S. 1, 2005, ss. 89-126.

Hörnle, Julia, **Internet Jurisdiction Law And Practice**, Oxford: Oxford University Press, 2021.

Hutchinson, Christophe Samuel / Treščáková, Diana, "The Challenges Of Personalized Pricing To Competition And Personal Data Protection Law," **European Competition Journal**, C. 18, S. 1, 2022, ss. 105-128.

Hwang, Kai / Fox, Geoffrey C. / Dongarra, Jack J., **Distributed and Cloud Computing: From Parallel Processing to the Internet of Things**, Massachusetts: Morgan Kaufmann, 2012.

Jin, Hai / Ibrahim, Shadi / Bell, Tim / Gao, Wei / Huang, Dachuan / Wu, Song, **Cloud Types and Services**, Handbook of Cloud Computing (ed. Borko Furht / Armando Escalante) içinde, Boston: Springer, 2010, ss. 335-357.

Johnson, David R. / Post, David, "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace," **Stanford Law Review**, C. 48, S. 5, 1996, ss. 1367-1402.

Kahn, Robert / Dennis, Michael Aaron, **Internet**, Encyclopædia Britannica, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/technology/Internet> (Son Erişim Tarihi: 23.10. 2022).

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, **Choice of Court and Choice of Law Clauses in Electronic Contracts**, Aspects juridiques du commerce électronique (ed. Vincent Jeanneret) içinde, Zurich; Schulthess, 2001, ss. 11-62.

Kaya, Mehmet Bedii, **Yeni ETK – Kim Kimdir**, 08.09.2022, Erişim Adresi: <https://www.mbkaya.com/yeni-etk-elektronik-ticaret-hukuku/> (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

Kaya, Talat, “Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar,” **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 4, 2021, ss. 61-101.

Kaya, Talat, **Ekonomik Yaptırımların Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümüne Etkisi**, Ankara: Adalet Yayınları, 2022.

Kent, Bülent, **Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Kessler, Friedrich, “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract,” **Columbia Law Review**, C. 43, 1943, ss. 629-642.

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Kırca, Çiğdem, “İnternette Sözleşme Kurulması,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 20, S. 4, 2000, ss. 99-119.

Kim, Nancy. **Wrap Contracts: Foundations and Ramifications**. Oxford: Oxford University Press, 2013. Oxford Scholarship Online, 2014. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199336975.001.0001.

Kindler, Peter, **The Law Applicable to Consumer Contracts in the Digital Single Market**, European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications

of the Digital Revolution (ed. Alberto De Franceschi) içinde, Cambridge: Intersentia, 2016, ss. 173-186.

Király, Miklós, “The Rise and Fall of Common European Sales Law,” **ELTE Law Journal**, C. 15, S. 2, 2015, ss. 31- 42.

Kleinrock, Leonard, “An Internet vision: The invisible Global Infrastructure,” **Ad Hoc Networks**, C. 1, S. 1, 2003, ss. 3-11.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 21, S. 1-4, 1957, ss. 356-393.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

Kohl, Uta, **Jurisdiction and the Internet**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Kuipers, Jan-Jaap, **EU Law and Private International Law**, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2011.

Kuntalp, Erden, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.

Kushida, Kenji E. / Murray, Jonathan / Zysman, John, “Diffusing the Cloud: Cloud Computing and Implications for Public Policy,” **Journal of Industry, Competition and Trade**, C. 11, S. 3, 2011, ss. 209-237.

Kushida, Kenji E. / Murray, Jonathan / Zysman, John, “Cloud Computing: From Scarcity to Abundance,” **Journal of Industry, Competition and Trade**, C. 15, S. 1, 2015, ss. 5-19.

Küzeci, Elif, **Sayısal Fil – Bilişim Teknolojileri, Devlet ve Hukuk Kesişiminde Bir İnceleme**, İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2021.

- Langhanke, Carmen / Schmidt-Kessel, Martin, “Consumer Data as Consideration,” **Journal of European Consumer and Market Law**, C. 6, S. 4, 2015, ss. 218-223.
- Lanois, Paul, “Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?,” **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, C. 9, S. 2, 2010, ss. 29-49.
- Leff, Arthur Allen, “Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause,” **University of Pennsylvania Law Review**, C. 115, S. 4, 1967, ss. 485-559.
- Lipinski, Thomas A., **Click Here to Cloud: End User Issues in Cloud Computing Terms of Service Agreements**, Challenges of Information Management Beyond the Cloud (ed. John N. Gathegi / Yaşar Tonta / Serap Kurbanoglu / Umut Al / Zehra Taşkın) içinde, IMCW 2013, Communications in Computer and Information Science, S. 423, Berlin, Heidelberg: Springer, 2014, ss. 92-111.
- López, Ricardo Sandoval, **Article 4. Definitions**, The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook (ed. Amelia H. Boss / Wolfgang Kilian) içinde, Alphen aan den Rijn The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, ss. 98-110.
- Loos, Marco B.M. / Helberger, Natali / Guibault, Lucie / Mak, Chantal / Pessers, Lodewijk / Cseres, Katalin J. / van der Sloot, Bart / Tigner, Ronan, **Analysis Of The Applicable Legal Frameworks And Suggestions For The Contours Of A Model System Of Consumer Protection In Relation To Digital Content Contracts**. Final report, Comparative Analysis, Law & Economics Analysis, Assessment And Development of Recommendations For Possible Future Rules On Digital Content Contracts, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, 2011, Erişim Adresi: <https://hdl.handle.net/11245/1.345662> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).
- Loos, Marco / Luzak, Joasia, “Wanted: A Bigger Stick. On Unfair Terms In Consumer Contracts With Online Service Providers,” **Journal of Consumer Policy**, C. 39, 2016, ss. 63-90.

Lutzi, Tobias, “Internet Cases In EU Private International Law—Developing A Coherent Approach,” **International and Comparative Law Quarterly**, C. 66, S. 3, 2017, ss. 687-721.

Lynch, Clifford, **Cloud Architectures and Cultural Memory**, Challenges of Information Management Beyond the Cloud, IMCW 2013 Selected Papers, Berlin: Springer, 2014. https://doi.org/10.1007/978-3-662-44412-2_1.

Lynn, Theo, **Dear Cloud, I Think We Have Trust Issues: Cloud Computing Contracts and Trust**, Privacy and Trust in Cloud Computing (ed. Theo Lynn / John G. Mooney / Lisa van der Werff / Grace Fox) içinde, Londra: Palgrave Macmillan, 2021, ss. 21-42.

Magnus, Ulrich, **Article 4: Applicable Law In The Absence Of Choice**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 263-441.

Mak, Vanessa, “Challenges Of Digitalisation For Consumer Contracts,” **Annuario Di Diritto Comparato E Di Studi Legislativi**, C. 11, ss. 63-84.

Mankowski, Peter, **Consumer Contracts Under Article 6 Of The Rome I Regulation**, Le nouveau règlement européen Rome I relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (ed. Eleanor Cashin Ritaine / Andrea Bonomi) içinde, Zürih: Schulthess Médias Juridiques, 2008, ss. 121-160.

Mankowski, Peter, “Just How Free Is A Free Choice Of Law In Contract In The EU?,” **Journal of Private International Law**, C. 13, S. 2, 2017, ss. 231-258.

Marcus, Scott / Poitiers, Niclas / Weil, Pauline, **The Decoupling Of Russia: Software, Media and Online Services**, 22 Mart 2022, Erişim Adresi: <https://www.bruegel.org/blog-post/decoupling-russia-software-media-and-online-services> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

Martic, Dusko, **Dispute Resolution for Cloud Services: Access to Justice and Fairness in Cloud-Based Low-Value Online Services**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bologna Üniversitesi, 2017, Erişim adresi: <http://amsdottorato.unibo.it/id/eprint/8261> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

McGillivray, Kevin, "Conflicts in the Cloud: Contracts and Compliance with Data Protection Law in the EU," **Tulane Journal of Technology & Intellectual Property**, C. 17, 2014, ss. 217-253.

McGillivray, Kevin, "A Right Too Far? Requiring Cloud Service Providers To Deliver Adequate Data Security To Consumers," **International Journal of Law and Information Technology**, C. 25, S. 1, 2017, ss. 1-25.

Mell, Peter / Grance, Timothy, **The NIST Definition of Cloud Computing**, Washington: U.S. Department of Commerce, National Institute of Standards and Technology, Special Publication 800-145, 2011, Erişim Adresi: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Michels, Johan David / Millard, Christopher / Turton, Felicity, "Contracts for Clouds, Revisited: An Analysis of the Standard Contracts for 40 Cloud Computing Services," **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper Series**, S. 334, 2020. Erişim Adresi: <https://ssrn.com/abstract=3624712> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Mik, Eliza, "The Unimportance of Being 'Electronic' or – Popular Misconceptions About 'Internet Contracting'," **International Journal of Law and Information Technology**, C. 19, S. 4, 2011, ss. 324-347.

Morse, Christopher George John, "Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention," **International and Comparative Law Quarterly**, C. 41, S. 1, 1992, ss. 1-21.

Murugesan, San / Bojanova, Irena, **Cloud Computing**, Encyclopedia of Cloud Computing (ed. San Murugesan / Irena Bojanova) içinde, Sussex: John Wiley & Sons, Ltd, 2016, ss. 3-16.

Narciso, Madalena, "'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law," **Journal of European Consumer and Market Law**, C. 6, S. 5, 2017, ss. 198-206.

Newman, John M., "**Chapter 18: Innovation Policy For Cloud-Computing Contracts,**" Research Handbook On Digital Transformations (ed. F. Xavier Olleros / Majlinda Zhegu) içinde, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 380-399.

Nomer, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Nomer Ertan, Füsün, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Oppenheim, Charles, "Cloud law and contract negotiation," **El profesional de la información**, S. 21, C. 5, 2012, ss. 453-457.

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

Ostendorf, Patrick, "The Choice Of Foreign Law In (Predominantly) Domestic Contracts And The Controversial Quest For A Genuine International Element: Potential For Future Judicial Conflicts Between The UK and The EU?," **Journal of Private International Law**, C. 17, S. 3, 2021, ss. 421-438.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "Tüketim Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 1, 2001, ss. 55-90.

Özdaş, Muhammed Raşit, **Bulut Bilişimin Kamuda Kullanımı: Dünya Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler**, Uzmanlık Tezi, Ankara: T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayınları, 2014. Erişim Adresi: <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Bulut-Bilisimin-Kamuda-Kullanimi-Dunya-Ornekleri-ve-Turkiye-Icin-Oneriler-Muhammed-Rasit-Ozdas.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Özdemir, Hayrunnisa, "Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/II," **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 2349-2360.

- Özdemir, Hayrunnisa, **Bulut Bilişim Sözleşmeleri**, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimli Sözleşmeler Sempozyumu (ed. Zeynep İpek Yücer Aktürk) içinde, Ankara: Yetkin Yayınları: 2022, ss. 135-158.
- Özdemir, Hatice, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları,” **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, ss. 926-941.
- Özdemir Kocasakal, Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.
- Özdemir Kocasakal, Hatice, “Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu,” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2007, ss. 261-325.
- Özdemir Kocasakal, Hatice, “Vienna Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı,” **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, ss. 19-52.
- Özel, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2 Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, ss. 577-618.
- Özel, Sibel / Erkan, Mustafa / Pürselim, Hatice Selin / Karaca, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Özkan, Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara: Naturel Yayıncılık, 2003.
- Öztekin Gelgel, Günseli, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.

Palmer, Michael, **Data is the New Oil**, 03.11.2006, Erişim Adresi: https://ana.blogs.com/maestros/2006/11/data_is_the_new.html (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Pearl, Marcus / Christy, Sean / Hollis, Chuck / Johnston, Derek / Cave, Bryan / Paisner, Leighton, **Lexology Getting The Deal Through: Cloud Computing 2022**, Londra: Law Business Research Ltd, 2021.

Perçin, Gizem Ersen, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında ‘Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği’,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, ss. 51-63.

Pinheiro, Luís de Lima, **Article 19: Habitual Residence**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 799-810.

Polański, Paul Przemysław, “Revisiting Country of Origin Principle: Challenges Related to Regulating E-Commerce In The European Union,” **Computer Law & Security Review**, C. 34, S. 3, 2018, ss. 562-581.

Poroy, Reha, **Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları**, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978, ss. 513-550.

Pürselim, Hatice Selin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (ed. Sibel Özel / Mustafa Erkan) içinde, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 73-98.

Queirolo, Ilaria, **Article 10: Consent and Material Validity**, Rome I Regulation-Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 661-671.

Ragno, Francesca, **The Law Applicable To Consumer Contracts Under The Rome I Regulation**, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations In Europe (ed. Franco Ferrari / Stefan Leible) içinde, Berlin, New York: Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2009, ss. 129-170.

- Reed, Chris, **Cloud Governance: The Way Forward**, Cloud Computing Law (ed. Christopher Millard) içinde, Oxford Scholarship Online, 2014, ss. 362-389. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199671670.003.0001.
- Reich, Norbert / Halfmeier, Axel, Consumer Protection In The Global Village: Recent Developments In German And European Union Law, **Dickson Law Review**, C. 106, S. 1, 2001, ss. 111-138.
- Riefa, Christine, "Article 5 Of The Rome Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations Of 19 June 1980 And Consumer E-Contracts: The Need For Reform," **Information & Communications Technology Law**, C. 13, S. 1, 2004, ss. 59-73.
- Rohrmann, Carlos A. / Cunha, Juliana Falci Sousa Rocha, "Some Legal Aspects of Cloud Computing Contracts," **Journal of International Commercial Law and Technology**, S. 10, C. 1, 2015, ss. 37-45.
- Rose, Steve, **Stream Big: How Netflix Changed The TV Landscape In 10 years**, Erişim Adresi: <https://www.theguardian.com/media/2022/feb/05/stream-big-how-netflix-changed-the-tv-landscape-in-10-years> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).
- Rustad, Michael L. / Onufrio, Maria Vittoria, "Reconceptualizing Consumer Terms of Use for a Globalized Knowledge Economy," **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, C. 14, S. 4, 2012, ss. 1085-1190.
- Rühl, Giesela, "The Unfairness Of Choice-Of-Law Clauses, Or: The (Unclear) Relationship Between Article 6 Rome I Regulation and The Unfair Terms In Consumer Contracts Directive: VKI v. Amazon," **Common Market Law Review**, C. 55, S. 1, 2018, ss. 201-224.
- Rühl, Giesela, **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency**, Conflict of Laws in a Globalized World (ed. Eckart Gottschalk / Ralf Michaels / Giesela Rühl, Jan Von Hein) içinde, New York: Cambridge University Press, 2008.

Sadashiv, Naidila / Kumar, S. M.Dilip, **Cluster, Grid and Cloud Computing: A Detailed Comparison**, ICCSE 2011 - 6th International Conference on Computer Science and Education, Final Program and Proceedings, S. Iccse, 2011.

Sağlam, İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.

Sauveplanne, Jean Georges, "Consumer Protection in Private International Law," **Netherlands International Law Review**, C. 32, S. 1, 1985, ss. 100-122.

Savaş, Abdurrahman, **İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler**, Konya: Adal Ofset, 2005.

Savin, Andrej, **EU Internet Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020.

Schmidt-Kessel, Martin, **Article 9 Overriding Mandatory Provisions, Concise Commentary on the Rome I Regulation** (ed. Franco Ferrari) içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ss. 236-260.

Schu, Reinhard, "The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law?," **International Journal of Law and Information Technology**, C. 5, S. 2, 1997, ss. 192-229.

Schubert, Lutz / Jeffery, Keith, **The Future of Cloud Computing: Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010**, Expert Group Report. Europe: European Commission, Information Society and Media, 2010.

Sein, Karin / Spindler, Gerald, "The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1," **European Review of Contract Law**, C. 15, S. 3, 2019, ss. 257-279.

Sein, Karin / Spindler, Gerald, "The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2," **European Review of Contract Law**, C. 15, S. 4, 2019, ss. 365-391.

Seliçi, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

Silalahi, Manatar Raja Mada, **Drafting a Cloud Computing Contract**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Oslo Üniversitesi, 2011, Erişim Adresi: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-xMaster.pdf.pdf?sequence=1> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Singh, Ashish / Chatterjee, Kakali, “Cloud Security Issues and Challenges: A Survey,” **Journal of Network and Computer Applications**, C. 79, 2016, 2017, ss. 88-115.

Sirmen, Lale, **Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar (ed. Başak Şit) içinde, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011, ss. 109-134.

Sözer, Bülent, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2002.

Srinivasan, S., **Cloud Computing Basics**, New York: Springer, 2014.

Stone, Peter, **EU Private International Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010.

Stone, Peter, **Internet Transactions and Activities**, Research Handbook on EU Private International Law (ed. Peter Stone / Youseph Farah) içinde, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, ss. 1-22.

Sunyaev, Ali, **Internet Computing**. Cham: Springer, 2020.

Svantesson, Dan Jerker B., “Pammer and Hotel Alpenhof – ECJ Decision Creates Further Uncertainty About When E-businesses ‘Direct Activities’ To a Consumer’s State Under The Brussels I Regulation,” **Computer Law & Security Review**, C. 27, S. 3, 2011, ss. 298-304.

Szczepański, Marcin, **Is data the new oil? Competition Issues In the Digital Economy**, European Parliamentary Research Service, 2020, Erişim Adresi: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI\(2020\)646117_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf) (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Tang, Zheng Sophia, **Electronic Consumer Contracts In The Conflict of Laws**, London: Hart Publishing, 2015.

Tarman, Zeynep Derya, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 1, 2010, ss. 143-171.

Tarman, Zeynep Derya, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 39, S. 1, 2019, ss. 325-356.

Taştan, Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Tekinalp, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Servet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

The Council Of The European Economic Community, **Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations**, OJ L 266/1, 09.10.1980. Erişim Adresi: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

The Council of the European Communities, **Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts**, OJ L 95/29, 21.04.1993, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')**, OJ L 178/1, 17.07.2000, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)**, OJ L 201/37, 31.07.2002, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

The European Parliament And The Council Of The European Union, **Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, OJ L 176/6, 04.07.2008, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive 2011/83/EU Of The European Parliament And Of The Council of 25 October 2011 On Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC Of The European Parliament and Of The Council And Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament And Of The Council**, OJ L 304/64, 22.11.2011, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

The European Parliament And The Council Of The European Union, **Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (DCD)**, OJ L 136/1, 22.05.2019, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

The European Parliament And The Council Of The European Union, **Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services**, OJ L 186/57, 11.07.2019, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

The World Economic Forum, **Is data the new currency?**, 14.09.2015, Erişim Adresi: <https://www.weforum.org/agenda/2015/08/is-data-the-new-currency/> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022);

Tiftik, Mustafa / Özcan, Zeynep, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 31, S. 1, 2015, ss. 23-58.

Tiryakioğlu, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.

Toker, Ali Gümrah, **11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Toker, Ali Gümrah, “5718 Sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler,” **İzmir Barosu Dergisi**, C. 81, S. 3, 2016, ss. 11-74.

Topçuoğlu, Metin, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları," **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 4, 2015, ss. 3-69.

Tunç, Aybike, **Bulut Bilişim Sözleşmeleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Turton, Felicity / Kamarinou, Dimitra / Michels, Johan David / Millard, Christopher, “Privacy in the Clouds, Revisited: An Analysis of the Privacy Policies of 40 Cloud Computing Services,” **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper Series**, S. 354, 2021. Erişim Adresi: <https://ssrn.com/abstract=3823424> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Tuzcuoğlu, Tuğçe, **Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Uludere, Eda, **Where All Roads Lead: Private Enforcement of Data Protection Laws against Social Networking Services under Rome I**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, McGill Üniversitesi, 2018. Erişim Adresi: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/0k225d310> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

Ungureanu, Carmen Tamara, “Cloud Computing Contract: Competent Authority For Disputes Resolution,” **Conferința Internațională de Drept, Studii Europene și Relații Internaționale**, C. 3, S. 1, 2015, ss. 298-305

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), **Notes on the Main Issues of Cloud Computing Contracts**, 2019. Erişim Adresi: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09103_eng.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (CUECIC), Erişim Adresi: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/X-18_english.pdf (Son Erişim Tarihi: 28.10.2022).

Uyanık, Merve Ece, **Bulut Depolama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk (ed. Sibel Özel / Hatice Selin Pürselim Arning) içinde, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 499-538.

Uyumaz, Alper, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası,” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Özel Sayı, 2007, ss. 907-930.

Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Aslan / Nomer-Ertan, N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015.

Van Alsenoy, Brendan, **Data Protection Law in the EU: Roles, Responsibilities and Liability**, Cambridge: Intersentia, 2019.

- Van Der Hof, Simone, “European Conflict Rules Concerning International Online Consumer Contracts,” *Information & Communications Technology Law*, C. 12, S. 2, 2003, ss. 165-178.
- Vaquero, Luis M. / Rodero-Merino, Luis / Caceres, Juan / Lindner, Maik, “A Break in the Clouds,” **ACM SIGCOMM Computer Communication Review**, C. 39, S. 1, 2008, ss. 50-55.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, **Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Venters, Will / Whitley, Edgar A., “A Critical Review of Cloud Computing: Researching Desires and Realities,” **Journal of Information Technology**, C. 27, S. 3, 2012, ss. 179-197.
- Villegas, David / Rodero, Ivan / Fong, Liana / Bobroff, Norman / Liu, Yanbin / Parashar, Manish / Sadjadi, S. Masoud, **The Role of Grid Computing Technologies in Cloud Computing**, Handbook of Cloud Computing (ed. Borko Furht / Armando Escalante) içinde, Boston: Springer, 2010, ss. 183-218.
- Voorsluys, William / Broberg, James / Buyya, Rajkumar, **Introduction to Cloud Computing**, Cloud Computing: Principles and Paradigms (ed. Rajkumar Buyya / James Broberg / Andrzej Goscinski) içinde, New Jersey: Wiley Publishing, 2011, ss. 3-42.
- Weber, Rolf H. / Steiger, Dominic Nicolaj, “Cloud Computing: A Cluster of Complex Liability Issues,” **European Journal of Current Legal Issues**, C. 20, S. 1, 2014, ss. 1-13.
- Wilderspin, Michael, **Article 6: Consumer Contracts**, Rome I Regulation - Commentary (ed. Ulrich Magnus / Peter Mankowski) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, ss. 453-490.
- Yelmen, Adem, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Yılmaz, Abdüssamet, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Yöney, Can, **Yabancı Hukukun Uygulanması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yücer Aktürk, İpek, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı," **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2016, ss. 103-128.

Yüksel, Armağan Ebru Bozkurt, **Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Zimmeck, Sebastian, "The Information Privacy Law of Web Applications and Cloud Computing," **Santa Clara High Technology Law Journal**, C. 29, S. 3, 2013, ss. 451-487.

Żok, Krzysztof, "Consumer Protection In Cloud Computing Contracts Stipulating Non-Monetary Remuneration," **International Journal of Law and Information Technology**, C. 28, S 1, 2020, ss. 20–38.

Żok, Krzysztof, "Law Applicable to Cloud Computing Contracts Concluded with Consumers under Regulation 593/2008, According to the CJEU Case Law," **Masaryk University Journal of Law and Technology**, C. 14, S. 1, 2020, ss. 83-104.

Yargı Kararları

Bundesgerichtshof, Urt. V. 15.11.2006 – XII ZR 120 / 04. Erişim Adresi: <https://lexetius.com/2006,3202> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

Case C-464/01, Johann Gruber v Bay Wa AG., **Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 January 2005**, EU:C:2005:32, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0464&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation e.V. v Amazon EU Sàrl, **Judgment of the Court (Third Chamber) of 28 July 2016**, EU:C: 2016:612, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0191&from=en> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022)

Case C-498/16, Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited, **Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018**, EU:C:2018:37, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0498&from=GA> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Epic Games, Inc. vs. Apple Inc. September 10, 2021, Case 4:20-cv-05640-YGR, **United States District Court Northern District Of California**, Erişim Adresi: <https://cand.uscourts.gov/cases-e-filing/cases-of-interest/epic-games-inc-v-apple-inc/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

French Tribunal de Grande Instance de Paris, Judgement of 9 April 2019, Erişim Adresi: <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-9-avril-2019/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Joined Cases C-585/08 and C-144/09 Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08), and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09), **Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010**, EU:C:2010:740, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0585&from=en> (Son Erişim Tarihi: 29.10.2022).

Specht v. Netscape Communications Corp., **306 F.3d 17 (2d Cir. 2002)**, Erişim Adresi: https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

Yargıtay 13. HD., E. 2005/4061, K. 2005/10142, T. 15.06.2005.

Yargıtay 13. HD., E. 2007/512, K. 2007/3377, T. 09.03.2007.

İnternet Kaynakları

Amazon, **AWS Müşteri Sözleşmesi**, Erişim Adresi: https://d1.awsstatic.com/legal/aws-customer-agreement/AWS_Customer_Agreement_Turkish_Translation2.pdf (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Apple, **iCloud’a Hoş Geldiniz**, Erişim Adres: <https://www.apple.com/tr/legal/internet-services/icloud/tr/terms.html> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022).

Britannica, **Cloudburst**, Erişim Adresi: <https://www.britannica.com/science/cloudburst> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Catharine Smith, **7,500 Online Shoppers Accidentally Sold Their Souls To Gamestation**, 17 Haziran 2010 (Güncelleme: 25 Mayıs 2011), Erişim Adresi: https://www.huffpost.com/entry/gamestation-grabs-souls-o_n_541549 (Son Erişim Tarihi: 26.10.2022).

CERN, **The Worldwide LHC Computing Grid (WLCG)**, Erişim Adresi: <https://home.cern/science/computing/worldwide-lhc-computing-grid> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

CERN, **What is volunteer computing?**, Erişim Adresi: <https://lhathome.web.cern.ch/about/volunteer-computing> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Facebook, **Facebook Hizmet Koşulları**, Erişim Adresi: <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Google, **Google Hesaplarında Yaş Şartları**, Erişim Adresi: <https://support.google.com/accounts/answer/1350409?hl=tr#zippy=> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2022)

Google, **Google Hizmet Şartları**, Erişim Adresi: <https://policies.google.com/terms/update?hl=tr&fg=1> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

International Telecommunication Union, **Statistics (Individuals Using the Internet)**, Erişim Adresi: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

İçözü, Tuğçe, **Apple, Epic Games davasını kaybetti: Uygulamalar için mağaza dışı ödemelerin önü resmen açıldı**, 11.09.2021, Webrazzi, Erişim Adresi: <https://webrazzi.com/2021/09/11/apple-epic-games-davasini-kaybetti-uygulama-magaza-disi-odemelerin-onu-resmen-acildi/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Legal Information Institute, **End-user**, Erişim Adresi: https://www.law.cornell.edu/definitions/uscode.php?width=840&height=800&iframe=true&def_id=22-USC-1679414653-1860140243&term_occur=999&term_src=title:22:chapter:92:subchapter:III:section:8541 (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Rice, Josh, **Announcing Microsoft 365 for US Government**, 5 Mart 2018, Erişim Adresi: <https://cloudblogs.microsoft.com/industry-blog/government/2018/03/05/announcing-microsoft-365-for-us-government/> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2022).

Statista, **Most Popular Social Networks Worldwide As Of January 2022, Ranked By Number Of Monthly Active Users**, Erişim Adresi: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> (Son Erişim Tarihi: 17.10.2022).

Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Twitter, **Permanent Suspension Of @realDonaldTrump**, 08.01.2021, Erişim Adresi: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Twitter, **Twitter Terms of Service**, Erişim Adresi: <https://twitter.com/en/tos> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

UYAP, **Genel Bilgi**, Erişim Adresi: <https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi> (Son Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Whatsapp, **WhatsApp Business Terms of Service**, Erişim Adresi:
<https://www.whatsapp.com/legal/business-terms> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Whatsapp, **WhatsApp Business uygulamasını kullanmaya nasıl başlayabilirsiniz?**,
Erişim Adresi: <https://www.whatsapp.com/coronavirus/get-started-business?lang=tr> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Whatsapp, **Whatsapp Hizmet Koşulları**, Erişim Adresi:
<https://www.whatsapp.com/legal/terms-of-service#terms-of-service-dispute-resolution> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

Zoom, **Zoom Terms of Service**, Erişim Adresi: <https://explore.zoom.us/en/terms/> (Son Erişim Tarihi: 27.10.2022).

ÖZGEÇMİŞ

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : MUSTAFA CEMRE CAN
Tez Başlığı : BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMELERİNE
UYGULANACAK HUKUK
Savunma Tarihi : 22 / 12 / 2022
Danışman : PROF. DR. HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad- Soyadı	İmza
PROF. DR. HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL (Danışman)	
PROF. DR. MEHMET ERDEM	
DOÇ. DR. TALAT KAYA	

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü