

TÜKETİCİ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yard. Doç. Dr. Vahit DOĞAN (*)

I. GENEL OLARAK

Liberal hukuk felsefesinin ideolojik esasını oluşturduğu kabul edilen (1) irade muhtariyeti ya da sözleşme özgürlüğü ilkesi 18.yy'dan itibaren hukuk sistemlerinde benimsenmeye başlamıştır (2) . Bu esasa göre; fertler, sözleşme özgürlüğüne sahip olduklarından dolayı aralarındaki akdi ilişkileri de kendi iradeleri doğrultusunda diledikleri gibi düzenleme serbestisine sahiptirler (3). Ancak, bireylere birbirleriyle olan hukukî ilişkilerini kendi özgür iradeleri doğrultusunda düzenleme serbestisini tanıyan liberal hukuk anlayışı, akdi ilişkinin tarafları arasında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizliğin bulunduğu durumlarda, akdi ilişkiye müdahale etmek gereğini hisseden sosyal devlet anlayışının benimsenmeye başlanması ile birlikte etkisini kaybetmeye başlamıştır. Çünkü, şayet aralarında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizlik bulunan âkit taraflara liberal hukuk felsefesinin anladığı manada bir irade muhtariyeti tanınır ise, akdi ilişkide zayıf olan taraf, güçlü durumda bulunan diğer âkit tarafca dikte ettirilebilecek akid içeriğini, kendisi için daha uygun olan pozitif düzenlemelerden vazgeçerek kabul edebilecektir. Bu durumun zayıf âkit taraf aleyhine sonuçlar doğurabileceği görülmeye başlanmıştır (4). Başka bir ifade ile, maddî hukuk alanında akid serbestisi prensibinin akid adaletini de gerçekleştireceği yönündeki liberal hukuk anlayışının, her zaman için doğru sonucu vermeyebileceği görülmeye başlanmıştır. Bu durumun bir neticesi olarak 19. yy'ın sonlarından itibaren bir kısım akdî ilişkilerde, akdin zayıf tarafını korumak

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) EREN, F.; Borçlar Hukuku, C. I, 4. bası, Ankara 1991, s. 366; KREN, J.; Schutz der schwäheren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVglRWiss. 88.(1989), s. (48-70) 48.

(2) PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., München 1988, s. 66.

(3) EREN, s. 364; PALANDT, s. 66. Aynı esas 1962 Anayasa'sında olduğu gibi 1982 tarihli T.C. Anayasa'sında da kabul edilmiştir. Burada yer alan hükme göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir". (Ay. m.48/1-1).

(4) KREN, s. 48.

gayesi ile, dahilî hukuk düzenlerinde taraflara tanınmakta olan sözleşme özgürlüğü esasına emredici hükümler yolu ile sınırlamalar getirilme gereği hissedilmeye başlamıştır (5). Bu düşüncelerin bir neticesi olarak, âkit taraflar arasında eşit olmayan bir güç dengesinin bulunması durumunda, devletler, zayıf âkit tarafın korunmasına yönelik önlemlerle sık sık akdî ilişkiye, dolayısıyla da sözleşme özgürlüğü esasına müdahale etmeye başlamışlardır (6). Günümüzde karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, esas itibarıyla zayıf âkit tarafın korunması, başta; iş, kira, küçük kredi sözleşmeleri ve tüketici akitleri olmak üzere değişik akdi ilişkiler bakımından uygulama alanı bulmuştur (7).

Tüketici akitleri alanında; kanun koyucular menfaatlerini savunma bakımından aralarında dengesizlik bulunduğunu kabul ettikleri taraflardan zayıf olan "alıcı-tüketici"yi, kuvvetli olan satıcı karşısında korumak için mevcut hukuk kurallarında değişiklikler yaparak zayıf taraf lehine hükümler kabul etme gereğini hissetmişlerdir (8). Türk hukukunda tüketicinin korunması fikri, 1982 Anayasası ile birlikte pozitif düzenlemelere konu olmuştur. 1982 Tarihli Anayasa'da yer alan hükme göre; "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" (Ay. m.172). Anayasa'da tüketicilerin korunması ile ilgili olarak yer alan bu hükme rağmen, uzun süre tüketicinin korunması için gerekli özel düzenleme yapılamamış ve nihayet 23.2.1995 tarihli "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" kabul edilmiştir. Tüketicinin korunması düşüncesi, Avrupa Topluluğunda da gündeme gelmiş ve Topluluğun tek pazar uygulamasına geçmesinden sonra 5.4. 1993 tarihinde, tüketicilerin Topluluk üyesi bütün ülkelerde benzer korumadan yararlanmasını ve Topluluk üyesi ülkelerde rekabetin bozulmasını önlemek düşüncesi ile 93/13 sayılı direktif karar (9).

(5) KELLER, M.; Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s. (175-188) 175 vd.; JUNKER, A.; Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen -zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPRax. 13 (1993), s. (1-10) 2; KREN, 49; EREN, s. 367 vd.

(6) von HOFFMANN, B.; Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ. 38.(1974), s.(396-419) 398; Doktrin de bir kısım yazarlar bu tür akitlere sosyal içerikli akitler de demektedirler. Bkz. KELLER, s. 177.

(7) KELLER, s. 175 vd.; EREN, s. 376 vd.; JUNKER, Die freie Rechtswahl, s. 3.

(8) POROY, R.; Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, ARSLANLI Armağanı, İstanbul 1978, s.(513-550) 517. Tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler bir kısım hukuk sistemlerinde ayrı kanunlar halinde yapılmışken (örn. Alman hukuku), diğer bir kısmında muhtelif kanunlarda özel hükümlere yer verilmiştir (örn. Avusturya hukuku). Türk hukukunda TMK. m.182 vd.'da düzenlenmiş olan satıma ilişkin hükümler, akdın taraflarından birisinin tüketici olması durumunda uygulanmayacak onların yerine TKHK.'da yer alan özel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

(9) AET'ni kuran Roma anlaşmasının 100a. maddesine istinaden topluluk muhtelif tarihlerde konuya ilişkin direktifler yayınlamıştır. 5.4.1993 tarihinde de 93/13 sayılı ile tüketicinin korunmasına ilişkin bir direktif yayınlamıştır. Metin için bkz. NJW 1993, s.1838-1841.

kabul edilmiştir (10).

Maddi hukuk alanındaki bu gelişmelere rağmen, zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi, MÖH alanında 1960'lı yıllardan beri teorik alanda tartışılmaya başlanmış olmasına rağmen pozitif düzenlemeler çok yenidir. Pozitif düzenlemelere baktığımızda; taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu kabul edilen akitlerden yalnızca "iş" ve "tüketici" akitleri ile ilgili özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Biz bu çalışmada akdi ilişkinin taraflarından birisinin zayıf durumda olduğu kabul edilen akitlerden yalnızca tüketici akitlerini incelemeye çalışacağız.

II. Kavram

Milletlerarası unsur havi tüketici akitlerine uygulanacak hukuku tespit etmeden önce, kimlerin tüketici ve hangi tür akitlerin tüketici akitleri olarak kabul edileceğinin incelenmesinde fayda vardır. Çünkü, ileride detaylı olarak görüleceği gibi, tüketici akitlerine uygulanacak hukuk, âkit tarafların özellikleri dolayısıyla, diğer akdî borç ilişkilerinden farklı esaslara göre tespit edilmektedir.

A) Tüketici

Tüketici kavramı, değişik bilim dallarında farklı bakış açılarından hareket edilerek değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Ancak, her bilim dalında yer alan tanımları incelemek bu çalışmanın kapsamını aşar nitelikte olduğundan, biz burada yalnızca hukukî açıdan tüketici kavramından ne anlaşılması gerektiğini incelemeye çalışacağız.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda tek bir tüketici kavramından değil, muhtelif pozitif düzenlemelerde, bu düzenlemelerin kendi amaçları doğrultusunda, değişik kapsamlarda tüketici kavramından bahsedildiğini görmekteyiz (11).

Doktrinde, kimlerin tüketici olduğunu ve dolayısıyla kimlerin tüketiciyi

(10) Direktifler yönelmiş oldukları tüm üye ülkeleri bağlar. Millî organlar direktifin amacına ulaşması için gereken şekil ve araçları seçme yetkisine sahiptirler(AET. m.189; AKÇT. m.14; AAET. m.161). Başka bir ifade ile, üye ülkeler direktifleri yürürlüğe koyarlarken iç hukukları alanında diledikleri bir düzenleme şeklini kabul edebilirler. Ancak bu yetki yürütmeyi emreden bir bağlı yetki çerçevesinde kullanılabilir. Direktiflerin yürürlüğe konulması Komisyon tarafından denetlenir. Direktif hükümlerinin uygulanmasını sağlamada devletle verilen süre içinde gerekli hukukî düzenlemeleri yapmak zorundadırlar. Geniş bilgi için bkz. GÜNÜĞÜR, H.; Avrupa Topluluğu Hukuku, 2. bası, Ankara 1993, s. 61 vd.

(11) Alman hukukunda, § 13/II Nr. 1 AGBG.; § 6a-6b UWG.; § 8 AbzG.; Özel hukuk niteliğindeki pozitif düzenlemelerde "nihaî tüketici" (Letztverbraucher) kavramından bahsedilmektedir (§ 6a-6b UWG.).

koruyucu nitelikteki hükümlerden yararlanabileceklerini tespit edebilmek için şahsi, fonksiyonel ve nesnel olmak üzere üç değişik kriterden bahsedilmektedir.

Şahsi kriter "sade tüketici"yi (Nurverbraucher) esas almaktadır. Sade tüketici; hiç bir şekilde aldığı şeyi mesleği ile ilgili hukuki veya iktisadi ilişkisine katmayan ve bundan dolayı yalnızca kendi ihtiyacı için alış-veriş yapan, emekli, öğrenci ve ev kadını gibi kişilerdir (12).

Fonksiyonel kriter ise, ilgili muamele ile takip edilen amacı esas almaktadır.

Nesnel kritere göre ise, tüketici muameleleri, muamelenin büyüklüğü, kapsamı ya da türü esas alınarak sınırlandırılmaktadır. Ancak, muamelenin büyüklüğü, kapsamı veya türü gibi kriterlerden hareketle yapılacak bir sınırlama kural olarak tek başına yeterli olamaz, olsa olsa şahsi ve fonksiyonel kriterler ile birlikte muamelenin tüketici muamelesi olup olmadığının tespiti bakımından bir değer taşıyabilir (13).

Karşılaştırmalı hukukta tüketici akitleri ile ilgili olarak yapılan pozitif düzenlemelerde tüketici, mesleki veya sanatsal faaliyetine dahil edilemeyen bir amaç için akit yapan gerçek kişi (RL. m.2/b) olarak ifade edilmiştir. Benzer bir tanım 27.9.1968 tarihli Medeni ve Ticari Meselelere İlişkin Yetki ve Kararların Tenfizi Hakkında AET sözleşmesi (EuGVÜ.) m.13/1'de de yer almıştır (14). Ancak bu sözleşmede yer alan tanımda, gerçek kişi-tüzel kişi ayırımına yer verilmemiştir.

Türk hukukunda ise tüketici, "bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihaî olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tarif edilmiştir (TKHK. m.3). Kanunda bahsedilen "özel amaç" kavramından maksat nedir? Doktrinde malın özel amaçla kullanılması veya tüketilmesinden, malın aşınması, biçim değiştirmesi, tükenmesi, azalması gibi sonuçları doğurabilecek bir kullanma veya yararlanma amacıyla satın alınması anlaşılmaktadır (15). Kanunda bahsedilen "özel amaç"dan maksat, kişinin şahsi veya ailevi ihtiyaçları için bir muamele yapması olsa gerek. Şayet muamele şahsi veya ailevi ihtiyaçları dışında başka bir amaç için örneğin, mesleki veya sanatsal faaliyetine hizmet etmek

(12) Tüketicinin korunması ile ilgili Alman kanunlarında şahsi kriter esas alınmaktadır.

(13) Geniş bilgi için bkz. KROEGER, H. E.; Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt a.M. 1984, s. 13 vd. Günümüz Alman hukukunda nesnel kriterden hareketle, yani muamelenin asgari ve azami miktar esas alınarak yapılmış bir sınırlama yoktur.

(14) Sözleşmenin Metni için bkz. JAYME, E./HAUSMANN, R.; Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 6.Aufl., München 1992, s. 216 vd.

(15) ZEVLİLER, A.; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 24.

amacı ile yapılmış ise, muameleyi yapan tarafın şahsına bakmaya gerek kalmadan bu muamelenin tüketici muamelesi olmadığını söylemek doğru olacaktır. Dolayısıyla TKHK.'da kullanılan kavramlar ile karşılaştırmalı hukukta tüketicinin korunması ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerde kullanılan kavramlar farklı olmasına rağmen aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Başka bir ifade ile, bir kişinin TKHK.'da yer alan koruma hükümlerinden yararlanabilmesi için, muameleyi mesleki veya sanatsal faaliyeti dışında bir amaca hizmet etmek için yapmış olması gerekmektedir. Şayet, âkit taraf akdi kısmen şahsi veya ailevi ihtiyaçları için, kısmende mesleki veya sanatsal faaliyeti için yapmış ise bu durumda ne olacaktır? Bir görüşe göre, işletme veya mesleki faaliyet için yapılan işlemler muhasebe tekniği açısından bir bütün olarak kayda geçeceğinden ve bölünme kabul etmeyeceğinden yapılan muameleyi tüketici muamelesi olarak kabul etmek uygun olmayacaktır (16). Diğer bir görüşe göre ise, bu gibi karma amaçlı muamelelerde hangi amacın hakim olduğuna bakılarak karar verilecektir. Akdin kurulmasında hangi amacın hakim olduğuna âkit tarafın kendi şahsi düşüncesi değil, bilakis ilgili muamelenin şartlarının nazara alınması ile objektif olarak karar verilecektir (17).

Mahkeme kararlarında ise, Türk hukukunda TKHK.'un yeni bir kanun olması sebebi ile henüz konuya ilişkin mahkeme kararlarına rastlanmamıştır. Karşılaştırmalı hukuk alanında tüketici akitleri ile ilgili mahkeme kararlarında tüketici "satın aldığı malı tekrar satma iradesi olmaksızın alan her müşteri" (18) olarak anlaşılmaktadır.

Günümüzde tartışmalara sebep olan diğer bir husus da, tüzel kişilerin de tüketici kavramı içinde kabul edilerek koruma kapsamına alınıp alınmayacaklarıdır. Gerçek kişiler veya gerçek kişilerin oluşturacakları birliklerin korunma ihtiyacına sahip oldukları kabul edilmesine rağmen, karşılaştırmalı hukukta ve AET alanında kabul edilmiş olan direktif ilkelerde tüzel kişiler koruma kapsamı dışında tutulmuştur (19). Türk hukukunda ise, kanun gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini kabul etmiştir (TKHK. m.3/f). Buna göre, hem gerçek kişiler ve hem de tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilecek ve kanunda yer alan özel koruma tedbirlerinden yararlanabilecektir (20). Ancak, kanunun korumasından yararlanabilmek için, tüzel kişinin hukuki mu-

(16) ZEVKLİLER, Tüketici, s. 25 vd.

(17) KROEGER, s. 60; KELLER, M./KREN KOSTKIEWICZ, J.; Schweizerisches internatinales Privatrecht Kommentar, Zürich 1993, s. 997.

(18) KROEGER, s. 13.

(19) KROEGER, s. 16; 5.4.1993 tarihinde 93/13 sayılı Direktif lke m. 2/b.

(20) ZEVKLİLER, Tüketici, s. 22 vd.

ameleyi hangi şartlar altında ve hangi saikle yaptığını tespit etmek gerekmektedir. Tüzel kişi akdi ilişki ile iki farklı amaç güdebilir: Akdi ilişkinin konusu olan "şey" ya ilgili tüzel kişinin amacına hizmet etmek ya da mutad ihtiyaçlarını karşılamak için satın alınmış olabilir. İlgili tüzel kişinin mutad ihtiyaçlarını karşılamak için yapılmış ise, bu muameleyi tüketici muamelesi kabul ederek TKHK'a, aksi halde normal bir muamele olarak kabul edip BK'da satıma ilişkin hükümlere tabi tutmak gerekir.

B) Tüketici Akdi

Hangi tür akdi ilişkilerin tüketici akdi olarak kabul edileceği hususunda biri objektif ve diğeri subjektif olmak üzere iki değişik kriterden hareket edilmektedir. Subjektif kriter, tüketiciyi tanımlayarak onun taraf olduğu akitleri tüketici akdi olarak kabul etmekte; objektif kriter ise, tüketici akdi kavramından hareket etmekte ve bir akdin hangi şartlar altında tüketici akdi kabul edileceğini tespit etmektedir (21). Tüketicinin korunması ile ilgili olarak yapılan pozitif düzenlemelere baktığımızda, tüketici akitlerinin tespitinde subjektif esastan hareket edilmiş ve taraflarından birisini tüketicinin oluşturduğu bütün akitler tüketici akdi olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda da hangi tür hukuki muamelelerin tüketici muameleleri olarak kabul edileceği hususunda kanunda yer alan düzenleme aynı esastan hareket etmiştir. Bu düzenlemeye göre, "mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlem" tüketici muamelesi olarak kabul edilmiştir (TKHK.m.2). Kanunda yer alan bu düzenlemeden hareket ettiğimizde tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu her türlü hukukî işlemin tüketici muamemesi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak, yine TKHK. m.3/1-f'de tüketici tanımlanırken "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak..." ibaresine yer verilmiştir. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi sonucunda tüketici akdi, mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu satım muamelesidir denilebilir.

III. Karşılaştırmalı Hukukta Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Milletlerarası özel hukuk alanında tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile ilgili incelemeye başlamadan önce, genel olarak tüketici akitlerinin de içinde yer aldığı milletlerarası akdî ilişkilerde bağlama kurallarının tespitinde kabul edilmekte olan esasları ana hatları ile incelemekte fayda görmekteyiz.

(21) POROY, s. 521 vd.

A) Genel Olarak Milletlerarası Akitlerde Bağlama

Günümüzde hemen bütün hukuk sistemlerinde milletlerarası unsur ihtiva eden akdî borç ilişkileri alanında, kural olarak, taraflara ilişkilerine uygulanmasını istedikleri hukuku seçebilmeleri hususunda bir imkân, irade muh-tariyeti imkânı, tanınmaktadır (22). Buna göre, âkit taraflar akdî ilişkilerine uygulanmasını istedikleri hukuku açık veya zımnî iradeleri ile kendileri belirleyebilirler (23). Daha açık bir ifade ile, günümüzde milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi serbestisi, kanunlar ihtilâfı alanında atuf serbestisi (kollisionsrechtliche Verweisung) olarak kabul edilmektedir (24). Buna göre, âkit taraflar yalnız iç hukuk alanında kendilerine düzenleme serbestisinin tanıdığı sınırlar içinde değil, aynı zamanda da taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı objektif bağlama kurallarına göre tatbik edilecek hukukun emredici nitelikteki maddî hukuk normlarını da içine alacak kapsamda kabul edilmekte ve bu norm-ların yerine seçilen hukukun emredici normları geçmektedir (25).

Âkit tarafların uygulanacak hukuku kendi serbest iradeleri ile tespit et-medikleri veya yapmış oldukları hukuk seçiminin geçersiz olduğu durumlarda, kanunlarda önceden objektif olarak tespit edilmiş olan bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk, bu akdî ilişkide yetkili hukuk, akit statüsü olacaktır. Objektif bağlama kurallarının tespitine ilişkin olarak karşılaştırmalı hukukta doktrinde yer alan görüşler, karakteristik edimin ifa yeri hukuku veya akdın sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukukundan hareket edilmesi yönündedir (26). Pozitif dü-zenlemelerde ise, genel olarak akdî ilişkiler alanında ortalama bir yol be-nimsenerek, akdın başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisinin bulunmaması halinde

(22) MÖHUK. m.24/1; Art.27/1 EGBGB.(Alm.); Art.35/1 IPRG.(Avus.); Art.116/1 IPRG.(İsv.); Art.5/1 EVÜ.

(23) Geniş bilgi için bkz. KEGEL, G.; Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1986, s. 224 vd.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 915 vd.; KELLER, M./SIERH, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 380 vd.; LORENZ, E.; Die Rectswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW. 32. (1987), s. (569-584) 569 vd.; MARTINY, D.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., München 1990, s. 1525 vd.; DOĞAN, V.; Avrupa Birliği Bünyesinde Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Halil CİN'e 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. (463-494) 466 vd.; DOĞAN, V.; İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 17 vd.

(24) MARTINY, Mün.Komm., s. 1519 vd.; NEUHAUS, P. H.; Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, s. 251 vd.

(25) BASEDOW, J.; Die Neuregelung des internationalen Privat- und Prozeßrechts, NJW. 39. (1986), s.(1271-1279) 1277; FIRSCHING, K.; Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax. 1.(1981), s. (37-43) 39; JUNKER, Die freie Rechtswahl, s. 3; NEUHAUS, s. 251 vd.

(26) KROPHOLLER, J.; Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vert-ragspartei, RabelsZ. 42.(1978), s.(634-660) 636 vd.

(27), ifa yeri hukukunun olaya objektif bağlama kuralı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir (28).

B) Tüketici Akitlerinde Bağlama

Son zamanlarda yapılan milletlerarası özel hukuk ile ilgili pozitif düzenlemelerde (29), tüketici akitleri akdi borç ilişkileri ana başlığı altında düzenlenmesine rağmen, bazı bakımlardan diğer borç akitlerinden ayrılan özel hükümlere konu olmuştur. Ancak, bu özel hükümlerin hangi tür akdi ilişkilere uygulanabileceği bir kısım pozitif düzenlemelerde kapsamlı olarak tespit edilmişken, diğer bir kısmında hiç bir açıklama yapılmamıştır. Bu düzenlemelere göre bir akdin tüketici akdi kabul edilerek kanunlarda yer alan özel düzenlemelerin kapsamına girebilmesi için, dahili hukuklarda yer alan pozitif düzenlemelere paralel olarak, âkit tarafların, akdi, mesleki veya sanatsal faaliyetleri dışında bir amaç için yapmış olmaları aranmıştır (EVÜ. m.5/1; EGBGB. m.29/1; IPRG. m.120/1). Milletlerarası özel hukuk ile ilgili düzenlemelerde de bir akdin tüketici akdi kabul edilerek kanunlarda yer alan özel bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespit edilmesinde, maddi hukuklarda olduğu gibi, objektif esaslardan hareket edilmiştir. Başka bir deyişle, bir akdin tüketici akdi olarak kabul edilerek kanunda yer alan özel bağlama kurallarına tabi tutulabilmesi için zayıf âkit tarafın kendi sübjektif iradesi nazara alınmamış, bilakis kanunda tespit edilmiş olan objektif esaslar nazara alınmıştır (30).

Bu başlık altında tüketici akitleri bakımından, genel olarak akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilmekte olan bağlama kurallarından ayrılan hususları incelemeye çalışacağız.

1. Sübjektif Bağlama (İrade Muhtariyeti)

Taraflardan birinin zayıf durumda olduğu akdi borç ilişkilerinde, âkit ta-

(27) Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esası, Türk hukukunun aksine, karşılaştırmalı hukukta ilk derece objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir (örn. Art. 117/1 IPRG.; Art.28/1 EGBGB.; Art.4/1 EVÜ.) Buna göre, kanunlarda akdi ilişkiye uygulanmak üzere özel olarak düzenlenmiş objektif bağlama kuralları bulunsa dahi, akdi ilişki başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, önceden özel olarak düzenlenmiş olan objektif bağlama kuralları değil, bu sıkı ilişkiyi gösteren yer hukuku akit statüsü olarak kabul edilecek ve olaya uygulanacaktır. Oysa Türk hukukunda kanun koyucunun tespit etmiş olduğu objektif bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespit edilememesi halinde sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esası uygulama alanı bulacaktır (MÖHUK. m.24/2 son cümle). Farklı fikir için bkz. KEGEL, s. 425; Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s. 44 vd.

(28) Bkz. MÖHUK. m.24/2; Art.28 vd. EGBGB.(Alm.); Art.117 vd. IPRG.(İsv.); Art.36 vd. IPRG.(Avus.); Art.6 vd. EVÜ.

(29) Art.29 EGBGB.; Art.120 IPRG(İsv.); Art.41 IPRG(Avus.); Art.5 EVÜ.

(30) KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994, s. 415.

raflara mutlak manada bir irade muhtariyetinin tanınması halinde bu imkanın kötüye kullanılabilmesi ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu gibi durumlarda akdi ilişkide güçlü olan tarafa irade muhtariyeti ilkesini kendi lehine kullanarak menfaatlerine uygun bir hukukun seçilmesini sağlayabilme imkânı tanınmış olacaktır. Âkit taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu iş, kira, küçük kredi sözleşmeleri ve tüketici akitleri gibi akdi ilişkilerde akdin şartları ve yetkili hukukun tespiti taraflar arasında müzakere edilmek yerine akitte güçlü durumda bulunan kiraya veren, işveren, kredi veren veya satıcı tarafından tek taraflı olarak tespit edilebilmektedir. Bu gibi durumlarda da milletlerarası özel hukuk manasındaki irade muhtariyeti ilkesi kendi manasını kaybedecektir. Bu sebeple de bu tür akdi ilişkiler bakımından geleneksel olarak akdi ilişkilerde yetkili hukukun tespiti hususunda taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesine zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi ile müdahale etmek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır (31). Karşılaştırmalı hukuk doktrininde ve konu ile ilgili olarak özel hükme yer veren bir kısım pozitif düzenlemelerde irade muhtariyeti ilkesine değişik kapsamlarda sınırlamalar getirilmesi benimsenmektedir. İrade muhtariyeti ilkesine getirilmekte olan sınırlamaları, irade muhtariyetinin yasaklanması ve irade muhtariyetinin sınırlanması olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemek mümkündür.

a) İrade Muhtariyetinin Yasaklanması

Tüketici akitleri gibi, taraflarından birisinin zayıf durumda olduğu akdi ilişkilerde, zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi ile hukuk seçiminin yasaklanması hususunda iki değişik görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu akdi ilişkiler alanında sabit bir bağlama kuralı oluşturmaksızın, akdi ilişki ile bağlantılı hukuk düzenlerinden hangisi akdi ilişkinin zayıf tarafını daha iyi koruyor ise, o hukuk düzeni olaya uygulanmalıdır (32). Çünkü, genellikle bir devletin sosyo-politik adalet idealini yansıtan sosyal akitler hukukunun içeriğinin vurgulanması, milletlerarası özel hukuk menfaatlerine hizmet edecek bir hukukun olaya uygulanması ile aynı neticeyi vermeyebilir. Bu sebeple de, uygulanması söz konusu olan ilgili hukuk düzenlerinden en iyi sonuca götürecek olan hukuk maddi ilişkiye tatbik edilmelidir (33). Bu görüşde, zayıf âkit taraf maddî hukuk itibarıyla korunmasına rağmen milletlerarası özel hukuk alanında genel olarak kabul gör-

(31) KROPHOLLER, IPR., s. 264; von HOFFMANN, s. 399; JUNKER, Die freie Rechtswahl, s. 3.

(32) KELLER, s. 178.

(33) ZWEIGERT, K.; Zur Artut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, RabelsZ. 37. (1973), s. (435-452) 447.

mekte olan hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik esasları nazara alınmadığı gerekçesi ile doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve reddedilmektedir (34).

Diğer bir kısım yazarlar ise, tüketici akitleri gibi taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu akitler bakımından, taraflara hukuk seçiminin tanınmasından ziyade, sabit kanunlar ihtilâfî kuralları ile objektif olarak yetkili hukukun tespit edilmesinden yanadırlar (35). Bunlara göre, herşeyden önce, sosyal içerikli akitlerin kendi amaçlarından dolayı bu akitlerle ilgili pozitif düzenlemeler belirli bir alanda uygulanmak üzere çıkarılmışlardır. Bu düşünce, sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından kanunlar ihtilâfî normuna ulaşmak için bir çıkış noktası olmalıdır. Buna göre kanunun amacı ve hukukun uygulanmasındaki menfaat olaydan olaya farklı değil, bilakis tipleştirilmiş maddi ilişkilere göre tetkik edilmelidir. Bu sebeple sosyal içerikli akitler alanında kanunlar ihtilâfî kuralları, maddi hukuk normlarının yer itibarıyla uygulanma talepleri ile bağdaştırılmalıdır. Kanunlar ihtilâfî normları ile maddi hukuk normlarının amacının işaret ettiği uygulama alanı birbiriyle uyuşmazsa, güçlü hukukun uygulanma menfaatinden dolayı en önemli koruma normları kamu düzeni kavramı altında uygulama talep ettiği kabul edilmelidir (36). Bu ise, aynı akdi ilişki için iki ayrı hukukun uygulanmasındaki arzu edilmeyen sonuca götürülebilir (37). Bu görüşe göre, taraflardan birisinin korunmaya ihtiyaç hissettiği akitlerin sosyal içeriği iki şekilde nazara alınabilir: Bir defa, akdin sosyal içeriği, lex fori'nin maddî hukukunun şahıs itibarıyla veya yer itibarıyla uygulama alanını belirleme işlevi olan tek taraflı kanunlar ihtilâfî normlarının oluşturulmasında nazara alınabilir. Kanun koyucu bu tür normlarla kendi ülkesinde ikamet eden veya mutad meskene sahip olan kişileri korumayı amaçlamaktadır (38). Bununla beraber, başka devletlerin hukuk düzenlerine ve onların egemenliğine de gereken özen gösterilmelidir. Diğer bütün olaylarda yalnızca kamu düzeni ön şartı ile lex fori uygulanabilecektir. Böyle bir çözüm tarzı ise, lex fori'nin uygulanmasının gündeme gelmediği durumlarda hiçbir sonuç doğurmayacaktır (39). Ancak, bu çözüm tarzı bakımından ortaya çıkmakta olan bu boşluk tek taraflı kanunlar ihtilâfî kurallarının iki taraflı kanunlar ihtilâfî kuralları haline getirilmesi ile ortadan kalabilecektir.

(34) KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System s. 657; KREN, s. 50.

(35) KELLER, s. 179 vd.

(36) Bağlama kurallarının tespitinde maddi hukuk alanındaki menfaatlerin nazara alınmasının doğru olmayacağı, bilakis devletler özel hukuku alanındaki menfaatlerin nazara alınmasının uygun olacağı da savunulmaktadır. Geniş bilgi için bkz. KEGEL, s. 53 vd.

(37) KELLER, s. 180.

(38) KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System, s. 658.

(39) KREN, s. 50 vd.

düzenlemelerden bir kısmında, tüketici akitleri alanında esas itibarıyla, taraflara irade muhtariyeti tanınmayarak sabit bağlama kuralları kabul edilmiştir. Örneğin, İsviçre milletlerarası özel hukuk mevzuatında tüketici akitlerinde, kural olarak taraflara irade muhtariyeti tanınmamıştır (IPRG. m.120/2). Ancak bu düzenleme, taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu bütün akdi ilişkiler bakımından değil, kanunda sayılan şartları haiz akdi ilişkiler bakımından geçerlidir. Başka bir deyişle, bu hükümde yer alan hukuk seçimi yasağının bir akdi ilişki bakımından geçerli olabilmesi için:

-İcap sahibi, siparişi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette kabul etmiş ise,

-tüketici mutad meskeninin bulunduğu devlette akdin yapımına bir icap veya bir reklam sebep olmuş ise ve tüketici bu devlette akdin in'ikadına ilişkin hukuki işlemleri yapmış ise, veya

-icap sahibi, tüketiciye yabancı ülkeye gitmesini ve siparişini orada vermesini istemiş ise,

âkit taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmamıştır. Tüketicinin şahsi veya ailevi ihtiyacı için olan ve tüketicinin mesleki veya sanatsal faaliyeti ile ilgili olmayan bir akdi ilişki kanunda sayılan bu şartları taşıyor ise, bu durumda âkit taraflara irade muhtariyeti, hukuk seçimi imkanı tanınmaktadır (40). Kanunda sayılan bu şartları taşımayan bir akdi ilişkide, âkit taraflar diledikleri bir hukuku akdi ilişkileri bakımından kabili tatbik hukuk olarak seçebilme imkanına sahiptirler (41). Ancak, kanunda yer alan ve âkit taraflara irade muhtariyeti tanımayan bu düzenleme tarzı doktrinde şiddetle eleştirilmektedir (42).

b) İrade Muhtariyetinin Sınırlanması

Genel olarak karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi ile taraflara tanınmakta olan irade muhtariyetinin sınırlandırılması esasının kabul edildiğini görmekteyiz. Taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu akdi ilişkilerde, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi esasına iki değişik sınırlama benimsenmektedir; seçilebilecek hukuk düzenlerinin sınırlandırılması (43) ve âkit tarafların seçmiş oldukları hukuk ile objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecek olan hukuk arasında yapılacak

(40) KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 1000.

(41) KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 1000.

(42) HEINI, A.; Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich, s. (67-77) 75 vd.

(43) Bkz. Art. 121 IPRG. (İsv.).

karşılaştırmada, seçilen hukukun zayıf âkit tarafı daha iyi koruduğunun anlaşılması durumunda, hukuk seçiminin geçerliliğinin aksi takdirde seçilen hukukun geçersiz olacağına kabul edilmesi (yararlılık ilkesi) bakımından hukuk seçiminin sınırlandırılması.

aa) Seçilebilecek Hukuk Düzenleri Bakımından Sınırlama

Bu sınırlama şekline göre âkit taraflar, yalnızca kanun koyucu tarafından akdî ilişki ile irtibatlı görülmüş olan hukuk düzenlerinden birisini seçebilirler (44). Bu esasa göre, hukuk seçiminin bu şekilde sınırlandırılmasında, akdî ilişki kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeni ile daha sıkı irtibat halinde bulunsa ve hattâ bu hukuk düzeninde zayıf âkit tarafı koruma bakımından daha elverişli hükümlere yer verilmiş olsa dahi, âkit taraflar bir başka hukuk düzenini akdî ilişkilerine uygulanmak üzere seçemezler (45). Başka bir ifade ile bu sınırlama şeklinde, seçilebilecek hukuk düzenleri kanun koyucu tarafından önceden tespit edilmiş ve sabitleştirilmiştir.

bb) Yararlılık İlkesi Bakımından Sınırlama

Tüketici akitleri bakımından âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi ile diğer akdî ilişkilerde taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi arasında esas itibarıyla fark yoktur. Âkit taraflar açık veya zımnî iradeleri ile akdî ilişki ile bağlantılı bir ülke hukukunu veya tarafsız bir ülke hukukunu akitleri için yetkili hukuk olarak kararlaştırabilirler (46). Ancak, tüketici akitlerinde taraflara tanınmakta olan hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, seçilen hukukun tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin objektif akit statüsünde yer alan aynı nitelikteki hükümlerden daha iyi koruma sağlıyor olması ön şartı aranmaktadır (47). Bu durum karşılaştırmalı hukukta yararlılık ilkesi (Günstigkeitsprinzip) olarak ifade edilmektedir. Taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu diğer bir

(44) Seçilebilecek hukuk düzenlerinin bu şekilde sınırlandırılması esasının karşılaştırmalı hukukta yer alan bir kısım pozitif düzenlemelerde de benimsendiği görülmektedir. Örneğin, İsviçre hukukunda "Taraflar iş akdini işçinin mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna veya işverenin iş merkezinin (Niederlassung), ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabi tutabilirler" (Art.121/3 IPRG.).

(45) VISCHER, F.; Das internationale Vertragsrecht nach dem neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BLM. 1989, s. (183-224) 201; SCHWANDER, I.; Internationales Vertragsschuldrecht-direkte Zuständigkeit und objektive Anknüpfung, Festschrift für Rodolf MOSER, Zürich 1987, s. (79-99) 93; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 1011. AUBERT, G.; Der Arbeitsvertrag im internationalen Privatrecht der Schweiz, SJK. 1984, Nr.843, s. 8 vd.

(46) MARTINY, Mün.Komm., s. 1675.

(47) FIRSCHING, K./von HOFFMANN,B.; Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1995, s. 373 vd.; MARTINY, Mün.Komm., s. 1675.

kısım akdi ilişkilerde de uygulama alanına sahip olan (48) yararlılık ilkesine göre irade muhtariyetinin sınırlandırılmasında (49), âkit tarafların aralarındaki akdî ilişkiye uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukuk düzeni ile şayet taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı akdî ilişkiye objektif olarak uygulanması gereken hukuk düzeninin ilişkinin zayıf tarafını koruyucu nitelikteki hükümlerinin karşılaştırılması yapılacaktır. Bu karşılaştırma neticesinde tarafların akdî ilişkilerine uygulanması için seçmiş oldukları hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri, objektif akit statüsünde yer alan aynı nitelikteki hükümlerden daha iyi koruma sağlıyor ise, hukuk seçimi geçerli olacak ve fakat objektif akit statüsünün zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri daha iyi koruma sağlıyor ise, bu durumda yapılan hukuk seçimi zayıf âkit tarafın aleyhine olan bu hükümler bakımından geçersiz kabul edilecektir (50). Başka bir ifade ile, yararlılık karşılaştırması neticesinde, seçilen hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri objektif akit statüsü olması gereken hukukun aynı nitelikteki hükümlerinden daha az koruma sağlıyorsa, bu hükümler bakımından hukuk seçimi geçersiz kabul edilecek, diğer hususlar bakımından hukuk seçimi geçerliliğini muhafaza edecektir. Tüketiciyi koruyucu normlardan maksat, tüketiciyi korumak isteyen emredici hükümlerdir (51). Bu bağlamda emredici hükümlerin açık olarak yalnızca tüketicinin lehine olup olmadığını veya bu hükümlerin diğer akit taraf için de geçerli olup olmadığını bir önemi yoktur. Bununla beraber burada yapılacak karşılaştırma iktisadi, sosyal veya dış politik amaçlara hizmet eden hükümleri kapsamaz (52).

2. Objektif Bağlama

Genel olarak milletlerarası unsurlu akdî borç ilişkilerinde, taraflar aralarındaki ilişkiye tatbik edilecek hukuka dair bir sözleşme yapmamışlarsa veya

(48) Bkz. Art. 29-30 EGBGB.; Art. 5-6 EVÜ.; Art. 44 IPRG.(Avus.)

(49) Yararlılık ilkesi esas itibarıyla, dahili iş hukuku alanında, bireysel iş akitlerinde toplu sözleşmelere aykırı hükümlerin bulunması durumunda nazara alınmaktadır. Bu esas Alman hukukunda şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu hükme göre, bireysel iş akitlerinde yer alan toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler, toplu iş sözleşmesinde müsaade edildiği kadar veya işçi lehine hükümlerin değişimini ihtiva ettiği kadar geçerlidir"(Art. 4/3 TVG). Türk hukukunda ise şu şekilde ifade edilmektedir: "Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde, hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir"(TSGLK.m.6/2). Geniş bilgi için bkz. SOYER, P. M.; Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, s. 1 vd.

(50) GAMILLSCHEG, F.; Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14.(1983), s. (307-373) 335 vd.; JUNKER, A.; Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992. s. 276.

(51) Örneğin, TKHK. m.4/2'de yer alan 15 günlük ihbar süresinin altında bir ihbar süresi kabul eden ülke hukuku taraflarca akit statüsü olarak seçilmiş ise, bu hüküm bakımından seçilen hukuk uygulanmayacaktır.

(52) İktisadi, sosyal veya dış politik amaçlara hizmet eden hükümler doğrudan uygulanan normların uygulanması aşamasında nazara alınacaktır. Bkz. Değerlendirme.

yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesi herhangi bir sebepten dolayı geçersiz ise, bu durumda kanunlarda da açık olarak kabul edildiği gibi, borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Günümüzde, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, genel olarak objektif akit statüsünün tespit edilmesinde "sıkı ilişki" (engste Verbindung) veya "karakteristik edim" kavramlarının nazara alındığını görmekteyiz (53). "Sıkı ilişki" veya "karakteristik edim" kavramlarından hareket edilerek karşılaştırmalı hukukta bir kısım akdi ilişkiler bakımından kanunlarda objektif bağlama kuralları açık olarak tespit edilmiştir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda tüketici akitleri bakımından da aynı esas benimsenmiş ve tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeyle akdi ilişkinin sıkı irtibatının bulunduğu esası kabul edilmiştir. Ancak, mutad mesken hukukuna bağlama esası, tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu bütün akdi ilişkiler bakımından değil, kanunlarda tespit edilmiş şartları haiz olan akdi ilişkiler bakımından uygulama alanına sahip kılınmıştır. Kanunlarda aranan şartlar tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu bir akdi ilişkide bulunmuyor ise bu durumda mutad mesken hukukuna bağlama esası geçerli olmayacaktır. Bu gibi durumlarda normal bir akdi ilişki gibi kabul edilecek ve sıkı ilişki veya karakteristik edim kavramları esas alınarak yetkili hukuk tespit edilecektir (EVÜ.m.5/3; EGBGB.m.29/2; IPRG(İsv.) m.120/1) (54). Taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu bir akdi ilişkiye onun mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için pozitif düzenlemelerde aranmakta olan şartları şu şekilde sistematize etmek mümkündür:

-İcap sahibi veya onun temsilcisi, siparişi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette kabul etmiş ise(IPRG.(İsv.) m. 120/1-a; EGBGB.m. 29/(1)-3; EVÜ.m.5/(2).),

-tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette akdin yapımına bir icap veya bir reklam sebep olmuş ise ve tüketici bu devlette akdin in'ikadına ilişkin hukuki işlemleri yapmış ise(IPRG.(İsv.) m.120/1-b; EGBGB.m. 29/(1)-1; EVÜ.m.5/(2).),

-akit, emtia satışı ile ilgiliyse ve tüketici mutad meskeninin bulunduğu devletten yabancı bir ülkeye seyahat etmiş ise ve orada kendi siparişini vermiş ise, bu seyahat tüketiciyi akdin yapımına sevk etmiş olsa da bu seyahat satıcının

(53) "Akde uygulanacak hukuk, 27. maddeye göre (taraf iradelerince) kararlaştırılmamış ise, akit kendisi ile en sıkı ilişkiyi gösteren devletin hukukuna tabidir"(Art.28/1 EGBGB.); Art.117/1 IPRG. (İsv.) " Hukuk seçiminin eksikliğinde akit kendisi ile en sıkı ilişkide bulunan hukuka tabidir".

(54) KROPHOLLER, IPR, s. 418; FIRSCHING/von HOFFMANN, s. 375; KELLER/KREN KOST-KIEWICZ, s. 999.

tüketiciyi akti yapma amacına sevk etse dahi(EGBGB. m.29/(1)-3).

Taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu bir akdi ilişkiye tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, akdin sayılan bu üç şarttan birisini ihtiva etmesi gerekmektedir. Şayet akdi ilişki, bu üç hal dışında bir şekilde yapılmış ise, bu durumda tüketici bu akde mutad mesken hukukunun uygulanmasını istemeyecektir. Bu son durumda akdi ilişki normal bir akdi borç ilişkisi olarak kabul edilerek "sıkı ilişki" veya "karakteristik edim" kavramlarına göre tespit edilmiş olan bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespiti yoluna gidilecektir.

IV. Türk Hukukunda Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Türk hukuku bakımından tüketici akitlerine uygulanacak hukukun tespit edilmesinde, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hükümlerin birlikte ele alınarak incelenmesinde fayda vardır. Çünkü, ileride ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, tüketicinin korunması hakkında kanunda yer alan hükümlerin bir kısmı doğrudan uygulanan kurallar niteliğindedir. Doğrudan uygulanan kuralların söz konusu olduğu alanlarda da bağlama kurallarına göre yetkili hukuka gitmeye gerek olmadan hakim olayın maddi çözümünü doğrudan uygulanan kuralları nazara alarak çözümlenecektir.

A) Kanunî Düzenleme

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yeni bir kanun olmasına rağmen, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, tüketici akitleri ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermemiş ve milletlerarası unsuru havi akdi borç ilişkilerini tek bir hüküm altında düzenlemiştir. Kanunda yer alan düzenlemede, akitlerden doğan kanunlar ihtilâfı alanında yetkili hukukun tespitinde ilk derece bağlama kuralı olarak taraf iradeleri nazara alınmıştır(MÖHUK.m.24/1). Buna göre, "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir" (55). İrade muhtariyeti olarak ifade edilmekte olan bu prensibe pozitif düzenlemede herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Başka bir ifade ile, kanun koyucu, akdî ilişkilerin hususiyetlerine göre herhangi bir ayırım yap-

(55) Geniş bilgi için bkz. NOMER, E.; Devletler Hususi Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993, s. 300 vd.; TEKİNALP, G.; Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, 4. bası, İstanbul 1992, s. 264 vd.; ÇELİKEL, A.; Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bası, İstanbul 1992, s. 252 vd.; Aynı esas Türk hukukunda 2675 sayılı kanunun kabul edilmesinden önce de doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edilmekteydi: Bkz. BERKİ, O.F.; Devletler Hususi Hukuku, C. 2, 7. bası, Ankara 1966, s. 297 vd; GÖĞER, E.; Devletler Hususi Hukuku, 4. bası, Ankara 1977, s. 303 vd.

maksızın, milletlerarası unsuru hâvi bütün akdî ilişkilerde irade muhtariyeti esasını benimsemiştir. Türk hukukunda yer alan bu düzenlemeye göre tarafların hukuk seçimi serbestilerinin tek bir sınırı bulunmaktadır ki, bu da akdî ilişkinin yabancı unsur (56) ihtiva etmesidir. Yabancı unsuru havi akdi borç ilişkileri bakımından âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisine, seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Hattâ doktrinde tarafların korunmaya değer bir menfaatinin bulunması da gerekli görülmemekte, sadece, tarafların menfaatlerinin söz konusu olmadığı bir hukuk düzenini akitlerine uygulanmak üzere seçmelerinin düşünülemeyeceği ifade edilmektedir (57). Kanunda yer alan bu hükümden hareket edildiği takdirde, tüketici akitleri bakımından da tarafların mutlak manada hukuk seçimi imkanının olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, mevcut pozitif düzenlemeye göre, akdî ilişkinin taraflarından birisinin sosyal veya ekonomik yönden zayıf durumda olmasının, tarafların hukuk seçimi serbestisi bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüketici akitleri bakımından da âkit taraflar herhangi bir sınırlama ile karşılaşmadan diledikleri bir ülke hukukunu akitlerine tatbik edilmek üzere seçebileceklerdir.

Akdî borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilâfî alanında tarafların hukuk seçimi yapmadıkları hallerde ise, "borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku" objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir (MÖHUK.m.24/2). Kanunda yer alan bu hükümde tüketici akitleri için ayrı ve kendine özgü bir objektif bağlama kuralı kabul edilmemiştir. Tüketici akdi ise, "...tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlem" (TKHK.m.2) olarak kabul edildiğine göre, tüketicinin yapmış olduğu işlemin hukuki karakterine göre objektif bağlama kuralı tespit edilecektir.

(56) Doktrinde yabancı unsurun varlığı ile ilgili olarak değişik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri esas itibarıyla ikiye ayırmak mümkündür. Bir görüşe göre, akdi ilişkinin tarafların iradelerinin dışında başka unsurlar sebebi ile yabancı bir hukuk ile irtibatının bulunması halinde yabancı unsur söz konusudur. Diğer görüşe göre ise, tarafların iradelerini de yabancı unsurun tespiti bakımından nazara almak gerekmektedir. Bkz. NOMER, s. 302; ÇELİKEL, s. 253; TEKİNALP, (MÖH.) s. 254; ULUOCAK, N.; Kanunlar İhtilâfı – Yasama Yetkisi kuralları, İstanbul 1971, s. 185.

(57) TEKİNALP, G.; Akdi ilişkilere uygulanacak hukuk– MÖHUK. m.24 ve zımnî hukuk seçimi, MHB., 5. (1985), s.28–31) 29; ULUOCAK, Uygulama Kuralları, s. 188.

B) Değerlendirme

Milletlerarası özel hukuk alanında, tüketici akitleri gibi, âkit taraflar arasında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizliğin bulunduğu akitlerin pozitif düzenlemelere konu olması, karşılaştırmalı hukukta dahilî hukukların aksine, kısa bir süreden beri nazara alınmaya başlanmıştır. Türk hukukunda ise, dahilî hukukumuz alanında konu ile ilgili olarak kısa bir süre önce pozitif düzenleme yapılmış olmasına rağmen, milletlerarası özel hukuk alanında tüketici akitleri ile ilgili pozitif düzenlemeye yer verilmediği gibi doktrinde de konu henüz incelenmemiştir. Bu nedenle öncelikle karşılaştırmalı hukuk alanında milletlerarası unsuru havi tüketici akitleri ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerin ve pozitif düzenlemelerin değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Hukuk seçiminin yasaklanması görüşü: Türk hukukuna göre, âkit taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesinin tek bir sınırı bulunmaktadır ki, bu da akdî ilişkinin milletlerarası unsur ihtiva etmesidir. Buna göre âkit taraflar, milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkilerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku kabili tatbik hukuk olarak seçebilirler. Hatta, doktrinde savunulan bir görüşe göre, akdînin klasik mânada bir yabancılık unsuru ihtiva etmesi de şart değildir. Bu görüş, tarafların akdî ilişkilerine yabancı bir hukukun uygulanması yönündeki iradelerini yabancı unsurun varlığı bakımından yeterli görmektedir (58). Dolayısıyla yabancı unsuru havi tüketici akitleri alanında da tarafların yabancı bir ülke hukukunu akdî ilişkileri bakımından kabili tatbik hukuk olarak seçebilmeleri mümkündür. İsviçre hukukunda olduğu gibi milletlerarası unsuru havi tüketici akitleri bakımından hukuk seçiminin yasaklanması Türk hukukunda mevcut pozitif düzenleme çerçevesinde pek mümkün gözükmemektedir.

Hukuk seçiminin sınırlandırılması görüşü: Taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkiler bakımından taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesine iki değişik sınırlama kabul edilmesine rağmen (59) tüketici akitleri bakımından, yalnızca yararlılık ilkesine göre sınırlama getirilmesi kabul edilmektedir (60). Ancak bu sınırlama esasında mağzurları olduğu kabul edilmektedir. Bir defa, bu esasın kabul edil-

(58) NOMER, s. 302.

(59) Bkz.s. 163 vd.

(60) Geniş bilgi için bkz. FIRSCHING/von HOFFMANN, s. 375; DOĞAN, V.; Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB. 15. (1995) (yayında)

mesi halinde milletlerarası özel hukuk alanında kabul edilmekte olan öngörülebilirlik ilkesi zedelenebilecektir. Şöyle ki, âkit taraflara hukuk seçimi imkânı tanınacak ve fakat taraflar akdî ilişkilerine seçmiş oldukları hukukun uygulanıp uygulanmayacağını, uygulanacaksa da hangi kapsamda uygulanacağını kesin olarak bilemeyeceklerdir. Bunun yanısıra, yararlılığın kimin tarafından (61) ve nasıl (62) tespit edileceği problemi de ortaya çıkacaktır.

Günümüzde milletlerarası özel hukuk ile ilgili olarak yapılan ve tüketici akitleri ile ilgili özel hükme yer veren hemen bütün pozitif düzenlemelerde, âkit taraflara irade muhtariyeti tanınmaktadır. Ancak, taraflara tanınmakta olan irade muhtariyetine diğer borç akitlerinde olmayan kapsamda bir sınırlama getirme gereği hissedilmiştir (63). Şöyle ki; tarafların aralarında yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesi, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukundan daha iyi bir koruma sağlıyor ise geçerli, aksi takdirde, yani seçilen hukuk düzeni tüketiciye kendi mutad meskeni hukukundan daha az bir koruma sağlıyor ise, yapılan bu hukuk seçimi geçersiz olacak ve akit objektif bağlama kurallarına tabi olacaktır (64).

Türk hukukunda, "Yararlılık ilkesi, Anayasanın ekonomik gelişim öz-

- (61) Yararlılık değerlendirilmesi ile ilgili olarak objektif değerlendirme ölçüsü ve subjektif değerlendirme ölçüsü olmak üzere iki değişik öneri bulunmaktadır. Subjektif değerlendirme ölçüsü taraftarlarına göre, zayıf âkit taraf için yararlı kuralların hangisi olduğuna kendisinin karar vermesi gerekir. Çünkü, zayıf âkit taraf kendisi için neyin daha yararlı olduğuna en iyi şekilde kendisi karar verebilir. Objektif değerlendirme ölçüsüne göre, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilerek "akıllı ve makul bir kişinin" akdî ilişkisi nazara alınacak ve yararlılığın tespit edilmesi yoluna gidilecektir. Başka bir ifade ile, bu görüş tarzına göre hâkim değerlendirmeyi yaparken, makul bir kişi aynı şartlar altında hangi faydayı tercih ederdi ise, bunu nazara alacaktır. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdî, s. 61 vd.
- (62) Yararlılık değerlendirmesinin nasıl yapılacağı hususunda da tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç değişik öneri bulunmaktadır. Tekli karşılaştırma yöntemine göre, objektif akit statüsünde ve subjektif akit statüsünde yer alan zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümlerin tek tek karşılaştırılması yapılacaktır. Bu karşılaştırma neticesinde zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikte oldukları tespit edilecek hükümler akdî ilişkiye tatbik edilecektir. Toplu karşılaştırma yöntemine göre ise, objektif ve subjektif akit statüsündeki zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümler bir bütün olarak ele alınacak ve karşılaştırılacaktır. Bu karşılaştırma neticesinde hangi hukuk düzeninde yer alan hükümler zayıf âkit tarafa daha iyi koruma sağlıyorlar ise, o hukuk düzeninde yer alan hükümler olaya bir bütün olarak uygulanacaktır. Grup olarak karşılaştırma yönteminde ise, birbirleriyle bağlantılı hükümler birlikte nazara alınarak yapılacak karşılaştırma sonunda yararlı hukuk tespit edilecektir. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdî, s. 70 vd.
- (63) Tüketici akitleri bakımından irade muhtariyetine getirilmekte olan bu sınırlama şekli, bir kısım pozitif düzenlemelerde iş akitleri bakımından da kabul edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdî, s. 58 vd.
- (64) Geniş bilgi için bkz. KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 990 vd.; VISCHER, s.194 vd.; KREN, s. 55 vd.; KROPHOLLER, (IPR), s. 415 vd.

gürlüğü konusundaki temel düşünce tarzını (Ay. m. 10/2; 12; 17; 35; 48; 49) yansıtan ve sözleşme özgürlüğünden ayrılması mümkün olmayan bir esas" (65) olarak kabul edilmesine rağmen, mevcut pozitif düzenlemelerden hareket ettiğimiz takdirde, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisinin yararlılık karşılaştırması yolu ile sınırlandırılması da pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü yararlılık ilkesi, dahili iş hukuku alanında Anayasanın güvencesi altında olup, diğer alanlarda aynı esasın geçliliğinin kabul edilmesi pek olası görünmemektedir.

Bunun yanı sıra, mevcut pozitif düzenlemeden hareket edildiği takdirde milletlerarası unsuru hâvi akdî borç ilişkileri alanında kural olarak taraflara tanınmakta olan irade muhtariyetinin kategorik olarak yasaklanması da pek mümkün gözükmemektedir. Bu kuralın tek bir istisnası olabilir: Şayet, bir akdî ilişkiyi dahilî hukuk alanında düzenleyen kuralların tamamı doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde ise (66), bu hükümler bakımından tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkün değildir (67). Akdî ilişkinin dahilî hukuk alanındaki düzenlenmesi tamamen doğrudan uygulanan kurallardan oluşmasına rağmen, taraflar hukuk seçimi yapmışlar ise, yapılmış olan bu hukuk seçimi nazara alınmayacaktır. Başka bir ifade ile, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmamış gibi iç hukuk kuralları olaya uygulanacak ve ihtilâf buna göre, yani doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde çözülecektir. Doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci normlar teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Francescakis'e göre, milletlerarası maddi ilişkiye iç hukuk kurallarının uygulanabilmesi için dahili maddi normların iki farklı kategorisine dikkat edilmelidir. Bu hukuk normlarının ilk kategorisini doğrudan uygulanan kurallar (lois d'application immédiate) oluşturmaktadır. Bunlar kamusal organizasyonun menfaatine binaen kanunlar ihtilafı kurallarını nazara almadan maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanırlar (68). Başka bir

(65) SOYER, s. 28.

(66) Doğrudan uygulanan kurallardan maksat; kamusal organizasyonun menfaatine binaen kanunlar ihtilafı kurallarının dışlanmasıyla maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanan normlardır. Başka bir ifade ile, bir devletin kendi genel kanunlar ihtilafı kurallarına riayet etmeksizin uygulanması zorunlu olan normlardır. Bu normlar kanunlar ihtilafı kurallarına göre kendiliğinden yetkili olan hukukun tatbikatına müdahale ediyorlar ve bundan dolayı da onun uygulanmasını sınırlıyorlar. Geniş bilgi için bkz. LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 578 vd.; VOSE, N.; Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993, s. 5 vd.; NOMER, s. 65 vd.; DOĞAN, İş Akdî, s. 98 vd.; DOĞAN, Roma Sözleşmesi, s. 476 vd.

(67) Örneğin; Türk hukukunda gayrimenkul kiralari hakkındaki kanunun kapsamında yapılan akdî ilişkiler alanında tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkün değildir. Çünkü, bu kanun kendi uygulama alanını kendisi tespit ettiğinden dolayı tamamen doğrudan uygulanan kurallar kapsamında yer alan bir kanundur. 6570 sayılı kanuna göre; "Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (musakkaf olmıyanlar hariç) kiralanmalarında, kiralayana kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur"(m.1/1).

(68) VOSE, s. 17 vd.

ifade ile, Francescakis'e göre, doğrudan uygulanan kurallar, ülkenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuka gitmeden uygulanması gereken kurallardır. Ancak, yazar bu normların hangi tür normlar olduğu hususunda yeterli açıklamayı yapamamaktadır (69).

Doktrinde hangi tür normların doğrudan uygulanan normlar olduğu hususunda normun uygulanma iradesinden (anwendungswille der Norm) bahsedilmektedir. Buna göre normu çıkartan devletin tasavvuruna göre, normun, devletin kendi genel kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuka riayet edilmeksizin uygulanması zorunlu ise, bu devletin mahkeme devleti olması halinde, bu norm her halükarda uygulanmalıdır. Başka bir deyişle normu çıkartan devlet, bu normun doğrudan uygulanan norm olduğunu düzenlemiş ise problem yoktur. Bu durumda bu norm ülke ile irtibatlı bütün meselelerde uygulama kabiliyetini haizdir. Ancak, normu koyan devlet bu durumu açık olarak düzenlememiş ise, bu durumda normu çıkartan devletin tasavvurlarına göre bu devletin genel kanunlar ihtilafı kurallarına riayet etmeksizin uygulanması gerekip gerekmediği araştırılmalıdır (70).

Nihayet, doğrudan uygulanan norm kavramı ile ilgili olarak şu hususu da belirtebiliriz: Bir normun doğrudan uygulanan norm olup olmadığı esas itibariyle iki şekilde tesbit edilebilir. İlk olarak, bu durum normda açık olarak yazılı olabilir, yani ülke ile irtibatlı bütün akdi ilişkilerde, bu akdi ilişkilerin yabancı unsur ihtiva edip etmediğine bakılmaksızın normun uygulanması gereği hükümde açık olarak yer almış olabilir. İkinci olarak, normda böyle bir ifade yer almıyorsa, bu durumda normun konulmasındaki amaçtan hareket edilmelidir. Şayet normun konulmasındaki amaç ülke ile irtibatlı bütün akdi ilişkilere uygulanmak ise, bu norm bir doğrudan uygulanan normdur. Bunun tersi söz konusu ise, normun hukuki niteliği (kamu hukuku- özel hukuk) ne olursa olsun bu norm bir doğrudan uygulanan norm olarak nitelendirilemez.

Türk hukukunda TKHK'ü tamamen doğrudan uygulanan normlardan oluşmamaktadır (71). Bu sebeple de, tüketici akitleri alanında doğrudan uygulanan normlardan hareket ederek tüketicinin korunması her olayda yeterli olmayabilir. Çünkü, doğrudan uygulanan normların konulmasındaki amaç, akdin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin korunmasına hizmet etmek değil, bilakis iktisadi veya sosyal düşüncelerden hareketle kamusal organizasyonun menfaatine

(69) VOSER, s. 20; LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 578 vd..

(70) LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 578.

(71) TKHK'a göre doğrudan uygulanan kurallara örnek, m.5-6/1 ve 3, 7/1.

hizmet etmektedir.

Milletlerarası özel hukuk alanında tüketicinin korunması ile ilgili hükümlere pozitif düzenlemelerde yer verilmez ise, bu durumda, akdî ilişkisinin zayıf tarafını oluşturan tüketiciyi koruyabilmek için elimizde sadece kamu düzeni kuralı kalacaktır. Kamu düzeni kuralının uygulanması ise istisna olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, ancak yabancı hukukun uygulanması sonucu dahilî hukukun adalet anlayışı ile bağdaşmayacak bir neticenin ortaya çıkması halinde kabul edilmektedir (72). Bunun yanı sıra, milletlerarası unsuru hâvi olaylarda kamu düzeninin müdahale edebilmesi için, olayın ülke ile sıkı bir ilişkisinin bulunması gerektiği gibi kamu düzeninin uygulanmasında mahkemelerce farklı değerlendirmeler yapıldığına da rastlanmaktadır (73). Görüldüğü gibi, kamu düzeni kuralı milletlerarası unsuru hâvi tüketici akitleri bakımından, akdî zayıf tarafı olarak kabul edilmekte olan tüketicinin korunması bakımından her zaman yeterli olmayabilecektir.

Tüketici akitleri bakımından objektif bağlama kurallarına yer verilmemiş olması da bir eksikliktir. Ancak, yine de milletlerarası akdî ilişkilerin düzenlendiği MÖHUK. m.24'de yer alan sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası, objektif bağlama kurallarının son aşaması olarak değil ve fakat ilk aşama objektif bağlama kuralları olarak kabul edilseydi problemin çözümü bakımından fayda sağlayabilirdi. Çünkü, bu durumda hâkime olayın ve daha da önemlisi tarafların özelliklerini nazara alarak yetkili hukuku tespit edebilme imkânı tanınmış olacaktı. Bu hal ise, ifa yeri veya ağırlıklı edimin ifa yeri hukukunda tüketicinin menfaatlerini zedeleyici hükümlerin bulunması ve akdî ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatının olması durumunda, hâkime, bu sıkı irtibatlı ülke hukukunu uygulanması yönünde bir imkân sağlanmış olacaktı. Sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası objektif bağlama kurallarının ilk basamağı olarak kabul edilseydi, tüketiciyi korumak için kamu düzeninin müdahalesine istisnâ bazı durumlarda ihtiyaç olabilirdi.

Milletlerarası unsuru havi tüketici akitlerinde, kamu düzeninin müdahalesi haricinde, tüketicinin korunmasına hizmet edebilecek başka bir kural bulunmakta mıdır? Bir ülkedeki özel hukuk düzeninin temelini teşkil edebilecek derecede genellik taşıyan temel hukuk ilkeleri (74) niteliğinde oldukları kabul edilen

(72) KROPHOLLER, (IPR), s. 141; SONNENBERGER, H. J.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., München 1990, s. 277 vd.; NOMER, s. 127 vd.; DOĞAN, Zayıf Âkit Taraf.

(73) Geniş bilgi için bkz. KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System, s. 635.

(74) ÖZSUNAY, E.; Medenî Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986, s. 153.

Medeni Kanunun başlangıç hükümlerinden hareket ederek bir sonuca ulaşmak imkânı bulunabilir mi? Özellikle Medeni Kanunun başlangıç kısmında yer alan ve kanun boşluğu ile objektif iyi niyet kurallarına aykırılığı düzenleyen hükümlerden milletlerarası unsuru hâvi tüketici akitleri bakımından yararlanılabilir mi?

Kanun boşluğundan maksat, bir uyuşmalık hakkında uygulanması gerekli hukuk normlarının kanunlarda bulunmaması, başka bir deyişle ortaya çıkan bir problemi kanunun cevapsız bırakması halidir (75). Kanun boşluğu halleri değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır (76). Bunlardan doktrinde önemli görülenler:

- Gerçek boşluk; kanunlarda müşahhas olaya uygulanacak bir hüküm bulunmaması halini ifade etmektedir. Gerçek boşluklara, hukuk sistematüğinden ortaya çıkan, açık, dışarıdan görülebilen mantuki boşluklar da denilmektedir(77).

- Gerçek olmayan boşluk; müşahhas olaya uygulanacak bir kanun hükmü bulunmasına rağmen, bu hükmün olduğu gibi uygulanması çıkarlar dengesine aykırı olabilir ve bu durumda, hâkimin kanun hükmünü olduğu gibi değil, çıkarlar dengesine uygun olarak olaya uygulaması halini ifade etmektedir.

Kanun boşluğu olarak kabul edilen bu halleri, milletlerarası unsuru hâvi tüketici akitleri bakımından değerlendirecek olursak: MÖHUK. m.24'de milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkiler pozitif düzenlemeye konu olmuş ve fakat tüketici akitleri bakımından, akdi ilişkinin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin korunması gereği nazara alınmamıştır. Milletlerarası özel hukuk alanında, dahili hukukta yer alan düzenlemelerde olduğu gibi, bütün hayat ilişkilerinin pozitif düzenlemeye konu olması pek imkan dahilinde değildir. Başka bir ifade ile milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkilerde, bağlama kurallarının tespitinde iki değişik ihtimal söz konusu olabilir: Hâkim, önüne gelen olayın durumunu nazara alarak, yetkili hukuku bireyselleştirme yolu ile veya belirli akit tipleri ya da akit grupları için önceden tiplendirme yolu ile tespit edebilir (78). Bireyselleştirme özel olaydaki adalet anlayışına hizmet etmesine rağmen, tiplendirme hukukî güvenliğe ve usul ekonomisine hizmet etmektedir. Bu nedenle, kanun koyucular esas itibarıyla

(75) İMRE, Z.; Medeni Hukuka Giriş, 3. bası, İstanbul 1980, s. 172.

(76) Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER, A.; Medeni Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler hukuku- Aile Hukuku, 3. bası, Ankara 1992, s. 89 vd.; İMRE, s. 172 vd.; EDİS, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. bası, Ankara 1983, s. 122 vd.; ÖZSUNAY, s. 199 vd.

(77) ÖZSUNAY, s. 202.

(78) NEUHAUS, s. 108.; KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System, s. 637 vd.

tipleştirme esasını kabul etmelerine rağmen, tipleştirmenin sakıncalarını ortadan kaldırmak için bazı istisnaları da kabul ederek ortalama bir yol tercih etmektedirler (79). Bu sebeple yapılan bütün pozitif düzenlemelerde bütün hayat ilişkilerinin ayrı ayrı düzenlenmesi yerine, geniş kapsamlı kanun kurallarına yer verilmektedir. Milletlerarası unsuru havi akdi ilişkiler alanında da kanun koyucu tipleştirme esasından hareketle bütün akdi ilişkileri tek bir hüküm altında toplamıştır. Ancak, taraflar arasında eşit güç dengesinin bulunduğu akdi ilişkiler ile taraflardan birisinin diğerine göre daha zayıf olduğu akdi ilişkilerin tek bir hüküm ile düzenlenmesi ve zayıf tarafın korunma gereğinin nazara alınmaması kanunda örtülü bir boşluğun olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Kanun geniş kapsamlı olarak tasarlanıp, belirli durumlarda amacının ve anlamının zorunlu kıldığı sınırlamaları öngören bir düzenlemeyi eklemeyi ihmal etmiş ise kanundaki boşluk örtülüdür (80). Kanundaki örtülü boşluklarla kanunun tatmin edici olmamasından doğan boşluklara eksik boşluk denilmektedir (81). Eksik boşluk veya gerçek olmayan boşluk halinde, kanunda yer alan kuralın somut olaya uygulanması günün şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırıdır, sakıncalıdır ve ihtiyaçlara uygun olmaması sebebi ile tatmin edici değildir. Kanunda yer alan böyle bir kuralın düzeltilmesi ve günün icaplarına uygun hale getirilmesi gerekir (82). Kanun hükmünün günün şartlarına uygun olmaması halini doktrinde bir kısım yazarlar kanun boşluğu olarak görmektedirler. Bunlara göre, günün icaplarına uygun olmayan kanun hükmünün olaya uygulanması hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur (83). Böyle bir boşluğun kanun koyucu tarafından düzeltilmemesi halinde, hâkimin bu boşluğu objektif iyiniyet kuralından hareket ederek doldurması gerektiği kabul edilmektedir (84). Ancak, doktrinde hâkim olan görüş, kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen bu hükmün günün icaplarına uygun olmaması hallerinde de bir kanun hükmünün bulunduğunu ve bu nedenle de bir boşluktan bahsetmenin gereksiz olduğunu, eksikliğin de iyiniyet kurallarından hareketle giderilmesi gerektiğini savunuyorlar (85).

Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşten hareket ettiğimiz takdîrde, milletlerarası unsuru hâvi akdî borç ilişkileri MÖHUK. m.24'de pozitif dü-

(79) Örneğin, Art. 28 /1 EGBGB.(Alm.); Art. 117/1 IPRG.(İsv.); Art. 4/1 EVÜ. Bu hükümlerde akdî başka bir ülke ile sıkı ilişkisinin bulunması halinde bu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir.

(80) EDİS, s. 125.

(81) İMRE, s. 177.

(82) ZEVKLİLER, s. 89; EDİS, s. 124; İMRE, s. 177.

(83) İMRE, s. 177.

(84) ZEVKLİLER, s. 89.

(85) EDİS, s. 124; İMRE, s. 175.

zenlemeye konu olduğuna göre, bir kanun boşluğundan bahsetmeye imkân yoktur. Türk Kanun koyucusu, milletlerarası unsuru havi akdi ilişkiler alanında tipleştirme esasını kabul etmesine rağmen, tipleştirmenin sakıncalarını ortadan kaldırmak için bazı istisnaları kabul etmemiş olması dolayısıyla ortaya bir kanun boşluğu çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, tüketici akitleri gibi âkit taraflardan birisinin ekonomik veya sosyal bakımlardan zayıf olduğu akdi ilişkilerde, kanunda yer alan bu hükmün akdi ilişkiye olduğu gibi uygulanması bazı durumlarda akdin zayıf tarafını oluşturan tüketici aleyhine zararlı sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple, kanunda yer alan bu hüküm günün gereklerine uygun değildir. MÖHUK. m.24'ün, özel hukukun bütününde uygulanmaya elverişli bir biçimde öngörülmüş ve esas itibarıyla, uygulanması sırasında ona başvurulamayacak bir hukuk kuralının olmadığı kabul edilen (86) doğruluk ve güven ilkesinden hareketle günün icaplarına uydurulması gerekir.

Buna göre, tüketici akitlerinde âkit taraflar MÖHUK. m.24/1'de yer alan hukuk seçimi serbestisinden yararlanabileceklerdir. Ancak, taraflarca yapılan hukuk seçimi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise nazara alınmayacak ve fakat hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayan hukuk seçimi nazara alınarak ihtilaf taraflarca seçilmiş olan bu hukuka göre çözülecektir. Âkit tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesi için, objektif akit statüsünde yer alan tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümlerden kaçınmak amacı ile yapılmış olması gerekir ki, yapılan hukuk seçimi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilsin. Bu gibi durumlarda taraflarca yapılan hukuk seçimi hiç nazara alınmadan objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukuk tespit edilecek ve olaya uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

- AUBERT, G.; Der Arbeitsvertrag im internationalen Privatrecht der Schweiz, SJK. 1984, Nr.843.
- BASEDOW, J.; Die Neuregelung des internationales Privat- und Prozeßrechts, NJW. 39. (1986), s.1271-1279.
- BERKİ, O.F.; Devletler Hususi Hukuku, C. 2, 7. bası, Ankara 1966.
- ÇELİKEL, A.; Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bası, İstanbul 1992.
- Deutsches Bundestag, Drucksache 10/504.
- DOĞAN, V.; İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996.
- DOĞAN, V.; Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Äkit Tarafın Korunması, MHB. 5. (1995) (yayında)
- DOĞAN, V.; Avrupa Birliği Bünyesinde Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Halil CİN'e 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 463-494.
- EDİS, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. bası, Ankara 1983.
- EREN, F.; Borçlar Hukuku, C. I, 4. bası, Ankara 1991.
- FIRSCHING, K.; Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax. 1.(1981), s. 37-43.
- FIRSCHING, K./von HOFFMANN,B.; Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1995
- GAMILLSCHEG, F.; Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14. (1983), s. 307- 373.
- GÖĞER, E.; Devletler Hususi Hukuku, 4. bası, Ankara 1977.
- GÜNUĞUR, H.; Avrupa Topluluğu Hukuku, 2.bası, Ankara 1993.
- HEINI, A.; Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich 1978, s. 67-77.

- İMRE, Z.; Medeni Hukuka Giriş, 3.bası, İstanbul 1980.
- JAYME, E./ HAUSMANN, R.; Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 6.Aufl., München 1992.
- JUNKER, A.; Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen -Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPRax. 13 (1993), s. 1-10.
- JUNKER, A.; Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992. s. 276.
- KEGEL, G.; Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1986.
- KELLER, M./KREN KOSTKIEWICZ, J.; Schweizerisches internationales Privatrecht Kommentar, Zürich 1993.
- KELLER, M./SIERH, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.
- KELLER, M.; Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s. 175-188.
- KREN, J.; Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVglRWiss. 88.(1989), s. 48-70.
- KROEGER, H. E.; Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt a.M. 1984.
- KROPHOLLER, J.; Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- KROPHOLLER, J.; Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ. 42.(1978), s.634– 660.
- LORENZ, E.; Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW. 33. (1987), s. 569-584.
- MARTINY, D.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., München 1990.
- NEUHAUS, P. H.; Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976.
- NOMER, E.; Devletler Hususi Hukuku 7. bası, İstanbul 1993.
- ÖZSUNAY, E.; Medeni Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986.

PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., München 1988.

POROY, R.; Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Arsanlı Armağanı, İstanbul 1978, s.513-550.

SONNENBERGER, H. J.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., Münschen 1990.

SOYER, P. M.; Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991.

TEKİNALP, G.; Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, 4. bastı, İstanbul 1992.

TEKİNALP, G.; Akdi ilişkilere uygulanacak hukuk- MÖHUK.m.24 ve zımnî hukuk seçimi, MHB. 5. (1985), s.28-31.

ULUOCAK, N.; Kanunlar İhtilafı – Yasama Yetkisi kuralları, İstanbul 1971.

VISCHER, F.; Das internationale Vertragsrecht nach dem neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BLM. 1989. s. 183-224.

von HOFFMANN, B.; Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ. 38.(1974), s.396-419.

VOSER, N.; Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993.

ZEVKLİLER, A.; Medenî Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler hukuku- Aile Hukuku, 3. bası, Ankara 1992.

ZEVKLİLER, A.; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996.

ZWEIGERT, K.; Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, RabelsZ. 37.(1973), s. 435-452.