

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN'UN 26. MADDESİNE GÖRE TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Zeynep ÇALIŞKAN*

Giriş

Milletlerarası özel hukuka ilişkin diğer devletlerin düzenlemeleri ve özellikle Avrupa Birliği (AB) mevzuatı incelendiğinde, bazı özel akit tiplerinde uygulanacak hukuk açısından ayrı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Nitekim akdin niteliği ve zayıf durumda olan tüketicinin korunması gereği tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu özel olarak düzenlenmektedir. Türk doktrininin çalışmaları, görüşleri ve 2675 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)”da konu ile ilgili açık bir maddenin bulunmaması nedeniyle uygulamadaki sorunları önlemek amacıyla, 12.12.2007 tarihli ve 5718 sayılı MÖHUK'ta tüketici sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir¹.

Bu çalışmamızda ilk olarak, milletlerarası özel hukukta tüketicinin korunması gereği ele alınmıştır. Daha sonra, milletlerarası özel hukuk çerçevesinde tüketici akitlerinin unsurları açıklanmıştır. Özellikle yabancılık unsuru ve tüketici akdinin niteliği gereği aranan diğer şartlar örnekler verilerek incelenmiştir. Çalışmamızda, tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk ele alınmış, objektif bağlama kuralı olarak kanunumuzda belirtilen “*tüketicinin mutad meskeni*” hukuku ve bu hukukun uygulanma şartları örnekler ile anlatılmıştır. Tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ile ilgili AB mevzuatındaki son gelişmeleri incelemek açısından, Roma I Tüzüğü ile Roma Konvansiyonu'nda yapılan değişiklikler de ayrıca incelenmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi, University of Exeter, LL.M.

¹ RG 12.12.2007-26728.

I. Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması Gereği

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda temel olan anlayış taraflara istedikleri hukuku seçebilme özgürlüğü sağlayan irade serbestisi anlayışıdır. Bu şekilde yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşmede taraflar istedikleri ülkenin hukukunu seçmekte serbesttirler². Hukuk seçimini taraflar aralarındaki sözleşmede bir madde ile kararlaştırabilecekleri gibi aynı zamanda ayrı bir sözleşme olarak da yapabilirler.

Milletlerarası özel hukukta çeşitli menfaatler dikkate alınarak, irade serbestisine sınırlamalar getirilmiştir ve bu sınırlamalar MÖHUK'ta da hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamalar genel olarak kamu düzeni (MÖHUK madde 5), doğrudan uygulanan kurallar (MÖHUK m. 6), tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26) ve iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27) dir. Bu çalışmamızda özellikle incelemek istediğimiz husus tüketici sözleşmelerinde neden irade serbestisinin sınırlandırıldığıdır ve dolayısıyla milletlerarası özel hukukta tüketicinin neden korunduğudur.

Tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri gibi sözleşmelerde taraflar arasında sosyal ve ekonomik açıdan bir dengesizlik vardır. Bu dengesizlik nedeniyle kanun koyucu irade serbestisine sınırlandırma getirmiştir. Bu sınırlandırmanın nedeni ise liberal hukuk anlayışının yerine geçen sosyal devlet anlayışından kaynaklanmaktadır³. İş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmelerde taraflardan biri diğerine göre sosyal veya ekonomik açıdan zayıftır ve bu yüzden bu tür sözleşmelere sosyal içerikli sözleşmeler denmektedir. İrade serbestisi prensibi tanındıkça ekonomik açıdan zayıf olan tarafın korunması gereği daha çok ortaya çıkmaktadır. Özellikle irade muhtariyeti prensibiyle zayıf tarafın korunması gerekliliği zıtlık göstermektedir. Sözleşme serbestisi taraflara tam bir özgürlük sağlasa da bu özgürlük zayıf taraf açısından tam bir esarete de dönüşebilir. Şöyle ki; irade serbestisi uygulanarak bir sözleşme yapıldığında güçlü olan taraf, zayıf tarafı kendisi aleyhine dezavantajlar içeren bir sözleşme imzalamaya mecbur bırakabilir. Özellikle piyasa şartlarında tarafların tamamen

² NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2008, s. 306.

³ Vahit DOĞAN, *Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD), C. 5, S. 1-2 (1996), s. 153.

eşit bir ortamda pazarlık yapmaları beklenemez. Zaten piyasanın mayasında başkalarının gereksinmelerinden faydalanıp bunu fiyat gibi diğer pazarlık şartlarına yansıtma vardır.

Klasik sözleşme serbestisi doktrininden yola çıkarak baktığımızda ise, İngiliz mahkemelerine göre, taraflardan biri diğerinden fakir veya tecrübesiz olduğu için yararlanmaya kalkıyorsa, bu durum eşitsizlik olarak kabul edilmektedir⁴. Diğer bir örnekte UNIDROIT Milletlerarası Sözleşme Prensipleri 1994'e göre sözleşme yapılırken bir taraf lehine adaleti sarsacak kadar çok fazla avantaj düzenlenmesi halinde, diğer taraf sözleşmenin ilgili maddesini veya tüm sözleşmeyi feshedebilir. Adaleti sarsacak kadar derken kast edilen, makul bir insanı şaşırtacak kadar olmasıdır. Özellikle belirtilmesi gereken husus, ekonomik açıdan güçlü tarafın standart sözleşmeler yaparken, bir kimsenin ekonomik açıdan zayıf olmasını özel olarak göz önünde bulundurmamasıdır. Önemli olan nokta, eğer güçlü taraf sözleşmeye hukuk seçimi şartı ya da yetki anlaşmasını da eklemişse, o zaman zayıf tarafın lehine olan millî hukukun koruyucu hükümleri rahatlıkla bertaraf edilebilmesidir. Tabii ki bu durumda da seçilen hukuk güçlü tarafın lehine olacaktır⁵.

Devletler özel hukuku hakkaniyetinin tesisi amacıyla, devletler özel hukuku kuralları çeşitli menfaatleri dikkate alır. Tüketici akitleri gibi zayıf durumda olanı koruma amacı olan akitlerde, devletler özel hukukunun dikkate aldığı menfaat, hukuki işlemin niteliği gereği, taraf menfaatidir. Bunun yanında, maddi hususi hukuk menfaati ve otoriteye ait menfaatler de gözetilmektedir⁶. Özellikle, devletin tüketicinin kendi ülkesinde korunması amacıyla koyduğu bazı kurallar doğrudan uygulama alanı bulmaktadırlar. Bu menfaatler dikkate alınarak, tüketici sözleşmeleri alanında irade muhtariyeti ilkesinin oldukça sınırlandırıldığı iddia edilmektedir⁷. İrade muhtariyetinin tüketici sözleşmelerinde sınırlandırılmasının temelinde iki menfaat grubunun iç içe geçmiş bulunduğu haklı olarak ileri sürülmüştür. Bu menfaat-

⁴ Arzu ALİBABA, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, s. 147.

⁵ ALİBABA, (dn.4), s. 147-148.

⁶ Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2000, s. 54-55.

⁷ Gülin GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara 2000, s. 33.

lerden ilki, sözleşmenin zayıf tarafının bireysel menfaatidir. İkincisi ise, devletin sosyal ve ekonomik politikalar gereği akdin zayıf tarafının korunmasındaki menfaatidir⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, milletlerarası özel hukuk alanında gelişmeler ve özellikle konu ile ilgili "AB" mevzuatına uyum sağlamak amacıyla ve 2675 sayılı MÖHUK'un zayıf taraf olan tüketiciyi korumaya yönelik herhangi bir düzenleme içermemesinden dolayı uygulamada çıkan sorunları engellemek amacıyla, 5718 sayılı MÖHUK'un 26. maddesinde tüketici sözleşmeleri özel olarak hüküm altına alınmıştır. Devletin ekonomik ve sosyal yapısının önemli bir unsuru olan tüketicinin tanımı genel olarak bu sözleşmenin nitelendirilmesini sağlamaktadır. Bu nedenle özellikle madde 26/2'de sayılan şartlar altında sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin korunması sağlanmıştır. Bu şekilde diğer tarafa nazaran daha tecrübesiz ve zayıf olan tüketicinin korunması, ekonomik ve sosyal dengenin oluşturulması açısından önemli unsurlardan biridir⁹. Nitekim tüketici sözleşmeleri ile ilgili MÖHUK'taki düzenlemenin kabul edilme nedeni zayıf tarafın korunması ilkesidir. Sosyo-ekonomik açıdan korunması gereken taraf tüketicidir. Çünkü satıcı veya bankalar tüketiciyi kolaylıkla kandırabilir ya da yanıltabilirler¹⁰. Akdin zayıf tarafı olan tüketicinin milletlerarası özel hukukta korunması lüzumundan dolayı, 26. maddede ayrıntılı olarak düzenlenen şartları taşıyan tüketici sözleşmelerine uygulanacak olan hukukun diğer sözleşmelerden farklı olarak düzenlenmesi gerekliliği doktrinin katkılarıyla, kanun koyucu tarafından dikkate alınmıştır.

⁸ GÜNGÖR, (dn.7), s. 33-34.

⁹ Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Bahadır ERDEM, *12.12.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Şubat 2008, İstanbul, s. 87; Aysel ÇELİKEL, Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk Açıklamalı MÖHUK Tasarısıyla Birlikte*, İstanbul 2007, s. 368.

¹⁰ DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws*, 14th Edition, 2006, Edited by: Lawrence Collins, Adrian Briggs, Jonathan Harris, J.D. Mclean, Campbell McLachlan, C.G.J. Morse, s. 1635.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Tüketici Sözleşmesinin Unsurları

A. Yabancılık Unsuru

Tüketici sözleşmelerinin milletlerarası özel hukukun kapsamında incelenmesi için en önemli şart yabancılık unsurudur. Çünkü herhangi bir sözleşmenin milletlerarası özel hukuk kapsamında incelenebilmesi için yabancılık unsurunu bünyesinde barındırması lazımdır. Nitekim 5718 sayılı Kanun'un 1. maddesinde de kanunun uygulanabilirliği yabancılık unsuruna bağlıdır. Yabancılık unsuru milletlerarası özel hukuku ilgilendiren hukuki ilişkilerde birden fazla noktada bulunabilir. Örneğin, biri Türk vatandaşı diğeri ise İtalyan vatandaşı olan iki kişi, aralarında bir sözleşme yapar ve Fransa'daki şirketin ürettiği gözlük camlarının Türkiye'de satışını kararlaştırırlarsa, Türkiye açısından yabancılık unsuru tarafların tabiiyeti ve malların bulunduğu yer nedeniyle bulunmaktadır.¹¹ Ancak yabancılık unsuru somut olaya göre değişkenlik göstereceğinden genel olarak kişilerin vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya ulaştığı yer, olayın meydana geldiği yer yabancılık unsuru içerebilir¹². Daha açık bir ifade ile sözleşmenin yabancılık unsuru barındırması için, taraflardan birinin farklı vatandaşlıkta olması ya da taraflardan birinin ikametgâhının veya mutad meskeninin farklı bir ülkede bulunması veya taraflarca yabancı bir ülkenin hukukunun seçilmesi hallerinden birinin varlığı gereklidir.¹³ Milletlerarası özel hukukta tüketici akdinden söz edebilmemiz için yabancılık unsuru yanında, akdin niteliği gereği, başka şartlar da aranmaktadır. Bu şartları aşağıda detaylı bir şekilde anlatmaya çalışacağız.

¹¹ NOMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 93; Gülören TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları*, İstanbul 2004, s. 1.

¹² TEKİNALP, (dn. 11), s. 14.

¹³ Nuray EKŞİ, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, İstanbul 2004, s. 57.

B. Tüketici Sözleşmesi Kavramı

Milletlerarası özel hukuk anlamında bir tüketici sözleşmesinden söz edilebilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Tüketicinin tanımı maddede açıkça yapılmamıştır. Fakat MÖHUK'un 26. maddesinin 1. fıkrasında tüketici sözleşmesinin tanımı "*meslekî veya ticarî olmayan amaçla*" yapılan sözleşmeler olarak ifade edilmiştir. Buradan da açıkça anlaşıldığı gibi, tüketici meslekî amaçla ya da ticarî kazanç gütmeyen, diğer bir deyişle kendi kişisel kullanımı ya da ailesinin kullanımı için mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına ilişkin sözleşmeyi yapıyorsa devletler özel hukuku anlamında bir tüketici akinden söz edilir. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun 120. maddesinde de tüketici tanımı yapılmamış, sadece eşyanın veya hizmetin sağlanmasına yönelik faaliyetin amacı belirlenmiştir. Aynı şekilde 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nda da tüketicinin tanımı yapılmamıştır. Tüketici her ne kadar tanımlanmasa da, milletlerarası özel hukuk alanında bir tüketici sözleşmesinden bahsedebilmemiz için yabancılik unsuru yanında, sözleşme taraflarından birinin tüketici olması gerekir.

Maddede sözleşmenin karşı tarafının da tanımı yapılmamıştır. Bu yüzden şöyle bir soru akıllara gelebilir: Sözleşmenin iki tarafı da tüketici olabilir mi? Genel anlamda tüketici sözleşmelerinin ayrı madde altında düzenlenmesinin nedeni düşünüldüğünde cevap zaten bellidir. Zayıf tarafın korunması düşüncesinden dolayı, tüketici sözleşmeleri ayrı bir hüküm altında düzenlenmiştir. Ekonomik pazarda eğer sözleşmenin iki tarafı da eşit güce sahipse, zayıf ve güçlü taraflar oluşmaz. Bu nedenle, iki tarafın da tüketici olduğu sözleşmelerde bir taraf diğerine göre zayıf olmayacağından, tüketici sözleşmelerine ilişkin özel hükmü uygulamak anlamsızlaşır¹⁴.

Milletlerarası özel hukukta tüketici sözleşmeleri anlamında karşılaşılabilecek en büyük sorun, tüketicinin karşısında olan âkit tarafın, amacı meslekî veya ticarî olan bir tüketici sözleşmesi yaptığından hareket etmesi durumunda iyi niyetinin korunup korunmayacağı hususudur. Doktrinde bir görüşe göre, "*diğer âkit taraf, amacı meslekî veya ticarî olan bir tüketici sözleşmesi yaptığından hareket etmekte ise,*

¹⁴ Jens RINZE, *The Scope of Party Autonomy under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Journal of Business Law 1994, s. 421.

onun iyi niyetinin korunması gerekir. Aksini ispat külfeti, genel ispat ilkelerine uygun olarak, 26. maddesi hükmünün uygulanmasını talep eden tüketiciye düşer.”¹⁵. Gerçekten öyle durumlar olabilir ki, tüketici konumundaki sözleşmenin tarafı kısmen kişisel veya ailevi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sözleşme yapabileceği gibi, kısmen de meslekî ve ticarî amaca yönelik faaliyette bulunabilir.¹⁶ İşte bu durumlarda tüketici sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin kuruluş anındaki amaca bakılacaktır. Bu amacın yorumlanmasında da objektif kriter esas alınır.¹⁷ Diğer bir ifade ile, “edimi sunan kişinin bütün şartları göz önüne alınarak dürüstlük kuralları çerçevesinde o aktin tüketici akti olduğunu anlayıp anlamadığına bakılabilir.”¹⁸.

C. Tüketici Sözleşmesinin Konusu

MÖHUK madde 26/1’de de açıkça belirtildiği üzere tüketici akdinin konusunu “mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri” oluşturur. Bu şekilde kanun, tüketici sözleşmelerinin konusunu da sınırlandırmış olmaktadır. Maddenin 1. fıkrasında maldan kastedilen taşınır mallardır. Zira taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeler MÖHUK’un 25. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir¹⁹. 25. Maddenin kapsamı dâhilinde taşınmazlara veya taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin (*lex rei sitae* ilkesi gereğince) taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir²⁰. Bu yüzden tüketici sözleşmeleriyle ilgili olan maddede taşınmazların maddede belirtilen “mal” kapsamına girmemesi kanunun ruhuna uygundur.

MÖHUK madde 26/1’de ayrıca kredi sağlanmasına yönelik sözleşmeler de tüketici sözleşmelerinin kapsamına dâhil edilmiştir. Burada kapsama dâhil edilen kredi, bankaların tüketiciye kendi şahsı için ya

15 NÖMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 331.

16 ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 12.

17 ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 59.

18 ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 12.

19 Bakınız, MÖHUK Madde 25: “Taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir.”

20 Yeşim ATAMER, *Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), 1995-1996, C. 55, S. 1-2, s. 428.

da ailesi için kullanılmak üzere verdiği kredidir. Maddenin kapsamında bir kredi sözleşmesinden bahsedebilmek için, bankanın, tüketicinin ticarî veya meslekî amaç gütmeyerek istediği hizmeti, yerine getirmesi ya da finanse etmesi gerekmektedir. Bazı ülkelerde ise bankaların düzenlediği kredi sözleşmeleri oldukça geniş tutulmuştur. Alman doktrininde sadece bir malın veya hizmetin sağlanmasına ilişkin kredi sözleşmeleri hariç tüm kredi sözleşmelerini tüketici sözleşmesi olarak yorumlayanlar mevcuttur²¹.

Ayrıca İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun 120. maddesinde ise tüketici sözleşmelerinin konusunun içeriği geniş tutulmuştur. Özellikle malın teslimi ve bir işin görülmesine ilişkin konular da dâhil edilmiştir. Tabii ki buradaki tüketici sözleşmeleriyle ilgili maddede de belirtilen "*hizmet*", iş sözleşmeleri anlamında bir hizmet akdi teşkil etmez. Çünkü iş sözleşmeleri, MÖHUK'un 27. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

MÖHUK madde 26'da belirtilen "*hizmet*"in kapsamına ise vekâlet sözleşmesinin girip giremeyeceği konusu özellikle Alman hukukunda çok tartışılmıştır. Özellikle şahsi veya ailevi konuları çözümlmek için yapılan avukatlık sözleşmeleri tüketici sözleşmeleri kapsamındadır. Fakat aksi durumlar tüketici sözleşmelerine dâhil edilemez²².

MÖHUK 26. maddenin son fıkrasında belirtildiği üzere, taşıma sözleşmeleri maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Zira yabancı unsurlu eşya taşıma sözleşmelerinde uygulanacak hukuk özel olarak MÖHUK'un 29. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanında Türkiye'nin de taraf olduğu taşıma sözleşmelerine ilişkin çok sayıda milletlerarası sözleşme bulunmaktadır²³. Dolayısıyla taşıma sözleşmelerinin tüketici akdi kapsamında değerlendirilmemesi hem AB mevzuatı hem de MÖHUK kapsamında yerinde olmuştur. Fakat burada belirtilmesinde fayda olan bir husus ise taşıma ve konaklama ücreti dâhil tek fiyat uygulanan ve pa-

21 ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 61.

22 ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 62.

23 Bakınız Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası taşıma sözleşmeleri: Uluslararası Demiryolu Taşımacılığına İlişkin Anlaşma "Convention Concerning International Carriage by Rail (COTIF)", RG 1.6.1985/18771, Kanun no. 3172, Kanun tar. 21.3.1985; COTIF'de Değişiklik Yapan Sözleşme RG 22.6.1994/21968, Kanun no. 3938, Kanun tar. 7.12.1993; Eşyaların Kara Yolundan Uluslararası Nakliyatına Dair Mukavele Sözleşmesi (CMR), RG 4.1.1995/22161, Kanun no. 3939, Kanun tar. 7.12.1993.

ket tur olarak tanımlanan sözleşmelerin tüketici sözleşmeleri kapsamında olduğudur. Bu düzenleme, MÖHUK'un 26. maddesinin esinlendiği Roma Konvansiyonu ile de uyum göstermektedir. Şunu belirtmek gerekir ki, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü haline getirilmiş ve bu yapılırken Roma Konvansiyonu'ndaki bazı hükümler değiştirilmiştir²⁴. Roma I Tüzüğü'nde de taşıma sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleriyle ilgili maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır²⁵. Dolayısıyla, Roma I Tüzüğü ile MÖHUK'un 26. maddesi bu konu açısından uyumludur. Ayrıca, Roma I Tüzüğü'nde paket tur diye tanımlanan sözleşmeler tüketici sözleşmeleri kapsamı içindedir ve tanımı Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Tüzükte 90/314/EEC yönergesinde tanımlanan paket turlar hariç tüm taşıma sözleşmeleri maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu yönerge kapsamında "paketin" anlamı 24 saatten fazla bir zamanı kapsayan veya bir gecelik konaklamayı içeren ve her şeyin dâhil olduğu bir fiyatla satılan veya satılması teklif edilen taşıma, konaklama ve diğer turistik hizmetlerin (bu hizmetlerden herhangi ikisi birleştiğinde) önceden düzenlenmiş kombinasyonlarını ifade eder²⁶.

Ayrıca, MÖHUK'un 26. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere, tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeler, maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Dolayısıyla, bu durumda olan tüketici sözleşmelerinde, MÖHUK'un 26. maddesi uygulanmayacaktır²⁷.

D. Tüketici Sözleşmesine İlişkin Şartlar

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerine tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için aşağıdaki şartlar aranacaktır.

²⁴ Bu konu aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştır. Bakınız VI. Kısım, Milletlerarası Özel Hukukta Roma I Tüzüğü ile Tüketici Sözleşmelerine Getirilen Son Değişiklikler.

²⁵ 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. 177/6, 4.7.2008, s. 12.

²⁶ European Commission, *Report on the Implementation of Directive 90/314/EEC on Package Travel and Holiday Tours in the Domestic Legislation of EC Member States*, (Çevrimiçi), http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/pack_trav/pack_trav02_en.pdf, 09.01.2009, s. 7.

²⁷ ÖZTEKİN GELGEL, ERDEM, (dn. 9), s. 89.

1. Pazarlama Faaliyetlerinin Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkede Gerçekleştirilmesi

Milletlerarası özel hukukta tüketici akdinin olabilmesi için tüketiciye üretici tarafından gönderilen davetin veya ilanının tüketicinin mutad meskeninde yapılmış olması aranır²⁸. Yani başka bir deyişle tüketici bu davete veya ilana, somut olarak anlatmak gerekirse reklama, mutad meskeninde değil de yabancı bir ülkede maruz kalırsa bu madde kapsamına girmez. 5718 Sayılı MÖHUK'un esinlenildiği Roma Konvansiyonu'yla ilgili bir raporda daha ileri gidilerek reklamın tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeyi hedeflemiş olması gerektiği belirtilmiştir²⁹. Aslında Roma Konvansiyonu'nda tüketici sözleşmelerinin ayrı ve sınırlı bir şekilde düzenlenme nedeni sosyo-ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması ihtiyacı olduğundan, reklamın tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlete yöneltmiş olması şartının yerinde olduğu açıkça anlaşılır. Bunun yanı sıra tüketicinin sözleşmenin kurulması amacıyla yaptığı bütün hukuki işlemler de tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapılmalıdır. Bu düzenleme tüketicinin korunmasını belirli şartlara bağlayarak daha dar kapsamda fakat daha etkin bir korumayı amaçlamıştır. Ayrıca mutlaka belirtilmesi gereken önemli bir nokta da, ancak MÖHUK madde 26/2. fıkradaki bu şartlardan birinin yerine gelmesiyle tüketici sözleşmelerine "*tüketicinin mutad meskeni hukuku*" uygulama alanı bulur³⁰. Bu şartlardan herhangi biri yerine gelmezse, tüketicinin mutad mesken hukuku, tüketici sözleşmelerine uygulanamaz. Bu düzenlemeyle tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku ile tüketici sözleşmesi en sıkı ilişkili hale getirilmiştir ve bu şekilde zayıf taraf olan tüketici en iyi bildiği hukukla koruma altına alınmış olmaktadır.

Roma I Tüzüğü'nün tüketici sözleşmelerini düzenleyen 6. maddesini incelediğimizde, tüketici sözleşmelerine ilişkin hem MÖHUK'un 26. maddesinde hem de Roma Konvansiyonu'nun 5. maddesinde yer alan şartların kaldırıldığı tespit edilmiştir. Roma I Tüzüğü ile tüketici akdinin karşı tarafının, ticarî veya meslekî faaliyetlerini tüketicinin mu-

²⁸ Peter KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Dartmouth Publishing Company Ltd. 1993, s. 209.

²⁹ Mario GIULIANIO, Paul LAGARDE, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, OJ L 266 of 9 October 1980, s. 24.

³⁰ ÖZTEKİN GELGEL, ERDEM, (dn. 9), s. 88.

tad meskeninin bulunduğu ülkede yapması veya bu faaliyetleri doğrudan tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkeye ya da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke de içinde bulunmak şartıyla birden fazla ülkeye yöneltmesi ve sözleşmenin de bu faaliyetler kapsamında yapılmış olması aranmaktadır. Dolayısıyla, Roma I Tüzüğü, tüketici sözleşmesine ilişkin şartlar bakımından, Roma Konvansiyonu'na göre, tüketicinin daha kapsamlı korunmasını hedeflemiştir³¹.

2. Tüketicinin Siparişinin Kendi Mutad Meskeninde Kabul Edilmesi

Bu şartta tüketici sözleşmesinin tüketicinin mutad meskeninde kurulması aranmamakla beraber sadece karşı tarafın tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninde alması yeterlidir³². Örneğin ülkemizde ürün tanıtımı amacıyla yabancı firmalar tarafından çeşitli fuarlar kuruluyor ve bu fuarlarda firmalar veya temsilcileri stantlarda ürün tanıtımı yapıyorlar. İşte tüketici bu tanıtılan ürünlerden birinin siparişini Türkiye'de verse ve daha sonra sözleşme (diyelim ki firma Almanya menşeli bir firma olsun) Almanya'da kurulsada dahi MÖHUK madde 26/2 (b)'ye göre bu duruma da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ayrıca maddede açıkça ifade edildiği gibi, malı ya da hizmeti sağlayan, malın ya da hizmetin şahsen sahibi olabileceği gibi temsilcisi de olabilir.

3. Satıcı Tarafından Düzenlenen Yurtdışı Gezilerinde Yapılan Satışlar

MÖHUK 26/2 (c) bendinde açıkça düzenlendiği şekliyle sözleşmenin satım sözleşmesi olduğu durumlarda tüketici, satıcının malını satmak amacıyla düzenlediği geziye katılarak başka ülkeye gitmiş ve siparişini de orada vermişse, bu duruma tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanır. Görüldüğü üzere burada tüketicinin mutad meskeninde yapılan sözleşmeler ile satıcının üstünlüğüyle kurulan sözleşmeler aynı muameleye tabi tutulmuştur. Bu fıkra ile ko-

³¹ OJ L 177/6, 17.06.2008, s. 12.

³² ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 65.

runmak istenen tüketici, satıcının teşvikiyle yurtdışına çıkmıştır ve bilmediği bir ülkenin hukukuna göre sözleşme yapması olasıdır. Aynı zamanda tüketici satıcının düzenlediği gezi sonucunda bilmediği bir hukukun dezavantajlarıyla da karşı karşıya kalmış olacaktır. İşte bu düzenlemeyle satıcının teşvikiyle yurt dışına çıkmış olan tüketicinin korunması amaçlanmıştır³³. Bu korunma da maddede açıklanan şekilde yapılan tüketici sözleşmelerine tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku uygulanarak gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla, tüketicinin kendi mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna göre koruma altına alınması, Türk devletler özel hukukunun hakkaniyetini sağlamaya yönelik bir düzenlemedir.

Fakat burada şöyle bir soru karşımıza çıkabilir: Eğer yabancı bir tüketici kendi isteğiyle Türkiye’de gezerken bir sözleşme yaparsa, yine bu hükümden yararlanarak kendi mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukunun uygulanmasını talep edebilecek midir? Bu nokta MÖHUK madde 26’da düzenlenmemiştir. Bunun nedeni, özellikle maddenin 2. fıkrasındaki özel durumları belirterek maddenin koruma kapsamını sınırlandırmak ve özellikle Türk devletler özel hukukunda hangi durumlarda tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını belirlemektir.

MÖHUK madde 26/2 (c) bendi ile korunmak istenen tüketici, satıcının teşvikiyle geziye katılarak yurtdışına çıkmış ve burada siparişini vermiş olmalıdır. Anlaşıldığı gibi bu bendi diğer iki bentten ayıran unsur satıcının tüketiciyi gezi için teşvikidir. Tüketicinin MÖHUK’taki bu düzenlemeden yararlanabilmesi için yurtdışına satıcının teşvikiyle çıkmış olması gereklidir. Önemli olan başka bir husus da, bu fıkranın uygulanabilmesi için taşıma yükümlülüğünün satıcıya ait olmasının aranmamasıdır. Sözleşmenin kurulduğu yerin yabancı ülke olması veya tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer olmasının bu bent açısından bir önemi yoktur; çünkü burada tüketicinin korunması için kapsam geniş tutulmuştur.

Burada açıklanması gereken başka bir konu da taşıma sözleşmeleridir. Roma Sözleşmesi’nde³⁴ olduğu gibi MÖHUK’ta da taşıma sözleş-

³³ GIULIANO & LAGARDE, (dn. 29), s. 25.

³⁴ GIULIANO & LAGARDE, (dn. 29), s. 24.

meleri 26. maddenin kapsamına dâhil edilmemiştir. Bu yüzden mesele yurt dışındaki dil kurslarına veya otelde konaklamaya dair sözleşmeler bu madde kapsamında değildir. Fakat konaklama veya taşımanın tek fiyat olarak dâhil olduğu paket program şeklindeki seyahat sözleşmelerine 26. madde uygulanabilecektir³⁵. Taşıma sözleşmeleri, paket turlar hariç genel hüküm olan madde 24'e, eşya taşıma sözleşmeleri ise MÖHUK madde 29'a tabidir³⁶.

Görüldüğü üzere MÖHUK madde 26/2'yle tüketici sözleşmelerinde mutad mesken hukukunun uygulanmasının hudutları ve ihtivası belirlenmiştir³⁷.

III. Tüketici Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Olan Hukuk

A. Sübjektif Bağlama: İrade Muhtariyeti

İrade muhtariyeti prensibi milletlerarası sözleşmelerin taraflarının sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak istedikleri ülkenin hukukunu seçebilme serbestîsidir. Sübjektif metot, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukta kabul edilen bir yöntemdir³⁸. Diğer bir ifadeyle, irade muhtariyeti, milletlerarası özel hukukta önemli bir yere sahiptir. Bunun nedeni ise bir milletlerarası sözleşmenin esasına uygulanacak olan en iyi ve en uygun hukukun tarafların kendi aralarında belirlediği hukuk olmasıdır. Tüm bu nedenlerin sonucunda milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti prensibi bağlama kuralı oluşturur ve bu nedenle de akdî ilişkinin esasına uygulanacak olan hukuku belirler³⁹.

Doktrinde önceleri yer alan ve objektif görüş adı verilen bir görüşte irade muhtariyetine sınırlama getirilmiştir. Şöyle ki, objektif görüşe göre

³⁵ ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 66-67.

³⁶ Gülin GÜNGÖR, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara 2007, s. 249.

³⁷ ÇELİKEL, ERDEM, (dn. 9), s. 369.

³⁸ Ziya AKINCI, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1992, s. 10.

³⁹ ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 93.

milletlerarası bir sözleşmenin tarafları istedikleri hukuku sözleşmeye uygulanacak olan hukuk olarak seçemezler. Bu görüşe göre, yetkili hukuk belirlenirken objektif esaslar dikkate alınmalıdır⁴⁰. Bu görüşün tam tersi ise tarafların istedikleri ülke hukukunu sözleşmelerine uygulanacak olan hukuk olarak seçme hakkı veren subjektif görüştür. Genel olarak Roma I Konvansiyonu'nda ve 5718 sayılı MÖHUK'ta benimsenen görüş subjektif görüştür. Fakat bu görüşü benimseyen ülkeler aynı zamanda bu görüşe bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamaya en güzel örnek MÖHUK 26. maddede düzenlenen tüketici sözleşmeleridir.

Özellikle Türk hukukunda tüketici yararına konmuş hükümlerin "*kamu yararına*" olduğu açıkça 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 1. maddede belirtilmiştir⁴¹. Bu arada getirilen sınırlandırma kamu düzeni adına tüketiciyi korumak amaçlıdır. Çünkü irade muhtariyeti ilkesinin bir tarafın diğerine göre zayıf olduğu akitlerde güçlüden yana olduğu ve irade serbestisi uygulandığında sözleşmeyi güçlü tarafın şekillendirdiği düşüncesi hâkimdir⁴². Tüketici, sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıya oranla zayıf taraftır ve bu yüzden de kamu düzeninin sağlanması için korunması gereken taraftır. Tüm toplumun tüketici olduğu düşünülürse, o zaman tüketicinin kamu düzeninin sağlanması için korunması gerekliliği daha iyi anlaşılır. Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi serbestisi MÖHUK 26/1. fıkrada tanınmıştır. Fakat yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü yine aynı maddede irade serbestisine sınırlandırma getirilmiştir. Seçilen hukuka objektif bağlama kuralı ile sınırlama getirilmiştir.

B. Objektif Bağlama Kuralı: Tüketicinin Mutad Meskeni Hukukunun Uygulanması

Türk kanunlar ihtilafı hukukuna göre, taraflar yaptıkları tüketici sözleşmesini bir hukuk seçimi yaparak, seçtikleri hukuka tabi tutabilirler. Tüketici sözleşmesini düzenleyen 26. maddede, hukuk seçiminin

⁴⁰ AKINCI, (dn. 38), s. 10, 23.

⁴¹ RG 08.03.1995-22221.

⁴² ATAMER, (dn. 20), s. 422.

açık veya zımnî olarak yapılabileceği konusu belirtilmemiştir. Dolayısıyla, genel hüküm olan 24. madde uygulanır. 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde, hukuk seçiminin tarafların açık veya zımnî irade beyanlarıyla yapılabileceği düzenlenmiştir⁴³. Hukuk seçiminin zımnî irade beyanı ile de yapılabileceği, maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde kabul edilmiştir; *“sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından terreddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir”*. Yalnız tüketici sözleşmelerinin niteliği gözönünde bulundurulduğunda açıkça anlaşılmaktadır ki zımnî hukuk seçimi zayıf tarafın korunması ilkesiyle bağdaşmaz. Çünkü zayıf taraf olan tüketici zımnî hukuk seçimiyle meslekî veya ticarî faaliyet gösteren kişi tarafından kolayca yanıltılabilir. Bu durum da MÖHUK'un 26. maddesinin düzenlenme amacı olan zayıf tarafın korunması ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanaatimizce, tüketici sözleşmelerinin niteliği gereği, bu sözleşmelerde sadece açık hukuk seçiminin kabul edilmesi, düzenlemenin amacına uygun olacaktır.

Ayrıca yukarıda açıkladığımız üzere, bu hukuk seçimi sınırsız değildir. Özellikle tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun tüketiciye tanıdığı, asgari koruma sağlayan emredici hükümler sözleşmeye de uygulanır. Daha açık bir dille ifade etmek gerekirse; hukuk seçimi yoluyla, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukunun emredici hükümleriyle sağladığı asgari koruma bertaraf edilemez⁴⁴. Burada önemli olan nokta, örnekle açıklamak gerekirse, Türk vatandaşı bir tüketicinin, bir Alman firması ile yapmış olduğu akitte, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak Alman hukukunu seçmiş olmaları durumunda, eğer Alman hukuku tüketici olan tarafa Türk hukukunun getirdiği asgari koruma sağlayan emredici hükümlerden daha fazla koruma getiriyorsa o zaman sözleşmeye Alman hukuku uygulanır. Fakat eğer Alman hukukunun sağladığı koruma Türk hukukunun sağladığı asgari korumadan daha azsa, o zaman da sözleşmeye Türk hukukunun sağladığı asgari koruma sağlayan emredici hükümler uygulanır.

Bu noktada açıklanması gereken önemli bir husus da amacı meslekî veya ticarî olan veya olmayan tüketici akitleridir. MÖHUK madde

⁴³ NOMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 309.

⁴⁴ NOMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 332.

26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri, birinci bölümde de belirtildiği gibi, amacı meslekî veya ticarî olmayan tüketici sözleşmeleridir. Zira amacı meslekî veya ticarî olan sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği için MÖHUK madde 24 kapsamına girmektedir⁴⁵.

Açıklanması gereken başka bir önemli husus ise, kanun koyucunun tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerin asgari koruma sağlayan emredici hükümlerinin tarafların hukuk seçimi serbestîsini sınırlayarak tüketici sözleşmesine uygulanacağını belirlemiş olmasının nedeni. Bunun en önemli nedeni, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukunun, tüketicinin en iyi bildiği ve tüketiciyi en iyi şekilde koruyacağı farz edilen hukuk olmasıdır. Ayrıca tüketici, günlük hayatını idame ettiği ve tüm sosyal ilişkilerini sürdürdüğü bir yerde korunmalıdır. Çünkü tüketicinin haklarını en iyi şekilde koruyabilecek olan hukuk, mutad meskeninin bulunduğu yerin hukuku olabilir. Bu doğrultuda eğer tüketici bir davet alarak veya bir seyahat programı içinde bir başka ülkeye gitmişse, o zaman da kendi mutad meskeninin koruyucu hükümleri onunla beraber gelerek onu korumalıdır. Burada mutad mesken hukukuyla getirilen sınırlama “*objektif olarak seçilen bağlama noktaları ile tarafların iradesine getirilen bir sınırlamadır.*”⁴⁶.

Ayrıca önemli olan başka bir konu da tarafların aralarında herhangi bir ülkenin hukukunu sözleşmeye uygulanacak olan hukuk olarak seçmemeleri halidir. Pratik hayat düşünüldüğünde, tüketici alım satım yaparken çoğunlukla hukuk seçimi yapmaz, bu nedenle de özellikle MÖHUK 26/2 fıkrasının (hukuk seçimi yapılmayan durumların) daha çok uygulama alanı bulacağı unutulmamalıdır. Bu durumda ise yine tüketicinin mutad meskeni hukuku sözleşmeye uygulanır.

Şu ana kadar anlatılanları özetlemek gerekirse, tüketicinin mutad meskeni hukuku, hem tüketicinin asgari olarak korunmasını sağlamak açısından tüketicinin lehine olan bazı emredici hükümleri, hem de taraflar arasında herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı zaman esasa ilişkin hukuk olarak da uygulanabilir. Zira “*tüketicinin mutad mesken hukuku*” objektif bağlama kuralı olarak MÖHUK'un 26. maddesinde belirlenmiştir. Yukarıda açıkladığımız üzere, bu hukuk, tüketicinin en

⁴⁵ NOMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 332.

⁴⁶ ÖZTEKİN GELGEL, (dn. 6), s. 98-99.

iyi bildiği ve dolayısıyla tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu kabul edilen hukuktur. Mutad mesken hukukunun da bazı şartlar yerine gelirse uygulanabileceğini unutmamak gerekir. Bu şartlar MÖHUK madde 26/2. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Şöyle ki;

- “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.”

26. maddenin (a) bendinde, reklam veya açık davet vasıtasıyla tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede sözleşmenin kurulmuş olması ve tüketicinin sözleşmeyi kurmak için gerekli tüm hukuki işlemleri bu ülkede yapması durumunda, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir⁴⁷. Bir örnekle açıklamak gerekirse, tüketici gazeteler yoluyla yapılan reklamlara ya da evine dağıtımı yapılmış olan bir katalog vasıtasıyla diğer bir deyişle bu reklamların ikna ediciliğine kapılarak bir malı beğenip almak üzere bir sözleşme yaptıysa, bu durumda tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku yetkili olacaktır. Fakat bu hükmün uygulanabilmesi için tüm bu tüketiciye yönelmiş olan reklamlar tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yöneltilmiş olmalı ve o ülkede yapılmalıdır. Mesela bir Türk, Türk gazetelerinde çıkan bir Alman şirketinin reklamından dolayı bir sözleşme yaparsa bu sözleşme bu hükmün kapsamına girer, fakat eğer tüketici Türkiye’de de yayınlanan bir Fransız gazetesinde gördüğü bir reklamdan dolayı sözleşme yaparsa o zaman bu fıkranın kapsamına girmeyecektir.

26. maddenin (b) bendinde ise tüketicinin karşısındaki taraf veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almışsa, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygu-

⁴⁷ NOMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 333; ÇELİKEL, ERDEM, (dn. 9), s. 368.

lanacaktır. Bu duruma örnek olarak, yabancı ülkelerden gelen firma sahiplerinin Türkiye'deki çeşitli fuarlarda kurdukları stantlar veya yabancı firmaların Türkiye'deki şubelerinde temsilcileri vasıtasıyla yaptıkları satışlar verilebilir.

26. maddenin (c) bendinde ise, tüketicinin eğer sözleşme satım sözleşmesi ise satıcının malını tanıtmak ya da satmak amacıyla düzenlediği bir gezi ile başka bir yabancı ülkeye gitmesi ve siparişini de orada vermesi durumu düzenlenmiş olup, bu halde de tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır⁴⁸. Getirilen bu düzenleme ile tüketicinin mutad meskeninde gerçekleşen sözleşme ile satıcının teşviki ile gezi sonrasında yurt dışında akdedilen bir sözleşme aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Burada önemli olan nokta, satıcının malın alımını sağlamak, bir nevi teşvik için bu geziyi düzenlemesidir. Satıcının gezide taşıma yükümlülüğünü üzerine alması şart değildir. Fakat bu geziyle satıma tüketiciyi teşvik etmiş olması maddenin uygulanması için şarttır.

IV. Tüketici Akitlerinde Şekle Uygulanacak Hukuk

Tüketici akitlerinde şekle uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 26. maddesinin 3. fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tüketici sözleşmeleri, maddede belirtilen şartlar altında yapılmış ise, bu sözleşmelerin şekline tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Bu düzenleme yerinde bir düzenleme olarak görülmektedir. Zira, zayıf durumda olan tüketiciyi korumak amacıyla getirilen ve tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk olarak belirtilen objektif bağlama kuralı "*tüketicinin mutad meskeni hukuku*" ile şekle uygulanan hukukta birlik sağlanması tüketici için yararlı olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Ayrıca, 5718 sayılı Kanununun 7. maddesinde hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuk olarak belirtilen genel şekil kuralının, tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmadığı da, yapılan düzenlemenin bir gerekçesini oluşturmaktadır⁵⁰.

⁴⁸ NOMER, ŞANLI, (dn. 2), s. 333; ÇELİKEL, ERDEM, (dn. 9), s. 368.

⁴⁹ ÖZTEKİN GELGEL, ERDEM, (dn. 9), s. 88-89.

⁵⁰ ÖZTEKİN GELGEL, ERDEM, (dn. 9), s. 88.

V. Milletlerarası Özel Hukukta Roma I Tüzüğü ile Tüketici Sözleşmelerine Getirilen Son Değişiklikler

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunumuzun esinlendiği 1980 Roma Konvansiyonu'nun tüketici sözleşmesi ile ilgili hükümlerine Roma I Tüzüğü ile bazı değişiklikler getirilmiştir. Özellikle, Brüksel I Tüzüğü'ne (Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC No 44/2001)) uyum sağlamak amacıyla, tüketici sözleşmesinin kapsamı değiştirilerek Roma Konvansiyonu'nun tüzüğe dönüştürülmesi çalışmaları 17 Haziran 2008 tarihinde tamamlanmıştır⁵¹. Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesinde tüketici sözleşmelerinin tanımı genişletilerek yeni bazı fıkralar eklenmiştir⁵². Bu maddeye göre;

1. Taşıma sözleşmeleri ile ilgili (5. madde) ve sigorta sözleşmeleriyle ilgili (7. madde) geçerliliklerini korumak kaydıyla, meslekî veya ticarî olmayan bir amaç güden gerçek kişi (tüketici) ile meslekî veya ticarî amaçla hareket eden diğer bir kişi arasında yapılan sözleşmeye ancak aşağıda belirtilen şartlar yerine geldiği takdirde;
 - (a) sözleşmenin karşı tarafı, meslekî veya ticarî faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yürütüyorsa veya
 - (b) herhangi bir suretle, ticarî ya da meslekî faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye ya da aralarında tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin de olduğu birkaç ülkeye doğrudan yöneltirse

ve sözleşme karşı tarafın faaliyetleri kapsamında yapılırsa tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.
2. 1. paragraftaki hükme rağmen, taraflar aralarında, 1. paragraftaki hükümde belirtilen şartları taşıyan bir sözleşme yaparak bu yaptıkları sözleşmeye uygulanacak olan hukuku 3. maddeye göre belirleyebilirler. Taraflarca seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğurmaz.

⁵¹ Peter STONE, *EU Private International Law Harmonization of Laws*, Elgar European Law, 2006, s. 317.

⁵² OJ L 177/6, 17.06.2008, s. 11-12.

3. Eğer 1. paragraftaki (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şartlar yerine getirilmezse, sözleşmenin karşı tarafı ile tüketici arasındaki sözleşmeye uygulanacak olan hukuk 3. ve 4. maddelere göre belirlenir.
4. 1. ve 2. paragraflar aşağıdaki hallerde uygulanmaz:
 - (a) Tüketicie onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede münhasıran hizmet sunulması için yapılan sözleşmelere,
 - (b) Paket turlar, paket seyahatler ve paket tatilleri ile ilgili 90/314/EEC Konsey Yönergesi'ndeki⁵³ tanımı doğrultusundaki paket turlar haricindeki taşıma sözleşmelerine,
 - (c) Yönerge 94/47/EC⁵⁴ anlamındaki devre mülklerin kullanım hakkı ile ilgili sözleşmeler haricindeki, taşınmazların kullanım hakkı veya taşınmazlara ilişkin aynı haklar ile ilgili sözleşmelere,
 - (d) Finansal araç oluşturan haklara ve yükümlülükler ve halka arz ya da yayınlamayla ilgili kuralları ve koşulları oluşturan haklar ve yükümlülükler ve halka devredilebilen menkul kıymetlerin alım teklifi ve devredilebilen menkul kıymetlerde tahvillerin iştirak taahhüdü ve geri ödemesi gibi fiiller bir dereceye kadar bir finansal hizmet hükümü oluşturmazlar.
 - (e) 4/1 h bendi kapsamına giren sistemde sonuçlanmış olan sözleşmelere⁵⁵.

Roma I Tüzüğü'nde düzenlenmiş olan tüketici sözleşmeleri ile 1980 Roma Konvansiyonu'nda düzenlenmiş olan tüketici sözleşmeleri arasında bazı farklılıklar vardır. Öncelikle Roma Konvansiyonu'nda 5. maddede düzenlenen tüketici sözleşmeleriyle ilgili düzenlemenin ilk fıkrasında tüketici sözleşmesinin tanımı yapılırken, sözleşmenin karşı tarafının tanımı yapılmamıştır. Fakat Roma I Tüzüğü'nün tüketici sözleşmelerini düzenleyen 6. maddesinde sözleşmenin karşı tarafın-

⁵³ Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, OJ L 158, 23.06.1990, s. 59.

⁵⁴ Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, OJ L 280, 29.10.1994, s. 83-87.

⁵⁵ OJ L 177/6, 17.06.2008, s. 11-12.

dan ne anlaşılacağı açıkça belirtilmiştir ve bu şekilde de tüketici sözleşmelerinin tanımı genişletilmiştir. Roma Konvansiyonu'nda ise bu şekilde bir düzenleme olmamakla birlikte madde 5/2'de, tüketici (satıcının teşvikiyle katıldığı) satıcının malını satım amacıyla düzenlediği yurtdışı gezisinde siparişi verdiyse ya da yine tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gönderilen bir davet veya ilan üzerine sözleşme kurulduysa ve son olarak da diğer taraf ya da temsilcisi tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almışsa, sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır denmişti. Bu düzenlemeye, Roma I Tüzüğü'nde yer verilmemiştir. Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesine göre, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukunun uygulanabilmesi için, karşı tarafın ticarî veya meslekî faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapması veya yine aynı faaliyetleri doğrudan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yöneltmesi ya da aralarında tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin de olduğu birçok ülkeye yöneltmesi gerekmektedir.

Roma I Tüzüğü ile böyle bir hükmün getirilmesiyle hedeflenen amaç, tüketicinin korunmasının daha kapsamlı bir hale getirilmesidir. 1980 Roma Konvansiyonu'nda gezgin tüketici (mobile consumer), kendi isteğiyle satıcının teşviki olmadan yurtdışına çıkan tüketici veya madde 5/2 kapsamı dışındaki durumlarda sözleşmeye uygulanacak olan hukukun hangi ülkenin hukuku olacağı belirtilmemiştir⁵⁶. Bu da tüketicinin korunacağı alanı daraltmaktaydı ve bu nedenle Roma I Tüzüğü'ndeki 6. maddenin 1. paragrafı yerinde bir hüküm olup, bu düzenlemeyle tüketicinin korunacağı alan genişletilmiştir.

Roma I Tüzüğü ile getirilen bir diğer önemli değişiklik ise tüketici sözleşmesinin konusuna ilişkindir. Roma Konvansiyonu'nun 5/1. maddesinde tüketici sözleşmesinin belirli konulara ilişkin olması aranmıştır. Bu maddeye göre konusu meslekî ve ticarî olmayan bir amaçla bir kişiye (tüketiciye) mal veya hizmetlerin sunulması veya bu amaçla kredi temini olan sözleşmeler, tüketici sözleşmesinin konusuna ilişkin şartları oluşturmaktadır. Roma I Tüzüğü'nün konu ile ilgili 6. madde-

⁵⁶ 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, Brussels, 14.01.2003, COM (2002) 654 final; STONE, (dn. 51), s. 317-318.

sini incelediğimizde, tüketici akdinin konusu yönünden, Roma Konvansiyonu'nda olduğu gibi bir sınırlamanın olmadığını görmekteyiz. Bu açıdan bakıldığında, zayıf taraf olan tüketicinin AB dâhilinde daha iyi korunması açısından yerinde bir düzenlemedir.

Ayrıca Roma I Tüzüğü hangi hallerde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmayacağını Roma Konvansiyonu'ndakinden daha geniş ve daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Örneğin, Roma I Tüzüğü'nde, Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak Yönerge 94/47/EC kapsamındaki devre mülklerin kullanım hakkı ile ilgili sözleşmeler hariç, tüm taşınmazlara ilişkin ayni haklar veya taşınmazların kullanım hakkı ile ilgili sözleşmeler madde 6/1. ve madde 6/2. kapsamı dışında tutulmuştur. Devremülk ile ilgili Yönerge 94/47/EC'de tüketicinin haklarının korunması amaçlanmış olup, bu Yönerge'de tüketiciye sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmeyi herhangi bir sebep göstermeksizin 10 gün içerisinde iptal edebilme hakkı tanınmıştır. Ayrıca, sözleşmeyi imzalamadan önce, tüketicinin sözleşme kapsamı hakkında bilgilendirilmesi amacıyla kendisine bir broşürün verilmesi bir gereklilik olarak bu yönergede kabul edilmiştir⁵⁷.

Yukarıda açıklanan avantajlarına karşı bu yeni düzenlemenin dezavantajını da belirtmek lüzumu hâsıl olmuştur. Roma Konvansiyonu'ndaki sınırlı ve dar kapsamlı koruma ortadan kalkınca, zayıf taraf olan tüketicinin daha iyi ve geniş korumaya kavuşacağı düşünülmüştür. Bu düşünce kısmen doğru olmakla beraber bir aksaklığı da beraberinde getirmiştir. Tüketici sözleşmesinin kapsamı ve niteliğine ilişkin her türlü sınırlandırma kalktığından, Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen tüketici sözleşmelerine ilişkin maddenin uygulanmasında problemler olabilir.

⁵⁷ Ayrıca devremülk açısından yeni ürünlerin ve sözleşmelerin gelişmelerine paralel olarak 2007 yılında Komisyon tarafından devremülkler ile ilgili yeni bir yönerge tasarısı hazırlanmış olup, bu tasarıdaki düzenlemelerle tüketicinin daha iyi korunması amaçlanmaktadır. Örneğin karavan, kanal botu ya da 3 seneden az süreli devremülk sözleşmeleri yönerge tasarısının kapsamına dâhil edilmiştir. European Commission, "Revision of the Timeshare Directive", (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/index_en.htm, 02.12.2008.

Sonuç

Zayıf taraf olan ve toplumun bütününe oluşturan tüketicinin devlet tarafından sosyo-ekonomik açıdan bozulan dengeleri korumak adına özellikle milletlerarası özel hukukla korunması son derece önemlidir. Bu nedenle, yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk açısından özel bir düzenleme 5718 sayılı MÖHUK'la Türk devletler özel hukukunda yerini almıştır. Tüketici sözleşmesinin taraflarına yine milletlerarası özel hukukla tanınan hukuk seçimi serbestîsi işte bu nedenle, aynı kanunla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmaya göre objektif bağlama kuralı olan "*tüketicinin mutad meskeni*" hukukunun emredici hükümleri, eğer seçilen hukuktan (tüketicinin lehine) daha iyi koruma sağlıyorsa uygulama alanı bulacaktır.

Tüketici sözleşmelerinde pratik hayatta genelde tüketicinin sözleşme yapmadığı ve buna bağlı olarak sözleşmeye uygulanacak bir devlet hukukunun taraflar arasında çoğu zaman belirlenmediğini de unutmamak gerekir. Bu nedenle MÖHUK madde 26'da aynı zamanda hukuk seçiminin yapılmadığı durumda hangi hukukun uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu maddede, objektif bağlama kuralı olarak belirtilen, "*tüketicinin mutad meskeni hukuku*"dur. Özellikle MÖHUK 26/2'inci fıkrasında belirtilen koşullar altında tüketici sözleşmesinin kurulmasının aranmış olması, belirli alanda tüketiciye kapsamlı bir koruma sağlamaktadır.

Kanatımızca, milletlerarası özel hukuktaki gelişmelere paralel olarak, yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda özel bir bağlama kuralının 5718 sayılı MÖHUK ile açıkça düzenlenmesi, zayıf taraf olan tüketicinin korunmasına hizmet etmektedir. Türk devletler özel hukukunda tüketici akitlerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 26. maddesi, doktrindeki görüşler çerçevesinde hazırlandığı ve Roma Konvansiyonu ile uyumlu olduğu için, devletler özel hukuku adaletinin gerçekleşmesine de hizmet edecektir. Tüketici sözleşmelerinde zayıf taraf olan tüketiciyi koruma amacı güden bu madde uyarınca, hukuk seçimi haklı olarak objektif bağlama kuralı olarak belirtilen "*tüketicinin mutad meskeni hukuku*" ile sınırlandırılmıştır.

AB hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü haline getiril-

miştir. Tüzük'ün amacı kanunlar ihtilafı alanında akdî borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kurallarını birleştirmektir. Bu anlamda, konunun tüzükle düzenlenmiş olması yerindedir. Çünkü Roma I Tüzüğü tüm AB üye ülkelerinde uygulanması zorunlu bir kanuni düzenlemedir⁵⁸. Özellikle, Roma I Tüzüğü'nde tüketici sözleşmesinin konusunun sınırlandırılmaması ve tüketici sözleşmesinin tanımının genişletilmesi, tüketicilerin AB ülkelerinde korunması açısından son derece önemli bir gelişmedir.

⁵⁸ AB hukukunda tüzüklerin hukuki kaynak olarak etkileri ve AB hukukunun birleştirilmesi çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, İstanbul 2006, s. 12-13; EKŞİ, (dn. 13), s. 7-14.