

DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI*

Yeşim M. ATAMER**

I- Giriş

Bu çalışmanın ağırlık noktasını Avrupa Birliği çerçevesinde hazırlanan ve 1994 yılı itibariyle on ülkede yürürlüğe girmiş bulunan "Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi"nin, tüketici sözleşmelerine ilişkin 5. maddesi oluşturmaktadır. Maddi hukuk düzenlerinde tüketiciyi korumak için kabul edilen bütün hükümlerin, yapılacak bir hukuk seçimi sözleşmesiyle bertaraf edilmesini engelleme amacı güden bu maddenin uygulama alanı ve getirdiği çözüm ana inceleme konusudur. Ancak bunun yanı sıra 1987 tarihli İsviçre devletler özel hukuku yasasının konuya ilişkin düzenlemesi de karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. İsviçre çözümünün tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlerken hukuk seçimini tamamen yasaklamayı tercih etmesi, Roma Sözleşmesi çözümünün ise tüketiciyi koruyan hükümlerin bertaraf edilmesini engelleyerek hukuk seçimini kısmen geçersiz sayması bu iki hukuk düzeninin seçilmesinde etkili olmuştur.

Uluslararası bir sözleşmenin ancak bir ülkedeki somut uygulamalarıyla yansıtılabileceği düşüncesinden hareketle, Roma Sözleşmesi'nin çözümleri açıklanırken, Federal Almanya Cumhuriyeti'ndeki gelişmeler esas alınmıştır. Özellikle bu ülkede, henüz Roma Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden çok önce, 1986 yılında yeniden düzenlenen devletler özel hukuku normları (EGBGB) içine Roma Sözleşmesi hükümlerinin büyük ölçüde *aynen* aktarılmış olması bu tercihin sebebidir. Nitekim Roma Sözleşmesi m. 5'i karşılayan ve bu maddeden yalnızca cümle kuruluşu ve fıkra düzeni açısından farklılaşan EGBGB m. 29, 1986 yılından itibaren birçok yargı kararına ve bilimsel incelemeye konu olmuştur.

* Bu çalışmanın hazırlanmasında değerli eleştirileriyle bana yol gösteren hocam Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a teşekkür ederim.

** İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Özellikle bu maddedeki bağlama kurallarının uygulanmadığı olaylarda tüketicinin en iyi nasıl korunabileceği sorunu da Almanya örneği üzerinde incelenmiş ve bu şekilde Roma Sözleşmesi'nin uygulanmaya başladığı ülkelerde tüketici sözleşmeleri açısından ortaya çıkabilecek sorunların bir kısmı yansıtılmaya çalışılmıştır. Uluslararası alandaki bu gelişmelerin, tüketici sözleşmeleri hakkında özel bir düzenleme içermeyen Türk hukuku açısından taşıyabileceği önem ise ayrı bir başlığın konusunu oluşturmuştur.

II. Tüketicinin Korunması Sorunu

A. Maddi Hukukta Tüketicinin Korunması Sorunu ve İrade Özerkliği İlkesi

Tüketicinin korunması uluslararası alanda günümüzün en önemli hukuk politikası sorunlarından birini oluşturmaktadır¹. Modern endüstri toplumlarında kitlesel üretime bağlı olarak tüketim olgusu gittikçe önem kazanmaya başlamış; uzun süredir bir tüketim toplumunun varlığından bahsedilir olmuştur. Ancak serbest pazar ekonomisinde arz ve talep dengesinin optimal noktada sağlanacağı ve taraf menfaatlerinin en elverişli şekilde dengeleneceği düşüncesi doğrulanmamıştır. Aksine mal ve hizmet arzındaki artış, tüketicinin bunları kıyaslayarak en elverişlisini seçmesini imkansızlaştırmış; arz tarafındaki birleşmeler ve rekabeti engelleyici anlaşmalar nedeniyle güç tek tarafta yoğunlaşmıştır². 19. yüzyıldan beri Avrupa hukuk düzenlerine hakim olan irade özerkliği ilkesi ve bireyin kendi hukuki ilişkilerini serbestçe, en iyi şekilde düzenleyebileceği düşüncesi, liberal devlet modelinden sosyal devlete geçişle geçerliliğini yitirmiştir³. Toplumsal etkilerin ve iktisadi güçlerin kısılcacında kalmış ve bunların yönlendirmesi doğrultusunda karar alan günümüz insanının sadece yasa önünde eşitlik ilkesinin benimsenmesiyle korunması artık mümkün değildir; sosyal adaletin sağlanabilmesi ancak, yasa koyucunun, eşit olmayanlar arasında kurulan hukuki ilişkilerde zayıftan yana ağırlığını koymasıyla mümkün olabilir.

1. Ayrıntı için bkz. v. HIPPEL, Eike, Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen 1986, s. 3; YEUN, Kee-Young, Verbraucherschutz im internationalen Vertragsrecht, IPRax 1994, s. 257vd. (Bu çalışmada bir esere yapılan ilk atıfta, o esere ilişkin isim, basım yılı gibi ayrıntılar belirtilmiş; aynı esere yapılan sonraki atıflarda ise yalnızca yazar adı ve parantez içinde eserin ilk kez anıldığı dipnot "dpn." kısaltmasıyla gösterilmiş, ardından sayfa veya paragraf veya kenar numarası belirtilmiştir.)

2. v. HIPPEL (dgn. 1), s. 4.

3. KELLER, Max, Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht, in: Festschrift Vischer, Zürich 1983, s. 175, 176; KREN, Jolanta, Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung deutscher Rechtsordnung, ZVgIRWiss 88 (1989) s. 48 BÖHM, Barbara, Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht, die Reichweite des Art. 29 EGBGB an Hand ausgesuchter Faelle, Nürnberg 1993, s. 55.

Nitekim 60'lı yıllardan itibaren ulusal ve uluslararası platformda, tüketicinin korunması amacına yönelik önemli hukuk reformları gerçekleşmiştir. Tüketicinin sağlığının korunması ihtiyacına cevap vermek için öncelikle gıda ürünleri, ilaçlar, kozmetik ürünleri, kimyasal ve teknolojik ürünler alanında belirli bir standardın oluşturulması için gerek ulusal gerekse uluslararası alanda düzenlemeler yapılmıştır. Daha sonra ikinci bir adım atılarak tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması için yasal düzenlemelere gidilmiştir. Özellikle genel işlem koşulları, taksitle satım, uzaktan eğitim sözleşmeleri, kapı önü işlemleri, tüketici kredileri, kira ve turistik gezi sözleşmeleri alanlarında gerçekleşen bu düzenlemelerle borçlar hukukunun en temel ilkesini oluşturan sözleşme özgürlüğü ilkesi büyük ölçüde sınırlanmıştır. Bunun yanı sıra yapımının kusursuz sorumluluğu esası benimsenerek, imalat aşamasında ortaya çıkan aksaklıklar nedeniyle bir maldan zarar gören tüketicilerin tazminat taleplerini ileri sürmeleri kolaylaştırılmıştır⁴.

Kuşkusuz Avrupa ülkelerinde gerçekleşen hukuk reformlarının birçoğunda itici güç Avrupa Birliği ve onun yayınladığı yönergeler olmuştur⁵. Her ne kadar Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmalarda tüketicinin korunması sorunu ayrı bir başlık altında ele alınmamışsa da 1975 yılından itibaren yayınlanmaya başlayan, tüketicinin korunması ve bilgilendirilmesi hakkındaki programlar⁶ sayesinde Topluluğun tüketici politikası şekillenmiş ve son olarak 1992 yılında Maastricht Antlaşması ile, tüketicinin korunması sorunu, AT-Sözleşmesine eklenen m. 129a'da açıkça ele alınmıştır. Bu maddede Topluluğun, tüketicinin korunmasında yüksek bir standarda ulaşmak için faaliyet göstermesi öngörülmüştür. Yine uluslararası alanda bu soruna değinen bir diğer kurum ise Birleşmiş Milletler olmuştur. 9.4.1985 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilen bir kararda tüke-

4. Örneğin Almanya'da genel işlem koşulları yasası 9.12.1976 (AGBG), kapı önü işlemlerine ilişkin yasa 16.1.1986 (HausTWG), İmalatçının kusursuz sorumluluğuna ilişkin yasa 15.12.1989 (ProdHaftG) ve tüketici kredilerine ilişkin yasa da 17.12.1990 (VerbrKrG) tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsviçre yasa koyucusu da 1990 yılında, Borçlar Kanunu m. 40'ın devamında, m. 40a-g arasında kapı önü işlemlerini düzenlemiştir; bunun yanı sıra 18.6.1993 tarihinde hem yapımının sorumluluğuna, hem de turistik gezi sözleşmelerine ilişkin yasalar kabul edilmiştir. Avusturya'da ise 30.3.1979 tarihinde yayınlanan Tüketicinin Korunması Yasası ile bu sorunların hepsi bir tek yasa çerçevesinde ele alınmıştır. Aynı şekilde Portekiz'de 22.8.1981, Luxemburg'da 25.8.1983 ve İspanya'da 19.7.1984 tarihlerinde bu tür tüketicinin korunmasına ilişkin yasalar kabul edilmiştir (bu konuda ayrıntılı bilgi ve ilgili metinler için bkz. v. *HIPPEL* (dnp. 1), s. 281 vd.). Fransa ise 26.7.1993 tarihinde, var olan tüketiciyi koruyucu mevzuatını bazı değişikliklerle bir yasa içinde toplamıştır (Bu yasa hakkında bkz. *WITZ, Claude/WOLTER, Gerhard, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, s. 35-44*).

5. Örneğin kapı önü işlemlerine ilişkin 1985 tarihli yönerge (85/577/EWG, ATRG. L372/31-1985), tüketici kredilerine ilişkin 1986 tarihli yönerge (87/102/EWG, ATRG. L42/48-1987), turistik gezi sözleşmeleri hakkında 1990 tarihli yönerge (90/314/EWG, ATRG. L158/59-1990), genel işlem koşulları hakkında 1993 tarihli yönerge (93/13/EWG, ATRG. L95/29-1993) ve yapımının sorumluluğuna ilişkin 1985 tarihli yönerge (85/374/EWG, ATRG. L210/29-1985). Avrupa Birliğinde tüketicinin korunması sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *REICH, Norbert, Europäisches Verbraucherschutzrecht, Baden-Baden 1993*.

6. bkz. *SCHWEITZER/HUMMER, Europarecht, 4. Aufl., Neuwied 1993, s. 389*.

ticinin korunması alanında üye devletlerden beklenen faaliyetler ve bu alanda uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi için yapılabilecekler ele alınmıştır ⁷.

Türkiye'de tüketicinin korunması sorunu ancak çok yakın tarihlerde Parlamento'nun gündemine gelebilmiş ve Mart 1995'te "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" kabul edilmiştir ⁸. Ancak yasada ele alınan konuların bazılarında (ayıp hükümleri, taksitle satım) mevcut yasal düzenlemenin dahi gerisine düşülürken, bazılarında da (kapıdan satışlar, tüketici kredisi) son derece yetersiz bir düzenleme getirilmiştir. Ayrıca tüketicinin korunmasının temel taşlarından birini oluşturan genel işlem koşulları hakkında da yasada herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu açıdan bakıldığında ilgili yasanın Avrupa'daki gelişmeleri hiç dikkate almadan ve çok aceleyle getirilerek hazırlanmış olduğu söylenebilecektir.

B. Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması Sorunu ve İrade Özerkliği İlkesi

Tüketicinin korunması sorunu maddi hukuk kurallarıyla bir ölçüde çözümlenmekle birlikte uzun yıllar devletler özel hukuku alanına bu çabalar yansımamıştır. Nitekim bu hukuk dalının sosyal boyutunun son derece kısıtlı olduğu gerçeği sık sık eleştiri konusu olmuştur ⁹. Kanunlar ihtilafı hukukunda adalet, öncelikle milletlerarası karar ahenginin sağlanmasında görülmüştür ¹⁰. Buna ek olarak işçinin, tüketicinin veya kiracının korunması sorununun uzun yıllar ulusal bir sorun olarak kalması, bu akitlerin uluslararası bir nitelik arzetmemesi, bu alanda devletler özel hukuku sorunlarının doğmasını engellemiştir. Ancak sınır ötesi tüketici işlemlerinin artması ve çalışmak için yabancı ülkelere gidilmesi olgusunun ortaya çıkması; yani dünya ekonomisinin uluslararası boyutunun gelişmesi ile birlikte uluslararası planda da zayıf olanın korunması sorunu gündeme gelmiştir ¹¹.

Ancak maddi hukuka hakim olan irade özerkliği ilkesi (Privatautonomie) devletler özel hukuku alanında da yansımalarını bulmuş ve bir hukuki ilişkinin taraflarına, aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuku seçme özgürlüğü verilmiştir (Parteiautonomie) ¹². Özellikle sözleşme hukuku alanında, hukuk seçimi özgürlüğünün dünyanın en yaygın bağlama kurallarından biri olduğu ifade edil-

7. Metin için bkz. v. HIPPEL (dnp. 1), s. 485-493.

8. 8.3.1995, RG n. 22221, s. 1 vd.

9. Karş. ZWEIGERT, Konrad, Zur Amut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten, *RabelsZ* 37 (1973), s. 435. Ayrıca bu konuda KELLER (dnp. 3), s. 175 vd.; KREN (dnp. 3), s. 48 vd.

10. Bkz. ZWEIGERT (dnp. 9), s. 435, 436.

11. YEUN (dnp. 1), s. 258; KREN (dnp. 3), s. 48.

12. SIEHR, Kurt, Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, in: FS Keller, Zürich 1989, s. 485-, 486; v. BAR, Internationales Privatrecht, Besonderer Teil, München 1991, N. 415.

mektedir¹³. Nitekim bir sözleşme yaratan ve bu sözleşmenin kurallarını genelde serbestçe tayin edebilen tarafların, aynı sözleşmenin hangi hukuk düzenine tâbi olacağını da kararlaştırabilmeleri gerekir. Taraflara bu sayede kendileri için en elverişli hukuk düzenini seçme olanağı tanınmıştır.

Diğer yandan, sözleşme hukuku alanında hukuk seçimi yapma özgürlüğü bu alanda bağlama kuralları yaratmanın güçlüğü nedeniyle de kabul edilmiştir¹⁴. Sözleşmelerin çok farklı yönlerini bağdaştırabilecek bir bağlama kuralları tespit etmek görevini yargıçlara yüklemek yerine tarafların bu konudaki iradelerine öncelik tanımak tercih edilmiştir. Böylelikle hukuk güvenliği de sağlanmış ve henüz işlemin yapılması aşamasında onun hangi hukuka tâbi olduğu tespit edilmiş olmaktadır¹⁵.

Ancak devletler özel hukukuna hakim olan irade özerkliği ilkesinin, maddi hukuka hakim olan irade özerkliği ilkesinden farklı bir yanı vardır. Zira maddi hukuka ilişkin irade özerkliği doğrudan o hukukun emredici hükümleri tarafından sınırlanmıştır. Oysa hukuk seçiminde özellikle bu emredici normların hepsinin uygulanma olanağı bertaraf edilmektedir¹⁶. Seçilen hukukla işçiyi, kiracıyı veya tüketiciyi koruyucu hükümlerin hepsinin uygulanması engellenebilecektir. Özellikle bu sözleşmelerde korunması istenen tarafın sözleşme koşullarını belirlemede çok sınırlı etkisinin olabileceği düşünülürse, hukuk seçimi konusundaki özgürlüğün kuvvetliden yana bir özgürlük olduğu kabul edilmek gerekecektir. Bu nedenle, maddi hukuklarda taraflara tanınan irade özerkliğinin güçsüzü koruma düşüncesiyle kısıtlandığı hallerin tümünde, devletler özel hukuku açısından da tarafların iradesine öncelik tanıma düşüncesinin gerekçesini büyük ölçüde yitireceği söylenebilir¹⁷.

Nitekim bu nedenle, Avrupa Birliği tarafından hazırlanarak 1980 yılında imzaya açılan ve 1.4.1991 tarihinde yürürlüğe giren¹⁸ "Sözleşmesel Borç İlişki-

13. v. *BAR* (dpn. 12), N. 412 (yazar bu ilkeyi benimsemiş olan ülkelerin ayrıntılı bir dökümünü vermektedir); aynı yönde *SIEHR* (dpn. 12), s. 487. Sözleşme hukuku dışında hangi hukuki ilişkiler açısından bir hukuk seçimi özgürlüğünün söz konusu olabileceği hususunda bkz. aynı yazar, s. 488-492.

14. v. *BAR* (dpn. 12), N. 413; *KEGEL*, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München 1995, s. 483; *JUNKER*, Abbo, *Die freie Rechtswahl und Ihre Grenzen - zur veraenderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht*, IPRax 1993, s. 1, 2.

15. *KREN* (dpn. 3), s. 54; *JUNKER* (dpn. 14), s. 2. Yazar hukuk seçimi özgürlüğünü "doctrine of convenience and business efficiency" olarak adlandırmaktadır.

16. v. *HOFFMANN*, Bernd, *Inlaendische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich*, IPRax 1989, s. 261, 263; *JUNKER* (dpn. 14), s. 2.

17. *KREN* (dpn. 3), s. 55; *KROPHOLLER*, Jan, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 1990, s. 263; *JUNKER* (dpn. 14), s. 3; *BÖHM* (dpn. 3), s. 69.

18. 1.4.1991 tarihi itibarıyla Roma Sözleşmesinin uygulanmaya başladığı ülkeler Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Federal Almanya Cumhuriyeti, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Yunanistan, 1.9.1991 tarihi itibarıyla Hollanda ve 1.9.1992 itibarıyla de İrlanda'dır (bkz. *JAYME*, Erik/*KOHLER*, Christian, *Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1991-Harmonisierungsmodell oder Mehrspurigkeit des Kollisionsrechts*, IPRax 1991, s. 361vd. ve *JAYME*, Erik/*HAUSMANN*, Rainer, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 7 Aufl., München 1994, s. 104.

lerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi" ¹⁹ 5. maddesinde, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu maddede belirtilen şartlar altında akdedilmiş olan tüketici sözleşmelerinde, hukuk seçimi yoluyla, tüketicinin mutad mesken hukukunun onu koruyan daha elverişli hükümlerinin bertaraf edilmesi mümkün değildir. 1978 tarihli Avusturya Devletler Özel Hukuku Yasası'nın 41. maddesinde ve 18.12.1987 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Devletler Özel Hukuku Yasası'nın 120. maddesinde de bu konuda özel bağlama kuralları tespit edilmiş ve tüketicinin mutad mesken hukukundaki korumadan mahrum kalmaması temin edilmiştir. Bu tür bir devletler özel hukuku normuna sahip olan ülkelerde görülen ihtilaflarda, yargıç, öncelikle önündeki sözleşmenin bu normda tanımlanan tüketici sözleşmesi kapsamında sayılmasının mümkün olup olmadığına bakacaktır. Eğer mümkünse o normun bağlama kurallarını uygulayacaktır; mümkün değilse o zaman sözleşmelere ilişkin genel bağlama kurallarını uygulayacak ve ancak yetkilendirilen hukuk bu sözleşmeyi tüketici sözleşmesi olarak nitelendiriyorsa o hukukun tüketiciyi koruyucu hükümleri devreye girecektir.

III. Devletler Özel Hukuku Açısından Tüketici Sözleşmeleri

A. Tüketici Sözleşmesi Nedir?

Gerek pozitif hukuklarda gerekse öğretilerde tüketicinin kim olduğu konusunda kesin bir tanım bulmak bugün için mümkün değildir. Bu tanımın büyük ölçüde ekonomik düzenin nasıl şekillenmesi gerektiği konusundaki bakış açısıyla da bağlantılı olması kuşkusuz bunun sebeplerinden biridir. Ancak bunun yanı sıra somut her olayın özelliğinin, korunması gerekli bir tüketicinin var olup olmadığının belirlenmesi açısından önem taşıması da global bir yaklaşımı engellemektedir. Tüketici de serbest piyasa ekonomisinin bir aktörüdür ve ancak bu sistemin işleyişindeki bir aksaklık halinde korunması ihtiyacı doğar. Örneğin bir kredi alınması, bir kapı önü işleminin yapılması gibi somut durumlarda pazar ekonomisinin işleyişinde tam rekabet sağlanamadığından aksaklık doğmakta ve sosyal açıdan zayıf olanın korunması gündeme gelmektedir. Nitekim tüketiciyi koruyucu yasal düzenlemelerin büyük çoğunluğu, bugün için, somut sözleşme tiplerine ilişkindir ve bu sözleşme çerçevesinde tüketiciyi tanımlar ²⁰.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen yasal düzenlemelerde de yine aynı husus göze çarpmaktadır. 1994 yılı itibariyle 10 ülkede yürür-

19. Sözleşmenin Almanca metni için bkz. REITHMANN, Christoph/MARTINY, Dieter, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., Köln 1988, s. 21-32.

20. BÖHM (dnp. 3), s. 64 ve 79.

lükte olan Roma Sözleşmesi'nin 5. maddesi de tüketicinin kim olduğu konusunda bir tanım vermemiş ve işlemin amacından yola çıkmıştır²¹. Bu madde uyarınca tüketicinin mesleki veya ticari bir faaliyetine dahil sayılmayacak bir amaçla bir menkul malın teslim edilmesine veya bir işin görülmesine ilişkin olan veya böylesi bir muameleyi finanse etmeyi hedefleyen sözleşmeler tüketici sözleşmeleridir (m. 5/I). Buna göre yapılan sözleşmenin tüketicinin mesleki veya ticari faaliyeti ile ilgili olmaması; onun özel yaşamına dahil bir sözleşmenin var olması gerekir²². Özellikle serbest meslek sahiplerinin (doktorlar, avukatlar) bu meslekle ilgili olarak yaptıkları sözleşmeler de m. 5/I kapsamında sayılmaz²³. İsviçre Devletler Özel Hukuku Yasası m. 120 de tüketici sözleşmelerini benzer şekilde tanımlamıştır. Bu madde uyarınca tüketicinin kişisel veya ailevi kullanımına ilişkin olan, onun mesleki veya ticari faaliyetleri ile bağlantısı bulunmayan ve olağan tüketime yönelik olan edimler hakkındaki sözleşmeleri tüketici sözleşmeleridir²⁴. Bu noktada açıkça anılmayan, bir işin görülmesine ilişkin sözleşmelerin de "tüketime yönelik bir edim" olup olmadığı düşünülebilir. Ancak maddenin amaçsal yorumundan bu sonuca varılabileceği kabul edilmiştir²⁵.

Sözleşmenin amacını tayin ederken objektif unsurlardan (yani işlemin dış dünyaya yansıyan amacından) mı, yoksa subjektif unsurlardan (yani tarafların amacından) mı yola çıkılacağı hususu belirsizdir. Özellikle bir edim veya hizmet kabul eden kişinin subjektif niyeti karşı âkit tarafından anlaşıldığı veya tarafların açıkça işlemin amacını belirttikleri hallerde bu amaca itibar edileceği açıktır. Ancak karşı âkidin işlemin kişisel ihtiyaçlar için yapıldığını anlayamayacağı hallerde objektif unsurlardan yola çıkılması gerekecektir. Bu durumda edimi sunan kişinin bütün şartları gözönünde tutarak dürüstlük kuralı uyarınca o sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olduğunu anlayamayacağı hallerde m. 5/I uygulanmayacaktır²⁶.

Diğer yandan malı satışa arzedenden veya hizmeti sunan kişinin ticari veya mesleki bir faaliyet çerçevesinde hareket etmemesi halinde, yani iki tarafın da

21. *GIULIANO*, Mario/*LAGARDE*, Paul, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Official Journal of the EC, C 282/1, 31.10.1980, s. 23.

22. *MARTINY*, Dieter, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band VII, 2. Aufl. 1990, EGBGB Art. 29 N. 4; *JUNKER* (dnp. 14), s. 1, 7.

23. *GIULIANO/LAGARDE* (dnp. 21), s. 23.

24. *YEUN* (dnp. 1), s. 259.

25. *SCHYNDER*, Anton K., Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl., Zürich 1990, s. 111.

26. *MARTINY* (dnp. 22), Art. 29 N. 5; *GIULIANO/LAGARDE* (dnp. 21) s. 23; *HELDRIK*, Andreas, in: Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl., München 1994, EGBGB Art. 29, N. 3; *BÖHM* (dnp. 3), s. 104.

özel yaşamına dahil olan bir sözleşmenin varlığı halinde Roma Sözleşmesi m. 5/I'in uygulanmayacağı genelde kabul edilmektedir²⁷. Zira bu hallerde, taraflar arasında, tüketicinin korunması ihtiyacını doğurabilecek bir eşitsizlik durumu söz konusu değildir.

Roma Sözleşmesi m. 5/I yalnızca belirli ve sınırlı sayıda sözleşme tipini kapsamına almıştır. Öncelikle taşınır malların teslimine ilişkin sözleşmeler bu kapsamda ele alınır. Kuşkusuz satım sözleşmeleri burada en önemli örneği teşkil etmektedir. Buna karşılık kira sözleşmeleri, taşınmazlara ve hakların devrine ilişkin sözleşmeler bu maddenin korumasından faydalanamazlar²⁸. Kapsam dahilinde sayılan diğer sözleşme türleri ise bir işin görülmesine ilişkin olanlardır. İş görme edimi geniş yorumlanarak özellikle bir otelde konaklamaya ilişkin sözleşmeler, ders verme sözleşmeleri, bir malın imaline veya tamir edilmesine ilişkin sözleşmeler, bankalar, sigorta şirketleri ve acenteler tarafından akdedilen iş görme sözleşmeleri hep bu şekilde değerlendirilir²⁹. Son olarak bu sözleşmelerin finansmanı için akdedilen sözleşmeler de tüketici sözleşmesi sayılmıştır. Örneğin bir bankanın belli bir malın alınması için kredi vermesi halinde, yani mal arzedenden ve kredi veren arasında belli bir ilişkinin olması halinde o kredi sözleşmesi m. 5/I'deki bağlama kurallarına tâbi olacaktır³⁰. Buna karşılık herhangi bir tüketici kredisine ilişkin sözleşme ne bir malın teslimine ne de bir işin görülmesine ilişkin olduğu için m. 5/I çerçevesinde değerlendirilmez.

Roma Sözleşmesi m. 5/IV ayrıca taşıma sözleşmelerini ve bütünüyle, tüketicinin mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede ifa edilecek iş görme edimlerini maddenin kapsamı dışında tutmuştur. Bu nedenle örneğin yurtdışında gerçekleşecek dil kurslarına veya bir otelde konaklamaya ilişkin sözleşmelerde herhalde mutad mesken hukukunun korumasından faydalanmak mümkün değildir³¹. Ancak aynı maddenin V. fıkrası, hem bazı taşıma hizmetlerinin hem de konaklama hizmetlerinin kombine olarak tek bir fiyat karşılığında sunulduğu seyahat sözleşmelerinde bu maddenin bağlama kurallarının uygulanacağını açıkça ifade etmiştir. Nitekim tüketicinin korunması alanında önemli bir yer tutan turistik gezi sözleşmelerinde, bütün yönleriyle planlanmış ve gerekli rezervasyonları

27. *GIULIANO/LAGARDE* (dpn. 21), s. 23; *LORENZ*, Egon, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, s. 569, 576; v. *BAR* (dpn. 12), N. 435; *LORENZ*, Werner, Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit, IPRax 1994, s. 429; aksi yönde *MARTINY* (dpn. 22), Art. 29 N. 6; *BÖHM* (dpn. 3), s. 106. Avusturya hukuku için bkz. *SCHWIMANN*, Michael, Verbraucherverträge im österreichischen IPR, IPRax 1989, s. 317.

28. *LORENZ*, E. (dpn. 27), s. 576; *HELDRICH* (dpn. 26), Art. 29 N. 2; *MARTINY* (dpn. 22), Art. 29 N. 8; v. *BAR*, (dpn. 12), N. 431.

29. Bkz. v. *BAR* (dpn. 12), N. 432; *BÖHM* (dpn. 3), s. 107.

30. *MARTINY* (dpn. 22), Art. 29 N. 10; *HELDRICH* (dpn. 26), Art. 29 N. 2; v. *HOFFMANN* (dpn. 16), s. 271.

31. *GIULIANO/LAGARDE* (dpn. 21), s. 24; *KEGEL* (dpn. 14), s. 498.

yapılmış olan "paket turlar" tüketiciye sunulmakta ve tüketicinin bu sözleşmeleri şekillendirmedi herhangi bir etkisi olmamaktadır. Bu tür edilgen bir tutum içinde olan tüketicinin³², daha sonra çıkacak ihtilaflarda mutad mesken ülkesinin hukukunun uygulanacağına güvenebilmesi gerekir³³.

B. Tüketici Sözleşmeleri Hangi Şartlar Altında Kurulmuş Olmalıdır?

Gerek Roma Sözleşmesi m. 5'in gerekse İsviçre DÖH yasası m. 120'nin uygulanabilmesi için, bir tüketici sözleşmesinin varlığının yanı sıra bu sözleşmenin belirli şartlar altında akdedilmiş olması gerekir. Özellikle yurtdışına giderek mallar satın alan veya hizmetler kabul eden bir tüketicinin, kendi hukukunun bu işlemlere uygulanacağını beklemesi mümkün değildir³⁴. Kendi iradesiyle yabancı bir pazarda işlem yapan kişinin o pazarın koşullarını kabul etmesi gerekir. Buna karşılık daha edilgen konumda olan ve kendi ulusal pazarında yabancı bir üretici ile karşılaşan tüketici için bir yurtiçi işlemi söz konusudur ve tüketici kendi hukukunun korunmasına güvenmekte haklıdır³⁵. Aynı şekilde tüketicinin üretici tarafından bazı sözleşmelerin akdedilmesi amacıyla yurtdışına götürüldüğü hallerde de bu korumaya ihtiyaç vardır. Nitekim m. 5/II de özellikle, tüketicinin ulusal pazarında üreticinin pazarlama tekniklerine muhattap olmasını; arz ve talebin bu pazarda karşılaşmasını aramaktadır.

1. Tüketicinin mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirilen pazarlama faaliyetleri

Roma Sözleşmesi m. 5/II, 1 ve İsviçre DÖH yasası m. 120/I, b uyarınca üreticinin, tüketicinin mutad meskeni ülkesinde açık bir icap veya reklam yapmış olması aranır³⁶. Örneğin ürünlerin bir katalogunun yollanması veya tüketicinin üreticinin firmasına gelmeye ve malları incelemeye davet edilmesi gibi. Reklam çerçevesinde ise, evlere dağıtılan prospektüsler, gazete ilanları, radyo-televizyon yayınları gibi yöntemler ele alınmaktadır. Ancak tüketicinin yabancı bir ülkede bu reklama muhattap olması yeterli değildir; mutad mesken ülkesinde

32. MARTINY, Dieter, Internationales Vertragsrecht zwischen Rechtsgefalle und Vereinheitlichung, ZEuP 1995, s. 67, 79.

33. v. BAR (dgn. 12), N. 433.

34. MARTINY (dgn. 22), Art. 29 N. 11.

35. Bkz. MANKOWSKI, Peter, Grundfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1993, s. 453, 457; SCHLOSSHAUER-SELBACH, Stefan, Internationales Privatrecht, Heidelberg 1989, N. 260.

36. HELDRICH (dgn. 26), Art. 29 N. 5; MANKOWSKI (dgn. 35), s. 453, 458; KREN (dgn. 3), s. 48, 61

de bu reklamların yapılmış olması gerekir. *Giuliano/Lagarde* buna ek olarak reklamın o ülkeyi de hedeflemiş olmasını aramaktadır³⁷.

Örneğin Amerikan gazetelerinde çıkan reklamların, bu gazetelerin Almanya'da da satılması nedeniyle, Alman bir tüketiciyi sözleşme yapmaya teşvik etmesi halinde mutad mesken hukukunun uygulanmasını yazarlar kabul etmemektedir. Ancak Amerikan gazetesinin Avrupa için özel sayılarında veya özel reklam bölümlerinde bu reklamın çıkması halinde ilgili bağlama kuralları uygulanacaktır. Oysa *Martiny*'nin haklı olarak belirttiği gibi tüketicinin, reklamın hedef kitlesinin hangi ülkede bulunduğunu anlaması mümkün değildir ve modern telekomünikasyon yöntemleri karşısında sınırların çizilmesi çok zorlaşmıştır³⁸.

Mutad mesken ülkesinde gerçekleştirilen bu pazarlama faaliyetleri sonucunda, tüketicinin, aynı ülkede, sözleşmenin kurulması için gerekli adımları atmış olması gerekir³⁹. Özellikle sipariş formlarının doldurulup gönderilmesi bu anlama gelir. Roma Sözleşmesi'nde, tüketicinin, "sözleşmenin kurulması için gerekli hukuki fiilleri yapmış olması" şeklindeki bir ifade özellikle kullanılmıştır, zira bu şekilde sözleşmenin kurulması anı hakkındaki tartışmalar bertaraf edilmiş olmaktadır⁴⁰.

Tüketicinin bu fiilleri ile daha önce gerçekleşen pazarlama teknikleri arasında bir nedensellik bağı aranmamaktadır; tüketicinin reklamı görmüş olması dahi gerekmez⁴¹. Önemli olan pazarlama faaliyetleri ile sözleşmenin zamansal bir bağlantı içinde olmasıdır.

2. Siparişlerin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde kabul edilmesi

Roma Sözleşmesi m. 5/II, 2 ve İsviçre DÖH yasası m. 120/I, a'da düzenlenen bu hallerde de bir mal veya hizmet arzeden, tüketicinin mutad meskeni pazarında tüketiciyle karşılaşmaktadır. Ancak belli bir pazarlama faaliyetine girmeden sadece tüketicinin siparişinin mutad mesken ülkesinde kabul edilmesi söz konusudur⁴². Özellikle bir fuar çerçevesinde bu ülkede bulunan işletmelerin tü-

37. *GIULIANO/LAGARDE* (dnp. 21), s. 24.

38. *MARTINY* (dnp. 22), Art. 29 N. 13; *BÖHM* (dnp. 3), s. 111.

39. *MANKOWSKI* (dnp. 35), s. 458.

40. *GIULIANO/LAGARDE* (dnp. 21), s. 24; v. *BAR* (dnp. 12), N. 437.

41. *MARTINY* (dnp. 22), Art. 29 N. 12; v. *BAR* (dnp. 12), N. 437; *BÖHM* (dnp. 3), s. 111. İsviçre hukuku için aksi yönde *SCHMELZER*, Mikael, *Der Konsumentenvertrag*, Zürich 1995, s. 109.

42. *SCHLOSSHAUER-SELBACH* (dnp. 35), N. 255; *HELDRICH* (dnp. 26), Art. 29 N. 5; *KREN* (dnp. 3), s. 61.

keticilerden aldıkları siparişler sonucu kurulan sözleşmeler tüketici sözleşmeleri sayılır. Sözleşmenin mutad mesken ülkesinde kurulması aranmaz; siparişin alınmış olması yeterlidir⁴³. Roma Sözleşmesi m. 5/II, 2 tacir kadar onun temsilcileri tarafından da siparişlerin kabul edilebileceğini belirtmiştir. Burada temsilci kavramı geniş yorumlanmakta ve tacir adına hareket eden herkes bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁴. Örneğin siparişin o ülkede bulunan satış büroları tarafından da kabul edilmiş olması mümkündür⁴⁵.

3. Satıcının önyak olduğu yurtdışı gezilerinde gerçekleşen satışlar

Roma Sözleşmesi m. 5/II'nin ve İsviçre DÖH yasası m. 120/I'in saydığı son halde ise bir menkul malı satışa arzedenden kişi onun satışını sağlamak için tüketiciyi yurtdışına çekmektedir. Sistematik açıdan bakıldığında m. 5/II, 1'de ve m. 120/I, b'de yer alan düzenlemenin genişletilmesi söz konusudur⁴⁶. Önemli olan, bu fıkrada aranan mutad mesken ülkesinde sözleşmenin kurulması için gerekli hukuki fiilleri gerçekleştirmiş olma şartının dolanılması amacıyla tüketicinin yurtdışına çekilmesidir⁴⁷. Bu şekilde mutad mesken ülkesinde akdedilen bir sözleşme ile, satıcının inisiyatifi ile yurtdışında akdedilen bir sözleşme aynı hükümlere tâbi tutulmuştur. Ancak tüketicinin mutad mesken ülkesinin korumasından faydalanabilmesi için, yapacağı yolculuğa da bu ülkeden hareket etmiş olması gerekir⁴⁸. Örneğin bir Fransızın, München'de bulunduğu sırada Salzburg'a yapılan bir satış gezisine katılması halinde genel hükümlerin (m. 3-4) uygulanması gerekir.

Gezinin herhangi bir şekilde satıcı tarafından teşvik edilmiş olması aranır. Ancak bu bilfiil taşıma işlemini yapmış olması anlamına gelmez; bir şirketle bu konuda anlaşmış olması yeterlidir. Sadece, bir taşıma şirketinin bütün müşterilerini o işletmeye getireceği konusunda yapılmış bir anlaşma ise yeterli değildir. Zira bu hallerde yurtdışı yolculuğu tamamen tüketicinin inisiyatifindedir. Oysa aranan bu yolculuğa teşvik edilmiş olmasıdır⁴⁹.

43. BÖHM (dnp. 3), s. 113.

44. GIULIANO/LAGARDE (dnp. 21), s. 24.

45. MANKOWSKI (dnp. 35), s. 458.

46. v. BAR (dnp. 12), N. 439; BÖHM (dnp. 3), s. 117.

47. MARTINY (dnp. 22), Art. 29 N. 16; MANKOWSKI (dnp. 35), s. 458.

48. SCHLOSSHAUER-SELBACH (dnp. 35), N. 256; MARTINY (dnp. 22), Art. 29 N. 17a; BÖHM (dnp. 3), s. 120.

49. MANKOWSKI (dnp. 35), s. 459; HELDRICH (dnp. 26), Art. 29 N. 5; karşı dnp. 87'deki karar.

C. Tüketici Sözleşmelerinin Şekli

Roma Sözleşmesinin 9. maddesi hukuki işlemlerin şekline ilişkin bağlama kurallarını içermektedir. Kural olarak işlemlerin yapıldıkları yer hukuku veya o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuk, şekil hükümlerini belirler. Ancak tüketici sözleşmeleri açısından bir istisna getirilmiştir. Zira m. 9/V uyarınca, 5. maddenin ikinci fıkrasındaki şartlar altında kurulmuş olan tüketici sözleşmelerinin şekli, hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın, tüketicinin, mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir⁵⁰.

D. Tüketici Sözleşmelerinde Ehliyet

Roma Sözleşmesi tüketici sözleşmelerinde ehliyet açısından özel bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle sözleşmeye taraf ülkelerin devletler özel hukuku normlarının ehliyet açısından getirdikleri genel düzenleme tüketici sözleşmeleri açısından da geçerli olacaktır. Bu bağlama kuralı ise tüketicinin milli hukuku olabileceği gibi (örn. EGBGB Art. 7) tüketicinin ikametgahı hukuku da olabilir (örn. IPRG m. 35).

IV. Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuku Belirlemede İki Farklı Yaklaşım

A. Hukuk Seçiminin Kısmen Geçersizliği: Alman Devletler Özel Hukuku Örneğinde Roma Sözleşmesi'nin Modeli

1. Genel Olarak

Alman hukukunda, sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen normlar EGBGB (Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu) Artt 27-37 arasında yer almaktadır. Bu maddeler, giriş bölümünde de belirtildiği gibi, Avrupa Birliği tarafından 1980 yılında hazırlanan "Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi"nin iç hukuka aktarılması amacıyla 1.9.1986 yılında EGBGB'a eklenmiş⁵¹ ve sözleşme hükümlerine büyük ölçüde sadık kalınmıştır.

50. MARTINY (dnpn. 22), Art. 29 N. 33; BÖHM (dnpn. 3), s. 155.

51. MANKOWSKI (dnpn. 35), s. 453; LORENZ, E. (dnpn. 27), s. 569; HELDRICH (dnpn. 26), Vorbem Art. 27, N. 1. Bir uluslararası sözleşmenin bu şekilde iç hukuka aktarılması konusunda bkz. REITHMANN/MARTINY (dnpn. 19), s. 11 vd.

EGBGB Art. 27'nin (Roma Sözleşmesi m. 3) temel tercihlerinden biri bütün sözleşmeler için hukuk seçimine izin vermesidir⁵². Hukuk seçimini belli haller için de olsa yasaklayan bir norm yoktur. Seçilen hukukun, sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri, tarafların vatandaşlığı gibi herhangi bir sebeple bağlantılı olduğu bir hukuk düzeninin olması aranmaz. Yasa değişikliğinden önce Almanya'da çok sık tartışma konusu olan⁵³, seçilen hukuk dışında yabancılik unsuru içermeyen sözleşmeler açısından hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağı sorusu Art. 27/III'de (Roma Sözleşmesi m. 3/III) cevaplandırılmıştır. Buna göre hukuk seçiminin yapıldığı anda yalnızca bir ülkenin hukuku ile irtibatlı olan sözleşmelere seçilen hukuk uygulanır, ancak ilgili ülkenin emredici hukuk normları seçilen hukuk tarafından bertaraf edilemez⁵⁴. Böylelikle işlemle objektif bağlantısı olmayan bir hukukun seçilebilmesine ve bu sayede "tarafsız" bir hukuk düzeninin uygulanmasına olanak tanınmıştır⁵⁵.

Bunun yanı sıra tüketici sözleşmeleri (EGBGB Art. 29 - Roma Sözleşmesi m. 5) ve iş sözleşmeleri (EGBGB Art. 30 - Roma Sözleşmesi m. 6) açısından da hukuk seçimine izin verilmiştir. Yalnızca yasada aranan ve yukarıda açıklanan çeşitli şartların gerçekleşmesi halinde, tüketicinin mutad mesken hukukunun koruyucu hükümlerinin devreye girmesine engel olunamayacaktır. Böylelikle Alman hukukunda eğilimin, Roma Sözleşmesine paralel olarak, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğini değil sonuçlarını denetleme yönünde olduğu ortaya çıkmaktadır⁵⁶. Özellikle seçilen hukukun tüketici açısından daha elverişli hükümler içermesi halinde onun iradesine rağmen adeta vesayet altına alındığı yönünde sık sık dile getirilen bir eleştiri de bu şekilde dikkate alınmış olmaktadır⁵⁷.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olan hallerde sözleşmenin en yakın irtibat halinde olduğu ülkenin hukuku uygulanır (EGBGB Art. 28 - Roma Söz-

52. v. BAR (dnp. 12), N. 412; LORENZ, E. (dnp. 27), s. 569; PÜLS, Joachim, Grundfragen bei der Bestimmung des auf Schuldverträge anwendbaren Rechts, JuS 1991, s. 566, 568.

53. Türk Hukukunda bu tartışma için bkz. ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 186; ÇELİKEL, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. baskı, İstanbul 1992, s. 253.

54. SIEHR (dnp. 12), s. 504; KROPHOLLER (dnp. 17), s. 264; TAUPITZ, Jochen, Kaffeefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaria: Deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?, BB 1990, s. 642, 643. Roma Sözleşmesinde m. 3/III'de yer alan bu hüküm, herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmadan hukuk seçiminin yapılmasını savunan anglosakson görüşü ile, hiçbir yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelerde hukuk seçimine genel olarak karşı çıkan görüşün uzlaştırılabilmesi için kabul edilmiştir (karş. LORENZ, E. (dnp. 27), s. 569). Genel olarak bkz. ULUOCAK (dnp. 53), s. 184-185.

55. KROPHOLLER (dnp. 17), s. 264; SIEHR (dnp. 12), s. 497; KEGEL (dnp. 14), s. 483; LORENZ, Werner, Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax 1987, s. 269, 272.

56. LORENZ, E. (dnp. 27), s. 571; TAUPITZ (dnp. 54), s. 643; JUNKER (dnp. 14), s. 8.

57. LORENZ, E. (dnp. 27), s. 571; KREN (dnp. 3), s. 69.

leşmesi m. 4). İlgili madde, en yakın irtibatın hangi hukuk düzeni ile kurulacağı konusunda bazı karineler kabul etmişse de bunların aksinin ispatlanması her zaman mümkündür.

2. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Yapılmış Olması

a. Geçerli bir hukuk seçimi sözleşmesi olması

Gerek Roma Sözleşmesi m. 5, gerekse EGBGB Art. 29 tüketici sözleşmeleri için açık veya örtülü hukuk seçimine izin vermiştir. Bu nedenle hukuk seçimine ilişkin genel kurallar burada aynen uygulama alanı bulur. Öncelikle hukuk seçimi sözleşmesinin yapılabiliyor yapılamayacağı hakkında seçilen hukukun devletler özel hukuku normları etkili olmayacaktır. Zira Alman devletler özel hukukunda borçlar hukuku alanındaki atıflar yalnızca maddi hukuk normlarına ilişkindir (EGBGB Art. 35/I - Roma Sözleşmesi m. 15). Örneğin sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimini kabul etmeyen bir ülkenin hukukuna (örn. Brezilya) atıf yapılmış olması hukuk seçimini, Alman uygulayıcısı açısından, geçersiz kılmaz⁵⁸. Ancak hukuk seçimi sözleşmesinin geçerli olarak meydana gelmesinde maddi hukukun aradığı şartlar seçilen hukuka göre belirlenecektir.

Buna karşılık hukuk seçimi sözleşmesinin şekli açısından bir farklılık söz konusudur. Zira EGBGB Art. 27/IV'den anlaşıldığı gibi Art. 29/III aynı zamanda hukuk seçimi sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulur. Bu durumda tüketicinin mutad mesken hukuku aynı zamanda hukuk seçimi sözleşmesinin şekli açısından da uygulama alanı bulacaktır⁵⁹.

b. Hukuk Seçiminin Sınırlanması

EGBGB Art. 29/I'de sayılan ve yukarıda açıklanan şartlar⁶⁰ altında akdedilen tüketici sözleşmelerinde yapılmış hukuk seçimleri, tüketicinin mutad meskeni hukukundaki emredici normların korumasını bertaraf etmez. Bu hukukun tüketici için daha elverişli normları seçilen hukuka rağmen uygulama alanı bu-

58. MANKOWSKI (dnp. 35), s. 455; MEYER-SPARENBERG, Wolfgang, Rechtswahlvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, RIW 1989, s. 347, 350; LORENZ, W. (dnp. 27), s. 430 vd.

59. HELDRICH (dnp. 26), Art. 27 N. 8; MARTINY (dnp. 22), Art. 29 N. 33.

60. Bkz. III B

lur. Zira tüketici birçok halde sözleşme koşullarının belirlenmesinde, dolayısıyla hangi hukukun seçileceğinde söz sahibi olmaz. Bu hallerde, örneğin satıcının yabancı bir firma olması nedeniyle var olan yabancılık unsuru veya işletmecinin menfaatine rağmen sözleşmenin iç hukukla olan bağlantısı daha kuvvetli kabul edilmektedir⁶¹. Tüketicinin durumunu **ağırlaştırılan** bir seçim kısmen batıl olur, ancak bu asıl sözleşmenin geçerliliğine etki etmez⁶².

Emredici hükümler kavramı, EGBGB Art. 27/III'de (Roma Sözleşmesi m. 3/III) anılan ve sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümler olarak tanımlanan hükümlerdir⁶³. Burada kastedilen sözleşme ise maddi hukuk sözleşmesidir. Yani tarafların iç hukukta aksine düzenleme yapamayacakları hükümler hukuk seçimi halinde de uygulanacaktır⁶⁴. Bu hükümler kuşkusuz öncelikle tüketiciyi korumayı hedefleyen bütün hükümlerdir⁶⁵. Ancak bunun yanı sıra Alman Medeni Kanununda (BGB) yer alan ve bireysel çıkarların en iyi şekilde dengelenmesini amaçlayan borçlar hukukunun diğer bütün emredici kuralları da bu kapsamda ele alınır⁶⁶.

EGBGB Art. 29'da kabul edilen çözüme göre yargıç, tüketici için daha elverişli olan hükümleri uygulayacaktır. Bu durumda daha elverişli olan hukuku tespit etmek sorunu doğmaktadır. Tüketicinin hangi hukuka dayanmak istediğini bildirmiş olması halinde, yargıç, bunu dikkate alacaktır⁶⁷. Aksi takdirde iki hukuk sistemini bütünüyle değil, yalnızca tartışmalı olan noktalara ilişkin olarak karşılaştıracaktır⁶⁸. Bu karşılaştırmaların sonucunda yabancı hukukun tüketici açısından daha elverişli olduğu anlaşılacak olursa, yargıç, seçilen hukuku uygulayacaktır. Aynı şekilde mutad mesken hukukunun ihtilaf konusu ile ilgili bir emredici norma sahip olmaması halinde de seçilen hukuk uygulanacaktır⁶⁹.

61. MARTINY (dnp. 22), Art. 29 N. 2.

62. v. BAR (dnp. 12), N. 440.

63. YEUN (dnp. 1), s. 260.

64. v. BAR (dnp. 12), N. 441.

65. Bu konuda bkz. v. HOFFMANN (dnp. 16), s. 267.

66. MANKOWSKI (dnp. 35), s. 459.

67. MARTINY (dnp. 22), Art. 29 N. 29.

68. v. BAR (dnp. 12) N. 442; MANKOWSKI (dnp. 35), s. 459; COESTER-WALTJEN, Dagmar, Der Eskimo-Mantel aus Spanien - Ist der kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz zu kurz gestriekt?, in: FS Lorenz, Tübingen 1991, s. 297, 302.

3. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması

EGBGB Art. 29/II (Roma Sözleşmesi m. 5/III), açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapılmamış olan haller için de Art. 28'de (Roma Sözleşmesi m. 4) yer alan ana kuraldan ayrılmıştır. Art. 29/I'de sayılan şartlar altında meydana gelmiş olan tüketici sözleşmelerinde, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu hukuk yerine yine *tüketicinin mutad meskeni hukuku* uygulama alanı bulacaktır⁷⁰. Sözleşme statüsünün bu şekilde tayin edilmesiyle, tüketicinin kendi ülkesindeki koruma standardının altına düşmesi engellenmiş, ancak, ister istemez, daha ileri bir koruma sağlayan hukuk düzenlerinin uygulanmasına da set çekilmiştir⁷¹.

B. Hukuk Seçiminin Geçersizliği: İsviçre Modeli

1. Genel Olarak

İsviçre Devletler Özel Hukuku Yasası (IPRG) 116. maddesinde sözleşmelerin kural olarak tarafların seçtiği hukuka tâbi olduğunu kabul etmiştir. Yine Alman hukukunda olduğu gibi seçimin açık veya zımni olarak yapılması da mümkündür⁷². Seçim yapılmamış olan hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu devletin hukuku uygulanır (IPRG Art. 117)⁷³. Yasa, en yakın irtibatın, karakteristik edimi ifa eden kişinin mutad meskeni hukuku ile olduğu karinesini kabul etmiş ve Art. 117/III'de çeşitli sözleşmeler açısından karakteristik edimleri sıralamıştır.

2. Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Hem bir tüketici sözleşmesinin varlığı hem de bu sözleşmenin yukarıda anılan koşullar⁷⁴ altında akdedilmiş olması halinde taraflar arasında yapılmış olan bir hukuk seçimi sözleşmesi geçersiz olacaktır. Avrupa ve Alman hukukun-

69. SCHLOSSHAUER-SELBACH (dnpn. 35), N. 257.

70. MANKOWSKI (dnpn. 35), s. 459.

71. MARTINY (dnpn. 22), Art. 29 N. 31.

72. SIEHR (dnpn. 12), s. 494; SCHNYDER (dnpn. 25), s. 107.

73. KREN (dnpn. 3), s. 60; SCHNYDER (dnpn. 25), s. 108 vd.

74. Bkz. III B.

dan farklı olarak İsviçre yasa koyucusu en elverişli hukukun uygulanması çözümüne itibar etmemiş ve tüketici sözleşmeleri açısından hukuk seçimini baştan yasaklamıştır (IPRG Art. 120/II)⁷⁵. Ancak bu çözüm İsviçre doktrinde sık sık eleştirilmiştir⁷⁶. Öncelikle seçilen hukukun içeriğine bakılmaksızın tarafların aralarındaki özel ilişki nedeniyle bu hukuku seçmiş oldukları, tüketicinin bu seçime bilinçli olarak katılmış olduğu ve bu hukukun uygulanacağını hesaba katmış olduğu haller söz konusu olabilir. İkinci olarak, hukuk seçimi yapılan her tüketici sözleşmesinde tüketicinin korunmaya muhtaç olduğundan da bahsedilemez. Özellikle kişisel ihtiyaçları için kredi alan bir banka müdürü açısından bu bir gerekçe olamaz. Son olarak da, seçilen hukukun tüketici için daha elverişli olduğu hallerde bu hukuk seçiminin bertaraf edilme nedenini açıklamanın güç olacağı ileri sürülmüştür.

Tarafların hukuk seçimi yapmış olmasına rağmen bunun geçersiz sayıldığı veya hukuk seçiminin hiç yapılmadığı hallerin tümünde *tüketicinin mutad meskeni hukuku* uygulanır (IPRG Art. 120/I). İsviçre Devletler Özel Hukuku Yasasının hazırlanması aşamasında akdin en yakın bağlantılı olduğu hukukun, zayıf olan tarafın mutad meskeni hukuku olduğu yönünde genel bir bağlama kuralı teklif edilmiş ancak bu tür bir genel hükmün uygulanmasının çok güç olacağı ve sonucun önceden bilinmemesi nedeniyle güvensizliğe yol açacağı gerekçeleriyle reddedilmiştir⁷⁷. Bu nedenle IPRG Art. 120/I bir istisna hüküm olarak kalmıştır.

V. Milletlerarası Usul Hukukunda Tüketicinin Korunması

Tüketicinin korunması ihtiyacı yalnızca yabancılık unsuru taşıyan işlemlere uygulanacak hukukun tayini açısından değil aynı zamanda böylesi bir işlemde doğan ihtilaflarda milletlerarası yetkili mahkemenin tayini açısından da kendini göstermektedir. Nitekim Avrupa Topluluğunun 1968 tarihli "Mahkemelerin Yetkisine ve Hukuki ve Ticari Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Sözleşmesi"nde 1978 yılında yapılan değişiklikte bu nokta dikkate alınmış ve bu

75. JUNKER (dnpn. 14), s. 7.

76. SIEHR (dnpn. 12), s. 505; KELLER, (dnpn. 3), s. 185 (henüz yasa tasarısı döneminde); KREN (dnpn. 3), s. 56; COESTER-WALTJEN (dnpn. 68), s. 300.

77. KREN (dnpn. 3), s. 60. Tasarı metni ve gerekçesi için bkz. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Gesetzesentwurf der Expertenkommission, Zürich 1978.

Sözleşmenin 13vd. maddelerinde tüketici sözleşmelerinde milletlerarası yetkili mahkeme için özel bir düzenleme getirilmiştir⁷⁸.

Brüksel Sözleşmesi m. 13/I tüketici sözleşmesini, Roma Sözleşmesine paralel olarak, bir kişinin mesleki veya ticari faaliyeti dışında kalan bir amaçla akdetmiş olduğu sözleşme olarak tanımlamıştır. Ancak bu sözleşmelerin m. 13'ün uygulama alanı içinde sayılabilmesi için ya bir menkul malın taksitle satın alınmasına ilişkin olması (m. 13/I, 1), ya bir menkul malın satın alınabilmesi için akdedilen bir kredi sözleşmesine ilişkin olması (m. 13/I, 2) ya da Roma Sözleşmesi m. 5/II, 1'de anılan koşullara⁷⁹ benzer koşullar altında kurulmuş ve bir malın satılmasını veya bir hizmetin görülmesini hedefleyen bir sözleşme olması gerekir⁸⁰. Taşıma sözleşmeleri tamamen maddenin uygulama alanı dışında tutulmuştur (m. 13/III)⁸¹.

Anılan türde bir tüketici sözleşmesinden doğan bir ihtilafı dava etmek isteyen tüketiciye yetkili mahkeme açısından iki seçenek sunulmuştur. Tüketici ya kendi ikametgahı ya da davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilir (m. 14/I). Buna karşılık tüketiciye karşı davalar yalnızca onun ikametgahı mahkemesinde açılabilmektedir. Her ne kadar Brüksel Sözleşmesinin uygulanabilmesi için davalının ikametgahının bir üye devlette olması gerekiyorsa da (m. 4), m. 13/II bu konuda bir istisna getirmektedir. Buna göre tüketici ile akdi ilişkiye giren tarafın üye devletlerden birinde yalnızca bir şubesinin, acentasının veya diğer bir iş yerinin bulunması, iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda üye devlette ikametgah sahibi addolunması için yeterlidir⁸².

Bunun yanı sıra yetkili mahkeme konusunda yapılacak sözleşmeler açısından da Brüksel Sözleşmesi bir kısıtlama içermektedir. Yetki sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için bunların ya ihtilafın doğmasından sonra yapılmış olması (m. 15, 1), ya da tüketicinin başvurabileceği mahkemelerin sayısını artıracak nitelik-

78. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. ATRG. L304/77-1978.

79. Bkz. yukarıda III B 1.

80. Bkz. *MARTINY* (dpn. 22), Art. 29 N. 39.

81. Brüksel Sözleşmesi ve Roma Sözleşmesi karşılaştırıldığında özellikle iki noktada farklılık olduğu dikkati çeker. Öncelikle Roma Sözleşmesi m. 5/V'de, hem bazı taşıma hizmetlerinin hem de konaklama hizmetlerinin kombine olarak tek bir fiyat karşılığında sunulması halinde bu sözleşmelerin m. 5'in korumasından faydalanacağı kabul edilmiştir. Brüksel Sözleşmesinde bu konuda bir açıklık olmamakla beraber teleolojik yorum yöntemiyle bu tür turistik gezi sözleşmelerinin de m. 13 kapsamında sayılabileceği konusunda bkz. *THORN*, Karsten, *Verbrauchergerichtsstand nach EuGVÜ und örtliche Zuständigkeit*, IPRax 1994, s. 426. Diğer yandan belirli bir hizmetin sunulmasını finanse etmek için akdedilen sözleşmeler de Roma Sözleşmesi m. 5 kapsamında sayılırken bu ihtimal Brüksel Sözleşmesinde göz ardı edilmiştir (Bu konuda bkz. *JAYME/KOHLER* (dpn. 18), s. 362).

82. *MARTINY* (dpn. 22), Art. 29 N. 38.

te olması gerekir (m. 15, 2). Bunun dışında tüketicinin ve karşı âkidin sözleşmenin akdi anında aynı ikametgah veya mutad mesken sahibi olması ve bu ülkenin mahkemelerinin yetkili kılınması halinde de yetki sözleşmeleri geçerli sayılmaktadır (m. 15, 3).

İsviçre DÖH yasası da, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlemenin yanı sıra yetkili mahkeme açısından da özel bir hüküm içermektedir. Kural olarak İsviçre devletler özel hukukunda sözleşmeden doğan taleplerin incelenmesi konusunda yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesidir (IPRG Art. 112). Ancak tüketici sözleşmeleri açısından bu kuraldan ayrılmış ve tüketiciye bir alternatif sunulmuştur. O ya kendi ikametgahı mahkemesinde ya da edimi sunanın ikametgahı mahkemesinde davayı açabilir. Bunların mevcut olmaması halinde mutad mesken mahkemeleri devreye girer (IPRG Art. 114)⁸³. Böylelikle tüketici kendisi için en elverişli yerde davayı açarken, işletmeci ancak Art. 112'deki genel kuraldan faydalanabilir⁸⁴. Bunun da ötesinde yasa, tüketicinin, henüz ihtilaf doğmadan, ikametgah veya mutad mesken mahkemesinin yetkisinden vazgeçen bir yetki sözleşmesi yapmasına izin vermemiştir (IPRG Art. 114/II). İhtilaf çıktıktan sonra yetki sözleşmesi yapılması halinde genel kural olan Art. 5/II IPRG uygulanacak ve bir tarafın İsviçre hukukunun tanıdığı yetkili mahkemelerden birine başvurusunun hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacak şekilde engellenmesi halinde bu yetki sözleşmesi batıl olacaktır.

VI. Roma Sözleşmesi m. 5'in Uygulanamayacağı Hallerde Tüketicinin Korunması: Almanya Örneği

A. Genel Olarak

Roma Sözleşmesi m. 5'i Alman hukukunda karşılayan EGBGB Art. 29'da düzenlenen bağlama kurallarının uygulanabilmesi için aranan şartların⁸⁵ var olmaması halinde tüketicinin nasıl korunabileceği sorunu Alman Mahkemelerini ve dolayısıyla doktrinini son yıllarda çok meşgul etmiştir. "Gran Canaria" davaları adıyla artık hukuk literatürüne girmiş olan davaların hepsinde maddi vakıa aynıdır. İspanya'da turist olarak bulunan Almanlara kendileri için özel olarak ve Alman rehberler eşliğinde düzenlenen satış gezilerinde birtakım mallar satılmakta; satış sözleşmelerinde, satıcı İspanyol firmanın bütün alacaklarını önceden bir

83. Bu konuda bkz. SCHMELZER (dnp. 41), s. 131 vd.

84. KREN (dnp. 3), s. 66.

85. Bkz. yukarıda III B.

Alman imalatçı firmaya devrettiği, doğrudan bu firmanın Almanya'da malları teslim edeceği ve borcun da bu firmaya ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Genelde dört-beş maddelik bu sözleşmelerde, her zaman, İspanyol hukukunun seçildiği hükmü yer almaktadır⁸⁶. Özellikle kapı önü işlemleri ve satış gezileri açısından bir serbest geri alma hakkı tanımayan ve bu konuya ilişkin Avrupa Birliği yönergesini de uzun yıllar iç hukukuna aktarmamış olan⁸⁷ İspanyol hukukuna tâbi olan bu sözleşmelerden Alman tüketicilerin kurtulması sorunun özünü oluşturmaktadır.

EGBGB Art. 29/I, 1-3'te sayılan haller dikkate alındığında, dava konusu olayların hiçbirinde tüketicinin mutad meskeni olan Almanya'da bir pazarlama faaliyeti gerçekleştirilmemiştir; siparişler mutad mesken ülkesinde kabul edilmiş ve tüketici bir malı satın alması için yurtdışına çekilmemiştir. En çok benzerlik gösteren hal kuşkusuz üçüncü alternatiftir. Ancak ilgili Alman turistlerin hepsinin serbest iradeleriyle İspanya'ya gitmiş olması bu bendin de doğrudan uygulanmasını engellemektedir⁸⁸. Bu durumda tüketicinin korunması için başka yöntemlerinin var olup olmadığı araştırılmaya başlanmıştır.

B. Kıyas Yoluyla EGBGB Art. 29/I'in Uygulama Alanının Genişletilmesi

Alman doktrinde ileri sürülen bir görüş yurtdışında akdedilen bu tür tüketici sözleşmeleri açısından Art. 29/I'i kıyasen uygulamaktır⁸⁹. Özellikle sözleşme açısından büyük önem taşıyan -semenin kabul edilmesi, teslim, ayıba karşı tekeffül gibi- işlevleri hep Almanya'daki imalatçının gerçekleştirmesi; yurtdışındaki satıcının sadece aracılık göreviyle yetinmesi bu yönde ileri sürülen gerekçelerdir. Satıcı ile bir hukuki uyuşmazlığın doğması ihtimali yok gibidir; buna

86. Karş. *OLG Hamm*, IPRax 1990, s. 242; *TAUPITZ* (dnp. 54), s. 642.

87. 21.11.1991 tarihinde bu yönerge İspanyol hukukuna aktarılmıştır, karş. *LANGENFELD*, Christine, Noch einmal: Die EG-Richtlinie zum Haustürwiderrufsgesetz, IPRax 1993, s. 155. Bu açıdan İspanya ile aynı sorunlar tekrar yaşanmayacaksa da yakın tarihlerde artık Türkiye'de benzer satışların gerçekleştiği ifade edilmektedir (karş. *COESTER-WALTJEN* (dnp. 68), s. 297). Örneğin LG Limburg/Lahn'ın verdiği bir kararda Alman bir turist Türkiye'ye yaptığı paket tur çerçevesinde bir dükkana götürülmüş ve orada kendisine bir halı satılmıştır. Semen bir miktarını ödeyen alıcı, Almanya'ya döndükten sonra, aynı halının çok daha ucuza satıldığını görmüş ve kendisinin adeta satım sözleşmesi yapmaya zorlandığı gerekçesiyle sözleşmeyi geri aldığını bildirmiştir. Alman yerel mahkemesi, dükkan sahibinin, kendi ülkesine yapılan geziyi doğrudan düzenlememiş olmasına rağmen, onun yolculuğu teşvik etmiş veya etkilemiş olmasını yeterli bulmuş ve bu nedenle Art. 29/I, 3'ün uygulanabileceğine hükmetmiştir (NJW 1990, s. 2206).

88. *MARTINY* (dnp. 22), Art. 29, N. 18-18a.

89. Bu yönde *MARTINY* (dnp. 22), Art. 29, N. 18-18a; *LÜDERITZ*, Alexander, Internationaler Verbraucherschutz in Nöten, IPRax 1990, s. 216, 219; *YEUN* (dnp. 1), s. 261 ve *OLG Stuttgart*, JPRax 1991, s. 332.

karşılık Alman işletmeci ile Alman müşteri arasında İspanyol hukuku uygulanmak gerekecektir. Oysa işlemdeki ağırlık noktalarının hepsinin tüketicinin mutad meskeni hukukunu göstermesi devletler özel hukukunda da bu bağlanma noktasının dikkate alınmasını gerektirir⁹⁰.

Bu görüşe karşı ileri sürülen en önemli eleştirilerden⁹¹ birinin kaynağı EGBGB Art. 36'da bulunmaktadır. Bu düzenleme Roma Sözleşmesinin 18. maddesinde de yer almaktadır ve sözleşmeye taraf olan ülkelerde sözleşmenin yeknesak uygulanması ve yorumlanması gerektiğini öngörmektedir. Alman hukukunda sözleşmelere ilişkin devletler özel hukuku normlarının kaynağını Roma sözleşmesinde bulması bu kurala riyeti gerektirir. Nitekim sözleşmenin ifade tarzından ve hazırlık çalışmalarından m. 5'de (EGBGB Art. 29) sayılan hallerin tahdidi olduğu sonucuna varılmakta ve Alman uygulamasının tek başına bu halleri kıyas yoluyla genişletmesine karşı çıkılmaktadır⁹².

C. İç Hukukun Doğrudan Uygulanır Hükümleri Yoluyla Tüketicinin Korunması

• EGBGB Art. 34 (Roma Sözleşmesi m. 8/II) uyarınca sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit eden maddeler ilgili sözleşmeyle bağlantılı olan Alman hukukunun doğrudan uygulanır hükümlerinin bertaraf edilmesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda EGBGB Art. 29'daki özel düzenlemeye rağmen, bu maddeye başvurulamaması halinde, doğrudan uygulanır normlar yoluyla tüketiciyi korumak düşünülebilir⁹³. Özellikle İspanya davaları açısından önem taşıyan serbest geri alma hakkı bu yoldan Alman turistlere tanınabilecektir; zira kapı önü işlemleri ve benzer işlemlere ilişkin yasanın (HausTWG) 2. maddesi yazılı olarak geri alma hakkı konusunda bilgilendirilmeyen tüketicinin karşılıklı ifadan sonra bir ay içinde bu hakkı kullanmasına olanak tanımıştır.

Ancak bu çözüme karşı da önemli eleştiriler ileri sürülmüştür⁹⁴. Özellikle EGBGB Art. 29 uyarınca yalnızca bir elverişlilik denetimi yapıldıktan sonra uy-

90. Bkz. dpn. 89.

91. JUNKER (dpn. 14), s. 8; TAUPITZ (dpn. 54), s. 649; COESTER-WALTJEN (dpn. 68), s. 311.

92. Bu yönde OLG Hamm, IPRax 1990, s. 242, 244; OLG Celle, IPRax 1991, s. 421.

93. Bu yönde HOFFMANN, (dpn. 16), s. 264vd. (serbest geri alma hakkı açısından s. 268); LORENZ, E. (dpn. 27), s. 580; LORENZ, W. (dpn. 27), s. 431; sadece serbest geri alma hakkı açısından HELDRICH (dpn. 26), Art. 29, N. 6.

94. MANKOWSKI, (dpn. 35), s. 460vd.; COESTER-WALTJEN (dpn. 68), s. 313vd.; TAUPITZ (dpn. 54), s. 649.

gulanabilen iç hukuk normlarının Art. 34 yoluyla doğrudan uygulanması gibi çarpık bir sonucun doğması engellenemeyecektir. Lex causae'nin daha elverişli düzenlemesi ise bu durumda bertaraf edilebilecektir. Diğer yandan bu iki maddenin farklı bağlama sistemlerinin parçaları olması ve birini yasa koyucunun tercih etmiş olmasının artık diğerlerinin uygulanırlığını engellediği savunulmuştur⁹⁵. EGBGB Art. 29'un tarafların menfaatleri arasında denge kurmayı amaçlayan gerçek bir devletler özel hukuku bağlama kuralı olması, buna karşılık doğrudan uygulanır normların sözleşme dışında kalan devlet veya iktisat politikasına veya sosyal politikaya ilişkin menfaatleri korumayı amaçlayan normlar olması, birinin diğerinin alternatifi sayılmasını engellemektedir. Özellikle zayıfın korunmasına ilişkin hükümler de belli bir iktisat politikasının gerçekleştirilmesi hedefini güderler ve bu açıdan ulusal bir politikanın ürünüdürler. Bu nedenle ancak yasa koyucunun açıkça uluslararası etkisini kabul ettiği hükümlerde böyle bir doğrudan etki söz konusu olabilmelidir⁹⁶. Örneğin Alman hukukunda genel işlem koşulları hakkındaki yasa'nın 12. maddesi bu tür bir düzenleme getirmiş ve bir sözleşmenin yabancı bir hukuka tâbi olmasına rağmen hangi şartlar altında bu yasanın hükümlerinin doğrudan uygulanacağını tespit etmiştir.

D. Kamu Düzeni Yoluyla Tüketicinin Korunması

Alman mahkemelerinin "Gran Canaria" davalarında başvurdukları bir yöntem ise serbest geri alma hakkını tanımayan bir hukuk düzeninin Alman kamu düzenine aykırılığını kabul etmektir⁹⁷. Mahkemeler, özellikle olaydaki gibi, iç hukukla bağlantının çok sıkı olduğu hallerde, Alman adalet anlayışına aykırılığın ölçüsünün de düşük tutulabileceğini ve kamu düzenine aykırılığın kabul edilebileceğini savunmuştur. Ancak, henüz 1986 yılında kabul edilen bir yasada yer alan serbest geri alma hakkının ne ölçüde Alman kamu düzeninin bir parçası olarak kabul edilebileceği sorusu doktrinde çok sık sorulmuştur⁹⁸. Tüketiciiye böyle bir hakkı tanımamanın Alman hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturacağı ve dayanılmaz sonuçlar doğuracağı görüşü genelde reddedilmektedir⁹⁹.

95. MANKOWSKI (dpn. 35), s. 461.

96. BÖHM (dpn. 3), s. 196; ayrıca bkz. OLG Hamm, IPRax 1990, s. 242; OLG Celle, RIW 1991, s. 421.

97. AG Lichtenfels, IPRax 1990, s. 235; OLG Celle, RIW 1991, s. 421.

98. COESTER-WALTJEN (dpn. 68), s. 315; TAUPITZ (dpn. 54), s. 651; BÖHM (dpn. 3), s. 202; LÜDERITZ (dpn. 89), s. 219; OLG Hamm, IPRax 1990, s. 242.

99. Bkz. dpn. 98.

E. Kanuna Karşı Hile

Bir bağlama kuralının hakkın kötüye kullanılması oluşturacak şekilde yaratılmış olması ya da var olan bir bağlama kuralından bu şekilde faydalanılmış olması hallerinde ortaya çıkan kanuna karşı hilenin dava konusu olaylarda kabul edilmesi hayli güçtür¹⁰⁰. Özellikle bir kanuna karşı hileden bahsedilebilmesi için hile kastının aranması, buna karşılık kendi iradeleri ile turistik geziye çıkan ve burada sözleşme akdeden kişilerin farklı bir bağlama kuralı yaratılması için buraya çekildiklerinden söz edilememesi, bir kastın varlığının olayda kabul edilmesini engeller¹⁰¹.

F. Avrupa Topluluğu Yönergelerinin Doğrudan veya Dolaylı Uygulanırlığı

Son olarak ileri sürülen bir diğer görüşe göre, kapı önü işlemlerine ilişkin Avrupa Birliği yönergesine¹⁰², ya bireyler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulandığını kabul ederek, ya da yine EGBGB Art. 34 yoluyla işlerlik kazandırmak mümkündür¹⁰³. Özellikle bu ihtilafların ortaya çıktığı dönemde İspanya'nın, ilgili yönergeyi iç hukuka aktarmak konusunda 23.12.1987'ye kadar tanınan süreye riayet etmemiş olması bu çözümlerde etkili olmuştur. Ancak yönergelerden doğrudan bireyler arası ihtilaflarda uygulanacak normlar çıkarmak Avrupa Birliği Mahkemesi'nin uygulamasına¹⁰⁴ ve yönergelerin niteliğine de aykırıdır. Mahkeme yalnızca birey ve devlet arasındaki ihtilaflarda doğrudan uygulanabilirliği kabul etmektedir¹⁰⁵. Buna karşılık bu tür bir yönergenin varlığı, buna uygun olarak Alman iç hukukunda yer alan düzenlemelerin uluslararası alanda uygulanmasının istendiği yönünde yoruma dayanak oluşturabilir¹⁰⁶. Dolayısıyla tüketiciyi koruyucu normların her zaman iç hukukun doğrudan uygulanır normları olduğu kabul edilmese bile en azından Avrupa Birliği yönergeleri doğrultusunda

100. Bkz. TAUPITZ (dnp. 54), s.651.

101. Bu yönde COESTER-WALTJEN (dnp. 68), s. 318; TAUPITZ (dnp. 54), s. 651.

102. 85/577/EWG, ATRG, L372/31-1985.

103. Art. 34 yoluyla uygulanacağı yönünde LANGENFELD (dnp. 87), s. 155vd.; JAYME, Erik, Haustürgeschaeft deutscher Urlauber in Spanien; Horizontale Wirkung der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht, IPRax 1990, s. 220vd.; BÖHM (dnp. 3), s. 195; doğrudan uygulanacağı yönünde OLG Celle, IPRax 1991, s. 334vd.

104. Marshall-Kararı, 152/84 sy., ATKD 1986, s. 749.

105. Van Duyn-Kararı, 41/74 sy., ATKD 1974, s. 1337; bkz. BÖHM (dnp. 3), s. 28vd. özellikle s. 36; JAYME (dnp. 103), s. 221; MANKOWSKI (dnp. 35), s. 456.

106. JAYME (dnp. 103), s. 222; BÖHM (dnp. 3), s. 196.

şekillenen iç hukukun her zaman yasa koyucunun uluslararası alanda uygulama iradesini yansıttığı kabul edilebilecektir. Böylelikle doğrudan uygulanabilir normların yalnızca ulusal politikaların ürünü olduğu yönündeki görüş de yıkılmış olmaktadır.

VII. Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması

Görüldüğü gibi özellikle Avrupa ülkelerinde, yalnızca maddi hukuk normlarını tüketiciyi koruyucu şekilde değiştirmekle kalmamış aynı zamanda devletler özel hukuku alanında da bu normların uygulanmasını güvence altına almak için gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Oysa Türk maddi hukuku henüz yeni yeni bu soruna el atarken, MÖHUK m. 24 de hukuk seçimi ilkesini hiçbir sınırlama getirmeksizin kabul etmiştir. Bu durumda, yukarıda, EGBGB Art. 29'un tatbik edilemediği haller için yansıtılan Alman uygulamasının çözümlerini, Türk hukukunda uygulanırlıkları açısından ele almak faydalı olabilir.

Öncelikle tüketiciyi koruyucu normların Türk kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğu ve bu açıdan *lex causae*'nin Türkiye'deki korumayı sağlayamadığı hallerde kamu düzenine aykırılık nedeniyle bu normların uygulanması düşünülebilir. Ancak tüketiciyi koruyucu yasanın henüz çok kısa süre önce kabul edilmiş olması, bu yasanın Türk kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirilmesini güçleştirmektedir. Kamu düzenine aykırılık müdahalesi ancak temel hukuk ilkelere, Anayasal hak ve özgürlüklere, ahlak ve dürüstlük anlayışımıza aykırılık halinde kabul edilebilir¹⁰⁷. Bu tür ilke ve anlayışların oluşması da genelde uzun yıllar belli yönde bir uygulamanın yerleşmiş olmasını gerektirir. Sadece yabancı hukuk düzenlemesinin Türk hukuktan farklı olması kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir. Buna karşılık Borçlar Kanununda yer alan ve yine tüketicileri de korumaya elverişli olan bazı hükümlerin (örn. BK m. 19, 20, 99, 100/III) artık Türk kamu düzeninin bir parçası olduğu kabul edilebilir¹⁰⁸.

Akla gelebilecek diğer bir çözüm ise bu normların, yine forum ülkesinin Türkiye olması halinde, doğrudan uygulanmasını kabul etmektir. Ancak bu halde de Türk hukukunun henüz çok sınırlı bir koruma sağlaması nedeniyle *lex causae*'nin daha elverişli bir yasa hükmünün uygulanmasının engellenmesi müm-

107. Bkz. *NOMER*, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993, s. 174vd.; *TEKİNALP*, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, 5. bası, İstanbul 1995, s. 35.

108. *ULUOCAK* (dnp. 53), s. 206.

kündür. Zira bir norma doğrudan uygulanır norm vasfı verildiğinde artık esasa uygulanan hukukun o konudaki daha elverişli düzenlemelerinin dikkate alınmaması gerekir¹⁰⁹. Ancak Alman hukuku açısından ileri sürülen kaygıların¹¹⁰ Türk hukuku açısından geçerli olmayacağı da açıktır. Zira Türk hukukunda tüketici sözleşmeleri açısından özel bir düzenlemenin MÖHUK'da yer almaması, yargıcı, böyle bir düzenlemeye rağmen doğrudan uygulanır normları olaya tatbik etme ikileminde bırakmayacaktır. Bu nedenle örneğin Tüketicinin Korunması Yasası m. 8'de kapı önü işlemleri için tüketicilere tanınmış 7 günlük serbest geri alma hakkının doğrudan uygulanır bir norm olarak milletlerarası ihtilaflarda uygulanması kabul edilebilir.

Son olarak yine çok tartışmalı bir konu olan¹¹¹ üçüncü bir ülkenin tüketiciyi koruyucu hükümlerinin müdahale olanağı üzerinde durulmalıdır¹¹². Örneğin Roma Sözleşmesi m. 7/I'de bir üçüncü devletin emredici kurallarının uygulanması şartları ele alınmış¹¹³ ve bunun için özellikle hukuki ilişkinin üçüncü devlet ile yakın bir irtibat içinde olması aranmıştır. Ancak bunun yanı sıra üçüncü devletin ilgili normlarının, ihtilaf o ülkede görülseydi, seçilen hukuka rağmen, bu sefer forum ülkesinin doğrudan uygulanır normları olarak müdahalede bulunacak olması gerekir. Örneğin Türkiye'de yapılan, ancak ifa yeri Almanya olan bir satış sözleşmesinde genel işlem koşulları kullanılarak, Türk mahkemele-ri yetkili kılınmış ve Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiş olsun. Hem *lex causae* hem de *lex fori* olan Türk hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin özel bir yasal düzenleme yoktur ve tüketicinin korunması bu açıdan büyük zorluklar çıkarmaktadır. Oysa olayın irtibat içinde bulunduğu Alman hukukunda bu konuda özel bir yasa mevcuttur. İşte bu yasanın hükümlerinin Türk hukukuna müdahale edip edemeyeceği düşünülebilir.

Bu somut olay için böyle bir olanak düşünülemez zira Alman genel işlem koşulları yasasının doğrudan uygulanırlığını düzenleyen m. 12'nin şartları gerçekleşmemiştir. Ancak bu şartlar gerçekleşmiş olsaydı bile genelde üçüncü devletin doğrudan uygulanır normlarına verilen örnekler (uyuşturucu madde kaçak-

109. *MANKOWSKI* (dnp. 35), s. 460.

110. Bkz. yukarıda V C.

111. Bkz. v. *BAR*, Christian, *Internationales Priatrecht, Allgemeine Lehren*, München 1987, s. 232vd.

112. Bu konu hakkında bkz. *ULUOCAK* (dnp. 53), s. 204vd.; *TEKİNALP*(dnp. 107), s. 260vd.

113. Roma Sözleşmesine taraf ülkelere m. 7/I'e çekince koyma olanağı tanınmıştır (m. 22/I, a). Nitekim Almanya bu tür bir çekinceyi koymuştur (*BÖHM* (dnp. 3), s. 199). İsviçre Devletler Özel Hukuku Yasası m. 19 da bu konuyu düzenlemektedir.

çılığına, anti-kartel hukukuna ilişkin normlar, gümrük mevzuatı gibi) dikkate alındığında tüketiciyi koruyucu normların benzer etkiye sahip normlar olmadığı söylenebilir. Bu açıdan Türk yargıcının yabancı bir ülkenin tüketiciyi koruyucu mevzuatını dikkate alması pek mümkün gözükmemektedir.

VIII. Sonuç

Sonuç olarak Türk hukuku açısından en doğru çözümün ya ilgili tüketiciyi koruyucu yasaların sonuna ya da doğrudan MÖHUK'a, bu kuralların devletler özel hukuku ihtilaflarında uygulanırlığına ilişkin düzenlemeler eklemek olduğu söylenebilir. Böyle bir düzenleme yapılırken özellikle Roma Sözleşmesinin benimsediği çözüm, yani hukuk seçiminin ilke olarak geçerliliği, ancak tüketiciyi daha fazla koruyan mutad mesken hukuku normlarının bu seçime rağmen uygulanması çözümü tercih edilmelidir. Zira Türkiye gibi tüketiciyi koruyan hükümlerin çok az gelişmiş olduğu bir ülkede İsviçre'deki gibi hukuk seçimini yasaklamanın amaca uygun bir çözüm olması beklenemez. Seçilen hukukun daha elverişli hükümlerinin uygulanmasına set çekilmemelidir.

Günümüzde tüketicinin korunması için irade özerkliği ilkesinin gerek maddi hukukta gerekse devletler özel hukukunda sınırlanması kaçınılmaz gözükmektedir. Nitekim tam üyelik başvurusunda bulunmuş olduğumuz Avrupa Birliği içinde uzun yıllardan beri bu yönde çalışmalar gerçekleştirilmiş ve tüketicinin çıkarlarını her açıdan en iyi şekilde gözetecek bir sistem oluşturulmuştur. Bu sisteme rahatça dahil olabilmek açısından Türk hukukunda yapılacak düzenlemelerde de gerek Avrupa Birliği yönergelerinin gerekse bu Birlik çerçevesinde akdedilen uluslararası sözleşmelerin dikkate alınması zorunludur. Bu hukuki düzenlemelerin uygulanmasında ortaya çıkan aksaklıkların da yakından takip edilerek daha mükemmel bir düzenlemeye ulaşılması temenni edilir.

KISALTMALAR

AG	: Amtsgericht
Art	: Artikel
ATKD	: Avrupa Topluluğu Kararları Dergisi
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
Aufl	: Auflage
BB	: Betriebsberater
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
bkz	: bakınız
DÖH	: Devletler Özel Hukuku
EGBGB	: Einführungsgesetz zum BGB
EWG	: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FS	: Festschrift
IPRax	: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
JuS	: Juristische Schulung
karş	: karşılaştırmamız
LG	: Landgericht
m	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N.	: Kenar numarası
OLG	: Oberlandesgericht
örn	: örneğin
RabelsZ	: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	: Resmi Gazete
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
s	: sayfa
sy.	: sayı
vd	: ve devamı
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZVglRWiss	: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften