



**TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
KANUNLAR İHTİLAFI**

Muhammed Enes ORAK

**Yüksek Lisans Tezi
Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE
2024**

Her Hakkı Saklıdır

T.C
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

Muhammed Enes ORAK

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR
İHTİLAFI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ YÖNETCİSİ
Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE

ERZURUM-2024



TEZ BEYAN FORMU

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddelerine göre hazırlamış olduğum " Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kâğıt ve elektronik kopyalarının aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Gereğini bilgilerinize arz ederim *.

☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☒ Tezimin/Raporumun makale için **altı ay**, patent için **iki yıl** süreyle erişiminin ertelenmesini istiyorum.

Muhammed Enes ORAK

Aslı Islak İmzalıdır

*** LİSANSÜSTÜ TEZLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TOPLANMASI, DÜZENLENMESİ VE ERİŞİME AÇILMASINA İLİŞKİN YÖNERGE**

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Lisansüstü tezlerin erişime açılmasının ertelenmesi **MADDE 6– (1)** Lisansüstü tezle ilgili **patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda**, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu **iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.**

(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz **makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış** ve internette paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile **altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.**

Gizlilik dereceli tezler MADDE 7– (1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Graduate School of Social Sciences

TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE danışmanlığında, Muhammed Enes ORAK tarafından hazırlanan bu çalışma 14 /06/2024 tarihinde aşağıda isimleri yazılı jüri tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Vildan SEZİŞLİ

İmza: Aslı Islak İmzalıdır

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE

İmza: Aslı Islak İmzalıdır

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Pınar AKTAŞ AVCI

İmza: Aslı Islak İmzalıdır

Prof. Dr. Sait UYLAŞ

Enstitü Müdürü

Aslı Islak İmzalıdır

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	IV
ABSTRACT	V
KISALTMALAR DİZİNİ	VI
ÖNSÖZ.....	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ KAVRAMI VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI İHTİYACININ TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. TÜKETİCİ KAVRAMI VE UNSURLARI	8
1.1.1. Tüketici Kavramı.....	8
1.1.2. Tüketici Tanımı ve Unsurları	10
1.1.2.1. Ticari ve Mesleki Olmayan Amaç.....	12
1.1.2.2. Gerçek veya Tüzel Kişi Olma	15
1.1.2.3. Hareket Etme	17
1.2. TÜKETİCİNİN KORUNMASI İHTİYACININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	19
1.2.1. Karşılaştırmalı Hukukta Tüketicinin Korunmasına İlişkin Uygulamalar	20
1.2.1.1. ABD’de Tüketicinin Korunması	22
1.2.1.2. Avrupa Birliği’nde Tüketicinin Korunması	24
1.2.1.2.1. Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmalarında Tüketicinin Korunması	25
1.2.1.2.2. Avrupa Birliği Müktesebatında Tüketicinin Korunması Alanındaki Yasal Düzenlemeler.....	27
1.2.2. Uluslararası Hukukta Tüketicinin Korunması.....	30
1.2.2.1. Birleşmiş Milletler Tüketici Hakları Evrensel Bildirgesi.....	31
1.2.2.2. Tüketicinin Korunmasına İlişkin Uluslararası Örgütlenmeler	32
1.2.3. Türk Hukukunda Tüketicinin Korunması	33
1.2.3.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem	33
1.2.3.2. Cumhuriyet Sonrası Dönemde Tüketici Politikasının Oluşumu	35
1.2.3.2.1. Avrupa Birliği’ne Üyelik Süreci.....	36
1.2.3.2.2. Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Tüketici Hakları Mevzuatının Gelişimi.....	38

İKİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

2.1. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI VE KAPSAMI	41
2.1.1. Tüketici Sözleşmesi Kavramı.....	41
2.1.2. Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Uygulama Alanının Belirlenmesi.....	42
2.1.2.1. Sübjektif Teori.....	43
2.1.2.2. Objektif Teori	44
2.1.2.3. Amaç Teorisi	44
2.1.3. Tüketici Sözleşmesinin Unsurları	45
2.1.3.1. Sözleşmenin Konusu	46
2.1.3.2. Sözleşmenin Tarafları.....	47
2.1.3.3. Sözleşmedeki Özel Amaç	49
2.2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ	50
2.2.1. Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerinde Korunan Menfaatler...	51
2.2.2. Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Tarafın Korunması.....	53
2.2.3. Milletlerarası Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukta Yeknesaklık İhtiyacı.....	54
2.2.3.1. 19 Haziran 1980 Tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi	56
2.2.3.2. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü	58
2.2.4. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Kullanılacak Yöntemler.....	60
2.2.4.1. Sübjektif Yöntem.....	60
2.2.4.2. Objektif Yöntem	61
2.3. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK	62
2.3.1. Yabancılık Unsurunun Tespiti	64
2.3.1.1. Yargı Kararlarında Yabancılık Unsuru	69
2.3.2. Vasıflandırma	73
2.3.3. Tüketici Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk.....	75

2.3.3.1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi (Subjektif Bağlama Kuralı).....	78
2.3.3.1.1. Hukuk Seçiminin Sınırlandırılması: Mutad Mesken Hukuku	81
2.3.3.2. Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması (Objektif Bağlama Kuralı).....	84
2.3.3.2.1. Satıcının Pazarlama Faaliyetlerini Tüketicinin Mutad Meskeni Ülkesinde Gerçekleştirmesi	88
2.3.3.2.2. Tüketicinin Siparişinin Mutad Meskeninde Alınması	90
2.3.3.2.3. Satıcının Düzenlediği Yurtdışı Gezilerinde Gerçekleşen Satışlar	91
2.3.4. Uygulanacak Hukukun Sınırlandırılması	94
2.3.4.1. Kamu Düzenine Aykırılık	94
2.3.4.2. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	96
2.3.5. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmeleri	98
2.3.5.1. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti	99
2.3.5.1.1. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmelerinde Subjektif Bağlama Kuralı	102
2.3.5.1.2. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmelerinde Objektif Bağlama Kuralı	104
2.3.6. Tüketici Sözleşmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk	106
2.3.6.1. MÖHUK 26/2. Madde Kapsamındaki Sözleşmeler Yönünden	107
2.3.6.2. MÖHUK 26/2. Madde Kapsamı Dışındaki Sözleşmeler Yönünden	108
SONUÇ	110
KAYNAKÇA	115
ÖZGEÇMİŞ	128

ÖZET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

Muhammed Enes ORAK

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE

2024, 128 Sayfa

Jüri: Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE

Dr. Öğr. Üyesi Pınar AKTAŞ AVCİ

Dr. Öğr. Üyesi Vildan SEZİŞLİ

Bu çalışmanın amacı, yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesidir.

Uluslararası ilişkilerin hızlı bir şekilde arttığı günümüz küresel dünyasında, yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinin sayısı da her geçen gün artış göstermektedir. Bu kapsamda milletlerarası hukukta zayıf olan tarafın korunması ilkesi gözetilerek taraflar arasında yapılacak sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk ve hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik iradenin bürüneceği şekil kuralları önemli hale gelmektedir. Tüketici kitlesi, uluslararası ekonomik ilişkiler içinde önemli bir çoğunluğa sahiptir. Bu nedenle tüketici sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilafı kurallarının tespiti bir yönüyle milletlerarası ticaretin gelişimine hizmet ederken diğer yönüyle de milletlerarası toplumun genel menfaatine hizmet etmektedir.

Çalışmanın araştırma aşamasında öncelikle tüketici kavramı, tüketicinin korunması ihtiyacının tarihsel gelişimi ve Türk hukukunda tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak kurallara esin kaynağı olan Avrupa Birliği düzenlemeleri incelenmiştir. Ardından kanunlar ihtilafı hukuku kapsamına girecek bir hukuki işlemin doğabilmesi için gerekli ilk ve en önemli etken olan yabancılık unsuru ve yabancılık unsuru ihtiva eden tüketici sözleşmelerine hangi hukukun uygulanması gerektiği sorusu, Türk hukuk mevzuatı, doktrini ve yargı kararları ortaya konularak yanıtlanmaya çalışılmıştır. Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleri sözleşmenin kuruluş yeri, kuruluş anı gibi hususlarda kendine özgü bir takım özellikler göstermeleri nedeniyle kanunlar ihtilafı kuralları yönünden ayrıca incelenmiştir.

Nitekim yapılan araştırma sonucunda yabancılık unsuru taşıyan tüketici sözleşmelerinin esasına ve şekline uygulanacak hukuk açısından, mutad mesken bağlama noktasının büyük önem taşıdığı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici sözleşmesi, mutad mesken, yabancılık unsuru, zayıf taraf.

ABSTRACT**MASTER THESIS****THE CONFLICT OF LAWS ARISING FROM CONSUMER CONTRACTS****Muhammed Enes ORAK****Advisor: Asssit. Prof. Dr. Bahar KÜPE****2024, 128 Pages****Jury: Assist. Prof. Dr. Bahar KÜPE****Assist. Prof. Dr. Pınar AKTAŞ AVCI****Assist. Prof. Dr. Vildan SEZİŞLİ**

The purpose of this study is determination of the applicable law to be practiced on consumer contracts including the element of foreignness.

In today's global world where international relationships are rapidly increasing , the number of consumer contracts including the element of foreignness shows increase dy by day. In this context, the law to be practiced on the basis of contracts which will be signed between parties by considering the principle of protection of the party who is in need of legal protection against powerful one in international law and the laws of form which the will intends to use to achieve the legal consequence become significant. Consumer mass has an important majority within the international economic relationships. Therefore, the determination of the conflict of laws arising from consumer contracts serves the development of international trade on the one hand and on the other hand it serves the international community 's general advantage.

The notion of consumer, the historical development of the consumer' s need of protection and the regulations of European Union being the source of inspiration for laws to be applied to the consumer contracts in Turkish law were firstly examined at the research stage of the study. Then, the element of foreignness being necessary, the first and most important factor to originate a legal transaction to be included in the scope of conflict of laws was discussed in a detailed way and the question of which law should be practiced on the consumer contracts including the element of foreignness was attempted to answer by presenting Turkish legal legislation, doctrine and court decisions. Because of the some distinctive features such as the place and time of contract formation, consumer contracts formed in electronic environment were also examined in terms of conflict of laws.

Thus, as a result of the research, it was determined that the connection point of habitual residence has a great importance in terms of law to be practiced on the basis and form of consumer contracts including the element of foreignness.

Keywords: consumer contracts, habitual residence, the element of foreignness, consumers being in need of legal protection against powerful parties.

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BEUC	: Bureau Europeen Des Unions de Consommateurs
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
ETTK	: Türkiye Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICPEN	: The International Consumer Protection and Enforcement Network
ICOU	: International Organization of Consumers
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜBİS	: Tüketici Bilgi Sistemi
TÜKODER	: Tüketiciyi Koruma Derneği
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu



ÖNSÖZ

Bu çalışma Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışmanın çerçevesini tüketici sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilafı kuralları oluşturmaktadır. Eserin hazırlanma sürecinde çok sayıda kişinin maddi ve manevi desteği olmuştur. Dolayısıyla teşekkür edilmesi gereken birçok kişi bulunmaktadır.

Öncelikle gerek ders dönemimde gerekse tez dönemimde engin bilgilerini benimle paylaşan ve bana yardımcı olan değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE'ye teşekkürlerimi sunuyorum. Tez jürimde yer alarak kıymetli vakitlerini ayıran ve çalışmamı değerlendiren kıymetli jüri üyelerim Dr. Öğr. Üyesi Pınar AKTAŞ AVCI ve Dr. Öğr. Üyesi Vildan SEZİŞLİ'ye teşekkür ederim.

Çalışmamın hazırlanma sürecinde, mesleğimin yüklediği ağır sorumluluklarımın yanında ailemle yaşadığım büyük depremin yarattığı olumsuzluklar nedeniyle zorlanmış olsam da çalışmamı tamamlamış olmanın verdiği mutluluk ve gurur, belki de yapılan çalışmaya en büyük anlamı katmaktadır.

Hayatımın her alanında olduğu gibi tez çalışmamı hazırlarken de her aşamada bana yardımcı olan sevgili eşim Pelin KORU ORAK'a, desteği ve tavsiyeleri için canım ablam Kübra ÇARBUĞA'ya ve çoğu kez onunla geçirmem gereken süreden yoksun bıraktığım biricik oğlum Aras'a yürekten teşekkürler...

GİRİŞ

İnsan, doğadaki tüm canlılar gibi hayatı boyunca sürekli tüketir. Tüketim ilişkileri, insanların takas yoluyla yaşamını sürdürdüğü dönemden bugüne kadar çeşitli evrelerden geçmiştir. Günümüzde, tüketimin küreselleşmesi nedeniyle tüketici hukuku alanında ulusal ve uluslararası düzenlemelerin yapılması kaçınılmaz olmuştur. Uluslararası alanda ekonomik ilişkilerin yaygınlaşması ile farklı ülkelerde hatta farklı kıtalarda bulunan kişiler arasında yapılan sözleşmelerin çeşitliliği ve sayısı artmaktadır. Bu sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk kurallarının tespiti milletlerarası özel hukuk yönünden üzerinde durulması gereken bir konu haline almıştır.

Başka ülkelerde üretilen ürünler, pazarlarda tüketicinin beğenisine sunulmuş ve ülkesinde olmayan çeşitlikte ürünleri gören tüketici bu ürünleri alarak tüketimi arttırmıştır. Uluslararası ekonomik ilişkiler içerisinde önemli bir çoğunluğa sahip tüketici kitlesinin, mal ve hizmet arzındaki artış ve çeşitlilik nedeniyle bir kıyas yaparak kendisi için en uygun olanını seçmesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Uzun zaman boyunca sözleşmelerin yabancı unsur içermemesi nedeniyle tüketicinin korunması ihtiyacı ulusal boyutta kalmış olsa da uluslararası tüketici işlemlerinin sayısının artması nedeniyle milletlerarası hukukta da zayıf olan tarafın korunması gündeme gelmiştir.

Çalışmamızın konusu yabancı unsur içeren tüketici sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilafıdır. Çalışmamızın birinci bölümünde tüketici kavramı, tüketicinin korunması ihtiyacının tarihsel gelişimi, tüketici hukukuna ilişkin bölgesel ve evrensel metinler ve Türk hukukunda tüketicinin korunması alanında yapılan çalışmalar ele alınmıştır.

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukukta tüketicinin korunmasına dair yapılan düzenlemelere ayrı bir başlık altında değinilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk esasen milletlerarası özel hukuk alanından çok farklı bir dal olmasına rağmen birbiriyle ilişkili ve birbirine yardımcı hukuk dallarıdır. Milletlerarası özel hukuk uygulamasında belli bir ulusal hukuk normu uygulama alanı bulmakta olmasına karşın karşılaştırmalı hukukta farklı devletlerin hukuk düzenleri karşılaştırılarak aralarındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya koyulmaktadır.

İlgili başlıklar altında değindiğimiz konuları biraz açacak olursak, milletlerarası hukuk alanında tüketici sözleşmelerinin artması sebebiyle milletlerarası hukukta tüketici

kavramı yaygınlaşmış ve tüketicinin korunması ihtiyacı hasıl olmuştur. Zayıf konumda olan tüketici tarafın korunması için hukukçuların sadece tüketici tarafın ülkesinde yürürlükte bulunan kanunları bilmeleri yeterli olmayıp sözleşmenin karşı tarafının tabi olduğu hukuku bilmeleri ve hatta uluslararası hukuk hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir.

Tüketicinin, sözleşme ilişkisine girdiği ve bu ilişki çerçevesinde kendinden üstün olan satıcılara karşı korunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹. Bu yaklaşım hukuk düzenlerinde tüketicinin korunması ihtiyacını doğurmuştur. Tüketici kavramı ve tüketicinin korunması ihtiyacı sanayi devriminden sonraki dönemde ortaya çıkmaktadır. Sanayi devriminden sonra tüketim faaliyetinde bir tarafta bilgi ve sermaye yönünden güçlü bir satıcı varken diğer tarafta ise tüketim ihtiyacını görmek için satıcıya bağımlı ve bilgi açısından daha zayıf konumda olan tüketici taraf vardır. Bu sebeple tüketicinin korunması ihtiyacı sözleşmenin karşı tarafı olan üretici veya satıcı karşısında göreceli olarak zayıf konumda olan tüketicinin, sözleşmedeki gücünü arttırma amaçlıdır.

Dünyada Evrensel Tüketici Hakları ilk kez 15 Mart 1962’de Amerika Birleşik Devletlerinde eski başkan olan J.F.Kennedy tarafından temsilciler meclisine sunulan raporda yer almış ve daha sonrasında Avrupa Ekonomik Topluluğu Konseyi tarafından 14 Nisan 1975’de evrensel tüketici hakları adında tüm dünyaya ilan edilip duyurulmuştur. Bu haklar, tüketicinin temel gereksinimlerinin karşılanması hakkı, sağlık ve güvenliğinin korunması hakkı, bilgi edinme hakkı, ekonomik çıkarlarının korunması hakkı, şikayet ya da sesini duyurma hakkı, temsil edilme hakkı, zararlarının tazmin edilme hakkı, seçme hakkı, aydınlatılma, eğitilme ve bilgilendirilme hakkıdır.

Evrensel tüketici haklarından birisi olan tazmin edilme hakkı; tüketiciye ayıplı bir malın satılması veya yanlış ya da eksik bir hizmetin sunulması karşısında, tüketicinin uğradığı maddi veya manevi zararın giderilmesi ya da tüketicinin hakkının korunması amacıyla gerekli yasal tedbirlerin alınması ve bu tedbirlerin etkili bir şekilde uygulanmasıdır². Tanzim edilme hakkı kapsamında tüketicinin korunmasının sağlanması

¹ Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller””, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57-2, 2008, 116.

² Fatma Çağlar, *4077 sayılı Kanunla Ortaya Çıkan Tüketicinin Hak Arama Yolları*, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Ankara 2002,32.

için devletler kendi yasalarında yaptıkları düzenlemelerle tüketici sıfatıyla sözleşme ilişkisine giren vatandaşlarını koruyucu hükümler düzenlemektedir.

Avrupa’da tüketicinin korunması kavramı Avrupa Birliği’yle hukuk reformu halini almıştır. Avrupa Birliği’nde 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşmasıyla tüketicinin korunması ilk kez özel bir kavram olarak Avrupa Topluluğu Sözleşmelerinde yer almıştır. Günümüzde ise Avrupa Birliği’nde tüketicinin korunması alanında yasal dayanak Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Anlaşmanın 169. maddesidir. Bu maddede tüketicinin korunması “birlik, tüketicilerin çıkarlarını desteklemek ve yüksek düzeyde korunmalarını temin etmek için, sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarının korunmasına ve bilgilendirilme ve eğitim hakları ile çıkarlarını korumak amacıyla örgütlenme haklarının desteklenmesine katkıda bulunur.” denilerek hüküm altına alınmıştır.

Devletler, belli zamanlarda bir araya gelerek tüketicinin korunması kapsamında hukuk düzenlerinde birbirleriyle paralel uygulamalara gitmek için toplanmaktadır. Bu toplantılar sonucu devletler tavsiye nitelikli veya bağlayıcı hükümler içeren belli anlaşmalara hukuk düzenleri çerçevesinde taraf olmuşlardır. Devletlerin dışında, ulusal tüketici örgütleri ve gerçek kişi tüketiciler de, tüketicilerin uluslararası platformda temsil edilmesini sağlayan örgütlenmeler oluşturmaya başlamışlardır. Bunların başında Uluslararası Tüketiciler Örgütü (*Consumers International*) gelmektedir. Örgüt ilk olarak 1960 yılında Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü (IOCU) olarak sınır ötesi kampanyalar oluşturmak ve bilgi paylaşmak isteyen ulusal tüketici örgütleri tarafından kurulmuştur³.

Türk Hukukunda tüketicinin korunması kavramını çalışmamızda Cumhuriyet öncesi dönem ve Cumhuriyet sonrası dönem olarak iki ayrı süreç olarak incelemek gerekmektedir. Cumhuriyet öncesi dönemde Türk Hukuk sisteminde, tüketicinin korunması kavramı doğrudan yasal düzenlemeye konu olmamakla birlikte sosyal hayatın içerisinde çeşitli koruma mekanizmaları sayesinde yer almıştır. Selçuklu Devleti ve Osmanlı Devletinde yer alan esnaf örgütleri olan ahilikler, loncalar ticaret hayatında belli kurallar koyarak esnafın bu kurallara uymasını kontrol etmiştir. Ayrıca Osmanlı Devleti’nde İstanbul’da sadrazamlar diğer şehirlerde ise kadılar esnafa sıkı denetimler

³ Ümit Başkiran, *Tüketiciyi Korumaya Yönelik Örgütler: TÜKODER (Tüketiciyi Koruma Derneği) Örneğinin İncelenmesi*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, 58.

yapmışlardır. Osmanlı Devletinde bu kurumların yanı sıra tüketicinin korunması alanına dair yasal düzenlemeler de getirildiği görülmektedir. II. Bayezid Döneminde çıkarılan Kanunnâme-i İhtisab-ı Bursa, ilk standartlar kanunu ve ilk tüketiciyi koruma kanunu niteliğinde kabul edilmektedir⁴.

Cumhuriyet sonrası dönemde ülkemizde tüketicin korunması, 1982 Anayasası⁵ ile anayasal düzenlemelere konu edilmiştir. Sosyal hakların ilk kez düzenlendiği 1961 Anayasasının 49. maddesinde “Devlet herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.” şeklinde düzenleme mevcut olsa da tüketicinin korunması detaylı bir şekilde ilk kez 1982 Anayasasının “Tüketicilerin Korunması” kenar başlıklı 172. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” hükmüyle tüketicinin korunması, anayasa ile teminat altına alınmıştır.

Ülkemizde, tüketicilerin korunması amacıyla özel bir kanun hazırlanmasında en önemli etken, Türkiye ve Avrupa Ekonomik Topluluğu arasındaki 12 Eylül 1963 tarihli Ortaklık Anlaşması (Ankara Anlaşması)⁶ çerçevesinde ülkemize yüklenen yükümlülükler olmuştur. 1995 yılında yürürlüğe giren tek ve kapsamlı bir kanun olan 4077 Sayılı Kanun⁷ ile tüketicinin korunmasına hukuki bir temel kazandırılmıştır. Bunun yanı sıra, Tüketici Kanunu’nun uygulanmasından ve gözetiminden sorumlu yapı da 1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile oluşturulmuştur. Bu kanunda 2003, 2007 ve 2008 yıllarında çeşitli kanunlar ile değişiklik yapılarak AB mevzuatı ile uyum sağlanmaya çalışılmış ise de istenen seviyeye ulaşılamamış olması nedeniyle Avrupa Birliği’nin son dönem mevzuatı ile tam uyumunun sağlanması amacıyla 28 Kasım 2013 tarihinde Resmi Gazete’ de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁸ yayımlandığı tarihten altı ay sonra yürürlüğe girmiştir⁹.

⁴ Recep Özdemir, Tüketici Haklarına Yönelik Tarihte Yapılan İlk Kanun: “ Kanunname-i İhtisab-ı Bursa”, *Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 4, 2017, 3.

⁵ RG 9.11.1982-17863.

⁶ RG 1.12.1964-11870.

⁷ RG 8.03.1995-22221.

⁸ RG 28.11.2013-28835.

⁹ Abdülkerim Yıldırım, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”, *GÜHFD*, XVII(1-2), 2013, 1016.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uzun bir süre yürürlükte kalmasına rağmen tüketici sözleşmelerine dair özel bir düzenleme içermemekteydi. Milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuk tek hüküm altında düzenlenmiştir. Bu kanunda yetkili hukukun tespitinde taraf iradeleri dikkate alınmıştır. Dolayısıyla tüketici sözleşmeleri yönünden de taraflar diledikleri ülke hukukunu seçmekte özgürdüler. Bu nedenle, hukuki ihtiyaçları karşılamamasından dolayı eleştirilere sebebiyet vermektedir¹⁰. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk alanında Avrupa Birliği mevzuatını da dikkate alınarak gerekli değişiklikler yapmak ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla getirilen yeni düzenlemelere uygunluğunu sağlamak amacıyla, 5718 sayılı MÖHUK hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir¹¹.

Çalışmamızın ikinci bölümünde tüketici sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilafı ele alınmıştır. Burada ilk olarak milletlerarası unsurlu tüketici sözleşmesi kavramı üzerinde durulmuştur. Genel anlamıyla tüketici sözleşmeleri ve unsurları açıklanmakla beraber bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi için gerekli olan “sözleşmedeki özel amaç” emsal yargı kararlarından faydalanarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Yabancı unsur taşıyan tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukukun tespiti çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda kanunumuzda objektif bağlama kuralı olarak belirtilen “ mutad mesken hukuku” ve bu hukukun uygulanma şartları anlatılmıştır. Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 1980 Tarihli Roma Sözleşmesi¹² ve Avrupa Birliğinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü¹³ önem taşımaktadır. Bu hukuki metinler aynı zamanda 5718 sayılı MÖHUK'un tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen 26. maddesinin esin kaynağı olmuştur.

¹⁰ Vahit Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1-2), 1996,167

¹¹ RG 12.12.2007- 26728.

¹² 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ C 027, 26/01/1998 P. 0034 – 0046, *Official Journal of the European Communities*, C 27, 26 January 1988, [EUR-Lex — Access to European Union law — choose your language \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/lex/1988/01/26/oj) (Erişim Tarihi: 23.04.2024) “Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi”, L. 266, 09.10.1980, s. 1-18.

¹³ Rome I Regulation “Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008” Roma I Tüzüğü, [EUR-Lex — Access to European Union law — choose your language \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/lex/2008/06/17/oj) (Erişim Tarihi: 23.04.2024) “Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi”, L. 177, 04.07.2008, s. 6.

Yabancılık unsurunun tespiti ve uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu milletlerarası özel hukukta önemli olduğu kadar içinde problemler de barındıran bir konudur. Çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelediğimiz milletlerarası alanda tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukta yeknesaklık ihtiyacı yönünden, dünyada bölgesel ve küresel çapta kanunlar ihtilafı kurallarının yasalaşması hareketlerinin gerçekleştiği ve yeknesak kanunlar ihtilafı kurallarının belirlendiği bir dönemde, ülkemizde bu konudaki güncel gelişmeleri inceleyen akademik çalışma sayısı oldukça düşüktür. Bu durum bizim açımızdan tez konusu seçiminde etkili olmuştur. Ayrıca yargı kararlarının taramasını yaptığımızda tüketici sözleşmeleri yönünden kanunlar ihtilafı hukukunu işletmek yönünde ülkemiz yargı organlarında mesafeli bir yaklaşım bulunduğu ve bu alanda emsal nitelikte, yol gösterici karar sayısının çok az olduğu tespit edilmiştir. Bu durum, ilk derece mahkemelerinin yabancılık unsurunu tespit edememesi, yabancı hukuku uygulamaktan kaçınmak için yabancılık unsurunu görmezden gelmesi¹⁴ veya yabancılık unsurunun bir vakıa olarak davanın yanlarıncı getirilmesi ve ileri sürülmesi durumunda incelenmesinin gerektiği şeklindeki yaklaşıma bağlanabilir.

Çalışmamızda tespit edilebilen yargı kararları ve belli bir çerçeve içerisinde, yabancı unsur teşkil eden tüketici sözleşmelerinde somut olaya uygulanması gereken kuralların ne şekilde tespit edileceği hususu çeşitli tartışmalı konulara da temas edilerek incelenmeye çalışılmıştır. Tüketici sözleşmelerinin yabancılık unsuru içermesi durumunda, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hususu gündeme gelmektedir. Bir sözleşmenin hangi durumlarda yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olarak değerlendirileceğine ilişkin farkı görüşlere yer verilmiştir. Tüketici sözleşmelerinde ise zayıf konumda olan tüketici tarafın korunması sebebiyle, bu sözleşmeler bağlamında yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesindeki ilkeler yönünden tüketicinin mutad mesken hukuku esas alınmıştır.

Yabancı unsur taşıyan tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 26. maddesi, bünyesinde yabancı unsur barındıran tüm tüketici sözleşmeleri için değil, sadece belirli tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bu madde kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukuk ise sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddedeki

¹⁴ Ergin Nomer, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul 1998, 685.

genel kurala tabidir. 24. maddede yer alan genel bağlama kuralı tüm sözleşme türleri yönünden tatmin edici olmaması sebebiyle¹⁵ özel bağlama kuralları ayrı ayrı düzenleme alanı bulmuştur. 26. Madde ile tüketicinin mutad mesken hukukunda yer alan tüketicinin korunmasına ilişkin emredici hükümlerin hukuk seçimi yoluyla etkisiz kılınması önlenmiştir. Bu şekilde milletlerarası özel hukuk adaletinin yanında maddî hukuk adaletinin korunmasını amaçlanmıştır. Bu kapsamda 26. maddede tüketici sözleşmelerinin, tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak şartıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacakları belirtilerek tarafların sınırlı irade serbestisinden bahsedilmiştir. Biz çalışmamızın ikinci bölümünde ağırlıklı olarak, tüketici sözleşmeleri yönünden taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması halinde bu seçimin nasıl sınırlandırıldığı, hukuk seçimi yapılmaması halinde objektif bağlama kuralının tatbiki ve bu durumda mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için kanunda tahdidi olarak sayılan koşulları inceledik.

İnternetin dünyanın her yerinden erişilebilen uluslararası bir ağ olması nedeniyle internet üzerinden milletlerarası nitelikli sözleşmelerin kurulması daha kolay hale gelmiştir. Zira internet, uluslararası sınırları ortadan kaldırarak, birçok farklı ülke vatandaşları arasında sözleşmesel ilişkiler kurulmasına imkân vermektedir. Bu sözleşmeler sözleşmenin kuruluş yeri, kuruluş anı, icap ve kabul gibi hususlarda kendine özgü bir takım özellikler göstermektedir. Bu nedenle kanunlar ihtilafı kuralları yönünden elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Son olarak da tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk konusunda açıklama yapmaya çalışılmıştır.

¹⁵ Zeynep Derya Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59(3), 2010, 523.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ KAVRAMI VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI İHTİYACININ TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. TÜKETİCİ KAVRAMI VE UNSURLARI

1.1.1. Tüketici Kavramı

İnsanlık yüzbinlerce yıllık tarihi boyunca sosyal etkinlik olarak ilk adımlarını alışveriş yaparak ticaret alanında atmıştır. İnsanların aralarında yaptığı bu ticaret paranın icat edilmediği dönemlere kadar gitmektedir. Bu devirlerde insanların aralarında takas yaparak başlayan bu alışveriş, günümüzde elektronik sözleşmelerin yapıldığı internet çağına kadar ilerlemiştir. Günümüzde teknolojinin de gelişmesiyle kişiler bir gün içinde kendilerinin bile sayısını bilmediği kez alışveriş ilişkisi içine girmektedir. Bu durum, yasa koyucuları her dönemde hukuksal olarak kişilerin korunması için düzenlemeler yapmaya itmektedir.

Tüketici kavramının hukuk alanında ortaya çıkışını¹⁶, 19. Yüzyılda yaşanan Sanayi Devrimi ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Üretimde makineleşmenin hızlı bir şekilde yaygınlaşması sonucu mal arzında ve çeşitliliğinde artış yaşanmış ve üretimde görülen bu artış, doğal olarak tüketime de yansımıştır. 19. Yüzyıldan önceki dönemde sosyal hayatta “tüketiciden” değil “alıcıdan” söz edilmektedir. Zaman içerisinde alıcıdan dönüşen tüketici kavramı gelişmiş ve tüketicinin korunması ihtiyacı hasıl olmuştur. Tüketici kurulan sözleşmede malın nasıl ve neden yapıldığını, çalışma sistemini çoğu zaman bilmemekte ve bilse bile bunlara müdahale şansı bulunmamasından dolayı da sözleşmenin zayıf tarafı olmaktadır. 19. Yüzyıldan itibaren tüketim eylemini gerçekleştiren kişinin davranışları ve girdiği ilişkilerde karşılaştığı sorunlar nedeniyle tüketiciden bahsedilmeye başlanması neticesinde tüketici kavramının hukuksal anlamda incelenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹⁷. Fakat dağınık ve birbiriyle bağlantılı olmayan, özellikle de eşitler arası ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının tüketiciler için yeterli bir koruma sağlayamayacağı da açıktır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere Batı ülkeleriyle birlikte

¹⁶ Aslan, İ. Yılmaz, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, 1.

¹⁷ Yeşim Atamer, "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", *İÜHFD*, 55(1-2), 2011, 422.

ülkemizde de Tüketici Hukuku adı altında tüketici haklarını temel alan, tüketiciyi korumaya yönelik, kendine özgü kuralları ve kurumlarıyla yeni bir hukuk dalı gelişmeye başlamıştır¹⁸.

20. yüzyılın başından itibaren tüketicinin korunması yönünde yasal düzenlemeler gündeme gelmiş ve bu çalışmalar ulusal ve uluslararası boyutta yoğunlaşarak devam etmiştir. Bu çalışmalara 1962 yılında Amerika Birleşik Devletleri Kongresine sunulan tüketici hakları bildirisi, 1971 yılında İsveç'te tüketici şikâyetlerini çözümlemek üzere kurulan “Tüketici Ombudsmanı” adlı örgüt, 1973 yılında Fransa’da kamu ile tüketici arasındaki anlaşmazlıkları milletvekilleri ve senatörler adına çözüme kavuşturmak amacıyla çıkarılan yasa ile kurulan “Mediateur”luk kurumu ve Birleşmiş Milletler tarafından 1985 yılında alınan bir kararla Tüketici Hakları Evrensel Bildirgesinin ilan edilmesi örnek olarak gösterilebilir¹⁹.

21. Yüzyıla gelindiğinde hayatın her alanında yaşanan hızlı değişimden tüketim ve tüketici kavramı da nasibini almıştır. Günümüzde artık tüketime konu mallar ve bu malların satışa sunulduğu pazarların şekli değişmiştir. Günümüzde pazarlar gittikçe daha küçük gruplara ayrılmış ve uzmanlaşma zaruriyet halini almıştır. Tüketiciler ürün kalite ve fiyatlarına karşı daha duyarlı hale gelmişlerdir. Tüketicilerin hizmet beklentileri artmakta iken müşteri sadakati her geçen gün azalmıştır.²⁰ Değişen koşullar pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Örneğin, sanal ortamda, başka bir ülkedeki satıcıdan alınan çevrimiçi kurs hizmetinin beğenilmemesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlığın hangi kurallar çerçevesinde çözüleceği biz tüketicileri yakından ilgilendirmektedir. Bu durum tüketici kavramının gelişim serüveninin devam ettiğini ve günümüzde tartışılan tüketici kavramının güncel bir kavram olduğunu göstermektedir.

¹⁸ Lale Sirmen, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel), 2013, 2465; Tuğçe Oral, Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması, *TAAD*, Sayı: 4-13, 2013, 547.

¹⁹ Ömer Ergün, “Tüketici Haklarının Uluslararası ve Ulusal Gelişim Aşamaları”, *Dicle Üniversitesi Adalet Dergisi*, c.7, 1, 2023, 63.

²⁰ Ulun Akturan, “Modern Tüketimin Tarihçesi”, *Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 610,2015,41.

1.1.2. Tüketici Tanımı ve Unsurları

Tüketici kavramı, hukuk, iktisat, işletme, psikoloji ve sosyoloji bilimlerinin ilgilendiği karma bir yapıya sahiptir. Dar anlamda tüketici doktrinde, kişisel ihtiyaçların veya aile ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla mal veya hizmet edinen ve kâr elde etme amacı gütmeyen kişi olarak tanımlanmıştır²¹. Tüketici, genel olarak kişisel arzuları, istekleri ve ihtiyaçları için pazarlama ürünlerini satın alan ya da satın alma kapasitesinde olan gerçek kişilerdir²². Bu kapsamda bir başka görüş ise tüketiciyi, aldığı malı ve hizmeti, piyasaya üretici veya tacir sıfatıyla sokmayan kişi şeklinde nitelendirmiştir. Bu kapsamda malı işleyerek veya doğrudan tekrar satmak amacıyla edinen kişi tüketici olarak kabul edilmemektedir. Ancak geniş anlamda tüketici tanımı, bir malı kullanan meslek sahibi profesyonelleri de içine almaktadır. Örneğin; bir tacirin işletmesinde kullanmak için ofis malzemesi satın alması, bir sanayicinin işçileri için giyecek veya yiyecek satın alması durumlarında ilgili tacir ve sanayici tüketici olarak kabul edilmektedir. Bu geniş tanımda, sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de yer almaktadır. Bu kapsama toplu bir şekilde tüketimin yapıldığı hastaneler, okullar ve ceza infaz kurumları gibi kamu kuruluşları da girmektedir. İster dar ister geniş anlamda bireysel ve ailevi kullanım için mal veya hizmet alımını yapan kişi; tüccar veya sanayici de olsa, sonuç olarak tüketici tanımı içerisinde yer almaktadır. Tüketici, sözleşmede iradesini serbestçe ortaya koyamayan veya bilgisizlik, tecrübesizlik gibi çeşitli nedenlerle iradesi sakatlanan ancak bu durumun farkında olmayan taraftır. Aslında bir toplumda bulunan herkes, hatta üreticiler dahi girdikleri somut ilişkinin özelliğine göre tüketici sıfatı taşıyabilmektedir²³. Tüketici kavramının tanımıyla ilgili doktrinde, AB hukukunda ve üye ülkelerde birlik bulunmamaktadır. Tüketici, öğretide de belirttiği üzere, salt bir statüden ziyade somut durumlara göre tanımı yapılan bir kavram olmaya başlamıştır²⁴. Başka bir deyişle, kişilerin tüketici olup olmadıklarına, genel olarak bulundukları durumlara göre değil, her bir işlem özelinde taşıdıkları iradeye göre karar verilmesi gerekmektedir.

²¹ Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara Yetkin Yayınları, 2000, 21; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(1), 2001, 70; Halim Sözbilir, "İşletmelerin Sosyal Sorumluluklarının Bir Boyutu Olarak Tüketici Koruması", *Standart Dergisi*, 29,2-J.3,1990, 27; Aslan, 3.

²² Muhittin Karabulut, *Tüketici Davranışı*, 1981, 11.

²³ Sözbilir, 27.

²⁴ Ozanoğlu, 72.

İç hukukumuzda ise ilk olarak 1982 Anayasasının²⁵ “*Tüketicilerin Korunması*” kenar başlıklı 172. maddesinde tüketiciden bahsedilmektedir. İlgili madde “*devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.*” şeklindedir. Bu madde ile tüketici kavramı tanımlanmamış fakat devlete zayıf konumdaki tüketicileri korumak adına önemli bir sorumluluk yüklenmiştir. Bunun üzerine tüketicinin doğrudan korunması için somut adım atılarak 08.03.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁶ kabul edilmiştir. Kanun, 3. maddesinde tüketiciyi “*bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlamıştır. 4822 sayılı Kanun²⁷ ile yapılan değişiklikten sonrası 4077 sayılı TKHK’nın 3/e. maddesi; “*tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir.*” şeklini almıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un²⁸ 3/k. maddesine göre tüketici “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir.*” 4077 sayılı TKHK kapsamında tüketici tanımında kullanılan “*edinen, kullanan veya yararlanan*” ibareleri çıkarılmış ve 6502 sayılı TKHK’ a “*hareket eden*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişikliğin amacı tüketicinin sözleşme yapılmadan önce ve yapıldıktan sonra korunması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır²⁹. Hareket etme kavramı içinde, bir mal veya hizmet edinme, kullanma veya yararlanmanın ötesinde buna ilişkin olarak sözleşme yapmadan önce veya sözleşme yapıldıktan sonra tüketicinin beklenti içine girdiği çeşitli uygulamaları kullanma ve hizmetleri alma gibi birçok unsurun varlığı da kabul edilebilir³⁰. Bir başka tanımlamaya göre ise bir kişinin tüketici sıfatını kazanabilmesi için onun bir mal veya hizmeti kendisinin edinmesi, kullanması veya ondan yararlanması da illa ki gerekli değildir. Örnek olarak, kişinin bir yakını için hediye alması verilebilir³¹. Yeni tanım, Avrupa Birliği’nin 1994/44/EC sayılı direktifinden TKHK’ a aktarılmıştır³².

²⁵ RG 09.11.1982-17863.

²⁶ RG 08.03.1995-22221.

²⁷ RG 14.03.2003-25048.

²⁸ Bu kanun metin içerisinde "TKHK" şeklinde anılacaktır.

²⁹ Aslan, 5.

³⁰ Aslan, 3.

³¹ Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, 60.

³² Alper Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Cilt 1, İstanbul 2014, 30.

Tüketici kavramını milletlerarası özel hukuk yönünden incelediğimizde İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu³³, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³⁴, da tüketicinin tanımı açıkça yapılmamıştır. Fakat genel kabul gören görüşe göre, somut hukuki ilişki kapsamında kişinin benimsediği ekonomik amaç dikkate alınarak tüketici olup olmadığı tespit edilmektedir. Nitekim MÖHUK'un 26. maddesinin 1. fıkrasında tüketici sözleşmesinin tanımı “*mesleki ve ticari olmayan amaçla*” yapılan sözleşmeler olarak ifade edilmiştir. Buradan da açıkça anlaşıldığı üzere somut ilişkide kişi mesleki ve ticari amaç gütmeyen kendi kişisel kullanımı veya ailesinin kullanımı amacıyla hareket ediyorsa milletlerarası özel hukuk anlamında tüketiciden söz edilir.

1.1.2.1. Ticari ve Mesleki Olmayan Amaç

Tüketici tanımı hem AB hem de Türk hukukunda amaç unsuruna göre yapılmaktadır. Ticari ve mesleki amaç kavramını alıcı ve satıcı yönünden ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Her alıcı tüketici sıfatına sahip değildir. Nitekim belirli bir meslek icrası, katma değer sağlamak için üretimde kullanma, yeniden satış gibi amaçlarla alıcı olmak mümkündür. Bir mal veya hizmeti, mesleki veya ticari amaçlarla satın alan kişiler tüketici olarak kabul edilmemektedir³⁵. Tüketici, belirli mal veya hizmetleri, özel ihtiyaçlarını giderme amacıyla tüketen, azaltan ya da ekonomik değerinin yitirilmesi gibi bir amacı takip eden ve kâr elde etme amacı gütmeyen kişidir³⁶. Fakat bir işlemin tüketici işlemi olması sadece alıcının ticari ve mesleki amaç gütmemesine bağlı değildir. Bununla birlikte ilişkinin diğer tarafının da ticari ve mesleki amaçla hareket eden bir satıcı/sağlayıcı olması gerekir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2022 yılında vermiş olduğu bir kararda³⁷, devre mülk sözleşmesinden kaynaklanan bir davada, davacının 6502 sayılı Tüketicinin Korunması

³³ Medeni ve Borçlar Kanunlarımızın mehzazı olması nedeniyle, İsviçre Hukukundaki tüketiciye ilişkin düzenlemeler önem taşımaktadır.

³⁴ Bu kanun metin içerisinde "MÖHUK" şeklinde anılacaktır.

³⁵ Reha Poroy, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Hukuk Sorunları”, *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978, 522.

³⁶ Ozanoğlu, 70.

³⁷ “... Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına alınmış olduğu, davanın taraflar arasındaki hukuki ilişkinin devre mülk sözleşmesinden kaynaklandığı, davacının 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi gereğince tüketici sıfatını taşıdığı, davalının aynı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi

Hakkında Kanunun 3/1-k hükmü gereğince tüketici sıfatını taşımasının yanında, davalının da aynı Kanunun 3/1-i bendi uyarınca satıcı-sağlayıcı olup olmadığını değerlendirmiştir³⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.05.2018 tarihli kararında³⁹ ise, *“Tüketici sözleşmesinde iki taraf mevcut olup, zıt amaçların güdülmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla satıcı ve sağlayıcı tanımında da yer verildiği gibi satıcı ve sağlayıcının işlem yaparken ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi, karşısında yer alan kişinin ise bunun tersine bir amaçla yani ticari veya mesleki olmayan amaçla (kâr elde etme amacı olmaksızın) hareket etmesi gerekir...”* şeklinde belirtilmiştir. Örneğin, ailesiyle birlikte yaşamak amacıyla bir ev satın almak isteyen kişinin, tayini başka bir yere çıkan ve bu sebeple evini satan bir memurdan ev alması halinde, bu ilişki bir tüketici işlemi olmaz. Ancak aynı kişi bir inşaat şirketinden ev alırsa, aralarındaki ilişki tüketici hukuku kapsamına girer. Ayrıca Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir başka kararında altı adet daire satın alan davacının tüketici olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.⁴⁰

Uygulamada ve doktrinde tartışılan bir diğer konu ise tüketicinin karma amaç ile hareket etmesidir. Örneğin; evden serbest çalışanlara yönelik tasarlanmış bir apartman dairesinin belli bir bölümü, kişinin uğraştığı iş veya mesleğe paralel olarak düzenlenmekte, diğer kısımlar ise barınma amaçlı olarak kullanılmaktadır. Özellikle covid-19 salgın hastalık döneminde, evden çalışmak zorunda kalanlar açısından karma kullanımlı konutlar yaygınlaşmıştır. Karma amaçlı olarak kullanılan bu tür konutları satın alan kişinin tüketici sıfatını kazanıp kazanmayacağı, yapılan işlemin bir tüketici işlemi olup olmayacağı konusunda tam bir fikir birliği yoktur. Bir görüş, karma amaçlı kullanımlarda, ön plana çıkan amaca üstünlük tanınması gerektiğini ve bu nedenle

uyarınca satıcı-sağlayıcı olması nedeniyle, mahkemece yazılı şekilde karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğu ileri sürülerek; kararın, 6100 sayılı HMK'nın 363 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun yararına bozulması... ” Yargıtay, 3.HD, 2022/ 2394 Esas, 2022/ 4295 Karar.

³⁸ Aynı yönde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. HD, 2022/2989 Esas, 2022/2570 Karar, Yargıtay 11. HD, 2014/13340 Esas, 2014/19753 Karar.

³⁹ Yargıtay HGK, 2017/11-22 Esas, 2018/1102 Karar.

⁴⁰ “Her ne kadar mahkemece, tasarruf ve geleceğini garanti altına almak amacıyla 6 bağımsız bölüm satın alan davacının tüketici kapsamına giremeyeceği gerekçesi ile taraflar arasında 6502 sayılı Yasa kapsamında kalan bir ilişkinin mevcut olmadığı ve davanın Tüketici Mahkemesinde bakılıp görülmesi mümkün olmadığı ve uyumsuzluğun çözümünün genel mahkemelerin görevi içerisinde kaldığı doğru olarak belirtilmesine rağmen Sarıkamış İlçesi'nde tek Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bulunması nedeniyle Tüketici Mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemesi olarak bakılan bu davada ara kararlar genel mahkeme sıfatıyla davanın bakılmasına karar verilerek, işin esasına girilip, taraf delilleri de toplandıktan sonra hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken esastan görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD., E. 2015/5232 K. 2015/8680 T. 18.3.2015,

sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesini savunurken⁴¹, karşı görüş ise bir konutun karma amaçlı satın alınması halinde konutu satın alan kişinin satıcıya karşı zayıf konumda olmayacağı, bu sebeple aralarındaki ilişkide tüketici işleminden bahsedilemeyeceğini savunmaktadır⁴².

Bir ürün alınıp daha sonra bu alınan ürünün alan kişi tarafından tekrar satımı yapılmak isteniyorsa burada da tüketici sıfatından bahsedilemez. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 14.06.1999 tarihli kararında⁴³ davacının, satmak amacıyla üretimini sağladığı çiçeklerinin davalıdan aldığı fidelerinin hastalıklı çıkması nedeniyle, uğradığı zararın tazminini istediği bir dava açmıştır. Mahkeme, davacının tüketici tanımlaması dışında kalan bir kişi olduğunu davacının bu fideleri satıcıdan çiçek üretmek için aldığını yani amacının ticari olduğunu belirterek davacının çiçekleri nihai olarak kullanan veya tüketen olmadığına karar vermiştir.

Mesleki amaç olarak da ifade edilen mesleki faaliyet kavramını Yargıtay kararlarında çok geniş yorumlamaktadır. Burada mesleki amaç kavramından bahsedilen aslında kişilerin yaptıkları serbest meslek faaliyetleridir. Bir ameliyathanede kullanmak için sedye alındığında burada aslında ürünün niteliği bize satımın amacına dair fikir vermektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 17.02.2010 tarihli kararında⁴⁴ davacının çapa motoru satın almasında mesleki amaçla alınan bir araç satımı söz konusu olduğundan ve bu durumda davacının mesleki amaç gütmesi sebebiyle tüketici sıfatını kazanmadığını belirtmiştir.

Bir diğer karar da belli mallara kişisel kullanımı aşacak şekilde sahip olmanın ticari amacın göstergesi olduğunu hüküm altına alan Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 16.01.2017 tarihli kararıdır⁴⁵. İlgili kararda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sonucunda davacı üç adet konut aldığı için Daire “böyle bir edinmenin tüketici işlemi olmadığı gibi davacının da tüketici sıfatı taşımadığı anlaşıldığından davanın asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiğine” karar verilmiştir.

⁴¹ Sezer Çabri, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi*, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, 208. Aynı yönde, Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 251.

⁴² Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, 84.

⁴³ Yargıtay 13. HD., 1999/3176 Esas, 1999/4810 Karar T.14.06.1999.

⁴⁴ Yargıtay 13. HD., 2010/538 Esas, 2010/1988 Karar T. 17.02.2010.

⁴⁵ Yargıtay 20. HD., 2016/12775 Esas 2017/58 Karar T. 16.01.2017.

1.1.2.2. Gerçek veya Tüzel Kişi Olma

Tüketici kavramı 6502 sayılı TKHK 3. maddesinde “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Ticari veya mesleki amaç taşımadan hareket eden gerçek kişiler tüketici sıfatına sahiptir. Bu konuda yargı kararları veya doktrinde herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları noktasında ise konuyu ikiye ayırarak açıklamak gerekmektedir. Esasen bir kısım kanunlarda ve Avrupa Birliği Konseyi’nin çeşitli yönergelerinde⁴⁶ “tüketici” olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiştir. Tabi ki tüm gerçek kişiler tüketici olamaz. Gerçek kişiler, Türk Ticaret Kanunu 12. Madde gereğince tacir bu sıfatını kullandığı alanlar ve yine aynı kanunun 15. maddesi gereğince esnaf sıfatını kullandığı alanlarda tüketici sayılamazlar. TKHK tüzel kişileri de tüketici olarak kabul etmiş olmakla birlikte, yukarıdaki nedenlerle bunu sadece ticari amaç gütmeyen tüzel kişiler açısından kabul etmek gereklidir.⁴⁷ Bu bakımdan dernekler ve vakıflar tüketici olarak kabul edilebilecektir.⁴⁸ Ayrıca ticari amaçla hareket etmedikleri işlemleri yönünden kamu tüzel kişilerinin de tüketici olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada kamu hizmeti icra eden çeşitli kurum ve kuruluşların tüketici sıfatına sahip olmadığı yönünde birçok karar bulunmaktadır. Örneğin, davacı vergi dairesinin, fotokopi makinelerinde meydana gelen zararı talep ettiği davada Yargıtay 3. Hukuk Dairesi,

⁴⁶ TKHK bakımından mehzaz niteliğinde olan 1999/44/EC sayılı AB Yönergesi, sadece gerçek kişileri tüketici olarak kabul etmekte, buna karşılık tüzel kişiler için bu sıfatı tanımamaktadır. [Art. 1, 2(a), Directive 1999/44/EC].

⁴⁷ İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi’nin T. 10.05.2005, E. 2004/4600, K. 2005/ 433 sayılı kararında, “Bir sözleşmenin tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için kredi alanın tüketici olması ve kredinin tüketim amacı ile kullanılması gerekir. Oysa krediyi kullanan şirketin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira krediyi kullanan şirket ticari amaçla kurulmuş ve tüm faaliyetleri ticari amaçlarının gerçekleştirilmesine yöneliktir. Yargıtay’ın muhtelif içtihatlarında da ticari şirketlerin tüketici kabul edilemeyeceği açıklanmıştır. Yasada tüketici olarak kabul edilen tüzel kişiler ticari amaçla kurulmayan tüzel kişilerdir. Örneğin ticari amaçla kurulmayan dernek, vakıflar yasada tüketici kabul edilen tüzel kişilerdendir. Kaldı ki, anılan vasıta şirket işlerinde kullanılan bir araçtır. Bu durumda düzenlenen sözleşmenin tarafı tüketici değildir. Ayrıca davalılar sözleşmede kefil konumundadırlar ve tüketici değildir. Ayrıca ticari veya mesleki amaç dışında kullanılmak üzere alınan mal da yoktur. Bu bilgilere göre, bu sözleşme tüketici kredisi sözleşmesi ve bu sözleşme 4077 Sayılı Yasa kapsamında sayılmaz. Davanın genel hükümlere göre genel mahkemede çözülmesi gerekir.” şeklinde belirtilmiştir. Karar, Yargıtay 13. HD.’nin T. 3.2.2006, E. 2005/17295, K. 2006/1165 sayılı kararıyla kesinleşmiştir. Yargıtay 20. HD.’nin T. 17.7.2006, E. 2006/7421, K 2006/10706 sayılı kararlarında da ticaret şirketlerinin tüketici kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

⁴⁸ Ticaret şirketleri tüketici sıfatına sahip olamayacağı ve dernek ve vakıfların sınırlı olarak tüketici sıfatına sahip olabilecekleri yönünde bkz. Sert Sütçü, Selin, Şematik Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, 18. Dernek ve vakıfların çok sınırlı olarak tüketici olabilecekleri yönünde bkz. Akipek, Şebnem, Milli Şerh, (Editörler: Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, 56.

davacının tüketici sıfatına sahip olmadığına karar vermiştir.⁴⁹ Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, belediye hizmetlerinde kullanılmak üzere alınan jeneratör yönünden belediyenin tüketici sıfatına sahip olamayacağına karar vermiştir.⁵⁰

Tüzel kişi tacirlerin, yani şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları tartışmalıdır. Gerek doktrinde⁵¹ gerekse yerleşik yargı kararlarında yaygın olarak benimsenen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, tacir olan tüzel kişilerin bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanmaları veya tüketmeleri söz konusu değildir⁵². Bu sebeple tacir niteliğindeki tüzel kişilerin yani anonim şirket, limited şirket, kollektif şirket, komandit şirket gibi ticaret şirketleri “tüketici” olarak kabul edilemeyeceklerdir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bu görüşü destekler nitelikteki bir kararında⁵³; “gerçek kişi olan bir tacirin, yaptığı işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça söylediği veya ilgili işlemin ticari işlem olarak kabul edilmesinin niteliği gereği uygun olmaması halinde bu işlemlerden doğan borcun adi, yani özel sayılacağını, belirtilen madde yönünden yasa koyucunun sadece gerçek kişi tacirleri öngörmesine ve dolayısıyla tüzelkişi tacirlerin bu kuralın dışında bırakılmasına, tüzelkişiler için her türlü işlemin ticari sayılmasının gerekmesine ve tacir olan tüzelkişilerin özel işlemleri olamayacağına göre, tüzelkişi tacirlerin tüm işlemlerinin istisnasız olarak ticari sayılması gerektiğini” belirtmiştir. Aynı yönde Hukuk Genel Kurulunun 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda⁵⁴, “Davacı limited şirket, tacir olup; tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere otomobil satın almıştır. Davacı tüketici olarak tanımlanamayacağı gibi, yaptığı işlemin tüketici işlemi olarak kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar aracın hususi araç olduğu beyan edilmiş ise de aracın sahibinin şirket olması ve faturanın da şirket adına düzenlenmesi nedeniyle, bu araç özel değil, ticari bir araçtır.” şeklinde belirtilerek, ticaret şirketlerinin “tüketici” olarak kabul edilemeyecekleri ortaya konulmuştur.

⁴⁹ Yargıtay 3. HD., 2012/203 Esas, 2012/5491 Karar, T. 01.03.2012

⁵⁰ Yargıtay 13. HD., E. 2015/24165 K. 2015/23522 T. 6.7.2015

⁵¹ Ozanoğlu,72; Zevkliler ve Aydoğdu, 30; Aslan, 7; Gümüş,17-18.

⁵² Gümüş, 31; Akipek,56.

⁵³ Yargıtay, 11.HD, 1997/ 1815 Esas, 1997/ 5112 Karar

⁵⁴ Yargıtay HGK, 2017/913 Esas, 2020/568 Karar T. 9.7.2020,

Aksi yöndeki görüşe⁵⁵ göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen ticari iş karinesi, ticari işletmeyle ilgili tüm fiil ve işlemlerin ticari iş sayılması gerektiği şeklinde değil, aksine ilgili fiil ve işlemlerin ticari işletmeyle ilgili olduğunun varsayılması halinde ticari iş olarak değerlendirilmesi gerektiği biçiminde yorumlanmalıdır. Bu nedenle tacirlerin tüm fiil ve işlemlerinin TTK hükümlerine tabi olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Nitekim nihai kullanım amacının mevcut olduğu ve ticari veya mesleki bir gelir elde etme düşüncesiyle hareket edilmediği hallerde, tüzel kişi tacir sıfatına sahip olan şirketlerin de tüketici kabul edilebileceği ve bu şirketlerin de TKHK hükümlerinden yararlanması gerektiği kabul edilmelidir. Böylece, tacir sıfatına sahip şirketlerin, TTK 19. madde kapsamında özel alanları bulunmadığından, iktisadi faaliyet konuları dışında yaptıkları mal ve hizmet alımları bakımından TKHK'ye tabi olup, tüketici sayılmaları gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi bu görüşü destekler nitelikteki bir kararında⁵⁷; *“Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK'nin 2-1 maddesi, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar (lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez. Kaldı ki hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın nihai tüketici olan gerçek kişi tacirler koruma kapsamında iken tüzel kişi tacirlerin koruma kapsamı dışında bırakılmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edebilir.”* şeklinde belirtmiştir.

1.1.2.3. Hareket Etme

Tüketici faaliyetlerinin kapsamı 4077 sayılı Kanun'un ilk halinde en dar şekliyle *“ satın alarak nihaî olarak kullanmak veya tüketmek ”* olarak belirlenmiş olup 4822 sayılı Kanun'la bu faaliyetlerin kapsamı genişletilerek *“ edinmek, kullanmak veya yararlanmak ”* şeklinde belirlenmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise tüketici faaliyetlerinin kapsamı, *“Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmek”*

⁵⁵ Poroy, 524-525; Mustafa Taşkın, Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, Ankara Barosu Dergisi, 1997, I- 54, 36.

⁵⁶ İpek Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, GÜHFD, XX(2), 2016, 123.

⁵⁷ Yargıtay, 19.HD, 1999/ 3932 Esas, 1999/ 4621 Karar

şeklinde belirlenmiştir. Hareket etme kavramı içerisinde bir mal veya hizmeti edinme, kullanma veya yararlanmanın yanı sıra buna yönelik olarak sözleşme öncesindeki hazırlık evresini ve sözleşme sonrasında tüketicinin haklı olarak bekleyeceği teknik destek gibi hizmetler de bulunmaktadır⁵⁸. Dolayısıyla, bu tanım ile önceki tanımın kapsamı daraltılmamakla birlikte tüketiciye yönelik uygulamaları da içine alacak şekilde kapsamının genişletildiği görülmektedir. Bu durum 6502 sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde⁵⁹;

“Kanunun kapsamının belirlendiği ikinci maddede tüketici işlemlerinin ve uygulamaların kapsam dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Böylece, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalamadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir.

Örneğin, tüketici kredisi verilmeden önce tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklara bu Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.” Şeklinde açıklanmıştır.

Tüketici işlemleri, hukuki niteliği itibarıyla hukuki işlem olmak zorundadır. Bu sebeple haksız fiil niteliğinde olan eylemler, tarafları ne olursa olsun, tüketiciye yönelik uygulama kapsamında değerlendirilmediği sürece, 6502 sayılı Kanun’un uygulama alanına girmeyecektir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2014 yılında vermiş olduğu bir kararda, abonelik ilişkisi içerisinde olunmayan telekomünikasyon şirketinin müşteri hizmetleri tarafından davacıya yapılan aramaları haksız fiil olarak nitelemiş ve konu hakkında genel mahkemelerin görevli olduğunu karara bağlamıştır⁶⁰.

⁵⁸ Aslan, 3.

⁵⁹ Bkz. TKHK m. 2’nin gerekçesi, <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/73760240-9a6c-4405-9249-d391a3cb158b> (Erişim Tarihi: 02/02/2023)

⁶⁰ Yargıtay 13.HD., 2014/38698 Esas, 2014/36623 Karar T.20.11.2014.

1.2. TÜKETİCİNİN KORUNMASI İHTİYACININ TARİHSEL GELİŞİMİ

İnsanlar arası etkileşimin günümüzdeki kadar çeşitlenmediği eski uygarlık dönemlerinde gıda maddelerindeki temizliğin ve kalitenin korunması ile tartım işlemlerindeki dürüstlüğün temini için birçok düzenleme yapılmıştır. Roma Hukuku döneminde alıcı, her şeyden önce satın aldığı şeyin iyi ve kusursuz olmasını talep etme hakkına sahipti. *Ius civile* döneminde, satıcının ayıptan sorumluluğu, malda varlığını ya da yokluğunu bizzat taahhütte bulunduğu özellikler sebebiyle doğmaktaydı. Satılanın ayıplarını bildiği halde susan satıcı da yine, alıcının bu nedenle uğradığı zararları gidermek durumundaydı. Daha sonraları çarşı ve pazarı kontrol etmekle görevli *aedilis curulisler* bilhassa köle ve hayvan satışlarında halkı bilgilendirmekle görevlendirilmişti⁶¹. Bu görevlilerin satıcıları denetlemeye başlaması, satıcıların köle ve hayvanlardaki ayıplar hakkında alıcıları bilgilendirmekle yükümlü tutulması da tüketicinin korunması ile ilişkilidir⁶². Tarihimizde yer alan ahilik ve lonca teşkilatlarını, yapıldıkları dönemlerin şartlarını göz önüne alarak değerlendirdiğimizde bir yönüyle tüketicinin korunması amacına hizmet ettikleri görülmektedir.

Modern anlamda tüketici kavramı ve tüketicinin korunmasına ilişkin ihtiyaç 19. Yüzyılda yaşanan sanayi devriminden sonra ortaya çıkmıştır. Sanayi devrimiyle birlikte, üretim alanında faaliyet gösteren kişiler, teknolojik imkânlardan faydalananarak, toplumdaki ihtiyaçları karşılamak ve kar etmek amacıyla, karmaşık ve çeşitli ürünler piyasaya sürmeye başlamışlardır. Bu karmaşık ürün ve hizmetler de, söz konusu mal ve hizmetlerden yararlanacak kişilerin, bu mal ve hizmetlerin içerikleri hakkında bilgisiz kalmaları ve sağlıklı kararlar verememeleri sonucuna yol açmıştır⁶³. Bir tarafta sermaye ve bilgi yönünden güçlü, deneyimli ve örgütlü olan satıcılar varken, diğer tarafta ise mal ve hizmetten yararlanan, karşı tarafa göre bilgi yönünden daha zayıf ve ihtiyaçları nedeniyle bağımlı bir pozisyonda bulunan tüketiciler yer almaktaydı. Kitlesele üretime bağılı olarak tüketim olgusunun önem kazanmaya başlaması nedeniyle tüketiciyi korumaya yönelik ihtiyaç 19. yy ortalarında gündeme gelmeye başlamıştır. Ancak maddi hukuka hâkim olan tarafların eşitliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri nedeniyle akdin zayıf

⁶¹ Özlem Söğütü Erişgin, Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara Seçkin yay., 2017,106.

⁶² Fatma Zeynep Altınar Yolcu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde, Konut Satışlarında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, 172.

⁶³ Sirmen,2466.

tarafını koruyacak nitelikteki düzenlemelerin ulusal ve uluslararası mevzuatlarda yer alması zaman almıştır.

1.2.1. Karşılaştırmalı Hukukta Tüketicinin Korunmasına İlişkin Uygulamalar

Karşılaştırmalı hukuk ve milletlerarası özel hukuk birbirlerinden çok farklı dallar olmakla birlikte, birbirlerine yardımcı olan iki alandır. Milletlerarası özel hukuk, yürürlükte olan hukukun, pozitif normlara sahip bir dalıdır. Milletlerarası özel hukukta, yabancı unsurlu somut olaya uygulanması mümkün olan birden çok hukuk düzeninden, hangisinin uygulanması gerektiği konu edilmektedir. Burada, hukuk uygulamasında bir yetki düzenlemesi sonucunda, belli bir ulusal hukuk normu uygulama alanı bulmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ise, birden fazla hukuk düzeni içerisinde çeşitli şekillerde en uygun çözümü bulma amaçlanmaktadır⁶⁴.

Uzun zaman boyunca sözleşmelerin yabancı unsur içermemesi nedeniyle tüketicinin korunması ihtiyacı ulusal boyutta kalmış olsa da teknolojik gelişmeler, siyasî blokların çözülmesi ve Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Birliği gibi ekonomik amaçlı uluslararası örgütlerin kurulması sayesinde ülkelerin birbirleri ile sınır ötesi ilişkileri kolaylaşmıştır. Uluslararası alanda ekonomik ilişkilerin yaygınlaşması ile farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılan sözleşmelerin çeşitliliği ve sayısı artmıştır. Uluslararası ekonomik ilişkiler içerisinde önemli bir çoğunluğa sahip tüketicilerin, mal ve hizmet arzındaki artış ve çeşitlilik nedeniyle bir kıyas yaparak kendisi için en uygun olanını seçmesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Küresel çaptaki bu dönüşümün kısa bir zamanda yaşanması milletlerarası hukukta eşine rastlanmayan bir etki yaratmıştır.

Uluslararası tüketici işlemlerinin sayısının artması nedeniyle milletlerarası hukukta da zayıf olan tarafın korunması gündeme gelmiştir. Bu nedenle, hukukçulardan sadece kendi ülkelerinde yürürlükte olan millî hukuklarını değil, aynı zamanda uluslararası hukuku, hatta uyuşmazlığın karşı tarafının tâbi olduğu yabancı hukukun maddi kurallarını uygulaması beklenmektedir⁶⁵. Bununla birlikte hakim, uyuşmazlığa uygulanması gereken yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını bilme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁶⁴ Arzu Oğuz, "Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22, 6.

⁶⁵ Alper Uyumaz ve Kemal Erdoğan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64, 2015, 468.

Bu kapsamda, milletlerarası özel hukukta “*hâkim hukuku bilir (juria novit curia)*” prensibinin yabancı hukukun uygulanması gerektiği haller bakımından geçerli olmadığı kabul edilmektedir⁶⁶. Ancak hakimin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı yabancı hukuk kuralları çerçevesinde ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözüme kavuşturması gerekmektedir. Bu amaçla hakim, yabancı hukukun içeriğini temin edebilmek için Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinde⁶⁷ belirlenen usule başvurabileceği gibi doğrudan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne başvurarak hukuku uygulanacak devletin maddi hukuk kurallarını elde etmesi mümkündür⁶⁸. Ayrıca, hakim bilirkişilik kurumuna ve uzman görüşüne başvurabilecek olup, hukuk fakülteleri bünyesindeki Milletlerarası Özel Hukuk anabilim dalları ve başkaca uzman kuruluşlardan da yardım talep edebilecektir⁶⁹.

Çalışmamızın bu bölümünde Anglo Sakson⁷⁰ hukuk sistemi ile Kıta Avrupası⁷¹ hukuk sistemi çerçevesinde tüketicinin korunmasına ilişkin gelişmeler incelenecektir. Anglo Sakson hukuk sisteminin temelleri İngiliz tarihi sürecinde yatmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku üzerinde etkili bir rol oynayan İngiltere, bu etkisini 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi de dâhil olmak üzere devam ettirmektedir⁷². ABD ilk tüketici hareketlerinin başladığı, tüketicinin korunmasına yönelik ilk tedbirlerin alındığı ülkedir⁷³. Konuya ilişkin diğer önemli düzenlemeler Avrupa Birliği hukukunda bulunmaktadır. Ancak AB düzenlemeleri de, ABD tüketici hukuku düzenlemelerinden etkilenmiştir. Bu nedenle Anglo Sakson hukuk sistemi yönünden ABD’deki gelişmeler,

⁶⁶ Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yay., 2022, 171; Nuray Ekşi, “Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması-Mukayeseli Bir İnceleme”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 3- 1, 2014, 20.

⁶⁷ RG: 28.8.1975-15338

⁶⁸ İlyas Arslan, “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Yabancı Hukukun İçeriği Hakkında Bilgi Edinilmesinde Bilirkişinin Rolü”, *TAAD*, 51, 2022, 295.

⁶⁹ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yay., 2021, 70.

⁷⁰ Anglo-Sakson Hukuk Sistemi, Birleşik Krallıkta doğan ve ABD, Kanada, Avustralya, Güney Afrika, Hindistan ve bazı eski Birleşik Krallık sömürgelerinde uygulanan hukuk sistemidir. Bu hukuk sisteminin ayırıcı özelliği kodifikasyona dayalı olmamasıdır. Örf ve adet kuralları ile içtihatlardan üzerine şekillenmektedir.

⁷¹ Büyük ölçüde Roma hukuku kaynaklı olan, Fransız, Alman, İtalyan, İsviçre, Türkiye vb. hukuk sistemleridir. Soyut hukuki normlara dayanır ve bütün hukuk alanları sistematize edilmiştir. Hâkimin hukuk yaratması yani verdiği kararlarla hukuk sistemini biçimlendirmesi sınırlıdır.

⁷² Nazmiye Güveyi, “Anglo - Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 2017 103.

⁷³ Tuğçe Oral, “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, *Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan*, Ankara 2013, 1478.

Kıta Avrupası hukuk sistemi yönünden Avrupa Birliğindeki gelişmelerin incelenmesi yararlı olacaktır.

1.2.1.1. ABD’de Tüketicinin Korunması

Modern anlamda tüketici hareketlerinin 1800’lü yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde başladığı kabul edilmektedir. ABD’de İngiliz “*common law*” hukuk sisteminin etkisiyle, daha sanayi devriminden önce benimsenen “kusursuz sorumluluk” ilkesi, tüketici güvenliğinin temelini teşkil etmektedir⁷⁴. İlk önce 1914 yılında *Federal Trade Commission* (Federal Ticaret Komisyonu) kurulmuş ve bu komisyona haksız rekabet koşullarını ve tüketicileri aldatan işlemleri araştırma yetkisi verilmiştir. 1938’de ise Komisyona açıkça tüketiciyi koruma görevi verilmiştir. Bu nedenle Federal Ticaret Komisyonu Kanunu tüketicinin korunmasına ilişkin tedbirler öngörmesinin yanı sıra, eyaletler açısından da önemli bir rehberdir. Zira gerek eyalet yasa koyucuları, gerekse de eyalet mahkemeleri Federal Ticaret Komisyonu düzenlemelerini ve kararlarını göz önünde bulundurmak zorundadırlar⁷⁵. Kamuoyunda gelişen farkındalık neticesinde gıda ve kozmetik ürünleri yasası, gümrük yasası, yünlü malları etiketleme yasası şeklinde çeşitli özel ve genel nitelikte kanunlar çıkarılmış ve 1938 yılında Federal Ticaret Komisyonu Kanununda değişiklik yapılarak Federal Ticaret Komisyonunun yetkisi aldatıcı reklamları da içine alacak şekilde genişletilmiştir.

ABD’de bu dönemde çıkarılan kanunlar tüketiciyi doğrudan koruyan düzenlemeler olmamıştır. Bu düzenlemeler daha çok kamu yararı, kamu sağlığı ve kamu güvenliği gibi temel hukuk kurumlarından yola çıkılarak yapılmıştır. Bu yüzden tüketici hukukunun gelişimi 20. yy başlarında etkisiz kalmıştır. Ayrıca 20. yy başlarında gerçekleşen 1. Dünya Savaşı ve savaşın ardından yaşanan ekonomik buhran ve işsizlik sorunu tüketici hukukunun gelişiminin önünde büyük bir engel teşkil etmiştir. Ancak bu dönemde dahi dolaylı olarak tüketiciyi korumaya yönelik çeşitli düzenlemelerin yapıldığını söylemek gerekmektedir. Örneğin 1906 yılında çıkarılan Gıda Maddeleri ve İlaç Kanunu, tüketiciyi

⁷⁴ Mustafa Can, “Yeni Tüketici Kanunu ve ABD Hukukunda Tüketici Koruma Düzenlemeleri”, *Mevzuat Dergisi*, 71, 2003,1.

⁷⁵ Gül Doğan, *Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1997, 16.

koruma işlevi taşıyan önemli bir düzenlemedir. Bu kanun eksikliklerinin giderilmesi için 1938 yılında yeniden kaleme alınmıştır⁷⁶.

Amerika Birleşik Devletleri'nde dahi tüketicinin korunması bugünkü anlamıyla 1960 yıllardan itibaren şekillenmeye başlamıştır. 15 Mart 1962 tarihinde J.F.Kennedy tarafından temsilciler meclisine sunulan raporda, tüketicilerin sağlığının korunması, bilgi edinmesi, seçme ve temsil edilmesi, şikâyet ve sesini duyurması şeklinde dört temel tüketici hakkından bahsedilerek tüketicinin korunmasına ilişkin yeni bir dönem başlamıştır. Kennedy tarafından açıklanan bu dört temel tüketici hakkı, tüketiciyi korumanın temellerini oluşturmuş ve dünyaya örnek olmuştur⁷⁷. Bundan sonra özellikle tüketicileri korkutucu, tehdit edici, şaşırtıcı, yanıltıcı ve güvensizlik verici unsurlar üzerinde durulmuş ve bu problemlerin çözümlerine ilişkin kanunlar çıkartılmıştır. Bu kanunlar ile ilgili özel ve kamu kurumları ile gönüllü dernek ve kuruluşlar kurulmuştur.

Günümüzde eyalet bazında yapılan yasal düzenlemeler ve tüketici örgütleri çalışmaları ile ABD'de tüketici hukuku büyük bir yol kat etmiştir. Tüketicinin korunmasında Federal Ticaret Komisyonunun tek başına yeterli olmadığının anlaşılması üzerine, eyaletler tarafından çıkarılan kanunlarla tüketicilerin daha etkili bir şekilde korunması hedeflenmiştir. Bu kapsamda eyaletler “küçük FTC Kanunu” (*little FTC act*) olarak bilinen haksız ve aldatıcı işlemlere karşı tüketicileri koruyan *Deceptive Trade Practise Act'ları* (Aldatıcı Ticarî Uygulamalar Kanunları) kabul ederek tüketicilere bireysel dava açma imkânı sağlamışlardır⁷⁸. Ancak Anglo-Sakson hukuk sisteminin doğası gereği tüketici hukukundaki gelişmeler de içtihatlar temelinde şekillenmektedir. Yargı organları her alanda olduğu gibi, tüketici hakları konusunda da geleneklere ve yargıçlar tarafından geliştirilmiş yerleşik yorumlara dayanarak kararlar vererek bu alandaki gelişmelere yön vermektedir.

⁷⁶ Renan Baykan, *Türkiye’de Tüketicinin Korunması Tedbirleri-Öneriler ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul 1998, 31.

⁷⁷ Bu haklar daha sonra A.E.T. Konseyi tarafından 14 Nisan 1975’de evrensel tüketici hakları olarak tüm dünyaya ilan edilmiştir.

⁷⁸ Hacı Ali Açıkgül, *Türk ve Amerikan Hukukunda Satılanın Ayıplı Olması Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2015,14.

1.2.1.2. Avrupa Birliği'nde Tüketicinin Korunması

Tüketici hakları kapsamında Amerika'da başlayan gelişmeler 1970 yılından itibaren Avrupa'da da etkisini göstermeye başlamıştır. Kuşkusuz Avrupa ülkelerinde gerçekleşen hukuk reformlarının birçoğunda itici güç Avrupa Birliği ve onun yayınladığı yönergeler olmuştur. Her ne kadar Avrupa Topluluklarını kuran anlaşmalarda tüketicinin korunması sorunu ayrı bir başlık olarak ele alınmamışsa da 1975 yılından itibaren yayınlanmaya başlayan tüketicinin korunması ve bilgilendirilmesi hakkındaki programlar sayesinde tüketici politikası şekillenmeye başlamıştır⁷⁹.

Ulusal hukuk düzleminde Almanya, İsviçre, Fransa ve Belçika gibi ülkelerde tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler genel kanunlarda yapılan değişiklikler ya da ihdas edilen ek maddelerle ile sağlanmaya çalışılmıştır⁸⁰. Örneğin Almanya'da 1976 yılında Genel İşlem Koşulları Kanunu, 1989 yılında Üreticinin Kusursuz Sorumluluğuna ilişkin Kanun, 1990 yılında Tüketici Kredilerine ilişkin Kanun yürürlüğe girmiştir. Medeni ve Borçlar Kanunlarımıza mehzaz olması nedeniyle, İsviçre hukukundaki tüketici düzenlemeleri ayrıca önem taşımaktadır. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden olmamasına karşın İsviçre'de tüketici politikası diğer Kıta Avrupası ülkeleri ile paralel şekillenmeye başlamıştır. 1990 yılında İsviçre borçlar kanununda yapılan değişiklik ile kapı önü işlemleri düzenlenmiş⁸¹, 1993 yılında ise turistik gezi sözleşmelerine ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır⁸². Bu yönüyle Avrupa Birliği Hukukundaki gelişimin İsviçre Hukukunu da etkilediği görülmektedir. Bu nedenle Kıta Avrupası ülkelerindeki tüketici hukukuna ilişkin gelişmeleri uluslar üstü hukuk niteliğinde olan Avrupa Birliği Hukuku kapsamında incelemek gerekmektedir.

⁷⁹ Atamer, 423.

⁸⁰ Fatma Zeynep Altınar Yolcu, "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), 2018, 1117.

⁸¹ Fatma Zeynep Altınar Yolcu, "İsviçre Federal Mahkemesinin Kapıdan Satış Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğacak İade Taleplerinin Hukuki Niteliğine ve Bu Taleplere Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bge 137 İı 243 No.lu Kararı ve Benzer Uyuşmazlıkta Yargıtayın Tutumu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), 2019, 542.

⁸² Feyza Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, 26.

1.2.1.2.1. Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmalarında Tüketicinin Korunması

Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarından olan ve 1957 yılında Roma'da imzalanan Avrupa Ekonomik Topluluğunu⁸³ kuran anlaşmada somut olarak tüketicinin korunması hedef olarak gösterilmemiş ve ayrı bir madde halinde incelenmemiştir. Fakat zaman içerisinde topluluk ülkelerinin ihtiyaçları değişmiş, kitlesel üretime geçilmesiyle tüketici kavramı önem kazanmaya başlamıştır. 1972 yılında Paris'te toplanan üye devletler sosyal ve insancıl alanlara değinerek sadece mali bir görünüşe sahip olan topluluğun çehresinin değiştirilmesi gerektiği kanaatine vararak tüketicinin korunmasını topluluk hedefleri arasına almışlardır. Bu amaçla “Tüketicilerin Korunması ve Çevre Genel Yönetimi” ve “Tüketici Danışma Komitesi” kurulmuştur⁸⁴. Tüketici politikasının geliştirilmesi amacıyla çeşitli programlar oluşturulmuştur⁸⁵.

1975-1979 ve 1981-1986 tarihleri arasında uygulanan programlar üye devletlerin gelişme hızındaki düşüş, işsizlik oranında artış ve zaten sınırlı olan tüketici kesiminde maddi olanaksızlıklar nedeniyle Avrupa Birliği tarihinde başarısızlığa uğramış politikalarlardır. 1989, 1993 ve 2000 yıllarında uygulanan programlar ile Avrupa Birliğinde tüketici haklarının korunması konusunda belli bir aşamaya gelinmiş ise de, tüketici sorunlarının çeşitliliği ve zaman içerisinde değişen koşullar nedeniyle tüketici hukuku gelişim ivmesini yitirmemiştir⁸⁶.

1987 yılında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi ile Avrupa Komisyonu 'nun yapacağı düzenlemelerde tüketicinin korunması amacını gözetmesi gerektiği vurgulanmakla beraber üye devletlerin iç hukuklarında tüketiciyi daha çok koruyan düzenlemeler yapabilecekleri belirtilmiştir. Ancak iç hukuktaki bu düzenlemelerin ortak

⁸³ Altı üye devlet, 1957'de, işgücü ile mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına dayanan bir ekonomik topluluk kurmaya karar verdiler. Böylece, kömür ve çeliğin yanı sıra diğer sektörlerde de ekonomik birliği kurmak amacıyla, 1957'de Roma Antlaşması imzalanarak Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kuruldu. AET'nin amacı, malların, işgücünün, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaştığı bir ortak pazarın kurulması ve en nihayetinde siyasi bütünlüğe gidilmesiydi. Zeynep Dönmez, "Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, 954.

⁸⁴ Yolcu, *Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması*, 1116.

⁸⁵ Lale Sirmen, *Tüketici Hukuku, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği, Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Editörler: Belgin Akçay, Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, Seçkin Yay., Ankara 2012, 456.

⁸⁶ Bahar Yeşim Deniz, “Avrupa Birliği Tüketici Hukuku ile Türk Tüketici Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırılmalı Değerlendirilmesi”, *TAAD*, 4(1-2), 243; Yolcu, *Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması*, 1116.

pazardaki ticarete engel olmaması üzerinde durulmuştur. Bu düzenlemede Topluluğun amacı ortak pazar tesis edilirken tüketici politikasını da ortak bir seviyede tutmaktır⁸⁷.

1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşmasıyla⁸⁸ tüketicinin korunması ilk kez münhasır bir alan olarak Avrupa Topluluğu Sözleşmelerinde yer almıştır⁸⁹. Fakat antlaşmanın 129/a.⁹⁰ maddesindeki bu düzenleme Avrupa Topluluğuna münhasır olarak tüketici politikasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi vermemektedir⁹¹. Aksine üye devletlerin tüketici politikalarını destekleyen ve tamamlayan bir içeriğe sahiptir. Konsey tarafından tüketicinin sağlığı, güvenliği ve ekonomik çıkarlarının korunması için topluluk bünyesindeki Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra asgari kuralların belirleneceği ancak bir üye devletin Maastricht Anlaşması'na aykırı olmamak kaydıyla daha sıkı tedbirler almaktan men edilemeyeceği düzenlenmiştir.⁹²

Tüketici hukuku kapsamında değişen ve artan ihtiyaçlar doğrultusunda üye devletler, yapmış oldukları konferanslar neticesinde mevcut düzenlemeleri geliştiren adımlar atmaya devam etmiştir. 1997 yılında imzalanıp 1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşmasında⁹³ Avrupa Birliği'nin tüketici politikasının hedefleri ve münhasır tüketici hakları belirlenmiştir. Antlaşmanın 153. maddesinde bu haklar: “*Birlik*

⁸⁷ Gonca Gülfem Bozdağ, *Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlerden Doğan Hakları Kapsamında Garanti Belgesi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2004, 26.

⁸⁸ Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.ikv.org.tr/images/files/A5-tr.pdf>, İstanbul İktisadi Kalkınma Vakfı, (erişim tarihi: 25.04.2024).

⁸⁹ 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması'yla Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği adını almıştır. Selda Kırış, Buket İlhan, “Avrupa Birliği Oluşum Süreci ve Ortak Politikalar”, *Milli Eğitim Dergisi*, 40(188), 198.

⁹⁰ “*Tüketicilerin Korunması*

I. Topluluk

a) iç pazarın gerçekleştirilmesi çerçevesinde 100a maddesinin uygulanmasına bağlı olarak kabul ettiği önlemler;

b) üye devletlerin tüketicilerin sağlığını, güvenliğini ve ekonomik çıkarlarını korumak ve uygun şekilde bilgilendirilmelerini sağlamak amacıyla sürdürdükleri politikayı destekleyen ve tamamlayan özel faaliyetler yolu ile tüketicilerin yüksek bir seviyede korunmasının gerçekleştirilmesine katkıda bulunur.

2) Konsey, 189b maddesinde yer verilen usul uyarınca ve ekonomik sosyal komiteye danıştıktan sonra 1'inci fıkranın (b) bendinde öngörülen özel faaliyetleri kararlaştırır.

3) 2. bendin uygulanmasına istinaden kararlaştırılan faaliyetler bir üye devleti daha sıkı önlemler almaktan ya da sürdürmekten men edemez. Söz konusu önlemlerin bu antlaşmayla bağdaşması gerekir. Bu önlemler Komisyona tebliğ edilir.”

⁹¹ Dönmez, 956.

⁹² Mustafa Ateş, “Avrupa’da Sosyal Diyalogun Kurumsal Yapısı: AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 5-1, 2005, 61.

⁹³ Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. Cenk Bolayır, *Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları*, İstanbul İktisadi Kalkınma Vakfı, <https://www.ikv.org.tr/images/files/A6-tr.pdf> (erişim tarihi: 25.04.2024).

düzeyinde tüketici politikasının amaçları; tüketicilerin çıkarlarının desteklenmesi ve tüketicinin korunmasının yüksek seviyede sağlanması için bilgilendirme, eğitim ve çıkarlarını korumak amacıyla örgütlenme haklarının yanı sıra tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarının korunmasına da katkıda bulunmaktadır.” şeklinde düzenlenmiştir⁹⁴.

Günümüzde tüketicinin korunması alanında Avrupa Birliği tarafından yapılan yasal düzenlemelerin dayanak noktası Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Anlaşmanın 169. maddesidir. 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Anlaşmasıyla⁹⁵ Amsterdam Antlaşmasının 153. maddesi içerik olarak değiştirilmeden 169. madde olarak yeniden ele alınmıştır. Aynı sözleşmenin Avrupa Birliği’nin yetkilerini düzenleyen 4. maddesinin ikinci fıkrasında ise tüketicinin korunması konusundaki yetkinin üye devletler ve Birlik tarafından paylaşıldığı vurgulanmıştır⁹⁶.

1.2.1.2.2. Avrupa Birliği Müktesebatında Tüketicinin Korunması Alanındaki Yasal Düzenlemeler

Avrupa Birliği’nin tüketici politikasının temelinde AB vatandaşlarının yaşam kalitesinin artırılması yer almaktadır. 27 üye ülke ve yaklaşık 450 milyon nüfusa sahip olan Avrupa Birliği’nde ortak pazarın tamamlanmasından sonra ürün ve hizmetlerdeki dolaşım serbestliği neticesinde tüketicinin güvenliğinin artırılması temel önceliklerden birisi halini almıştır. Avrupa Birliği, üye devletler tarafından önceki başlıkta değindiğimiz Kurucu Antlaşmalar kapsamında açıkça yetkilendirildiği alanlarda bağlayıcı kural koyabilmekte ve gerekli tedbirleri alabilmektedir.⁹⁷

⁹⁴ Bozdağ, 27.

⁹⁵ Bu anlaşma ile *Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma’nın adı Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA)* şeklinde değiştirildi.

⁹⁶ Dönmez, 958.

⁹⁷ Ömer Yavuz Karagöz, *Avrupa Birliği ve Türkiye ‘de Tüketici Hakları Mevzuatının Karşılaştırmalı Analizi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2009, 40.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tüketicinin korunması alanında çeşitli zamanlarda çıkarmış olduğu tüzük⁹⁸, direktif⁹⁹ ve tavsiyelerde¹⁰⁰, üye devletlerde belirli bir uyum sağlamak için fiyat etiketi, garanti belgesi, güvenlik, bilgilendirme gibi önemli konularda düzenlemeler yapmıştır¹⁰¹. AB hukukunda genel kabul görmüş bir tüketici tanımı bulunmamaktadır. Her bir direktif, konusu olan tüketici sözleşmesine göre belli özellikler taşımaktadır. Bir diğer ifade ile tüketicinin korunması kurallarının etkin bir şekilde uygulanması için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin bir kısmı şu şekilde sıralanabilir:

- 87/357/EEC sayılı Tüketicilerin Sağlık ve Güvenliğini Tehdit Eden, Olduklarından Farklı Görünen Ürünlere Karşı Tüketicilerin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰²,
- 85/374/EEC sayılı Kusurlu Ürünlere Karşı Tüketicilerin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰³,
- 93/13/EEC sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara Karşı Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰⁴,
- 99/44/EC sayılı Tüketim Mallarının Satışı ve Garanti Belgeleriyle İlgili Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰⁵,
- 98/6/EC sayılı Satılan Malların Fiyatlandırılmasında Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰⁶,

⁹⁸ Tüzükler hukuken bağlayıcı nitelikte olup tüm üye devletlerde doğrudan uygulanırlar. Avrupa Birliği Bakanlığı, *AB Mevzuatı Çeviri Rehberi*, Ankara 2017, 7.

⁹⁹ Direktifler, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin kanun koyucularına yönelik düzenlemelerdir. Bunlar üye devletler tarafından, kendi iç hukuklarına uyarlanarak yasalaşmaktadırlar. Bkz. AB Mevzuatı Çeviri Rehberi.

¹⁰⁰ Tavsiye kararları ve görüşlerin herhangi bir bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. Bkz. AB Mevzuatı Çeviri Rehberi.

¹⁰¹ Karagöz, 41.

¹⁰² <http://eurlex.europa.eu/lexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0357:EN:HTML> (Erişim Tarihi: 28.04.2024)

¹⁰³ <http://eurlex.europa.eu/lexUriServ/lexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:EÜ:HTML> (Erişim Tarihi: 28.04.2024)

¹⁰⁴ <http://eurlex.europa.eu/lexUriServ/lexuriserv.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:HTML> (Erişim Tarihi: 28.04.2024)

¹⁰⁵ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=05:L:1999:171:0012:0016:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

¹⁰⁶ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0006:EN:HTLM> (Erişim Tarihi: 29.04.2024)

- 85/577/EEC sayılı İşyeri Dışında Görüşülen Sözleşmeler Konusunda Tüketicuyu Korumaya Yönelik Konsey Direktifi¹⁰⁷,
- 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara Karşı Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰⁸,
- 97/55/EEC Sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif¹⁰⁹,
- 90/314EEC Sayılı Paket Tur, Paket Tatil Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara Karşı Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif¹¹⁰,
- 2006/2004 Sayılı Tüketicinin Korunması Kanunlarını Uygulamaktan Sorumlu Ulusal Otoriteler Arasında İşbirliğine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü¹¹¹,
- 2011/83/EU sayılı Mesafeli Sözleşmeler, Kapıdan Satışlar, Tüketim Malları ve Haksız Şartlara İlişkin Yönetmeliklerdeki Bilgilendirme Yükümlülükleri ve Cayma Hakkının Yeknesaklaştırılmasını Öngören Tüketici Hakları Direktifi¹¹².

Tüketici hukukunun gelişimi ve tüketicinin korunmasına yönelik direktifler dikkate alındığında, AB hukukunun uyumlaştırılması çalışmaları kapsamında, çoğunlukta kabul gören asgari uyum ilkesi ile korumanın alt sınırı belirlenmekte ve üye devletlere sınır üzerinde bir hareket alanı bırakılmaktadır. Ancak son yıllarda milli düzeydeki yüksek korumanın, ortak pazarın tamamlanmasına engel teşkil ettiği düşüncesiyle hukukun yeknesaklaştırılması ve tam uyumun sağlanması yönünde adımlar atılmaktadır.

Bu adımlar, üye ülkelerin düzenleme yapabilecekleri alanın daralacağı ve yüksek koruma seviyesinin aşağı çekilmek zorunda kalılabileceği endişesiyle eleştirilmektedir. Bu nedenle tam uyum ilkesi şimdiye kadar sadece yeni tarihli direktiflerde amaçlanmıştır. Bu direktiflere, “2008/112/EG sayılı *Part-time Kullanım Sözleşmeleri Direktifi*,

¹⁰⁷ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexuriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:EN:HTLM> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

¹⁰⁸ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexuriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:EN:HTLM> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

¹⁰⁹ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexuriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:EN:HTLM> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

¹¹⁰ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexuriServ.do?uri=CELEX:1990L0314:EN:HTLM> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

¹¹¹ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexuriServ.do?uri=CELEX:2006L004:EN:HTLM> (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

¹¹² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:de:PDF> (Erişim Tarihi: 03.05.2024)

2011/83/EU sayılı *Kapıdan Satışlar, Mesafeli sözleşmeler, Tüketim Malları ve Haksız Şartlara İlişkin Yönetmeliklerdeki Bilgilendirme Yükümlülükleri ve Cayma Hakkının Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Direktif*” örnek olarak verilebilir. 2007 ile 2013 yılları arasında yayımlanan Tüketici Politikası Stratejisi ile daha açıkça belirlenen tam uyum prensibi ile üye ülkelerde tüketici haklarının birbirine yakınlaştırılması değil, tamamen aynı olması amacı güdülmüştür¹¹³.

1.2.2. Uluslararası Hukukta Tüketicinin Korunması

Uluslararası hukuk, devletlerin ortak çıkarlarının bir ürünüdür. Başka bir deyişle devletlerin bağlanmaya rıza gösterdikleri kurallar bütününe uluslararası hukuk denilmektedir. 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren, iletişim, ticaret ve insani etkileşimin dünya ölçeğinde hızla yayılmasıyla birlikte devletlerin coğrafi sınırları önemini yitirmeye başlamıştır. Bu sebeple uluslararası hukukun önemi her geçen gün artmaktadır. Ancak uluslararası alanda yasama işlevinin merkezileşmemiş olması ve devletlerarası uzlaşının sağlanamaması nedeniyle birçok konu uluslararası hukukun alanı dışında kalmaktadır¹¹⁴.

Devletler, aralarındaki ilişkileri düzenlemek, karşılıklı hak ve yükümlülükleri saptamak üzere karşılıklı veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler imzalamaktadırlar. Bu sözleşmeler uluslararası hukukun en önemli kaynaklarından birisini oluştururlar. Ancak özellikle çok taraflı sözleşmelerde, azami katılımı sağlayabilmek kaygısıyla, subjektif, yoruma yatkın anlatım kalıpları kullanılmaktadır. Bu durum uluslararası hukukun en zayıf yönlerinden birisini oluşturmaktadır. Tüketici sözleşmelerinin uzun yıllar boyunca uluslararası bir nitelik taşınamaması nedeniyle bu konu ulusal bir sorun olarak kalmıştır. Günümüzde tüketicinin korunmasına ilişkin kapsamlı bir uluslararası düzenlemeden bahsetmek mümkün değildir. Konu daha çok ulusal ve bölgesel düzeyde ele alınmaktadır. Ancak dünya ekonomisinin uluslararası boyutunun gelişmesiyle birlikte sınır ötesi tüketici işlemleri artmıştır. Bu nedenle uluslararası planda da sözleşmenin zayıf olan tarafının korunması sorunu gündeme gelmiştir¹¹⁵.

¹¹³Arndt Künecke, Yeni Avrupa Birliği Tüketici Hakları Direktifi - 2011/83/ab (Arka Planı, İçeriği, Değerlendirmesi), çev. Kıvılcım Bilgen, *Hukuk Köprüsü*, 2(5), 171-190.

¹¹⁴Naci Doğan, “Ulusal ve Uluslararası Hukuk Alanlarına Göre Sözleşme Kavramı, Sözleşme Akdi ve Koşulları”, *Mevzuat Dergisi*, 9, 2006, 105.

¹¹⁵Atamer, 424.

Avrupa’da tüketicinin korunması alanında gerçekleşen hukuk reformlarında itici güç Avrupa Birliği olmuştur. Avrupa Birliği kurucu anlaşmaları ve Birlik direktifleri kapsamında tüketicinin korunması meselesi çalışmamız kapsamında ayrı bir başlık olarak ele alınmıştır. Yine uluslararası alanda bu soruna değinen diğer bir kurum ise Birleşmiş Milletler olmuştur. Bu kapsamda Uluslararası Tüketiciler Birliği Örgütünün önerisi ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda oybirliği ile kabul edilen Tüketici Hakları Evrensel Bildirgesine ve tüketici hakları üzerine çalışma yapan uluslararası örgütlenmelere de değinmek gerekmektedir.

1.2.2.1. Birleşmiş Milletler Tüketici Hakları Evrensel Bildirgesi

Birleşmiş Milletler¹¹⁶ Genel Kurulu'nda Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü’nün önerisi ve oybirliği ile 1985 yılında kabul edilen, Türkiye'nin de imza atmış olduğu bildirge¹¹⁷, tüketicilerin uluslararası anayasası niteliğindedir. Bildirgede ilan edilen haklar ilk kez 1962 yılında Temsilciler Meclisine sunulan raporda yer alan ve daha sonra Avrupa Konseyi tarafından 14 Nisan 1975’de ilan edilen haklar ile paralellik göstermektedir.

Tüketici Hakları Evrensel Beyannamesi olarak da adlandırılan bu Deklarasyonun 2. maddesinde *"Hükümetler, aşağıda belirtilen ilkeleri göz önünde tutarak, güçlü bir tüketiciyi koruma politikası geliştirip kuvvetlendirmeli ve sürdürmelidir. Bunu yaparken her hükümet, tüketicilerin korunması ve sosyal şartları ile halkın ihtiyaçları doğrultusunda ve önerilen tedbirlerin sonuçlarını ve yararlarını kavrayarak kendi önceliklerini belirlemelidir."* ifadesine yer verilmiştir. Bildirgenin 3. maddesinde tüketicilerin yasal ihtiyaçları olarak belirtilen evrensel tüketici hakları şu şekilde sıralanmıştır¹¹⁸:

- Tüketicilerin kendi sağlık ve güvenliklerine karşı tehlikelerden korunması,
- Tüketicilerin ekonomik menfaatlerinin geliştirilmesi ve korunması,

¹¹⁶ Birleşmiş Milletler, 24 Ekim 1945'te kurulmuş; dünya barışını, güvenliğini korumak ve uluslararası ekonomik, toplumsal ve kültürel bir iş birliği oluşturmayı amaçlayan ve Türkiye'nin kurucu üyeler arasında yer aldığı ve 193 üye ülkesi bulunan uluslararası bir örgüttür. bkz. <https://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-teskilati-ve-turkiye.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 28.04.2023).

¹¹⁷ RG 14.10.1985-18898.

¹¹⁸ Mehmet Bülent Deniz, "Dünyada ve Türkiye’de Tüketici Hakları ve Tüketici Örgütleri", *Sivil Toplum Dergisi*, 1-4, 2003, 14.

- Tüketicilere, kendi ferdi istek ve ihtiyaçlarına göre bilinçli ve serbestçe seçim imkânı sağlanması,
- Mal ve hizmetlerin özellikleri, kullanım, bakım koşulları ile tehlikelerine ilişkin tüketicilerin doğru ve eksiksiz olarak bilgilendirilmesi,
- Tüketici eğitimi,
- Etkili bir hata telafi merciinin tüketicilere temini,
- Tüketici ve diğer ilgili grup ve kuruluşların oluşturulması özgürlüğü ve bu gibi kuruluşların kendilerini etkileyen karar verme işlemlerinde kendi görüşlerini ortaya koyma fırsatı,
- -Sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı.

1.2.2.2. Tüketicinin Korunmasına İlişkin Uluslararası Örgütlenmeler

Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmeler neticesinde üretim mekanizmasını elinde tutan üreticiler ekonomik olarak güçlü ve örgütlü bir yapıya sahiptir. Ancak üretim süreçleri ile ilgili alınacak kararlar ve uygulanacak politikalar tüketicilerin durumlarını ve menfaatlerini doğrudan etkilemektedir. Üreticiler ve tüketiciler ekonomik ilişkilerin iki ayrı tarafıdır. Bu nedenle, tüketicilerin karar alma sürecine katılımı sağlanmadan alınan kararlar ve üretilen politikalar taraflı ve eksik kalır. Bu süreçte tüketicilerin etkinliği tüketici örgütleri ile sağlanmaktadır. Bağımsızlık ve gönüllülük ilkeleri çerçevesinde kurulan tüketici örgütleri ilk kez 20.yüzyılın ilk yarısında Amerika’da ortaya çıkmıştır. Ardından Avrupa Birliği ülkelerinde de tüketicilerin örgütlendiği görülmüştür. Ulusal düzeyde örgütlenen tüketiciler daha sonra uluslararası düzeyde de örgütlenmenin gerekli olduğunu görerek bu yönde faaliyete geçmiş ve en üst düzeyde örgütlü olmanın yollarını aramışlardır¹¹⁹.

Tüketicilerin uluslararası platformda temsil edilmesini sağlayan örgütlerin başında Uluslararası Tüketiciler Örgütü (*Consumers International*) gelmektedir. Örgüt 1960 yılında sınır ötesi kampanyalar oluşturmak ve bilgi paylaşmak isteyen ulusal tüketici örgütleri tarafından kurulmuştur. Uluslararası Tüketiciler Örgütü, 100 ülkede 200’den¹²⁰ fazla üye kuruluşa sahiptir. Bu üyeler bağımsız tüketici örgütleridir. Örgüt iki ana amaç

¹¹⁹ Ateş B. Hayta, “Tüketicinin Korunmasında Tüketici Örgütlerinin Rolü ve Önemi”, *Kastamonu Üniversitesi Kastamonu Eğitim Dergisi*, 15(1), 2007, 16.

¹²⁰ <https://www.consumersinternational.org/who-we-are/> (Erişim Tarihi: 03.05.2023).

doğrultusunda hizmet vermektedir. Birincisi, tüketici hareketinin tüm dünyada gelişmesine yardımcı olmak, ikincisi ise uluslararası düzeyde tüketici hakları adına çalışmalar yapmaktır.¹²¹ Örgüt, Uluslararası Standardizasyon Örgütü ile işbirliği içerisinde. Ayrıca Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'ne genel danışma statüsüne sahiptir. Bu statü, Birleşmiş Milletler çalışmalarına katılım imkânı veren en yüksek statüdür.

Uluslararası düzeyde kurulmuş olan bir diğer örgüt ise Avrupa Tüketici Birlikleri Bürosu(*Bureau Europeen Bes Unions de Consommateurs/ BEUC*)'dur. 1962 yılında Brüksel'de kurulan örgüte günümüzde 32 ülkeden 46 bağımsız tüketici örgütü üyedir. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler dışında Norveç, İzlanda ve İsviçre'nin de Büro'ya kayıtlı tüketici örgütleri bulunmaktadır. Merkezi Brüksel'de olan Büro'nun görevi, Avrupa Birliği'nin politikalarına tüketici lehine etki etmek ve Avrupa Birliği mevzuatını tüketici lehine geliştirmektir. Bu örgütler dışında uluslararası düzeyde kurulmuş tüketici örgütleri olarak Balkan Tüketici Koruma Merkezi (*Balkan Consumer Protection Center/ BCC*) ve Avrupa Topluluğu Tüketici Kooperatifleri Birliği (*Europeen Community of Consumer Cooperatives/ EUROCOOP*) örnek olarak verilebilir.

1.2.3. Türk Hukukunda Tüketicinin Korunması

Türkiye'de tüketici koruma hareketleri cumhuriyet öncesi döneme dayanmaktadır. Cumhuriyet öncesi dönemde örf ve adet kurallarına dayanan ve temelde kamu düzenini sağlamayı amaç edinen yapı ile Cumhuriyet sonrası dönemde tüketici politikasının oluşumu ve tüketiciyi korumak amacıyla yapılan yasal düzenlemeleri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

1.2.3.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Cumhuriyet öncesi dönemde hukuk sistemi içerisinde doğrudan tüketiciyi koruyan düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak kamu düzeninin sağlanması amacıyla satış faaliyetlerinin düzenlenmesi neticesinde tüketici ve üretici arasındaki denge sağlanmaya çalışılmıştır. Selçuklu ve Osmanlı dönemlerindeki örf ve âdete dayalı bu sistemin üç ana unsuru bulunmaktadır. Bunlar; kadılar ve ihtisap ağalarının temsil ettiği devlet, esnaf

¹²¹ Başkıran, 58.

örgütleri(ahilik, loncalar, gedikler) ve tüketicilerin temsilcisi konumundaki şehrin ileri gelenleridir¹²².

Selçuklu Döneminde Ahilik teşkilatı ile güvence altına meslek kuralları, ticaret hayatında önemli bir koruma unsuru iken; Osmanlı Döneminde özellikle İstanbul'un fethinden sonra artan nüfusun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla İstanbul'da sadrazamlar, diğer şehirlerde ise kadıların liderliğindeki ihtisap teşkilatı ile sıkı denetimler yapılmaya başlanmıştır. Bu sistem içerisinde fiyat kontrolünün yanında temel ihtiyaç maddelerinin imalatının sağlıklı ve kaliteli olması gözetilmiş, hile ve aldatmaların önlenmesi amaçlanmıştır. Tartı, ölçü ve fiyatlar için uygulanacak kurallar, şehrin ileri gelenlerinin de görüşü alınarak kadılar tarafından tespit edilmiş ve esnaf kethüdaları aracılığıyla “Tenbih ” adı altında hazırlanan metinler esnafa bildirilmiştir. Sistem içerisinde Esnaf teşkilatının¹²³, otokontrol mekanizması olarak ayrı bir yeri ve önemi bulunmaktadır. Bu mekanizmanın kurulmasında Ahiliğin rolü büyük olmuştur¹²⁴.

Osmanlı Devletinde bu kurumların yanı sıra tüketicinin korunması alanına dair yasal düzenlemeler getirildiği görülmektedir. II. Bayezid Döneminde çıkarılan *Kanunnâme-i İhtisab-ı Bursa*, ilk standartlar kanunu ve ilk tüketiciyi koruma kanunu niteliğinde kabul edilmektedir. Bu kanunnamenin ardından İstanbul ve Edirne için de İhtisap Kanunnameleri çıkartılmıştır. Osmanlı'da tüketiciyi koruma amacıyla alınan tedbirlere örnek olarak, narh uygulaması, esnafın nezre bağlanması, *iddi 'a-yı inhisar* yani tekelciliğin önlenmesi sayılabilir.

19. yy başlarından itibaren Osmanlı devletindeki kötüye gidiş tüketicinin korunması alanında da etkisini göstermiştir. Bu dönemde mal ve hizmet çeşitliliğinin ve miktarının artmasına bağlı olarak ahilik ve lonca teşkilatı şeklindeki geleneksel örgütlenmeler işlevini kaybetmiştir. Tanzimat Fermanının ilanının ardından mali alanda getirilen bir kısım yenilikler neticesinde ihtisap teşkilatı ve narh sistemi kaldırılmıştır.

¹²² Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 9.

¹²³ Uzun bir süre zanaat ve ticaret hayatında önemli rol oynayan Esnaf Teşkilatı 17. ve 18. yüzyıllarda bozulmaya başlamıştır. Esnaf ve meslek kuruluşları Üçüncü Ahmet döneminde, 1727 yılında tekel ve imtiyaz anlamına gelen "gedik" haline getirilmiştir. Gedik usulü, 1860 yılında kaldırılmıştır. Mithat Paşa döneminde hazırlanan kanunla yeni bir ıslahata girilmek istenmiş fakat sonuç alınamamıştır. 1879'da İstanbul Ticaret Odasının temelini teşkil eden bir cemiyet kurulmuş ve bilahare de 1882' de Oda resmen kurularak faaliyete geçmiştir. Bkz. Ekmeleddin İhsanoğlu, *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, İstanbul İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi, 1994, 606-613.

¹²⁴ Baykan, 117.

Böylece tüketicilerin dolaylı olarak korunmasını sağlayan araçlar etkisiz hale gelmiştir. Fakat Tanzimat sonrası kanunlaştırma sürecinde çıkarılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye¹²⁵'nin ‘‘hıyar-ül ayb beyanındadır’’ başlıklı kısmında düzenlenen satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri tüketicinin dolaylı olarak korunmasına ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilebilir¹²⁶.

1.2.3.2. Cumhuriyet Sonrası Dönemde Tüketici Politikasının Oluşumu

Cumhuriyet sonrası dönemde tüketicinin korunmasıyla ilgili mevzuatın başında 1982 Anayasası gelmektedir. 1921 ve 1924 Anayasaları içerik ve şekil itibarıyla milli mücadele döneminin olağanüstü şartlarını yansıtmaktadırlar. Bu nedenle ilgili Anayasalarda ekonomik ve sosyal haklara yer verilmemiştir. Sosyal hakların ilk kez düzenlendiği 1961 Anayasasının 49. maddesinde ‘‘Devlet herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.’’ Şeklinde düzenleme mevcut olsa da tüketicinin korunması detaylı bir şekilde ilk kez 1982 Anayasasının ‘‘Tüketicilerin Korunması’’ kenar başlıklı 172. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde ‘‘devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.’’ şeklindedir. Günümüzde tüketicinin korunmasının temelini teşkil eden evrensel haklar 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel Tüketici Hakları Bildirgesi’nde belirlenmiştir. Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de tüketici politikası oluşturulurken bu temel haklar gözetilmektedir.

Ülkemizde tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın amaçları bakımından üç grupta incelenmesi mümkündür. Bunlardan ilki doğrudan tüketiciyi korumak amacıyla getirilen düzenlemelerdir. Bu düzenlemelere örnek olarak 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Gıda Katkı Maddeleri Mevzuatı, Kozmetik Yönetmeliği ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun verilebilir. İkincisi, asıl amacı işletmeler arası ilişkileri tanzim etmek olmakla beraber tüketiciyi dolaylı olarak olumlu etkileyen düzenlemelerdir. Bu düzenlemelere örnek olarak Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri, Markalar Kanunu, Sigortacılık ve Bankacılık Mevzuatı verilebilir.

¹²⁵ Osmanlı Devleti’nde kanunlaştırma alanında yapılan köklü değişiklikler kapsamında 1868-1876 yılları arasında hazırlanan ve ağırlıklı olarak borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını içeren kanundur.

¹²⁶ Nihal Ural Çınar, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıba Karşı Tekeffül*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, 20.

Ayrıca hem tüketicinin korunması amacıyla hem de başka amaçlarla getirilmiş karma nitelikteki düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemelere örnek olarak ise TRT'nin Reklam Yönetmeliği, 1705 Sayılı Ticarete Tağışın Men'i ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkındaki Kanun ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun verilebilir¹²⁷.

Türkiye Avrupa Birliğine tam üyelik öncesinde, birliğin mevzuatına uyum çerçevesinde önemli ekonomik, sosyal ve hukuki reformlar gerçekleştirmektedir. Bu reformların en önemlisi de tüketicinin korunmasına yönelik bir tüketici politikasının oluşturulmasıdır¹²⁸. Türkiye’de tüketicilerin yasal haklarını Avrupa normları düzeyine taşımak amacıyla oluşturulan politikayı tespit etmek için Türkiye’nin Avrupa Birliğine katılım müzakerelerini, tüketicinin korunması alanında uygulanan fasılları, Gümrük Birliği anlaşmasını ve uyum sürecinde gerçekleştirilen iç hukuk düzenlemelerini ayrıca incelemek gerekmektedir.

1.2.3.2.1. Avrupa Birliği’ne Üyelik Süreci

Türk dış politikasının 20. Yüzyıldan itibaren Batı’ya yönelmesinde, ülkemizin stratejik konumundan kaynaklanan güvenlik ihtiyacı ile ekonomik kalkınma gereksinimi de önemli rol oynamıştır. Türkiye'nin Batı güvenlik sistemlerine ve Batı'nın kurduğu diğer uluslararası örgütlere üyeliği, esas itibarıyla güvenlik ve kalkınma ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yönelik olmuştur. Avrupa Topluluğu ile Türkiye'nin ortaklık ilişkisini belirleyen Ankara Anlaşması 12 Eylül 1963'de imzalanmıştır. Ankara Anlaşması, "hazırlık", "geçiş" ve gümrük birliğinin gerçekleşeceği" nihai aşama" olarak, üç dönem öngörmüştür. Hazırlık aşaması nispeten sorunsuz geçmiş ve Türkiye, geçiş aşamasını başlatmak için Mayıs 1967'de Topluluğa müracaat etmiştir. Gümrük Birliği ilişkisinin önem kazanmaya başladığı bu ikinci aşamaya esas teşkil eden Katma Protokol, Ortaklık Konseyi'nde, Temmuz 1970'de kabul edilmiştir¹²⁹.

AB ile bütünleşmemizde önemli bir aşama teşkil eden Gümrük Birliği 1 Ocak 1996’da yürürlüğü girmiştir. Gümrük birliği, ülkeler arasında ticari engel ve kotaları kaldırmasının yanı sıra üye ülkeler arasında sosyal ve politik bağlar kuran ekonomik

¹²⁷ Baykan, 121.

¹²⁸ Ayşe Şahin ve Hulusi Demir, “Avrupa Birliği’nin Tüketici Politikası ve Türkiye’ye Yansımaları”, *Review of Social, Economic & Business Studies*, 3(4), 2003, 274.

¹²⁹ Volkan Bozkır, *Türkiye ve Avrupa Birliği’ne Tam Üyelik Süreci*, Ankara, 3 Nisan 2002, https://www.mfa.gov.tr/turkiye-ve-avrupa-birligi_ne-tam-uyelik-sureci.tr.mfa

bütünleşme modelidir. Birliğe üye olan ülkeler çoğu zaman ortak politikalar üreterek, dış politikada üçüncü ülkelere karşı birlikte hareket edebilmektedirler. Ticari faaliyetlerin yaygınlaşması, gerek üreticiye gerekse tüketiciye fayda sağlarken öte yandan bir takım sorunları ve belirsizlikleri de beraberinde getirmiştir. Bu durum, yeni düzenlemelerin gerekliliğini ortaya koymuştur¹³⁰.

Türkiye'nin AB katılım müzakereleri toplumsal yaşamın her alanını kapsayan çeşitli fasıllar şeklinde yürütülmektedir. Bu fasıllar arasında çalışmamız ile doğrudan ilgili olan Tüketicinin ve Sağlığın Korunmasına ilişkin gerçekleştirilen 28. Fasıldır. Tüketicinin ve Sağlığın Korunması başlığı altında; ayıplı ürünler, yanıltıcı reklamların engellenmesi, tüketici kredileri, kapıdan satışlar ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan mesafeli satışlar gibi tüketiciyi doğrudan ilgilendiren pek çok konu düzenlenmiştir. Bu faslın kapanış kriterleri arasında en önemlisi mevzuat uyumunu tamamlamak için AB tüketicinin korunması mevzuatında yer alan 12 Yönerge ve 2 Tavsiye Kararının iç hukukumuzda aktarılması olmuştur¹³¹.

Birliğe katılım sürecinde, AB bakış açısıyla Türkiye'nin olumlu ve olumsuz niteliklerini yansıtmak amacıyla hazırlanan ve son olarak 12 Ekim 2022 tarihinde yayınlanan ilerleme raporunda konuyla ilgili olarak ¹³²; “ *Türkiye'nin ulusal mevzuatı, ürün güvenliği ile ilgili olmayan konularda tüketicinin korunmasına ilişkin AB müktesebatıyla büyük ölçüde uyumludur. Tüketicilerin şikâyetlerini elektronik ortamda iletmesine ve takip etmesine olanak sağlayan ulusal tüketici bilgi sistemi (TÜBİS) karmaşıktır. TÜBİS hakkında tüketici farkındalığı artırılabilir; tüketiciler özellikle elektronik ürünlerle ilgili sorun yaşamakta ve bu durum haklarını kullanmakta zorluk yaşamalarına sebep olmaktadır. Hem tüketici hareketi hem de tüketiciler ve tüketici STK'ları arasındaki bağlantılar zayıf kalmaya devam etmektedir. Tüketici STK'ların mali ve profesyonel desteği bulunmamaktadır; kanun ve kamu karar alma mekanizmalarına aktif bir şekilde katılım sağlayamamaktadırlar. Tüketici, haklarının uygulanmasında ve seçme hakkını kullanırken sorunlar ve zorluklarla karşılaşmaktadır. Tüketicinin*

¹³⁰ Yavuz Özdemir, “Avrupa Birliği Gümrük Birliğinin Türkiye Ekonomisine Etkileri”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5(9), 2016, 56.

¹³¹ Murat Aydoğdu, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerimiz”, *DEÜHFD*, 15(2), 2014, 4.

¹³² https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf

bilinçlenmesi ve eğitimi, sektörel paydaşların işbirliği ve koordinasyonu da zayıf kalmaya devam etmektedir. Tüketici haklarının daha iyi uygulanmasını sağlamak için Tüketici Hakem Heyetlerinin tam olarak kurumsallaştırılması ve ortak bir hukuki anlayış sağlamak için üyelerin ilgili uzmanlıklarda kapsamlı eğitim almaları gerekmektedir. Tüketici Hakem Heyetleri tarafından 2021'de alınan 630.852 kararın %52'si tüketicilerin lehine %48'i aleyhine olmuştur. Mahkeme dışı ve mahkeme tüketici sistemleri arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi gerekmektedir.

Güvenlikle ilgili tedbirler konusunda, Ulusal Güvensiz Ürün Bilgi Sistemi (GÜBİS) hakkında tüketici bilinci artırılmalıdır. Halk sağlığını ve tüketici güvenliğini tehdit eden taklit ürünlerin e-ticaret siteleri üzerinden satışının düzenli izlenmesine ve daha güçlü düzenleyici araçlara ihtiyaç duyulmaktadır (bkz. Fası 7- Fikri mülkiyet hukuku). Türkiye, Temmuz 2021'de, piyasa gözetimi ve denetimine ilişkin yeni bir çerçeve yönetmeliği kabul etmiştir. Piyasa gözetimi ve denetimi, risk değerlendirmesi temelinde yapılmamaktadır ve e-ticaret konusunda çok sınırlı kalmıştır. Ticaret Bakanlığının 2021 için hazırladığı piyasa gözetimi ve denetimi raporuna göre, piyasa gözetimi ve denetimine ayrılan toplam bütçe, yüksek enflasyon ortamında, 2020 yılına kıyasla 2021'de % 103 artmıştır. Ancak, aktif olan piyasa gözetimi ve denetimi müfettişlerinin sayısında %33'lük bir azalma olmuştur. 2020'ye kıyasla 2021'de piyasa gözetimi ve denetimi kontrollerine tabi olan ürünlerin sayısında %12'lik bir artış olduğu ” ifade edilmektedir. Raporda, tüketici ile tüketici örgütleri arasındaki bağlantının zayıf kaldığı, Tüketici Hakem Heyetlerinin tam olarak kurumsallaştırılamadığı, taklit ürünler yönünden piyasa denetiminin özellikle e-ticaret konusunda sınırlı kaldığı belirtilmektedir.

1.2.3.2.2. Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Tüketici Hakları Mevzuatının Gelişimi

Ülkemizde tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın temelini 1982 Anayasası oluşturmaktadır. 1982 Anayasasından önce tüketici meselesi ilk kez 1970 yılında gerçekleştirilen bir seminerde ele alınmıştır. Ardından Ticaret Bakanlığı bünyesinde "Tüketici Sorunları Şube Müdürlüğü" kurulmuş ancak 1974 yılında bu birimin faaliyetine son verilmiştir. 15 Kasım 1971 yılında Tüketicinin Korunması için Ticaret Konusu Mal ve Hizmetlerle İlgili Faaliyetlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, Meclis'e sevk

edilmiş ancak bu tasarı kanunlaşmamıştır¹³³. O dönemde söz konusu tasarının, tüketiciyi korumaktan ziyade Devletin ekonomik ilişkilere müdahalesini genişletme amacını taşıdığı düşünülerek kanunlaşmaması önemli bir kayıp olarak görülmemiştir. Bu konuda Ticaret Bakanlığı'nın hazırladığı ikinci tasarı 1975 tarihli “Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı”dır. Ülkemizde rekabet hukuku alanında düzenlemeler getiren hükümlere ilk kez bu tasarıda rastlanmaktadır. 1980 yılına gelindiğinde tüketicinin korunmasına ilişkin bölümler içeren “Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun” adı altında başka bir tasarı daha hazırlanmış fakat her iki tasarı da kanunlaşmamıştır¹³⁴. İlgili kanunlaşma çabalarının başarıya ulaşamamasında, 1970-1980 tarihleri arasındaki dönemde Türkiye'nin içerisinde bulunduğu siyasi ve ekonomik koşullar etkili olmuştur.

Ülkemizde, tüketicilerin korunması amacıyla özel bir kanun hazırlanmasında en önemli etken, uluslararası anlaşmaların Türkiye'ye yüklediği yükümlülüklerdir. Burada özellikle, Türkiye ve AET arasındaki 12 Eylül 1963 tarihli Ortaklık Anlaşması (Ankara Anlaşması) çerçevesindeki yükümlülüklerden söz etmekte yarar vardır. Ortaklık Anlaşması'nın 16. maddesi, Roma Antlaşması'nın mevzuatın uyumlaştırılması ile ilgili hükümlerinde anılan ilkelerin, ortaklık ilişkisinde uygulanmasını öngörmüştür. 1995 yılında yürürlüğe giren tek ve kapsamlı bir kanun olan 4077 Sayılı Kanun ile tüketicinin korunmasına hukuki bir temel kazandırılmıştır. Bunun yanı sıra, Tüketici Kanunu'nun uygulanmasından ve gözetiminden sorumlu yapı da 1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile oluşturulmuştur. Kanunun uygulanması ve denetiminden sorumlu kurum olarak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı belirlenmiştir¹³⁵. Ancak bu kanunun da AB mevzuatıyla uyumu incelendiğinde, bir kısım eksiklikler tespit edilmiştir. Bu eksikliklerin giderilmesi için Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair 4822 sayılı Kanun, 14 Mart 2003 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca 27.5.2004 tarihinde 5179 sayılı Kanun, 21.02.2007 tarihinde 5582 sayılı Kanun ve son olarak 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanunda

¹³³ Yolcu, *Tarihsel Gelişim*, 1118.

¹³⁴ Haluk Tandoğan, *Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*, Ankara 1977, 9.

¹³⁵ Gülnur Kaplan, *Tüketici Örgütleri Olgusu Türkiye'de Ürün- Hizmet- Tüketici İlişkisi Bağlamındaki Görünümleri*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, 81.

çeşitli değişiklik ve eklemeler yapılmış ise de mevzuatın uyumlaştırılması açısından istenilen seviyeye ulaşamamıştır¹³⁶.

Tüketicinin korunması hakkındaki mevzuatın Avrupa Birliğinin son dönem mevzuatı ile tam uyumunun sağlanması, bir kısım üye ülke mevzuatının incelenmesi ve Türk özel hukukuyla olan yakın ilgisi sebebiyle İsviçre mevzuatının incelenmesi; ayrıca tüketicinin korunması hakkındaki mevzuatın Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan son değişikliklerle uyumlu hâle getirilmesi amacıyla 28 Kasım 2013 tarihinde Resmi Gazete' de yayımlanan ve yayım tarihinden altı ay sonra yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, yürürlükten kalkan 4077 sayılı Kanunda değişiklik yapmakla kalmayıp, daha önce yer almayan yeni düzenlemeler de getirmiştir. Bu düzenlemelerin etki alanı tüketiciler ile sınırlı değildir. Tüketici karşısında satıcı, sağlayıcı, ithalatçı ve üretici sıfatı taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin parçası olduğu birçok sektör uygulama alanı içerisinde kalmıştır.

6502 sayılı Kanun, temel mevzuata uygulama alanı bırakmaması, uygulama alanının genişliği nedeniyle mükerrer yaptırımlar uygulanmasına neden olabileceği ve usul hukukunda yaratmış olduğu problemler nedeniyle öğretilde eleştirilmektedir¹³⁷. Ancak 6502 sayılı Kanunun, finansal hizmetlerin mesafeli satışı, tüketici kredileri, haksız ticari uygulamalar, devre tatili gibi birçok konuya ilişkin AB Yönergesinin iç hukukumuzda aktarımını sağladığı ve Avrupa Birliği Mevzuatına uyum sürecinde, tüketici hukuku yönünden önemli bir aşamayı temsil ettiği de göz ardı edilmemelidir. Türkiye'nin AB müktesebatına uyum sağlaması için mevzuat değişikliklerinin yanı sıra kurumsallaşma kapsamında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, Reklam Kurulları ve Tüketici Konseyi kurulmuştur. Ayrıca ülkemiz Uluslararası Tüketicinin Korunması ve İcra Ağına¹³⁸ (ICPEN) da katılım sağlamıştır.

¹³⁶ Yıldırım, 1016.

¹³⁷ Murat Oruç, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Uygulama Alanının Eleştirisi", *2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS)*, 2017, 87.

¹³⁸ Mal ve hizmetlerdeki sınır ötesi işlemlerde tüketici sorunlarının üstesinden gelmek için işbirliği yapmanın yollarını bulmak ve katılımcılar arasında bilgi alışverişinin sağlamak amacıyla 1992 yılında kurulan ağa Türkiye 2010 yılında katılmıştır. <https://ticaret.gov.tr/duyurular/uluslararasi-tuketici-koruma-ve-uygulama-agi-icpennin-ilkbahar-konferansi-basliyor> (Erişim Tarihi: 28.04.2024)

İKİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

2.1. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI VE KAPSAMI

Tüketiciyi koruyan düzenlemelerin maddi anlamda uygulanma alanının belirlenmesi sorununun odağında tüketici sözleşmeleri kavramı yer almaktadır. Bu bağlamda tüketici hukukunun gelişmesine paralel olarak tüketici sözleşmeleri kavramı da büyük önem kazanmaktadır. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında, tüketici sözleşmeleri kavramının kapsam ve unsurlarının ayrıntılı bir biçimde incelenmesine gayret edilecektir.

2.1.1. Tüketici Sözleşmesi Kavramı

Sözleşme, farklı amaç ve menfaatlerle hareket eden tarafların, belli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları ile meydana gelen hukuki işlemdir¹³⁹. Kamu hukukunun aksine özel hukukta taraflar, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde istedikleri hukuki işlemi yapmak konusunda özgürdür. Eşit seviyedeki taraflar arasında yapılan sözleşmeye başka bir kişinin müdahalesi düşünülemez. Fakat bazı durumlarda sözleşmenin tarafları arasında eşitlik bozulmaktadır. Sözleşmenin bir tarafının diğerine göre daha zayıf konumda olduğu hallerde sosyal hukuk devleti düşüncesiyle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır¹⁴⁰. Kanun koyucu tarafından kişiler arasındaki sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahaleleri tüketici sözleşmelerinde de görmemiz mümkündür. Tüketicinin, tecrübe, teknik bilgi ve ekonomik konum gibi nedenlerle zayıf tarafı oluşturduğu sözleşmelerde özel bir korumadan yararlanması gerekmektedir¹⁴¹.

Tüketici sözleşmesinin tanımı TKHK’ da yapılmamıştır. 4077 sayılı Kanun’da da doğrudan tüketici sözleşmesinin tanımını düzenleyen bir madde bulunmamaktaydı. Ancak TKHK m. 3/1 bendinde tüketici işlemi, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel*

¹³⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2023, 199; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 2021, 28; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Beta Yay, İstanbul 2023, 13.

¹⁴⁰ Ozanoğlu, 57.

¹⁴¹ Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, *MHB*, 15(1-2), 1995, 21.

kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda tüketici işlemi kavramını tüketici sözleşmesini de içine alan üst kavram olarak kabul etmek, sözleşme türleri için ise tüketici sözleşmesi terimini kullanmak yerinde olacaktır¹⁴². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.09.2011 tarihli kararında¹⁴³ tüketici işlemi kavramı, tüketici sözleşmesi olarak kullanılmıştır. Ancak daha yakın tarihli kararlar¹⁴⁴ incelendiğinde ise tüketici sözleşmelerinin tüketici işlemi içinde alt bir unsur olarak kabul edildiği görülmektedir.

Sözleşmenin en az iki taraf arasında yapılan bir hukuki işlem olduğu göz önüne alındığında tüketici sözleşmeleri; taraflarından birinin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, kişisel ve ailevi ihtiyaçlarını gidermek için, bir bedel karşılığında kurduğu sözleşmeler¹⁴⁵ olarak tanımlamak mümkündür. Tüketici sözleşmeleri “tüketicinin mesleki veya ticari bir faaliyetine ait olmayıp özel yaşamına ait bir amaçla bir malın teslimi veya bir işin görülmesine ilişkin sözleşmeler olarak nitelendirilen sözleşmelerdir¹⁴⁶. Öğretide de tüketici işlemi kavramından hareketle tüketici sözleşmelerine ilişkin birçok tanım yapılmıştır¹⁴⁷.

2.1.2. Tüketicuyu Koruyan Düzenlemelerin Uygulama Alanının Belirlenmesi

Tüketici sözleşmeleri konusunda nitelendirme yapılırken sözleşmenin türünün ne olduğunun önemi yoktur. Borçlar Kanunu özel hükümlerde veya özel kanunlarda

¹⁴² Pınar Aktaş Avcı, “*Tüketici İşlemi Niteliğindeki Promosyonlu Satış Sözleşmeleri*”, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, 49.

¹⁴³ Yargıtay HGK, 2011/19–500 Esas, 2011/550 Karar, T. 21.09.2011.

¹⁴⁴ Yargıtay HGK, 2018/963 Esas, 2019/851 Karar, T. 04.07.2019.

Yargıtay 13. HD., 2017/2827 Esas, 2019/813 Karar, T. 30.01.2019

¹⁴⁵ Seda Kara Kılıçarslan, “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2015, 187

¹⁴⁶ Çelikel ve Erdem, 259.

¹⁴⁷ *Tüketici sözleşmeleri, (kural olarak) girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir. (Ozanoğlu, 65.); Tüketici sözleşmesi, bir mal veya hizmeti, kendi kullanımı için ve meslekî veya ticarî faaliyeti dışında bir amaçla edinen kişinin (tüketici), söz konusu mal veya hizmeti mesleği veya ticarî faaliyeti çerçevesinde sunan tarafla (satıcı/ sağlayıcı) yaptığı sözleşmedir. (Zevkliler, 43).*

düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinin yanında atipik bir sözleşme de tüketici sözleşmesi niteliği taşıyabilir. Esasen sözleşmenin taraflarından birisi olan tüketicinin korunmaya değer kabul edilmesi bu sözleşmenin karakteristik özelliğini oluşturmaktadır¹⁴⁸.

Bu noktada zayıf tarafın korunması amacıyla sözleşme hukukuna hâkim olan eşitlik ilkesinden sapan çeşitli düzenlemeler gündeme gelmektedir. Taraflar arasında yapısal eşitsizlik bulunması halinde zayıf tarafın maddi sözleşme özgürlüğü ortadan kalkacak ve zayıf tarafın aleyhine, ekonomik geleceğini etkileyebilecek ölçüde bir dengesizlik yaratılması mümkün hale gelecektir¹⁴⁹. Getirilen hukuki önlemlerdeki asıl amaç, zayıf tarafın özgür iradesini en üst derecede sözleşmeye yansıtabilmesidir. Bu durumda tüketici sözleşmelerini diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmek ve uygulama alanını belirlemek için doktrinde subjektif teori, objektif teori ve amaç teorisi şeklinde üç farklı görüş bulunmaktadır¹⁵⁰.

2.1.2.1. Subjektif Teori

Subjektif teoriye göre, zayıf tarafı koruyan hükümlerin uygulanabilirliği açısından sözleşmeler sınıflandırılırken tarafların niteliği dikkate alınmaktadır¹⁵¹. Tacir niteliğini esas alan bu görüşe göre tacir olan birisi, tüketici sıfatını taşıyamayacaktır. Bu nedenle karşımıza iki temel soru çıkmaktadır. Bunlar, tüketiciyi korumaya yönelik koruyucu hükümlerin tacirler dışında, özel kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği ve tüketiciyi koruyan düzenlemelerden tacirlerin de yararlanıp yararlanamayacaklarıdır. İşte bütün bu sorulara subjektif görüş salt tacir niteliğini esas alarak çözüm bulmaya çalışır¹⁵². Doktrinde bu teorinin, tacirlerin de özel ihtiyaçlarını karşılamak için tüketici sıfatını taşıyabilecekleri ihtimalini göz ardı etmesi nedeniyle tüketiciyi koruyan hükümlerin uygulama alanının belirlenmesinde yeterli bir ölçüt olmadığı ifade edilmektedir¹⁵³.

¹⁴⁸ Kılıçarslan, 187.

¹⁴⁹ Kemal Atasoy, “Sözleşme Tarafları arasında Yapısal Eşitsizlik ve Kamu Düzenine Aykırılık”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni*, 2021, 70.

¹⁵⁰ Özlem Tüzüner, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yay., İstanbul 2016, 37.

¹⁵¹ Mehmet Demir, *Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 2003, 78.

¹⁵² Ozanoğlu, 58.

¹⁵³ Ozanoğlu, 58; Demir, 47.

2.1.2.2. Objektif Teori

Objektif teoriye göre, sözleşmenin vasfı ve uygulanacak hukuk kuralları belirlenirken tarafların niteliğe değil, sözleşmeye konu edim veya işletmenin türüne bakılmalıdır¹⁵⁴. Bu teoride tamamen objektif kriterlere göre tüketici kavramının açıklanması ve tüketicinin korunması gerektiği savunulmaktadır. Yani her somut olayda, tüketici sözleşmesi kavramını ele alarak taraflar arasında bir dengesizliğin bulunup bulunmadığı hususu irdelenmelidir. Ancak bu teori tüketiciyi koruyan düzenlemelerin uygulama alanının belirlenmesi için genel geçer bir ölçüt ortaya koyamamıştır¹⁵⁵.

Özel nitelikli düzenlemelerin uygulanabilirliği bakımından hem tacirler gibi açıkça eşit olan sözleşme tarafları arasındaki hukuki ilişkilere, hem de tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi eşit olmayan sözleşme tarafları arasındaki hukuki ilişkilere uygulanma imkânına sahip genel bir ölçüt arayışı neticesinde modern tüketici hukukunda da kabul görmüş amaç teorisi ortaya çıkmıştır¹⁵⁶.

2.1.2.3. Amaç Teorisi

Tacir ve tüketici kavramları arasındaki ayrımın tam olarak belirlenememesi, başka bir deyişle tacirlerin de özel ihtiyaçlarını karşılamak için tüketici sıfatını taşıyabilecek olmaları nedeniyle sözleşmenin taraflarının niteliği veya edim konusu şeklindeki kriterlerden hareketle tüketiciyi koruyan düzenlemelerin uygulanma alanını belirlemeye çalışan teoriler yetersiz kalmıştır¹⁵⁷. Bu nedenle amaç teorisi olarak adlandırılan yeni bir teori ortaya çıkmıştır. Bu teoriye göre hukuki işlemi yapan kişinin iradesinin gerçek anlamı dikkate alınarak sözleşmelerin niteliği belirlenmelidir¹⁵⁸. Amaç teorisine göre bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için, taraflardan birinin ticari veya mesleki bir amaç değil, özel bir amaç taşıması gerekmektedir. Modern tüketici hukukuna hâkim olan amaç teorisine göre, özel hukuk kapsamındaki nitelikli düzenlemelerin somut ilişkiye uygulanmasındaki belirleyici ölçüt taraflarının muamele iradesidir. Muamele iradesi, niteliği itibarıyla beyanda bulunanın belirli hukuki sonucu

¹⁵⁴ Oral, 554; Ozanoğlu, 58.

¹⁵⁵ Demir, 48; Kılıçarslan, 188.

¹⁵⁶ Ozanoğlu, 59.

¹⁵⁷ Ozanoğlu, 60.

¹⁵⁸ Oral, 555; Mehmet Demir, *Tüketim Sözleşmeleri ile İlgili Hükümlerin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, 399.

doğurmaya, değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelik iradesini kapsamaktadır. Bu anlamda muamele iradesi bir sonuç iradesidir¹⁵⁹.

Bir sözleşmede mal satın alan veya hizmetten yararlanan kişinin amacının belirlenmesi için sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Güven teorisi kapsamında sözleşme yorumlanırken, muhatap tarafından bilinen ve bilinmesi gereken tüm unsurları dürüstlük kuralını gözeterek değerlendirmek ve taraflarda oluşacak haklı güveni ayrı ayrı korumak gerekmektedir¹⁶⁰. Ancak bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığı konusunda tereddüt giderilemiyor ise, tüketici sözleşmesinin varlığı esas alınmalıdır. Ayrıca özel ve ticari amacın birbirine karıştığı karma nitelik arz eden hukuki ilişkilerde ise, baskın amaç tespit edilerek, o amacın varlığı yönünde değerlendirme yapmak gerekmektedir¹⁶¹. Amaç teorisi göre, tüketici, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması dolayısıyla statüsü bakımından değil, hukuki ilişki kapsamında üstlendiği rol dolayısıyla, daha açık bir ifade ile sözleşmeyle takip ettiği ekonomik amaç dolayısıyla "tüketici" sıfatını kazanmaktadır. Nitekim TKHK da amaç teorisini benimsemiş¹⁶² ve Kanun'un tanımlar bölümünde tüketici, "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır.(m. 3/1-k)

2.1.3. Tüketici Sözleşmesinin Unsurları

Tüketici sözleşmesi, bir mal veya hizmeti, kişisel kullanımı için ve meslekî veya ticarî faaliyet haricindeki bir amaçla edinen kişinin (tüketici), söz konusu mal veya hizmeti mesleği veya ticarî faaliyeti çerçevesinde sunan satıcı veya sağlayıcı ile yaptığı sözleşme olarak ifade edilebilir. Tüketicinin, kâr elde etme amacı olmaksızın, belirli bir bedel karşılığında, mal ya da hizmeti temin ettiği sözleşmelerdir¹⁶³. Kavram yönünden tüketici sözleşmeleri tek tip bir sözleşme türü anlamına gelmemektedir. Nitelik açısından birbirinden farklı sözleşme tipleri, gerekli unsurları taşımaları halinde tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilirler¹⁶⁴. Nitekim 6502 sayılı TKHK 3/1-l. maddesinde yer alan,

¹⁵⁹ Ozanoğlu, 60.

¹⁶⁰ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2022, 341.

¹⁶¹ Ozanoğlu, 61.

¹⁶² Murat Aydoğdu, *Tüketici Kılavuzu – Hukuk Rehberi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, 20.

¹⁶³ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini", *AÜHFD*, 63(4), 2014, 842; Burcu İrge Erdoğan, "Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme", *MHB*, 37(2), 2017, 525; Zevkliler, 43.

¹⁶⁴ Zevkliler, 18.

“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet¹⁶⁵, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme” şeklindeki tahdidi olmayan örnekleme dikkate alındığında, tüketici sözleşmesinin kavramsal açıdan şemsiye niteliğinde bir üst kavram olduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁶. Bu nedenle tüketici sözleşmelerini diğer sözleşme türlerinden ayıran sözleşmenin konusu, tarafları ve sözleşmedeki özel amaç şeklindeki unsurların tespit edilmesi her bir somut olay yönünden önem taşımaktadır.

2.1.3.1. Sözleşmenin Konusu

Tüketici sözleşmelerinin konusunu mal ve hizmet oluşturmaktadır. Tüketici hukukunun tarihsel gelişimi göz önünde bulundurulduğunda sözleşmenin konusunu genel olarak taşınır malların oluşturduğu ve taşınmaz malların kapsam dışı bırakıldığı görülmektedir. Tarihsel süreçte toprağın ve arazinin tüketilebilen bir mal olmayışı ve yatırım malı olarak kabul edilmesi nedeniyle taşınmaz mallar tüketiciyi koruyan düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁶⁷. Örneğin, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 1980 Tarihli Roma Sözleşmesinin 5. maddesi belirli ve sınırlı sayıda sözleşme tipini tüketici sözleşmesi kapsamına almıştır. Öncelikle taşınır malların teslimine ilişkin sözleşmeler bu kapsamda ele alınır. Buna karşılık kira sözleşmeleri, taşınmazlara ve hakların devrine ilişkin sözleşmeler bu maddenin korumasından faydalanamazlar¹⁶⁸.

Ülkemizde 08.03.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda mal tanımını “ticaret konusu taşınır eşya” şeklinde yapılırken, 14 Mart 2003

¹⁶⁵ Vekâlet sözleşmesi kanunda ismen sayılan tüketici işlemlerinden birisidir. Bu nedenle avukatlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesi, ayıplı hizmetin tespiti, müvekkilin kullanabileceği seçimlik hakların neler olduğu, ihbar külfeti ve yetkili mahkeme gibi birçok yönden önem taşımaktadır. Avukatlık sözleşmesinde avukatın görevinin, yargının kurucu unsuru olan ve bağımsız savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyet olduğu ve tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. Ankara BAM 4. HD 2018/847 Esas, 2018/1049 Karar; Aksi yönde Yargıtay 20. HD 2016/14594 Esas, 2017/658 Karar(avukatın faaliyetinin mesleki amaç çerçevesinde gerçekleştiğini vurgulamaktadır.), Avukat ile müvekkili arasındaki vekâlet ilişkisi bakımından Tüketici Mahkemeleri’nin görevli olduğuna ilişkin bkz. Ankara BAM 13.HD 2017/902 Esas, 2017/845 Karar.

¹⁶⁶ Ozanoğlu, 66.

¹⁶⁷ Oral, 562; Aslan, 68.

¹⁶⁸ Atamer, 428.

tarıhli 4822 sayılı Kanunun 3. maddesiyle “ *alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar* ” şeklinde geniřletilmiřtir¹⁶⁹. 28.11.2013 tarihli 6502 sayılı TKHK ile yeni Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu ve AB direktiflerine uyum sağlanması amaçlanmıştır. Bu kanun ile mal ve hizmet sunanlara yeni sorumluluklar, tüketicilere de bir kısım yeni haklar getirilmiřtir¹⁷⁰. Ancak 4822 sayılı Kanun ile yapılan tüketici sözleşmelerine konu olabilecek taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin tanım aynen korunmuştur. Kanun kapsamına her türlü taşınmaz değil, sadece konut ve tatil amaçlı taşınmazlar alınmıştır. Bu taşınmazların satım, kira veya eser gibi sözleşme çeşitlerine konu olması bu işlemlerin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesine engel değildir.

TKHK 3/d. maddesinde hizmet, “Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu” şeklinde tanımlamıştır. Ancak tüketici hukuku kapsamındaki hizmet kavramı, Borçlar Kanunu ve İş Kanununda düzenlenen hizmet sözleşmelerindeki emir ve talimat altına iş görme faaliyetlerini kapsamamaktadır. Tüketici sözleşmelerine konu olabilecek hizmet kavramını, çeşitli ihtiyaçları karşılamak için üretilen veya organize edilen ve mülkiyetine sahip olunamayan faaliyetler şeklinde tanımlamak mümkündür¹⁷¹. Bu nedenle bakım, kurulum, nakliye, teknik servis vb. gibi hizmet edimi içeren bir sözleşmenin, tüketici sözleşmelerinin diğer unsurlarını da taşıması halinde tüketiciyi koruyan düzenlemeler kapsamındaki korumadan yararlanması mümkündür¹⁷².

2.1.3.2. Sözleşmenin Tarafları

Tüketici sözleşmesinin taraflarını satıcı/sağlayıcı ve tüketici oluşturur. Özel hukuk kapsamında kalan hukuki ilişkilere hâkim olan irade serbestisi prensibi ve eşitlik ilkesi, akdin zayıf tarafının korunması gerekliliği ile zıtlık göstermektedir. Bu nedenle tüketici sözleşmelerinin ayrı bir tür olarak ortaya çıkmasındaki temel neden taraflar arasındaki

¹⁶⁹ Kamil Kadioğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 4822 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/55, 296.

¹⁷⁰ Aydoğdu, *Tüketici Kılavuzu*, 3.

¹⁷¹ Yasemin Kalkancı, *Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016, 10.

¹⁷² Ozanoğlu, 69.

bilgi düzeyi veya sosyoekonomik açıdan ortaya çıkan eşitsizliktir. İrade serbestisinin tüketici sözleşmelerinde sınırlandırılmasının temelinde, tüketicinin bireysel menfaatinin korunmasının yanında devletin, ekonomi politikası gereği akdin zayıf tarafını koruyarak kamu yararının¹⁷³ sağlanması amacı da bulunmaktadır¹⁷⁴.

Tüketici kavramı, niteliği itibariyle durağan bir kavram değildir¹⁷⁵. Sosyal hayatta karşılaştığımız sorumluluklar ve girilen hukuki ilişkilerin çeşitliliği göz önüne alındığında her bir somut olayda, sözleşmenin hangi sıfatla kurulduğunun tespiti önem taşımaktadır. Tüketici olarak nitelendirilecek gerçek ve tüzel kişinin sözleşmeye konu mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla elde etmesi gerekmektedir. Buna göre tüketici, somut hukuki ilişkiye girerken kişisel, ailevî veya özel kullanıma özgü bir amaç taşıyan kişidir. Böylece, burada bir hukuki ilişkinin tarafının tüketici olarak nitelendirilmesi bakımından, onun hukuki işlem iradesi esas alınmakta, ticari ve mesleki olmayan bir amaçla hukuki ilişkiye giren tarafın, aynı zamanda tacir ya da bağımsız olarak yürütülen bir meslek sahibi olması önem taşımamaktadır. Bu anlamda, ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişiler kendi işletme ya da işyerlerinde kullanılmak üzere, ticari-mesleki faaliyet ya da uzmanlık alanı dışında bir konuda sözleşme yaptıkları takdirde tüketici sıfatına sahip olabileceklerdir. Tüzel kişi tacirlerin, yani şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları doktrinde tartışmalıdır¹⁷⁶.

Tüketici sözleşmesinde tarafların amaçlarının birbirine zıt olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden tüketicinin karşısında bulunan satıcı, sağlayıcı, konut finansman kuruluşu¹⁷⁷ veya kredi verenin¹⁷⁸

¹⁷³ 6502 sayılı Kanun md.1’de “*kamu yararına uygun olarak.... önlemleri almak,*”tan söz ederek, tüketicinin korunmasının kamu yararı boyutuna dikkat çekmiştir. Gerçekten de, tüketicilerin korunması ile piyasada mal ve hizmet sunan kimselerin keyfî davranışlarının önüne geçilerek, piyasada yaşanabilecek kargaşalar önlenilecek, bireysel olarak tüketicilerin sağlıklarının korunması ile toplum sağlığı da korunmuş olacaktır.

¹⁷⁴ Zeynep Çalışkan, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanunun 26. Maddesine göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28(1-2), 2008, 30.

¹⁷⁵ Ozanoğlu, 71.

¹⁷⁶ Kişisel ve ailevi kullanım ölçütlerinin tüzel kişilik kavramıyla bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz. Ozanoğlu, 72. Aksi görüş için bkz. Poroy, 524; Aktürk, 123.

¹⁷⁷ TKHK m.3/g: “Konut finansmanı kuruluşu: Konut finansmanı kapsamında doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketlerini” ifade eder.

¹⁷⁸ TKHK m.3/g: “Kredi veren: Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder.

işlem yaparken ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir¹⁷⁹. TKHK’da satıcı ve sağlayıcı tanımlanırken, kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek ve tüzel kişi şeklinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilecek kişilerin kapsamı geniş tutulmuştur. Kanunun uygulama alanının bu denli geniş tutulması doktrinde, temel mevzuat olan Türk Borçlar Kanunu’nun uygulama alanını önemli ölçüde daraltması ve usul hukuku yönünden çeşitli problemler yaratması nedeniyle eleştirilmektedir¹⁸⁰.

2.1.3.3. Sözleşmedeki Özel Amaç

Özel amaç ile belli bir amaç değil, bireysel kullanım ifade edilmek istenmiştir. Burada kullanılan “Özel” sözcüğü, “kamusal” sözcüğünün değil, “ticari ve mesleki” sözcüklerinin karşıtı olarak kullanılmaktadır¹⁸¹. Bu unsur, daha önce bahsettiğimiz amaç teorisinin kanuni bir yansımasıdır¹⁸². Tarafların sözleşme yaparken hangi amaçla hareket etmiş oldukları bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi açısından son derece önemlidir. Tüketici tarafı, ticari veya mesleki bir amaç taşımazken, karşı taraf tüketicinin aksine ticari veya mesleki bir amaçla mal veya hizmet sunmaktadır¹⁸³. Kanun’da mesleki veya ticari amacın tanımı yapılmamıştır. 4077 Sayılı Kanun’dan beri tüketici işlemlerinin kapsamını genişletme çabası dikkate alındığında, Kanun koyucunun bu konudaki sessizliğinin bilinçli olduğu, kazuistik bir düzenleme getirmeden, uygulamada tüketicilerin olabilecek en geniş şekilde korunmasını sağlamaya yönelik

¹⁷⁹ Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 59.

¹⁸⁰ *Konut veya tatil amaçlı taşınmaz malların tüketici sözleşmesine konu olduğu, bu taşınmazların satışına ilişkin uyuşmazlıklarda ve tapu iptal ve tescil davalarında da, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu, ancak tapu iptal ve tescil davaları, niteliği itibarıyla tüketici mahkemelerinde geçerli olan basit muhakeme usulüne uygun olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. (Mehmet Akif Tutumlu: “Taşınmaz (Konut) Davalarının Tüketici Mahkemelerinde Görülmesinin Koşulları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006/9, 48.) Tüketici sözleşmelerinde tüketicinin karşısında yer alan sözleşme tarafının, malı ve hizmeti en yüksek kazançla paraya çevirmeyi amaç bilen, piyasada örgütlenmiş (organize) profesyonel müteşebbis olduğunu, tüketicinin korunmasının böyle bir müteşebbis karşı sağlanması gerektiğini (bkz.580), kanun koyucunun ise tüketiciyi dişçi, otomobil tamircisi, kaloriferci gibi kişilere karşı korumak istemesinin bir hayalden ibaret olduğu yönündeki eleştiri için bkz. (Rona Serozan, “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, *Yasa Hukuk Dergisi*, Mayıs 1996/4, 579-598; Ozanoğlu, 75.)*

¹⁸¹ Mehmet Bahtiyar, "Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, 412.

¹⁸² Kılıçarslan, 190; Ozanoğlu, 70.

¹⁸³ Yargıtay HGK, 2017/11-22 Esas, 2018/1102 Karar.

olduğu kabul edilebilir. Fakat yine de tüketici işlemlerinin kapsamını belirleyebilmek için bu kavramların sınırlarının tespit edilmesi gerekir¹⁸⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/31055 K. 2017/11567 sayı ve 4.7.2017 tarihli kararında ticari amaç ve mesleki amaç kavramlarının “*kazanç elde etmekten*” ayrı düşünölemeyeceğini belirterek iki kavram için de genel bir sınır çizmektedir. Buna göre “... *Ticari ve mesleki faaliyette bulunmanın amacı bu yolla gelir elde etmektir. Bu bir serbest faaliyet olarak kabul edilir ve bağımsız işyeri ve işveren olmada bir kriter olarak kabul edilir. Bir gelir elde etme amacını taşımadan yapılan faaliyetin ticari veya mesleki olduğu söylenemez. ...*”. Yargıtay 20. Hukuk dairesinin bir kararında ise “*yangında hasar gördüğü iddia olunan, zirai faaliyette kullanılabilecek emtianın, olay yerinde ticari amaçla mı (satışını yapmak için) yoksa davacının şahsi zirai faaliyeti için mi bulunduğunun saptanması*” gerektiğinden bahsetmiştir¹⁸⁵. Özellikle parantez içerisinde yer alan “*satışını yapmak için*” ibaresiyle kavramların sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

Tüketicinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi, malı veya hizmeti, kendi ihtiyacı veya hediye etme gibi özel amaçla almasını, kullanmasını ya da tüketmesini, yani malın aşınmasını, azalmasını veya değer kaybetmesini ifade eder. Tüketimden bahsedebilmek için alınan malın veya hizmetin başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasında yer almaması gerekir.

2.2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ

Maddî özel hukukta taraflar arasındaki hukuki ilişkinin adil olarak düzenlenmesi amaçlanırken milletlerarası özel hukukta, taraflar arasındaki ilişkinin yabancılik unsuru içermesi nedeniyle birden çok hukuk düzeni arasında uygulanacak en uygun hukukun tespiti aranmaktadır. Bu nedenle milletlerarası nitelik taşıyan hukuki ilişkilerde adil bir sonuca ulaşmak için, herhangi bir hukuk düzeninin muhtevaca adil olan maddî hükümlerini uygulamak değil, onun en sıkı şekilde irtibatlı olduğu hukuk düzenlerinden birisinin uygulanması gerekmektedir¹⁸⁶. Bu kapsamda akde uygulanacak hukuku

¹⁸⁴ Halil Ahmet Yüce, Mesleki Amaç ve Ticari Amaç Kavramlarının Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni*, 2021, 2.

¹⁸⁵ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi E. 2016/14201 K. 2017/904 T. 7.2.2017.

¹⁸⁶ Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, 9.

belirleyebilmek için yabancılık unsuru taşıyan ilişkinin irtibatlı olduğu hukuk düzenleri arasında milletlerarası özel hukuk menfaatleri esas alınarak bir seçim yapmak gerekmektedir.

Maddi hukuka hâkim olan irade serbestisi ilkesi, milletlerarası özel hukukta da kendisini göstermekte ve hukuki ilişkinin taraflarına, uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü tanınmaktadır. Ancak tarafları arasında sosyal ve ekonomik açıdan dengesizlik bulunan tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmelerde zayıf tarafın korunması gerekliliği ve irade serbestisi prensibi zıtlık göstermektedir¹⁸⁷. Bu nedenle milletlerarası özel hukukta tüketicilerin korunması, kanunlar ihtilâfı kuralları ve tüketici menfaatinin ön planda tutan koruyucu nitelikteki kurallar ile sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁸⁸.

2.2.1. Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerinde Korunan Menfaatler

Milletlerarası özel hukuk adaletinin tesisi amacıyla en uygun hukuku tespit ederken çeşitli menfaatler¹⁸⁹ dikkate alınmaktadır. Bunlar; taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati, maddi özel hukuk menfaati ve milletlerarası toplumun genel menfaati şeklinde sıralanabilir. Her hukuki ilişkide hâkim kendi hukukunun en haklı kurallara sahip olduğunu ileri süremez. Bu nedenle milletlerarası nitelikli her ilişkiye hâkimin kendi maddî özel hukuk kurallarını uygulaması mümkün değildir. Zaten kanunlar ihtilâfı kurallarının varlık sebebi de budur¹⁹⁰. Milletlerarası özel hukuk menfaatleri her konuda birlikte veya aynı şekilde ele alınmamaktadır. Bu menfaatler her somut olayda, işlemin konusu, hukuki niteliği ve özelliklerine göre; bağlama kuralının belirlenmesinde, kanunlar ihtilâfı kurallarının tespitinde veya yorumunda tek başına veya birlikte göz önünde bulundurulabilir¹⁹¹.

Taraf menfaatine göre, kişiler, yabancı unsur taşıyan işlemlerine en yakın irtibat içinde bulundukları ülke hukukunun uygulanmasını istemektedirler. En yakın irtibat

¹⁸⁷ Vahit Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *SÜHFD*, 5(1-2), 1996, 153; Çalışkan, 28.

¹⁸⁸ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 55.

¹⁸⁹ Gerhard Kegel'in "*Milletlerarası Özel Hukuk Adaleti*" konusunu ele alışı ve bu konuda geliştirdiği "*menfaatler teorisi*" kanunlar ihtilâfı hukukuna yön vermiştir. Bkz. Gülören Tekinalp, “Kitap Tahlilleri”, *İÜHFM*, 1996, 550.

¹⁹⁰ Arzu Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, 58; Nomer, 14.

¹⁹¹ Tiryakioğlu, 15.

içinde bulunduğu hukuk, ilke olarak, milli hukuk veya mutad mesken hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹². Sözleşmeler yönünden ise taraf menfaatlerine hizmet eden en uygun hukuku, yine tarafların belirleyebileceği anlayışından hareketle irade serbestisi ilkesi kabul edilmektedir.

İşlem menfaatine göre, özellikle şekil yönünden, işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanması, hukuki işlemlerin kolay ve güvenli bir şekilde yapılmasını sağlamaktadır. Ayrıca işlemin yapıldığı yer hukukunun aradığı şartlara uygun olan işlemlerin geçerli kabul edileceği sonucunu doğurduğu, bu nedenle üçüncü kişilerin menfaatlerini gözетerek hukuki güvenliğe de hizmet ettiği kabul edilmektedir¹⁹³.

Düzen menfaatine göre, bir hukuk düzeninin işleyebilmesi için hukuk kurallarının birbirleri ile uyumlu olmaları gerekmektedir. Ancak günümüzde milletlerarası özel hukuk evrensel geçerliği bulunan normlardan henüz yoksun olduğu için, yani milletlerarası özel hukuk pozitif açıdan henüz millî karakter taşıdığı için milletlerarası özel hukukta bunu sağlamak oldukça güçtür¹⁹⁴.

Maddî özel hukuk menfaatine göre, yabancı hukukun uygulanması gerektiği hallerde, bu hukukun uygulanması mahkemenin milli hukuku yönünden kamu düzenini ihlâl ediyorsa, maddî özel hukuk adaleti göz önünde bulundurulacak ve taraflarca seçilen hukukun uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁹⁵. Bu durumda istisnai olarak maddî özel hukuk adaleti, milletlerarası özel hukuk adaletinin önüne geçmektedir.

Milletlerarası toplumun genel menfaatine göre, uluslararası toplumun açık iradesini ortaya koyduğu ve hassasiyet gösterdiği konularda milli bağlama kuralları oluşturulurken milletlerarası toplumun önem verdiği hususların dikkate alınması, günümüzde bir gereklilik olarak kabul edilmeye başlanmıştır¹⁹⁶. Örneğin, sözleşmenin zayıf tarafının korunması, birçok milli hukuk düzeni tarafından milletlerarası toplumun genel menfaati olarak değerlendirilmektedir.

Sözleşmenin zayıf tarafının korunması gerekliliğinden hareket eden çağdaş hukuk düzenleri, günümüzde "sosyal devlet" olma özelliğinin de bir gereği olarak, tüketiciyi

¹⁹² Alibaba, 59; Tiryakioğlu, 10.

¹⁹³ Tiryakioğlu, 10; Alibaba, 60.

¹⁹⁴ Nomer, 33.

¹⁹⁵ Çalışkan, 28; Tiryakioğlu, 13.

¹⁹⁶ Güngör, *Düşünsel Temeller*, 117; Tiryakioğlu, 14.

koruma amaçlı temel millî politikalar oluşturmaktadırlar. Bu politikalar, tüketicinin şahsi menfaatinin yanında devletin tüketici kitlesinin korunmasındaki genel menfaatini başka bir deyişle kamu yararını korumayı ve geliştirmeyi hedefler¹⁹⁷.

Milletlerarası hukukun tüketicinin korunması konusunda koruyucu hukuk kurallarına yönelişi, milletlerarası toplumun genel menfaatinin korunabilmesi için bazı milletlerarası özel hukuk değerlerini öne çıkarırken diğerlerini geriletir¹⁹⁸. Milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunan tüketici akitlerinde, taraf menfaati olarak tüketicinin menfaati ön plana çıkarken, işlem menfaati gerilemekte; hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyacı geri planda kalmaktadır. Zayıf tarafı koruma amacı bulunan tüketici sözleşmeleri gibi hukuki işlemlerde, milletlerarası özel hukuk yönünden dikkate alınan menfaat, işlemin niteliği gereği taraf menfaatidir. Bunun yanında her bir somut olayın özelliğine göre maddi özel hukuk menfaati ve devlet menfaatleri de göz önünde bulundurulmaktadır¹⁹⁹.

2.2.2. Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Tarafın Korunması

İrade serbestisi ilkesi, liberal hukuk felsefesinin ideolojik temelini oluşturmaktadır²⁰⁰. Ancak bu anlayış zayıf tarafın korunması amacıyla hukuki ilişkilere müdahale eden sosyal devlet felsefesinin gelişimi ile gücünü kaybetmeye başlamıştır²⁰¹. Bunun nedeni ise, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf konumda bulunan sözleşme tarafının, diğer tarafça sunulan sözleşme içeriğini kabul ederek, kendisi için daha uygun olan pozitif normlardan vazgeçmek zorunda kalması şeklinde açıklanabilir²⁰². Tüketici sözleşmeleri gibi sosyal yönü bulunan sözleşmelere yönelik, zayıf tarafın korunmasına ilişkin sınırlamalara milletlerarası özel hukuk alanında, dahili hukuk düzenlemelerinden daha sonra yer verilmeye başlanmıştır.

Zayıf tarafın korunması amacıyla yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde irade serbestisinin sınırlandırılmasına ilişkin birçok görüş mevcuttur. Bu görüşler temelde,

¹⁹⁷ Güngör, *Düşünsel Temeller*, 117.

¹⁹⁸ Tiryakioğlu, 14.

¹⁹⁹ Çalışkan, 29; Günseli Öztekin Gelgel, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000, 54.

²⁰⁰ Eren, 20.

²⁰¹ Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Oniki Levha yay, 2019, 30.

²⁰² Doğan, *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, 21.

hukuk seçiminin yasaklanması, hukuk seçiminin belirli hukuk düzenleri ile sınırlandırılması, seçilen hukuk ile objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin yararlılık karşılaştırması yapılarak sınırlandırılması şeklinde sınıflandırılabilir²⁰³. Milletlerarası özel hukuktaki güncel gelişmeler nazara alındığında taraflara tanınan irade serbestisinin kategorik olarak yasaklanması mümkün gözükmemektedir. Sözleşme tiplerinin, hangi hukuk düzenleri ile irtibatlı olduğunun önceden yasa koyucu tarafından objektif olarak belirlendiği ve sınırlandırıldığı durumda, zayıf tarafı daha iyi koruyan ve daha sıkı ilişki içerisinde bulunduğu bir hukuk düzeninin uygulanmaması taraf menfaatini ihlal edecektir²⁰⁴.

Kanaatimizce, seçilen hukuk ile objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin yararlılık karşılaştırması yoluyla sınırlandırılması görüşü, akdin zayıf taraf menfaatini koruyan ve en öngörülebilir sonuçları verecek görüştür. Bu görüşe göre, taraflara seçecekleri hukuk bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Sözleşmenin tarafları, sözleşmeyle bağlantılı olup olmamasına bakılmaksızın istedikleri ülkenin hukukunu seçebilme özgürlüğüne sahiptirler. Buna karşılık, sözleşme taraflarının seçmiş oldukları ülkenin hukuku tüketiciye, objektif statüsünün sağladığı emredici kurallardan daha az bir koruma sağlayamaz.

2.2.3. Milletlerarası Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukta Yeknesaklık İhtiyacı

Milletlerarası hukukun yeknesaklaştırılması konusu ele alınırken öncelikle “yeknesaklaştırma” kavramını açıklamak gerekmektedir. Yeknesaklaştırma, bir milletlerarası hukuki işleme uygulanacak iki veya daha çok ülke hukuk sisteminin kurallarının çatışmasını bir kuralla değiştirme süreci olarak tanımlanabilir²⁰⁵. Bir başka anlatımla, ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları azaltma çabasına yeknesaklaştırma denilmektedir²⁰⁶. Maddi hukuk alanında yeknesaklaştırma çalışmaları usul hukukuna göre daha başarılı ilerlemektedir. Bu durum özel hukukun tabiatından ve

²⁰³ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, 25.

²⁰⁴ Doğan, 34.

²⁰⁵ Ilgar Babayev, *Uluslararası Ticaret Hukukunun Yeknesaklaştırılması*, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19 (38), 2020, 107.

²⁰⁶ Ayşe Gülin Güralp, *Medeni Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyindeki Çalışmalar*, 11, 2009, 262.

tarafların sözleşme yaparken özgür iradeleri ile hareket etmelerinin mümkün oluşundan kaynaklanmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk, kaynaklar açısından milli olma özelliğini koruduğu için, milletlerarası nitelik taşıyan sözleşmelerde farklı ülke mahkemelerinde farklı çözümlerin ortaya çıkması mümkündür. Bunun neticesinde, sözleşmenin taraflarının, akde uygulanacak hukuku öngörebilmeleri davanın hangi ülke mahkemesinde görüleceğini bilmelerine bağlı olacaktır. Ayrıca milletlerarası unsurlu bir sözleşmeye açılacak dava yönünden, birden çok ülke mahkemesinin kendi hukuk sistemleri kapsamında yargı yetkisine sahip olması ihtimalinde, farklı ülke mahkemelerinin kendi ihtilâf kuralları vasıtasıyla farklı hukukları uygulaması da mümkün olmaktadır²⁰⁷. Bu nedenle ülkelerin kendi ihtilaf kurallarını yeknesaklaştırmak amacıyla milletlerarası sözleşmeler yapması gerekmektedir.

Küresel bütünleşmenin getirdiği kolaylıkların yanında yaşattığı problemlerin en önemlilerinden birisi de hukukun milletlerarası alanda yeknesaklaştırılmasıdır. Uluslararası alanda, tek bir metin hazırlanması, bu metnin aynen kabul edilmesi, kabul edilen metnin iç hukuka yansıtılması ve mahkemeler tarafından amacına uygun olarak yorumlanması konusunda pek çok problemle karşılaşilmektedir²⁰⁸. Bu nedenle dünya ölçeğinde yeknesaklaştırma çalışmaları zor ve yavaş işleyen bir süreç olarak yerini korumaktadır. Buna karşın bölgesel çaptaki yeknesaklaştırma çalışmaları nispeten daha hızlı gelişim göstermektedir. Bu bağlamda Avrupa Birliği, bölgesinde yaşayan kişiler için genel bir özgürlük ve adalet alanı yaratmak hedefiyle, özel hukukun tam uyumlaştırılması sürecini işletmektedir. Bu kapsamda Avrupa Ekonomik Topluluğunun Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşmesi ve Avrupa Birliğinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü önem taşımaktadır. Bu metinler tek başlarına bir hukuki metin olarak düşünülmemelidir. Roma sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliğinin ortak pazarda hukuk güvenliğini sağlama amacına hizmet eden programın kapsamındadır. Amaç, ortak pazar bünyesinde ortaya çıkan bir hukuki uyuşmazlığa tüm üye ülke mahkemelerinin aynı hukuku uygulamasını

²⁰⁷ Tiryakioğlu, 95.

²⁰⁸ Veysel Başpınar, “Küreselleşen Dünyada Hukukun Yeknesaklaştırılması Konusunda Karşılaşılan Bazı Problemler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, 442.

sağlamaktır²⁰⁹. Bu hukuki metinler aynı zamanda 5718 sayılı MÖHUK'un tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen 26. maddesinin esin kaynağı olmuştur.

2.2.3.1. 19 Haziran 1980 Tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi

Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran akit tarafların, başlangıçta milletlerarası yetki ve mahkeme kararlarının tenfizi alanında gerçekleştirilen hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları, 1980 yılına gelindiğinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukta yeknesak kurallar oluşturma arzusuna dönüşmüştür. Roma Konvansiyon 19 Haziran 1980 tarihinde Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg tarafından imzalanmıştır²¹⁰. Daha sonra 1981 yılında Danimarka ve İngiltere tarafından imzalanan konvansiyon imzalandığı yer ve zaman sebebiyle “1980 tarihli Roma Konvansiyonu” olarak anılmaktadır²¹¹.

19 Haziran 1980 Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin²¹² 1. maddesi gereğince konvansiyondaki kurallar, sözleşmesel ilişkide, farklı ülkelerin hukukları arasında bir seçim yapılmasını gerektiren her durumda uygulanacaktır. Bu kuralın istisnaları aynı maddenin 2. fıkrasında ayrıntılı olarak sıralanmıştır²¹³. Ancak bir sözleşmenin bütün unsurlarının sadece bir ülke ile irtibatlı

²⁰⁹ Zeynep Derya Tarman, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(2), 2008, 195.

²¹⁰ *Avrupa Ekonomik Topluluğuna sonradan giren devletler katılma konvansiyonları ile Roma Konvansiyonuna ve bu Konvansiyonun yorumu konusunda Adalet Divanı'na yetki veren protokollere taraf olmuştur. 1984 yılında Yunanistan, 1992 yılında İspanya ve Portekiz, 1996 yılında Avusturya, Finlandiya ve İsveç Konvansiyona taraf olmuşlardır.*

²¹¹ Nuray Ekşi, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 17, 1997, 164.

²¹² Sözleşmenin Almanca metni için bkz. REITHMANN, Christoph/ Dieter. *Internationale s Vertragsrecht*. 4. Aufl.. Köln, 21-32.

²¹³ “ 2. Bu kurallar aşağıda sayılan konularda uygulanmaz.

- (a) İşlem güvenliği için 11. Maddede getirilen istisna hariç gerçek kişilerin ehliyeti veya statüsüne ilişkin sorunlar,
- (b) Vasiyetname, miras, evlilik mallarından kaynaklanan mülkiyet haklarına, gayrisahih nesepli çocuğun nafaka borcu da dahil neseplik, evlilik, velayet ve aile hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle ilişkin akdi borçlar,
- (c) Poliçe, bono ve çek ile devredilebilir niteliğinden kaynaklandığı kapsamda diğer kıymetli evraklardan doğan borçlar,
- (d) Tahkim anlaşmaları ve mahkemenin seçimine ilişkin anlaşmalar,

olması durumunda, farklı hukuk sistemlerinin gündeme gelmesi söz konusu olmadığı için konvansiyon bu tür sözleşmelerde uygulanamayacaktır. Bu tür sözleşmelerde tarafların sadece sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları, sözleşmeye milletlerarası bir nitelik kazandırıp kazandırmayacağı, bir başka deyişle seçilen hukuk sistemi ile sözleşmenin diğer bütün unsurlarının yerleştiği hukuk sistemi arasında bir seçim yapma ihtiyacının doğup doğmayacağı Konvansiyonun 3. maddesinin üçüncü fıkrasında açıklanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, tarafların yabancı bir hukuku seçmeleri, seçim anında akit ile ilgili bütün unsurların bir ülke ile irtibatlı olması halinde, bu ülkenin akit ile kendisinden kaçınılması mümkün olmayan kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır. O halde bu sınırlama dışında sadece hukuk seçimi bile sözleşmeye milletlerarası bir vasıf katacak ve bu sözleşme Konvansiyonun uygulama alanına dahil olacaktır²¹⁴.

Yabancı unsur taşıyan tüketici sözleşmeleri de kural olarak taraflarca seçilen hukuka tabidir. Ancak Konvansiyonun 5. maddesi belirli tüketici akitleri için özel hükümler getirmiştir. İlgili düzenlemede seçilen hukukun, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun ona sağlamış olduğu asgari korumayı bertaraf edemeyeceği belirtmektedir. Bu durumda tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ancak, bu hukukun uygulanabilmesi için; sözleşmenin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve akdın kurulması için kendisi tarafından yapılması gereken her şeyi tüketici bu ülkede yapmış olması veya diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış olmalıdır. Sözleşmenin bir satış sözleşmesi olması halinde ise, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olması gerekmektedir. Günümüzde tüketicinin mutad mesken hukukunun, uygun bir bağlama noktası olduğu

-
- (e) Tescil veya diğer bir şekilde kuruluşu, ehliyetleri, iç organizasyonları, tasfiyeleri, organ ve üyelerinin tüzel kişi veya ortaklığın borçlarından kişisel sorumlulukları gibi şirketler ve diğer ortaklıklar ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlara ait hukukun uygulandığı konular,
 - (f) Temsilcinin, temsil olunanı veya şirketin veya ortaklıkların veya tüzel kişiliği olmayan bir kuruluşun organlarının üçüncü kişilerle bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağına ilişkin sorunlar,
 - (g) Trust kuruluşu, kurucular ile yararlananlar arasındaki ilişkiler,
 - (h) 14. Madde saklı kalmak kaydıyla delil ve muhakeme.”

²¹⁴ Tiryakioğlu, 137.

kabul edilmektedir²¹⁵. Konvansiyonun 5. maddesinde de bu eğilim doğrultusunda hareket edilmiştir.

2.2.3.2. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü

Avrupa Birliği Hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, 1980 Tarihli Roma Konvansiyonunda yer almaktaydı. Avrupa Komisyonu, 2003 yılında yayınladığı Yeşil Kitap²¹⁶ ile Konvansiyonun güncel gelişmelere uyarlanması gerektiği iradesini ortaya koymuştur. Ardından Komisyon tarafından bu doğrultuda Tüzük teklifi hazırlanmıştır. Tekliften üç yıl sonra ise 17 Haziran 2008 Tarihli 593/2008 Numaralı Roma I Tüzüğü kabul edilmiştir²¹⁷. Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliği içinde, birden fazla ülke ile ilişkili sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleme amacı taşımaktadır. Tüzüğün 3. maddesinde taraflarca yapılacak hukuk seçimi; 4. maddesinde ise hukuk seçimi yapılmadığında sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti ele alınmıştır²¹⁸. Tüzük’ün amacı kanunlar ihtilafı alanında sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuku birleştirmek olup, AB üye ülkelerinde uygulanması zorunlu bir kanuni düzenlemedir²¹⁹.

1980 Roma Konvansiyonunun 3/3. maddesi ile Roma I Tüzüğü’nün 3/3. ve 3/4. maddeleri ile taraflarca yapılan hukuk seçimiyle akdin yabancı karakterli hâle gelebileceği ortaya konulmuştur. Ancak, her iki düzenlemede de sözleşmenin diğer tüm unsurlarının başka bir ülke hukuku ile bağlantılı olduğu durumlarda, bu ülke hukukunun

²¹⁵ Güngör, Düşünsel Temeller, 121.

²¹⁶ Avrupa Komisyonu tarafından belirlenen konularda yayımlanan ve konunun tartışılması amacını taşıyan dokümanlara yeşil kitap denilmektedir. Amacı bütün tarafların fikir üretmesini sağlayarak konuyu olgunlaştırmaktır. Mevcut politikalar açısından uyulması zorunlu bir belge olmamakla birlikte gelecekteki politikaların oluşumu sürecinde önemli bir basamaktır. (https://www.ab.gov.tr/files/rehber/10_rehber.)

²¹⁷ Roma I Tüzüğü’nün tam metni için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:en:PD> (Erişim Tarihi: 21.03.2023)

²¹⁸ Aslı Bayata Candaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1) 2011, 112.

²¹⁹ Avrupa Birliği hukukunda tüzüklerin hukuki kaynak olarak etkileri ve AB hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları için bkz. Günseli Öztekin Gelgel, *Akit dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta Basım, İstanbul 2006, 12.

emredici hükümlerinin uygulanmasının, tarafların seçtikleri ülke hukuku tarafından engellenemeyeceği düzenlenmektedir²²⁰.

Hukuk seçimi serbestisinin kapsamı yönünden bakıldığında ise; bir devlet hukukunun taraflarca seçilmesinin haricinde, belli bir kısım hukuk kuralının sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca seçilebilmesi Roma I Tüzüğü uyarınca mümkün olmamaktadır. Tüzüğün 3. maddesi her ne kadar bu konuda açık bir engelleyici hüküm içermese de, doktrinde, tüzüğün yasallaşma süreci göz önüne alındığında, bir devlet hukuku dışında bir hukukun sözleşmeye uygulanmak için taraflarca seçilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varılmaktadır²²¹. Konvansiyondan tüzüğe geçiş aşamasında Avrupa Komisyonu, uluslararası alanda kabul görmüş bir takım hukuki metinlere seçim imkânı tanımak istemiş fakat ortaya çıkabilecek muğlaklık nedeniyle sonuç olarak kabul edilmemiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki, tarafların sözleşmeye dâhil etmek kaydıyla devlet hukuku dışında bir yere ya da uluslararası bir metne atıf yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Tüzükte, sözleşme ile hukuk seçiminin açıkça veya sözleşme metni ya da somut olay koşullarından kesin şekilde anlaşılma koşulu ile zımni hukuk seçimi yapılabileceği belirtilmiştir. Bu şekilde Roma Sözleşmesinin ilgili hükmünde geçen “sözleşmenin hükümleri ve dava koşulları” ifadeleri tekrar edildikten sonra, hukuk seçiminin mevcut olduğuna dair bu verilerden elde edilen sonucun makul kesinlikten öte “açık” olması gerektiği yönünde bir değişikliğe gidilmiştir²²². Yine Konvansiyona paralel olarak tarafların, seçtikleri hukuk ile tüketicinin mutad mesken hukukuna ait emredici hükümler uyarınca sağlanan asgari koruma hükümlerini bertaraf etmedikleri sürece açık veya zımni hukuk seçimi yapmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.

²²⁰ Konvansiyon ve Tüzüğün anılan maddeleri kapsamında izin verilen hukuk seçiminin, kanunlar ihtilâfi anlamında hukuk seçimi sayılamayacağı, akdin objektif olarak yabancı unsur içermediği takdirde artık hukuk seçiminin değil seçilen hukuk kurallarının sözleşmenin içeriğine eklenmiş (incorporation) olduğu hakkında görüş için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2010, 30(1-2),

1980 Roma Konvansiyonu anılan maddesi kapsamında, tamamen iç hukuka dair bir akdin tarafların hukuk seçimi ile yabancı unsurlu hâle getirilebileceği hakkında karşı görüş için bkz. Musa Aygül “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, 9(3-4).

²²¹ Zeynep Derya Tarman, *Avrupa Birliği Kanunlar İhtilaf Kuralları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, 380.

²²² Canyaş, 114.

Taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde uygulanacak hukukun belirlenmesi Roma I Tüzüğü'nün 4. ve 5. maddesine göre yapılacaktır. Uygulamada sık karşılaşılan sözleşme türleri 4. maddede ayrıca düzenlenmiş, ardından 4. maddede sayılmayan sözleşmeler için ise karakteristik edim teorisinden faydalanılarak Türk hukukuna benzer şekilde daha sıkı ilişkili hukuk ve en sıkı ilişkili hukuk şeklindeki objektif bağlama noktalarına yer verilmiştir²²³.

Ayrıca Roma I Tüzüğünde yer alan doğrudan uygulanan kurallara değinmek gerekmektedir. Tüzüğün getirdiği önemli bir yenilik, doğrudan uygulanan kural kavramının tanımının yapılmış olmasıdır. 9. maddede, devletin sosyal, ekonomik ve siyasi düzenini korumak amacına hizmet eden ve uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulanması gereken kurallar doğrudan uygulanan kurallar şeklinde tanımlanmıştır. Seçilen veya yetkili yabancı hukukun tatbik edildiği hallerde, düzenlemenin amacı ve uygulama alanı açısından hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giren hususlarda o hukuk uygulanır²²⁴.

2.2.4. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Kullanılacak Yöntemler

Yabancı unsur taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuk tayin edilirken menfaat teorisi kapsamında belirlenen menfaatlerden hareketle, taraf iradeleri ve diğer sosyal mülahazalar dikkate alınarak çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemleri, taraf menfaatlerine ağırlık vererek sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesini öngören subjektif teori ve taraf menfaatlerinin yanında ve hatta somut olayın özelliğine göre taraf menfaatlerinden daha çok diğer milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin göz önünde tutulmasını öngören objektif teori olarak iki ana başlık altında toplamak mümkündür²²⁵.

2.2.4.1. Subjektif Yöntem

Tarafların somut menfaatlerinin araştırılmasına yönelmiş olan bu yöntem ticari sözleşmeler bakımından önem taşımaktadır. Hiçbir ülke hukukunda, ticari sözleşmelerde

²²³ Kazım Çınar, *Yabancılık Unsuru İçeren Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016, 105.

²²⁴ Zeynep Derya Tarman, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", *BATİDER*, 25(2), 2009, 325.

²²⁵ Tiryakioğlu, 17.

taraf iradesi reddedilerek doğrudan başkaca menfaatlere hizmet edilemez. Sübjektif yöntem, örtülü hukuk seçiminin mevcut olduğu durumlar ve hukuk seçimine ilişkin hiçbir iradenin ortaya konulmamış olduğu hallerde kullanım imkânına sahip olmaktadır²²⁶. Örneğin, taraflardan birinin iş yerinde ve tarafların huzurunda sözleşmenin müzakere edilmesi halinde, tarafların sözleşmenin müzakere edildiği yer hukukunun uygulanmasını istediklerinin düşünülmesi sübjektif yöntemin uygulanması demektir. Özel hukuk kapsamında kalan hukuki ilişkilere hâkim olan irade serbestisi prensibi yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde de kabul edilmiştir. Ancak bu sözleşmelerde zayıf konumda olduğu kabul edilen tüketicinin korunması esas alınmaktadır.

Örtülü hukuk seçiminde, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin karşılıklı iradeleri mevcut olmakla birlikte bu iradeler açıkça ortaya konulmamaktadır. Çalışkan²²⁷, örtülü hukuk seçiminin tüketici sözleşmelerinde niteliği gereği kabul edilmemesi gerektiğini, zira bu halde tüketicinin korunması ilkesine aykırı hareket edileceğini belirtmektedir. Can /Toker²²⁸ ise, bu konuda özel bir düzenleme olmadığından örtülü hukuk seçiminin kabul edilebileceği görüşündedir. Pürselim²²⁹ ise, yeni bir bakış açısı getirerek tüketici sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimi mevcut olması halinde bu hukukun doğrudan reddedilmemesi gerektiği, örtülü hukuk seçiminin tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumadan daha iyi bir koruma sağladığı durumlarda zımnen seçilen hukukun tüketici sözleşmelerine uygulanabileceğini ifade etmektedir.

2.2.4.2. Objektif Yöntem

Objektif yöntem, tek başına tarafların niyetine göre ya da o niyetin yorumlanmasına göre uygulanacak hukukun belirlenmesini reddetmekte, tarafların niyeti dışında diğer unsurlar göz önünde tutularak akde uygulanacak en uygun hukuku belirlemeyi amaçlamaktadır. Özellikle, akdin zayıf tarafının ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasını gerektiren durumlar söz konusu olduğunda objektif yöntemin kullanılması

²²⁶ Tiryakioğlu, 17.

²²⁷ Çalışkan, 41.

²²⁸ Hacı Can, Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, 298.

²²⁹ Hatice Selin Pürselim, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, 84.

suretiyle akit ile en sıkı ilişkiye sahip ülke hukuku veya karakteristik edimin ifa edileceği yer hukukunun uygulanma imkânı doğmaktadır²³⁰.

Hukuk seçiminin sınırsız olarak kabul edildiği bazı akitlerde dahi taraf iradeleri sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek açıklıkta olmayabilir. Hatta tarafların, uygulanacak hukuk yönünden anlaşmazlık yaşamaları nedeniyle bu konuda sözleşmede bir düzenleme yapamamış olma ihtimalleri de bulunmaktadır. Böyle bir durumda tarafların menfaatlerinin onları hangi hukuku seçmeye yönelteceği doğal olarak belli değildir. İşte bu gibi durumlarda taraf menfaatlerine karşılık diğer menfaatlerini araştırmanın, yani objektif bir yöntem ile uygulanacak hukukun belirlenmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir²³¹. Sübjektif yöntemde taraf menfaatleri uygulanacak hukukun belirlenmesinde tek başına nazara alınan bir menfaat kategorisi olma özelliğini kazanabilirken, objektif yöntemde uygulanacak hukukun belirlenmesinde sözleşmenin özelliğine göre taraf menfaatlerinden daha fazla diğer milletlerarası özel hukuk menfaatleri göz önünde tutulabilmektedir.

2.3. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

19. yüzyıldan itibaren Avrupa hukuk düzenlerine hakim olan ve liberal hukuk felsefesinin de esasını oluşturan irade özerkliği ilkesine göre taraflar, aralarındaki akdi ilişkilerde istedikleri hukuku seçebilme özgürlüğüne sahiptirler. Fakat taraflara birbirleriyle olan hukuki ilişkilerinde özgür iradeleri doğrultusunda düzenleme serbestisi tanıyan liberal hukuk anlayışı, taraflar arasında sosyal ve ekonomik açıdan dengesizliklerin bulunduğu bazı durumlarda yetersiz kalmaya başlamıştır²³². Mal ve hizmet arzındaki artış, tüketicinin kıyas yaparak kendisi için daha uygun olanı seçmesini imkansızlaştırmıştır. Liberal devlet modelinden sosyal devlet modeline geçilmesiyle birlikte sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla sözleşme özgürlüğüne farklı sınırlamalar getirilmeye başlamıştır²³³. Sosyal devlete geçişin devamı olarak yapılan bu değişiklikler kanunlara yansımıştır. Milletlerarası özel hukuka ilişkin diğer devletlerin

²³⁰ Doğan, 166.

²³¹ Tiryakioğlu, 18.

²³² Atamer, 423.

²³³ Doğan, 153.

düzenlemeleri ve özellikle Avrupa Birliği sözleşmeleri, tüzükleri ve kanunları incelendiğinde bazı sözleşme çeşitlerinde uygulanacak olan hukuk açısından farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Sözleşmenin niteliği ve tüketici tarafın sözleşme ilişkisinde zayıf taraf olmasından dolayı tüketicinin korunması gereği tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu özel olarak düzenlenmektedir.

Türk milletlerarası özel hukukunda, 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 12.12.2007 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda 2675 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, 2675 sayılı Kanunun 24. maddesinde genel bir şekilde düzenlenmiş olup özel kurallara yer verilmemişti. 5718 Sayılı MÖHUK, içerik olarak da en fazla değişikliği, yürürlükten kaldırdığı 2675 Sayılı Kanunun sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinde gerçekleştirmiştir²³⁴. 5718 sayılı Kanunda, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda genel bağlama kuralı olan 24. madde yerini korurken, tüketici sözleşmeleri 26. maddede özel bağlama kurallarına tabi olarak düzenlenmiştir²³⁵. Her iki kanunda da madde numarası 24 olan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama kurallarında 5718 sayılı MÖHUK, 2675 Sayılı Kanuna nazaran sözleşme taraflarına hukuk seçimi konusunda iradelerini ifade etme konusunda daha fazla irade serbestisi tanımış ve hukuk seçimi yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan objektif kurallar bu kanunla birlikte değiştirilmiştir. Bu değişikliklerde doktrinsel eleştirilerin ve Avrupa Birliği (AB)' nin konuya ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması gereğinin payı büyüktür. Bizim de kanun yapım çalışmaları sırasında esinlendiğimiz hatta bazen aynen madde olarak kullandığımız Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu ayrı bir örnek taşımaktadır. Avrupa Birliğinde sözleşmelere ilişkin hukuk büyük ölçüde Roma I Tüzüğü uyarınca şekilleniyor olsa da, MÖHUK 24. maddenin çoğunlukla esinlendiği uluslararası kaynak Roma Konvansiyonu'dur²³⁶.

²³⁴ Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler 25. maddede, tüketici sözleşmeleri 26. maddede, iş sözleşmeleri 27. maddede, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler 28. Maddede ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler ise 29. maddede özel bağlama kurallarına tabi kılınmıştır.

²³⁵ Çalışkan,27.

²³⁶ Ali Gümrah Toker, "5718 Sayılı Möhuk'ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler", *İzmir Barosu Dergisi*, 81(3), 2016, 23.

Milletlerarası özel hukukta bir uyuşmazlık, Türk mahkemesinin önüne geldiğinde hâkim, MÖHUK 1. madde uyarınca ilk önce taraflar arasında ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığını ve özel hukuka ilişkin olduğunu saptadıktan sonra uyuşmazlık konusunu tespit edebilmek için hukukî nitelendirme (vasıflandırma) yapmalıdır.²³⁷ Hâkim, taraflar arasındaki ilişkinin, yabancılık unsuru taşıdığı, özel hukuka ilişkin olduğu ve yaptığı vasıflandırma neticesinde tüketici sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi olduğuna kanaat getirirse, taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit etmelidir. Bu nedenle tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuka geçmeden yabancılık unsuru ve vasıflandırma kavramlarının açıklanmasının yararlı olacağını düşünmekteyiz.

2.3.1. Yabancılık Unsurunun Tespiti

Çalışmamızın konusu, yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk olduğu için yabancı unsurlu hukuki işlem ifadesi ile hangi niteliklere sahip hukuki işlemlerin kastedildiği önem taşımaktadır. Bu bağlamda, kanunlar ihtilafı hukukunun doğumunun ana nedeni yabancılık unsurudur. Yabancılık unsuru, kanunlar ihtilafı hukuku kapsamına girecek hukuki işlemin doğabilmesi için aranacak ilk ve en önemli unsurdur. MÖHUK 1. madde hükmü ile de açıkça ifade edildiği üzere, bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için yabancılık unsuru içermesi şarttır.

Tüketici sözleşmelerinde yabancılık unsurunun varlığının her somut uyuşmazlığın çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir birlikte, yabancılık unsuru diğer sözleşme tiplerinden ayrılan bir özellik göstermemektedir. Sözleşme taraflarının birinin yabancı olması, tüketicinin mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, satıcı/sağlayıcının işyerinin yabancı bir ülkede bulunması, sözleşmeye konu olan eşyanın yabancı bir ülkede olması, sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı bir devlette bulunması gibi durumlarda tüketici sözleşmeleri yabancı unsurlu kabul edilmelidir.²³⁸

5718 sayılı MÖHUK'ta, özel hukuk ilişkilerine yabancılık unsuru katan kriterler, tahdidi olarak sayılmamış olmakla, bu kavramın tanımı ve kapsamı doktrin ve içtihata

²³⁷ Tiryakioğlu, 211.

²³⁸ Özçelik, 841.

bırakılmıştır²³⁹. Doktrinde, yabancılık unsuru, bir hukuki ilişkinin, yargı organlarına başvurulmuş ülkede uygulanan hukuktan başka diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan bağlantısı şeklinde ifade edilmektedir²⁴⁰. Doktrinde yer bulan diğer bir görüşe göre, *“bir hukuki olay veya ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir veya birkaçının birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesine neden olan unsur”* yabancılık unsurudur²⁴¹.

Yabancılık unsuru barındıran hukuki işlemler ve uyuşmazlıklar için uygulanabilir hukuku belirleyen kurallara ise, kanunlar ihtilafı kuralları denilmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının temel özelliği ise, yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde uygulanacak hukuku özel olarak düzenlemeyip o sözleşmede uygulanacak olan maddi hukuku göstermesidir. Hukuki işlemlerle irtibatlı hukuk düzenleri, bu işlemlerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde söz sahibi olmak istemekte ve bu nedenle, karşı karşıya gelmektedirler. Tam bu esnada devreye kanunlar ihtilafı kuralları girmektedir²⁴². Bundan dolayı da kanunlar ihtilafı kurallarına bağlama kuralları eklenmiştir.

Kanunlar ihtilafında bağlama kurallarının tespiti yapılarak hukuki işlem belli bir hukuk düzenine tabi olmaktadır. Kanunlar ihtilafı kuralları tarafından incelenen evlenme, ehliyet, haksız fiiller, şekil gibi hukuki işlem, ilişki ve fiilleri belirten konulara ise bağlama konusu denir. Bağlama konusu, hakimin çözümü için getirilmiş olan ve o kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak çözümlenecek olan ve ayrıca yabancılık unsuru

²³⁹ MÖHUK’ da tanımı bulunmayan yabancılık unsuru Milletlerarası Tahkim Kanunu 2. maddesinde ile şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır. 1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması. 7984 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”*

²⁴⁰ Nomer ve Şanlı, 5; Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu, 22; Çelikel ve Erdem, 10; Doğan, 25-27; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, 59 vd.; Mesut Aygün, “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *AÜHFD*, 61(3), Y. 2012, 928; Selahattin Kaya, *Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, 83.

²⁴¹ Doğan, *Milletlerarası Özel*, 7; Aygün, Çek, 929.

²⁴² Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, C: 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), 1028.

barındıran hukuki ihtilafın, yani hayat ilişkisinin kendisi olmaktadır²⁴³. Kanunlar ihtilafı kuralları, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerinin uygun bir maddi veya hukuki unsurunu belirler ve belirlenen bu unsura göre uygulanacak hukuku gösterir. Belirlenecek olan bu maddi veya hukuki unsurlar ise bağlama noktasıdır²⁴⁴. Bağlama noktası, bir yere ulaşmak için kullandığımız araç gibidir. Tüketici sözleşmeleri konusunda uygulanacak hukuku bulmak için kullandığımız araç da sözleşmedeki hukuki ilişkilerdir.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar, yabancı unsuru oluşturan hukuk düzeniyle bağlantılı hale gelir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara doğrudan doğruya davanın açıldığı ülke hukukunu uygulamak, uyuşmazlığa konu hukuki işlemin ve tarafların menfaatleriyle uyuşmayabilir. Bu sebeple yabancı unsurlu sözleşmelerde milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamak için kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukuki olayı veya ilişkiyi hakimnin bulunduğu devletin hukuk düzeni haricinde, en az bir hukuk düzeni ile ilişkili hale getiren unsurdur²⁴⁵. Hukukî olay veya ilişkinin yabancı unsur taşıdığıının kabul edilebilmesi için hukuki olayın yabancı ülke hukuku ile illaki yer bakımından ilişkili olması gerekmez. Hukuki olayın veya ilişkinin yabancı ülke hukukuyla bir şekilde irtibatlı olması yabancı unsurlu olması için yeterlidir²⁴⁶. Örnek vermek gerekirse sözleşme taraflarından birinin yabancı olması da sözleşmede yabancılık unsurunun olduğunu gösterebilir.

Yine sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde yabancılık unsurunun belirlenmesi ile alakalı tespit edilmesi gereken başka bir husus da tek bir hukuk düzenini ilgilendiren bir sözleşmede başkaca bir yabancı unsur bulunmamasına karşın, sözleşme nedeniyle ileride doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmiş olmasının sözleşmeye yabancılık unsuru katıp katmayacağıdır. Bu konuda doktrinde görüş

²⁴³ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 13. Baskı, Vedat yay., İstanbul 2020, 35.

²⁴⁴ Şanlı vd., 27.

²⁴⁵ Ergin Nomer, Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 23. Baskı, İstanbul 2021, 5 vd.; Çelikel ve Erdem, 5 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022, 25-27.

²⁴⁶ Yabancılık unsurunun geniş olarak yorumlandığı tarafların ikametgâhı, vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri gibi sözleşme ile ilgili unsurlardan bir tanesinin yabancı ülke ile ilişkili olması durumunda, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceğinin kabul edildiği görüş(Tekinalp, Bağlama Kuralları, 282; Nomer/Şanlı, 5.) Diğer görüş ise bir sözleşmenin uluslararası ticareti ilgilendirdiği hususu sabitse bu sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olacağı yönündedir. (Çelikel ve Erdem, 256; Kocasakal Özdemir, 116.)

farklılıkları bulunmaktadır²⁴⁷. Bir görüşe göre, hukuk seçimi sadece yabancılık unsuru içeren sözleşmeler açısından mümkündür²⁴⁸. MÖHUK'ta düzenlenen her bir hukuki ilişki açısından yabancılık unsuru ayrıca ele alınmamıştır. Kanunun 1. maddesinde yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerin bu kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir²⁴⁹. Bu nedenle, bir sözleşmeye MÖHUK'un uygulanabilmesi için o sözleşmenin hali hazırda bir yabancılık unsuru içermesi gerekmektedir²⁵⁰. Bir özel hukuk ilişkisinin yabancılık unsuru taşıdığına tespitinden sonra kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gündeme gelmektedir. Bu noktada MÖHUK 24. madde düzenlemesi de bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğuna göre söz konusu bağlama kuralının uygulanabilmesi için sözleşmede objektif bir yabancılık unsurunun bulunması gerektiği savunulmaktadır.

Buna karşılık, doktrinde aksi yöndeki görüş²⁵¹, hukuk seçiminin başlı başına yabancılık unsuru olup olamayacağını sözleşmeler açısından farklı bir şekilde ele almakla, tarafların hukuk seçimi ile yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilmeleri için, sözleşmenin objektif bir yabancı unsuru taşımasına gerek bulunmadığını kabul etmektedir. Zira taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmiş olması durumunda sözleşme kendiliğinden yabancılık unsuru içeren bir hukuki ilişkiye dönüşmektedir. Bu nedenle hukuk seçimi için taraf iradeleri dışında vatandaşlık, mutad mesken gibi başkaca bir yabancılık unsurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, yukarıda açıkladığımız ilk görüş çerçevesinde değerlendirme yapmak kanunun sistematğine daha uygun olacaktır. Buna göre, 24. madde anlamında hukuk seçimine imkân tanınabilmesi için, sözleşmenin, seçilen hukuk dışında, objektif olarak yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir. Bu tartışma kapsamında akla gelen diğer bir soru ise hiçbir devletin hukuk sisteminden kaynaklanmayan bazı kural veya prensiplerin seçilmesinin de hukuk seçimi olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde bu konudaki genel kabul, bu şekilde

²⁴⁷ Sibel Özel, "Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Eskişehir, Nisan 2016, 423.

²⁴⁸ Ziya Akınca, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1992, 12; Cemil Güner, *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 118, 183,

²⁴⁹ Alibaba, 193.

²⁵⁰ Özel, 425; Mustafa Sudan, *Kanunlar İhtilafı Alanında Hukuk Seçimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996, 48.

²⁵¹ Nomer, 320.

bir seçimin 24. madde anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği, tarafların sözleşmelerine koydukları bu tür hükümlerin, söz konusu kural veya prensiplerin sözleşme metnine dâhil edilmesi (*incorporation*) anlamına geleceği yönündedir²⁵².

MÖHUK'un 2. maddesi yargılamayı yapan hakime bazı sorumluluklar yüklemektedir. Burada hakim, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu uyuşmazlıkta Türk kanunlar ihtilafı kurallarını araştırıp uygulamak²⁵³ ve ilgili kanunlar ihtilafı kuralları yabancı bir hukukun uygulanmasını öngörüyorsa ilgili yabancı hukuku uygulamakla resen yükümlüdür. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda hâkim tarafların getirmiş olduğu dava malzemeleriyle yetinmek zorunda değildir; hakim taraflardan bağımsız bir şekilde davayı çözüme kavuşturmak için kendisi de gerekli maddi vakıaları araştırabilir ve kararına esas alabilir. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar, daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanlarının yani irade serbestisinin olmadığı uyuşmazlıklardır²⁵⁴. Hakimin resen uygulama yükümlülüğü hakim açısından olduğu gibi davanın tarafları açısından da hukuki yarar bulunduğu için önemlidir.

Taraflarca getirilme ilkesinin uygulama alanı bulduğu ve yabancılık unsuru barındıran davalarda, hâkimlerin bağlama noktalarını re'sen araştırma ilkesinin getirdiği imkânlarla araştırma fırsatı bulunmamaktadır²⁵⁵. Hâkimin bağlı bulunduğu hukuk sistemi, Türk hukuku gibi kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun re'sen uygulandığı bir hukuk sistemi olsa dahi resen araştırma fırsatı bulunmamakta ve bu sonuç değişmemektedir²⁵⁶. Hakim taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda bağlama noktalarının taraflarca getirildikten sonra davadaki yabancılık unsurunu tespit edebilecektir. Diğer yandan, ister resen araştırma ilkesinin isterse taraflarca getirilme ilkesinin cari olduğu davalarda olsun, uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan ve

²⁵² Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, Ankara 2003, 155- 156; Şanlı, 53-54.

²⁵³ MÖHUK Madde 2 -(1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re 'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.

²⁵⁴ Şanlı vd., 64; Arslan, 77.

²⁵⁵ Erkan, *Yabancı Hukuk*, 546; Nishitani, s. 14; Şanlı vd., 63; Doğan, 206-207.

²⁵⁶ Ergin Nomer, *Davada Yabancı Kanun*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, 54-55.

yabancı hukukun uygulanmasını temin eden bir bağlama noktasının (maddi vakıanın) varlığı ve gerçekleşmiş olduğu konusunda nihai kararı da hakim verecektir²⁵⁷.

Bu sebeple davanın taraflarının yabancılık unsurunu belirlemeleri; hukuki sebep, kanunlar ihtilafı kuralı ve uygulanacak hukukun hükümlerine yönelik davayla ilgili konuları mahkemeye sunmaları yargılamanın yürütülmesi bakımından önem taşımaktadır. Taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı olan re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise hâkim, bağlama noktalarını da re'sen araştırabilme imkanı bulunmakta ve bu şekilde uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırıp barındırmadığını taraflardan bağımsız bir şekilde kendisi araştırarak denetleyebilmektedir. Bundan dolayı öncelikle uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yabancılık unsurunun Kanunda tahdidi olarak belirlenmemesi yerinde olmuştur. Aksi bir düzenleme, yabancılık unsurunun tanımından doğan ruhuna aykırılık yaratırdı²⁵⁸.

Tüketici sözleşmelerinde de yabancılık unsurunun varlığı her somut olay çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle diğer sözleşme tiplerinden ayrılan bir özellik göstermemektedir. Sözleşme taraflarının birinin yabancı olması, tüketicinin mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, satıcı/sağlayıcının işyerinin yabancı bir ülkede bulunması, sözleşmeye konu olan eşyanın yabancı bir ülkede olması, sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı bir devlette bulunması gibi durumlarda tüketici sözleşmeleri açısından yabancılık unsuru olarak kabul edilmelidir²⁵⁹.

2.3.1.1. Yargı Kararlarında Yabancılık Unsuru

Yargı kararlarında yabancılık unsurunu incelerken, Yargıtay'ın yabancı unsur tespiti bakımından vermiş olduğu kararlara bakmamız gerekir. Yüksek Mahkemenin kararlarında yabancılık unsuru, genel olarak kişi ve yer bakımından olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.²⁶⁰

²⁵⁷ Arslan, *Bilirkişinin Rolü*, 318.

²⁵⁸ Nomer, *Yabancı Kanun*, 51; Şanlı vd., 65; Arslan, *Bilirkişinin Rolü*, 77.

²⁵⁹ Özçelik, 841.

²⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 tarih E. 1989/10-316, K. 1989/411 sayılı kararında; "... İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde yapmış olduğumuz detaylı araştırmalarda MÖHUK 26. maddenin tatbik edildiği emsal istinaf ve temyiz kararlarının sayısının oldukça düşük olduğu tespit edilmiştir. Yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının Yargıtay tarafından resen incelenmesi gerekip gerekmediği konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yargıtay'ın görevinin sadece millî hukukun gelişimini ve ülkede hukuk birliğini sağlamak olduğu görüşüne göre²⁶¹, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz mahkemesince denetlenememektedir. Diğer görüşe göre, Türk mahkemelerinin 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygulaması gerekmektedir²⁶². Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, Yargıtay hukuka uygunluk denetimi yaparken, hukuk birliğini sağlamak ve vak'a hakkaniyetine hizmet etmekle yükümlüdür. Bu nedenle yabancı hukukun uygulanmasının Yargıtay'ın denetimine tâbi olduğu kabul edilmektedir²⁶³.

İlk derece mahkemelerinin yabancılık unsurunu tespit edememesi veya yabancı hukuku uygulamaktan kaçınmak için yabancılık unsurunu görmezden gelmesi sebebiyle aslında kanunlar ihtilafı hukuku kapsamında kalması gereken birçok uyuşmazlık kapsam dışına itilmektedir. Bu nedenle kısıtlı sayıdaki yabancılık unsurunun tespiti açısından emsal kararları incelemek faydalı olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, yabancılık unsuru ile ilgili bir kararında “... *Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya ikisinin birlikte yabancı olması veya sözleşmenin yapıldığı yerin veya icra edilen yerinin yabancı ülke olması veya sözleşme konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gerekmektedir...*”²⁶⁴ şeklinde belirleme yapılmıştır. Burada borç ilişkisinden doğan bir hukuki ilişkide yabancı unsurun nelerden doğduğu belirtilmiştir. Kararda belirtildiği gibi, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması

tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir...” şeklinde belirtilmiştir.

²⁶¹ Tuğçe Nimet Yaşar, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 33(2), 2016, 108.

²⁶² Yargıtay 8. HD. 2010/5330 Esas, 2011/3103 Karar, T. 26.05.2011 : “...ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, tarafların millî hukuku göz ardı edilerek Türk Medenî Kanunu'na göre yapılan inceleme sonucu hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır.”

²⁶³ Nomer, 132; Çelikel ve Erdem, 179.

²⁶⁴ Yargıtay HGK, 1998/12 -287 Esas, 1998/325 Karar, T. 06.05.1998.

veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akit konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi birçok unsurun hakim tarafından incelenerek yabancı unsurun yer aldığı hukuk düzenini bulması gereklidir.

Yargıtay 2. HD'nin 19.01.2012 tarihli kararında “...*davalı annenin ve evlat edinilmek istenilen küçüğün Türkmenistan vatandaşı oldukları anlaşılmıştır ve dava, kişi bakımından yabancılık unsuru içermektedir...*” ifadesi yer almaktadır²⁶⁵. Burada yabancılık unsuru önceki karardan farklı olarak kişinin vatandaşı olduğu ülke olarak karşımıza çıkmaktadır. Davada hakimin resen kişinin vatandaşı olduğu hukuk düzeninin kanunlar ihtilafı emredici kurallarıyla bağlantılı olarak incelemesini yapması gereklidir.

Yargıtay 11. HD'nin 07.10.2020 tarihli kararında²⁶⁶ ise taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmelerinden kaynaklı alacağın, kefalet sözleşmesi kapsamında davalıdan tahsili istemi davasında sözleşmede açıkça davalının yurtdışı adresi bulunduğu yazmaktadır. Yargıtay bozma kararında MÖHUK 24. maddeyi açıklayıp “İşbu davanın konusu olayda, davacı olan şirketin Almanya'da kurulmuş olduğu, davalı tarafında yurtdışında ikametini sürdürdüğü, sözleşmenin Köln/Almanya'da imzalandığı, taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmamış olduğu anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağının 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” diyerek hakimin resen yabancı unsurlu sözleşmede uygulanacak ülke hukukunu tespit etmesini beklemiştir ve kararı bozmuştur.

Yargıtay 13. HD'nin 27.06.2007 tarihli kararında²⁶⁷, davalı Türk vatandaşının İsviçre'de çalıştığı sırada davacı banka ile tüketici kredi sözleşmesi imzaladığı, borcun bir kısmının ödenmesine karşın büyük bir bölümünün ödenmediği, bunun üzerine açılan icra takibine itirazın iptali konulu davada, davacının yabancı olması nedeniyle uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı, davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğini, sözleşmenin 12.maddesi uyarınca taraflar arasındaki uyuşmazlıkta İsviçre

²⁶⁵ Yargıtay 2. HD. 2010/14140 Esas, 2012/615 Karar, T. 19.01.2012.

²⁶⁶ Yargıtay 11. HD. 2019/83 Esas, 2020/3914 Karar, T. 07.10.2020.

²⁶⁷ Yargıtay 13. HD. 2007/4309 Esas, 2007/9209 Karar, T. 27.06.2007.

Hukukunun uygulanacağını kararlaştırdıklarına ilişkin tespitler yapılmıştır. Yüksek Mahkeme kararında, bu tür yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda 2675 sayılı Kanun hükümlerinin dikkate alınması gerektiği, anılan kanunun 1.maddesi ile kanunun kapsamının belirlendiği, 2.maddesinde ise; "Hakim, Türk kanunlar ihtilaf kurallarına ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular. Hakim, yetkili yabancı hukuk muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir." hükmünün yer aldığı ifade edilmiştir. Aynı Kanunun 24/1.maddesi gereğince sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabi olacağı belirtilerek somut olayda; sözleşmenin 12.maddesi uyarınca taraflar arasındaki uyuşmazlıkta İsviçre Hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olmakla, 2675 sayılı yasanın anılan hükümleri gözetilerek, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri varsa tespit edilerek, gerekirse tarafların yardımı da istenerek tespit edilen düzenlemelerde Türk kamu düzenine aykırılığın bulunup bulunmadığının dikkate alınması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekçeleriyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 6. HD'nin 27.11.2023 tarihli kararında²⁶⁸, davacı Türk vatandaşının, İstanbul'da düzenlenen tekne fuarında Fransız bir şirketin ürettiği tekne hakkında bilgi aldığı ve akabinde tekneyi satın aldığı anlaşılmıştır. Teknenin 30.05.2017 tarihinde teslim edilecek şekilde üretiminin yapılmak üzere tarafların anlaşmaya vardığı, davacı tarafın 02.11.2015 tarihinde 169.500,00 Euro'luk ilk ödemeyi yaptığı, ancak üretilen teknenin başta taahhüt edilen süratte gidemediği tespit edilmiştir. Bu nedenle bedel iadesi talep edilen davada, davalı şirketin Fransa'da olduğu, taraflarca sipariş formunda açık bir hukuk seçimi yapılmadığı, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye MÖHUK 26/2. maddesinin uygulanmasının yerinde olduğunu tespit etmiştir.

Konumuz gereği tüketici sözleşmelerinde karşımıza çıkabilecek yabancılık unsurunun tespiti açısından emsal karar niteliğindeki bir yargı kararımız daha şöyledir; Yargıtay 13. HD'nin 26.11.2018 tarihli kararında²⁶⁹, taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılamasında davacı, kendisi ve çocukları adına yaptırdığı paket turdaki kaldıkları otelin, otel odasının vaat edilen gibi olamadığına, paket tur kapsamındaki rehberlik hizmetinin yetersiz olduğuna ve yemekler konusunda da vaatlerin yerine getirilmediğine dair iddialarıyla davalı şirkete karşı hayal kırıklığına uğradığına

²⁶⁸ Yargıtay 6. HD. 2022/4525 Esas, 2023/3918 Karar, T. 27.11.2023.

²⁶⁹ Yargıtay 13. HD. 2018/5966 Esas, 2018/11190 Karar, T. 26.11.2018.

dair tazminat davası açmıştır. Davalı tarafta davacının iddialarının mesnetsiz olduğunu, paket tur içeriğinin eksiksiz yerine getirildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Bu davanın konusu, ayıplı hizmetten kaynaklanan bedel indirimi ve manevi tazminat istemidir. Davacı, konakladıkları otellerden bir tanesinin paket tur sahibi şirket tarafından 4 yıldızlı olarak ifade edilmesine rağmen davacıların başka bir acenteye görüştüklerinde bu otel 3 yıldızlı kategorisine dahil ettiğine dair iddia ileri sürmüştür. Burada bizim asıl konumuz olan yabancılık unsuru, “Tarafların arasındaki hukuki ilişkilerde yabancılık unsuru bulunmadığına ve otellerin özelliklerinin yıldız olarak karşılığının ülkeden ülkeye değiştiği belirtildiğine göre otelin özelliklerine bakılarak yıldız değerlendirmesinin Türk hukukuna göre yapılması gerekir.” denilerek mahkeme kararında işlenmiştir. Kanaatimizce, Yüksek Mahkemenin bu kararı yerinde değildir. Şöyle ki, somut olayda davacı kişi, davalı şirkete paket turun ücretini bedelini peşin olarak 8.988 Euro olarak ödemiştir. Davacının kaldıkları otel yabancı bir ülkede olup ismi ve internet sitesi yabancı dildedir. Bu sebeple olayımızda birçok yabancı unsur bulunmaktadır. Fakat sonuç olarak, tüketicuyu korumak amacıyla uyuşmazlıktaki değerlendirmenin Türk hukukuna göre yapılması yerinde olmuştur.

2.3.2. Vasıflandırma

Vasıflandırma, kanunlar ihtilafı kuralları yorumlanırken bağlama konusunu veya bağlama kuralı noktasını oluşturan kavramlardan doğabilecek anlaşmazlıklar çözümlenirken söz konusu anlaşmazlık oluşturabilecek kavramlar için yapılan yoruma denir²⁷⁰. Yabancılık unsurunun tespiti yapıldıktan sonra hâkim, vasıflandırma yoluyla önündeki uyuşmazlıklara MÖHUK’un hangi maddesinin uygulanabileceğini tespit edecektir²⁷¹. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku tespit etmek için kullanılacak kavramlar, sözleşmeyle ilişkili hukuk sistemlerinde aynı anlamı ifade ettiğinde vasıflandırmayla ilgili bir sorunla karşılaşılmamakta, ancak yargılamayı yapan mahkemenin hukuku ile olayla bağlantılı yabancı hukukta bu kavramlara farklı anlamlar yüklendiği zaman vasıflandırma sorunu ortaya çıkmaktadır²⁷². Vasıflandırma sorunu, hem bağlama konuları hem de bağlama noktaları yönünden çıkabilir. Vasıflandırma

²⁷⁰ Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 40.

²⁷¹ Nomer, 102; Doğan, 181-182; Şanlı vd., 47-50.

²⁷² Çelikel ve Erdem, 75; Şanlı vd., 50.

sorunlarının çözüm yöntemi kanunda düzenlenmemiştir. Bu konuda temel olarak ileri sürülen yöntemler, *lex fori*, *lex causae* ve bağımsız çözüm yöntemleridir²⁷³.

Vasıflandırma sorunlarının çözümünde kullanılan en yaygın yöntem *lex fori*(hakimin hukuku) yöntemidir. Bu yöntemde Türk mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıkta hakim Türk maddi hukukuna göre vasıflandırma yapacaktır. Kanun koyucunun hukuki kavramları nitelendirirken kendi hukukundaki anlamlarından yola çıktığı hususu dikkate alındığında bu yöntemin uyuşmazlığı çözecek hakime kolaylık sağlayacağı sonucuna varılabilir. Ancak hakimin hukukunda, somut uyuşmazlığa ilişkin bir düzenleme olmadığında bu yöntem yetersiz kalacaktır²⁷⁴.

Diğer yöntem olan *lex causae*(hüküm statüsü) vasıflandırmaya göre ise, vasıflandırma esasa uygulanacak hukuka göre yapılacak, ilgili hukuk meseleyi hangi kategoriye tabi tutmakta ise, bu kategori esas alınacaktır. Ancak bu yöntemde hakimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmadan hangi yabancı hukukun kurallarının uygulanacağı konusunda belirsizlik doğmaktadır²⁷⁵.

Günümüzde tek bir vasıflandırma hukukundan vazgeçilerek vasıflandırma sorununun, her uyuşmazlığın kendine özgü koşullarına göre halledilmesi görüşü benimsenmeye başlamıştır²⁷⁶. Bağımsız vasıflandırma olarak adlandırılan bu yöntemde vasıflandırmanın yapılmasında ilgili kavrama yüklenen anlamlar karşılaştırmalı hukuk analizi yapılarak tespit edilmektedir. Ancak, Türk mahkemeleri ve doktrininin, Kıta Avrupası hukukundaki genel eğilime paralel olarak *lex fori* yöntemini kullandığı görülmektedir²⁷⁷.

Tüketici sözleşmeleri yönünden konuyu ele aldığımızda, MÖHUK 26. maddede bazı tüketici sözleşmelerine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmaktadır, yabancılık unsuru içeren bir tüketici sözleşmesine bu madde hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sözleşmenin vasıflandırılması ile tespit edilebilecektir. Vasıflandırmanın kural olarak *lex fori* uyarınca yapılması kabul edilmektedir²⁷⁸. Türk

²⁷³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*,102; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 37.

²⁷⁴ Can ve Toker, 76.

²⁷⁵ Salim Serdar Yağcı, “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma”, *DEÜHFD*, 19-3, 2017, 2641; Can ve Toker, 77.

²⁷⁶ Tiryakioğlu, 84;

²⁷⁷ Yağcı, 2639; Nomer, *Yabancı Kanun*, 51; Şanlı vd., 63.

²⁷⁸ Zeynep Derya Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *Public and Private International Law Bulletin*, 39-1, 2019, 330.

hukukunda tüketici sözleşmelerinin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Bu nedenle vasıflandırmanın lex fori uyarınca yapılması genel itibariyle uygun sonuç vermektedir²⁷⁹. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere, vasıflandırma yönteminin belirlenmesine ilişkin yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, milletlerarası özel hukukun amacını teşkil eden milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerekli kıldığı durumlarda alternatif yöntemlerin tercih edilmesi de mümkündür.

2.3.3. Tüketici Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi için uyuşmazlığa konu tüketici sözleşmesinin yabancı unsurlu olduğu tespit edildikten sonra yapılacak vasıflandırma işlemi ile somut olayın hangi kuralın kapsamına girdiği belirlenmelidir. Bu nedenle, taraflar arasındaki uyuşmazlık Türk mahkemesinin önüne geldiğinde hâkim, Türk hukukuna göre vasıflandırma yaparak ilgili uyuşmazlığın MÖHUK'un hangi maddesi kapsamında değerlendirileceğini tespit etmelidir. Bu aşamada tarafların arasındaki uyuşmazlığın tüketici sözleşmesinden doğduğu anlaşılırsa, MÖHUK'un sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku belirleyen maddesini tespit etmek gerekecektir²⁸⁰.

MÖHUK'un "Tüketici Sözleşmeleri" başlıklı 26. maddesi tüm tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Bu nedenle, uygulanacak hukuk tespit edilirken hakim uyuşmazlık konusu tüketici sözleşmesinin 26.madde kapsamına girip girmediğini belirlemelidir. Mevcut uyuşmazlığın doğduğu tüketici sözleşmesi, 26.madde kapsamında ise, uygulanacak hukuk bu maddeye göre; aksi halde uygulanacak hukuk, genel kural olan 24. maddeye göre belirlenecektir.

MÖHUK'un 24. maddesinin 1. fıkrası uyarınca genel kural olarak taraflara tanınmış olan hukuk seçimi, 26. maddesinin 1. fıkrası uyarınca taraflara tanınmış olan hukuk seçiminden farklı düzenlenmiştir. 24. madde uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açıkça seçtikleri hukuka tabidir. Fakat taraflar hukuk seçimi yapmamışsa sözleşmeye hangi hukuk uygulanacak olursa olsun, uygulanacak hukukun bütün emredici kuralları tatbik edilmek suretiyle akit statüsü belirlenecektir. Bununla

²⁷⁹ Genel kural dışında vasıflandırma teorileri için bkz. Tuğrul Ansay, "İkametgâhın Tayininden Doğan Kanunlar İhtilafı", *AÜHFD*, X(1-4), 1953, 677; Şanlı vd., 44; Nomer, 99; Rona Aybay, Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2008, 136; Doğan, 178; Çelikel ve Erdem, 77; Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu, 35

²⁸⁰ Nomer, 95; Tekinalp ve Çavuşoğlu, 34; Gümrah, 16.

birlikte, tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda hukuk seçimi tüketici lehine kanunumuzca sınırlanmıştır²⁸¹.

Kanunumuzda “ yararlılık ilkesi bakımından sınırlama ”²⁸² olarak adlandırılan çözüm şekli, tüketiciyi korumaya yönelik bir sınırlamadır. Yararlılık ilkesi bakımından sınırlama, taraflara seçecekleri hukuk bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Akit tarafları, sözleşmeyle bağlantılı olup olmamasına bakılmaksızın istedikleri ülkenin hukukunu seçebilme özgürlüğüne sahiptirler. Buna karşılık, akit taraflarının seçmiş oldukları ülkenin hukuku tüketiciye, objektif statünün sağladığı emredici kurallardan daha az bir koruma sağlayamaz. Bundan dolayı, tüketici sözleşmelerine öncelikle tüketicinin mutad meskeni hukukunun belirlediği asgari koruma uygulama alanı bulunacaktır. Seçilen hukuk, mutad meskeni hukukunun belirlediği asgari korumadan daha geride kalıyor ise, tarafların hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen, mutad mesken hukukunun tüketiciyi koruyucu hükümleri uygulanacaktır.²⁸³

Tüketicinin, sözleşmelerdeki asgari korunma düzeyi de mutad meskeninin olduğu ülke hukukunun emredici kurallarından oluşmaktadır. Burada amaç, tüketiciyi korumak ve mutad meskeninin emredici kurallarının alt düzeyinde muamele görmesini engellemektir. Hakim, değerlendirme yaparken aklı başında, makul bir insan aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih ederdi ise bunu hesaba alacaktır²⁸⁴. Seçilen hukukun, mutad mesken hukukunun belirlediği asgari korumanın altında kalıp kalmadığı hususunun tespit edilebilmesi için mutad mesken hukuku ve taraflarca seçilen hukukun mukayese yapılacak düzeyde bilinmesi veya öğrenilmesi gerekmektedir. Bu noktada hakimin bilirkişi incelemesi, uzman görüşü veya taraflardan açıklama yapılmasını istemesi gibi çeşitli yolları işleterek asgari korumanın ihlal edilip edilmediği tespit etmesi gerekmektedir. Ancak bilirkişilik kurumu, uygulamada sürekli karşılaşılan ve sadece ulusal mevzuat kapsamındaki uyuşmazlıklarda dahi istenen etkinlikten uzaktır. Uyuşmazlığın tarafı olan kişi ve kurumların, mutad mesken hukuku ve taraflarca seçilen hukukun mukayesesini yönünden yargılamaya katkı sunacak bir rol üstlenmeleri de mümkün olmamaktadır. Bu sebeple, her ne kadar “*hâkim hukuku bilir (juria novit curia)*”

²⁸¹ Çalışkan, 40.

²⁸² Tarman, *Tüketicinin Korunması*, 339.

²⁸³ Nomer, 345.

²⁸⁴ Tüketicinin lehine olan hükmün kural olarak sadece münferit hükümlerin karşılaştırılması ile tespit edileceği hakkında bkz. Nomer, 351.

prensibi yabancı hukukun uygulanmasının gerektiği haller bakımından geçerli olmasa da fiiliyatta seçilen hukukun, mutad mesken hukukunun belirlediği asgari korumanın altında kalıp kalmadığını tespit etmek görevi de tek başına hakime düşmektedir.

Ayrıca 26. maddede düzenlenmemiş olsa da 24. maddenin hukuk seçimi konusunda getirdiği serbestliğin, yararlılık bakımından sınırlama getirilen tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerle belirlediği asgari koruma düzeyi saklı kalmak şartıyla MÖHUK'un 26. maddesi için de geçerli olduğu unutulmamalıdır. Sadece 24. madde uygulanan ve bu uygulamayla sınırlı kalınan dönemde, bu maddenin sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu hükümler içermemesi nedeniyle zayıf taraf aleyhine sonuçlar doğmasının muhtemel olacağı görüşü doktrinde genel kabul görmekteydi. Sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketicinin, imzaladığı sözleşme ilişkisinde karşı tarafın üstünlüğü karşısında zor durumda kalmaması için, kanun koyucu tüketiciyi koruma prensibi doğrultusunda hareket ederek 26. maddeyi düzenlemektedir²⁸⁵. Bu kapsamda sözleşme tarafları, tarafı oldukları tüketici sözleşmesinde belirledikleri hukuka tabidirler. Doktrindeki bir görüş²⁸⁶, tüketici sözleşmelerinin niteliği gereği bu sözleşmelerde sadece açık hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği savunmuştur. Diğer bir görüş²⁸⁷ ise zımni hukuk seçimini doğrudan reddetmemekte, zımni hukuk seçiminin tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumadan her hal ve şart altında daha iyi bir koruma sağlaması halinde, bu hukukun tüketici sözleşmelerine uygulanabileceği savunmuştur.

MÖHUK'un 24. maddesinin 2. fıkrasına göre taraflar seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler; hukuk seçimini her aşamada yapabilirler ve değiştirebilirler. Fakat sözleşmenin kurulması aşamasından sonraki hukuk seçimi değişiklikleri üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla geriye etkili olarak uygulanır²⁸⁸.

MÖHUK'un 26. maddesi tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenlemekte ise de sadece belirli tüketici sözleşmeleri maddenin uygulama alanında kalmaktadır. Her konuda düzenlenmiş tüketici sözleşmeleri bu maddenin kapsamına

²⁸⁵ Toker, 22.

²⁸⁶ Çalışkan, 27-41.

²⁸⁷ Pürselim, 84.

²⁸⁸ Özdemir Kocasakal, MÖHUK md. 24, 40.

girmemektedir. Maddenin uygulama alanının belirli şartlar altında yapılan tüketici sözleşmeleriyle sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Bu şartlar, objektif bağlama kuralına ilişkin 2. fıkrasında açıklanmıştır. Maddenin gerekçesi de, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi tarafı olduğu tüm sözleşmelerde değil, sadece belirli şartlar altında yapılan sözleşmeler bakımından koruma amacı bulunduğu ilişkin kabulü yansıtmaktadır²⁸⁹. Nitekim mehz düzenlemeler olan Roma Konvansiyonu 5. madde ve bu konvansiyonun yerine geçen Roma I Tüzüğü 6. madde de bu yorumun yapılmasını desteklemektedir. Roma Konvansiyonunun 5. maddesinin başlığı “*Belirli Tüketici Sözleşmeleri*” olmakla birlikte aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen hukuk seçimi konusunda tüketicinin mutad meskeni hukukunun devreye girebilmesi için de maddede sayılan üç şarttan²⁹⁰ en az birinin somut olayda mevcut olması gerekmektedir²⁹¹.

Roma I Tüzüğü ile, sözleşmenin karşı tarafı olan satıcı/sağlayıcının, ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede gerçekleştirmesi veya bu faaliyetlerin doğrudan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye ya da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeyi de içinde bulunmak şartıyla birden fazla ülkeye yönelmiş olması ve sözleşmenin de bu faaliyetler kapsamında yapılmış olması aranmaktadır. Bu kapsamda, Roma I Tüzüğü, Roma Konvansiyonu’na göre tüketicinin sözleşmesine ilişkin şartlar bakımından daha kapsamlı korunmasını amaçlamıştır²⁹².

2.3.3.1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi (Subjektif Bağlama Kuralı)

MÖHUK, yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri arasında ayrıma giderek belli özelliklere sahip olan tüketici sözleşmelerini 26. madde kapsamına almıştır. Madde kapsamındaki tüketici sözleşmelerinin, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici

²⁸⁹ Bkz. MÖHUK m. 26’nın gerekçesi, <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/38ee77de-6158-4afe-97bd-a3042464c3c8>, (Erişim Tarihi: 23.04.2024)

²⁹⁰ “*BELİRLİ TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ*

MADDE 5/2

Taraflarca seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğurmaz.

-eğer sözleşme bu ülkede ona gönderilen özel bir davet veya ilan üzerine kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için atılması gereken bütün adımlar bu ülkede atılmışsa veya,

-eğer diğer taraf veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini bu ülkede almışsa veya,

- eğer sözleşme satım sözleşmesi ise, satıcının tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş olması kaydıyla tüketicinin bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye giderek siparişini orada vermesi. “

²⁹¹ Ekşi, 138.

²⁹² Çalışkan, 47.

hükümleri uyarınca sahip olunacak asgari koruma saklı kalmak şartıyla tarafların seçtikleri hukuka tabi olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle öncelikle 26. madde kapsamına hangi tüketici sözleşmelerinin girdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

26. maddenin 1. fıkrasında tüketici sözleşmesinin genel bir tanımı²⁹³ yapılmasına karşın, 2. fıkrasında düzenlendiği şekliyle tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi açısından sadece belirli özelliklere sahip tüketici sözleşmelerinin mevcut olması gerekmektedir. Başka bir deyişle taraflar arasındaki sözleşme bakımından objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için 26. maddenin 2. fıkrasında üç bent²⁹⁴ halinde getirilen şartlardan en az birinin mevcut olması zorunluluğu madde metninde açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada, mevcut bir tüketici sözleşmesinin 26. madde kapsamına girip girmeyeceğinin sadece ilk fıkra da yer alan tanıma göre mi belirleneceği yoksa ikinci fıkra da sayılan şartlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de ayrıca araştırılmasının gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Doktrindeki yaygın görüşe²⁹⁵ göre, MÖHUK 26. maddenin uygulanması ikinci fıkra da düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak ikinci fıkra da yer alan şartlardan birine uygun olan tüketici sözleşmesi, 26. madde kapsamına dahil olmaktadır. Maddenin kapsamına girmeyen bir tüketici sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuk ise 24. maddeye göre tespit edilir. Aksi yönde görüş²⁹⁶ ise, MÖHUK 26/1. maddesinin yabancılık unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmelerine 2. fıkradaki şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Kanaatimizce, 1. fıkra da sadece tüketici sözleşmeleri tanımlanmış olup sözleşmenin kurulma şartlarını düzenleyen 2. fıkraya herhangi bir atıf yapılmamıştır. Fakat 26. madde, 24. maddedeki genel kural karşısında özel bir bağlama kuralı olduğundan, mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik her tür tüketici

²⁹³ “ MÖHUK 26/1: “Meslekî veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.”

²⁹⁴ MÖHUK 26/2: “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.”

²⁹⁵ Tarman, *Tüketicinin Korunması*, 333; Özel, 448; Pürselim, 81.

²⁹⁶ Şanlı vd., 288.

sözleşmesinde uygulama alanı bulması mümkün değildir. Maddenin uygulanmasının ilk koşulu, şüphesiz 1. fıkradaki tanıma uygun bir sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Ancak bunun yanında sözleşmenin 2. fıkra düzenlenmiş şartlar altında kurulmuş olması gerekmektedir.

MÖHUK 26. madde hukuk seçimine imkan tanınmakla birlikte, madde metninde hukuk seçimine dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle 24. maddenin hukuk seçimine dair hükümlerini dikkate almak gerekmektedir²⁹⁷. Daha öncede bahsettiğimiz gibi yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun seçilmesi açık veya zımnen yapılabilir²⁹⁸. Fakat zımni hukuk seçimi, şüpheyeye veya tereddüde yer vermeyecek şekilde yapılmalıdır²⁹⁹. MÖHUK m.24'te bu konu açıkça düzenlenmiştir. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde genel olarak sözleşme serbestisi uygulanmakla birlikte; taraflar açıkça yabancı bir hukuk seçtiklerinde bunu esas sözleşme harici sözleşmeyle veya sözleşmenin bir maddesi olacak şekilde yapmaktadırlar. MÖHUK'un 24. maddesinin ilk fıkrası ile de kanun koyucu genel uygulamadaki hükümler doğrultusunda, tarafların hukuk seçimi için özel bir şekil şartı öngörmemiş olup, açık veya örtülü irade beyanını yeterli kabul etmiştir³⁰⁰. Bu sebeple, tarafların iyi niyetli olması ya da hukuki seçimlerinde menfaatlerinin bulunması kuralı aranmaktadır³⁰¹.

Bunun yanında taraflar sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan bir ülke hukukunu da seçebilirler. Bu konuda MÖHUK'ta herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. 24. maddeye göre hukuk seçimi, sözleşmenin tamamı veya bir kısmı için yapılabilir. Aynı zamanda hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir, hukuk seçimi sözleşmenin kurulmasından sonra da değiştirilebilir. Fakat burada değinilmesi gereken husus, sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi ancak üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olabilecektir.

²⁹⁷ Çalışkan, 28; Atamer,434.

²⁹⁸ Bu konudaki aksi görüş, tüketici sözleşmelerinin niteliği gereği, sadece açık hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği, zayıf taraf tüketici zımni hukuk seçimiyle mesleki veya ticari faaliyet gösteren kişi tarafından kolayca yanıltılabileceğini savunmaktadır. bkz. Çalışkan, 41.

²⁹⁹ Şanlı vd., 276.

³⁰⁰ Gözde Murtaz, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 162.

³⁰¹ Çelikel ve Erdem,320.

Avrupa Birliği ülkelerinde sözleşmeye uygulanacak hukuk *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü* kurallarına göre belirlenmektedir. Tüzükler, üyesi bulunan bütün devletler için bağlayıcı olmakta birlikte doğrudan doğruya uygulanırlar³⁰². Bu tüzük Avrupa Birliği ülkelerinde doğrudan doğruya uygulanmaktadır. MÖHUK'da sözleşmelere uygulanacak hukukta olduğu gibi Roma I Tüzüğü 3. maddede de sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca açık veya zımni olarak serbestçe tayin edilebilecek ve tarafların irade serbestisi olacaktır.³⁰³

Tüketici sözleşmeleri gibi sözleşme taraflarından birinin diğer tarafa göre daha zayıf konumda olduğu bilinen hallerde, taraflara hukuk seçimi konusunda sınırsız bir irade serbestisi tanınması durumunda, güçlü tarafın zayıf tarafa karşı hukuk seçimi imkanını kötüye kullanarak, iyi niyetli olamayan bir şekilde kendi lehine olan hukuku seçme ihtimali doğmaktadır. Bu nedenle hukuk seçimi, tüketiciyi koruyan bir anlayışla asgari koruma sağlanarak sınırlı hale getirilmiştir.

2.3.3.1.1. Hukuk Seçiminin Sınırlandırılması: Mutad Mesken Hukuku

İrade serbestisi ilkesi, kişilerin yasal sınırlar içinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir³⁰⁴. Bu ilke çerçevesinde taraflar, istediği zaman istediği bir kişiyle herhangi bir konuda hukuksal ilişki kurmakta, bu ilişkiyi değiştirmekte veya ortadan kaldırmakta özgürdür. Türk hukukunda da Anayasanın temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir³⁰⁵.

Bazı sınırlamalarla birlikte yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde de taraflara hukuk seçimi yapma yetkisi verilmesi evrensel bir kural haline almıştır. Bu yaygınlaşmanın başlıca sebebi, irade serbestisi prensibinin teorik gücünün yanında milletlerarası ihtiyaçlara uygun düşmesidir³⁰⁶. Hukuk seçimini sınırlayan sözleşme türlerinden biri de MÖHUK 26. maddede düzenlenen tüketici sözleşmeleridir. Tüketici

³⁰² Ergun Özsunay, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye- AB İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015,

³⁰³ Çelikel ve Erdem, 340.

³⁰⁴ AYM, 2023/130 Esas, 2024/17 Karar, T. 23.01.2024.

³⁰⁵ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul 2018, 23; Kübra Ercoşkun Şenol, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27" *İÜHFM*, Cilt LXXIV, Sayı 2, 2016, 710.

³⁰⁶ Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 1986, 106.

sözleşmelerinde hukuk seçimini sınırlandırmanın amacı şüphesiz ki tüketicinin milletlerarası alanda korunmasıdır³⁰⁷.

MÖHUK'ta düzenlenen kanunlar ihtilâfı kurallarında³⁰⁸ ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit eden yetki kurallarında³⁰⁹ mutad mesken kavramı yer almaktadır. Mutad mesken kavramı yerleşim yeriyle aynı kavram değildir. Bir kişinin yaşamının ağırlık merkezi olarak kabul edilen bulunduğu yer veya ülkeyi³¹⁰, genellikle de kişilerin fiilen oturduğu yeri³¹¹ ifade eder. Bunların dışında mutad meskenin, “ *bir kimsenin belli bir yerde, kendi isteği ve iradesiyle, o yeri hayat ilişkilerinin ağırlık merkezi yapmaya yetecek derecede kısa ve yahut uzun süreliğine oturması*” şeklinde tanımlandığı görülmüştür³¹². Mutad mesken hukuki bir kavram olmayıp fiili bir kavramdır. Bu sebeple yorum farklarına daha az sebebiyet vermektedir. Mutad mesken kavramı maddî delillere dayanarak da ispat edilebilmektedir³¹³.

Yerleşim yeri ise hukuki bir kavramdır ve ülkeden ülkeye tanımının değişiklik göstermesi nedeniyle çok fazla yorum farklılıklarına sebebiyet vermektedir. Mutad meskenin milletlerarası özel hukuk literatürüne girmesinin bir diğer nedeni de yerleşim yeri ve milli hukuk bağlama noktalarının mahzurları ve bazı hallerde yetersiz kalmalarıdır. Milli hukuk, özellikle vatansızların ve mültecilerin şahsi statüsünün tespitinde yetersiz kalmaktadır. Bu kapsamda MÖHUK'ta “ikametgâh” bağlama noktası neredeyse terk edilmiş ve sadece 4. ve 24. maddelerde ikametgâha bir bağlama noktası olarak değinilmiş olup, bunun dışında mutad mesken ikame edilmeye başlanmıştır³¹⁴.

MÖHUK 26. madde kapsamına giren tüketici sözleşmeleri açısından objektif bağlama noktasına göre uygulanacak hukukun emredici kuralları prensip olarak geçerliliğini sürdürmektedir³¹⁵. Hukuk seçimiyle, tüketicinin mutad meskeni hukukunun

³⁰⁷ Kazım Çınar, *Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi*, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, 118.

³⁰⁸ Tüketici Sözleşmeleri için bkz. MÖHUK m. 26.

³⁰⁹ Tüketici Sözleşmeleri için bkz. MÖHUK m. 45.

³¹⁰ Nomer, 119-122; Tekinalp ve Çavuşoğlu, 55.

³¹¹ Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, 2003, 82; Çelikel ve Erdem, 185-186.

³¹² İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, 172.

³¹³ Özkan, 82.

³¹⁴ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 42.

³¹⁵ Nomer, 320; Burada amaçlanan tüketicinin kendi mutad meskeni hukukunun emredici kurallarının öngördüğü hukukî koruma ölçüsünün altında muamele görmesinin mümkün olduğu kadar önüne geçilmesidir. Bkz. Güngör, *Düşünsel Temeller*, 124-127.

emredici kuralları uyarınca tüketiciye sağlanan asgari koruma korunmak zorundadır. Sözleşmenin taraflarına göre zayıf olduğu düşünülen tüketici aleyhine hükümler içeren bir hukukun seçiminin sözleşmenin diğer tarafınca seçimine zorlanabileceği düşünülerek bu maddede hukuk seçimi, tüketiciyi koruyan bir anlayışla asgari koruma sağlanarak sınırlı hale getirilmiştir. Tüketicinin korunması fikri milletlerarası hukukta tüketici sözleşmelerinde kural haline gelmiştir. Tüketiciyi koruyan bu anlayış, koruyucu bağlama kurallarının oluşmasında etkili olmuştur. Koruyucu bağlama kuralları iki ayrı disiplin içerir. Bunlar fonksiyonel bağlama ilkesi ve kayırma ilkesidir. Fonksiyonel bağlama ilkesi milletlerarası özel hukuk adaletini, kayırma ilkesi ise maddi hukuk adaleti gerçekleştirmeyi hedeflemektedir³¹⁶. Tüketici akitlerinde tarafların seçtikleri hukukun tüketicinin mutad meskeni hukukunda yer alan emredici kuralların sağlayacağı korumadan yararlanması kayırma ilkesinin adaleti sağlama şekli olduğu gibi, tarafların sözleşmede bir seçim yapmadığı durumlarda tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması fonksiyonel bağlama ilkesinin bir sonucudur. Buradan anlaşılmalıdır ki kayırma ilkesinden ziyade fonksiyonel bağlama ilkesi ile tüketicinin kendi menfaatini düşünmediği zamanlarda bile koruyucu bağlama kurallarının devreye girmesiyle tüketicinin menfaatinin korunması amaçlamaktadır. Örnek vermek gerekirse, tüketicinin mutad meskeni Türkiye olup taraflarca seçilen hukuk ise başka bir ülke hukukuysa hâkim, Türk hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik emredici kurallarını esas alarak hukuk seçiminin geçerli olup olmadığına dair karara varmalıdır.

Türk tüketici hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik emredici hükümleri, daha önce belirttiğimiz gibi asgari sınırı teşkil etmektedir. Taraflarca seçilen yabancı hukukun hükümleri tüketiciyi eğer mutad meskeni olan Türk hukukuna göre daha iyi koruyorsa sözleşme taraflarının belirledikleri hukuk seçimi geçerlidir ve tarafların belirledikleri yabancı hukukun hükümleri taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine uygulanır. Buna karşılık, seçilen yabancı hukukun hükümleri, tüketicinin aleyhine yani tüketicinin mutad meskeninin sağladığı asgari korumayı sağlayamıyor ise hukuk seçimi geçerli olmadığı için MÖHUK m. 26/2. maddede belirtilen objektif bağlama kuralı gereğince tüketicinin mutad meskeni hukuku sözleşme ilişkisinde hakim tarafından uygulanır. Sözleşmedeki tüketicinin lehine olan hükümler tespit edilirken kural olarak, sadece münferit hükümler

³¹⁶ Güngör, 120.

karşılaştırılmaktadır³¹⁷. Hükümlerin birbirinden farklı olması tek başına mutad mesken hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmaması gibi bir duruma sebebiyet vermez. Burada irdelenmesi gereken husus, hükümlerin bire bir aynı olması değil tüketici lehine hüküm oluşturup oluşturmadıklarıdır.

2.3.3.2. Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması (Objektif Bağlama Kuralı)

Tarafların 26/1. madde uyarınca hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde 26/2. maddede düzenlenen objektif bağlama kuralı uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk, tüketicinin mutad mesken hukukudur. Modern hukuk sistemlerine³¹⁸ bakıldığında yine ülkemizdeki düzenlemeye benzer şekilde, tüketicinin sürekli olarak yaşadığı ve kendisinin koruyucu hükümlerini diğer ülke hukuklarına göre daha iyi bildiği kabul edilen, mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir³¹⁹. Bunun nedeni, daha önce de ifade ettiğimiz gibi mutad mesken hukukunu tüketicinin bildiği ve bu sebeple de mutad mesken hukukunun tüketiciyi en iyi şekilde koruyacağı kabul edilen hukuk olmasıdır.

2675 Sayılı Kanunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili olarak objektif bağlama kuralı, “borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlıklı olarak teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın olarak ilişkili olarak bulunduğu yer hukuku” olmasına karşın, 5718 sayılı MÖHUK’ta sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak olan hukukun tespitinde bir araç olan objektif bağlama kuralı, kanun koyucu tarafından karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi sözleşmeyle en sıkı irtibatlı hukuk olarak belirlenmiştir³²⁰.

2675 sayılı Kanun, yürürlükte olduğu dönemde yürürlükte olan diğer ülke kanunların aksine, zayıf tarafı korumaya yönelik düzenleme içermiyor olması yönüyle doktrinde sıkça eleştirilmiştir³²¹. Tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak, yürürlükte

³¹⁷ Nomer, 345-346.

³¹⁸ Hukuk seçiminin kabul edilmediği İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu’nda, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tüketicinin mutad mesken hukuk olduğu 120/1. maddede düzenlenmiştir. Bkz. Nomer, 56.

³¹⁹ Doğan, 4.

³²⁰ Ekşi, 36.

³²¹ Gülin Güngör, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *AÜHFD*, 46(1), 1997, 119.

bulunan 5718 sayılı MÖHUK'un 26. maddesi öncesi dönemde doktrinde, taraflarca yapılan hukuk seçiminin güçlü tarafça zayıf taraf aleyhine kötüye kullanılmadığı tespit edildiği takdirde, 2675 sayılı Kanun 24. maddesindeki hukuk seçim serbestisinden tarafların yararlanabileceği, fakat bunun o zaman için günün şartlarına uygun olmadığı ve geliştirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktaydı³²².

5718 sayılı MÖHUK'un tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen 26. maddesinin esin kaynağı olan Roma I Tüzüğü ve Roma Konvansiyonu da objektif bağlama kuralı ve bağlama noktaları hususunda benzer düzenlemeler içermektedir. Ancak Roma I Tüzüğü, Konvansiyon'a göre objektif sözleşme statüsünün tespiti yönünden somut ve öngörülebilir yenilikler taşımaktadır³²³.

Roma Konvansiyonunun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre "3. maddedeki hükme rağmen, - eğer sözleşme bu ülkede ona gönderilen özel bir davet veya ilân üzerine kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için atılması gereken bütün adımlar bu ülkede atılmışsa veya - eğer diğer taraf veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini bu ülkede almışsa veya - eğer sözleşme satım sözleşmesi ise, satıcının tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş olması kaydıyla tüketici bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye giderek siparişini orada vermişse taraflarca seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğurmaz". Roma I Tüzüğü 6. maddesinin 1. fıkrasında ise tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için dolaylı bir ilişkinin varlığı yeterli bulunmuştur. Bu madde uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, satıcının ticarî ve meslekî faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yürütmesi veya herhangi bir şekilde tüketicinin mutad meskeni ülkesine veya bu ülke dahil olmak üzere birden fazla ülkeye yöneltmesi ve sözleşmenin bahsi geçen faaliyetlere ilişkin olması gerekmektedir³²⁴.

Roma I Tüzüğü'nde tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemeleri durumunda uygulanacak hukuk 4. maddede düzenlenmektedir. Roma I Tüzüğü 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; "*tarafların 3 üncü madde uyarınca hukuk seçimi*

³²² Doğan, 176.

³²³ Canyaş, 120.

³²⁴ Tarman, *Avrupa Birliği*, 320-322; Çalışkan, 36-37.

yapmamış olmaları durumunda ve 5 ila 8 inci maddelerdeki hükümler saklı kalmak şartıyla sözleşmeye uygulanacak hukuk şu şekilde belirlenecektir:

- a. *Mal satımına ilişkin sözleşmeler, satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*
- b. *Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler, hizmeti sağlayanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*
- c. *Taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmaz malın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*
- d. *(c) bendine bakılmaksızın, bir taşınmazın özel kullanımına ilişkin birbirini izleyen altı aydan daha uzun süreli olmayan kira sözleşmeleri, kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskeninin o ülkede bulunması şartıyla kiralayanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*
- e. *Franchise sözleşmeleri, franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*
- f. *Distribütörlük sözleşmeleri, distribütörün mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir,*
- g. *Müzayede ile mal satımına ilişkin sözleşmeler, bu yerin belirlenebilir olması kaydıyla, müzayedenin yapıldığı ülke hukukuna tâbidir,*
- h. *2004/39/EC Direktifinin 4. maddesinin 1. fıkrasının 17. bendinde tanımlanmış olan, emredici kurallara uygun olarak ve tek bir hukuk tarafından idare edilen, yatırım araçlarının alım ve satımına ilişkin üçüncü kişilerin menfaatlerini bir araya getiren veya bu menfaatlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran çok taraflı bir sistem altında yapılan sözleşmeler bu hukuka tâbidir”³²⁵.*

Tüzüğün ilgili maddesinde, sözleşmeden doğan ilişkinin birinci fıkra kapsamına girmemesi durumunda veya sözleşmenin unsurlarının birinci fıkranın (a) ila (h) bentleri dahil olmak üzere bu bentler arasında yer alan hükümlerden birden fazlasının kapsamına girmesi halinde ise sözleşmeden doğan ilişkiye karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği düzenlenmektedir.

³²⁵ Merve Acun Mekengeç, *Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016, 180.

Roma 1 Tüzüğü'nün 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, sözleşmenin başka bir hukukla daha yakın ilişkili olduğu sonucuna varılırsa sözleşmeye daha yakın ilişkili olduğu tespit edilen hukuk uygulanacaktır. Maddenin son fıkrasında ise, uygulanacak hukukun 1. ve 2. fıkra hükümlerine göre tespit edilememesi halinde ise sözleşmeyle en sıkı bağlantılı olan ülke hukukunun uygulanması düzenlenmiştir³²⁶.

MÖHUK, yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri arasında ayrıma giderek belli özelliklere sahip olan tüketici sözleşmelerini 26. madde kapsamına almış, haricinde olan ve maddede sayılı özelliklere sahip olmayan tüketici sözleşmelerini ise genel hüküm olan 24. maddeye tabi tutmuştur³²⁷. Objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması da aynı maddenin 1. fıkrasındaki hükmün sonucudur. MÖHUK 26. maddenin 1. fıkrasında belirtilen tüketici sözleşmeleri dışında kalan bir sözleşme, yabancı bir ülke hukukunda tüketici sözleşmesi olarak tanımlanmış olsa bile, bizim hukukumuzda MÖHUK 26. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir³²⁸.

Tüketiciler genel olarak bir sözleşme ilişkisine girdiklerinde hukuk seçimi yapmazlar; bu sebeple de MÖHUK 26. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme, 1. fıkrasındakinden daha fazla olarak uygulama alanı bulmaktadır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını getirilen üç şarttan en az birinin mevcut olmasına bağlayan 2. fıkra hükmü, hukuk seçiminin yapıldığı tüketici sözleşmeleri bakımından da dikkate alınır³²⁹. MÖHUK'un 26. maddesinin 1. fıkrasında genel bir tanım yapılmasına karşın Kanun, aynı maddenin 2. fıkrasında tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi açısından, sadece belirli şartlara sahip tüketici sözleşmelerinin olmasını aramıştır. Kanunda üç bent halinde düzenlenen şartlardan ilki satıcının pazarlama faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirmesi, ikincisi tüketicinin siparişinin mutad meskeninde alınması, üçüncüsü ise satıcının düzenlediği yurtdışı gezilerinde gerçekleşen satışlar olmasıdır.

Burada a ve b bentleri olan satıcının pazarlama faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirmesi ve tüketicinin siparişinin mutad meskeninde alınması

³²⁶ Özdemir ve Kocasakal, 67.

³²⁷ Toker, 22.

³²⁸ Çelikel ve Erdem, 26.

³²⁹ Tarman, Tüketicinin Korunması, 333. Aksi yönde görüş, MÖHUK 26/1. maddede tarif edilen tüketici sözleşmelerinin tamamı için hukuk seçimi bakımından objektif bağlama kuralı taraflar için geçerli olacağını, 2. fıkra da yer alan şartların bulunup bulunmamasının önemli olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Şanlı vd., 283.

yukarıda bahsedilen, pasif olarak kendi yaşadığı sosyal ve hukuki çevre içinde taraf olduğu tüketici akitlerini (*home deal*) ifade ederken, c bendi satıcının düzenlediği yurtdışı gezilerinde gerçekleşen satışlar olması ise, yine yukarıda aynı yerde bahsedilen aktif olarak akdın karşı tarafının düzenlediği bir gezi ile orada sözleşme kurulması amacıyla başka ülkeye götürülmesi halinde orada giriştiği tüketici akitleri (*travelers' deal*) haline karşılık gelmektedir³³⁰.

2.3.3.2.1. Satıcının Pazarlama Faaliyetlerini Tüketicinin Mutad Meskeni Ülkesinde Gerçekleştirmesi

MÖHUK'un 26. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde, ‘‘Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış’’ ise tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır demektir. Satıcı, radyo, televizyon, gazete gibi medya yoluyla ürününün reklamını tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapmışsa ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller de bu ülkede gerçekleşmişse 26. madde uygulama alanı bulacaktır.

Devletler özel hukuku anlamında tüketici sözleşmesinin olabilmesi için tüketicinin karşısındaki sözleşme tarafının, tüketicinin mutad meskeninde pazarlama faaliyetlerine girişmesine örnek vermek gerekirse reklam yapması aranmıştır³³¹. Bu pazarlama faaliyeti açık bir icap şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin, bir tüketici yerel bir gazetede var olan reklam aracılığıyla bir mal edinin bununla ilgili olarak bir sözleşme tarafı olursa a bendi kapsamında korunacaktır. A bendi kapsamından anladığımız ve öğretide kabul edilen görüş bu bendin posta yoluyla olan siparişleri ve kapıdan yapılan satışları kapsadığıdır. İnternet yoluyla satın alınan ürünlerin a bendinin kapsamına girip girmediği ise bu maddenin asıl kaynağı olan Roma Konvansiyonu 5. maddesinin 2. fıkrası bakımından tartışılmıştır. Genel görüş tüketicinin ürünü gördüğü internet web sitesi, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki belli tüketicileri veya tüketici gruplarını hedef alan bir web sitesiye yani web sitesi üzerinden yapılan reklam, tüketicinin mutad meskeninde

³³⁰ Güngör, 120; Toker, 42.

³³¹ Öztekin Gelgel, 64.

bulunan belli tüketicileri hedef almışsa web sitesine ürünün konulması ile reklamın tüketicinin mutad meskeninde yapıldığı sonucuna varılabildiğidir³³². Fakat tüketici eğer bu reklama kendi mutad meskeninde değil de yabancı bir ülkede maruz kalırsa bu madde kapsamına girmez.

Yargıtay 6. HD'nin 27.11.2023 tarihli kararında³³³ davacı Türk vatandaşının, İstanbul'da düzenlenen tekne fuarında Fransız bir şirketin ürettiği tekne hakkında bilgi aldığı ve akabinde tekneyi satın aldığı, mutabakat çerçevesinde Catana 53 model tekneyi 30.05.2017 tarihinde teslim edilecek şekilde üretiminin yapılmak üzere anlaşmaya varıldığını, davacı tarafından 02.11.2015 tarihinde 169.500,00 Euro'luk ilk ödemenin yapıldığını, üretilen teknenin başta taahhüt edilen süratte gidemediğinin anlaşılması üzerine bedel iadesi talep edilen davada, uyuşmazlığın esasına tüketicinin mutad mesken hukuku olan Türk hukukunun uygulanmasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını, tarafların sipariş formunda hukuk seçimi yapmadıkları, MÖHUK 26/2. maddesi gereğince sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapılmış olması ve siparişin tüketicinin mutad meskeninde alınmasını gerekçe göstererek onamıştır.

Avrupa Adalet Divanı'na konu bir davada ise³³⁴, Avusturya vatandaşı bir tüketici, Alman menşeli bir internet sayfasındaki araba ilanını görerek Almanya'daki satıcıyı telefonla aramıştır. Telefon görüşmesi sonunda satıcı tüketiciye farklı bir araba önermiştir ve bu önerisini tüketiciye e-posta yoluyla da iletmiştir. Tüketici Almanya'ya giderek aracı satın almış fakat ülkesi Avusturya'ya gittiğinde aracın daha önceden bir kazaya karıştığını fark etmiştir. Yaşadığı yer olan Avusturya'da, Alman satıcılar hakkında dava açmıştır. Avusturya Yüksek Mahkemesi ise dava tarihinde yürürlükte olan Brüksel Tüzüğü uyarınca satıcının web sitesi, telefon numarası ve e-postası aracılığıyla Avusturya'yı da satım alanına alacak şekilde bir pazarlama faaliyeti yürüttüğünü tespit etmiştir. Daha sonrasında Avusturya Yüksek Mahkemesi aracın tüketici tarafında internet sitesi aracılığıyla görülüp daha sonra satış işleminin olmasıyla ilgili olarak bu satış işleminin, o tarihte yürürlükte olan Brüksel Tüzüğü 15. madde 1. fıkra c bendi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine yönelik olarak Avrupa Adalet Divanı'na başvurmuştur. Avrupa Adalet Divanı, tacir olan satıcının mesleki ve ticari faaliyetini,

³³² ³³² Ali Berat Ulu, *Elektronik Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2023, 93.

³³³ Yargıtay 6. HD. 2022/4525 Esas 2023/3918 Karar, T. 27/11/2023.

³³⁴ ABAD, 06.09.2012 tarihli, 190/11. Numaralı Kararı

tüketicinin bulunduğu ülke için yöneltmesini veya tüketicinin bulunduğu ülkede faaliyette bulunmasını yeterli kabul ederek, sözleşmenin kurulmuş olması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki işlemlerin tüketicinin bulunduğu ülkede yani Avusturya’da gerçekleşmiş olmasının aranmayacağını belirtmiştir. Satıcının pazarlama faaliyetini yaptığı web sitesinin, tüketicinin bulunduğu ülkeye dair pazarlama faaliyeti gerçekleştirmesinin, tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması için tek başına yeterli kabul edilmiştir.

Anlaşılmaktadır ki, böyle durumlarda web sitesinin hangi ülkedeki veya ülkelerdeki tüketicileri hedef aldığı dikkate alınmalı ve bu yönde bir sonuca varılmalıdır. Burada tüketicileri hedef alma satıcının web sitesinde kullandığı dillerden birinin tüketicinin mutad meskeninin olduğu dil olması o ülkedeki tüketicileri hedef aldığından göstergelerinden biridir. Buna karşı İngilizce veya Almanca gibi birçok ülke bakımından geçerli olarak kullanılan bir dilin kullanıldığı bir internet sitesinin belli bir ülkedeki veya ülke grubundaki tüketicileri hedef aldığı sonucuna varılamayacağı kabul edilmektedir³³⁵.

Örneğin; İzmir’de yaşayan Türk vatandaşı Bayan (A), İtalya’ya yaptığı bir turistik geziden döndükten bir süre sonra, Türkiye’de e-posta hesabına İtalya’da bulunduğu sırada yemek yediği bir lokantadan bir mail geldiğini fark eder. Bu mailde, Bayan (A)’nın bu lokantada indirim çeki kazandığı bu çeki kullandığı takdirde internet sitesinden yapacağı alışverişlerde belli bir indirim yapılacağı belirtilmiştir. Bayan (A)’nın bu internet sitesinden alışveriş yapması durumunda, söz konusu tüketici sözleşmesi MÖHUK m.26/f.2 (a) bendi uyarınca Türk hukukuna tabi olacaktır. Burada kanun koyucunun amacı tüketicinin zayıf kaldığı tüketici sözleşmelerinde tüketiciyi koruyup onun en iyi bildiği hukuk olan mutad meskeni hukukunu uygulamaktır³³⁶.

2.3.3.2.2. Tüketicinin Siparişinin Mutad Meskeninde Alınması

MÖHUK’un 26. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde “*Diğer taraf veya onun hukuki temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış* ” diyerek sözleşmenin, tüketici tarafının mutad meskeni ülkesinde kurulması aranmamakla birlikte siparişlerin bu mutad mesken ülkesinde verilmesini yeterli görmüştür³³⁷. Örneğin uluslararası düzenlenen bir

³³⁵ Ekşi, Roma Konv. m. 5, 139-140.

³³⁶ Çalışkan,43.

³³⁷ Öztekin veGelgel, 65.

fuat etkinliğinde tüketicinin mutad meskeni ülkesine gelinip burada tüketici siparişlerinin alınması fakat tüketici sözleşmesinin başka ülkede kurulması halinde de sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. Bu madde bendi Türkiye’de düzenlenen fuar, sergi veya organizasyonlarda kurulan tanıtım stantlarını kapsadığı gibi Türkiye’de şubesi bulunan yabancı şirketlerin temsilcileri aracılığıyla yapılan tüketici sözleşmelerini de kapsar. Örneğin, Güney Afrikalı meşhur mücevher firmasının temsilcisi İstanbul’a gelmek suretiyle, İstanbul’da yaşayan tanınmış ve varlıklı bir iş kadını tüketiciden, özel tasarım bir mücevherat siparişi almış ve ürünün imalatı için Güney Afrika’ya dönmüşse, taraflar arasında gerçekleşmesi muhtemel bir uyuşmazlıkta tüketicinin mutad mesken hukukuna, yani Türk hukukuna bakılacak ve Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır³³⁸.

MÖHUK 26/2. maddesinin b bendinde tüketici sözleşmesinin tarafı veya onun hukuki temsilcisi denmiştir. Diğer taraf veya onun hukuki temsilcisi kavramlarından anlaşılması gereken, geniş yorum esasıyla, tüketicinin karşı tarafı tacir adına hareket eden herkesin onun temsilcisi olarak kabul edilecek olmasıdır³³⁹. Burada geniş yorumlamadan yabancı satıcının, tüketicinin ülkesinde şube kurması veya daimi bir temsilcilik bulundurması da anlaşılabilir.

2.3.3.2.3. Satıcının Düzenlediği Yurtdışı Gezilerinde Gerçekleşen Satışlar

MÖHUK 26. maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde, “ *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*” olması durumunda tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır denilmektedir. MÖHUK 26/2. maddesinin a ve b bendinde tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması için satıcı tüketiciye yönelmiş olması, tüketici pasif kalması ve tüketicinin mutad meskeninde olayın gerçekleşmiş olması aranmıştır. Fakat c bendinde tüketici aktif bir özellik sergileyip sözleşmenin karşı tarafının düzenlediği bir geziye katılmış ve bu gezi ile sözleşme yapmak üzere götürüldüğü ülkede tüketici sözleşmesi imzalamıştır. Bu durumda da tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması

³³⁸ Pürselim, 91.

³³⁹ Atamer, 421, 431.

gerektiğini kanun koyucu belirtmiştir. Bir satış sözleşmesi vardır ve tüketici diğer sözleşme tarafının malını satmak gayesiyle düzenlediği geziye katılarak mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede tüketici sözleşmesinin konusunu oluşturan siparişini vermiştir.

Tüketicinin mutad meskeni ülkesindeki korumadan faydalanabilmesi için dikkatle üzerinde durulması gereken iki şarttan bahsetmek gerekir. Bunlardan birincisi, tüketicinin yapacak olduğu yolculuğa bu ülkeden başlaması gerekmekte, ikincisi ise yapacağı gezinin herhangi bir şekilde satıcı tarafından teşvik edilmiş olmasıdır³⁴⁰. Burada tüketici, sözleşmesini mutad meskeni dışında imzalamaktadır. Bu kapsamda kanun koyucunun tüketiciyi korumasının sebebi, tüketicinin bilmediği ve satıcının yönlendirmesiyle gittiği yerdeki hukuka göre sözleşme kurmuş olmasıdır. Bu şekilde yapılan tüketici sözleşmelerine mutad mesken hukukunun uygulanmasının amacı, tüketicinin en iyi bildiği ve kendisini en çok koruyan hukuk olarak kabul edilen hukukun asgari korunmasından yararlanmasını sağlamaktır. Örneğin, Dubai merkezli bir Dubai mücevherat firması, mücevherlerinin satışı için Türkiye’ de yaşayan tüketicilere bir yurtdışı gezisi ayarlayarak Dubai’ye götürür ve tüketiciler mücevher siparişini orada verir ise, taraflar arasında çıkacak olan uyuşmazlıklarda 26/2. madde c bendi uygulama alanı bulacaktır. Bu bent için ayrıca şu husus da önem taşımaktadır; sözleşmenin kurulduğu yer yabancı bir ülke olabileceği gibi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer de olabilir yani tüketici sözleşmesinin nerede kurulduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Bu bent ile tüketicinin mutad mesken ülkesinde imzaladığı bir sözleşme ile satıcının kendi karar verme yetisi ile tüketicinin yurtdışında bulunduğu sırada vermiş olduğu bir sipariş üzerine akdedilen sözleşme aynı hükümlere tabi tutulmuştur³⁴¹.

Bu kapsamda 26/2. madde c bendinin yurtdışı gezi sözleşmesi için değil, gezi sonrası yapılan tüketici satım sözleşmeleri için geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek için bir seyahat düzenlemiş olup tüketici de bu seyahat ile bir ülkeden başka ülkeye gidip siparişini o ülkede vermiş olmalıdır³⁴². Tüketici, satıcı tarafından siparişin verildiği ülkeye çekilmekte olduğu bu

³⁴⁰ Öztekin ve Gelgel, 66.

³⁴¹ Çalışkan, 27, 38.

³⁴² Toker, 44.

durumda sözleşmede anlaşmazlık çıkması durumunda kendi mutad meskeni hukuku uygulanarak korunmaya çalışılmıştır.

Yurtdışına yapılan bu gezinin herhangi bir şekilde satıcı tarafından teşvik edilmiş olması yani düzenlenmesi aranır. Satıcının, tüketiciyi taşıma işlemini bizzat yapmış olması aranmamakta; tur şirketi vb. bir şirketle bu konuda anlaşmış olması yeterlidir³⁴³. Buradan anlamamız gereken satıcının bu gezinin gerçekleşmesinde bir teşviki olması gerektiğidir. Eğer satıcının bir teşviki yoksa bu bent kapsamına girmemektedir. Örnek vermek gerekirse, bir kişi arkadaşlarıyla yılbaşı kutlaması için Paris’ e gitmiş ve orada gördüğü bir mağazadan marka bir kıyafet almışsa bu maddenin kapsamına girmemektedir. Çünkü bu durumda satıcının tüketiciye herhangi bir teşviki bulunmamaktadır.

Tüketicinin mutad mesken ülkesinin korumasından faydalanabilmesi için tüketici yapacağı yolculuğa mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başlamalıdır; bir başka ifadeyle tüketici satıcının teşviki ile bu geziye dahil olarak yurtdışına çıkmış olmalıdır. Sınır ötesi olarak yapılan gezinin gerçekleşmesinde satıcının katkısı yoksa yapılan seyahate bağlı olarak gerçekleşen satım sözleşmeleri bu bent kapsamına girmez.

26. maddenin 4. fıkrasında, taşıma ve konaklama hizmetlerinin birlikte ve tek bir fiyat karşılığında sunulduğu seyahat sözleşmelerinde (paket turlar) 26. maddede yer alan bağlama kurallarının uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Nitekim “paket tur”³⁴⁴ olarak tanımlanan gezi sözleşmeleri, tüketicinin bu sözleşmelerin şekillenmesi aşamasında herhangi bir etkisinin olmadığı tüm yönleriyle öncesinde planlanan ve gerekli rezervasyonları yapılan sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Bu tür sözleşmeler bakımından edilgen bir konumda bulunan tüketicinin daha sonra ortaya çıkması muhtemel bir uyuşmazlıkta mutad mesken ülkesinin hukukunun uygulanacağına güvenilebilmesi gerektiği kabul edilmiştir.³⁴⁵

³⁴³ Çalışkan, 27, 38; Atamer, 421, 431.

³⁴⁴ Paket tur sözleşmeleri, TKHK m.51’de tanımlanmıştır. Buna göre, paket tur sözleşmesi ulaştırma, konaklama veya bunlara bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisini içermelidir ve hizmet yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsamalıdır.

³⁴⁵ Ayfer Uyanık, *Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları*, 2016, 285.

Taşıma sözleşmeleri konusunda Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda milletlerarası sözleşme bulunmaktadır³⁴⁶. Ayrıca eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin olarak MÖHUK'ta özel kanunlar ihtilafı kuralları (MÖHUK m.29) yer almaktadır. Bu nedenle 26. maddenin son fıkrası ile kişilerin ve malların taşınmasına yönelik sözleşmelerin maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bunun yanında hizmetin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere 26. maddenin uygulanmayacağını ayrıca belirtmek gerekir³⁴⁷.

2.3.4. Uygulanacak Hukukun Sınırlandırılması

Türk hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları temel olarak MÖHUK'ta düzenlenmiştir. Bu kanundaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın, sözleşmeye yabancı hukukun uygulanması gerektiği tespit edilen her durumda, yabancı hukukun tatbiki mutlak olarak kabul edilmemiştir. Türk kamu düzenine aykırılık içeren istisnai haller ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının gerekli olduğu durumlarda yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilebilir. Bu nedenle kamu düzenine aykırılık ve doğrudan uygulanan kuralların ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

2.3.4.1. Kamu Düzenine Aykırılık

Uygulanacak hukuk olarak belirlenen yabancı hukukun uygulanmasında bazı durumlarda kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulduğu görülmekte kamu düzenine aykırılık seçilen yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaktadır. Kamu düzeni kavramının tanımı; zamana, mekâna ve konuya göre değişiklik gösterebilmektedir³⁴⁸. Bununla ilgili bir YİBGK kararında; “ *Kamu düzenini kavramının nitelendirilmesinde, uygulama ve doktrinde oybirliği bulunmamaktadır. Kamu düzeni zamana ve yere göre değişebilmektedir. Fakat zaman geçtikçe kamu düzeni kavramının kapsamı*

³⁴⁶ Bkz. Uluslararası Demiryolu Taşımacılığına İlişkin Anlaşma, RG 01.06.1985/18771; COTIF'de Değişiklik Yapan Sözleşme, RG 22.06.1994/21968; Eşyaların Kara Yolundan Uluslararası Nakliyatına Dair Mukavele Sözleşmesi (CMR), RG 04.01.1995/22161.

³⁴⁷ İsmet Kahraman Arslan ve Neslihan Öz, “Elektronik Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(38), 2020, 26.

³⁴⁸ Erdoğan Göğer, *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı)*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, 97. Detaylı bilgi için bkz. Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, 9-14.

*daraltılmaktadır. Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkelere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka Türk hukuk düzeninin temelini oluşturan ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelere aykırılık, ayrıca kamu düzenine aykırılık da teşkil etmektedir.*³⁴⁹ ” şekilde kamu düzeninden bahsedilmektedir.

MÖHUK 5. madde “(1) Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.” şeklindedir. Bu maddeye göre hakimin, yabancı hukukun uygulanması halinde ortaya çıkacak olan durumun kamu düzenine aykırı olması halini her somut olayda ayrıca değerlendirmesi gerektir. Kamu düzenine aykırılık halinde yabancı hukukun ilgili hükmünü uygulamaması ve gerekiyorsa Türk hukukuna yönelmesi lüzumu bulunmaktadır³⁵⁰.

Görüldüğü üzere MÖHUK kamu düzenine aykırı hallerde doğrudan lex fori’nin uygulanmasını işaret etmemiştir. Bu durumda lex causae’nın kamu düzenine aykırı olmayan hükümlerinin esas alınmasına imkân tanımıştır. 5. maddenin kaleme alınış şekli MÖHUK’un lex fori ile ilgili yaklaşımını da göstermektedir. Yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı halinde bile uygulanacak hukuk lex fori’den önce yabancı hukuktaki kamu düzenine aykırı olmayan diğer hükümlerin araştırılması ile tespit edilmeli; imkân bulunmayan hallerde son çare olarak Türk hukuku uygulanmalıdır³⁵¹.

Uygulanacak hukukta Türk kamu düzenine aykırı düzenlemeler tespit edildiği takdirde sadece o hükümle sınırlı olarak Türk hukukundaki düzenlemenin gözetilmesi suretiyle hüküm kurulması gerekmektedir³⁵².

³⁴⁹ YİBGK, 2010/1 Esas, 2012/1 Karar, T: 10.02.2012

³⁵⁰ Şanlı, 74.

³⁵¹ Sibel Özel, “Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28-2, 2022, 967.

³⁵² Yargıtay, 15.HD, 2016/ 3365 Esas, 2016/ 4525 Karar. “5718 sayılı Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 24/1. maddesinde ise “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.” hükmü getirilmiştir.

Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların, hakimin hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilkeye de uygundur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır. O halde mahkemece uyumsuzlukta Bulgaristan Hukuku’nun uygulanacağına ilişkin sözleşme hükmünün tarafları bağlayacağı gözetilerek davalıya bu konudaki ispat yükünü yerine getirmesi için fırsat verilmesi, Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 5nci maddesi gereğince uygulanacak hukukta Türk kamu düzenine aykırı düzenlemeler tespit

2.3.4.2. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal ve ekonomik politikası çerçevesinde kamu menfaatleri de dikkate alınarak ortaya çıkan hukuk normlarıdır³⁵³. Diğer bir ifadeyle tanımlanırsa, doğrudan uygulanan kurallar özel hukuk ilişkilerine etkili, kamu menfaati gözetilen emredici hükümler olarak belirlenmektedir³⁵⁴. Doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci normlar), taraflardan ziyade, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu sebeple vatandaş yabancı ayrımı gözetilmeksizin, yabancılık unsuruna ve hukuk seçimine bakılmaksızın, uygulama alanına giren her ilgili olay ve hukukî ilişkide mutlaka uygulanması gereken kurallardır³⁵⁵.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar, iş hukuku ve tüketici hukuku gibi, taraflardan birinin diğer tarafa göre zayıf konumda kaldığı sözleşme tiplerinde var olan bir kurallar sistemidir³⁵⁶. 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce Türk milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallar 6. maddede “(1) Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.” ve 31. maddede “(1) Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.” şeklinde düzenlenmiştir. 31. maddede yer alan “üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” ifadesi, Roma Konvansiyonu 7. madde 1.fıkra da bulunan, yabancı hukuk düzeninde yer alan doğrudan uygulanan kurallara etki

edildiği takdirde sadece o hükümle sınırlı olarak Türk Hukuku'ndaki düzenlemenin gözetilmesi suretiyle hüküm kurulması gerekir iken, uygulanacak hukuk yönünden davalının itirazının değerlendirilmeksizin işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle taraflar yararına bozulması gerekmektedir.”

³⁵³ Aysel Çelikel, Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, 383.

³⁵⁴ Çelikel ve Erdem, 154.

³⁵⁵ Şanlı vd., 7; Çelikel ve Erdem, 155.

³⁵⁶ Özdemir Kocasakal, MÖHUK md. 24, 104.

tanınabilmesi için getirilen “sözleşmeye uygulanan hukuk ne olursa olsun uygulanabilir olması” şartının karşılığı olarak Kanun’da düzenleme alanı bulmuştur.³⁵⁷

Maddelerden anlaşıldığı üzere seçilmiş ve uygulanacak olan yabancı hukuk düzeninde uygulanacak hükümler, Türk hukukunun doğrudan uygulanacak kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Doğrudan uygulanan kuralların bulunması durumunda kanunlar ihtilafı kurallarına gidilemediği gibi bu kurallar olduğunda kişilere hukuk seçimi imkanı da tanınmayacaktır. Belirtmek gerekir ki doğrudan uygulanan kurallar, MÖHUK m. 26’da da yer verilen emredici kural kavramı ile karıştırılmamalıdır. Buradan anlaşılması gereken iki kavramın birbirinden tamamen farklı olması değil, emredici kuralların tümünün aynı zamanda doğrudan uygulanan kural olduğu gibi bir çıkarım yapılmaması gerektiğidir. Emredici kuraldan kasıt, tarafların aksini sözleşme ile kararlaştıramayacağı kurallardır³⁵⁸.

Doğrudan uygulanan kurallar, üç farklı ayırıma tabi tutulmuştur³⁵⁹. Bunlardan ilki hâkimin hukukunun (lex fori) doğrudan uygulanan kurallarıdır ki 5718 sayılı MÖHUK m. 6’da düzenlenmiştir; ikincisi ise uyuşmazlığa uygulanacak hukukun (lex causae) doğrudan uygulanan kurallarıdır; son olarak üçüncüsü ise sözleşme ile yakın ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır ki bunlara etki tanınması 5718 sayılı MÖHUK’ta 31. madde olarak düzenlenmiştir³⁶⁰. Oysa ki 2675 sayılı mülga MÖHUK’tan önce düzenlenen Roma Konvansiyonu’nun 7. maddesi, kanun koyucunun önünde bir örnek olarak bulunmasına rağmen, kanun koyucu 5718 sayılı Kanundan önce sözleşme ile yakın ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Bunun nedeni; sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının yaratacağı karmaşıklık ve güçlük olabilir³⁶¹.

Doğrudan uygulanan kurallar sözleşme ile uygulanılmasından kaçınılacak kurallar değildir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk ne seçilirse seçilsin, buradaki emredici kuralların uygulanması gerekmektedir. Türk hâkimi, Türk hukukunda mevcut olan

³⁵⁷ Özdemir Kocasakal, MÖHUK md. 24, 77.

³⁵⁸ Ulu, 130.

³⁵⁹ Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 308.

³⁶⁰ Mustafa Erkan, “Möhuk Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, 95.

³⁶¹ Erkan, 96.

doğrudan uygulanan kuralları, akdin yabancı unsur taşıyıp taşımadığına bakmaksızın uygulayacaktır fakat yabancı sözleşme statüsü ile sözleşme statüsü olmayan üçüncü bir ülkenin emredici nitelikteki doğrudan uygulanan kuralları için bu geçerli değildir. Burada kurallar uygulanmasa bile onları göz önüne almak gereklidir. Son olarak bir kuralın tüketicinin korunmasına ilişkin olması, bu kuralı otomatik olarak doğrudan uygulanan kural kategorisine sokmamaktadır. Bu kurallar, kamu hukuku kaynaklı olabileceği gibi, özel hukuka ilişkin de olabilirler³⁶². Doğrudan uygulanan kuralların daha çok olağanüstü durumlar için öngörülmüş bir mekanizma olduğunu unutmamak gerekir.

2.3.5. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmeleri

Elektronik sözleşme, teknolojinin gelişmesiyle hayatımızda yer edinmeye başlamış bir kavramdır. Bilgisayarların, tabletlerin, cep telefonlarının yediden yetmişe hepimizin elinde olduğunu düşündüğümüzde elektronğin hayatımıza ne kadar girdiğini anlayabiliriz. Bu sebep de beraberinde sürekli ellerimizde olan bu cihazlarla bir bağlılık sağladığımızı ve hayatımızın bir parçası olduğu gerçeğini getirir. Teknoloji ve internetin bu kadar yaygınlaşmasıyla elektronik ticaret de doğru orantılı olarak artmıştır. Kendimizde ve çevremizde de gördüğümüz gibi içtiğimiz sudan tutun aldığımız birçok üründe, internet vasıtasıyla karşı taraftaki satıcıyla bir sözleşme içerisine girmektediriz.

Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu uyarınca tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları vasıtası ile icap ve kabul beyanlarının buluşması ile kurulmaktadır. Elektronik sözleşmeler ise, elektronik ortamda internet araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak tanımlanabilir³⁶³. Tarafların fiziksel olarak yan yana bulunduğu durumlarda, taraflar bir arada bulunduklarından sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirlerinin yüzüne karşı açıkladıkları için, tarafların iradelerini birbirine iletmesini sağlayacak vasıtalarla ihtiyaç duyulmaz³⁶⁴. Elektronik sözleşmeler tarafların kurucu iradelerini elektronik ortamda karşılıklı ve birbirine uygun açıklamalarıyla kurulmaktadır. Elektronik ortamda gönderilen mesaja fiziki ortamda verilen yanıt sebebiyle tarafların akdedeceği sözleşme ilişkisi, elektronik sözleşme olarak

³⁶² Erol Berk Gürsoy, *Uluslararası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, 76.

³⁶³ Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, Beta Yayınları, İstanbul 2002, 21.

³⁶⁴ Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, 258.

kabul edilmeyecektir³⁶⁵. Elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde tarafların kurucu irade beyanlarını elektronik ortamda yapması gerekmektedir. Teknolojinin sağladığı telefon, tablet, bilgisayar gibi teknoloji araçlarını kullanırken taraflar fiziki olarak bir araya gelme ihtiyacı duymadan sözleşme kurabilme imkanına sahiptirler.

2.3.5.1. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Türkiye’de elektronik ticaretin yaygınlaşması sonucunda elektronik sözleşmelerin sayısı artmıştır. Bu sözleşmeleri yasal bir zemine oturtmak ve Avrupa birliği mevzuatına uyum sağlamak amacıyla Resmî Gazete’de, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun³⁶⁶ ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun 'da değişiklikler öngören Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁶⁷ (E-Ticaret Değişiklik Kanunu) yayımlanmıştır. Türkiye Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu’nun (ETTK) tanımına göre elektronik ticaret; bireyler ve kurumların açık ya da kapalı ağ ortamlarında; yazı, ses ve görüntü şeklindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması temeline dayanan ve buna yönelik olarak bir değer yaratmayı amaçlamayan ticari işlemlerin tümüne denmektedir³⁶⁸. Elektronik sözleşmeler, elektronik ortamda taraflarca akdedilmek üzere girilen hukuki işlerin, yine elektronik ortamda sözleşmesel nitelik kazanması vasıtasıyla oluşur³⁶⁹. Elektronik sözleşmeler her ne kadar yeni bir takım iletişim araçları kullanılarak kurulsada dahi, özel bir sözleşme tipi olmayıp, sözleşmenin kuruluş biçimini ifade etmektedir³⁷⁰. Borçlar Kanunu’nda yer alan sözleşmenin kuruluşuna ilişkin kurallar uygun düştüğü kadarıyla elektronik sözleşmeler için de uygulama alanı bulacaktır³⁷¹. Ancak bu sözleşmeler sözleşmenin kuruluş yeri, kuruluş anı, icap ve kabul gibi hususlarda kendine özgü bir takım özellikler göstermektedir. Elektronik ortamda kurulan mesafeli sözleşmeler, hazır olmayanlar arasında

³⁶⁵ Bayram, Aziz Erman, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos, Yıl 28, 2015, 334.

³⁶⁶ RG 05.11.2014-29166.

³⁶⁷ RG 07.07.2022-31889.

³⁶⁸ D.TM/ETTK Hukuk Çalışma Grubu Raporu, (28.03.2005) s.1

³⁶⁹ Semiha Önder Balaman, “Yabancı Unsurlu Elektronik Tüketici Sözleşmelerinin MÖHUK Kapsamında İncelenmesi”, *Kesit Akademi Dergisi*, Yıl: 3, S. 9, 2017, 290.

³⁷⁰ Bayram, 334.

³⁷¹ Gürsel Öngören, *İnternet Hukuku*, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul 2006, 94.

kurulabileceği gibi hazırlar arasında da kurulabilir³⁷². Örneğin, taşınabilir bilgisayarlar aracılığıyla yapılan işlemlerde, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada dünyanın her hangi bir yerinde olabilirler. Bu durum taraflar arasında öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle internet aracılığı ile yapılan sözleşmelerde taraflar arasında öngörülebilirliğin sağlanabilmesi için, aksi kararlaştırılmadıkça, icabı yapanın veya muhatabın bulunduğu yer olarak, bu kişilerin belirli bir anda fiilen bulundukları yerin değil, tacir iseler işyerlerinin, aksi durumda mutad meskenlerinin esas alınması daha uygun olacaktır³⁷³.

Tüketici Korunması Hakkında Kanunun 48. maddesinde mesafeli sözleşmeler “...satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.” şeklinde tanımlanmış olup elektronik sözleşmeler de mesafeli sözleşme olarak kanunda değerlendirilmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin³⁷⁴ 4. maddesinde de mesafeli sözleşmeler ‘ ‘Saticı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler’ ’ olarak belirtilmiştir. Bu yönetmelikte de kanundaki tanım desteklenmiş olup mesafeli sözleşmelerin elektronik sözleşmeleri kapsayacağı anlaşılmaktadır³⁷⁵. Elektronik sözleşmeler genellikle sözleşme imzalanmadan önce hazırlandığından dolayı genel işlem şartları içerir. Elektronik sözleşmelerin genel işlem şartı içermesinden kaynaklı olarak tüketiciye sözleşmeyi değiştirme fırsatı verilmemektedir. Bu tür sözleşmelerde taraflar sözleşmenin içeriğine ve şartlarına dair müzakere etmezler³⁷⁶. Genel işlem şartları karşısında, muhataba iki seçenek sunulmaktadır: Karşı taraf ya

³⁷² Ümit Gezder, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet’te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2004, 54.

³⁷³ Hatice Kocasakal Özdemir, *Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul 2003,89.

³⁷⁴ RG 27.11.2014- 29188.

³⁷⁵ Mete Özgür Falcıoğlu, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, 65.

³⁷⁶ Eren, 197.

sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak ya da bu sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmek durumundadır³⁷⁷.

Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuku tespit ederken sözleşmenin milletlerarası olup olmadığının tespiti için diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığını incelememiz gerekmektedir. Yabancılik unsurunun tespitinde kullandığımız üç durumdan biri, taraflardan birinin ikametgâhı, vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri gibi sözleşme ile ilgili unsurlardan herhangi birinin yabancı bir ülke ile bağlantısı olması durumu ikincisi, sözleşmede yabancı bir ülkede ifanın gerçekleşmesini gerektirecek şartlar taşıması yani yabancı ülkenin tüketici sözleşmesinde geçen unsuru karşılamada sorumluluk taşıması en son durum olan üçüncü durum ise tüketici sözleşmelerinde zayıf taraf olan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerdir³⁷⁸.

Milletlerarası Özel Hukukta özel olarak düzenlenmemiş olan sözleşme türleri için genel kural olan MÖHUK 24. maddeye gitmekteyiz. Elektronik sözleşmelerde MÖHUK'ta ayrıca düzenlenmediği için 24. madde bu sözleşmeler içinde kapsayıcıdır³⁷⁹. Fakat çalışmamız yönünden önem arz eden elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde, tüketici sözleşmeleri için özel olarak düzenlenmiş olan 26. maddenin uygulama alanı bulması mümkün olacaktır. Yabancı unsur içeren tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuku düzenleyen 26. madde daha önceki başlıklarımızda iki aşamalı incelemiştir. Birinci aşama tarafların serbest iradesiyle sözleşmede uygulanacak hukuku seçtiği sübjektif bağlama noktasıdır. Daha önceki başlıklarda detaylı incelediğimiz için sadece elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleri için açıklamak gerekirse, tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla bu sözleşmeler de tarafların iradeleriyle seçtikleri hukuka tabidir. Tarafların elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmesinde hukuk seçimi yapmadıkları durumda ise, 26. maddenin 2. fıkrasında yer alan şartlar sağlanıyorsa tüketicinin mutad meskeni hukuku sözleşmede uygulanacak fakat ilgili şartların sağlanmaması halinde ise kanunda

³⁷⁷ Gülin Güngör, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, *AÜHFD*, 51(1), 2000, 34–35; Sözer, 115–116.

³⁷⁸ Şanlı vd., 23.

³⁷⁹ Gamze Turan, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *TBB Dergisi*, 77, 2008, 108

ayrıca düzenlenmemiş sözleşme türlerinde olduğu gibi genel bağlama kuralı olan MÖHUK 24. madde uygulanacaktır.

2.3.5.1.1. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmelerinde Subjektif Bağlama Kuralı

Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde subjektif bağlama noktalarına göre uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK 24. madde, önceliğin tarafların irade serbestisinin olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple taraflar bu sözleşmeye uygulanacak hukuk irade serbestliğiyle kendileri belirleyebilirler. Doktrinde hukuk seçimi yapılırken kullanırken irade serbestliğinde tarafların eşit koşullarda olması gerektiği görüşü kabul edilmektedir. Taraflar eşit koşullarda olmayıp birinin diğeri üzerinde baskı kurabildiği sözleşmelerde hukuk seçiminin kabul edilmemesi ya da zayıf tarafı koruyacak şekilde sınırlı olarak kabul edilebileceği görüşü hakimdir. Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde tüketici tarafın, diğer tarafa nazaran daha zayıf durumda olduğu bilinebilir bir gerçektir. Bu nedenle, bu tip elektronik sözleşmelerde, seçilen hukukun, sözleşmeye objektif olarak uygulanması gereken hukuka oranla tüketicinin daha lehine hükümler içermesi halinde geçerli olabileceği doktrinde kabul edilmektedir³⁸⁰. MÖHUK m. 26/1 hükmü ile elektronik ortamda kurulan sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuk tarafların sözleşmeyi imzalarken kullandığı tarzlara göre de değişmektedir. Sözleşmeler taraflar arasında karşılıklı bilgisayarlarda birbirine iletilen mesajlarla hukuk seçimi yapılarak kurulabildiği gibi *click-wrap* sözleşmeleriyle de kurulabilir. Tüketici sözleşmelerinin internet üzerinden imzalanan türü olan *click-wrap* yazılım sözleşmeleri, hukuk seçim kaydını da içerebilen sözleşme şartlarının bir simgeye tıklanmak suretiyle kabul edilerek imzalandığı bir tür sözleşmelerdendir³⁸¹. Doktrinde elektronik ortamda kurulan

³⁸⁰ Kocasakal Özdemir, 126. Güngör, böyle bir sınırlamanın sadece satıcının elektronik posta, reklâm, ilan gibi yollarla tüketiciye yönelmesi üzerine yapılmış elektronik tüketici sözleşmelerinde söz konusu olacağını, buna karşılık tüketicinin satıcıya yöneldiği, yani tüketicinin satıcıyı kendisinin bulunduğu elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından böyle bir sınırlamanın olmadığını kabul etmektedir (Güngör, *Elektronik Akitlerin Kuruluşu*, 105 vd.)

³⁸¹ Güngör, *Elektronik Akitlerin Kuruluşu*, 29.

sözleşmelerde hukuk seçiminin, sözleşmeyi kabul edince yapılıp yapılmadığı konusu tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, bu sözleşmelerin kabul haberinin muhataba ulaştığı andan itibaren sözleşmenin kurulmuş sayılacağı yönündedir³⁸². Burada kabul beyanının ulaşmasıyla kast edilen, kabul beyanının muhatabın hâkimiyet alanına girmesidir yani muhataba kabul beyanının açıkça beyan edilmesi halidir³⁸³. Web sitesi üzerinden ilan edilen genel şartların kabul edilmesi suretiyle kurulan sözleşmelerin (click-wrap sözleşmelerin) kuruluş anı, kabul beyanının icabı yapana ulaştığı an olarak kabul edilmelidir³⁸⁴. Click-wrap sözleşmelerde yapılan hukuk seçiminde tüketici taraf tek bir tuşla genel koşulları kabul ettiğinden bu şekilde yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmayacağı hususu üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir.

Elektronik tüketici sözleşmelerinde, tarafların müzakere yaparak hukuk seçimi yapmaları ihtimali oldukça düşüktür³⁸⁵. Sözleşmede hukuk seçimine dair bir madde var ise bu seçimin satıcı/sağlayıcı tarafından önceden düzenlenmiş metinde yer aldığı kuvvetle muhtemeldir. Birçok internet sitesinde tüketicinin genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme koşullarını kabul ettiğini belirten butonu tıklaması istenmekte, ancak bu şartlar tüketicinin bilgisine açıkça sunulmamaktadır. Web sitesinde sözleşme koşulları bulunsa dahi, bu koşulları incelemek isteyen tüketicinin bunları bulmak için özel çaba sarf etmesi gerekmektedir. Ayrıca genel işlem şartlarının sözleşmenin imzalanmasının sonra internet sitesi sahibi tarafından değiştirilmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle kurulan sözleşmenin koşullarında yapılması muhtemel manipülasyona karşı tüketicinin imzaladığı sözleşme aslına her zaman ulaşabileceği şekilde kendisine ulaştırılması kritik bir konudur³⁸⁶.

Türk hukukunda, eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği karinesi mevcuttur. Bu kapsamda satıcı/sağlayıcının herhangi bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürmesi

³⁸² Eren, 235; Sefa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, 58.

³⁸³ Eren, 234.

³⁸⁴ Çiğdem Kırca, “İnternette Sözleşme Kurulması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XX(4), 2000, 110; Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, 53; Sözer, 100.

³⁸⁵ Pürselim, 76.

³⁸⁶ Turgay Sarıakçalı, “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, *PPIL*, 40, 2020, 285.

halinde ispat yükü kendisine bırakılmıştır³⁸⁷. Fakat MÖHUK'un öngördüğü kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde yapılan hukuk seçimini genel işlem koşulları nedeniyle geçersiz kılacak bir kural bulunmamaktadır. Buna karşın 26. maddede hukuk seçimine izin verse de tüketicinin mutad meskeninin sağladığı asgari koruma saklı tutulmuştur.

Doktrindeki bir görüşe göre, click-wrap sözleşmelerde, tarafların sözleşmenin genel şartları üzerinde müzakere etme imkânı bulunmadığı için, esas sözleşme geçerli sayılsa bile, hukuk seçimine ilişkin anlaşma geçerli olmayacaktır³⁸⁸.

Diğer görüşe göre, hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, buna ilişkin hükmün muhatabın açıkça dikkatini çekecek şekilde yazılmış olması ve muhatabın bu şartı kolay bir şekilde öğrenebilmesinin sağlanmış olması gerekir³⁸⁹.

Katıldığımız bir diğer görüşe göre, genel işlem koşulları şeklinde yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmayacağı, anlaşmanın maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk tarafından belirlenecektir. Bu kapsamda, uygulanacak hukuk kuralları sözleşmede hukuk seçimine izin verse dahi tüketicinin mutad mesken hukukunun sağladığı asgari koruma göz önünde bulundurulacağı için Türk hukukunda TKHK 5. maddede yer alan haksız şarta ilişkin hükümler dikkate alınmalıdır. Hukuk seçimine ilişkin şartın haksız bir şart olduğu sonucuna varılması halinde geçersizlik sebebinin hukuk seçimini de kapsadığı kabul edilmelidir³⁹⁰.

2.3.5.1.2. Elektronik Ortamda Kurulan Tüketici Sözleşmelerinde Objektif Bağlama Kuralı

Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle MÖHUK 26/2. maddeye bakmak gerekmektedir. Bu maddede kanun koyucu, sözleşme taraflarının açık bir şekilde hukuk seçimi yapmamış olması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde esas almamız gereken objektif bağlama kuralını göstermiştir. Objektif bağlama kuralı, sözleşmeden doğan ilişkide tüketicinin sıkı ilişkili olduğu yer hukukudur³⁹¹. Bizim

³⁸⁷ Ezgi Kutluay, "Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları", *DEÜHFD*, 19-3, 2017, 1378.

³⁸⁸ Güngör, *Elektronik Akitlerin Kuruluşu*, 37.

³⁸⁹ Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmeler*, 129.

³⁹⁰ Sarıakçalı, 286.

³⁹¹ Çelikel ve Erdem, 356.

konumuz açısından sıkı ilişkili hukuk ise, tüketicinin sözleşme kurulması aşamasında mutad meskeninin bulunduğu yer hukukudur. Tüketicinin en iyi bildiği ve tüketiciyi en fazla koruyacak hükümlere sahip olan hukukun mutad mesken ülkesi hukuku olduğu, tüketici sözleşmelerindeki objektif bağlama kuralı hakkındaki genel görüştür³⁹². Tüketici sözleşmelerinde sözleşme taraflarından zayıf konumda bulunan tüketicinin sürekli olarak yaşadığı ve kendini koruyacak hukuk düzenini daha iyi bildiği kabul edilen, mutad mesken hukuku objektif bağlama kuralında kabul edilir.

MÖHUK'ta tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması 26. maddenin 2. fıkrasında bazı şartların gerçekleşmesine bağlamıştır. Daha önce detaylı olarak incelediğimiz başlıkları sadece elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleri açısından incelemek gerekirse;

a) Tacirin pazarlama faaliyetlerini bu ülkeye yönelik gerçekleştirmesi: Kanunda *‘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’* diyerek tacirin aktif faaliyetlerini bu ülkeye yönelik olarak gerçekleştirmesini aramıştır. Elektronik ortamda gerçekleştirilen tüketici sözleşmelerinde bu şart, satıcı veya sağlayıcı tarafından, tüketicinin herhangi bir talebi olmaksızın e-mail gönderilmek gibi araçlarla yapılan teklifler ve reklamlar açısından gerçekleştiği kabul edilmektedir³⁹³.

Web siteleri üzerinden yapılan tüketici sözleşmelerinde bu şartın gerçekleşmiş olması için, web sitelerinin oluşturularak internet ortamında bu sitelere erişimin sağlanması yeterli olmayıp, sitenin içeriğinin tüketicinin bulunduğu ülkeye yönelik olarak yani tüketicinin ülkesindekilerin anlayabileceği şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir³⁹⁴.

Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde, tüketici taraf sözleşmeyi telefon veya bilgisayar mutad meskeni dışındayken başka bir yerde kurmuşsa, tüketicinin başka bir ülke sınırları içerisinde internet kullanarak yaptığı işlemlerde mutad meskeni

³⁹² Çelikel ve Erdem, 380; Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmeler*, 126; Tarman, *Tüketicinin Korunması*, 335.

³⁹³ Kocasakal Özdemir, 137.

³⁹⁴ Güngör, *Elektronik Akitlerin Kuruluşu*, 42.

hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı düşündürücü olsa bile³⁹⁵ aksi ispatlanana kadar doktrinde sözleşmeyi kurma işlemini mutad meskeninin bulunduğu yerde yaptığı kabul edilmektedir³⁹⁶. Bu koşullar varken, satıcının tüketiciyle sözleşme ilişkisine girdiği konuda mal veya hizmete ilişkin olarak ilgili reklamı, tüketiciye gönderdiği özel bir davet veya ilan suretiyle yaptığı hallerde, kullanılan iletişim aracının da ayrıca bu sebeplerle değerlendirilmesi gereklidir³⁹⁷.

b) Tüketicinin siparişinin mutad meskeninde alınması: Bu şartın elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde gerçekleşmesi mümkün olmamaktadır. Bu şartta sözleşmenin tacir tarafı, tüketicinin bulunduğu mutad meskeni olan ülkeye gidip siparişi alması gereklidir fakat elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinde sipariş internet üzerinden oluşturulduğundan bu şartın gerçekleşmesi söz konusu değildir.

c) Satıcının düzenlediği yurtdışı gezilerinde gerçekleşen satışlar: Bu şartta tüketici tarafın, tacir tarafın düzenlediği ve tüketici tarafı sözleşme kurmaya teşvik amacıyla mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye yurtdışı gezisi düzenleyip orada sipariş verdirmek amacı olduğundan bu şartında elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleri açısından gerçekleşmesi mümkün değildir.

Tüm bu durumlar değerlendirildiğinde elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleri geçtiğimiz yıllarda yaşadığımız Covid-19 pandemisi sürecinde uygulanan sokağa çıkma yasakları ve karantina uygulamaları neticesinde daha fazla kullanılmaya başlamıştır. Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinin sayısı ve çeşitleri her geçen gün giderek artmaktadır. Bu sebeple konumuz açısından yararlı olacağı kanaatiyle bu konu ayrı başlık altında incelenmiştir. Bu alanda hem milli hukukumuzda hem de milletlerarası hukukta özel düzenlemelerin sayısı gün geçtikçe artmakta ve çeşitlenmektedir.

2.3.6. Tüketici Sözleşmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukukun kapsamına, bir işlemin herhangi bir şekil kuralına tâbi olup olmadığı ve tabi ise şekil şartları ve şekle aykırılığın hukukî

³⁹⁵ Turan, 113; Balaman, 305.

³⁹⁶ Kocasakal ve Özdemir, 141.

³⁹⁷ Balaman, 306 .

sonuçları girmektedir. Önceki bölümlerde açıkladığımız üzere, satıcı karşısında zayıf taraf olan tüketiciyi korumak amacıyla, tüketici lehine düzenlemeler yapılmaktadır. Bu kapsamda tüketiciyi koruma düşüncesi ile hakkında daha önce hüküm bulunmayan tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK’da ayrı bir hüküm ile düzenlenmiştir.³⁹⁸

MÖHUK 26/3. maddesi: “*İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.*” şeklindedir. Milletlerarası özel hukukta, tüketiciyi kendi mutad meskeni hukukuna göre korumak o kadar güçlü kabul edilmektedir ki tüketici sözleşmesinin esası hakkında yetkili olmanın yanı sıra, tüketici sözleşmesinin şeklini idare eden hukuk üzerinde de bağlama kuralı olarak etki göstermektedir³⁹⁹. Madde metninden de anlaşıldığı üzere MÖHUK 26/2. madde kapsamına giren tüketici sözleşmeleri ile bu hükmün kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri arasında ikili bir ayırım yapılmaktadır.

2.3.6.1. MÖHUK 26/2. Madde Kapsamındaki Sözleşmeler Yönünden

MÖHUK’un 26/3. maddesi uyarınca getirilen şekil kuralı, yabancılık unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmeleri bakımından değil, yalnızca aynı maddenin 2. fıkrasında öngörülen üç grup tüketici sözleşmesinin kapsamına giren sözleşmeler için geçerlidir. Bu kapsamda olmayan diğer tüketici sözleşmeleri bakımından genel şekil kuralı olan 7. madde uygulanmaya devam olmaktadır⁴⁰⁰.

Tüketici sözleşmelerinde hem esasa hem de şekle uygulanacak hukukun tüketicinin mutad mesken hukuku olarak kabul edilmesinin nedeni, tüketiciyi koruyan ve emredici nitelik taşıyan esasa ilişkin hukuk kuralları ile aynı nitelikteki şekil kuralları arasındaki yakın ilgiye dayandırılmaktadır. Böylece, MÖHUK madde 26/3 hükmü ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı emredici şekil kurallarının dolanılmasının önüne geçilmiştir⁴⁰¹.

MÖHUK 26/3. madde kapsamındaki sözleşmelerde MÖHUK 7. madde uygulanamayacağından, işlemin yapıldığı yer hukuku veya lex causae’ya göre

³⁹⁸ Bahar Küpe, *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*, Adalet Yayınevi, 2021, 198.

³⁹⁹ Güngör, *Düşünsel Temeller*, 122; Küpe, 199.

⁴⁰⁰ Şanlı vd., 290; Çelikel ve Erdem, 409; Doğan, 398.

⁴⁰¹ Güngör, *Düşünsel Temeller*, 122.

sözleşmenin şeklen geçerli sayılıp sayılmaması önemli bulunmamaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere 26/3. maddede düzenlenen şekil kuralı, yabancılık unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmeleri bakımından değil, yalnızca aynı maddenin 2. fıkrasında öngörülen üç grup tüketici sözleşmesinin kapsamına giren sözleşmeler için geçerlidir. Bu bağlamda mutad mesken hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın, sözleşmede hukuk seçimi yapılan durumlarda da uygulanması gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelebilir. Tüketici sözleşmelerinin şekline hukuk seçimi yapılmış olsun veya hukuk seçimi yapılmamış olsun MÖHUK'un 26/3. maddesi uyarınca tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanmaktadır. Bunun amacı zayıf durumda olan tüketiciyi korumak ve tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk olarak belirtilen objektif bağlama kuralı ile şekle uygulanacak hukukta birlik sağlamaktır. MÖHUK'un 26. maddesinin 3. fıkrası ile getirilen özel düzenleme, sözleşmenin diğer tarafı karşısında daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan tüketicinin, aşına olmadığı kurallara göre yargılama yapılarak mağdur edilmesini, tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı şekil kurallarının uygulanmasından kaçınılmasını engellemeyi amaçlamıştır⁴⁰². Tüketici sözleşmelerinde esasa ve şekle uygulanacak hukuk konusunda birlik sağlanması tüketicinin yararı gözetildiğinde yerinde olmuştur⁴⁰³.

2.3.6.2. MÖHUK 26/2. Madde Kapsamı Dışındaki Sözleşmeler Yönünden

MÖHUK 26/2. madde kapsamına girmeyen tüketici sözleşmelerinin şekli ise genel şekil kuralına tabidir. MÖHUK'ta şekle ilişkin hukuk seçimine dair bir düzenlemeye yer verilmediği için, şekil ile ilgili olarak MÖHUK 7. madde göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu maddede hukuki işlemlerde şekil “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*” hükmü ile düzenlenmiştir. Bu madde, hukuki işlemlerin şekline ilişkin olarak bağlama kurallarını içermektedir. Kural olarak hukuki işlemlerin yapıldıkları yer hukuku veya hukuki işlemin esasına uygulanan hukuk şekil hükümlerini belirlemektedir. Bu hüküm ile iki seçenek getirilmesinin nedeni hukuki işlemlerin şekil açısından mümkün olabildiğince geçerli kılınmasını sağlamaktır. Genel şekil kuralının işlem menfaatinin üstün tutan yapısı nedeniyle tüketiciyi koruma

⁴⁰² Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, 127.

⁴⁰³ Çelikel ve Erdem, 379-380.

amacını sağlamaktan uzak olduğu savunulmaktadır.⁴⁰⁴ Tüketiciyi koruma amacının gerçekleşmesi, tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun tüketicinin mutad meskeni hukuku olması ve tüketici sözleşmesinin şeklini de münhasıran bu hukukun yönetmesi hâlinde mümkün görülmektedir.

Şekli geçerlilik, Roma Konvansiyonun 9. maddesine göre de, lex causae veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna tabiydi. Aynı düzenleme Roma I Tüzüğü 11.maddede de yer almaktadır⁴⁰⁵. Ancak tüketici sözleşmeleri açısından 9/5.madde hükmü uyarınca istisna getirilmektedir. 5. maddenin ikinci fıkrasındaki⁴⁰⁶ şartlar altında kurulmuş olan tüketici sözleşmelerinin şekli, hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın, tüketicinin, mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğu kabul edilmiştir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, 227; Küpe, 201.

⁴⁰⁵ Betül Dürgen ve Adem Yelmen, “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C:1, 2015,456.

⁴⁰⁶ Sözleşme madde 5/2: “Taraflarca seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğuramaz”. Bkz. Ekşi, *Roma Konvansiyonu*, 157.

⁴⁰⁷ Küpe, 201; Atamer,432.

SONUÇ

Her birimiz doğduğumuz günden bugüne kadar tüketim faaliyeti içerisindeyiz. Tüketici ve tüketim olgusu hukuk, iktisat, psikoloji ve sosyoloji gibi birçok bilim ve disiplin ile doğrudan ilişkilidir. Tüketicinin insan hayatındaki yeri ve sürekliliği göz önüne alınarak tarihsel sürece bakıldığında devletlerin ve uluslararası toplulukların tüketiciye yönelik çeşitli faaliyetlere giriştiği görülmektedir. Bu kapsamda tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemelere ve örgütlenmelere Eski Yunan, Roma İmparatorluğu ile Osmanlı Devletinde de rastlanmaktadır. Ancak modern anlamda ilk tüketici hareketleri Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleşmiştir. Tüketicinin korunmasına ilişkin ulusal düzenlemelerin birbirlerine karşı üstün ve eksik yanları olsa da neticeten genel olarak akdın zayıf tarafını koruma amacına hizmet ettikleri söylenebilir. Ancak aynı şeyi uluslararası düzenlemeler için söylemek pek mümkün değildir. Özellikle çok taraflı sözleşmelerde, azami katılımı sağlayabilmek kaygısıyla, subjektif, yoruma yatkın anlatım kalıpları kullanılmaktadır. Tüketicinin korunmasına ilişkin belirlenen prensipler de çoğunlukla tavsiyeden öteye geçememiştir. Bu durum uluslararası hukukun en zayıf yönlerinden birisini oluşturmaktadır.

Ancak Uluslar üstü ve hükümetler arası nitelikleri bünyesinde taşıyan bir örgüt olan Avrupa Birliğini ve birlik müktesebatında tüketicinin korunmasına ilişkin yapılan düzenlemeleri diğer uluslararası düzenlemelerden ayrı tutmak gerekmektedir. Çünkü AB, ortak pazar bünyesinde ortaya çıkan bir hukuki uyumsuzlığa tüm üye ülke mahkemelerinin aynı hukuku uygulamasını amaçlamaktadır. Bu amaç tüketici hukukunda da kendisini göstermiştir. Bu kapsamda Avrupa Ekonomik Topluluğunun Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşmesi ve Avrupa Birliğinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK 26. maddenin hazırlanması sürecinde önemli uluslararası hukuk kaynakları olmuşlardır. Bu nedenle Avrupa Birliğinde tüketici hukukunun gelişimi, Konvansiyon ve Roma I Tüzüğü çalışmamız kapsamında ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ilk olarak tüketici sözleşmelerini diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmeye ve uygulama alanını belirlemeye çalıştık. Bu kapsamda çalışmada taraflarının niteliği veya edim konusu şeklindeki kriterlerden hareketle

tüketiciyi koruyan düzenlemelerin uygulanma alanını belirlemeye çalışan görüşlerin yetersiz kaldığı anlaşılmıştır. Bu nedenle hukuki işlemi yapan kişinin iradesinin gerçek anlamı dikkate alınarak sözleşmelerin niteliği belirlenmelidir. Kavram yönünden tüketici sözleşmeleri tek tip bir sözleşme türü anlamına gelmemektedir. Nitelik açısından birbirinden farklı sözleşme tipleri, gerekli unsurları taşımaları halinde tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilirler. Bir sözleşmenin, tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için alıcının ticari ve mesleki amaç gütmemesi gerekmele ilişkinin diğer tarafının da ticari ve mesleki amaçla hareket eden bir satıcı/sağlayıcı olması gerekir.

Milletlerarası özel hukukta tüketici sözleşmelerini inceleyebilmek için öncelikle yabancı unsurlu ilişkinin irtibatlı olduğu hukuk düzenleri arasında milletlerarası özel hukuk menfaatleri esas alınarak bir seçim yapmak gerekmektedir. Bu nedenle milletlerarası özel hukukta korunan menfaatlerin neler olduğu ve zayıf tarafı koruma amacı bulunan tüketici sözleşmeleri gibi hukuki işlemlerde korunan menfaatin tespiti önem taşımaktadır. Tüketiciyi koruma amacı bulunan tüketici akitlerinde, taraf menfaati olarak tüketicinin menfaati ön plana çıkarken, işlem menfaati gerilemekte; hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyacı geri planda kalmaktadır. Bunun yanında her bir somut olayın özelliğine göre maddi özel hukuk menfaati ve devlet menfaatleri de göz önünde bulundurulmaktadır.

Milletlerarası unsurlu bir sözleşmeye açılacak dava yönünden, birden çok ülke mahkemesinin kendi hukuk sistemleri kapsamında yargı yetkisine sahip olması ihtimalinde, farklı ülke mahkemelerinin kendi ihtilâf kuralları vasıtasıyla farklı hukukları uygulaması da mümkün olmaktadır. Bu nedenle ülkelerin kendi ihtilaf kurallarını yeknesaklaştırmak amacıyla milletlerarası sözleşmeler yapması gerekmektedir. Dünya ölçeğinde yeknesaklaştırma çalışmaları zor ve yavaş işleyen bir süreç olarak yerini korumaktadır. Buna karşın bölgesel çaptaki yeknesaklaştırma çalışmaları nispeten daha hızlı gelişim göstermektedir. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tüketicinin korunması alanında çeşitli zamanlarda çıkarmış olduğu direktifler, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü bölgesel yeknesaklaştırma faaliyetlerine örnek olarak gösterilebilir.

Yabancılik unsuru, kanunlar ihtilafı hukuku kapsamına girecek hukuki işlemin doğabilmesi için aranacak ilk ve en önemli unsurdur. 5718 sayılı MÖHUK'ta, özel hukuk ilişkilerine yabancılik unsuru katan kriterler, tahdidi olarak sayılmamış olmakla, bu

kavramın tanımı ve kapsamı doktrin ve içtihatla bırakılmıştır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklara doğrudan doğruya davanın açıldığı ülke hukukunu uygulamak, uyuşmazlığa konu hukuki işlemin ve tarafların menfaatleriyle uyuşmayabilir. Bu sebeple yabancı unsurlu sözleşmelerde milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamak için kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilmesini gerektirmektedir. Bu kısımda üzerinde durulması gereken bir konu da, sözleşmede başkaca bir yabancı unsur bulunmamasına karşın, taraflarca sözleşme nedeniyle ileride doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmiş olmasının tek başına sözleşmeye yabancılik unsuru katıp katmayacağı hususudur. Bu hususta doktrinde görüş farklılıkları bulunmakla birlikte bir özel hukuk ilişkisinin yabancılik unsuru taşıdığından tespitinden sonra kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gündeme gelmektedir. Bu nedenle kanaatimizce 24. madde anlamında hukuk seçimine imkân tanınabilmesi için, sözleşmenin, seçilen hukuk dışında başkaca objektif olarak yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir.

Yabancı unsurlu sözleşmelerde, taraflarca seçilen hukuku sınırlandıran birtakım mekanizmalar yani düzenlemeler mevcuttur. Bunun sebebi ise tüketici sözleşmeleri gibi sözleşme taraflarından birinin diğer tarafa göre daha zayıf olduğu bilinen hallerde, taraflara hukuk seçimi konusunda sınırsız bir irade serbestisi tanınması durumunda, güçlü tarafın zayıf tarafa karşı hukuk seçimi imkânını kötüye kullanarak, iyi niyetli olmayan bir şekilde kendi lehine olan hukuku seçmesi ihtimalini doğurabilecek olmasıdır.

Türk hukukunda da tüketici sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi serbestisi kural olarak mevcut olup, bu seçime rağmen tüketiciyi daha fazla koruyan mutad mesken hukuku normlarının uygulanması ile zayıf tarafa karşı hukuk seçimi imkânını kötüye kullanması engellenmeye çalışılmıştır. Böylece tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sağladığı koruma hukuk seçimi açısından asgari düzey olarak kabul edilmiştir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda objektif bağlama kuralı gereğince akde uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukudur. Tüketicinin mutad meskeni hukuku, hem tüketicinin asgari olarak korunmasını sağlamak açısından lehine olan bazı emredici hükümlerin tatbikinde ve hem de taraflar arasında herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı zaman esasa uygulanacak hukuk şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

MÖHUK 26. maddenin 1. fıkrasında tüketici sözleşmelerinin genel bir tanımı yapıldıktan sonra 2. fıkrasında tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi açısından sadece belirli özelliklere sahip tüketici sözleşmelerinin mevcut olması aranmıştır. Bu noktada yabancılik unsuru içeren bir tüketici sözleşmesinin 26. madde kapsamına girip girmeyeceği belirlenirken ilk fıkra da yer alan tanıma uymasının yeterli olup olmadığı, bunun yanında ikinci fıkra da düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bir araştırma yapılması da gerekip gerekmediği hususu önem taşımaktadır. Kanaatimizce, 1. fıkra da sadece tüketici sözleşmeleri tanımlanmış olup sözleşmenin kurulma şartlarını düzenleyen 2. fıkraya herhangi bir atıf yapılmamıştır. Fakat 26. madde, 24. maddedeki genel kural karşısında özel bir bağlama kuralı olduğundan, mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik her tür tüketici sözleşmesinde uygulama alanı bulması mümkün değildir. Maddenin uygulanmasının ilk koşulu, şüphesiz 1. fıkradaki tanıma uygun bir sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Ancak bunun yanında sözleşmenin 2. fıkra da düzenlenen şartlar altında kurulmuş olması gerekmektedir. Nitekim maddenin gerekçesinde de 26. maddenin bazı tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun diğer sözleşmelerden farklı şekilde düzenlenmesi zorunluluğu sebebiyle getirildiği ifade edilmiştir. Aksinin kabulü halinde, bir tüketicinin, dünyanın neresine giderse gitsin, mutad mesken hukukunu yanında taşıdığını sonucuna ulaşılmakta olup bu durum kanun koyucunun amacı ile bağdaşmamaktadır.

Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmelerinin yaygınlaşması nedeniyle yabancı unsur taşıyan tüketici sözleşmeleri istisna olmaktan çıkmıştır. Türk hukukunda yabancı unsurlu özel hukuk işlem ve ilişkilerinden kaynaklanan davalarda Türk mahkemelerinin 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygulaması gerekmektedir. Ancak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde yapmış olduğumuz detaylı araştırmalarda dahi MÖHUK 26. maddenin tatbik edildiği emsal istinaf ve temyiz kararlarının sayısının oldukça düşük olduğu görülmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının Türk hukuk sistemine dâhil olmasına karşın, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu medenî usûl hukukumuzda bu kuralların tatbiki için gerekli vakıaların yargılama süresince taraflarca ileri sürülmemesi ve ilk derece yargılamasının yapıldığı mahkemelerde yabancı hukuku uygulama konusundaki isteksizlik, bu alandaki içtihat eksikliğinin başlıca sebepleridir.

Yargıtay'ın görevinin sadece millî hukukun gelişimini ve ülkede hukuk birliğini sağlamak olduğu görüşüne göre, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz mahkemesince denetlenememektedir. Ancak yabancı hukukun uygulandığı benzer olaylarda farklı kararlar verilmesi millî hukuk birliğini tehlikeye sokacak nitelikte ise, Yargıtay'ın yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını inceleme yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim yabancı hukukun uygulanması mutlak bir anlam taşımamaktadır. Kamu düzenine aykırılık, doğrudan uygulanan kuralların varlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırılık durumlarında yabancı hukuk uygulanamamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi kendi mutad meskeni hukukuna göre koruma amacı, tüketici sözleşmelerinde esasa etki ettiği kadar şekle de etki etmektedir. MÖHUK'ta tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım mevcuttur. Bir tüketici sözleşmesinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, sözleşmenin 26. maddenin 2. fıkrasındaki üç şarttan birisine uygun olması gerekmektedir. Bu madde kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri yönünden ise genel şekil kuralı uygulanarak tüketici sözleşmesinin yapıldığı yer hukukuna veya tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli bir sözleşme yapılıp yapılmadığı incelenmektedir.

KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç, M., *Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- Açıkgül, H. A., *Türk ve Amerikan Hukukunda Satılanın Ayıplı Olması Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2015.
- Akıncı, Z., *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992.
- Akıpek Öcal, Ş., *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Editörler: Tokbaş, H., T. Ö., Aristo Yayınevi, 2016.
- Akıpek, Ş., *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Aktaş Avcı, P., *Tüketici İşlemi Niteliğindeki Promosyonlu Satış Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Akturan, U., Modern Tüketicinin Tarihçesi, *Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 2015, 35-45.
- Altın Yolcu, F. Z., "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), İstanbul 2018, 1111-1124.
- Altın Yolcu, F. Z., *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde, Konut Satışlarında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- Alibaba, A., *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005.
- Altınışik, Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- Arslan, İ., *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2014.

- Arslan, İ., “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Yabancı Hukukun İçeriği Hakkında Bilgi Edinilmesinde Bilirkişinin Rolü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 13(51), 293-328.
- Arslan, İ. K., Öz, N., Elektronik Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(38), 2020, 13-31.
- Aslan, Y., *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ekin Yayınları, 5.Baskı, Bursa 2015.
- Atamer, Y., “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *İÜHFD*, 55(1-2), 2011, 421-446.
- Atasoy, K., “Sözleşme Tarafları Arasında Yapısal Eşitsizlik ve Kamu Düzenine Aykırılık”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni*, 2021.
- Ateş, M., “Avrupa’da Sosyal Diyalogun Kurumsal Yapısı: AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 5-1, 2005, 45-66.
- Aybay, R., Dardağan, E., *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Aydoğdu, M., *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Aydoğdu, M., *Tüketici Kılavuzu – Hukuk Rehberi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Aydoğdu, M., “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerimiz” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), İzmir 2013, 1-62.
- Aygül, M., “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, 9(3-4), 223-264.
- Aygün, M., “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti (Çek)” , *AÜHFD*, 61(3), 2012, 925-972.

- Aygün, M., “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü (Yabancılık Unsuru)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan*, C: 16, Özel Sayı 2014, 1025-1066.
- Babayev, I., “Uluslararası Ticaret Hukukunun Yeknesaklaştırılması”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19 (38), 2020, 103-117.
- Bahtiyar, M., "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, 395-436.
- Balaman, S., “Yabancı Unsurlu Elektronik Tüketici Sözleşmelerinin MÖHUK Kapsamında İncelenmesi”, *Kesit Akademi Dergisi*, Yıl: 3, S. 9, 2017, 286-312.
- Başkıran, Ü., *Tüketiciyi Korumaya Yönelik Örgütler:TÜKODER(Tüketiciyi Koruma Derneği) Örneğinin İncelenmesi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1997.
- Başpınar, V., “Küreselleşen Dünyada Hukukun Yeknesaklaştırılması Konusunda Karşılaşılan Bazı Problemler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, 437-451.
- Bayata Canyaş, A., “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2011, 110-121.
- Baykan, R., *Türkiye’de Tüketicinin Korunması Tedbirleri-Öneriler ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 1998.
- Bayraktaroğlu Özçelik, G., “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63(4), 2014, 833-878.
- Bayram, A. E., “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, *TBB Dergisi*, 119, 2015, 331-366.
- Bozdağ, G. G., *Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlerden Doğan Hakları Kapsamında Garanti Belgesi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2004.

- Bozkır, V., *Türkiye ve Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik Süreci*, Ankara, 2002.
- Can, H., Toker, A. G., *Milletlerarası Özel Hukuk*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016.
- Can, M., “Yeni Tüketici Kanunu ve ABD Hukukunda Tüketici Koruma Düzenlemeleri”, *Mevzuat Dergisi*, 71, 2003.
- Çabri, S., *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi*, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Çağlar, F., *4077 Sayılı Kanunla Ortaya Çıkan Tüketicinin Hak Arama Yolları*, (Yayımlanmış Uzmanlık Tezi), Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü, Ankara 2001.
- Çalışkan, Z., “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanunun 26. Maddesine göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28/1-2, 2008, 27-50.
- Çelikel, A., Erdem, B., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, Beta Basım, İstanbul 2022.
- Çelikel, A., Nomer, E., *Devletler Hususî Hukuku*, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2014.
- Çınar, K., *Yabancılık Unsuru İçeren Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.
- Deniz, M. B., “Dünyada ve Türkiye’de Tüketici Hakları ve Tüketici Örgütleri”, *Sivil Toplum Dergisi*, 1(4), Ekim-Aralık 2003.
- Demir, M., *Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Turhan Yayınevi, Ankara 2003.
- Demir, M., *Tüketim Sözleşmeleri ile İlgili Hükümlerin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Doğan, G., *Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1997.
- Doğan, N., “Ulusal ve Uluslararası Hukuk Alanlarına Göre Sözleşme Kavramı, Sözleşme Akdi ve Koşulları”, *Mevzuat Dergisi*, 9(105), Eylül 2006.

- Doğan, V., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
- Doğan, V., “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, *MHB*, 15(1-2), 1995, 21-42.
- Doğan, V., “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *SÜHFD*, 5(1-2), 1996, 153-179.
- Doğan, V., *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- Dönmez, Z., "Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), İstanbul 2016.
- Dürgen, B., Yelmen, A., “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Hâller”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C:1, 2015, 449-480.
- Ekşi, N., “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 17(1-2), 1997, 163-182.
- Ercoşkun, Şenol, K., “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27” *İÜHFM*, C. LXXIV, S. 2, 2016.
- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Ergün, Ö., “Tüketici Haklarının Uluslararası ve Ulusal Gelişim Aşamaları”, *Dicle Üniversitesi Adalet Dergisi*, c.7,1,2023, 53-92.
- Erişgin, Ö. S. , *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Erkan, M., “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(2), 2011, 81-121.
- Falcıoğlu, M. Ö., *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Gezder, Ü., *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

- Göğer, E., *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı)*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Gümüş, M.A., *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Güner, C., *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Güngör, G., “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *AÜHFD*, 46(1), 1997, 101-120.
- Güngör, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Güngör, G., “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller”, *AÜHFD*, 57(2), 2008, 115-132.
- Güngör, G., “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, *AÜHFD*, 51(1), 2002, 19-42.
- Güralp, A. G., “Medeni Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyindeki Çalışmalar”, *DEÜHFD*, 11(Özel Sayı), 2009, 261-308.
- Gürsoy, E. B., *Uluslararası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- Güveyi, N., “Anglo - Sakson Hukuk Sistemi Ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21,1, 2017, 83-122.
- Hatemi, H., Gökyayla, E., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.
- Hayta, B. A., “Tüketicinin Korunmasında Tüketici Örgütlerinin Rolü ve Önemi”, *Kastamonu Üniversitesi Eğitim Dergisi*, 15(1), 2007, 13-20.

- İhsanoğlu, E., *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi, İstanbul 1994.
- İrge Erdoğan, B., “Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Genel Değerlendirme”, *MHB*, 37(2), 2017, 508-546.
- Kadioğlu, K., “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 4822 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/55, 295-316.
- Kalkancı, Y., *Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2016.
- Kaplan, G., *Tüketici Örgütleri Olgusu Türkiye’de Ürün- Hizmet- Tüketici İlişkisi Bağlamındaki Görünümleri*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.
- Karabulut, M., *Tüketici Davranışı*, Minnetoğlu Yayınları, 1981.
- Karagöz, Ö. Y., *Avrupa Birliği ve Türkiye ‘de Tüketici Hakları Mevzuatının Karşılaştırmalı Analizi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar 2009.
- Kara Kılıçarslan, S., “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2015, 183-222.
- Kaşak, F., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kaya, S., *Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Kılıçoğlu, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı Turhan Kitapevi, Ankara 2022.
- Kırca, Ç., “İnternette Sözleşme Kurulması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XX(4), 2000, 99–119.
- Kutluay, E., “Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları”, *DEÜHFD*, 19-3, 2017, 1369-1422.

- Künnecke, A., “Yeni Avrupa Birliği Tüketici Hakları Direktifi - 2011/83/ab (Arka Planı, İçeriği, Değerlendirmesi)”, çev. Bilgen, K., *Hukuk Köprüsü*, 2(5), 171-190.
- Küpe, B., *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*, Adalet Yayınevi, 2021, 198.
- Murtaz, G., “Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 157-202.
- Nomer, E., Şanlı, C., *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 23. Baskı, İstanbul 2021.
- Nomer, E., “Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu”, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan*, İstanbul 1998, 685-730.
- Nomer, H.N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 19.Baskı, 2023.
- Oğuz, A., “Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22(2), 2002, 451-508.
- Oğuzman, K., Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul, 2018.
- Oral, T., “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, *TAAD*, 13(4), 2013, 545-573.
- Oruç, M., “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Uygulama Alanının Eleştirisi”, *2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS) Bildiriler Kitabı*, Pesa Kitap, 2017, 80-94.
- Ozanoğlu, H. S., “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı”, *AÜHFD*, 50(1), Ankara 2001, 1-90.
- Önder Balaban, S., “Yabancı Unsurlu Elektronik Tüketici Sözleşmelerinin MÖHUK Kapsamında İncelenmesi”, *Kesit Akademi Dergisi*, 3(9), Eylül 2017.
- Öngören, G., *İnternet Hukuku*, Öngören Hukuk Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2006.
- Özdemir Kocasakal, H., *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tesbiti*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.

- Özdemir Kocasakal, H., “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2010, 30(1-2), 27-62.
- Özdemir, R., “Tüketici Haklarına Yönelik Tarihte Yapılan İlk Kanun: “ Kanunname-i İhtisab-i Bursa” ”, *Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 4, 2017.
- Özdemir, Y., “Avrupa Birliği Gümrük Birliğinin Türkiye Ekonomisine Etkileri”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5(9), 2016, 45-59.
- Özel, S., “Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28-2, 2022, 963-978.
- Özel, S., “Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Eskişehir, Nisan 2016, 423.
- Özkan, I., *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, 2003.
- Özsunay, E., *Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye- AB İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- Öztan, B., *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 47. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Öztekin Gelgel, G., *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000.
- Öztekin Gelgel, G., *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2006.
- Poroy, Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, *İÜHFD*, İstanbul 1978, s. 513-550.
- Pürselim, H. S., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Reisoğlu, S., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

- Ruhi, A. C., *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Sarıakçalı, T., “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, *PPIL*, 40, 2020, 248-297.
- Serozan, R., “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, *Yasa Hukuk Dergisi*, 4, Mayıs 1996, 579-598.
- Sert Sütçü, S., *Şematik Tüketici Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Sirmen, L., *Tüketici Hukuku, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği, Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Editörler: Belgin Akçay/Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Sirmen, L., “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri The Purpose and the Characteristics of Consumer Law”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel), Haziran 2013, 2465-2476.
- Sözbilir, H., “İşletmelerin Sosyal Sorumluluklarının Bir Boyutu Olarak Tüketici Koruması”, *Standart Dergisi*, 29(243), 1990.
- Sözer, B., *Elektronik Sözleşmeler*, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2002.
- Sudan, M., *Kanunlar İhtilafı Alanında Hukuk Seçimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.
- Şahin, Ayşe ve Demir, M. Hulûsi, “Avrupa Birliği’nin Tüketici Politikası ve Türkiye’ye Yansımaları”, *Review of Social, Economic & Business Studies*, 3(4), 2003, 274-285.
- Şanlı, C., Esen, E., Ataman Fıganmeşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021.
- Tandoğan, H., *Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*, AÜHF Yayınları Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- Tarman, Z. D., “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, *Batıder*, 25(2), 2009, 325-356.

- Tarman, Z. D., “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(2), Ankara 2008, 193-223.
- Tarman, Z. D., *Avrupa Birliği Kanunlar İhtilaf Kuralları*, , Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Tarman, Z. D., “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *Public and Private International Law Bulletin*, 39(1), 325-356.
- Tarman Z. D., “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *AÜHFD*, 59(3), 2010, 521-550.
- Taşkın, M., Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1997, I- 54.
- Tekinalp, G., “ Kitap Tahlilleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c.LV, 1996, 548-550.
- Tekinalp, G., *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Tiryakioğlu, B., *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara 1996.
- Toker, A. G., “5718 Sayılı Möhük’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler”, *İzmir Barosu Dergisi*, 81(3), Eylül 2016, 11-74.
- Tunç, S., “Türkiye’de Tüketici Haklarının Gelişimi ve Hak Arama Yolu Olarak İnternet”, *Uluslararası Akademik Yönetim Bilimleri Dergisi*, 1(2), 2015,70-85.
- Turan, G., Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, *TBB Dergisi*, 77,2008, 87-119.
- Tutumlu, M. A., “Taşınmaz (Konut) Davalarının Tüketici Mahkemelerinde Görülmesinin Koşulları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(1), 2006, 41-48.
- Tüzüner, Ö., *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.

- Ulu, A., *Elektronik Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2023.
- Ural Çınar, N., *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıba Karşı Tekeffül*, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.
- Uyanık A., Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları in Hakan Tokbaş and Fehim Üçışık (eds), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, 2016.
- Uyumaz, A., Erdoğan, K., "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği", *AÜHFD*, 64(2), Ankara 2015, 459-505.
- Yağcı, S., "Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma", *DEÜHFD*, 19-3, 2017, 2633-2646.
- Yaşar, T., "Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 33,2, 2016, 75-114.
- Yıldırım, A., "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", *GÜHFD*, 17(2), 2013, 1015-1047.
- Yüce, H. A., "Mesleki Amaç ve Ticari Amaç Kavramlarının Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni*, 2021.
- Yücer Aktürk, İ., "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2016, 103-128.
- Zevkliler, A., Aydoğdu, M., *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22221.pdf>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071212-1.htm>.

https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=131054

<https://portal.uyap.gov.tr/>

https://www.ab.gov.tr/files/rehber/10_rehber.

https://www.mfa.gov.tr/turkiye-ve-avrupa-birligi_ne-tam-uyelik-sureci.tr.mfa.

<https://app.e-uyar.com/gerekce/index/38ee77de-6158-4afe-97bd-a3042464c3c8>

<https://app.e-uyar.com/gerekce/index/73760240-9a6c-4405-9249-d391a3cb158b>

<http://eurlex.europa.eu/lexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0357:EN:HTML>

<http://eurlex.europa.eu/lexUriServ/lexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:EÜ:HTML>

<http://eurlex.europa.eu/lexUriServ/lexuriserv.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:HTML>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=05:L:1999:171:0012:0016:EN:PDF>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0006:EN:HTLM>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:EN:HTLM>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:EN:HTLM>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:EN:HTLM>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:de:PDF>

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Muhammed Enes ORAK
Doğum Yeri ve Tarihi	
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	
Y. Lisans Öğrenimi	
Bildiği Yabancı Diller	
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	
İletişim	
E-Posta Adresi	
Tarih	