

# AVRUPA BİRLİĞİ ROMA KONVANSİYONUNA GÖRE TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

*Doç. Dr. Nuray Ekşi<sup>1</sup>*

- I. Giriş
- II. Tüketici Sözleşmeleri Açısından Roma Konvansiyonunun Kapsamı
  - A. Konvansiyonun Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmeleri
  - B. Konvansiyonun Kapsamı Dışında Kalan Tüketici Sözleşmeleri
- III. Konvansiyona Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini
  - A. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçimi
    1. Bağlama Kuralı ve Hukuk Seçimine İlişkin Esaslar
    2. Tüketicinin Korunması Amacıyla Hukuk Seçimine Getirilen Sınırlamalar: Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkenin Müdahaleci Kuralları
      - a. Konvansiyonun Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkenin Müdahaleci Kuralları ile İlgili Düzenlemesi
      - b. Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkenin Müdahaleci Kurallarının Uygulanması İçin Gerekli Şartlar
        - aa. Tüketicinin Sözleşmenin Kurulması İçin Gerekli İşlemleri Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkede Yapması
        - bb. Satıcı veya Temsilcisinin Tüketicinin Siparişini Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkede Alması
        - cc. Satıcının Tüketiciyi Ürün Almaya İkna Etmek Amacıyla Düzenlediği Yurt Dışı Gezilerinde Tüketicinin Siparişini Vermesi
  - B. Hukuk Seçiminin Yapılmadığı Durumlarda Uygulanacak Hukukun Tayini
- IV. Esasa İlişkin Hukukun Uygulama Alanı
  - A. Genel Olarak
  - B. Özel Konular

---

<sup>1</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

V. Esasa İlişkin Hukukun Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

VI. Esasa İlişkin Hukukun Uygulanması Engelleyen Hususlar

A. Kamu Düzeni

B. Müdahaleci Kurallar

1. Kavram

2. Lex Fori'nin Müdahaleci Kuralları

3. Sözleşmenin En Yakın İrtibatlı Olduğu Yer Hukukunun Müdahaleci Kuralları

4. Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Devletin Müdahaleci Kuralları

SONUÇ

## I. Giriş

Tüketicinin korunması, 1970'li yıllardan itibaren üzerinde daha fazla durulmaya başlanan konulardan birini oluşturmaktadır. İç hukukta yapılan yasal düzenlemelerle ele alınan bu konu uluslararası düzeyde de yoğun ilgi görmüştür. Tüketicinin korunması ile ilgili olarak ulusal ve uluslararası düzeyde yapılan çalışmalar, devletler özel hukuku açısından değerlendirildiğinde temel olarak iki husus karşımıza çıkmaktadır. Birinci husus, yabancılık unsuru taşıyan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların hangi devletin hukukuna göre çözümleneceğine; ikincisi ise, bu sözleşmelerden doğan davalara bakmaya hangi devletin mahkemelerinin yetkili olduğuna ilişkindir. Ayrıca, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkime gidilip gidilemeyeceği de ayrı bir mesele teşkil etmektedir<sup>2</sup>.

Biz çalışmamızda, bu sorunlardan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayinini inceleyeceğiz. Belirtmek gerekir ki, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayini sadece Avrupa Birliği Roma Konvansiyonu açısından değerlendirilecek ve zorunlu olmadıkça ulusal veya uluslararası alanda tüketici sözleşmeleri ile ilgili olan diğer düzenlemeler üzerinde durulmayacaktır.

## II. Tüketici Sözleşmeleri Açısından Roma Konvansiyonunun Kapsamı

### A. Konvansiyonun Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmeleri

Konvansiyonda, tüketici sözleşmeleri açısından ayrı bir hüküm getirilmiştir. Bu hükmün amacı, yabancı ülkede bulunan satıcılardan ürün veya hizmet almak için kendi ülkesinde sözleşme yapan tüketicileri korumaktır<sup>3</sup>.

Konvansiyonun 5. maddesinin başlığı, "belirli tüketici sözleşmeleri"dir. O halde tüketicilerin taraf olduğu bütün sözleşmeler Konvansiyonun uygulama alanına girmemektedir. Konvansiyon'un 5. maddesinin 1. paragrafında tüketici sözleşmelerinin tanımı yapılmıştır.

<sup>2</sup> Nihal ULUOCAK, Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtay'ının ve Doktrininin Görüşleri, (1997-1998) 1-2 MHB, Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, s. 517-531.

<sup>3</sup> Paul LAGARDE, The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia, 22(1981) Virginia Journal of International Law, s. 98.

“Bu madde, konusu meslek ve ticareti dışında kabul edilen bir amaçla tüketiciye mal veya hizmetlerin sunulması veya bu amaçla kredi temini olan sözleşmelere uygulanır” (md. 5/1).

Ayrıca 5/5. maddede, belirli bir bedel karşılığında konaklama ve seyahat sağlayan sözleşmelere de 5. maddenin uygulanacağı açıklanmıştır.

Maddede “tüketici”nin değil “tüketici sözleşmesi”nin tanımı yapılmış ve maddenin uygulama alanına hangi tüketici sözleşmelerinin girdiği belirlenmiştir. Konvansiyonda “tüketici sözleşmesi”nin tanımına yer verilmesinin sebebi üye devletlerin ulusal hukuklarında yer alan farklı tanımların yol açacağı yorum farklılıklarının giderilmesidir. Eğer bu tanıma yer verilmeseydi, her üye devlet tüketici sözleşmesi kavramını farklı yorumlayabilecekti. Oysa Konvansiyonun amacına ulaşabilmesi için ortak yorumlanması gerekiyordu. Bu nedenle, Konvansiyon açısından “tüketici sözleşmesi” kavramı ile neyin kastedildiğini tanımlama ihtiyacı hasıl olmuştur.

Konvansiyonun 5/1. maddesindeki düzenleme ile Konvansiyonun uygulama alanına giren tüketici sözleşmeleri açısından bütün üye devletlerde geçerli olan ortak bir tanım getirilmiştir. Bu tanım, üye devletlerin ulusal hukuklarında yer alan tanımın esas alınmasını engelleyecektir. Elbetteki bu engelleme sadece Konvansiyonun uygulama alanına giren uyumsuzluklarla sınırlıdır. Nitekim 5/4. madde, hangi tüketici sözleşmelerinin istisna edildiğini düzenlemiştir. Konvansiyonun kapsamı dışında kalan konularda, üye devlet mahkemelerinin 5/1. maddedeki tanımla bağlı olması söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle, 5/1. madde yalnızca Konvansiyonun uygulanacağı tüketici uyumsuzluklarına yönelik bir tanım içermektedir.

Konvansiyonun 5. maddesindeki tanımdan, tüketicinin mesleki amaçlarla değil kişisel olarak hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Örneğin, bürosu veya muayenehanesi için bir bilgisayar alan doktor veya avukatın yaptığı sözleşme 5. maddenin kapsamına dahil değildir<sup>4</sup>. Buna karşın, satıcının işi ya da mesleği gereği hareket etmesi aranmadığı gibi malların hangi amaçla alındığını bilmesi veya öğrenmesi üzerinde de durulmamıştır<sup>5</sup>. Bununla beraber, 5. maddenin temel amacı ekonomik yönden güçsüz olan tarafı korumak olduğuna göre satıcının mesleği veya işi gereği sözleşmeyi yapması gerekir. Bu nedenle iki tüketici arasındaki sözleşmeye 5. madde uygulanmaz<sup>6</sup>. Konvansiyonun 5. maddesinin uygulama alanı oldukça geniştir. Konusu mal veya hizmet arzı olan bütün sözleşmeleri kapsayan bu madde sadece satım sözleşmelerine değil bir işin görülmesine ilişkin olan sözleşmelere de uygulanacaktır. Araba tamiri; tıbbi sözleşmeler; avukatlarla veya mimarlarla yapılan sözleşmeler<sup>7</sup>; sigorta sözleşmeleri<sup>8</sup>; otelde konaklamaya ilişkin sözleşmeler; ders verme sözleşmeleri; bir

<sup>4</sup> Bernard DUTOIT, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, European Private Interanational Law, Edt. Bernd von Hoffmann, Nijmegen 1998, s. 51; Mario GIULIANO/Paul LAGARDE, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris: OJ 31.10.1980 C 282, s. 23.

<sup>5</sup> John O'BRIEN, Smiht's Conflict of Laws, 2nd ed., London 1999, s. 361.

<sup>6</sup> DUTOIT, 51.

<sup>7</sup> DUTOIT, 52.

<sup>8</sup> GIULIANO/LAGARDE, 23.

malın tamir edilmesine ilişkin sözleşmeler<sup>9</sup>, kredi sözleşmeleri bu bağlamda değerlendirilecektir. Buna karşılık kira sözleşmeleri ile taşınmaz mallara ve hakların devrine ilişkin sözleşmeler 5. maddenin kapsamına dahil değildir<sup>10</sup>. Aynı şekilde, bir taşınmazı satın almak için yapılan kredi sözleşmesine 5. madde uygulanmaz. Bu maddenin kredi sözleşmesine uygulanabilmesi için alınan kredinin mal veya hizmet almak için kullanılması gerekir<sup>11</sup>

### **B. Konvansiyonun Kapsamı Dışında Kalan Tüketici Sözleşmeleri**

Konvansiyonun 5/4. maddesinde hangi tüketici sözleşmelerinin kapsam dışında tutulduğu sayılmıştır. Bu maddeye göre, taşıma sözleşmeleri ile tüketiciye, onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede münhasıran hizmet sunulması için yapılan sözleşmeler açısından 5. madde uygulanmaz. Örneğin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında bir otel rezervasyonunu yapması halinde sunulacak hizmetten doğan uyuşmazlıklar 5. maddenin kapsamı dışındadır<sup>12</sup>. Bununla beraber, 5. maddenin belirli bir bedel karşılığında konaklama ve seyahat sağlayan sözleşmelere, diğer bir ifadeyle paket turlara (package tours) uygulanması öngörülmüştür.

## **III. Konvansiyona Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini**

### **A. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçimi**

#### **1. Bağlama Kuralı ve Hukuk Seçimine İlişkin Esaslar**

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, hukuk seçimini tamamen bertaraf etmiştir (md. 120/2). İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun aksine Roma Konvansiyonu, hukuk seçimini kabul etmekle beraber seçim serbestisine önemli ölçüde sınırlamalar getirmiştir. Konvansiyona göre, sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilir. Seçim, açık olabileceği gibi sözleşmede yer alan ifadelerden ve halin özelliklerinden makul bir şekilde anlaşılacak kaydıyla zımnî de olabilir. Taraflar seçimlerinde, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Taraflar, seçtikleri hukuku sonradan değiştirebilirler.

#### **2. Tüketicinin Korunması Amacıyla Hukuk Seçimine Getirilen Sınırlamalar: Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkenin Müdahaleci Kuralları**

##### **a. Konvansiyonun Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkenin Müdahaleci Kuralları ile İlgili Düzenlemesi**

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

<sup>9</sup> M. Yeşim ATAMER, Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, LV(1995-1996)1-2 İHFM, s. 428.

<sup>10</sup> ATAMER, 428.

<sup>11</sup> DICEY/MORRIS, The Conflict of Laws, V. II, 12<sup>th</sup> ed., Edt. Lawrence Collins/JD McClean/CGJ Morse, London 1993, s. 1299.

<sup>12</sup> CGJ MORSE, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (1982)2 Yearbook of European Law, s. 138; PM NORTH, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (1980) Journal of Business Law, s. 385; Patrick Ross WILLIAMS, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 35(1986)ICLQ, s. 25.

doğurmaz. Ancak tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci normlarının devreye girebilmesi için aşağıdaki üç kısıtastan en az birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu kısıtastar şunlardır:

- Tüketicinin, kendisine gönderilen davet veya ilân üzerine sözleşmenin kurulması için gerekli işlemleri mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapması,
- Siparişlerin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede kabul edilmesi,
- Satıcının tüketiciyi ürün almaya ikna etmek amacıyla düzenlediği yurt dışı gezilerinde tüketicinin siparişinin vermesi.

Bu şartlar altında tüketicilerle hukukî ilişkiye giren satıcılar için farklı ülkelerin tüketicinin korunmasına ilişkin müdahaleci kurallarını bilmek bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır<sup>13</sup>.

Şimdi sırasıyla Konvansiyonun 5(2). Maddesinde öngörülen bu kısıtastar incelenmektedir.

### **b. Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkenin Müdahaleci Kurallarının Uygulanması İçin Gerekli Şartlar**

#### **aa. Tüketicinin Kendisine Yapılan Davet veya İlân Üzerine Sözleşmenin Kurulması İçin Gerekli İşlemleri Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkede Yapması**

Konvansiyonun 5. maddesinin (2) paragrafının birinci bendine göre, eğer sözleşme tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede tüketiciye gönderilen özel bir davet veya ilân üzerine kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için atılması gereken bütün adımlar bu ülkede atılmışsa mutad mesken hukukundaki müdahaleci normların tüketiciye sağladığı korumadan tüketici mahrum bırakılamaz.

Bu bendin posta yoluyla siparişleri ve kapıdan satışları (door-step selling) kapsamı amaçlanmıştır. Üretici veya satıcı gazete, radyo, televizyon, sinema ve kataloglarla belirli bir ülkeye veya bölgeye ürün veya hizmet tanıtımı veya reklamı yapabilir<sup>14</sup>. Örneğin, Fransız şirketine ait ürüne ilişkin olarak Almanya'daki bir yayında bulunan reklama istinaden bir Alma vatandaşının ürün talep etmesinde olduğu gibi<sup>15</sup>. Televizyon, internet veya gazetelerde verilen reklamlarda dikkat edilecek husus bu reklamların ulaştığı kişilerin satıcı tarafından her zaman tatmin edilemeyecek kadar geniş olmasıdır. Ayrıca gazete, televizyon ve internetteki reklamlarla ilgili olarak ilk adım atan tüketicidir.

Konvansiyonun 5. maddesinin (2) paragrafının birinci bendinin internet üzerinden ürün satın alınmasını kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. "Reklam" kavramı ürün veya hizmetlerin web sitesinde gösterilmesini de kapsar. Çünkü ürün veya hizmetlerin web sitesinde gösterilmesinin sebebi tüketiciyi bu ürünleri satın almaya ikna etmektir. Bu açıdan bakıldığında ürünün internet sitesinde gösterilmesi ile geleneksel yöntemlerle reklamının yapılması arasında bir fark

<sup>13</sup> Sergio MALDONADO, EU Private International Law:

[http://smaldonado.com/marcos/docs/pi\\_over\\_an\\_eu\\_en.html](http://smaldonado.com/marcos/docs/pi_over_an_eu_en.html), last updated 29.4.2003, s. 5 (8.3.2004)

<sup>14</sup> GIULIANO/LAGARDE, 24.

<sup>15</sup> GIULIANO/LAGARDE, 24.

bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Hangi yöntemle yapılırsa yapılsın önemli olan reklamın tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapılmasıdır. Mal veya hizmete ilişkin reklamın genel olarak bütün ülkelere yönelik olması yeterlidir sorusuna GIULIANO/LAGARDE tarafından hazırlanan Raporda menfi cevap verilmiş ve reklamın tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeyi hedef alması aranmıştır. Rapora göre, bir Amerikan gazetesinde reklamı olan ürünü sipariş veren Alman tüketicisi bu gazete Almanya'da da satılsa bile 5(2). maddenin birinci bendinin kapsamına girmez. Ancak eğer Amerikan gazetesi Avrupa ülkeleri için özel baskı yapmış ve bu baskıda yer alan reklama dayanılarak ürün siparişi verilmişse bu bend uygulanır<sup>17</sup>. PLENDER'e göre, satıcı veya üretici, internet sitesinin belirli bir ülke veya ülkelere yönelik olarak düzenlendiğini belirtmişse, bu ülke veya ülkelerde mutaden oturan tüketiciler 5. maddenin kapsamına gireceklerdir. Belirtilen ülke veya ülkelerin dışındakiler ise girmeyeceklerdir. Aynı prensip, internette kullanılan dilin bir veya birkaç ülkeye özgü olması halinde de geçerlidir. Buna karşın internet sitesi, herhangi bir ülkeyi veya ülkeler grubunu hedef almamışsa veya özellikle İngilizce gibi sitede kullanılan dil bir çok ülkede geçerli ise o zaman üretici veya satıcı dünyanın her yerinde ürününü satmaya hazır demektir<sup>18</sup>. Belirli bir ülke veya ülkeler grubunu hedef almaksızın yapılan internet reklamlarına istinaden tüketiciler tarafından alınan ürünler açısından 5. madde uygulanmayacaktır.

Bilgisayar üzerinden yapılan satışlarda diğer bir sorun, satıcı tarafından tüketiciye gönderilen iletinin (e-mailin), tüketici tarafından mutad meskeni dışında bir yerde okunmasında ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir Alman tüketicisi Fransa'da tatilde olduğu sırada iletisini okumuş olmakla beraber siparişini Almanya'ya döndükten sonra vermiş ise 5(2). maddenin ilk bendi uygulanacak mıdır sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü iletini mutad meskeninin bulunduğu ülkede almamıştır. Oysa 5(2). maddenin ilk paragrafında tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gönderilen özel bir davetten veya ilândan söz edilmektedir. Tüketici Fransa'da okuduğu iletini silmemiş ve Almanya'da yeniden internete girerek iletini okuyup siparişini vermişse sorun yoktur. Bu durumda internet üzerinden reklamı kendi ülkesinde almış kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki, ileti hangi ülkede okunursa okunsun sipariş tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden verilmişse 5(2). maddenin birinci bendinde aranılan şart gerçekleşmiş sayılabilir. Eğer satıcı bu şartın gerçekleşmediğini yani ürün için yapılan reklamın tüketici tarafından mutad meskeninin bulunduğu ülkede alınmadığını iddia ederse iddiasını ispatlayarak mutad mesken hukukunun uygulanmasını engelleyebilir<sup>19</sup>.

#### **bb.Satıcı veya Temsilcisinin Tüketicinin Siparişini Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkede Alması**

Konvansiyonun 5(2). maddesinin ikinci bendinde, satıcının veya onun temsilcisinin, tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almasından söz edilmiştir. Uygulamada bu şekilde yapılan bir tüketici sözleşmesi ile karşılaşma

<sup>16</sup> Richard PLENDER/Michael WILDERSPIN, The European Contracts Convention The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, 2nd ed., London 2001, s. 146.

<sup>17</sup> PLENDER/WILDERSPIN, 147.

<sup>18</sup> PLENDER/WILDERSPIN, 147.

<sup>19</sup> SCHAU, 23.

olasılığı azdır. Daha çok satıcı ile tüketici farklı ülkelerde ise reklam yoluyla tüketicilere ulaşılmaktadır. Bununla beraber, fuar ve sergi etkinlikleri açısından bu bend uygulanabilir<sup>20</sup>. Fuar veya sergilere katılanlar tüketicilerden sipariş alabilirler. Ayrıca, yabancı satıcı tüketicinin ülkesinde şube kurmuşsa veya daimi bir temsilciliğe sahipse bu bend uygulanabilir. Hatta, bu durumda satıcının tüketicinin ülkesinde reklam vermesine bile gerek yoktur<sup>21</sup>. Bu bent açısından tüketici sözleşmesinin kurulması değil siparişin alınması yeterli görülmüştür<sup>22</sup>.

### **cc. Satıcının Tüketiciyi Ürün Almaya İkna Etmek Amacıyla Düzenlediği Yurt Dışı Gezilerinde Tüketicinin Siparişini Vermesi**

Konvansiyonun 5(2). maddesinin üçüncü bendinde, tüketiciyi ikna etmek için sınır ötesi seyahat düzenlenmekte ve tüketici oturduğu ülkeden başka bir ülkeye giderek siparişini orada vermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tüketiciyi bir ülkeden diğerine götürmek için yapılan seyahat sözleşmesinin değil tüketicinin bu seyahat sonunda yaptığı satış sözleşmesinin 5(2). maddenin üçüncü bendine girmesidir.

Bu bendin uygulanmasında, tüketicinin seyahate mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başlaması aranılmıştır. Başka bir ülkeden seyahate katılması yeterli değildir. Seyahatin satıcının gayretleriyle gerçekleşmiş olması gerekir. Satıcı başka bir taşıma şirketi ile anlaşarak seyahati gerçekleştirebilir. Yurt dışına seyahat amacıyla giden ve turizm şirketi tarafından bu gezi sırasında muhtelif mağazaların gezdirilmesi sırasında yapılan alışverişler bu bendin uygulama alanına girmez. Çünkü burada seyahatin gerçekleşmesinde satıcının herhangi bir katkısı yoktur. Buna karşın, örneğin, Fransa'da mağazası bulunan bir satıcı Belçika'da oturan tüketicileri Fransa'daki mağazasına alışveriş yapmaları için getirirse sınır ötesi seyahat sonucu (border-crossing selling) yapılan satışlar söz konusudur.

### **B. Hukuk Seçiminin Yapılmadığı Durumlarda Uygulanacak Hukukun Tayini**

Taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerse o zaman tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanır (md. 5/3). Ancak hukuk seçiminin yokluğu halinde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanabilmesi için 5. maddenin 2. paragrafında aranan üç şarttan birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Eğer bu şartlardan hiç biri mevcut değilse o zaman tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanmayacaktır. Bu durumda uygulanacak hukuk Konvansiyonun 4. maddesine göre belirlenecektir<sup>23</sup>.

## **IV. Esasa İlişkin Hukukun Uygulama Alanı**

### **A. Genel Olarak**

Konvansiyonda, lex causae'nın uygulama alanı ayrıca düzenlenmiştir. Bu konuyu düzenleyen 10. maddede lex causae'nın kapsamına giren bütün konular tahdidi olarak sayılmamış, belirli konulara yer verilmiştir. Bu maddeye göre; taraflarca seçilen hukuk

<sup>20</sup> O'BRIEN, 362.

<sup>21</sup> DICEY/MORRIS, 1290.

<sup>22</sup> ATAMER, 430-431.

<sup>23</sup> DICEY/MORRIS, 1292.

özellikle sözleşmenin yorumuna, yerine getirilmesine, zararların değerlendirilmesi de dahil mahkemenin usul hukuku izin verdiği ölçüde sözleşmenin ihlâlinin sonuçlarına, borcun sona erme sebeplerine ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarına uygulanır (md. 10/1 a-e). Belirli konuların *lex causae*'nin kapsamına dahil olduğuna ilişkin açıklık getirilmesinin sebebi, üye devletlerden bazılarının hukuk sistemlerinde bu konuların *lex causae*'nin uygulama alanı dışında kabul edilmesi sonucunda uygulamada ortaya çıkacak belirsizlikleri önlemektir.

## B. Özel Konular

Konvansiyonda, davada takip edilecek usul ile delile ilişkin konular Konvansiyonun kapsamı dışında bırakılmış, fakat 14. maddenin saklı olduğu belirtilmiştir (md. 1/1-h). Konvansiyonun 14. maddesinde ispat yükü vs. başlığı altında, delillere ilişkin belirli sorunlara uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Konvansiyondaki kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk, sözleşmenin kapsamına ve esasına ilişkin kanunî karinelere ve ispat yüküne de uygulanır (md. 14/1). Sözleşme veya hukukî etkiye sahip muamele, mahkemenin hukukunun tanıdığı her türlü ispat usulü ile ispatlanabileceği gibi, 9. maddede belirtilen esasa uygulanacak hukuk veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun tanıdığı ispat usulü ile kanıtlanabilir. Meğer ki, bu hukukların tanıdığı ispat usulü mahkemece yerine getirilemeyecek bir usul olsun (md. 14/2).

Konvansiyonda zamanaşımı esasa ilişkin olarak kabul edilmiştir. Gerek dava zamanaşımı gerekse borcun sona erme sebeplerinden biri olan maddî hukuka ilişkin zamanaşımına *lex causae* uygulanacaktır (md. 10/1-d). Zamanaşımının süresi, başlangıcı, kesilmesi, durması ve hükümleri esasa uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.

## V. Esasa İlişkin Hukukun Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

Tüketici sözleşmelerine ilişkin bazı konularda 5. maddenin gösterdiği hukuk uygulanmayacaktır. Bu konular şunlardır: Sözleşmenin ifa usulü ve eksik ifası; ehliyetsizlik iddiası ve tüketici sözleşmelerinin şekli geçerliliği.

Sözleşmenin ifa usulü ve eksik ifası durumunda yapılacak olan işlemler ifanın yapılacağı yer hukukuna (*lex loci solutions*) tabidir (md. 10/2). Burada artık seçilen hukuk veya seçimin yokluğu halinde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanmayacaktır.

Kural olarak ehliyet Konvansiyonun kapsamından istisna edilmiştir (md. 1/2-a). Bu istisnanın sonucu olarak ehliyet konusunda her üye devletin mahkemesi kendi kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaktır. Fakat gerçek kişilerin ehliyeti Konvansiyonun kapsamından tamamen çıkarılmamıştır. İşlem güvenliğini sağlamak amacıyla –bazı şartlarla- ehliyetsizlik iddiasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilâfi kuralı Konvansiyona dahil edilmiştir. Bu kurala göre, aynı ülkede bulunan taraflar arasında bir sözleşme yapıldığında, bu ülke hukukuna göre ehliyete sahip olan tarafın diğer bir ülke hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilmesi, karşı tarafın

sözleşme yapılırken kendisinin ehliyetsiz olduğunu bilmesi veya ihmali sonucunda anlamaması şartına bağlıdır (md. 11).

Konvansiyonun 9. maddesinin 5. paragrafı tüketici sözleşmelerinin şekli geçerliliğinin hangi ülke hukukuna göre tayin edileceği hususunda ayrı bir düzenleme içermektedir. Bu paragrafa göre, tüketici sözleşmelerinin şekli geçerliliği tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre şeklen geçersiz olan sözleşmenin taraflarca seçilen hukuka göre geçerli olmasının bir önemi yoktur. Şekil açısından geçerlilik sadece tüketicinin mutad meskeni hukukuna göre belirlenecektir. Böylece, satıcı, seçilen hukuka göre tüketici sözleşmesi şeklen geçerli olsa bile tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre geçersizlik iddiasında bulunabilecektir. Bu durumda tüketici sözleşmesi şeklen geçersiz olacaktır. Konvansiyonun 9(5). maddesi tüketicinin aleyhine bir düzenleme içermektedir. Çünkü tüketicinin korunması açısından sözleşmenin geçerliliğini muhtelif hukuklara göre sağlamak gerekir. Konvansiyondaki bu düzenlemenin tüketiciyi koruma amacı ile bağdaşmadığı; tüketici sözleşmesinin şeklen geçerliliğinin mümkün olduğunca sağlanması bakımından sadece mutad mesken hukukunun değil seçilen hukukun da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>24</sup>.

## **VI. Esasa İlişkin Hukukun Uygulanması Engelleyen Hususlar**

### **A. Kamu Düzeni**

Konvansiyonda sözleşmenin esasına ilişkin hukukun uygulanmasını engelleyen bir etkiye sahip olarak kamu düzeni ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Konvansiyondaki kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk, mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı ise uygulanmaz (md.16).

Konvansiyonda kamu düzeninin etkisi bazı şartlara bağlanmıştır:

-Öncelikle, kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilmesi için kamu düzenine aykırılığın somut olması gerekir. Soyut aykırılık yabancı hukukun uygulanmasını engellemez. Yani yabancı hukukun bir bütün olarak değil, somut olaya uygulanan belirli bir veya birden fazla kuralının kamu düzenine aykırı olması gerekir.

-Ayrıca aykırılığın açık (manifest) olması zorunludur. Böyle bir sınırlamanın getirilmesinin sebebi, hakimin objektif olmasını sağlamaktır.

Kamu düzeninin uygulanabilmesi, davanın taraflarından birinin bunu ileri sürmesine bağlı değildir. Hâkim, kamu düzenini re'sen (ex officio) dikkate almak zorundadır<sup>25</sup>.

Maddedeki kamu düzenini dar olarak yorumlamamak gerekir. Konvansiyonda belirtilen kamu düzeni sadece lex fori'nin kamu düzenini değil Avrupa Birliği kamu düzenini de

---

<sup>24</sup> DICEY/MORRIS, 1293.

<sup>25</sup> Christopher TILLMAN, The Relationship between Party Autonomy and the Mandatory Rules in the Rome Convention, (2002) JBL, s. 72.

kapsar<sup>26</sup>. Yani sadece *lex fori*'nin kamu düzeni değil Avrupa Birliği kamu düzeni de yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilir. Çünkü ekonomik, sosyal, siyasal ve hukukî yönden tam bir ortaklık amaçlayan birliğin kamu düzeni üye devletlerin kamu düzenlerinin bir parçası haline gelmiştir. O halde, üye devletlerden birinin mahkemesinde görülen davada esasa uygulanacak hukukun sadece *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı olup olmadığına değil, aynı zamanda birliğin kamu düzenine de aykırı olup olmadığına bakılacaktır.

Yabancılik unsuru taşıyan tüketici sözleşmesinden doğan ihtilâf üye devletlerden birinin mahkemesinde görülürken, hakim, konvansiyondaki kanunlar ihtilâfi kurallarına bakarak esasa uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu hukuk yabancı bir hukuk olabileceği gibi kendi hukuku da olabilir. Ancak yabancı hukukun uygulanması mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı ise bu hukukun uygulanması kamu düzeni yoluyla engellenmektedir. Burada kamu düzeninin etkisi yabancı hukukun uygulanmasını engellemek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kamu düzeninin bu etkisine, kamu düzeninin olumsuz fonksiyonu denir<sup>27</sup>.

Kamu düzeninin olumsuz fonksiyonu Konvansiyonda açıkça belirtilmiştir. Konvansiyonun bu konuyu düzenleyen maddesine göre, konvansiyondaki kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukukun belirli bir hükmünün (a rule of the law) uygulanması kamu düzenine açıkça aykırı (manifestly incompatible with the public policy) ise bu hüküm uygulanmaz (md.16).

## **B. Müdahaleci Kurallar**

### **1. Kavram**

Müdahaleci kurallar uzun zaman önce keşfedilmiştir. SAVIGNY ve MANCINI, bazı kuralların müdahaleci niteliğini veya pozitif kamu düzeni kurallarının (rules of positive orde public) varlığını kabul etmişlerdi<sup>28</sup>. Müdahaleci kurallar (zwigendes Recht), SAVIGNY tarafından, kanunlar ihtilâfi kuralları hangi yabancı hukuku gösterirse göstereceği uygulama alanı bulan kurallar olarak tanımlanmıştır<sup>29</sup>. Konuyla ilgili modern doktrindeki tartışmalar FRANCESKAKIS<sup>30</sup>, GRAULICH ve WINTER ile başlamıştır<sup>31</sup>. Önceleri, sadece *lex fori*'nin müdahaleci kuralları üzerinde durulmuştur ve hâkim, kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuku, müdahaleci kuralların alanı dışında

<sup>26</sup> OJ 31.10.1980 C 282, 38; TILLMAN, 72; F. Ian FLETCHER, Conflict of Laws and European Community Law with Special Reference to the Community Conventions on Private International Law, Amsterdam 1982, s. 172.

<sup>27</sup> TC HARTLEY, Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach, 266(1997) Recueil des Cours, s. 350; Ole LANDO, The Conflict of Laws of Contracts, 189(1984)VI Recueil des Cours, s. 295-296; Bernd von HOFFMANN, The Relevance of European Community Law, Private International Law, Edt. Bern von Hoffmann, Nijmegen 1998, Chapter 2, s. 23-24.

<sup>28</sup> E. Alfred von OVERBECK, The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law, I(1999) Yearbook of Private International Law, s. 120.

<sup>29</sup> Giuditta Cordero MOSS, International Commercial Arbitration, Party Autonomy and Mandatory Rules, Oslo 1999, s. 103-104.

<sup>30</sup> Müdahaleci (doğrudan uygulanan) kuralların FRANCESKAKIS tarafından yapılan tanımı ve bu tanıma yönelik eleştiriler hakkında bkz. Hatice KOCASAKAL ÖZDEMİR, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 8-11.

<sup>31</sup> von OVERBECK, 120.

kalan konularla sınırlı olarak uygulamakla görevlendirilmiştir. Daha sonra, müdahaleci kuralların alanı üçüncü devletlerin müdahaleci kurallarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>32</sup>.

Milletlerarası özel hukuk açısından, doğrudan uygulanan kural, müdahaleci kural kavramının bütün devletlerce kabul edilmiş ortak bir anlamı yoktur. Bu kavramı ifade etmek için “müdahaleci” veya “derhal uygulanan” kurallar deyimleri de kullanılmaktadır (mandatory rules, law of immediate application, directly application, lois d’application immediate, selbstgerechte Sachnormen, Zwingende Vorschriften, Eingriffsnormen<sup>33</sup>). Bu kavramı açıklamak için hangi deyim kullanırsa kullanılsın, söz konusu kurallar milletlerarası özel hukukta iç hukuktan farklı anlam ve uygulama alanına sahiptir. Yani iç hukuk açısından her emredici kural milletlerarası özel hukuk açısından doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemez.

Genel olarak yabancılik unsuru içeren hukukî ilişki, devletin siyasî, iktisadî ve hukukî örgütlenmesinin temel unsurlarından birini ilgilendiriyorsa iç hukuktaki bir kuralın kanunlar ihtilâfi kuralından geçmeksizin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>34</sup>. BONOMI, devletin ekonomik, sosyal ve politik yapısını korumak için konulan kurallar müdahalecidir görüşüne katılmamaktadır. Çünkü hukukî ilişkide zayıf durumda bulunan kişileri korumak için düzenlenen kuralların amacı belirli kategoride bulunan kişilerin menfaatlerini korumaktır. Bu kurallarla devletin menfaatlerinin korunması amaçlanmamıştır. Eğer, müdahaleci kuralların genel tanımını az önceki gibi kabul edersek zayıf durumdakileri korumak için öngörülen kuralların müdahaleci niteliğini reddetmiş oluruz. Bu tür kurallar sadece işçileri, tüketicileri, yatırımcıları, kiracıları, temsilcileri, franchise alanları korumak için ticarî ve borç ilişkileri açısından değil, örneğin, çocuğun korunmasında olduğu gibi aile hukukunda da mevcuttur<sup>35</sup>. Müdahaleci kuralları tanımlamak yerine, somut kuralın amacını ve içeriğini dikkate alarak uygulanıp uygulanmayacaklarını araştırmak gerekir<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> MOSS, 103-104.

<sup>33</sup> Alman doktrininde önceleri “Eingriffsnormen” kavramı kullanılıyordu. Ancak son zamanlarda “international zwingenden Normen” kavramı daha sık kullanılmaya başlamıştır. Bununla beraber, her iki kavram aynı anlamda kullanılmaktadır. Konuyla ilgili bilimsel tartışmalarda “Eingriffsnormen” son on yıldır farklı vurgulamalara sebebiyet vermiştir. 1980’li yıllardaki bilimsel tartışmalar yabancı müdahaleci kurallar (ausländischer Eingriffsnormen) üzerinde toplanmışken 1990’lı yıllarda, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun müdahaleci normlarını dikkate almaksızın ilgi mahkemenin kuralları (Bestimmungen des Forumstaates) üzerine çekilmiştir (Abbo JUNKER, Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren? 20 (2000)2 IPRax, s. 66). Milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku uygulamasında (Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht) vurgu farklılığının sebebi (der Grund für die diese Akzentverschiebung) Konvansiyonun 7/2. maddesinin 1986 yılında Alman milletlerarası özel hukuk reformu sırasında Alman hukukuna aktarılırken uygulamadaki tecrübelerin dikkate alınmasıdır. EGBGB’nin 34. maddesinde “Heimwertsstreben auf neuen Wegen” bir araç olarak kullanılmıştır (JUNKER, 66).

<sup>34</sup> Yücel SAYMAN, Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, s. 2.

<sup>35</sup> Andrea BONOMI, Mandatory Rules in Private International Law The Quest for Uniformity Decisions in a Global Environment I(1999) Yearbook of Private International Law, s. 232-233.

<sup>36</sup> BONOMI, 233.

Konvansiyonda, bir çok maddede müdahaleci kurallar ile ilgili düzenleme bulunmaktadır: Hukuk seçimi serbestisinin bir sınırlaması olarak 3/3. maddede<sup>37</sup>; tüketici sözleşmeleri açısından 5/2. maddede<sup>38</sup>; bireysel hizmet sözleşmeleri için 6/1. maddede<sup>39</sup>; taşınmaz mallar üzerindeki bir aynı hakka veya kullanım hakkına ilişkin sözleşmelerin şekli geçerliliği açısından 9/6. maddede<sup>40</sup> yer alan özel düzenlemelerin yanı sıra 7. maddede doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci kurallar başlığı altında genel bir düzenleme getirilmiştir. Bazı konularda doğrudan uygulanan kurallarla ilgili düzenleme getiren 3/3, 5/2, 6/1 ve 9/6. maddeler sınırlı ölçüde uygulanırlar. Diğer bir ifadeyle, söz konusu hükümler ancak tüketici sözleşmeleri, bireysel hizmet sözleşmeleri, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmelerin şekli ile ilgili konulardaki müdahaleci kuralları kapsamaktadırlar.

Her şeyden önce, söz konusu altı maddede yer alan müdahaleci kuralların tanımı ve anlamı ortaktır<sup>41</sup>. O halde, içerik açısından aynı anlama gelen bu maddelerin birbirinden farklarını ortaya koymak gerekir. Öncelikle, bu maddeler yollamada buldukları müdahaleci kuralların ait olduğu ülkeler bakımından birbirinden farklıdırlar<sup>42</sup>. Konvansiyonun 3/3. maddesinde sözleşmenin diğer bütün unsurlarının bağlı olduğu ülkelerin; 5/2. maddede tüketicinin mutad meskeninin; 6/1. maddede işçinin işini mutad olarak yaptığı ülkenin veya böyle bir yer yoksa işe alındığı iş yerinin bulunduğu ülkenin; 9/6. maddede taşınmazın bulunduğu ülkenin müdahaleci kurallarından söz edilmektedir. Konvansiyonun 3/3, 5/2 ve 6/1. maddelerindeki müdahaleci kurallar tarafların uygulanacak hukuku seçme serbestisini bertaraf etme etkisine sahiptirler. Buna karşın, 7/1, 7/2 ve 9/6. maddelerdeki müdahaleci kurallara tanınan etki bundan daha geniştir. Bu maddelerde, müdahaleci kurallar, ister taraflarca seçilsin isterse taraflarca seçim olmaması nedeniyle sözleşmenin en yakın bağlantılı olduğu yer esasına göre tayin edilsin, uygulanacak hukukun bütün hükümlerini bertaraf etme gücüne sahiptirler<sup>43</sup>. KNÖFEL, Konvansiyonda yer alan müdahaleci kuralları iki gruba ayırmaktadır: Basit müdahaleci kurallar (simple mandatory rules) ve ağırlaştırılmış müdahaleci kurallar (qualified mandatory rules). Basit müdahaleci kurallar, Konvansiyonun 3/3, 5/2 ve 6/1. maddelerinde yer almaktadır. Bunların temel özelliği, sözleşme ile bunların bertaraf edilememesidir. Ağırlaştırılmış müdahaleci kurallar ise

<sup>37</sup> “Taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi gerçeği, bu seçim yabancı bir mahkemenin seçimi ile tamamlansın veya tamamlanmasın, seçim zamanında akdi ilişkiyle ilgili diğer bütün unsurların bağlantılı olduğu ülkenin, anlaşmayla kendilerinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının- ki bunlar bundan sonra ‘müdahaleci kurallar’ olarak adlandırılacaktır- uygulanmasını bertaraf edemez” (md. 3/3).

<sup>38</sup> “Taraflarca seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğurmaz” (md. 5/2).

<sup>39</sup> Bireysel hizmet sözleşmelerinde taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuku gösteren 6/2. maddenin gösterdiği hukukun müdahaleci kurallarının işçiye sağladığı korumadan onu mahrum etme sonucunu doğurmaz (md. 6/1).

<sup>40</sup> “Bu maddenin 1 ve 4. paragraflarına rağmen, konusu gayrimenkul mal üzerindeki bir hak veya gayrimenkul malın kullanımına ilişkin bir hak olan sözleşmeler, eğer gayrimenkulün bulunduğu ülkenin hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk hangi hukuk olursa olsun veya sözleşmenin yapıldığı yer neresi olursa olsun müdahaleci nitelikte düzenlenmiş şekil şartları varsa, bu hukukun müdahaleci nitelikteki şekil şartlarına tabidir” (md. 9/6).

<sup>41</sup> CHESHIRE and NORTH’s Private International Law, Edt. P North/JJ Fawcett, 13<sup>th</sup> ed., London 1999, s. 577.

<sup>42</sup> CHESHIRE/NORTH, 577-578.

<sup>43</sup> CHESHIRE/NORTH, 578.

şunlardır: 7/1, 7/2<sup>44</sup> ve 9/6. maddeler. Bunların uygulanması tarafların iradesiyle engellenemeyeceği gibi hiç bir kanunlar ihtilâfi kuralının işleyişi ile bertaraf edilmeleri mümkün değildir<sup>45</sup>. Eğer açık bir yasa hükmü yoksa, 7/2. madde yoruma bağlı olarak uygulanacaktır. Ayrıca, 7/2. maddede, kuralın kaynağına ve türüne bakılmaksızın mahkemenin bakış açısından bir değerlendirmenin yapılması öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, 7/2. maddedeki müdahaleci kurallar, mahkemenin hukukuna göre belirlenen kapsamda uygulama alanı bulacak ve etki doğuracaktır<sup>46</sup>.

Konvansiyonun 7. maddesinde iki paragraf halinde doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmiştir. Konvansiyonda, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları yanında *lex fori*'nin ( md. 7/2) ve üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının (md. 7/1) da bazı şartlarla uygulanması kabul edilmiştir. Bu maddede düzenlenen müdahaleci kuralların, kanunlar ihtilâfi kurallarını bertaraf ettiğinde tereddüt yoktur. Ancak Konvansiyonda, bu kurallar tanımlanmadığı gibi, hangi kuralların müdahaleci nitelikte olduğu da tek tek sayılmamıştır<sup>47</sup>.

## 2. Lex Fori'nin Müdahaleci Kuralları

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzlığa kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuk uygulanır. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan veya müdahaleci kurallarının (*Zwingende Bestimmungen des Forumstaates; directly applicable rules of the forum*) uygulanması istisnaidir.

Konvansiyona göre, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk *lex fori*'nin müdahaleci kurallarının uygulanmasını sınırlayamaz (md. 7/2). Bu hükmün kaynağını mahkemenin hukukunun bazı kurallarının korunması düşüncesi oluşturmaktadır. *Lex fori*'nin antitrust'a, para değerinin korunmasına<sup>48</sup>, rekabete, tüketicinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeleri müdahaleci mahiyettedir<sup>49</sup>.

*Lex fori*'nin müdahaleci kuralları uygulanırken kanunlar ihtilâfi kurallarına bakılmaz. Yani yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan ihtilafa uygulanacak hukukun, mahkemenin hukukunun müdahaleci kurallarına uygun olup olmadığı araştırılmaz<sup>50</sup>. Bu

<sup>44</sup> BOER, 7. maddede yer alan müdahaleci kuralları süper müdahaleci kurallar (super-mandatory rules) olarak adlandırmaktadır (Th M de BOER, Prospects for European Conflicts Law in the Twenty First Century: International Conflicts of Laws for the Third Millennium Essay in Honour of Friedrich K Junger, Edt. Patrick J Borchers/ Joachim Zekoll, New York 2001, s. 197).

<sup>45</sup> Susanne KNÖFEL, EC Legislation on Conflict of Laws Interactions and Incompatibilities between Conflicts Rules, 47(1998) ICLQ, s. 440.

<sup>46</sup> KNÖFEL, 263.

<sup>47</sup> BONOMI, 221.

<sup>48</sup> LANDO, 401; Ulrich DROBNIG, Comments on Art.7 of the Draft Convention, European Private International Law of Obligations, Edt. Lando/von Hoffmann/Siehr, Tübingen 1975, s. 84.

<sup>49</sup> OJ 31.10.1980 C 282, s. 28.

<sup>50</sup> Bu husus 7. maddede düzenlenmemiştir. Bununla beraber, milletlerarası özel hukuka ilişkin bazı kanunlarda müdahaleci kuralların kanunlar ihtilâfi kurallarından geçmeksizin doğrudan uygulanacağı hususu açıkça öngörülmüştür. Örneğin, İtalyan milletlerarası özel hukuk sisteminin güncelleştirilmesi amacıyla hazırlanan ve toplam 74 maddeden oluşan Kanunun (Kanun hakkında bkz. Turgut TURHAN, İtalyan Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Hukukunun Genel Problemleri, Ali Bozer'e Armağandan ayrı bası, Ankara 1998, s. 761) 17. maddesinde, müdahaleci kurallar uygulanırken kanunlar ihtilâfi kurallarının

kurallar mahiyetleri gereği doğrudan doğruya uygulanırlar. İngiliz hukukunda, Adil Olmayan Sözleşme Hükümleri Kanunu (Unfair Contract Terms Act 1977) ile Tüketici Kredileri Kanununun (Consumer Credits Act 1974) bazı hükümlerinin müdahaleci nitelikte oldukları kabul edilmektedir<sup>51</sup>

### 3. Sözleşmenin En Yakın İrtibatlı Olduğu Yer Hukukunun Müdahaleci Kuralları

Konvansiyonun 7/1. maddesine göre, mahkeme tarafından dikkate alınacak olan müdahaleci kurallar ne *lex fori*'ye ne de *lex causae*'ye aittir. Burada, yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları *lex causae*'nin veya *lex fori*'nin bir parçası olarak değil, sözleşmeyle bir bağlılığa sahip oldukları için uygulama alanı bulabilirler<sup>52</sup>. Konvansiyonun bu konuyu düzenleyen maddesine göre, Konvansiyondaki kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk uygulanırken hukukî ilişkinin yakından bağlantılı olduğu diğer bir ülkenin müdahaleci kurallarına etki tanınmalıdır. Müdahaleci kuralların etkili olup olamayacaklarını tespit etmek için bu kuralların özüne (yapısına), amaçlarına ve uygulandıklarında veya uygulanmadıklarında ortaya çıkan sonuçlara bakılır (md. 7/1).

Konvansiyonun 7/1. maddesine ilişkin bir çok eleştiri yapılmıştır. Bu maddenin varlığına karşı çıkanlar olduğu gibi 7/1. maddenin müphem olduğunu ve mahkemenin hangi hallerde üçüncü devletin müdahaleci kurallarını uygulayacağı konusunda açıklık taşımadığını iddia edenler de vardır. Bu itirazlar nedeniyle üye devletlerin 7/1. maddeye çekince koyabilecekleri öngörülmüş ve 22/1-a maddesine istinaden Almanya, İrlanda, Luxemburg, Portekiz ve İngiltere maddenin uygulanmasını çekince koymak suretiyle engellemişlerdir<sup>53</sup>.

### 4. Tüketicinin Mutad Meskeninin Bulunduğu Devletin Müdahaleci Kuralları

Bu konu daha önce incelendiğinden üzerinde durulmayacaktır.

---

dikkate alınmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, İtalyan hukuk düzeninde yer alan bazı kurallar, konuları ve amaçları itibarıyla yabancı hukuk karşısında üstünlüğe sahiptirler ve bu kurallar esasa uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanırlar (TURHAN, 764).

<sup>51</sup> DICEY/MORRIS, 1296-1300; Reinhard SCHU, Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts: <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/people/rschu/publis/essay.htm> (13.12.2003), s. 14.

<sup>52</sup> Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktan (proper law) başka bir hukukun müdahaleci kurallarına etki tanınması doktrin ve uygulamada kabul edilmiştir. Hollanda Yüksek Mahkemesi 1966 yılında Alnati Davası ile ilgili olarak verdiği bir kararda mahkemenin kendi hukukunun müdahaleci kurallarını dikkate alıp uygulayacağını ifade etmiştir. 1969 tarihli Devletler Özel Hukuku'na İlişkin Ortak Kurallar Hakkında Benelux Antlaşması'nda sözleşmenin açıkça bağlantılı olduğu belirli bir hukukun müdahaleci kurallarının proper law tarafından ihlal edilmeyeceği (md. 13) ifade edilmiştir (OJ 31.10.1980 C 282, 26). Ayrıca Acentaya Uygulanacak Hukuk Hakkında 1978 Lahey Konvansiyonu (DIAMOND, 297) ve Trust'a uygulanacak Hukuk Hakkında 1984 Lahey Konvansiyonu (LANDO, Contract, 388) hukukî ilişki ile yakın bağlantılı olan diğer bir devletin müdahaleci kurallarının dikkate alınmasına ilişkin hükümlere de yer vermiştir.

Buna karşın 1985 Satım Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları sırasında üçüncü bir devletin müdahaleci kurallarına ilişkin bir maddenin konvansiyona dahil edilmesi teklifi çoğunluk tarafından reddedilmiştir (DIAMOND, 297).

<sup>53</sup> BONOMI, 221; von OVERBECK, 119-133.

## SONUÇ

AET'yi kuran Roma Antlaşmasında tüketicinin korunması açıkça düzenlenmediği halde Avrupa Birliği 1972 yılından bu yana aktif bir tüketici politikasını desteklemektedir<sup>54</sup>. Bununla beraber, Avrupa Birliği tüketici politikası 1986 yılında Tek Avrupa Senedi'nin imzalanmasıyla işlerlik kazanmıştır. Tek Avrupa Senedinde, ortak pazarın uygun bir şekilde işleyebilmesi için tüketici güveninin vazgeçilmez olduğu belirtilmiştir. Tek Avrupa Senedi ile başlayan süreçte çocuk oyuncaklarının güvenliği, ülke dışı para transferleri, sözleşmelerde bulunan haksız hükümler ve devre mülk başta olmak üzere tüketiciyi korumak için bir çok önlem alınmıştır<sup>55</sup>. Maastricht Antlaşması<sup>56</sup>, tüketicinin korunması alanında Topluluğun yetkilerini önemli ölçüde arttırmıştır. "Tüketicinin korunmasını" güçlendirmeye yönelik katkıda bulunmak Topluluğun faaliyetleri arasında sayılmıştır (Maastricht Antlaşması md. G/3s). Ayrıca, Maastricht Antlaşmasında tüketicinin korunması başlığı altında XI. bölümde 129a maddesinde Topluluğun, iç pazarın tamamlanması için alınacak önlemlerle, tüketicilerin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik menfaatlerinin korunması için üye devletler tarafından izlenen politikaları destekleyecek ve tüketicileri yeterli ölçüde bilgilendirecek eylemlerle tüketicinin en iyi şekilde korunmasına katkıda bulunacağı ifade edilmiştir. Bu maddede Topluluğa etkin bir rol tanınmakla beraber, üye devletlerin, tüketicileri korumak için daha sıkı önlemler almasına da izin verilmiştir (Maastricht Antlaşması md. 129a/3). Amsterdam Antlaşmasında<sup>57</sup>, tüketicinin korunması XIV. bölümde 153. madde ile düzenlenmiştir. Bu maddede Maastricht Antlaşmasındaki hüküm aynen muhafaza edilmiştir. Böylece, Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları ile tüketicinin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının korunmasının yanı sıra tüketicinin bilgilendirilmesine de önem verilmiştir.

Tüketici sözleşmelerinde, taraflar arasında sosyal ve ekonomik eşitliğin olmaması uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kurallarının hazırlanmasında daha titiz davranılmasına neden olmaktadır. Hangi hukukun taraflar arasında âdil bir denge kuracağı ve ekonomik yönden zayıf olan tüketiciyi daha iyi koruyacağı kanunlar ihtilâfi

<sup>54</sup> Yılmaz ASLAN, Tüketici Hukuku, 2<sup>nd</sup> ed., Bursa 2004, s. 34-35; Geraint HOWELLS/Thomas WILHELMSSON, EC Consumer Law, Aldershot 1997, s. 6-7; Türkiye'nin Tüketici Koruması Mevzuatının Avrupa Birliği ile Uyumlaştırılması, İKV Yayınları No: 155, İstanbul 1999, s. 10.

<sup>55</sup> AB Tüketici Politikası: Tüketicinin Tercihi, Tüketicinin Korunması, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Ankara 2002, s. 2.

<sup>56</sup> Treaty on European Union, Office for Official Publications Commission of the European Communities, Luxembourg 1992.

<sup>57</sup> Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, signed at Amsterdam 2 October 1997: OJ 10.11.1997 C 340, s. 1-308; Amsterdam Antlaşmasının Türkçe çevirisi için bkz. İKV Yayın No: 162, 2. bası, İstanbul 2000.

ulusal hukuklara aktarılması aşaması<sup>74</sup>. O halde yönergelerin, ulusal hukuklara aktarılmadan önce kamu düzeninin bir parçası veya müdahaleci norm olarak uygulanmaları mümkün değildir. Ancak, bunlar ulusal hukuklara aktarıldıktan sonra müdahaleci norm olarak uygulama alanı bulabileceklerdir. Tüketici sözleşmelerinde müdahaleci normlarla sıkça karşılaşmak mümkün olmakla beraber ulusal hukuklara aktarılan yönergelerden hangilerinin bu nitelikte olduğunu tespit etmek önem taşımaktadır. Bu bağlamda, davanın açıldığı mahkeme, hangi hükümlerin Roma Konvansiyonunun 5. maddesinin 2. paragrafı ile 7. maddesi anlamında müdahaleci norm olarak kabul edeceğine karar verecektir. Yönergede yer alan hükümlerin niteliği ile ilgili bir hüküm varsa o zaman sorun yoktur. Örneğin, mesafeli satışlarda tüketicilerin korunmasına ilişkin Avrupa Birliği Yönergesinde<sup>75</sup>, hangi üye devletin hukuku uygulanırsa uygulansın tüketicinin bu Yönergenin getirdiği korumanın kapsamı dışında bırakılamayacağı; Avrupa Birliği üyesi olmayan bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi durumunda tüketicinin Yönerge ile sağlanan hakları kaybetmemesi için ilgili üye devletin gerekli önlemleri alacağı öngörülmüştür.

İster tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku olsun isterse diğer ülke hukukları söz konusu olsun tüketiciyi korumak için öngörülen kuralların önemli bir kısmı ya kamu düzeni ile ilgilidir ya da müdahaleci norm niteliğindedir. O halde aslında bu alanda yetkili hukukun hakimiyeti sınırlıdır. Kamu düzeni ve müdahaleci normların kontrolü altında bu hukuklar uygulanmaktadır. Böylece tüketici sözleşmesi seçilen hukukla ya da seçimin olmaması halinde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tabi olsa da, kamu düzenine ilişkin hükümler veya müdahaleci normlar taraf menfaatlerinin dengelenmesinde birer araç olarak devreye girmektedirler<sup>76</sup>.

Avrupa Birliği Komisyonu, 14.1.2003 tarihinde hazırlamış olduğu raporunda<sup>77</sup>, Roma Konvansiyonunun Topluluk düzenlemesine dönüştürülmesi ve güncelleştirilmesi hususunu tartışmaya açmıştır. Avrupa Birliğinde, milletlerarası özel hukuk alanında antlaşma niteliğini taşıyan tek düzenleme Roma Konvansiyonudur. Roma Konvansiyonunun tüzük haline dönüştürülmesi ihtiyacı, Komisyon tarafından dile getirilmiş ve konuyla ilgili çalışmalar başlatılmıştır. Roma Konvansiyonunun revizyon çalışmaları içinde tüketici sözleşmeleri önemli bir yer tutacaktır. Konvansiyonun tüketici sözleşmelerine ilişkin 5. maddesi oturduğu ülke dışında başka ülkelerde mal ve hizmet temin eden tüketicilere (mobile consumer) yeterli derecede koruma sağlamadığı için eleştirilmektedir. Aynı zamanda, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin müdahaleci kurallarının uygulanması için aranılan üç şartın, uzaktan satış yapılmasına imkân veren yeni tekniklerle uyumlu olmadığı ifade edilmektedir<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Halûk GÜNUĞUR, Avrupa Topluluğu Hukuku, 3. bası, Ankara 1996, s. 211.

<sup>75</sup> Yönerge hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem AKİPEK, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumu, XX(2002)4 BATİDER, s. 45-66.

<sup>76</sup> EKŞİ, 148.

<sup>77</sup> Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation presented by the Commission, Brussels 14.1.2003 COM(2002)654 final.

<sup>78</sup> Green Paper, 29.

Tüketici sözleşmelerine ilişkin bir çok yönerge sayesinde Avrupa Birliği ülkelerinde oturan tüketiciler belirli bir koruma standardına ulaşmışlardır. Ancak yönergelerin belirli konulara ilişkin olması; tüketicilerin korunması alanında üye devletlerin hukukları arasında bazı farklılıkların bulunması; yönergelerden bir kısmı ile getirilen korumanın bazı üye devletlerdeki korumaya nazaran daha az olması ve özellikle bütün üye devletlerin yönergelerin tamamını henüz iç hukuklarına aktarmamış olması hususlarının da dikkate alınması gerektiği 14.1.2003 tarihli yeşil kitapta belirtilmektedir<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Green Paper, 29.