INTERNET YOLUYLA GİRİŞİLEN ELEKTRONİK TÜKETİCİ AKİTLERİ VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TÜKETİCİNİN KORUNMASI

*Yrd. Doç. Dr. Gülin GÜNGÖR**

GİRİŞ

Bilgisayar ve iletişim ağları aracılığıyla elektronik yoldan girişilen hukukî işlemler elektronik ticaretin konusunu oluşturmaktadır[1]. Teknoloji ve bilgi çağı olduğu kabul edilen yirmi birinci yüzyıla yaklaşırken sibermarkette, dolayısıyla siberuzayda yapılan elektronik ticaret de giderek yaygınlaşarak dünya ekonomisinin entegrasyonuna hizmet etmektedir[2].

Elektronik ticarete konu olan hukukî işlemlerin büyük bir kısmını, İnternet[3] yoluyla, tüketiciler ile yapılan elektronik tüketici satımı akitleri (*electronic retailing*) oluşturmaktadır[4].

---

* *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hususî Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.*

1. *Electronic Commerce - An Introduction, <http://www.ispo.cec.be/ecommerce/introduc.htm>*, (par.5); ayrıca bkz. **Bond, R.:** *Electronic Commerce Issues, <http://www.hobsonaudley.cu/uk/rbond3.htm>; Electronic Commerce and the Future for SMEs in a Global Market Place: Networking Opportunities and Public Policy Requirements, First Draft for Discussion Purposes (March 1997), <http://www.ispo.cec.be/ecommerce/doc4.htm>.*
2. *Towards an Information Society Approach, European Commission, Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulations (Brussels, 3 December 1997), COM (97) 623, <http://www.ispo.cec.be/convergencegp>.*
3. *"(The) Internet"*, teknik açıdan ve yönetim açısından merkezî değildir. 1995 rakamları itibariyle 110 ülkeye dağılmış, 3 milyondan fazla bilgisayarı birbirine bağlayan, yaklaşık 10 bin birbirinden bağımsız yerel iletişim ağından (LAN) oluşan ve "ağların ağı" olarak anılan yeryüzündeki en büyük iletişim ağıdır: **Çağıltay, K.:** *Herkes için İnternet*, B.2, Ankara 1995, sh.1,8; **Sarıhan, T.D.:** *Herkes için İnternet*, B.2, İstanbul 1995, sh.10, 17, 18.
4. *Electronic Commerce - An Introduction, <http://www.ispo.cec.be/ecommerce/introduc.htm>*, (par.5).

Önceleri akademik bir araştırma ağı olma özelliği sergileyen Internet[5] günümüzde elektronik ticarete yönelik global bir ticarî hizmet aracına dönüşmüştür[6]. 2000 yılında Internet'in yüz milyonun üstünde ana bilgisayar, üç milyonun üstünde yerel ağ ve bir milyara yakın kullanıcıdan oluşacağı ve bu büyümenin büyük bir kısmının ticarî kullanıcılar sayesinde gerçekleşeceği tahmin edilmektedir[7].

Ancak, elektronik tüketici akitlerinin kurulduğu ve -dijital mallar (*digital goods*) söz konusu olduğu ölçüde- ifa edildiği sanal ortam (*virtual world*) gerek millî[8] gerek milletlerarası boyutları olan hukukî sorunlara yol açabilecek bir özellik de taşımaktadır. Bu akitlerde, tüketici ile satıcının genellikle farklı devletlerin ülkesinde bulunması, elektronik tüketici akitlerinden doğan hukukî ihtilâfların Kanunlar ihtilâfı Hukuk boyutuna da dikkati çekmektedir. Bu itibarla, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı ve bu amacın hukukî sınırları çerçevesinde, çağdaş millî hukuk düzenleri ve milletlerarası sözleşmelerde kabul edilen tüketicinin mutad meskeni hukuku objektif bağlama kuralı ile Türk Hukukunda MÖHUK md.24'de sözleşmeden doğan tüm borç ilişkileri için sevk edilmiş genel bağlama kurallarının elektronik tüketici akitleri söz konusu olduğunda da günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışına hizmet etme özelliği taşıyıp taşımadığı üzerinde durulması gereken hukukî sorunlar olarak bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Yine, elektronik tüketici akitlerinde sıkça karşılaşılan ve Kanunlar ihtilâfı Hukukunun işleyişi içerisinde de

5. Bilgisayar ve iletişim ağları sayesinde binlerce kilometre mesafede bulunan, bilgi, belge, ses ve görüntüye ulaşılarak bunların kullanıcının iletişim sistemine aktarılması mümkün olmaktadır.
6. **Çağıltay**, sh. 11.
7. **Çağıltay**, sh. 13.
8. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerini konu edinen maddî hukuk kurallarının elektronik ticaret alanında sınırlı bir fonksiyon ifa edebileceği, konunun özelliğine ilişkin alan kurallarının sevk edilmesi ihtiyacı doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. **Bernardeau, L.-Pacifico, M.:** *Internet et le droit des Contrats: Observations d'ordre general et identification des Intervenants, Uniform Law Review* (1998/1), sh.40. *Uncitral Model Law on Electronic Commerce*, bu yönde devam eden ve millî devletlerin tüketiciyi korumayı amaçlayan koruyucu hukuk düzenlemelerini saklı tutan (md. 1) bir milletlerarası düzenleme çalışmasıdır. Bkz. *Uncitral Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996* (United Nations, New York 1997) <*http://www.un.or.at/uncitral*>. Siberuzaya özgü ortak cezaî düzenlemelerin getirilmesi gereği hususunda bkz. **Goldring, J.:** *Consumer Protection, The Nation State, Law, Globalization, and Democracy (The Future of Nation State)*, <*http://huji.ac.il/vol2/issue2/goldring.html#conflict*>.

hukukî sorunlara yol açabileceğini düşündüğümüz, sanal satıcı, sanal ifa ve sanal ifa yeri kavramlarına da yeri geldikçe değinilecektir.

I. Milletlerarası Özel Hukukda Tüketicinin Korunması

A) Koruyucu Bağlama Kuralları ve Metod

Tüketicinin milletlerarası özel hukuk araçları ile korunması yeni bir olgu değildir. Milletlerarası Özel Hukuk yaklaşık yirmi yıldan bu yana gerek koruyucu milletlerarası yetki kuralları[9] gerek koruyucu bağlama kuralları sevk etmek suretiyle tüketicinin milletlerarası korunmasını temin etmeye çalışmaktadır.

Koruyucu bağlama kuralları, tüketicinin menfaatini azamî surette koruyan bağlama noktalarının seçilmesi suretiyle oluşturulmuş özel bağlama kurallarıdır. Koruyucu bağlama kuralları, başvurulan bağlama metodu[10] ve bağlama ilkesine[11] göre farklılaşmakla birlikte, tüketicinin milletlerarası korunmasına hizmet edeceği kabul edilen bağlama noktası tüketicinin mutad meskenidir (*habitual residence/home of the consumer*).

Sübjektif bağlama metoduna (hukuk seçimi) başvurulduğu hallerde tüketicinin milletlerarası korunması, mutad mesken hukukunun *tüketiciyi koruyan* emredici hukuk kurallarının daha iyi koruma sağlaması şartıyla, seçilen hukukun uygulama alanının tüketicinin

---

9. Milletlerarası özel hukukun koruma amacına giren tüketici akitleri ile sınırlı hukukî fonksiyon ifa eden diğer bir milletlerarası özel hukuk aracı tüketiciyi koruma amaçlı (koruyucu) milletlerarası yetki kurallarıdır. Amaç, tüketicinin, isteği dışında doğal hâkiminden uzaklaştırılmamasıdır. Genellikle kabul edilen hukukî düzenleme tarzı, tüketicinin karşı âkidi dava edebileceği birden çok devlet mahkemesinin (tüketicinin ikametgâhı/mutad meskeni, karşı âkidin ikametgâhı) tüketicinin seçimine *(choice of fora)* hazır bulundurulmasına karşılık, tüketiciye karşı sadece onun ikametgâhının bulunduğu devletin ülkesinde dava açılabilmesidir. Bkz. *Lugano Convention on Jurisdiction and The Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1988* (md. 14), *OJ of the European Communities L 319 (1988), sh. 9 vd. (Lugano Sözleşmesi); Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968* (md. 14), *OJ of the European Communities L 304 (1978)*, sh. 36 vd. *(Brüksel Sözleşmesi); İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu* (md. 114/1, md. 112) için bkz. **Karrer, P.- Arnold, K.W.:** *Switzerland's Private International Law Statute of December 1978*, Deventer 1989 *(İsviçre IPR-G)*.
10. Objektif metod veya sübjektif metod.
11. Fonksiyonel bağlama/koruma ilkesi *(principle of functional allocation, protection principle)* veya kayırma ilkesi *(favor principle)*.

mutad meskeni hukuku tarafından sınırlandırılması şeklinde gerçekleşmektedir[12].

Objektif metoda başvurulduğu hallerde ise, *tüketici akdi ve taraflarla değil, tüketici ile en sıkı irtibatlı hukuk* olduğu *a priori* kabul edilen tüketicinin mutad meskeni hukukunun (objektif akit statüsü), atıf da reddedilerek, maddî hükümlerinin uygulanması suretiyle tüketici korunmaktadır[13].

Milli hukuk düzenlemeleri, milletlerarası sözleşme ve tasarılarında genellikle karma bir yöntemin izlendiği dikkati çekmektedir[14].

B) Milletlerarası Özel Hukukun Tüketiciyi Koruma Amacı

Tüketiciyi koruyan özel bağlama kuralları, yabancı unsur taşıyan tüm tüketici akitlerini konu edinmemekte, yabancı unsurlu bir tüketici akdine girişmiş bütün tüketicileri korumayı amaçlamamaktadır[15]. Bu bakımdan, öncelikle milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacının sınırlarının tayini gereklidir.

Tüketiciyi koruyan bağlama kuralları, millî ve milletlerarası hukuk düzenlemelerinde benzer şekilde formüle edilmiştir[16]. Koruyucu bağlama kuralları olarak anılan kurallar, belirli şartlar altında girişilmiş tüketici akitlerinde tüketiciyi korumayı hedefleyerek genel olarak iki hali konu edinmektedir. Bunlar, ana hatları ile, a) (pasif) tüketicinin kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde akde giriştiği haller (*home deal*/ satıcının veya temsilcisinin siparişi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde aldığı, veya akdin, ilân ya da tüketiciye yapılan bir davet üze-

12. *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (md.5, md.3/2), *Uniform Law Review* (1991/II), sh.66-113 *(Roma Sözleşmesi); Hague [Convention] on the Law Applicable to Certain Consumer Sales* (md.6/1), *RabelsZ*, C. 46 (1982), sh.795-805 *(La Haye Sözleşmesi Tasarısı); Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Avusturya IPR-G)* (md.41/2) için bkz. **Palmer, E.:** *The Austrian Codification of Conflicts of Law, AJCL*, C.28 (1980), sh.222 vd. Buna karşılık, *İsviçre IPR-G*, hukuk seçimi imkânını reddetmektedir (md.120/2).
13. *Roma Sözleşmesi* md.5/3; *La Haye Sözleşmesi Tasarısı* md.7; *İsviçre IPR-G* md.120/1; *Avusturya IPR-G* md.41/1.
14. *Roma Sözleşmesi* md.5; *La Haye Sözleşme Tasarısı* md.5-md.7; *Avusturya IPR-G* md.11; aksi yönde bkz. *İsviçre IPR-G* md.120/2
15. **Rinze, J.:** *The Scope of Party Autonomy under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, JBL* (1994), sh. 423.
16. *Roma Sözleşmesi* md.5; *La Haye Sözleşme Tasarısı* md.5-7; *İsviçre IPR-G* md.120; *Avusturya IPR-G* md.41. Koruyucu milletlerarası yetki kurallarının oluşturulmasında da aynı yaklaşım izlenmektedir: Bkz. *Lugano Sözleşmesi* md.13-14; Brüksel Sözleşmesi md.13-14.

rine tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde yapıldığı ve tüketicinin akdin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları orada tamamladığı hal) ile, b) karşı âkidin tüketiciyi satın almaya sevk etmek için kendisinin düzenlediği bir geziyle, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinden başka bir ülkeye götürdüğü ve tüketicinin de siparişini orada verdiği yani orada akit yaptığı haldir (*traveller's deal*)[17]. Bu hallerde, karşı âkidin (satıcının, üreticinin veya bunların acente ya da şubesinin) bizzat belirli bir tüketiciye veya tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesine ticareten ve bilerek yönelmiş olması asıldır. Karşı âkidin tüketiciye yönelmediği, yukarıdaki şartlar altında girişilmemiş tüketici akitleri, koruyucu milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin uygulama alanı dışında kalacaktır. Bu bakımdan, tüketicinin milletlerarası özel hukuk araçlarıyla korunmasının, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunan hallerle sınırlı olduğu belirtilmelidir.

Milletlerarası özel hukukun koruma amacının bulunmadığı şartlar altında girişilmiş yabancı unsurlu tüketici akitlerinden doğan hukukî ihtilâflar, akitler alanında vaz'edilmiş genel bağlama kurallarına konu olmaya devam edecektir.

II. Elektronik Ticaret ve Tüketicinin Milletlerarası Korunması

A) Genel Olarak

Elektronik ticarete konu olan tüketici akitlerinin de, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı itibariyle yukarıda ana hatları ile çizdiğimiz hukukî çerçeve içinde düşünülmesi mümkündür. Bununla birlikte, elektronik ticarete konu olan tüketici akitlerinin sadece *home deal* şeklinde tezahür edebileceğini; *travellers deal* haline giren akitler tüketicinin fizik olarak yabancı ülkede akit yapmasını gerektirdiğinden, akdin kurulmasından önceki aşamada elektronik yönelme (icaba davet, icap) mümkün olmakla birlikte, elektronik yoldan kurulmanın bu halin özelliği ile bağdaşmadığını belirtmekte yarar vardır. Bu itibarla, bundan sonraki açıklamalarımız *home deal* haliyle sınırlı olacaktır.

---

17. *Roma Sözleşmesi* md.5/2; *La Haye Sözleşmesi Tasarısı* md.5; ayrıca milletlerarası yetki bakımından bkz. *Lugano Sözleşmesi* md.13/3; *Brüksel Sözleşmesi* md.13/3; *İsviçre IPR-G* md.120/1.

B) Tüketicinin Mutad Meskeni Ülkesinde Bulunması

Home deal halinde milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı, tüketicinin mutad meskeninin bulunuduğu devletin ülkesinde giriştiği akitler ile sınırlı olduğu için, öncelikle elektronik yoldan girişilen tüketici akitlerinde bu hususun gerçekleşip gerçekleşmediği hukukî sorunu üzerinde durulmalıdır.

Tüketicinin milletlerarası korunmasını konu edinen bağlama kurallarına bakıldığında bu kuralların akdin nerede kurulmuş sayılacağı ile değil, tüketicinin fizik varlığı itibariyle akde nerede giriştiği ile ilgilendiği ortaya çıkar. Koruyucu bağlama kurallarının uygulanabilmesi için, tüketicinin fizik varlığının mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde olması yeterlidir.

Elektronik tüketici akitlerinde, sanal yer değiştirme, sanal ifa ve sanal ifa yeri söz konusu olduğu ölçüde akdin kurulduğu ve ifa edildiği yer itibariyle farklı hukukî sonuçlara ulaşılması kaçınılmaz olmakla birlikte, bu hususlar tüketicinin fizik olarak mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde bulunduğu gerçeğini değiştirmeye etkili değildir. Nitekim, nasıl telefon, tele-fax aracılığıyla kurulan akitlerde karşı âkidin bulunduğu yere bağlanılarak ses ve bilgi iletildiği hal de, akdin nerede kurulduğu hukukî sorunundan bağımsız olarak, her bir âkit taraf kendisinin fizik olarak bulunduğu devletin ülkesinde hukukî işleme girişiyor kabul ediliyorsa, aynı özellik telefon hatları aracılığıyla Internet erişimi sağlanan hallerde de mevcuttur[18].

Tüketici, sanal olarak mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinden ayrılmış, sanal bir ifa yerinde sanal bir ifa elde etmiş olsa dahi, karşı âkidin, tüketiciye veya onun mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesine ticareten yönelmiş olması ve tüketicinin de mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde elektronik tüketici akdine girişmiş, yani akdin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları fizik varlığı itibariyle orada tamamlamış olması şartıyla, koruyucu bağlama kurallarının bahşettiği hukukî himayeden yararlanmasına fikrimizce hukukî bir engel bulunmamaktadır.

18. Telefon ile yapılan iletişimin bilgisayar ağları ile yapılan iletişim ile olan benzerlikleri için bkz. **Katsh, M.E.:** *Law in A Digital World*, New York 1995, sh. 33 vd.

C) Yer İtibariyle Yabancı Unsur

Elektronik tüketici akdinin yer itibariyle yabancı unsur taşıdığını iddia edebilmek için, tüketicinin satıcıya veya satıcının tüketiciye erişim sağladığı (*connection*) noktanın yabancı bir devletin ülkesinde bulunması işin niteliği icabıdır.

Tüketicinin, kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde, ve yine bu devletin ülkesi kaynaklı yerel bir ağ aracılığıyla mal ve hizmet sunan bir satıcı ile giriştiği tüketici akitlerinde, tüketici akdinin yer itibariyle yabancılık unsuru taşıdığı iddia edilememelidir. Örneğin, Ankara Çankaya'daki evinden Bahçelievlerdeki bir hipermarketin sanal marketinden Irnetnet aracılığı ile alışveriş yapan tüketicinin giriştiği tüketici akdinin Internet'in sanal bir ortam olduğu düşüncesi dayanak alınarak yer itibariyle yabancı unsur taşıdığının kabulüne fikrimizce olanak yoktur.

D) Ticarî Yönelme

Tüketici, elektronik tüketici akdine kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde, karşı âkidin ticareten ve bilerek kendisine yönelmesi üzerine (örneğin, elektronik posta[19], ilân, reklâm vs.) girişmiş ise, koruyucu hukuk kurallarının sunduğu hukukî korumadan yararlanması milletlerarası özel hukukun koruma amacının bir gereğidir.

Buna karşılık, satıcı belirli bir alıcıya veya pazara (mal ve hizmet piyasasına) yönelmemiş, tüketici satıcıyı kendisi bulmuş, yani tüketici satıcıya yönelmişse, tüketici kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde ne surette yabancı unsurlu tüketici akdine girişmiş olursa olsun, milletlerarası özel hukukun koruma amacı bulunmamaktadır. Bu halde, tüketici akdinden doğan hukukî ihtilâflara hangi hukukun uygulanacağı hukukî sorunu, koruyucu bağlama kurallarına değil, akitleri idare eden genel bağlama kurallarına konu olmaya devam edecektir. Bu durum, günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışına da aykırı değildir. Nitekim, Internet üzerinde olan (*on Internet*)) veya erişimi bulunan (*access to Internet*)[20] ve fakat yabancı bir devletin ülkesindeki yayınevinden

19. *electronic mail/e-mail.*
20. Internet'e erişimi olmak ile, Internet üzerinde olmak farklı şeylerdir. Internet erişimi olmak zaman zaman sisteme girmeyi; Internet üzerinde olmak 24 saat sistemde bulunmayı ifade etmektedir. Internet'e ticarî amaçlı olarak bağlantı sağlayan firmaların (ticarî erişim sağlayıcı) gerçekleştirdiği hizmet ise, "halka açık unix sistem (public access to unix system)" olup, yerel ağ hizmeti verilmektedir: Sarıhan, sh. 23-24.

kitap satın almak için Internet aracılığıyla sipariş veren kişinin durumu, aynı yayınevine telefon ya da fax aracılığıyla sipariş veren tüketicinin durumundan bu açıdan farklı değildir. Olağan haberleşme araçları (telefon, tele-fax, posta) aracılığıyla akit yapan tüketici, satım akdinin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde tamamlamış olduğu hal de, satıcıya kendisi yönelmiş olduğu için nasıl milletlerarası özel hukukun bahşettiği hukukî korumadan yararlanamıyor ve mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanmıyorsa, Internet aracılığıyla yabancı ülkedeki bir satıcı ile akit yapan ve kendisi satıcıya yönelen tüketici de mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre korunmayı bekleyemez[21]. Zira, Internet aracılığıyla mal ve hizmet sunan satıcıların ticarî faaliyeti tek başına, bunların belirli bir devletin ülkesine ya da oradaki tüketiciye yönelmesi olarak kabul edilemez. Aksi takdirde, sadece belirli bir devletin ülkesine değil, Internet erişimi sağlanabilen tüm devletlerin ülkesine yönelme olduğunun kabulü gerekir ki, bu yaklaşım yönelmeyi önemsiz ve etkisiz kılar.

Internet aracılığıyla mal ve hizmet sunan bir satıcının, ya Internet'e erişimi vardır ya da Internet üzerindedir. Ancak, her halükârda yerel bir ağın (*LAN*) üzerinde veya yerel bir ağ erişimli olarak faaliyet göstermektedir. Bu hallerde tüketici, bir yerel ağdan diğerine atlayarak (*sekme/hop*), tabir caiz ise, satıcının ayağına gitmektedir[22]. Bu bakımdan, dijital bir mal (bilgi, belge, yazılım, ses, görüntü, elektronik kitap vs.) elde eden tüketici, her ne kadar bunları kendi bulunduğu yerde kendisine mal etmiş olsa da, bu durum tüketicinin sanal olarak satıcının ayağına gittiği gerçeğini değiştirmemektedir. Gidilen (bağlanılan) yer, maddî bir mal söz konusu ise, satıcının fizik varlığı itibariyle bulunduğu, ticarî faaliyet gösterdiği ve/veya sanal olarak hizmet veren web[23] sitesinin yer aldığı makinanın bulunduğu yerdir. Dijital bir mal (bilgi, belge, yazılım, ses, görüntü) söz konusu ise, gidilen yer, gerçek veya sanal satıcının üzerinde bulunduğu veya erişim sağladığı yerel ağa bağlanılmak suretiyle ulaşılan, dijital malın elektronik olarak hizmet ve satıma

21. Aynı husus, yönelme bulunmayan haller itibariyle, dijital mallar bakımından da geçerlidir. Ayrıca bkz. **Schu, R.**: *Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts, <http://rw20mit4.jura.uni.sb.de/RSchu/public/essay.htm>.*
22. *connect + login + remote login:* Bkz. **Sarıhan,** sh. 11.
23. *WWW: World Wide Web.*

sunulduğu bilgi işlem merkezi veya makina olacaktır[24]. Bu bağlamda, ücret karşılığı bir yabancı üniversitenin kütüphanesine girerek bir dosya transfer eden akademisyen aslında bir yerel ağdan diğerine atlayarak yabancı üniversitenin bağlı olduğu yerel ağa bağlanmakta, her ne kadar tüketici akdinin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları fizik olarak kendi bulunduğu devletin ülkesinde tamamlıyor görünse de, aslında sanal olarak yabancı bir devletin ülkesine gitmektedir.

Bu noktada, bir başka hukukî sorun, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinden başka bir devletin ülkesinde elektronik posta adresine sahip olduğu, satıcının bu adrese yöneldiği ve fakat tüketicinin kendisine gelen elektronik posta mesajlarını kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinden Internet'e bağlanmak suretiyle öğrendiği halde tüketicinin milletlerarası özel hukuk araçları ile korunup korunamayacağı noktasında toplanmaktadır. Örneğin, (A) devleti ülkesinde eğitim gören ve tatil için mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesine gelen bir öğrencinin kendisine gönderilen elektronik posta mesajlarını öğrenim gördüğü üniversitenin iletişim sistemine bağlanmak suretiyle fizik varlığı itibariyle kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde öğrendiği ve bu yönelmeye dayanarak elektronik tüketici akdine giriştiği halde de koruyucu hukukun himayesi söz konusu olabilecek midir? Bu halde satıcının, öğrencinin, öğrenim gördüğü devletin ülkesi, mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesi ya da üçüncü bir devletin ülkesi kaynaklı yerel ağ üzerinden hizmet veriyor olması sonuca etkili değildir. Zira, tüketicinin mutad meskeni ülkesine yapılmamış bir yönelmeye dayanılarak girişilmiş tüketici akitlerinde, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunmadığı için koruyucu hukuk kurallarının himayesi de söz konusu olmayacaktır.

III. Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve MÖHUK md. 24

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda tüketiciyi koruyucu özel bağlama kuralları bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak, tüketici akdine tüketicinin milletlerarası özel hukukda korunduğu şartlar altında girişilmiş olsa dahi, bu husus, uygulanacak bağlama kuralı itiba-

24. Bu yer, sanal satıcının idare merkezi bulunuyorsa orada da olabilir. Ancak, sanal satıcının idare merkezinin bulunmaması veya bilgi işlem merkezinin ya da web sitesinin bulunduğu makinanın idare merkezinin bulunduğu yerde olmaması da mümkündür.

riyle bir değişiklik meydana getirmeyecek, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini konu edinen MÖHUK md.24 uygulanacaktır.

Tüketicinin satıcıyı bulduğu, yani tüketicinin satıcıya yöneldiği halde de, uyuşmazlık yabancı unsur taşıyor ise, uygulanacak hukuk MÖHUK md.24'de yer alan genel bağlama kurallarına başvurmak suretiyle tayin edilecektir. Ayrıca, çağdaş düzenlemelere benzer koruyucu bağlama kuralları sevk edilse dahi, satıcının tüketiciye yönelmediği şartlar altında girişilmiş tüketici akitlerinde milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunmadığından, uygulanacak hukukun da koruyucu bağlama kurallarından değil, akitlere ilişkin genel bağlama kurallarından (MÖHUK md.24) hareketle tayininin gerekeceği unutulmamalıdır.

Bu bakımdan, MÖHUK md.24'de yer alan bağlama kurallarının incelediğimiz konu ile sınırlı bir değerlendirmesinin yapılması yararlı olacaktır.

MÖHUK md.24, birinci fıkrasında yabancı unsur taşıyan ve sözleşmeden doğan borç ilişkileri için hukuk seçimi imkânını hazır bulundurmaktadır[25]. Ancak elektronik tüketici akitleri, sistemin teknik özelliği itibariyle genellikle hukuk seçimine imkân veren bir şekilde gerçekleşmediği için, aslında tüketici akitlerinde yer verilen standart şartlar itibariyle varlığı çokça tartışılan bu imkânın incelediğimiz konu bakımından fazla bir hukukî kıymeti kalmamaktadır[26]. Tüketicinin elektronik olarak doldurduğu sipariş formu üzerinde standart bir hukuk seçimi şartı yer alsa dahi, hukuk seçimi anlaşması ayrı bir akit olduğundan, tüketicinin genel yüklenme/üstlenme

25. **Nomer, E.:** *Devletler Hususî Hukuku*, B.9, İstanbul 1998, sh. 264 vd.; **Çelikel, A.:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. (Tıpkı) Bası, İstanbul 1997, sh. 234 vd.; **Tekinalp, G.:** *Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK md.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi, MHB*, Sayı 1, Yıl 5, 1985, sh. 31; **Tekinalp, G.:** *Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB*, Sayı 1, Yıl 8, 1988, sh. 59-60 *(Akdî Borç Statüsü)*; **Tekinalp, G.:** *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, Yenilenmiş B.6, İstanbul 1999, sh. 266 vd. *(Bağlama Kuralları)*; **Tekinalp, G.:** *Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk" Uygulaması, Prof. Dr. Ernst E. Hirsh'in Hatırasına Armağan*, Ankara 1986, sh.443; **Şanlı, C.:** *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, sh. 114 vd.

26. **Ehrenzweig, A.A.:** *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws, Columbia Law Review*, C.53 (1953), sh. 1082 vd.; **Sauveplanne, J.G.:** *Consumer Protection in Private International Law, NILR*, C.32/1 (1985), sh. 102, 110; **Hartley, T.C.:** *Consumer Protection Provisions in the EEC Convention, Contract Conflicts*, Amsterdam 1982, sh. 113 (Edt. North, P.M.); **Lando, O.:** *Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws, Nordisk Tidrisskrift For Internat. Ret.*, C.42 (1972), sh.208; **Lando, O.:** *The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Receuil des Cours*, C.189 (1984/6), sh.284, 375.

anlaşmasına (esas akit/tüketici akdi) yönelmiş iradesinin hukuk seçimi şartına da yöneldiği genellikle kabul edilmemektedir[27]. İkinci fıkrada hukuk seçimi bulunmayan haller için sevk edilmiş objektif bağlama kuralları, elektronik tüketici akitlerinden doğan hukukî ihtilâflara da uygulanabilir bir özellik taşımaktadır. Nitekim, tüketici akitleri her ne şekilde kurulmuş olursa olsun tam iki tarafa borç yükleyen akitlerdir. Bu bakımdan, elektronik tüketici akitlerine uygulanacak hukukun tayininde başvurulacak ilk objektif bağlama kuralı, "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin (karakteristik edimin) ifa yeri hukuku" kuralı olacaktır. Borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerinin somut olayda tayin edilememesi ihtimaline karşı ise, "sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku", yardımcı kural[28] olarak hazır bulundurulmuştur.

Öncelikle, "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku" kuralının incelediğimiz konu itibariyle hukukî kıymeti üzerinde durulmalıdır.

Milletlerarası özel hukukda mevcut yerleşik kanaate göre, satım akitlerinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden "karakteristik edim" satıcının edimi, yani satıcının teslim borcudur[29]. Bu bakımdan, satıcının teslim borcunu ifa etmesi gereken yer, elektronik tüketici akitlerinde de uygulanacak hukukun tayini bakımından aslî önemi haizdir.

---

27. Benzer yönde bkz. **Eren, F.:** *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.1, Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, İstanbul 1988, sh.246. Öte yandan, 20.5.1997 tarihli bir AB direktifi, mesafe satımı şeklinde gerçekleşen maddî mal satımlarının elektronik posta yoluyla gerçekleşmesi halini de dikkate alarak (md.2/4, Annex I), yabancı unsurlu tüketici akitlerinden doğan ihtilâfların halli için AB üyesi olmayan bir devlet hukukunun seçilmesi ihtimaline karşı, üye devletlere, direktifin tüketicilere bahşettiği hukukî korumanın bu yolla bertaraf edilmesini önleyecek hukukî tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir: *Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, OJ of the European Communities*, L 144 (4.6.97), sh.19 vd.; ayrıca bkz. *A European Initiative in Electronic Commerce, Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* (15.4.1997), <*http://www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm*>, (par.44).

28. **Tekinalp,** *Bağlama Kuralları*, sh.267 vd.; **Tekinalp,** *Akdî Borç Statüsü*, sh.69; **Tiryakioğlu, B:** *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, sh.235.

29. **Tiryakioğlu,** sh.223; **Nomer,** sh.269; **Juenger, F.K.:** *Choice of Law in Torts and Contracts, Hague-Zagreb-Ghent Essays 8 on the Law of International Trade, International Obligations*, Apeldoorn 1991, sh.14 (Edt. Voskuil, C.C.A.-Wade, J.A.); **Vischer, F.:** *The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts, Rec. des Cours*, C.142 (1974/2), sh.27; **Tekinalp,** *Akdî Borç Statüsü*, sh.68.

MÖHUK md.24/II'den hareketle akit statüsünün tayin edildiği hallerde, *uygulanacak hukukun tayini amacı ile sınırlı olarak karakteristik edimin ifa edilmesi lâzım gelen yerin tespiti* söz konusudur.

Karakteristik edimin nerede ifa edilmesi lâzım geldiği hukukî sorunu, hâkimin, Kanunlar İhtilâfı Hukukunun işleyişi içerisinde yerine getirmek zorunda olduğu bir hukukî yorum faaliyeti neticesinde çözülecektir. Hâkim, bağlama noktasının anlamlandırılması (yorumu) suretiyle, ifanın yapılması lâzım gelen yeri "uygulanacak hukukun tayini amacıyla sınırlı olarak" tespit edecektir.

Bağlama noktasının anlamlandırılması konusunda, Milletlerarası Özel Hukukun yerleşik kanaati bu faaliyetin bağlama kuralının ait olduğu hukuka göre yapılması yönünde olduğundan[30], ifa yeri bağlama noktasının yorumu da Türk Hukukuna göre yapılacaktır.

Türk Hukukunda, ifa yeri bağlama noktasının anlamlandırılmasında yararlanılabilecek yorum kuralları Borçlar Kanunu md.73'de yer almaktadır. BK md.73 aslında ifa yerinin anlamını ve ifadan ne anlaşılması gerektiğini düzenlememekte, sadece her bir münferit edim yükümlülüğünün ifa edilmesi lâzım gelen yere işaret etmektedir (şeklî norm)[31]. Bu bakımdan BK md.73, karakteristik edimin ifa yerinin uygulanacak hukukun tayini amacıyla sınırlı olarak tespit edildiği hallerde niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanma kabiliyetine sahiptir.

BK md.73 taraf iradelerine öncelik verecek şekilde düzenlenmiştir (BK md.73/I). Bu sebeple hâkim, karakteristik edimin ifa edilmesi lâzım gelen yeri, öncelikle, tarafların açık veya zımnî iradesine göre tespit etmekle yükümlüdür.

Bu bağlamda, elektronik tüketici akitlerinde maddî mal satımı ile sınırlı olarak, tarafların ifa yeri konusunda ortak ve açık iradesinin akdin tüketicinin gösterdiği adreste ifa edileceği yönünde olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla maddî mal satımlarında, maddede yer alan diğer yorum kurallarına başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Tüketicinin gösterdiği adresin ifa yeri olarak kabulü, kendi

30. **Çelikel,** sh.320; **Nomer,** sh.97, 170, 360; **Tiryakioğlu,** sh.218; **Akıncı, Z.:** *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk,* Ankara 1992, sh.38.

31. **Kalpsüz, T.:** *İfa Mahalli,* Ankara 1960, sh.28 vd.

mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde maddî malı teslim alan tüketici bakımından, somut olay milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı içine girsin ya da girmesin[32], tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına müncer olmaktadır. Tüketicinin mutad meskeni Türkiye'de ise, ve maddî malın teslim (ifa) edilmesi gereken yer de Türkiye ise, tüketici kendi mutad meskeni hukuku olan Türk Hukukuna göre korunmuş olacaktır.

Buna karşılık, teslim yerinin tüketicinin mutad meskeni ülkesinden başka bir devletin ülkesinde bulunması da mümkün olup, bu husus ortaya üç ihtimali getirmektedir. Birinci ihtimal, tüketicinin, akdin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde tamamlamadığı haldir. Bu ihtimalde, gösterilen adres tüketicinin mutad meskeni ülkesinde olsa da, Milletlerarası Özel Hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunmamaktadır. Tarafların açık ve ortak iradesinin ifanın tüketicinin gösterdiği yerde yapılması yönünde olduğu kabul edilirse, "karakteristik edimin ifa edilmesi lâzım gelen yer" yine satıcının teslim borcunu yerine getireceği devletin ülkesidir. Örneğin, mutad meskeni Türkiye'de bulunmayan ve fakat elektronik tüketici akdine Internet aracılığıyla Türkiye'de girişen tüketici ifanın yabancı ülkede yapılması imkânından yararlanmışsa, tarafların ifa yeri olarak kararlaştırdıkları yerin hukuku, karakteristik edimin ifa yeri hukuku olarak uygulanacaktır. Bu hukukî sonuç, akdin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde tamamlamamış olan tüketiciyi milletlerarası özel hukukun koruma amacı bulunmadığından, günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışına da aykırı değildir[33].

İkinci ihtimal, alıcının, akdin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde tamamlamış olmasına karşın, akdin yabancı bir devletin ülkesinde ve üçüncü şahıs yararına ifa edilmesinin kararlaştırıldığı haldir. Bu halde, alıcı akde konu olan mal veya hizmeti bizzat kullanmıyor veya ondan bizzat yararlanmıyor olduğun-

32. Tüketici, kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde akde girişmemiş dahi olabilir.
33. Bu halde, teslim yerinin tüketicinin mutad meskeni hukuku olması da kuvvetle muhtemeldir.

dan, genel olarak çağdaş milli hukuk düzenlemelerinde ve milletlerarası sözleşme çalışmalarında kabul edilen tüketici tanımlarına uygunluk göstermemekte yani tüketici sıfatını taşımamaktadır[34]. Örneğin, (A) devletinin ülkesinde bulunan bir alıcının, (B) devletinin ülkesinde bulunan bir arkadaşına kitap, çiçek, çikolata vs. göndermek üzere, herhangi bir devletin ülkesinde gerçek veya sanal olarak bulunan bir satıcı ile Internet aracılığıyla akit yaptığı hallerde durum böyledir. Bu halde de tarafların açık ve ortak iradesi ifanın alıcının gösterdiği yerde yapılması yönünde olduğundan, "karakteristik edimin ifa edilmesi lâzım gelen yer" satıcının teslim borcunu yerine getireceği devletin ülkesi, ve uygulanacak hukuk da bu devletin hukukudur. Bu hukukî sonuç da, alıcının mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesine satıcının yönelmesi bulunsun bulunmasın, milletlerarası özel hukukun tüketici sıfatına sahip olmayan alıcıyı koruma amacı bulunmadığından günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışına aykırı değildir.

Son ihtimal, alıcının, akdin kurulması için kendisinin tamamlaması gereken hukukî safhaları mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde tamamlamış olmasına karşın, akdin yabancı bir devletin ülkesinde alıcı yararına ifa edileceği haldir. Yukarıdaki iki halin aksine bu halde milletlerarası özel hukukun tüketiciyi kendi mutad meskeni hukukuna göre koruma amacı vardır. Fakat bu amacın MÖHUK md.24/2 ve BK md.73/1 çerçevesinde hayata geçirilmesi mümkün görünmemektedir.

Yukarıdaki hallerde, satıcının tüketiciye ya da alıcıya yönelmesi, Türk Hukukunda uygulanacak hukukun tayini bakımından önem taşımamaktadır. Yine, satıcı teslim borcunu her zaman tüketicinin veya alıcının göstereceği adreste ifa edeceğinden, ifa yerinin ve dolayısıyla uygulanacak hukukun, ekonomik güç ve pazarlık gücü açısından alıcıya ya da tüketiciye nazaran güçlü olan satıcı tarafından belirlendiği itirazına da yer yoktur.

Akdin konusunun *dijital bir mal* (bilgi, belge, yazılım, ses, görüntü, elektronik kitap vs.) olduğu halde ise, tüketici akdinin ifa edilmesi lâzım gelen yer konusunda ortak ve açık taraf iradesi muhtemelen bulunmayacak, tarafların zımnî iradesi ise, işin niteliği yani sistemin özelliği ve taraflara sağladığı kolaylık nedeniyle,

34. Aynı yönde bkz. **Zevkliler, A.:** *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat*, İzmir 1996, sh.24.

farklı ifa yerlerine, bu bağlamda her bir âkidin bulunduğu yere yönelmiş olacaktır.

Satıcı, üzerinden Internet'e erişim sağladığı yerel ağın kaynaklandığı devletin ülkesinde, örneğin bilgi işlem merkezinin bulunduğu devletin ülkesinde, edimini ifa ettiğinden, ifa yeri konusundaki zımnî iradesi de bu yeri işaret edecekken; alıcı, doğal olarak, dijital malı kendisine mâl ettiği yerde akdin ifa edilmesi iradesinde olacağından ve nihayette bilgi, belge, yazılım, ses, görüntü vs.yi kendisinin bulunduğu yerde, örneğin bilgi ya da belgeyi yazdırmak veya kendi iletişim sistemine aktarmak suretiyle kendisine mâl ediyor olduğundan, ifa yerine yönelik iradesi de bu yeri işaret edecektir. Bu sebeple, dijital mallar söz konusu olduğunda BK md.73/I'de ifa yeri konusunda tarafların ortak açık veya zımnî iradesinin araştırılmasını öngören yorum kuralına başvurulmasında yarar bulunmamaktadır.

Yine, BK md.73/II'nin birinci bendi, para alacağı Milletlerarası Özel Hukukda karakteristik edim olarak kabul edilmediği için gerek maddî gerek dijital malların konu olduğu tüketici akitlerine uygulanabilir görünmemektedir.

BK md.73/II'nin ikinci bendi ise, parça borcu genellikle elektronik ticarete konu olmamakla birlikte, maddî mal satımları ile sınırlı olarak bazı hallerde uygulanma alanı bulabilir. Örneğin, tüketicinin Internet aracılığı ile bir müzayedeye katıldığı ve bir antika satın aldığı halde durum böyledir. BK md. 73/II'nin ikinci bendi uyarınca parça borçları akdin kurulduğu zaman şeyin bulunduğu yerde ifa edilir. Buna göre, satıcı tüketiciye yönelmiş olsa da, şey akdin kurulduğu zaman tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde değilse karakteristik edimin ifa yeri hukuku koruyucu hukuk sıfatını haiz tüketicinin mutad meskeni hukuku ile birleşmeyeceğinden milletlerarası özel hukukun koruma amacı da gerçekleşmemiş olacaktır.

BK md. 73/II'nin üçüncü bendinde yer alan yorum kuralı ise, maddî malların yanısıra, dijital mallara da uygulanabilir bir özellik taşımaktadır. BK md. 73/II'nin üçüncü bendine göre, diğer borçların (para alacağı ile parça borcu dışında kalan borçlar) "borcun doğduğu anda borçlunun (*karakteristik edim borçlusunun*) mukim olduğu yerde" ifa edilmesi lâzım gelir.

Şu halde, BK md. 73/II'nin üçüncü bendine başvurulduğu hallerde elektronik tüketici akdinden doğan hukukî sorunlara uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan satıcının teslim borcunun doğduğu anda onun mukim bulunduğu yer hukukudur[35].

BK md. 73/II'nin üçüncü bendinden hareketle ifa yerinin tespiti ve dolayısıyla uygulanacak hukukun tayini halinde üzerinde durulması gereken ilk hukukî sorun, satıcının nerede mukim olduğu veya nerede mukim sayılabileceğidir.

Satıcı fiilen bir devletin ülkesinde mukim ise, satıcının mukim olduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bu halde, satıcının bilgi işlem merkezinin, kendisinin mukim bulunduğu devletin ülkesinde bulunmaması ya da web sitesinin bu ülke kaynaklı yerel ağa bağlı bir makinada bulunmaması sonuca etkili değildir. Bu sonuç, birden çok devletin ülkesinde faaliyet gösteren, ticarî işletmesi bulunan satıcılarla girişilen tüketici akitlerine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin ihtilâfları önlemek bakımından yerindedir.

Buna karşılık, hiç bir devletin ülkesinde fiilen mukim bulunmayan, sanal bir şirket/satıcı (*virtual corporations, VC*)[36] ile karşı karşıya kalınması da mümkündür. Bununla birlikte, satıcı sanal olsa dahi, her satıcının bir yerel ağ bağlantısı (tam veya erişimli) bulunduğu ve bir devletin ülkesinde bulunan bir makina ile erişim sağladığı unutulmamalıdır. Hatta, ifanın sanal ortamda yapılması ve buna bağlı olarak ifa yerinin de sanal olması hususları dahi bu olguya etkili değildir. Bu bakımdan, her satıcının bir yerel ağ bağlantısı bulunduğu gerçeği karşısında, sanal satıcıların hiç bir devletin ülkesinde mukim bulunmadığı fikrimizce iddia edilememelidir. Bu halde de, uygulanacak hukukun karakteristik edimin ifa yeri kuralından hareketle tayini ve BK md. 73/II'nin üçüncü bendinde yer alan yorum kuralından yararlanılması mümkün görünmektedir.

Yukarıdaki hallerde fikrimizce sanal satıcı, tam veya zaman zaman İnternet'e erişim sağladığı yerel ağın kaynaklandığı devletin ülkesinde mukim kabul edilebilir.

---

35. Sanal ortamda yapılan ifa, aslında varılan son noktada yani, satıcının belirlediği ve hizmeti sunduğu satıcıya ait bir merkezde ya da satıcının web sitesinin yer aldığı makinanın bulunduğu yerde gerçekleştirilmektedir. Bu teknik özellik, bu şekilde girişilmiş akitlerde, fiilî ifa yerinin neresi olduğu sorusunun cevabına da işaret etmektedir.
36. Sanal şirketler, bir pazar ya da proje süresince var olmak üzere oluşturulmuş ve çalışma bitince sona eren organizasyonlardır: **Sarıhan**, sh. 305.

Aksinin kabulü yani sanal satıcının herhangi bir devletin ülkesinde mukim kabul edilmemesi, ifa yerinin tespit edilememesi sorununu doğuracak ve MÖHUK md. 24/II'nin, ifa yerinin tespit edilemediği haller için öngördüğü "*sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu hukuk*" kuralına başvurulmasını zorunlu kılacaktır. Bu halde, *tüketici akdi ve taraflarla* en yakın irtibat halinde bulunan hukuk araştırılacak olduğu hal de, sanal satıcının hiç bir devletin ülkesinde mukim kabul edilmemesine bağlı olarak, satıcıya ait sanal irtibatlar, çağdaş yaklaşımın aksine, önemini ve uygulanacak hukukun tayini üzerindeki etkisini yitirecek, özellikle sanal bir ifa ve sanal bir ifa yeri söz konusu olduğu ölçüde, satıcının bulunduğu kabul edilen bir yerin ve o yer hukukunun varlığının kabul edilmemesi yönelmeyi de önemsiz ve etkisiz kılacaktır. Satıcının mukim olduğu yer dahil, sanal irtibatların dikkate alınmaması ise, tüketici akdi ve taraflarla en yakın irtibatlı hukuku, zorunlu olarak, tüketicinin sisteme bağlandığı anda fizik varlığı itibarıyla bulunduğu devletin hukuku olarak tezahür ettirecektir. Dolayısıyla, satıcının tüketiciye yönelmesi olsun ya da olmasın, tüketici, fizik varlığı itibariyle kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde elektronik tüketici akdine girişmişse, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacakken; başka bir devletin ülkesinde elektronik tüketici akdine girişmişse, o devletin hukuku uygulanacaktır. Bu yaklaşımda, tüketicinin, başka bir devletin ülkesi üzerinden Internet'e bağlandığı hallerde[37], bu da sanal bir irtibat olduğundan dikkate alınamayacak, hâkim, tüketicinin elektronik tüketici akdine giriştiği anda fiilen bulunduğu yer hukukunu en yakın irtibatlı hukuk olarak uygulamak zorunda kalacaktır. Bu hukukî sonuç, sanal irtibatların dikkate alınmadığı, en sıkı irtibatlı hukuk uygulamalarının hepsinde, satıcı sanal olsun ya da olmasın, kaçınılmazdır. Sanal irtibatların (özellikle sanal ifa yeri) dikkate alınması ise, MÖHUK'un mevcut sistemi içerisinde en sıkı irtibatlı hukukun araştırılması aşamasına geçilmesine engeldir.

Borcun doğduğu anda karakteristik edim borçlusu olan satıcının mukim bulunduğu yer hukukunun elektronik tüketici akdini idare etmesi, satıcının alıcıya yönelmediği, aksine alıcının satıcıya yöneldiği, yani milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunmayan hallerde, gerek maddî mallar gerek dijital mallar itibariyle, incelediğimiz konunun özelliğine ve günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışına uygundur. Yukarıda da belirttiğimiz

37. Konu hakkında bkz. **Schu,** *<http://rw20mit4.jura.uni.sb.de/RSchu/public/essay.htm>*.

gibi, bir satıcının, Internet üzerinde bulunması veya Internet erişiminin bulunması, tek başına, onun, bulunduğu yerel ağın kaynaklandığı devletin ülkesi dışında başka bir devletin (ya da devletlerin) ülkesine ya da başka bir devletin (ya da devletlerin) ülkesinde bulunan tüketicilere ticareten yönelmesi olarak kabul edilemez[38]. Satıcıyı kendisi bulan ve ona kendisi yönelen tüketici, bir yerel ağdan diğerine atlayarak sanal olarak satıcının bulunduğu yere bağlanmaktadır. Tüketicinin satıcıyı bulduğu hallerde, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruduğu şartlar altında girişilmiş bir tüketici akdi bulunmadığından, milletlerarası ticarete ait menfaatlerin tüketicinin menfaatinin önüne geçmesi, yine günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışının bir gereğidir.

Buna karşılık, satıcının tüketiciye yöneldiği hallerde, gerek maddî mal gerek dijital mal satımlarını konu edinen elektronik tüketici akitlerinde, karakteristik edimin ifa yerinin BK md. 73/II'nin üçüncü bendinde yer alan yorum kuralından hareketle tespiti ve satıcının mukim olduğu yer hukukunun yetkili hukuk olarak tayini, milletlerarası özel hukukun koruma amacı ve günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışı ile telif edilebilir görünmemektedir. Bu bakımdan, MÖHUK md.24'ün günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışını bu halde gerçekleştirebileceğini söylemek güçtür.

MÖHUK md.24'ün günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışını gerçekleştiremediği hallerde, Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde bazı müellifler MÖHUK md.24'de yardımcı kural[39] olarak yer alan "sözleşme ile en yakın irtibat halinde bulunan hukukun" objektif bağlamanın ilk aşamasında bağımsız bir kural olarak uygulanmasını[40] önermiştir. Ancak, MÖHUK md.24/2'de yer alan, en sıkı irtibatlı hukuk metodu, akit ve taraflarla en yakın irtibatlı hukukun araştırılması esasına dayanan objektif

38. Internet erişiminin bu saikle kurulmuş olması da fikrimizce yeterli olmayıp, fiilî yönelme bulunması aranmalıdır. Aksi takdirde, tüketicinin Internet erişiminin varlığının da yönelme olarak kabulü gerekir ki bu yaklaşım, yönelmeyi bir kıstas olmaktan çıkarmaktan başka, bir sonuç doğurmaz.

39. MÖHUK md.24/2'de sözleşme ile en yakın irtibat halinde olan hukukun araştırılması imkânının hazır bulundurulması ile, ifa yeri kuralının her somut olayda mekanik olarak uygulanmasının yol açacağı hakkaniyete aykırı hukukî sonuçların giderilmesi tasarlanmamıştır.

40. **Doğan, V.:** *Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan*, C.5 (1996), S.1-2, sh.153-179; **Doğan, V.:** *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, MHB*, Yıl 15 (1995/1-2), sh.36.

bir metoddur. Buna karşılık, milletlerarası özel hukukda tüketicinin mutad meskeni hukuku objektif bağlama kuralının kabulünün altında yatan mülâhaza, bu hukukun, akit ve taraflarla değil, tüketici ile en yakın irtibatlı hukuk olmasıdır. Bu sebeple, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı olan hallerde tüketici akdi ve taraflarla en sıkı irtibatlı hukukun araştırılması sonucunda tayin edilen hukuk her zaman tüketicinin mutad meskeni hukuku olarak tezahür etmeyebilir. Nitekim, bunun bilincinde olan milletlerarası özel hukuk, tüketicinin korunması alanında en yakın irtibatlı hukuka, tüketicinin mutad meskeni hukuku objektif bağlama kuralının oluşturulması öncesinde tüketici ile yakın irtibatlı hukukun tespiti aşaması ile sınırlı bir fonksiyon tanımıştır. Bu sınırlı hukukî fonksiyonunun dışında ise, en yakın irtibatlı hukuk, gerek çağdaş millî hukuk düzenlerine ait milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde gerek milletlerarası sözleşme ve tasarılarında tüketicinin milletlerarası korunmasına hizmet edecek hukukun tayini için başvurulan bağımsız bir bağlama kuralı olma mertebesine ulaşamamıştır.

SONUÇ

Milletlerarası Özel Hukukun tüketiciyi koruma amacı olan hallerde, tüketicinin mutad meskeni hukuku objektif bağlama kuralı, elektronik tüketici akitlerine de uygulanabilir bir özellik taşımaktadır. Ancak, bu alanda oluşturulmuş koruyucu hukuk kuralları henüz pozitif kural düzeyinde Türk Hukukuna yansıyabilmiş değildir. Bu bakımdan, hukukî sorunun MÖHUK md.24 çerçevesinde değerlendirilmesi gereği vardır.

Ancak, MÖHUK md.24'e göre tayin edilen yetkili hukukun, olağan iletişim araçları ile girişilmiş tüketici akitlerinde dahi, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışının uygulanmasına işaret ettiği tüketicinin mutad meskeni hukukuyla her somut olayda birleşeceğini iddia etmek güçtür. Bu sebeple, yabancı unsur taşıyan tüketici akdine her ne surette girişilmiş olursa olsun, MÖHUK md.24'e göre tayin edilen yetkili hukuk, aynı zamanda tüketicinin mutad meskeni hukuku olarak tezahür etmiyor ise, fikrimiz, genel bağlama kurallarının mekanik uygulanmasından sarfınazar edilmesi yönündedir. Bu bağlamda, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı olan hallerde, tüketicinin gerçek iradesinin yönelmediği yani tüketici bakımından bilinçli olmayan hukuk seçimi şartı bertaraf edilmeli; tüketicinin mutad meskeni hukukuna işaret etme-

diği takdirde, karakteristik edimin ifa yeri hukuku kuralı ile en yakın irtibatlı hukuk kuralı bir tarafa bırakılmalıdır.

Gizli (örtülü) boşluk olarak kabul edilen böyle hallerde, MK md.1 (hâkimin hukuk yaratması) uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukuku bağlama kuralının Türk Milletlerarası Özel Hukukuna kazandırılması hem olağan yollardan hem de elektronik yoldan girişilmiş tüketici akitlerinde günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti anlayışının gerçekleştirilmesine hizmet edecektir.

Hâkim, MK md.1'de yer alan hukuk yaratma yetkisini kullanarak, tüketicinin mutad meskeni hukuku bağlama kuralını, atfı da reddetmek suretiyle, Türk Hukukuna intibak ettirmelidir.

Akit statüsü, tüketicinin mutad meskeni hukukuna ait, tüketiciyi koruma amacıyla vaz'edilmiş, milletlerarası emredici özellik taşıyan (doğrudan uygulanan) şekil kurallarının (koruyucu şekil) da yetkili hukukun uygulama alanına dahil edilmesi; muhtelif hukuk düzenlerine ait çatışan doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde, tüketicinin mutad meskeni hukukuna (yetkili hukuka) ait tüketiciyi koruma amacı taşıyan doğrudan uygulanan kurallara bertaraf etme özelliği tanınması suretiyle uygulanmalıdır. Bu hususlar, milletlerarası özel hukukun, tüketiciyi kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre koruma amacına ulaşılması bakımından zarurîdir.

Milletlerarası Özel Hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunmayan yabancı unsurlu tüketici akitleri bakımından ise, mevcut hukukî düzenlemeler (MÖHUK md.24; MÖHUK md.6; BK md.73) günün milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirmek bakımından yeterlidir.