

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI (TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN MADDİ ANLAMDA UYGULANMA ALANI)

Yard. Doç. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU

I- Giriş

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹ yürürlüğe girmesi, hukukumuz bakımından kendine özgü kuralları olan yeni bir özel hukuk alanının doğmasına yol açmıştır. Kısaca tüketici hukuku ya da tüketicinin korunması hukuku olarak nitelendirebileceğimiz bu alan, yeni hukuki kavram ve kurumlar ile çözümlenmesi gereken pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle kavramsal açıdan tüketici hukukuna bakıldığında, her biri kendi içerisinde açıklığa kavuşturulması gereken birer sorun olan, yepyeni kavramlarla karşılaşıldığı görülür. Bu kapsamda tüketici, tüketici sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri bünyesinde yer alan kapıdan satış sözleşmeleri, taksitle satışlar, tüketici kredileri gibi pek çok yeni sözleşme türü ilk aşamada zikredilebilir.

Bu çerçevede biz de, hukukumuz açısından son derece önemli bir tüketici hukuku kavramı olan tüketici sözleşmeleri kavramı üzerinde durarak, kavramı, kapsamını ve temel özelliklerini, kavramın TKHK'da düzenleniş şeklini de esas alarak incelemeye çalışacağız. Ayrıca, tüketici sözleşmeleri denilince, bu kavramla bağlantılı bir sorun olan TKHK'un maddi anlamda uygulanma alanı sorununu da bu kapsamda yer vereceğiz.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Adı geçen kanun metin içerisinde bundan sonra "TKHK" şeklinde anılacaktır.

II- Genel Olarak Tüketici Sözleşmeleri

A- Tüketici Sözleşmeleri Kavramının Tanımlanması ve Kapsamının Belirlenmesinde Temel Esaslar

Özel hukuk kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler. Bu bağlamda özel hukuk kuralları ile kişiler arasındaki menfaat uyumsuzluklarının, adalet, eşitlik, özgürlüğü sağlama gibi evrensel ilkelere hareket ederek çözümlenmesi ve dengelenmesi amaçlanır. Bu nedenle özel hukuk sistemi içerisinde yer alan kurallar, temelde düzenleyici nitelikte olan ve hukuki ilişkinin tarafları arasında hukuki eşitliği esas alan² ve bu suretle adaleti sağlamayı amaçlayan kurallardır³. Türk Medeni Kanunu ve özellikle Borçlar Kanunu'nda yer alan kurallar, bu nitelikteki kuralların en önemlilerini oluştururlar. Ne var ki, özel hukuk sistemimiz içerisinde bu genel nitelikli özel hukuk kurallarından ayrılan bütünüyle özel nitelik taşıyan düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden bir kısmında, özellikle, ticaret hukuku kapsamında yer alan düzenlemelerde olduğu gibi açıkça eşit düzeydeki sözleşme tarafları (nitelikli eşitlik), ezcümle tacirler arasındaki ilişkiler esas alınır ki⁴, buna Türk Ticaret Kanunumuz içerisinde çeşitli örnekler göstermek mümkündür⁵; diğer bir kısım özel nitelikli düzenlemelerde ise, sözleşmenin

² Gerçekten de özel hukuk sistemimiz hukuki ilişkiye katılan herkesin şekli-soyut eşitliği (formal-abstrakter Gleichheit) ilkesinden hareket eder (**Dauner-Lieb**, Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, 54 vd.; **Westermann**, Harm Peter, Verbraucherschutz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, Köln 1983, 80; ayrıca bkz. **Flume**, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Vierte Auflage, Berlin 1992, 10 vd.). Buna göre, tüketim, sermaye koyma ya da tekrar elden çıkarma gibi hukuki işlemin kuruluşunda takip edilen amaçlar, edim-karşı edim arasındaki mübadele ilişkisinde önem taşımazlar.

³ Bu konuda bkz. **Giger**, Hans, Überforderter Konsumentenschutz?, Ein Beitrag zum Schutz des Schwächeren in: Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983, 19 vd.; **Ozanoğlu**, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, 9 vd.;

⁴ **Brunner**, A., Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 592.

⁵ Her ne kadar, Türk Ticaret Kanunumuzda, ticari işletme esasına dayalı modern sistem esas alınmış olsa da (**Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999, 4), TTK kapsamında yer alan çeşitli hükümlerde tacir kavramını esas alan subjektif teorinin, ticari işletme esasının önünde tutulduğu gözlemlenmektedir. Nitekim, TTK'nun m. 21/1, c.1'de tacirlerin borçlarının ticari olduğu ifade edildikten sonra, tüzel kişilerin borçlarının ticariliği açısından söz konusu maddenin 2. cümlesinde gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi herhangi bir istisna getirilmemesi ve dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin bütün faaliyetlerinin ticari iş niteliğinde kabul

bir tarafı diğer tarafına göre daha ön planda tutulmuş ve açıkça sözleşmenin zayıf tarafı olarak korunmuştur⁶. Özellikle, iş hukuku, kira hukuku ve tüketici hukuku kapsamında yer alan düzenlemeler bu kapsamda zikredilebilirler. İşte bu ikinci gurup içerisinde yer alan düzenlemeler, kaynağını sosyal hukuk devleti düşüncesinden alırlar⁷.

Bu şekilde özel nitelikli özel hukuk kurallarının ihdas edilmesi, söz konusu hukuk kurallarının maddi anlamda uygulanma alanına hangi sözleşme ilişkilerinin dahil olacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu soruyu cevaplandırmaya yönelik olarak literatürde çeşitli görüşler ileri sürülmüş bulunmaktadır. Söz konusu görüşler temelde yukarıda ifade ettiğimiz açıkça eşit düzeydeki sözleşme tarafları arasındaki ticari işlemlere bu özel nitelikli kuralların uygulanabilmesi bakımından ticari işlem kavramını tanımlamaya, sınırlarını çizmeye ve yorumlamaya yönelik olarak ileri sürülmüş bulunmakla birlikte, özellikle tüketici hukukunun gelişmesine paralel olarak tüketiciyi koruyan düzenlemelerin uygulanma alanının belirlenmesi ve adi (olağan) sözleşme ilişkileri-ticari sözleşmeler-tüketicinin taraf olduğu sözleşmeler arasındaki sınırın çizilmesi açısından da benimsenmiş görüşlerdir. Literatürde ileri sürülmüş olan bu görüşlerden ilki, özel nitelikli koruyucu hükümlerin uygulanabilirliği açısından "tacir niteliğini=Kaufmannseigenschaft" esas alan sübjektif görüştür⁸. Bu görüşe (teoriye) göre, ticaret hukuku ile ilgili

edilmesi TTK'numuz açısından tacir niteliğinin hiç de küçümsenmeyecek ölçüde önem taşıdığını göstermektedir (ayrıca bkz. **Arkan**, 14).

⁶ Kanun koyucular, hukuki ilişkinin tarafları arasında adaleti, eşitliği sağlamaya yönelik olarak ihdas ettikleri düzenleyici nitelikteki normların bazı durumlarda toplumsal adaleti sağlamakta yeterli olmadığını, zira gücünün kendi koşullarını zayıfa kabul ettirdiği bir ortamda adalet ve eşitlikten bahsedilemeyeceğini görerek, özel hukuka hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesine etmişler ve sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla nispi emredici nitelikte kurallar ihdas etmişlerdir. Kanun koyucuların hukuki ilişkinin zayıf tarafını korumak amacıyla yürürlüğe koydukları nispi emredici nitelikteki bu kurallara literatürde *sosyal koruma normları* adı da verilmektedir(bu konuda bkz. **Giger**, Schwächeren, 27 vd.; **Stählin**, Adrian, Zwingende Normen zum Schutz der schwächeren Partei als Regulatoren zwischen Freiheit und Zwang, in: Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983, 98 vd.; **Ozanoğlu**, Taksitle Satım, 10)

⁷ **Neuner**, "Özel Hukuk ve Sosyal Devlet" adlı eserinde hukuki ilişkilerde zayıf tarafın korunması konusyla ilgili olarak şunları ifade etmektedir (bkz. **Neuner**, Jörg, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999, 274 vd); "Sosyal bakımdan zayıf olanın korunması devletin sosyal oluşumunun meşru amaçlarından birini oluşturmaktadır. Böyle bir amacın ortaya çıkabilmesi için, özel hukuka özgü müdahale ihtiyacının ortaya çıkması ve zayıflık kavramının keyfi olarak kullanılmaması gerekir. Bu nedenle, yapısal eşitsizliklerin genel olarak hesaba katılması özel hukuktaki şekli anlamda hukuki eşitlik ilkesiyle çatışmaya yol açacağı için sosyal içerikli müdahaleler yapılırken, sadece somut duruma özgü noksanlıkların ortadan kaldırılmasının göz önünde bulundurulması gerekir".

⁸ Bkz. **Brunner**, Konsumentenvertrag, 593; **Rehbinder** (Manfred, Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 1995, 70); Türk-İsviçre hukukunda, tacir niteliğini esas alan düzenlemeler hiç de az değildir. Bunlar arasında ticari hapis hakkına ilişkin MK'nun 864/II (ZGB m.895/II) maddesi, çalınmış,

kuralların somut ilişkiye uygulanabilmesi, hukuki ilişkinin taraflarının ya da taraflarından birinin tacir olması ile mümkündür. Söz konusu tacir niteliği sözleşmeden doğan edimin hem arzedeni hem de muhatabı (müşterisi) bakımından gündeme gelebilir. Dolayısıyla burada karşımıza iki temel soru çıkmaktadır. Bunlardan ilki, tüketiciyi korumaya yönelik koruyucu hükümlerin tacirler yanında, özel kişilere de ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusudur. Diğeri ise tüketiciyi koruyan düzenlemelerden tacirlerin de yararlanıp yararlanamayacakları konusudur. İşte bütün bu sorulara subjektif görüş salt tacir niteliğini esas alarak çözüm bulmaya çalışır. Subjektif teorinin literatürde ve mahkeme içtihatlarında yoğun eleştirilerle karşılaşması üzerine⁹, ekonomik bakımdan eşit durumda olan sözleşme tarafları arasındaki hukuki ilişkilerde özel nitelikteki özel hukuk kurallarının uygulanabilirliği bakımından tacir niteliğini değil, mübadele işlemlerinin olağan akışında sözleşmenin edim konusunu¹⁰ ya da ticari işletmeyi esas alan objektif görüş ileri sürülmüştür¹¹.

Bununla birlikte, gerek subjektif, gerekse objektif teorinin sorunların çözümünde yetersiz kalması ve özellikle tüketiciyi koruyan düzenlemelerin uygulanma alanının belirlenmesinde ihtiyaca cevap vermekten uzak olması, literatürde yeni belirleyici ölçüt arayışlarının oluşması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten de, özel hukuk kapsamında yer alan özel nitelikli kuralların (Sonderprivatrecht) uygulanabilirliği bakımından hem tacirler arası münasebetlerde olduğu gibi açıkça eşit olan sözleşme tarafları arasındaki

kaybedilmiş veya herhangi bir şekilde elde çıkmış olan menkul malın ona mümasil eşya satan tacirden iktisap edilmesi durumunda hüsnüniyetli müktesibin iktisabını kısmen koruyan MK m.902/son cümle hükmü, BK'nun 187 (OR m.190), 212 (OR m.215) yer alan satım sözleşmesinde temerrüde ilişkin hükümler ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494/II. maddesinde yer alan evli kişilerin yapacakları kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşin yazılı onayı zorunluluğunun tacir olan eşler açısından aranmayacağına dair hüküm örnek olarak zikredilebilir.

⁹ Tacir niteliğini esas alan subjektif teoriye çeşitli eleştiriler yapılmaktadır. Özellikle ticaret siciline kayıtlı olmayan tacirler bakımından tacir niteliğinin belirlenmesinin güçlük arzedeceği ifade edilmektedir. Ayrıca, tacirler ile özel şahıslar arasında yer alan tacir olmayan işletmecilerle, çiftlik sahipleri ve serbest meslek sahiplerinin durumunun ne olacağı sorusu ileri sürülmektedir (**Rehbinder**, 70). **Westermann**'da (s.81) genellemelere karşı çıkarak somut durumdan hareketle, kimin korunması gerektiğine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁰ **Brunner**. Konsumentenvertrag, 593.

¹¹ Söz konusu teorinin ekonomik bakımdan açık bir şekilde eşit durumda olmayan sözleşme tarafları bakımından da mahkeme içtihatlarına konu teşkil ettiği ifade edilmekte ve bu teoriye destek olarak İBK'nun 226m maddesinin 4. fıkrasında yer alan, alıcının firma veya bir münferit firmanın imzaya yetkili kişisi ya da ticaret şirketi olarak ticaret siciline kayıtlı olması veya satımın, ağırlıklı olarak bir işletmenin işletilmesi ya da mesleki amaçlar için temin edildiği belli olan satım konusuna dayandığı sözleşmeler hakkında taksitle satıma ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına ilişkin düzenleme örnek olarak gösterilmektedir. Ne var ki, söz konusu madde ile ilgili kararlarda farklı sebeplere dayanıldığı, bazı kararlarda sözleşme konusunun niteliğine, bazılarında ise somut işlemin ekonomik amacına işaret edildiği görülmektedir (**Brunner**, 593).

hukuki ilişkilere, hem de tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi eşit olmayan sözleşme tarafları arasındaki hukuki ilişkilere uygulanma imkanına sahip yeni bir ölçüt arayışı, sonuçta literatürde amaç teorisi olarak adlandırılan yeni bir görüşün ortaya çıkmasına yol açmıştır¹². Modern tüketici hukukunda da genel kabul görmüş olan amaç teorisine göre, özel hukuk kapsamında yer alan özel nitelikli kuralların somut hukuki ilişkiye uygulanmasında belirleyici ölçüt taraflarının muamele iradesi (Geschäftswille) olmalıdır. Zira, muamele iradesi niteliği itibarıyla beyanda bulunanın belirli bir ekonomik ya da hukuki sonucu doğurmaya, ezcümle belirli bir hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelik iradesini ifade eder. Bu anlamda muamele iradesi bir sonuç iradesidir¹³. Dolayısıyla belirli bir ekonomik ya da hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik olarak bir sözleşme ilişkisine taraf olan kimse, bu sözleşme kapsamında yükümlendiği edim itibarıyla ya ticari veya mesleki ya da özel amaçların gerçekleştirilmesi amacını güdebilir. İşte tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmelerde, tüketici, ticari veya mesleki bir amaç dışında, özel amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak hareket eden kişidir. Böylece, amaç teorisi göre, tüketici, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması dolayısıyla statüsü bakımından değil¹⁴, hukuki ilişki kapsamında üstlendiği rol dolayısıyla¹⁵, daha açık bir ifade ile sözleşmeyle takip ettiği ekonomik amaç¹⁶ dolayısıyla “tüketici” sıfatını kazanmaktadır¹⁷. Bu bağlamda, tüketici

¹² Brunner , Konsumentenvertrag, 594; Rehbinder , 71;

¹³ Muamele iradesi konusunda bkz. Eren , Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 6. Bası, İstanbul 1998, 124.

¹⁴ Ancak burada hemen ifade etmek gerekir ki, “tüketicinin sözleşmenin zayıf tarafını teşkil ettiği” gerçeği bütünüyle göz ardı edilemez. Her şeyden önce bu ölçüt, tüketicinin korunmasının hareket noktasını teşkil etmiştir. Nitekim, ulusal ya da uluslar arası düzeyde bir çok düzenlemenin kaynağını da bu düşünce oluşturmuştur. Ayrıca, tüketicinin sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması, amaç ölçütünün kapsamının belirlenmesinde de bize yardımcı olabilir. Aynı şekilde tüketici sözleşmelerinin yorumunda ve diğer sözleşmelerden ayrılmasında kullanılan sözleşmenin bir tarafının diğerine göre eşit olmayan bir durumda olması gerektiği ölçütü bakımından da bize yardımcı olmaktadır.

¹⁵ Burada, bir statüyü esas alan bakış açısından, somut duruma ilişkin bakış açısına bir geçiş söz konusudur (Rehbinder , 71; Westermann , 81; ayrıca bkz Dauner-Lieb , 13, dn.1). Dolayısıyla mal ya da hizmeti sunanla kazananın kim olduğu ya da sözleşmeden doğan edimin niteliğinden çok, ilgili faaliyetin konusu ve tarzına yönelik fonksiyonel bir bakışla bir sonuca varılması düşüncesi önem kazanmaktadır.

¹⁶ Sözleşmeyle takip edilen amacın belirlenmesi ölçütünün mevzuatımıza yeni girmiş bir ölçüt olduğunu ifade etmek gerekir. Bu anlamda ilk kez TKHK’nun 3/f maddesiyle sözleşmenin taraflarının muamele iradesi doğrudan doğruya esas alınmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, muamele ya da sonuç iradesinin dolaylı bir şekilde dikkate alındığı düzenlemelere, özellikle saik hatasıyla ilgili olan BK’nun 24/II ve temel hatasıyla ilgili BK. m. 24/I, b.4’deki düzenlemeleri göstermek mümkündür (Ayrıca bkz. Brunner , Konsumentenvertrag, 594).

¹⁷ Rehbinder , 71;

sözleşmeleri¹⁸ de, ticari-mesleki amaçlara değil, özel amaçlara yönelik edimlerin konusunu oluşturduğu sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır¹⁹.

O halde somut hukuki ilişkide mal satın alan ya da hizmetten yararlananın özel amaçlarla hareket edip etmediği, bir başka ifadeyle somut olaydaki sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olup olmadığı nasıl belirlenecektir? İşte bu noktada, sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin taraflarının sözleşmedeki amaçlarının belirlenmesi bakımından güven teorisi bize yardımcı olacaktır²⁰.

Somut olaydaki sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığı konusunda bir nitelendirme yapılırken hangi sözleşme türünün söz konusu olduğu önem taşımaz, açıkça Kanun koyucunun öngördüğü tüketiciyi koruyucu hükümlerin kapsam dışında bıraktığı sözleşme türleri müstesna, her türlü sözleşme tüketici sözleşmesi niteliğini taşıyabilir. Sözleşmenin yapısı da, bir başka ifadeyle sözleşmenin ani edimli mi, sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi, ard arda teslimli bir sözleşme mi olduğu konusu da önemli değildir. Belirleyici olan hangi amaçla sözleşmenin kurulduğu, özel amaçla mı, ticari, mesleki amaçla mı sözleşmenin meydana getirildiğidir. Bu bağlamda, sadece ticari amaçla mal ve hizmet arzedenle bir tüketici arasında gerçekleştirilen özel amacın takip edildiği işlemlerde de tüketiciyi koruyan özel düzenlemelerin uygulanma imkanı mevcuttur²¹.

Burada yeri gelmişken özellikle tüketici sözleşmelerinin tarafları arasındaki eşit olmayan konuma da işaret etmek gerekir. Zira tüketici sözleşmeleri açıkça eşit olmayan sözleşme tarafları arasındaki ilişkilerden oluşan, bir tarafta profesyonel müteşebbisin, diğer tarafta ise alıcı ya da hizmetten yararlanan konumundaki tüketicinin bulunduğu hukuki ilişkilerdir²². Bunun doğal bir sonucu olarak tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin tarafları arasındaki rol paylaşımı önem taşımaktadır. Tüketici sözleşmelerinde karakteristik edimi yerine getirmek zorunda olan mal ve hizmet arzedenler, buna karşın tüketici ise mal ya da hizmet edimini özel amaçları için kullanan ya da talep eden kişidir²³.

¹⁸ Bu bağlamda, **Brunner** (Konsumentenvertrag, 594), amaç teorisinden hareketle tüketici sözleşmelerini, (mal ve hizmet) arzedenin, kendi ticari faaliyetleri çerçevesinde tüketicinin işletmesine yönelik faaliyetleriyle bağlantılı olmayıp, sadece tüketicinin özel amaçları için bir edim yükümlendiği sözleşmeler olarak tanımlamaktadır.

¹⁹ **Brunner**, Konsumentenvertrag, 594.

²⁰ BGE 121 III 338, Erw. 5, c; **Brunner**, Konsumentenvertrag, 601;

²¹ bkz. BGE 121 III 338, Erw. 5, e, dd.

²² **Brunner**, Konsumentenvertrag, 599; **von Hippel**, Eike, Verbraucherschutz, 3.Aufl., Tübingen 1986, 3 vd.; BGE 121 III 339-340.

²³ BGE 121 III 342, Erw. 5, e, dd; ayrıca bkz. **Koller-Tumler**, Marlis, Erster Bundesgerichtentscheid zum Konsumentenvertrag, recht 1996, 48.

Somut olaydaki sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi olup olmadığı konusunda tereddüt hasil olması durumunda, tüketici sözleşmelerinin varlığı esas kabul edilmelidir²⁴. Özel ve ticari amacın bir-birine karıştığı karma nitelik arzeden durumlarda, hangi amaç daha ağır basıyorsa, o amacın varlığı lehinde karar vermek gerekir (Präponderanzmethode)²⁵.

B- Tüketici Sözleşmeleri Kavramı ve Tanımı

Tüketiciyi koruyan düzenlemelerin maddi anlamda uygulanma alanının belirlenmesi sorununun odağında tüketici sözleşmeleri kavramı yer alır. Bu bağlamda tüketici hukukunun gelişmesine paralel olarak tüketici sözleşmeleri kavramı da büyük önem kazanmış ve uluslararası ve muhtelif yabancı ulusal düzenlemelerde tüketici hukukunun temel kavramlarından biri olarak yerini almıştır. Nitekim, 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2. maddesinde, tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmeleri, kişisel kullanım veya aile içerisinde ya da ev işlerinde kullanılmak için bir malın satın alındığı satım sözleşmeleri olarak tanımlanmış ve anlaşmanın uygulanma alanı dışında bırakılmıştır.²⁶ 16 Eylül 1988 tarihli "Medeni ve Ticari Sahalarda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının İcrasına İlişkin Lugano Anlaşmasının 13. Maddesinde tüketici sözleşmesi, bir kişinin (tüketicinin) mesleki veya ticari bir faaliyetin yürütülmesine yönelik olmayan bir amaçla akdettiği sözleşme olarak tanımlanmış ve bu bağlamda taksitle satım sözleşmeleri ve taksitler halinde geri ödemesi yapılan karz sözleşmeleri ile bir menkul malın satın alınmasının finansmanını sağlamaya yönelik kredi işlemleri (bağlı tüketici kredileri) bu kapsamdaki sözleşmeler olarak ifade edilmiştir²⁷. Aynı şekilde Avrupa Birliği Hukuku'nda da tüketici sözleşmeleri,

²⁴ **Schmelzer**, Mikael, Der Konsumentenvertrag-Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung, Zürich 1995, 221.

²⁵ **Schmelzer**, 228; BGE 121 III 341-342, Erw. 5, e, cc.

²⁶ Bununla birlikte, 11 Nisan 1980 tarihli "Malların Uluslararası Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" kişisel kullanım ya da aile içerisinde kullanım veya evin ihtiyaçları için malların satın alınması hakkında, uygulanma alanı bulmayacağını, 2. maddesinde belirtilmiştir. Ne var ki, satıcı sözleşmenin kuruluşu öncesinde ya da kuruluşunda malın böyle bir kullanım için satın alınmış olduğunu bilmiyorsa, bilmek zorunda değilse, anlaşma, uygulanma alanı bulacaktır (ayrıntılı bilgi için bkz. **Magnus**, Ulrich, J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht, 13. Bearbeitung, Berlin1994, Art.2, Nr.10 vd.).

²⁷ Burada söz konusu anlaşma kapsamında gerçekleşen bir ihtilaf dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararın (BGE 121 III 336 vd.) inceleme konumuza ışık tutması açısından özellikle zikredilmesi gerekir; Federal Mahkeme Kararı ana hatlarıyla şu şekildedir;

Uyuşmazlık konusu olayda merkezi Zürich'de bulunan davacı anonim şirket pul ticaretiyle uğraşmakta ve bu kapsamda müzayedeler düzenlemektedir. Davalı ise bir pul koleksiyoncusu olup İngiltere de (Bath'da) ikamet etmektedir. Davalı, davacı anonim şirkete kendi adına fakat

davali hesabına açık artırma yapması için son yirmi yıldır düzensiz aralıklarla sipariş vermektedir. İşlemler, kural olarak davacının davalıya faize bağlanmış şekilde önceden ödemede bulunma yükümlülüğü altına girmesi ve belli zaman aralıklarında bunu hesabından düşmesi şeklinde gerçekleştirilmekteydi. Müzayede sonunda ele geçen para (davacı tarafından) davalıya önceden yapılan ödemeden az ise, hesap bakiyesinin sonraki artırmada yeni mahsup işlemi yapılınca kadar, yeni hesaba aktarılması kuralı mevcuttu. Olumsuz hesap bakiyesinin zaman içerisinde önemli bir miktara ulaşması üzerine, taraflar bu duruma ilişkin başka önlemler konusunda anlaşamadıklarından, davacı için bırakılması dolayısıyla 6 Ocak 1992 tarihine kadar ki hesabın kapatılması talebinde bulundu. Davalının bu ödeme talebini yerine getirmemesi üzerine, davacı, 25 Ocak 1993 tarihinde Zürih mahkemesinde açtığı davayla 333.141 Frankın faiziyle birlikte ödenmesini talep etti. Zürih mahkemesi yer bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle davacının talebini reddetmiş, davacının Zürih Kantonu üst mahkemesine yaptığı itiraz da reddedilmiştir.

Federal Mahkeme davacını temiz talebi üzerine davanın açılması gereken yer itibariyle Lugano anlaşmasının 14. Maddesinin II fıkrası gereğince tüketici davalının ikametgahında davanın açılması gerektiği gerekçesiyle davalıyı haklı bulmuş olmakla birlikte (121 III 344) verilen kararda tüketici sözleşmelerinin temel esasları ve özellikle hizmet edimi ihtiva eden tüketici sözleşmeleriyle ilgili can alıcı noktalara temas edilmiştir. Bu itibarla söz konusu kararın tüketici sözleşmelerine ilişkin noktalarını burada zikretmeyi faydalı görmekteyiz.

Federal Mahkeme, öncelikle Lugano anlaşmasının 13/I maddesine göre tüketici sözleşmelerinin tanımına yer vermiş ve tüketici sözleşmelerini bir kişinin mesleki veya ticari bir amaç olmadan, özel amaçları gerçekleştirmek için yaptığı sözleşme olarak tanımlamış ve nihai özel tüketicinin hukuki işlemi başkalarının fark edilebilir bir şekilde kendi mesleki ve ticari faaliyet alanı dışında yapması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca Lugano anlaşması gereğince anlaşmanın kapsamında yer alan tüketici sözleşmelerinden bahsedilmiş ve özellikle konuyla ilgili olduğu için hizmet edimlerinin yerine getirilmesine yönelik tüketici sözleşmelerinin hangi koşullar altında bu anlaşma anlamında tüketici sözleşmesi sayılacağı üzerinde durulmuştur. Buna göre hizmet edimlerinin yerine getirilmesine yönelik bir sözleşme, ancak, (a) sözleşmenin kuruluşuna tüketicinin ikametgahının bulunduğu devletteki açık bir teklif ya da reklam sebep olmuş ve (b) tüketici bu devlette sözleşmenin kuruluşu için gerekli olan hukuki davranışları yerine getirmişse, bu anlaşma anlamında tüketici sözleşmesi sayılır ve böyle bir durumda tüketici 14. Madde gereğince ya sözleşmenin karşı tarafının ikametgahının bulunduğu sözleşmeye taraf ülke mahkemelerinde ya da kendi ikametgahının bulunduğu sözleşmeye taraf ülke mahkemelerinde dava açabilir. Karşı taraf ise tüketiciye karşı sadece tüketicinin ikametgahının bulunduğu sözleşmeye taraf ülke mahkemelerinde dava açma imkanına sahiptir.

O halde Federal Mahkemeye göre mevcut olayda ihtilafı olan husus bu anlaşmanın 13. Maddesinin I. Fıkrasının 3. Bendi anlamında bir hizmet sözleşmesinin söz konusu olup olmadığıdır (121 III 338, Erw. 5, b).

Bu nedenle sözleşme taraflarının güven prensibi çerçevesinde sözleşmedeki amaçlarının belirlenmesi gerekir (121 III 338, Erw. 5, c).

Mahkeme bu durumu tespit ettikten sonra, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmek için başka bir şarta gerek yoktur. Belirleyici olan sözleşmenin mal ve hizmet arzedenle tüketici arasında yapılmış olması ve sözleşme konusunun ya da edimin özel ihtiyaçlara yönelik olarak talep edilmesidir (121 III 339, Erw. 5, d).

Hizmet edimlerinin tüketici sözleşmelerinin kapsamında mütalaa edilebilmeleri de, hizmetin tüketicinin özel amaçlarına hizmet için yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır. Hizmet kavramı ise literatürde geniş yorumlanmaktadır (121 III 340, Erw. 5, e).

Mal ve sermayenin serbest dolaşımı ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralların kapsamına girmediğçe, kural olarak ivaz karşılığında yerine getirilen edimler hizmet kapsamına dahildir. Hizmet edimi olarak özellikle işletmeyle ilgili faaliyetler, ticari faaliyetler, esnaf ve serbest meslek faaliyetleri söz konusudur (AET Sözleşmesinin 60. Maddesinin 1 ve 2. Fıkraları

her münferit sözleşme tipine göre çıkarılan Yönergelerde benzer kriterler kullanılarak tanımlanmıştır. Söz konusu uluslararası düzeydeki anlaşma metinleri yanında, bir çok yabancı ulusal düzenlemede de, örneğin, İsviçre, Alman²⁸ ve Avusturya²⁹ Hukuklarında tüketicinin korunmasıyla ilgili çeşitli

gereğince). Hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler kapsamında, iş sözleşmesi niteliğinde olmayan hizmet sözleşmeleri, eser ve eser teslim sözleşmeleri ya da iş görme sözleşmeleri söz konusudur. Buradaki müşterek özellik, faaliyetle ilgili edimin tüketiciye yönelik olarak gerçekleştirilmesidir. Böyle bir hizmet edimi kavramı EGBGB'nin 29. Maddesinin 1. Fıkrasında da esas alınmıştır (121 III 340, Erw. 5, e, aa).

Taşıma, sigorta ya da taşınmaz kirasıyla ilgili olmadığı ve özel olarak 13. Maddenin I. Fıkrasının 3 (a), (b) bentlerinde adlandırılan tüketicinin ikametgahı devletiyle yersel ilişkisi bulunduğu sürece özel tüketim amacıyla talep edilen hizmet edimlerinin her türü Lugano anlaşmasının 13. Maddesi kapsamına dahildir. Literatürde götürü seyahat sözleşmeleri ziyafılama kurları, tamir faaliyetleri, elbise temizleme, uzaktan öğrenim, evlenme tellallığı, otelde konaklama sözleşmeleri ile (dil, kayak, yelkenli kurslarına yönelik) öğretim organizasyonlarına ilişkin sözleşmeler hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler olarak sayılmaktadır. Ticari karakter arzetmeyen, kişisel ilişkilere dayalı özellikle taraflar arasında güven ilişkisinin ön planda tutulduğu (vekalet gibi) hukuki işlemler tüketici sözleşmelerinin kapsamı dışında tutulmaktadır (121 III 340-41, Erw. 5, e, bb).

Literatürde şüphe halinde tüketici sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir. Karma yararlanma durumunda ağırlığı teşkil eden yarananma metoduna göre karar verilmelidir. Buna karşın Avrupa hukukunda içtihatlar tüketiciyi koruyan düzenlemelerle izlenen amaç bakımından Lugano anlaşmasının 14. Maddesinin II. Fıkrasının dar yorumlanması, sözleşmenin diğer tarafı karşısında ekonomik bakımdan zayıf olarak kabul edilen korunmaya muhtaç tüketici hariç olmak üzere imtiyazlı görevli mahkemenin saklı tutulması gerektiğini, zira onun nihai özel tüketici olduğu ve mesleki ve ticari bir amaç olmaksızın sözleşme yaptığı kabul edilmektedir (121 III 341-342, Erw. 5, e, cc).

Özet olarak hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeye ilişkin bir karar verirken onun tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından hangi sözleşme türünün söz konusu olduğu konusuna bağlı olunamayacağı, açıkça koruyucu hükümlerin kapsamı dışında bırakılan sözleşmeler saklı kalmak kaydıyla, belirtilmelidir. Sözleşmenin yapısı da, yalın bir borç ilişkisi mi, sürekli bir borç ilişkisi mi, ard arda teslimli sözleşme mi ya da diğer bir sözleşme tipinin mi söz konusu olduğu, önem taşımaz. Belirleyici olan husus bir taraftan hangi amaçla sözleşmenin kurulduğu, özel amaçla mı, mesleki amaçla mı sözleşmenin meydana getirildiğidir. Sadece ticari amaçla mal ve hizmet arzedenle bir tüketici arasındaki özel amacın takip edildiği işlemler olarak özel düzenlemelerden yararlanırlar. Diğer taraftan sözleşmenin tarafları arasındaki rol paylaşımı da önem taşır. Karakteristik edimi yerine getirmek zorunda olan arzecedir, buna karşın tüketici ise mal ya da hizmet edimini özel amaçları için kullanan ya da talep edendir (121 III 342, Erw. 5, e, dd).

²⁸ Alman hukukunda Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu'nun (EGBGB) 29. maddesinde tüketici sözleşmeleri başlığı altında hak sahibi (tüketici) tarafından mesleki ya da ticari olmayan bir amaçla hareket edildiği taşınırların teslimi veya hizmet edimlerinin yerine getirilmesi hakkındaki sözleşmeler ile böyle bir işlemin finansmanına yönelik sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmiş (m.29/f.I), ancak taşıma sözleşmeleri ile tüketiciye borçlanılan hizmet edimleri tüketicinin olağan ikametgahının bulunduğu devlet haricinde başka bir devlette yerine getirilmek zorunda bulunan hizmet ediminin yerine getirilmesine ilişkin sözleşmeler hakkında bu Kanunun uygulanmayacağı belirtilmiştir (m.29/f.IV). Bununla birlikte bir götürü fiyat karşılığında taşıma ve konaklama edimlerinin öngörüldüğü seyahat sözleşmeleri bu Kanun anlamında tüketici sözleşmesi kabul edilmiştir.

düzenlemelerde de tüketici sözleşmelerinin ya da tüketici sözleşmesi türlerinin tanımına yer verildiği görülmektedir. Ancak, söz konusu hukuk sistemleri içerisinde tüketici sözleşmeleri kavramına verilen önem açısından özellikle zikredilmesi gereken İsviçre Hukukudur. Zira, İsviçre Hukukunda adı geçen diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, tüketici sözleşmeleri kavramı, anayasal bir kavram özelliğini taşımaktadır. İsviçre Federal Anayasa'sının 31 (Sexies) maddesinin III. fıkrasında³⁰ tüketici sözleşmeleri nihai tüketiciler ile (mal ve hizmet) arzedenler arasındaki sözleşmeler olarak nitelendirilmiş bulunmaktadır.

İsviçre mevzuatında tüketici sözleşmelerine verilen bu özel önem, literatüründe de kavram üzerinde özellikle durulması sonucunu doğurmuştur³¹. Nitekim, İsviçre literatüründe konuyla ilgili iki tezden birini yazan Marlis **Koller-Tumler** genel anlamda tüketici sözleşmesini, ticari ya da özel bir (mal veya hizmet) arzedenin nihai tüketicisiyle kurduğu sözleşme olarak nitelendirmektedir. Yazar nihai tüketici kavramına sadece özel müşteri ya da alıcıları (private Abnehmer), bir başka ifadeyle mal ya da hizmet edimini kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için elde edenleri değil, kendi işletmesel kullanımı için ancak işletmesel faaliyet alanına yabancı bir amaçla sözleşme yapan ticari faaliyet yürüten müşterileri de dahil etmektedir³². Konuyla ilgili diğer tezin yazarı **Schmelzer** ise, tüketici sözleşmesini müteşebbisle tüketici arasındaki sözleşme olarak nitelendirmekte ve müteşebbisi bağımsız, organize olmuş bir faaliyet dahilinde edimlerini diğer müteşebbislere ya da bir ev dahilinde yaşayanlara (tüketicilere, Haushalte) karşı yerine getiren, tüketiciyi

²⁹ 8 Mart 1979 tarihli Tüketicinin Korunmasına ilişkin Federal Kanun'un 1. paragrafında Uygulanma alanı başlığı altında bu yasa anlamında hukuksal işlemler (tüketici işlemleri) deyimiyle bir tarafta bir işletmenin işletilmesine yönelik işlemleri yapan kişinin (müteşebbisin), diğer tarafta ise bununla ilişkili olmayan kişinin (tüketicinin) katıldığı işlemler olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin II. Fıkrasında bu düzenleme anlamında müteşebbis, sürekli bir organizasyon dahilinde bağımsız faaliyet yürüten her kişi, kazanç elde etmeye yönelme de, bu Kanun anlamında müteşebbis kabul edilmiştir. Ne var ki, Kanunun IV. Fıkrasında işçi ya da işçi benzeri olan kişinin işverenle yaptığı sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmemiştir.

³⁰ İsviçre Hukuku'nda tüketici sözleşmelerini tanımlayan bir çok düzenleme yer almaktadır. Özellikle, 1981 yılında Federal Anayasanın 31. Maddesinde (Sexies) tüketicinin korunmasına ilişkin olarak önemli bir adım atılmış ve söz konusu düzenlemenin III. fıkrasında tüketici sözleşmeleri nihai tüketiciler ile arzedenler arasındaki sözleşmeler olarak nitelendirilmiş ve böylelikle tüketici sözleşmeleri ilk kez kavramsal olarak da açıkça bir maddi hukuk düzenlemesinin kapsamına dahil olmuştur. İsviçre hukukunda söz konusu düzenleme yanında,

³¹ İsviçre Hukukunda konuyla ilgili olarak iki doktora tezinin yayınlanmış olması konuya verilen özel önemi göstermektedir.

³² Yazar, bir doktor ya da avukatın bir bilgisayar satın alması durumunda, kendi uzmanlık alanları dışında normal bir vatandaş gibi hareket ettikleri için, bunların nihai özel tüketici olarak kabul edilmeleri gerektiğini belirtmektedir (**Koller-Tumler**, Marlis, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes, Bern 1995, 213).

ise özel alanı için bu edimleri talep eden gerçek kişi olarak tanımlamaktadır. Yazar, gerçek kişilerle yapılan sözleşmeler bakımından edimini yerine getiren müteşebbisin, ilişkinin karşı tarafının tüketici ya da müteşebbis olarak hareket edip etmediğini açıklığa kavuşturmak zorunda olduğunu, aksi taktirde şüphe halinde somut ilişki bakımından tüketici sözleşmesinin varlığından hareket edileceğini ifade etmektedir³³. Tüketici sözleşmeleri konusunda çalışmalar bulunan **Brunner** ise, tüketici sözleşmelerini girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri (teşebbüsüyle, işletmesiyle ilgili olan, ticari veya mesleki) çerçevesinde, tüketicilerin özel (kişisel ya da ailevi) ihtiyaçlarını karşılamak üzere ve tüketicinin işletmesiyle ilgili faaliyetleriyle bağlantısı bulunmayan bir edim yükümlendikleri sözleşmeler olarak ifade etmektedir³⁴.

Getirilen bütün bu tanımlarda üzerinde durulması gereken en önemli nokta, tüketici sözleşmeleri tanımlanırken, özellikle amaç teorisi kapsamında ortaya konulan ilkeler çerçevesinde hareket edildiği ve somut ilişkinin tüketici sözleşmesi, sözleşmenin karşı tarafının da tüketici olarak nitelendirilebilmesi için, mal satın alanın ya da hizmetten yararlananın ticari ve mesleki amaç dışında özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hareket etmesinin zorunlu olduğu hususudur. Zira, gerek yasal düzenlemeler boyutunda, gerekse getirilen çeşitli tüketici sözleşmesi tanımlarında farklı noktalara temas edilmesine karşın³⁵, en önemli ortak nokta olarak, tüketicinin ticari veya mesleki olmayan, özel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir hukuki işlem iradesiyle hareket etmesi hususuna özellikle işaret edilmektedir.

Bize göre genel anlamda tüketici sözleşmelerini TKHK hükümlerini de dikkate alarak şu şekilde tanımlamak mümkündür; *Tüketici sözleşmeleri, (kural olarak) girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir*³⁶.

³³ **Schmelzer**, Mikael, Der Konsumentenvertrag-Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung, Zürich 1995, 266.

³⁴ **Brunner**, Konsumentenvertrag, 594.

³⁵ Getirilen tanımlarda özellikle sözleşmenin taraflarıyla ilgili olarak farklılıklarla karşılaşılacaktır. Örneğin, sözleşmenin tüketici tarafının sadece gerçek kişi olabileceği, tüzel kişilerin tüketici sözleşmesinin tarafı olamayacağı belirtilmektedir.

³⁶ Tüketici sözleşmeleri ile ilgili olarak hukukumuzda da çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bkz. **Zevkliler**, 17 vd.; **Özel**, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, 28 vd.; **Gezder**, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 13 vd.; **Ozanoğlu**, Taksitle Satım, 14;

C- Genel olarak Tüketici Sözleşmelerin Ayırıcı Özellikleri (unsurları)

a) Tüketici sözleşmeleri mal ve hizmet arzına yönelik sözleşmelerdir

Yukarıda verdiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere, tüketici sözleşmeleri mal ve hizmet arzına yönelik sözleşmelerdir. Tüketici sözleşmeleriyle, müteşebbis tüketiciye bir mal veya hizmet arzını amaçlar. Bu bağlamda, tüketici sözleşmelerinin konusu, bir maddi edim ya da hizmet edimi olabileceği gibi karma nitelikli bir edim de olabilir³⁷.

- Kavram ve içerik açısından tüketici sözleşmeleri kavramı tek tip bir sözleşme türünü içermez. Niteliği itibariyle birbirinden farklı tipteki sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilirler. Bir başka ifade ile tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmek için gerekli unsurları taşıyan bir sözleşme, tipi ya da niteliği önem taşımaksızın tüketici sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Bu özelliği ile tüketici sözleşmeleri kavramını, kavramsal açıdan bir üst (şemsiye) kavram olarak nitelendirmek mümkündür. İster satım, kira, vekalet, istisna gibi isimli bir sözleşme niteliğinde olsun, isterse isimsiz bir sözleşme olsun, tüketici sözleşmelerinin temel özelliklerini taşıyan her sözleşme tipi tüketici sözleşmesi olarak adlandırılabilir³⁸. Sonuç olarak, sözleşmenin tipi, bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından önem taşımaz³⁹.

³⁷ Tüketiciyle ilgili çeşitli düzenlemelerde, bazı sözleşme tiplerinin kanunun uygulanma alanı dışında bırakıldığı görülmektedir. Bu tür mevzuat hükümleri esas itibariyle kanunun maddi anlamda uygulanma alanıyla ilgili olmakla birlikte, ilgili sözleşme tarafının tüketiciyi koruyan düzenlemelerin kapsamı dışında değerlendirilmesi, bir başka ifade ile kanunun uygulanması bakımından tüketici olarak nitelendirilmemesi sonucunu doğurduğu için, aynı zamanda kanunun kişi bakımından uygulanma alanıyla da ilgilidir. Bu bağlamda maddi ölçüde yer verilen düzenlemelere örnek olarak kapıdan işlemlerle ilgili 85/577AET Sayılı İşyerleri Dışında Yapılan Sözleşmelerle İlgili Konsey Yönergesi (31.12.1985 O.J. NO L 372/31)'nin 3. Maddesinin 2/d fıkrası ile İsviçre Hukuku'nda OR'nin 40a maddesinin II. fıkrasında ve Alman HaustürWG'nin § 6/I,1'de yer alan ve sigorta sözleşmelerini uygulanma alanı dışında bırakan düzenlemeleri göstermek mümkündür. Kanunda getirilmemiş olan bir sınırlamanın tebliğle öngörülmüş olmasının doğuracağı sakıncalar bir tarafa bırakılırsa, hukukumuzda da kapıdan satış sözleşmeleri bakımından böyle bir sınırlama, büyük ölçüde yukarıda belirttiğimiz yabancı düzenlemelerin ve özellikle AB Yönergesinin etkisiyle olsa gerek, "Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ" in (TRKGM- 95/136-137) 19 maddesinde bazı mamullerin satışları ile sigorta sözleşmeleri bakımından öngörülmüştür.

³⁸ Nitekim TKHK'un 2. maddesinde de, mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemde bahsedilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiş bulunmaktadır.

³⁹ Zevkliler, 18.

-- Böylece, tüketici sözleşmeleri kavramıyla, özel hukuk sistemi içerisinde (özellikle Türk özel hukuk sistemi bakımından) adi-ticari sözleşmeler ayrımlı yanında üçüncü bir sözleşmeler kategorisi oluşmuş bulunmaktadır⁴⁰. Tüketici sözleşmeleri olarak nitelendirilen bu üçüncü tip sözleşme kategorisi, bütünüyle tüketici hukukunun gerekleri dikkate alınarak, genel hükümlerden ve ticaret hukukundan farklı esaslara dayandırılmıştır⁴¹.

-- Ancak, burada özellikle tüketici sözleşmeleri kavramı kapsamında, tüketici sözleşmelerini genel anlamda tüketici sözleşmeleri ve özel tüketici sözleşmeleri şeklinde ikiye ayırarak ele almak gerekir. Genel anlamda tüketici sözleşmeleri kavramıyla, ister kanunda düzenlenmiş olsun, isterse düzenlenmemiş olsun tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmek için varlığı aranan genel koşulları bünyesinde taşıyan her türlü sözleşme anlaşılmalıdır. O halde, somut sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin üstlendiği rol gereğince kazandığı tüketici sıfatı dolayısıyla, diğer sözleşme tarafına göre daha fazla korunmaya layık olduğu, mal ve hizmet arzına yönelik ivazlı her türlü sözleşme ilişkisi genel anlamda tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Özel tüketici sözleşmeleri kavramıyla ise, tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım, taksitle satım, tüketici kredisi, kapıdan satış, uzaktan satış, devre tatil ve devre mülk sözleşmeleri ve seyahat sözleşmesi gibi münferit tüketici sözleşmesi türleri anlaşılmalıdır.

- Genel anlamda tüketici sözleşmelerinin konusunu taşınır mallar ve hizmetler oluşturur. Tüketicinin korunmasıyla ilgili düzenlemelerinin büyük bir bölümünde⁴² taşınmaz mallar tüketici sözleşmelerinin kapsamı dışında bırakılmakta, taşınmazları konu edinen sözleşmeler diğer şartları taşısa da tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir. Taşınmaza ilişkin

⁴⁰ Alman, Avusturya, Fransız ve İsviçre Hukukları bakımından bkz. **Kramer**, Ernst A., *Handelsgeschäfte, -eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten-*, Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht, Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag, Wien 1990, 299 vd.

⁴¹ TKHK'da bunun pek çok örneğiyle karşılaşmak mümkündür. Ezcümle, TKHK'da mal ve hizmet sağlayana adi satım ve hizmet teminine yönelik sözleşmelere göre ayıba karşı tekeffülden dolayı daha ağır bir sorumluluk yüklenmesi, ayıba karşı tekeffülden dolayı açılacak davaların daha uzun bir zamanaşımı süresine tâbi olması (2 yıl) (madde 4), taksitle satış sözleşmeleri (madde 6), kapıdan satış (madde 8 ve 9) ve tüketici kredilerinde (madde 10) müteşebbise bilgi verme yükümlülüğünün ve şekil zorunluluğunun getirilmesi, kapıdan satışlarda alıcıya yedi gün içerisinde hiçbir sebep göstermeden kanunun değimiyle cayma hakkının (bize göre bu hukuki niteliği itibarıyla bir geri alma hakkıdır) tanınması (madde 8) örnek olarak gösterilebilir.

⁴² Bununla birlikte, taşınmazlardan kısmi süreli yararlanma hakkının devrine ilişkin sözleşmeler (hukukumuzdaki karşılığıyla devre tatil-devre mülk sözleşmeleri), niteliği gereği konusu taşınmaz olan sözleşmelerdir. Bu itibarla zaman paylaşımı esasına dayalı bu sözleşmeler taşınmazları tüketici sözleşmeleri kapsamında bırakan düzenlemelerin istisnasını oluşturmaktadır (Nitekim bkz. 94/47/AT Sayılı Taşınmazlardan Kısmi Süreli Yararlanma Hakkının Kazanılmasına İlişkin Konsey Yönergesi (29.10.1994 O.J. NO L 280/83)'nin 2. maddesinde taşınmaz mülkiyetinden (*immovable property*) bahsedilmektedir).

sözleşmelerin tüketiciyi koruyan düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılması tüketici sözleşmelerinin tarihi gelişim süreci içerisinde çeşitli gerekçelerle açıklanmaya çalışılmaktadır. Öncelikle, toprağın diğer piyasada arz edilen mallara göre çoğaltılamaz oluşu ve bir üretim sürecinin sonucu olarak görülebilmesi temel gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Buna ilave olarak, arazinin bir tüketim malı değil de yatırım malı olarak değerlendirilmesi taşınmazların tüketiciyi koruyan düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmasının en önemli gerekçesi⁴³ olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Ayrıca, kanaatimizce taşınmazlar üzerinde mülkiyet değişikliklerinin ağır şekli prosedürü gerektirmesi, yüklü harç ve vergiye tabi olması, taşınmazlar üzerinde işlem maliyetinin yüksek olması gibi nedenler de taşınmazların tüketime yönelik olarak değerlendirilmemesinde rol oynayan diğer etkenler olarak görülebilir. Bütün bu faktörler, taşınmaz satın alırken kişilerin, konuyu derinlemesine düşünmek zorunda olmaları nedeniyle, korunma ihtiyacının en aza indiği varsayımını da beraberinde getirmektedir⁴⁵. Bize göre, tüketici ilk planda güçsüz, alım gücü düşük kişi olarak değerlendirilip, bu gerekçeyle sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edildiğinden, taşınmazlar gibi, maliyeti yüksek yatırım araçlarını almaya gücü olanların, tüketici olarak kabul edilmeleri ihtiyatla yaklaşılması doğaldır. Ancak, hemen işaret etmek gerekir ki, artık günümüzde tüketici kavramına verilen yeni anlam ve biçilen rol karşısında, taşınmazların tüketici, sözleşmelerinin kapsamı dışında bırakılmasının kabul edilebilir bir gerekçesi olamaz. Zira, günümüzün modern tüketici hukuku yaklaşımında, tüketici, artık salt sözleşmenin zayıf tarafı olarak değerlendirilmemekte, piyasaları dengeleyici bir unsur olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, özel amaçlarla taşınmaz malı konu edinen hukuki işlemlere taraf olanların, olması gereken açısından tüketici sayılmalarında bir sakınca görülmemelidir.

Mallar yanında hizmet edimleri de tüketici sözleşmelerinin konusunu oluşturabilirler. Özellikle, günümüz ekonomisinde hizmet ağırlıklı bir dönüşüm yaşanmakta ve buna bağlı olarak işletmeler de giderek birer hizmet işletmesi olma süreci içerisine girmiş bulunmaktadır⁴⁶. Gerçekten de, artık

⁴³ Nitekim Türk Hukukunda da, taşınmazların TKHK'un kapsamı dışında bırakılmasının temel nedeni olarak, taşınmazların bir tüketim malı değil, yatırım malı olarak görülmüş olması gösterilmektedir (Bu konuda bkz. **Aslan**, 10; **Kuntalp**, 300).

⁴⁴ Bu konuda ve söz konusu gerekçelere karşı yapılan eleştiriler hakkında bkz. Schmelzer, 191.

⁴⁵ Taşınmaz kredilerinin Tüketici Kredilerine ilişki Avrupa Birliği Yönergesinin kapsamı dışında bırakılmasının gerekçesi için bkz. **Canaris**, Claus Wilhelm, *Avrupada Tüketici Kredisi Alanında Hukuki Uyumlaşmayı Temin Açısından* 22.12.1986 Tarihli Avrupa Topluluğu Yönergesi'nin Getirdikleri, *Altıncı Avrupa Hukuk Haftası, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku* (İstanbul, 5-7 Mart 1993), Çev. Yeşim Atamer, Ankara 1991, 10.

⁴⁶ Gerçekten de hizmet sektörünün ekonomi politik içerisindeki önemi giderek artmaktadır. Başlangıçta sadece hammadde elde etme, tarımsal ve orman ve balıkçılık ürünlerinin imali gibi temel bileşenlerden oluşan imalat sektörü, zamanla el sanatları ve endüstri mallarının üretimi yönünde genişleme kaydetmiş ve nihayet hizmet edimlerinin üretimi de bütün bu sektörlerin

işletmeler, varoluş amaçlarını "hizmet vermek; halka, tüketiciye hizmet etmek" şeklinde ifade etmektedirler. Nitekim, malların satışında bile hizmet ağırlıklı mesajlar ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamda, firmalar mallarını pazarlarken, tüketicilere eğitim, bakım ve onarım, montaj, danışmanlık ve ulaştırma gibi hizmetleri de sunacaklarını beyan etmektedirler. Artık günümüzde bilgisayar, buzdolabı gibi dayanıklı tüketim malları satılırken, sadece o malın üstün nitelikleri değil, satış sonrası gerçekleşecek olan servis hizmetleri de en az o mal kadar önem kazanmış bulunmaktadır⁴⁷. Bütün bu gelişmeler, bir taraftan satım sözleşmeleriyle, hizmet edimi ihtiva eden sözleşmelere ilişkin edim yükümlerinin aynı hukuki ilişki bünyesinde bir araya geldiği sözleşme tiplerinin yaygınlaşması sonucunu doğururken, diğer taraftan da hizmet edimi ihtiva eden sözleşmelerin tüketici sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmeleri zorunluluğunu beraberinde getirmiş bulunmaktadır⁴⁸.

O halde hizmet edimi ihtiva eden bir sözleşmede, hizmet ivaz karşılığında yerine getiriliyorsa, tüketici sözleşmelerinin diğer özelliklerinin de bulunması durumunda, söz konusu sözleşme tüketiciyi koruyan düzenlemelerin kapsamına dahil olacaktır. Hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler kapsamında, iş sözleşmesi niteliğinde olmayan hizmet sözleşmeleri, eser ve eser teslim sözleşmeleri ya da diğer iş görme sözleşmeleri zikredilebilir. Buradaki müşterek özellik, faaliyetle ilgili edimin tüketiciye yönelik olarak gerçekleştirilmesidir⁴⁹. Literatürde ve yabancı düzenlemelerde genellikle götürü seyahat sözleşmeleri zayıflama kurları, tamir faaliyetleri, elbise temizleme, uzaktan öğrenim sözleşmeleri, konaklama sözleşmeleri ile (dil, kayak, yelkenli kurslarına yönelik) öğretim organizasyonlarına ilişkin sözleşmeler hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler arasında sayılmaktadır. Bununla birlikte, ticari karakter arzetmeyen, kişisel ilişkilere dayalı özellikle taraflar arasında güven ilişkisinin ön planda tutulduğu (vekalet gibi) hukuki işlemleri ise, tüketici sözleşmelerinin kapsamı dışında tutma eğiliminin mevcut olduğu söyle-nebilir⁵⁰.

yanında üçüncü bir imalat sektörü olarak daha baskın bir sektör halini almıştır (Gilcher, Bernd, Produkthaftung für Dienstleistungen, Kehl, Straßburg, Arlington 1994, 5). Hizmet sektörünün bu ölçüde yaygınlaşması ve hatta modern teknoloji ile birlikte daha karmaşık bir hal alması hizmet edimi talep edenlerin korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir (Gilcher, 8).

⁴⁷ Öztürk, Ayşe, Hizmet Pazarlaması, Eskişehir 1998, 2.

⁴⁸ Bu konuda ayrıca bkz ileride III, B, b tüketici sözleşmesi niteliğindeki hizmet edimi ihtiva eden sözleşmelerle ilgili açıklamalarımıza.

⁴⁹ BGE 121 III 340, Erw. 5, e, aa.

⁵⁰ BGE 121 III 341, Erw. 5, e, bb.

b) Tüketici sözleşmelerinde mal ya da hizmetlerin tüketici tarafından ticari ve mesleki amaçlarla değil özel amaçlara yönelik olarak elde edildiği sözleşmelerdir

Tüketici sözleşmelerinin en ayırt edici vasıflarından birini oluşturan bu özellik, sözleşmenin bir tarafının mutlaka tüketici sıfatını taşıması zorunluluğunun doğal bir sonucudur. Daha açık bir ifade ile özel amacın takip edilmesi unsuru tüketici olarak nitelendirilebilmenin bir gereğidir. Bu itibarla, mal ya da hizmet sağlanırken ticari ya da mesleki faaliyetin yürütülmesi amacının güdülmemesi, mal satın alınırken özel ihtiyaçların giderilmesi ve bu amaçla malın tüketilmesi, azaltılması ya da ekonomik değerinin yitirilmesi gibi bir amacın takip edilmesi, kâr elde etme amacının güdülmemesi gerekir⁵¹. Aksi halde bir tüketici sözleşmesinin varlığından değil, genel hükümlere tâbi bir adi nitelikli bir sözleşmeden ya da ticari bir sözleşmeden bahsedilebilir. Aslında bu özellik, tüketici sözleşmelerinin ana belirleyici unsurunu oluşturmaktadır.

c) Tüketici sözleşmeleri ivazlı sözleşmelerdir

Tüketici sözleşmeleri niteliği itibarıyla ivazlı sözleşmelerdir⁵². Tüketici sözleşmelerinde müteşebbis, bir kazanç elde etmek ya da iktisap sebebiyle, tüketiciyle sözleşme yapar. Zira tüketici sözleşmelerinde müteşebbisin sorumluluğu, diğer sözleşmelere göre daha ağırdır. Öncelikle, tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine müteşebbisin sorumluluğu sınırlandırılmayacağı gibi, ortadan da kaldırılamaz. Mevzuatta tüketici sözleşmeleri ile ilgili hükümler nisbî emredici nitelikte olduğundan, tüketici aleyhine bunların aksi kararlaştırılmaz. Halbuki ivazsız sözleşmelerde BK. m.98 gereğince borçlunun sorumluluğu daha az takdir olunur⁵³. Bununla birlikte ivaz açısından karma nitelik taşıyan sözleşmelerin, örneğin bir karma

⁵¹ Ticari, mesleki faaliyet ve özel amaç ölçüleri konusunda ayrıntılı bilgi için **Ozanoğlu**, Tüketici, 671 vd.

⁵² **Kemper**, 25. 242; **Zevkliler**, 17;

⁵³ Nitekim, bağışlama sözleşmesinde, sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle, mülkiyeti devir borcu doğuran tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere göre bağışlayanın sorumluluğu daha hafiftir. Ezcümle, bağışlananın aynen ifadan vazgeçerek müsbet zarar talep edebilme imkanı bulunmadığı gibi, sözleşmeden dönme imkanı da mevcut değildir. Ayrıca bağışlayanın gecikme tazminatı ve sonraki imkansızlıktan dolayı sorumluluğu da, BK.m.98/1, c.3 uyarınca daha az takdir olunur. Böyle bir durumda, BK'nun 243 hükmünü kıyasen uygulayarak bağışlayanın sadece kast ve ağır ihmalden sorumlu olacağını kabul etmek yerinde olur (bkz. **Aral**, 208). Aynı şekilde bağışlayanın BK.m.243 gereğince sadece kasten veya ağır kusuru nedeniyle verdiği zararlardan kötü ifadan sorumlu tutulması ve ayıba ve zapta karşı tekeffülden dolayı sadece açıkça taahhüt etmişse bunlardan sorumlu olacağını hükme bağlanması, tüketici sözleşmelerinde müteşebbise diğer adi nitelikli iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere göre bile daha ağır bir sorumluluk yükleyen temel yaklaşım ve düzenlemelerle bağdaşmaz.

bağışlamanın tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tereddüt doğurabilir. Ancak bu gibi durumlarda, söz konusu sözleşmeyi bütünüyle tüketici sözleşmelerinin kapsamı dışında mütalaa etmemek ve somut olayın koşulları değerlendirilerek müteşebbisin sorumluluğunu sözleşme ivazsız olduğu ölçüde daha dar değerlendirmek gerekir.

d) Tüketici sözleşmelerinin tarafları tüketici ve müteşebbidir

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda asıl belirleyici unsur, sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olmasıdır. Ancak tüketici kavramı niteliği itibarıyla statik bir anlam taşımamaktadır. Bir başka ifade ile bir sözleşme ilişkisinde tüketici olan kişi, diğer bir hukuki ilişkide satıcı sıfatıyla sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilir⁵⁴. Hal böyle olunca, tüketici sözleşmelerinin belirleyici unsuru olan tüketici kavramdaki bu özellik, bir sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi, sözleşmenin bir tarafının da tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi bakımından, somut durumun özelliklerinin ön plana çıkması sonucunu doğurmaktadır.

Tüketici sözleşmeleri en yalın ifadesiyle tüketicinin taraf olduğu sözleşmeler olduğuna göre, bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirlemek için, öncelikle tüketici kavramının içeriğinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, tüketici kavramı ve bu kavramın sınırlarının belirlenmesi başlı başına kapsamlı ve tartışmalı bir konudur⁵⁵. Bununla birlikte, tüketici hukukundaki modern yaklaşımlar çerçevesinde tüketici kavramıyla ilgili şunlar söylenebilir;

Öncelikle, tüketici, bir hukuki ilişkide o hukuki ilişkinin zayıf tarafını oluşturan kişi olarak görülmüş ve bu nedenle özel olarak koruma altına alınmıştır. Ancak zamanla, “sözleşmenin zayıf tarafı” ya da “korunmaya layık olan tarafı” kavramına verilen anlam değişmiş, tüketici sözleşmenin zayıf tarafı gibi salt bir statüyü ifade eden kavramsal yaklaşım yerine, tüketici, hukuki ilişkiye girerken takip ettiği amaç açısından ele alınmaya başlanmıştır. Dolayısıyla, modern tüketici hukukunda, tüketici tanımlanırken sözleşmenin zayıf tarafı olmak gibi konumu (statüyü) esas alan bakış bir açıdan somut

⁵⁴ Bu konuda bkz. **Schmelzer**, 62 vd.; **Dauner-Lieb**, 13, dn.1; **Koller-Tumler**, 210; **Westermann**, 70;

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663 vd.

durumu esas alan bir bakış açısına yönelen bir yaklaşım benimsenmeye başlamıştır⁵⁶. Buna göre tüketici, somut hukuki ilişkiye girerken özel bir amaç takip eden, yani mal ya da hizmeti elde ederken, kişisel, ailevî veya özel kullanıma özgü bir amaç taşıyan kişidir. Böylece, burada bir hukuki ilişkinin tarafının tüketici olarak nitelendirilmesi bakımından, onun hukuki işlem iradesi esas alınmakta, özel bir amaçla hukuki ilişkiye giren tarafın, aynı zamanda tacir ya da bağımsız olarak yürütülen bir meslek sahibi olması önem taşımamaktadır. Bu anlamda, ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişiler kendi işletme ya da işyerlerinde kullanılmak üzere, ticari-mesleki faaliyet ya da uzmanlık alanına yabancı bir alanda sözleşme yaptıkları taktirde tüketici olarak nitelendirilme imkanına sahip olmaktadırlar⁵⁷. O halde, modern tüketici hukukunda, tüketici, hukuki ilişkiye girerken özel bir amaç takip eden, yani mal ya da hizmet elde ederken, kişisel, ailevî veya özel kullanıma özgü bir amaç taşıyan kişidir. Burada hemen şu hususu da ifade etmek gerekir ki, bizim hukuk sistemimiz dışındaki tüketiciyle ilgili düzenlemelerde, tüketici kavramı tanımlanırken genelde tüzel kişiler tüketici kavramının kapsamı dışında mütalaa edilmektedirler⁵⁸. Özellikle özel amacın takip edilmesi ölçütü ve buna bağlı olarak kullanılan kişisel kullanım, ailevî kullanım, ev işlerinde kullanım veya özel amaçlarla kullanma ya da yararlanma ölçütleri esas alınarak getirilen tüketici tanımlarında, tüzel kişilerin özellikle kişisel, ailevî veya ev işlerinde kullanım gibi bir amaç takip ederek bir mal veya hizmeti elde etmelerinin tüzel kişilik kavramı ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı kabul edilmiş olacak ki, tüzel kişiler tüketici kavramının kapsamı dışında bırakılmıştır. Ne var ki, hukukumuz açısından kanun koyucunun tüzel kişilerin tüketici kavramının kapsamına dahil edilmesi konusunda daha olumlu düşündüğü söylenebilir. Nitekim, TKHK'un 3/f maddesinde tüketici, mal ve hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır⁵⁹.

⁵⁶ Schmelzer, 62 vd.; Koller-Tumler, 210; Dauner-Lieb, 13, dn.1; Ozanoğlu, Tüketici, 671;

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, Tüketici, 686, ayrıca 691.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, Tüketici, 670 ve 683; Ayrıca, bu konuda bkz. Faber, Wolfgang, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZeuP, Heft 4, 1998, 860 vd.

⁵⁹ Bununla birlikte Kanunda kullanılan özel amaç işlevsel ölçütüyle, tüzel kişi kavramının tam anlamıyla uyumlu olduğunu söylemek güçtür. Özellikle, kişisel, ailevi kullanım ölçütleri ile tüzel kişilik kavramının bağdaştırılması bizce mümkün görülmemektedir. Öncelikle, kazanç paylaşma amacını güden tüzel kişilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından, özel amaçla hareket edilip edilmediğinin tespiti hiç şüphesiz gerçek kişilere göre daha fazla güçlük arzedecektir. Ayrıca, hukuk sistemimiz bakımından tacir niteliğindeki tüzel kişilerin borçlarının ticariliği açısından TTK'nun 21. maddesinde gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi bir istisna getirilmediği ve dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin bütün faaliyetlerinin ticari iş niteliğinde kabul edildiği düşünülürse, özel amaç ve tüzel kişi tacir arasındaki ilişkinin izah edilmesinde ne derece güçlüklerle karşılaşılacağı daha iyi anlaşılabilir (Bu konuda bkz. Kuntalp, 305 vd.; Nitekim,

Tüketici sözleşmelerinde, sözleşmenin karşı tarafında ise bir müteşebbis yer alır⁶⁰. Müteşebbis (ya da girişimci) kavramı, ekonomi hukukunun (Wirtschaftsrecht)⁶¹ temel kavramlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum tüketici hukukunun ekonomi hukukunun en önemli dallarından biri olarak kabul edilmesinin doğal bir sonucudur⁶². Müteşebbis kavramıyla hukuki temelleri bulunan, mal ya da hizmetlerin arzı ve üretilmesi amacına yönelik olarak işletme şeklinde organize olmuş ekonomik bir yapı (Wirtschaftseinheit) ifade edilmektedir⁶³. Müteşebbis kavramı hukuki temelini ortaklık ve şirketler hukukundan alır. İş gücü ve sermaye gibi temel bileşenlerden oluşan bir işletme şeklinde organize olmuş ve bu organizasyon aracılığıyla mal ve hizmetleri piyasaya üretip sunan bir yapı olarak ortaya çıkar⁶⁴. Dolayısıyla müteşebbis kavramı işlevsel anlamda işletme şeklinde yapılanmış bir (profesyonel) satıcıyı ifade eder (betrieblicher Anbieter)⁶⁵.

Yargıtay TKHK'nun 3/f maddesinin sadece gerçek kişi tacirler için uygulanabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2.6.1997 tarihli ve 1997/1815 Esas ve 1997/5112 Karar sayılı kararında (Yargıtay Kararlar Dergisi, Ekim 1997, s.1564-1567), tüzel kişi tacir ticaret ortaklığı hakkında TKHK'un uygulanamayacağını ifade edilmiştir (aynı yönde Yarg.11.HD. 29.12.1997 tarihli ve 1997/8979 Esas ve 1997/9841 Karar, Yargıtay Kararlar Dergisi, Kasım 1998, s.1651). Bununla birlikte kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıfların, TKHK anlamında tüketici olarak nitelendirilmelerinde herhangi bir güçlük bulunmamaktadır. Ancak, dernek, amacını gerçekleştirmek için bir ticari işletme işletiyorsa ve kamuya yararlı bir dernek değilse tacir sıfatını taşıyacağından (TTK.m.18), en azından ticari işletmesi ile ilgili faaliyetler bakımından derneklerin tüketici sayılmalarında güçlükler vardır. Ne var ki, derneklerin nihai amaç olarak kazanç paylaşmak amacıyla kurulmadıkları, derneklerin ticari işletme işletmesinin nihai amaca ulaşmak için bir araç olduğu düşünülürse, derneklerin işlettikleri ticari işletmenin faaliyet alanı dışında yaptıkları işlemler bakımından tüketici sayılmalarına herhangi bir engel yoktur.

⁶⁰ Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta tüketici işlemleriyle ilgili muhtelif tanımlarda sözleşmenin karşı tarafına da yer verildiği görülmektedir. Gerçekten de, tüketici işlemlerinin iki taraf esas alınarak yapılan tanımlamalarında (bkz. Avusturya Hukukunda KSchG §1/f.1,1; karş. Alman Hukukunda VerbrKrG §1/f.1 ve HausTWG §6/f.1,1; İsviçre Hukukunda OR m.40a/f.1.a) tüketicinin karşısında genellikle bir müteşebbis (Unternehmer) yer almaktadır. Bu iki tür tanımlama arasındaki fark, kendisini, özellikle her iki tarafın da tüketici olduğu sözleşmeler bakımından gösterir (bkz. **Faber**, Wolfgang, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZeuP, Heft 4, 1998, 856 ve özellikle orada dn.5).

⁶¹ Ekonomi hukuku konusunda bkz. **Schlupe**, Walter R., Was ist Wirtschaftsrecht?, Festschrift für Hug, Bern 1968, 25 vd.

⁶² Bu konuda bkz. **Brunner**, Alexander, Was ist Konsumentenrecht?, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 1995, 33;

⁶³ **Brunner**, JKR, 33; Nitekim, Türk hukukunda da teşebbüs kavramı benzer bir şekilde tanımlanmıştır. 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. Maddesinde teşebbüs kavramına yer verilmiş ve söz konusu kavram "Piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁴ **Brunner**, JKR, 34-35.

⁶⁵ **Brunner**, JKR, 35.

Bu itibarla bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığını tespit bakımından belirleyici olan noktalardan biri de tarafların sözleşmedeki konumları arasındaki farklılıktır. Bir başka ifadeyle tüketici sözleşmeleri, açıkça eşit olmayan sözleşme tarafları arasında yapılan sözleşmelerdir⁶⁶. Tüketici sözleşmelerinin tarafları arasındaki bu yapısal eşitsizlik özellikle tarafların bilgi seviyelerindeki farklılığı (Informationsgefälle) ortaya çıkarmaktadır. Bu anlamda müteşebbis yürüttüğü faaliyet çerçevesinde tüketiciye göre daha fazla bilgi ve deneyim sahibi olan işinin uzmanı profesyonel bir kişidir⁶⁷. Dolayısıyla müteşebbise karşı daha sözleşmenin kuruluşundan itibaren tüketiciyi korumaya yönelik önlemler almak ve bu bilgi farkını en az indirme gayreti içinde olmak gerekir.

TKHK açısından tüketici sözleşmelerinde tüketicinin karşısında kimin yer aldığı sorununa baktığımızda ise, Kanun koyucunun sözleşmenin karşı

⁶⁶ **Brunner**, Konsumentenvertrag, 598 vd.; Nitekim, literatürde gerek ticari işlemler (Handelsgeschäfte), gerek iş sözleşmesi (Arbeitsvertrag), gerekse adi (özel, olağan) işlemler (Privatgeschäfte) ile tüketici sözleşmeleri arasındaki sınırın çizilmesi ve tüketici sözleşmelerinin kapsamının belirlenmesinde taraflar arasındaki eşitsizlik prensibinin (Ungleichgewichtsprinzip) belirleyici rol oynadığı kabul edilmektedir.

Buna göre *ticari işlemler* tanımlanırken (mal ve hizmet) arzedenin kendi işletmesiyle ilgili faaliyetleri çerçevesinde, alıcının işletmesiyle ilgili amaçlarını (gerçekleştirmesini) sağlamak için bir ayrı ve/veya şahsi edimi yükümlendiği sözleşmeler olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla ticari işlemlerde ticari bir mal ve hizmet arzedenden (ein betrieblicher Anbieter) ile ticari bir alıcı (ya da yararlanan) (ein betrieblicher Abnehmer) mevcuttur (=eşit düzeydeki taraf ilişkisi) (SJZ 87 (1991), Nr.38, Erw.4).

Tüketici sözleşmeleri karşısında sınırının çizilmesi gereken bir diğer grup hukuki ilişkide ise, bir özel (mal ve hizmet) arzedenin, alıcının işletmesiyle ilgili amaçlarını (gerçekleştirmesini) sağlamak için bir ayrı ve/veya şahsi edimi yerine getirmeyi yükümlendiği bir durum söz konusudur. Burada özellikle bir müteşebbise yönelik özel amaçlarla bir hizmet arzı söz konusudur. İş sözleşmeleri bu gruptaki sözleşmelere örnek gösterilebilirler. Burada işçi iş görme edimini müteşebbis işverenin özel alanındaki ev ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla değil, işletmesiyle ilgili ihtiyaçlarını karşılamak üzere yerine getirdiği müddetçe, kavramsal ve maddi açıdan tüketici sözleşmelerinin aynadaki görüntüsü gibi (Spiegelbild) bir durum ile karşı karşıya kalır. Zira her iki sözleşmede de bir özel amaçlı kişiyle müteşebbis yapısal anlamda eşitsiz bir durum içerisinde bulunmaktadır. Her iki sözleşme tipi bakımından basit ve hızlı yargılama sisteminin benimsenmiş olması da diğer bir önemli ortak noktadır (**Brunner**, Konsumentenvertrag, 599).

Tüketici sözleşmeleri karşısında özellik arzedenden diğer hukuki işlem grubu ise özel (adi, olağan) nitelikli hukuki işlemlerdir. Burada, (mal ve hizmet) arzedenin kendi özel faaliyetleri çerçevesinde, alıcının özel ihtiyaçları için bir ayrı ve/veya şahsi edimi yükümlendiği bir hukuki ilişki söz konusudur. Bir başka ifadeyle özel (adi, olağan) nitelikli işlemlerde özel bir mal ve hizmet arzedenden, özel bir alıcı ya da yararlanan karşı karşıya bulunmaktadır. Günlük hayatta karşılaşılan pek çok sözleşme ilişkisinde bu tür olağan, adi işlem niteliği mevcuttur (bkz.BK m.307/1'deki adi karz). Aynı şekilde olağan adi satım sözleşmeleri de bir diğer örnek olarak ifade edilebilir. Özel (adi) işlemler sözleşmenin her iki tarafının yapısal anlamda birbiriyle eşit olması itibarıyla ticari işlemlerle kavramsal ve mantıki açıdan yakın bir benzerlik içerisindedir (bkz. **Brunner**, Konsumentenvertrag, 599).

⁶⁷ **Brunner**, Konsumentenvertrag, 599-600.

tarafı ile ilgili olarak buraya kadar ifade ettiğimiz yaklaşımların dışında hareket ettiğini ifade edilmelidir. Her şeyden önce, TKHK'da tüketici sözleşmeleri tanımlanırken sözleşmenin karşı tarafına tanımda yer verilmediği gibi, bu konuda bir sınırlamaya da gidilmemiştir⁶⁸. Bu bağlamda, Kanunda müteşebbis kavramına da yer verilmemiş bulunmaktadır. Kanunda teşebbüs yerine satıcı kavramı benimsenmiş ve söz konusu kavram “kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır (TKHK m.3/g). Aslında Kanunun genel yapısı incelendiğinde de görülecektir ki, Kanun koyucu tüketicinin karşısında yer alan taraf olarak işletme şeklinde organize olmuş profesyonel müteşebbisi değil, ekonomik, yapısal ve diğer bakımlardan daha alt düzeydeki satıcıyı esas almıştır⁶⁹. Ancak burada hemen şunu ifade etmek gerekir ki, TKHK'da tüketici karşısında yer alan taraf olarak satıcının ifade edilmiş olması, müteşebbis düzeyindeki mal ve hizmet sunanlara karşı tüketicinin korunmayacağı anlamına gelmez. İster basit düzeyde bir satıcı olsun, isterse , mal ya da hizmeti en yüksek kazançla paraya çevirmeyi amaçlayan örgütlenmiş müteşebbis olsun, eğer bu taraf tüketiciye mal ve hizmet arz ediyorsa, ona karşı sorumlu olacaktır. En azından kanunun ruhu böyle bir yaklaşımı zorunlu kılar⁷⁰.

⁶⁸ Nitekim, TKHK'nun 2. maddesinde hukuki işlemin sadece bir tarafını yani tüketiciyi esas alan bir tanım getirmiş, ilişkinin karşı tarafına tanımda doğrudan yer vermemiştir. Bununla birlikte Kanunun 3. maddesinde getirilen tanımlar arasında tüketici işlemlerinde hukuki ilişkinin karşı tarafında yer alan satıcıya (m.3/g) yer verilmiş ve Kanunun 4, 7, 10 ve 13. Maddelerinde çeşitli defalar, tüketiciye karşı satıcıyla birlikte sorumlu olacaklardan bahsedilmiş ve bunlar içerisinde sadece imalatçı-üretici tanımlanmıştır. Kanun koyucu satıcıyı getirdiği tanımda kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımladığından karşı tarafın konumuyla ilgili (tacir-serbest meslek sahibi vs.) herhangi bir sınırlamaya gitmemiş ve tüketiciye karşı sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilecek kişilerin kapsamını geniş tutmuştur.

⁶⁹ Nitekim **Serozan** (bkz.Rona Serozan, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Yasa Hukuk Dergisi, Mayıs 1996/4,579-598 arası) kanun koyucunun bu yaklaşımını eleştirmektedir. Yazar, tüketici sözleşmelerinde tüketicinin karşısında yer alan sözleşme tarafının, mali ve hizmeti en yüksek kazançla paraya çevirmeyi amaç bilen, piyasada örgütlenmiş (organize) profesyonel müteşebbis olduğunu, tüketicinin korunmasının böyle bir müteşebbise karşı sağlanması gerektiğini (bkz.580), kanun koyucunun ise tüketiciyi dişi, otomobil tamircisi, kaloriferçi gibi kişilere karşı korumak istemesinin bir hayalden ibaret olduğunu ifade etmektedir (bkz.596-597); Ayrıca bu konuda bkz. **Özel, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, 36-37;Zevkililer, 19.**

⁷⁰ Burada eksik ya da doğru olmayan husus, tüketici hukukundaki modern yaklaşımların yeterince Kanuna yansıtılmamış olmasıdır. Kanunda genel bir terminoloji karmaşasının söz konusu olması da diğer bir önemli noktadır. Örneğin satıcı kavramını ele aldığımızda, bunun hizmet arzıyla bağdaştırılması mümkün değildir. Ancak kanun koyucu muhtelif defalar hizmet satımından bahsetmekte ve büyük ölçüde ekonomi biliminin etkisi altında kalarak bir hukuk metnini kaleme aldığını göstermektedir (Bu konuda ayrıca bkz. **Serozan** , tüketici, 597).

III- TKHK'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı ve TKHK'da Tüketici Sözleşmeleri

A- Genel Olarak Maddi Anlamda Uygulanma Alanı Sorunu

Kanunun maddi anlamda uygulanma alanı konusuyla ifade edilmek istenen, kanunda yer alan düzenlemelerin hangi hukuki ilişkilere ve özellikle sözleşmelere uygulanacağını belirlemesi hususudur. Bu açıdan TKHK ele alındığında, kanun koyucunun genel olarak kanunun sistematığı ve muhtevası açısından benimsediği yaklaşımı⁷¹, uygulanma alanı ile ilgili olarak da aynı şekilde devam ettirdiğini söylemek mümkündür. Gerçekten de, uygulanma alanı ile ilgili olarak TKHK'da ihtiyaçlara cevap verecek ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, Kanunun muhtelif maddelerinde, maddi anlamda uygulanma alanıyla doğrudan ya da dolaylı bir biçimde ilgili bulunan çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu cümleden olarak, Kanunun 2. maddesinde, Kanunun 1. maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsadığı ve dolayısıyla tüketicinin taraf olduğu bütün hukuksal işlemler hakkında TKHK'un uygulanacağı ifade edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, Kanunun 3. maddesinin c ve d bentlerinde hukuki ilişkinin ve özellikle tüketici sözleşmelerinin konusuna ilişkin olarak mal ve hizmet kavramları tanımlanmış; f, g bentlerinde ise tüketici sözleşmesinin taraflarına yer verilmiştir.

⁷¹ TKHK ile ilgili olarak öncelikle şu hususu ifade etmek gerekir ki, bizim Kanun Koyucumuz, tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeleri yaparken, tüketici haklarının ihlaline karşı, ihlalin niteliği ve farklı tüketici sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı özel kanunlar çıkarmak yerine, genel nitelikli tek bir kanunla tüketici sorunlarına çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Bu bağlamda, tüketici haklarının tehlikeli ve bozuk mamullere karşı korunması (TKHK m.4, m.18, m.19), tüketici haklarının haksız reklam ve ilanlara karşı korunması (TKHK m.16, m.17), tüketicilerin bireysel talep ve dava haklarını kolaylıkla kullanabilmeleri için gerekli imkanların sağlanması (TKHK m.21 vd.) gibi genel nitelikli tüketici sorunları ile, tüketicilerin satım, taksitle satım, kapıda satış ve kampanyalı satış sözleşmelerinde alıcı, kredi sözleşmeleri ve özellikle tüketici kredilerinde kredi alan olarak çeşitli sözleşmeler bakımından, bu sözleşmelerde sözleşmenin niteliği gereği ortaya çıkan ihlallere karşı (özellikli ve nitelikli olarak) tüketicilerin korunmasını, genel nitelikli bir kanun olan TKHK kapsamında ele almıştır.

Kanun koyucunun bu şekilde genel nitelikli bir kanunla tüketici sorunlarına çözüm bulmak istemesi, sorunların derli toplu bir kanunda ele alınmasını sağlamak bakımından faydalı olduğu düşünülebilir de, her şeyden biraza yer vermek mantığıyla hazırlanan böyle bir kanunun sorunlara köklü çözümler getirmesi beklenemez. Bu bağlamda, söz konusu kanun düzenlediği hususlarda, hiçbir soruna olmasa gereken ölçüde çözüm getirememiş ve bu nedenle de çoğu zaman uygulayıcıları ve doktrini bazı zorlayıcı yorumlar yapmaya sevk etmiştir. Nitekim, **Zevkliler** (s.18)'e göre, "...Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup da, tüketicilere mal ve hizmet arzını amaçlayan satım çeşitleri, trampa, istisna, ücretli vekalet gibi sözleşmeler, korumanın kapsamına girdiği gibi; Ticaret Kanununda ya da öteki özel yasalarda düzenlenmiş bulunan taşıma, kredi açma, kredi kartı hizmeti verme, seyahat, sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmeler...koruma kapsamında yer almaktadır".

Burada hemen ifade etmek gerekir ki, TKHK'nun uygulanma alanı ile ilgili bu düzenlemelerde özellikle dikkate çeken nokta, Kanunun hem kişiler hem de maddi anlamda uygulanma alanı bakımından tüketici kavramının hareket noktası olarak benimsenmiş olmasıdır. Buna bağlı olarak, tüketici kavramı esas alınmak suretiyle tüketici sözleşmeleri tanımlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla aynı kavramdan hareketle Kanunun, hem kişiler, hem de maddi anlamda uygulanma alanı belirlenmeye çalışılmıştır⁷². Tüketici kavramı belirlenirken de, *işlevsel bir ölçüt* olan "özel amacın takip edilmesi" ölçütü esas alınmıştır. Ayrıca, bu işlevsel ölçütün yanında, tüketici sözleşmeleri nitelendirilirken çeşitli kişisel ve maddi ölçütler getirilmek suretiyle bu Kanun anlamında tüketici sözleşmelerinin kapsamı sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Nitekim, TKHK'nun 2. maddesinde, Kanunun 1. maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsadığı belirtildikten sonra, 3. maddesinin c bendinde "mal", d bendinde "hizmet" kavramları tanımlanmak suretiyle f, g bendlerinde ise tüketici sözleşmesinin taraflarına yer verilmek suretiyle, tüketici sözleşmelerine işlevsel, maddi ve kişisel sınırlamalar getirilmiştir.

B- TKHK'da Tüketici Sözleşmesi Kavramının Sınırlandırılması

Öncelikle, TKHK'un 2. maddesinde söz konusu Kanun'un mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsadığı ifade edildiğinden, Kanunun uygulanma alanı tüketicinin taraf olduğu hukuki işlemlerle sınırlandırılmış bulunmaktadır. Her ne kadar, adı geçen düzenlemede tüketici sözleşmesi kavramı ismen açıkça ifade edilmemiş ve hukuki işlem kavramına yer verilmiş olsa da, burada özellikle tüketici sözleşmelerinin ifade edilmek istendiği açıktır. Bununla birlikte, Kanun metninde açıkça hukuki işlem kavramına yer verilmesi nedeniyle, TKHK'un maddi anlamda uygulanma alanına salt tüketicinin taraf olduğu sözleşmeler değil, tüketicinin taraf olduğu her türlü hukuki işlem dahildir⁷³.

⁷² Bu konuda bkz. **Ozanoğlu**, Tüketici, dn.6.

⁷³ TKHK hükümlerinin uygulanma alanı sadece taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşme niteliğindeki hukuki işlemlerle sınırlı değildir (**Zevkliler**'e göre (s.17), TKHK'un ancak tüketici sözleşmesi denilen ve belirli öğeleri içeren sözleşmelerle ilgili hukuki işlemlere uygulanacaktır). Zira, bilindiği üzere hukuki işlem kavramı, sözleşme kavramından daha geniş kapsamlı bir kavram olup, sözleşme kavramı, hukuki işlemin sadece bir türünü, ezclümle iki taraflı hukuki işlem kavramının karşılığını oluşturan bir kavramdır. Nitekim, gazetelerin düzenledikleri promosyon kampanyaları bir boyutu itibarıyla, BK'nun 8. Maddesinde düzenlenen ilân suretiyle yapılan vaad niteliğindeki tek taraflı hukuki işlem olarak nitelendirilebilir (bkz. **İnan**, Ali Naim, Türk Hukukunda İlân Suretiyle Yapılan Vaadler, Ankara 1961, 15 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 467 vd.). Ancak özellikle promosyon konusunun ayıplı çıkması durumunda TKHK'nun 4.maddesinin uygulanabilmesi söz konusu kampanyaların

Bununla birlikte, TKHK'da maddi anlamda uygulanma alanına bazı sınırlamalar getirilmiştir.

İşlevsel sınırlamalar: Bu cümleden olarak, Kanun koyucu (tüketici kavramı dolayısıyla) bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, bir malın satın alınması ya da hizmetin sağlanmasında özel bir amacın takip edilmesi ölçütünü getirmiş ve esas itibarıyla özel amaç ölçütünü destekler bir biçimde malın satın alınması ya da hizmetten yararlanılmasında nihailik kavramına yer vermiştir. Buna göre, sözleşmeye konu mal ya da hizmetin özel amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak elde edilmesi gerekir. Dolayısıyla bir hukuki ilişkiye dahil olan tarafın tüketici, sözleşmenin de tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için mal alan ya da hizmet elde eden tarafın muamele iradesinin özel bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik olması, yani mal ya da hizmet elde ederken, kişisel, ailevî veya özel kullanıma özgü bir amaç taşınması ya da başka bir başka anlatımla mesleki ya da ticari faaliyetin yürütülmesi amacını taşınmaması gerekir (*özel amaç ölçütü*)^{74, 75}. Ayrıca, TKHK anlamında bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, mal ve hizmetin bireysel ihtiyaçların giderilmesine yönelik olarak elde edilmesi, dolayısıyla mal ya da hizmetin⁷⁶ tekrar piyasaya sürülmesi amacıyla elde edilmemiş olması da zorunludur⁷⁷ (*ni hailik ölçütü*)⁷⁸.

sözleşme olarak nitelendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla, söz konusu kampanyaları satım ya da satım yönü ağır basan bir karma bağışlama olarak da nitelenmek mümkündür (bu konuda bkz. **Ozanoğlu**, Taksitle Satım, 187).

⁷⁴ Yargıtay 13. HD. bir kararında (4.5.1998 tarih ve 2905 E., 3865 K. nolu Kararı) alüminyum doğrama işiyle uğraşan davacının, dava konusu malları bu işinde kullanmak üzere başkasının ihtiyacı için davalıya sipariş verdiğini, kendi şahsi ihtiyacı için satın almadığını, bu nedenle davaya 4077 sayılı Kanunun uygulanma imkanının bulunmadığına hükmetmiştir (Karar için bkz. **Kadıoğlu**, Kamil, Gereğçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İlgili Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2000, No.6).

⁷⁵ Burada muamele iradesi esas alındığından, böyle bir amaçla hukuki ilişkiye giren tarafın, aynı zamanda tacir ya da bağımsız olarak yürütülen bir meslek sahibi olması önem taşımaz. Bu bağlamda, ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişilerin kendi işletme ya da işyerlerinde kullanılmak üzere, ticari-mesleki faaliyet ya da uzmanlık alanına yabancı bir alanda sözleşme yapmaları onların tüketici olarak nitelendirilmesine engel olmayacaktır. Dolayısıyla, bir hekim ya da avukatın bir bilgisayar satın almasını nihai özel kullanım olarak değerlendirmek gerekir. Zira, bu kişiler kendi uzmanlık faaliyeti alanı dışında, salt bir özel amaca yönelik olarak, kendi işletmesinde kullanmak üzere bilgisayar satın almaktadır. Aynı şekilde, tekstil işiyle işgal eden bir tacirin işletmesinde kullanmak üzere kola makinesi ya da buzdolabı satın alması, yürüttüğü işletmesel faaliyetle ya da uzmanlık alanıyla ilgili olmadığı için, normal de tacir olan bu kişi somut ilişki bakımından tüketici olarak nitelendirilmelidir. Hiç şüphesiz yapılacak nitelendirmede somut olayın koşulları belirleyici rol oynayacaktır (bkz. **Ozanoğlu**, Tüketici, 685 vd.).

⁷⁶ Zaten hizmetin tekrar piyasa sürülmesi kavramı doğru bir tabir değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi hizmet kavramı türdeş bir kavram olmayıp, üretim ve tüketimi eş zamanlı olarak gerçekleşir. Bir başka ifadeyle hizmet kişiler tarafından üretilen performanslar olduğu için aynı hizmetin iki ayrı sunumunun aynı olması beklenemeyeceği gibi, malların aksine hizmetler aynı

Sözleşmenin konusuna ilişkin sınırlamalar: Tüketici sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak, Kanunun 3. maddesinin c ve d bentlerinde mal ve hizmet kavramlarına yer verilmiş ve mal kavramı, ticaret konusu taşınır eşya olarak tanımlanmak suretiyle, tüketici sözleşmeleri kapsam itibariyle sadece taşınır mallara ilişkin sözleşmelerle⁷⁹ sınırlandırılmıştır⁸⁰. Hizmet kavramı konusunda ise geleneksel hizmet tanımlaması takip edilmiştir⁸¹. Ne var ki, mal kavramı tanımlanırken bütünüyle hukuki bir yaklaşımın esas alındığını söylemek güçtür. Burada bir kavramsal bir kargaşanın bulunduğu söylenebilir. Zira, “ticaret konusu taşınır eşya” tanımlaması emtia kavramını ifade etmektedir⁸². Söz konusu kavram ise ticaret hukukuna ait bir kavram olup, kapsam itibariyle, satın sözleşmesindeki mal ya da sözleşme konusu

zamanda üretilir ve tüketilirler. Hizmetin depolanarak belirli bir süre sonra tekrar piyasaya sürülmesi niteliği itibariyle mümkün değildir. Dolayısıyla hizmet üretimi bu anlamda zaten nihaidir.

⁷⁷ Nihai kullanım ölçütü özü itibarıyla özel amacın takip edilmesi ölçütünü destekler bir nitelik taşır. Aslına bakılırsa, özel amacın takip edilmesinin içinde nihailik kavramı da yatmaktadır. Bize göre, burada şu hususa işaret etmek gerekir ki, nihailik ölçütü tüketici kavramının kapsamının belirlenmesinde belirleyici bir unsur özelliğini taşımamalı, sadece özel amaç ölçütünün açıklanmasına yardımcı olan bir ölçüt olarak değerlendirilmelidir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ozanoğlu**, Tüketici, 687-688).

⁷⁸ Yargıtay nihailik ölçütüne işaret ettiği bir kararında, davalı kooperatiften yetiştirip satmak üzere karanfil fideleri satın alan davacının fidelerin hastalıklı olması nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek tazminat isteminde bulunduğu bir davada, davacının satmak amacıyla çiçek üretmekte olduğu, çiçekleri nihai olarak kullanan ve tüketen kişi olmadığı bu nedenle de davanın tüketici mahkemesi yerine genel mahkemelerde görülmesi gerektiği gerekçesiyle, mahkemenin bu yönü gözetmeksizin, tüketici mahkemesi sıfatıyla davaya bakarak sonuçlandırmasını bozma nedeni saymıştır (Y. 13. HD. 13.6.1999 tarihli ve 3176 E., 4810 K. nolu Kararı (Karar için bkz. **Kadioğlu**, No.4)).

⁷⁹ TKHK'un 3 maddesinin c bendinde Kanunun konusunu teşkil eden malın ticaret konusu taşınır eşya olduğu ifade edilmek suretiyle, konusu taşınmaz eşya olan sözleşmeler tüketici sözleşmesi kavramının dışına çıkarılmış ve böylece Kanunun maddi anlamda uygulanma alanına *maddi bir sınırlama* getirilmiştir. Bunun sonucu olarak, alıcı taraf taşınmaz eşyayı özel amaçlarla satın alsa bile, söz konusu sözleşme bu Kanun anlamında tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmeyecektir.

⁸⁰ Nitekim Yargıtay, davacının oturmakta olduğu dairenin mutfak dolabının aniden çökmesi sonucunda uğradığı zararların tazmini için açmış olduğu bir davada, sonradan monte ettirilip ettirilmemiş olmasına göre bir sonucu varılması gerektiğini ifade etmiş ve üstü örtülü de olsa bina satın alınırken dairenin mutfağına monteli bulunan mutfak dolabı hakkında TKHK hükümlerine başvurulamayacağını belirtmiştir (Yargıtay 13. HD. Nin 23.2.1998 tarih ve 974 E., 1601 K. nolu Kararı, kararı metni için bkz. **Kadioğlu**, Kamil, Gerekeçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İlgili Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2000, No.7). Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay'ın devre mülk ve devre tatil sözleşmeleri ile ilgili olarak verdiği kararlarında, bu sözleşmelerin konusunu taşınır mallar oluşturmasına rağmen bu sözleşmeleri TKHK'nun maddi anlamda uygulanma alanına dahil ettiği görülmektedir (Kararlar için bkz. **Kadioğlu**, sayfa 36 vd. yer alan kararlar).

⁸¹ Hizmet kavramı Kanunun kapsamına dahil edilmek suretiyle Kanunun maddi anlamda uygulanma alanına dahil olacak sözleşmelerin kapsamı genişletilmiştir.

⁸² Bkz. Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Ankara 1991, 85.

kavramına göre daha dardır. Ayrıca tüketici hukuku, ticaret hukukundan farklı esaslara dayalı bir özel hukuk dahildir. Bu nedenle, kapsama yabancı ticaret hukuku kavramlarının kullanılması isabetsiz olmuştur⁸³. O halde “ticaret konusu taşınır eşya” kavramını TKHK açısından ne şekilde anlamlandırmak gerekecektir? Bu arada özellikle Avrupa Birliği mevzuatına bakmak yerinde olur. Zira, Kanunun gerekçesinde de Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlaşma çabaları çerçevesinde hareket edildiği ifade edilmektedir. Bu konuda özellikle 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/EEC sayılı Konsey Yönergesi’ne⁸⁴ bakıldığında, Yönergenin 2. maddesinde mal kavramı karşılığında ürün (product) ifadesi kullanılmış ve ürün kavramı, başka bir taşınır veya taşınmazla bağlı olsa bile, ziraat ve av ürünlerinin temel unsurları dışında kalan her türlü taşınır olarak ifade edilmiştir. Yine Yönergenin aynı maddesinde, temel ziraat ürünleri (primary agricultural products) ifadesiyle toprak ürünleri, tarımsal hammaddeler, balıkçılık ürünlerinin (the products of the soil, of stock-farming and of fisheries) anlaşıldığı belirtilmiş olup, işlenmiş ürünler bu kapsama dahil edilmemiştir (excluding products which have undergone initial processing). Bununla birlikte ilgili yönergede elektriğin (electricity) ürün kavramı içerisinde mütalâa edildiği belirtilmiştir. Söz konusu Yönergeyi de göz önünde bulundurarak ticaret konusu taşınır eşya kavramının kapsamı kavrama ilişkin yukarıdaki eleştirimiz saklı kalmak kaydıyla şu şekilde çizilebilir: Sözleşme konusu mal satıcı açısından kazanç sağlamaya elverişli bir menkul mal olmalıdır. Bu kapsamda, toprak ürünleri, tarımsal hammaddeler, balıkçılık ürünleri üzerinde herhangi bir sınai yöntemle işleme tabi tutulmadıkça (konserve, peynir vs. gibi) TKHK anlamında mal sayılmaz. Avlanma neticesinde elde edilen ürünler de Kanun anlamında mal olarak nitelendirilmeyecektir. Bir taşınır ya da taşınmazın mütemmim cüzü haline gelecek şekilde onunla birleşen ya da monte edilen taşınır mallar ile teferruatı niteliğindeki taşınır mallar ve nihayet elektrik akımı ve tesisatı da TKHK anlamında mal sayılır⁸⁵. Mal kavramıyla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, TKHK anlamında bir maldan söz edebilmek için, malın tüketim malı niteliğinde olması gerekir. Yatırım malı kavramı, tüketim malı niteliğiyle bağdaşmaz. Bir malın yatırım malı mı, tüketim malı mı olduğu konusunda asıl belirleyici ölçüt, tüketicinin muamele iradesidir. Dolayısıyla, alıcı bir malı özel amaçları için, kişisel ailevi ihtiyaçlarını karşılamak üzere

⁸³ Ayrıca, bkz. ileride tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmeleri ile ticari satım kavramı arasındaki farklılıklar ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalara.

⁸⁴ 85/374/EEC: Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning liability for defective products. O.J.7.8.85 No L 210/29 (Ayıplı Mallardan Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanunlarının, Düzenlemelerinin ve İdari Hükümlerinin Birbirine Yakınlaştırılmasına Dair 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Yönergesi).

⁸⁵ Bu konuda ayrıca bkz. **Zevkililer**, 30.

alıyorsa, alınan bu mal bir tüketim malı, ticari, mesleki ihtiyaçları karşılamak için alıyorsa mal niteliği itibariyle bir yatırım malıdır⁸⁶.

Sözleşmenin taraflarına ilişkin sınırlamalar: TKHK'da tüketici sözleşmelerinin kapsamı çizilirken, sözleşmenin taraflarından sadece biri, yani tüketici taraf esas alınarak bir tanımlamaya gidilmiştir. Sözleşmenin tüketici tarafıyla ilgili olarak özellikle belirtilmesi gereken husus, TKHK'un 3. maddesinin f bendinde tüketici tanımlanırken tüzel kişiler de tüketici kavramının kapsamına dahil edilmiş ve dolayısıyla gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de özel amaçlarla mal ve hizmet teminine yönelik olarak yaptıkları sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir (*kişisel ölçüt*)⁸⁷. TKHK'da sözleşmenin karşı tarafı bakımından ise herhangi bir nitelendirmeye gidilmemiştir. Bu bağlamda sözleşmenin karşı tarafı, satıcı, müteahhit, tacir, esnaf vs. olabilir^{88, 89}.

⁸⁶ Bu konuda ayrıca bkz. **Kuntalp**, 311.

⁸⁷ Bununla birlikte Kanunda kullanılan özel amaç işlevsel ölçütüyle, tüzel kişi kavramının tam anlamıyla uyumlu olduğunu söylemek güçtür. Özellikle, kazanç paylaşma amacını esas alan tüzel kişilerin taraf olduğu sözleşme ilişkileri bakımından, özel amaçla hareket edilip edilmediğinin tespiti hiç şüphesiz gerçek kişilere göre daha fazla güçlük arzedecektir. Özellikle, hukuk sistemimizde TTK'nun 21. maddesinde tacir niteliğindeki tüzel kişilerin borçlarının ticariliği açısından gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi bir istisna getirilmediği ve dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin bütün faaliyetlerinin ticari iş niteliğinde kabul edildiği düşünülürse, özel amaç ve tüzel kişi tacir arasındaki ilişkinin izah edilmesinde ne derece güçlük karşılatacağı daha iyi görülür. Bununla birlikte kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıfların, TKHK anlamında tüketici olarak nitelendirilmelerinde herhangi bir güçlük söz konusu değildir. Ne var ki, dernek, amacını gerçekleştirmek için bir ticari işletme işletiyorsa ve kamuya yararlı bir dernek değilse tacir sıfatını taşıyacağından (TTK.m.18), en azından ticari işletmesi ile ilgili faaliyetler bakımından derneklerin tüketici sayılmalarında güçlükler mevcuttur. Ancak, derneklerin nihai amaç olarak kazanç paylaşma amacıyla kurulmadıkları, derneklerin ticari işletme işletmesinin nihai amaca ulaşmak için bir araç olduğu düşünülürse, derneklerin işlettikleri ticari işletmenin faaliyet alanı dışında yaptıkları işlemler bakımından tüketici sayılmalarına herhangi bir engel yoktur (bkz. **Ozanoğlu**, Tüketici, 689 vd.).

⁸⁸ Kanun koyucu bu şekilde bir tanımlamayla tüketici işlemleri bakımından, TKHK'nun 2. maddesinde hukuki işlemin sadece bir tarafını esas alan bir tanım getirmiş, ilişkinin karşı tarafına tanımda doğrudan yer vermemiştir. Bununla birlikte Kanunun 3. maddesinde getirilen tanımlar arasında tüketici işlemlerinde hukuki ilişkinin karşı tarafında yer alan satıcı (m.3/g) ile Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası gereğince satıcıyla birlikte tüketiciye karşı sorumlu olacaklardan sadece imalatçı-üreticiyi tanımlamıştır. Kanun koyucu satıcıyı getirdiği tanımda kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımladığından karşı tarafın konumuyla ilgili (tacir-serbest meslek sahibi vs.) herhangi bir sınırlamaya gitmemiş ve tüketiciye karşı sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilecek kişilerin kapsamını geniş tutmuştur. Nitekim, kanun koyucunun, ayıplı mal ve hizmetlerin neden olduğu her türlü zarardan dolayı üretim-tüketim zincirine dahil olan her kişiyi ve hatta bağlı tüketici kredilerinde bankayı da tüketiciye karşı sorumlu tutmasının bu eğilimin bir sonucu olduğu söylenebilir (TKHK m.4/II, m.10/4).

⁸⁹ Ancak burada yöneltilmesi gereken soru, tüketicinin sözleşmenin karşı tarafını oluşturup oluşturamayacağıdır. TKHK'nun 2. maddesinde getirilen tanımda, kanun Koyucunun tüketicinin sözleşmenin karşı tarafını oluşturamayacağı yolunda herhangi bir sınırlama

C- Asli Edim Yükümünün Muhtevası Bakımından TKHK'da Düzenlenmiş Olan Tüketici Sözleşmesi Türleri

a) Tüketici Sözleşmesi Niteliğindeki Mülkiyetin Devri Borcunu Doğuran Sözleşmeler ve Özellikle Satım Sözleşmesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte, hukukumuz bakımından satım sözleşmesine uygulanacak hükümlerle ilgili olarak üçlü bir rejim ortaya çıkmış bulunmaktadır. Gerçekten de, BK ve TKHK'da (ve hatta TK'da) yer alan satım sözleşmesi ile ilgili hükümler, uygulanma alanı bakımından, üç farklı satım sözleşmesi türünü hedef almaktadır. Zira, BK'nun 187. maddesinde satıcının ve 212. maddesinde alıcının temerrüdü ile ilgili hükümlerin uygulanabilmesi açısından yapılan sözleşmenin bir ticarî satım sözleşmesi niteliğinde olması aranmış, bu iki düzenleme dışındaki hükümlerin uygulanabilmesi açısından âdî satım sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmenin varlığını yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, kanun koyucu BK'muzdaki muhtelif hükümlerin uygulanma alanı bakımından âdî satım-ticarî satım ayrımını gündeme getirmiştir. TKHK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ise, âdî satım-ticarî satım ayrımına

getirmemiştir. Ancak Kanununun 3/f maddesinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, bir mal veya hizmetin özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanılması ve tüketilmesi ölçütüyle tüketicinin satıcı olma sıfatının ne ölçüde bağdaşacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bize göre, nihailik ölçütü tüketici kavramının kapsamının belirlenmesinde belirleyici bir unsur özelliğini taşımamalı, sadece özel amaç ölçütünün açıklanmasına yardımcı olan bir ölçüt olarak değerlendirilmelidir. Burada, nihai kullanım ve tüketim ölçütü özü itibarıyla özel amacın takip edilmesi ölçütünü destekler bir nitelik taşımamalıdır. Aksi bir yaklaşım, bir dayanıklı tüketim malını belirli bir süre kullandıktan sonra, yerine yenisini almak üzere elinden çıkaran tüketicileri, hiçbir şekilde tüketici saymamak ve tüketiciyi koruyan düzenlemelerin koruma alanı dışına çıkarmak olur ki, böyle bir yaklaşım, tüketicinin korunması ile ilgili modern yaklaşımlara ve özellikle tüketici kavramını zayıfın korunması düşüncesine hapis olmaktan kurtarıp, doğru ve adil bir piyasa düzeninin gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik olarak ticari veya mesleki faaliyetin yürütülmesi dışında bir amaçla mal ya da hizmet elde eden alıcılara tacir olsalar bile tüketici sayan modern anlayışla hiçbir şekilde bağdaşmaz. Hal böyle olunca, bir dayanıklı tüketim malını belirli bir süre kullandıktan sonra, yerine yenisini almak üzere elinden çıkaran tüketici, tüketicilik sıfatını kaybetmeyeceğine göre, satıcı sıfatıyla bir malı satan tüketici de, satıcı sıfatıyla sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilir. Ancak burada korunan hiç şüphesiz alıcı ya da hizmetten yararlanan konumundaki tüketici olacaktır (Bu konuda ayrıca bkz. **Ozanoğlu**, Tüketici, 687 ve orada dn.66). Sonuç olarak, ticari ve mesleki faaliyet yürütmek amacıyla olmaksızın bir malı elden çıkaran tüketici de sözleşmenin satıcı sıfatıyla sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilir

Ancak burada özellikle tekrar etmek gerekir ki, evrensel anlamda tüketiciyi koruyan düzenlemeler, bir an için satıcı olan tüketiciyi ya da müteşebbis konumuna ulaşmamış satıcıyı değil, genelde profesyonel müteşebbis satıcı ya da hizmet arzeden yerine koyar. Bu itibarla, bizim burada ifade ettiğimiz hususlar bütünüyle kanunda bu konuda bir sınırlama olmaması dolayısıyla TKHK çerçevesindedir. Karşılaştırmalı hukuk kapsamındaki düzenlemeler açısından ise, durumun TKHK ile uyum içerisinde olduğunu ifade etmek güçtür

tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmeleri olarak nitelendirilebileceğimiz yeni bir tür daha eklenmiş bulunmaktadır. O halde, satım sözleşmesi ile ilgili BK ve TKHK'da yer alan düzenlemelerin uygulanabilmesi bakımından âdî satım-ticarî satım- tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmesi kavramlarına açıklık getirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu üç kavramın sınırlarını en iyi şekilde belirleyebilmemize yardımcı olacağına inandığımızdan, bu kavramlara açıklık getirirken öncelikle tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmesi kavramından başlamanın yararlı olacağı inancındayız⁹⁰.

Tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmesi girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir menkul malın mülkiyetini devretmeyi tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir.

Ticarî satım sözleşmesi ise, ticarî veya meslekî bir faaliyetin yürütülmesine yönelik olarak, tekrar satmak ve kazanç elde etmeyi meslek edinen alıcıyla yapılan satım sözleşmesidir⁹¹. Buna göre, yapılan sözleşmenin ticarî satım sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle, alıcının sözleşmeyi yaparken tekrar satmak ve kâr elde etmek amacını taşıması zorunludur. Ayrıca, alıcının tekrar satmak ve kazanç elde etmeyi meslek edinmiş olması da aranır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, burada ifade ettiğimiz, tekrar satmak ve kâr elde etmek kavramları ile bunu meslek edinmiş olmak kavramına açıklık getirmek gerekir.

Burada “tekrar satmak” kavramıyla, alıcının nihai alıcı olmamasını, sözleşme konusunu satın alırken bunu elinden çıkarmak amacını taşımasını ifade ediyoruz. Kazanç elde etmek kavramı ise, sözleşme konusunu satın alırken, özel bir amacın takip edilmemesini, bütünüyle mesleki veya ticari faaliyetin yürütülmesinin amaçlanmasını ifade eder. Bu kapsamda, alıcının mesleki, ticari, işletmesel faaliyeti çerçevesinde işletmesinde kullanılmak üzere

⁹⁰ Ancak burada hemen ifade etmek gerekir ki, borçlar hukukunda, ticari satım kavramının sınırları çizilirken, bazı klasik yaklaşımların aksine bütünüyle tüketici hukukunun benimsediği yaklaşımlarla uyum içerisinde bir yöntem izlenmekte ve ticaret hukukunun ticari satım kavramı için esas aldığı ölçütlere göre farklı ölçütler benimsenmektedir.

⁹¹ Bkz. **Honsell**, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Auflage, Bern 1999, 54; **Keller**, Max/**Siehr**, Kurt, Kaufrecht, 3. Auflage, Zürich 1995, 32-33; **Aral**, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 1999, 95.

bir mal satın almasını da ticari satım olarak kabul etmek gerekir⁹². Tekrar satmak ve kazanç elde etmeyi meslek edinmiş olmak da, satım sözleşmesinin ticarî satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından büyük önem taşır. Dolayısıyla, tekrar satmak amacıyla mal satın alan herhangi bir kişinin değil⁹³, bunu meslek edinen kişinin yaptığı satım sözleşmesi ticarî satım sözleşmesi olarak nitelendirilebilir⁹⁴. Görüleceği üzere ticari satım sözleşmelerinde sözleşmenin her iki tarafı da ticari, mesleki amaçların gerçekleşmesini sağlamak üzere hareket etmekte alıcı ve satıcı sıfatını kazanmaktadır. Ticari satımlarda, sözleşmenin her iki tarafı bakımından yapısal anlamda bir eşitlik söz konusudur.

⁹² **Honsell**, 54; aksi fikir **Koller** (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996), Art. 190, Nr. 8. Yazar, bir restoran işletmesi için kahve makinesi alınmasını ticari satım olarak kabul etmemektedir.

⁹³ Literatürde, bir satım sözleşmesinin ticarî satım olarak nitelendirilebilmesi bakımından tekrar satmak ve kazanç elde etmek ölçütünü yeterli gören yazarlar olarak bkz. **Cavin**, Pierre, Schweizerisches Privatrecht, I. Halbband, Basel und Stuttgart 1977, 4; **Giger**, Hans, Berner Kommentar, Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, Kauf und Tausch-Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen-Der Fahrniskauf, Art.184-215 OR, Bern 1979, Art.190, Nr.15; **Koller**, Art. 190, Nr.7.

⁹⁴ Alıcının tacir sıfatını taşıması, ticari işletmesinin ticaret siciline kayıtlı olması, yapılan sözleşmenin ticari satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından zorunlu olmayıp, bu durum sadece satım sözleşmesinin ticari satım olarak nitelendirilmesine karine teşkil edebilir (bkz. **Schönle**, Herbert, Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art.184-191 OR, Dritte Auflage, Zürich 1993, Art.190, Nr. 20-21; **Cavin**, 4, **Aral**, 95). Nitekim, tacirlerin özel amaçlarla yaptıkları satım sözleşmeleri ticarî satım olarak nitelendirilemeyeceği gibi, tacirin yürüttüğü işletmesel faaliyetle ilgili olmayan, ancak işletmesinde kullanılmak üzere satın aldığı bir mala ilişkin satım sözleşmesi de ticarî satım niteliğinde değildir.

Buna karşın, Eugen **Bucher** (Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, 67), ticarî satım sözleşmesini tacirler arasında yapılan ve işletme alanlarıyla ilgili satım sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Aslında bu tanım, klasik bir yaklaşımı ifade etmektedir. Bizim hukuk sistemimizde ticari satım sözleşmesinin herhangi bir tanımı mevcut değildir. Bununla birlikte, özellikle ticaret hukuku kaynaklarında ticari satım sözleşmesi tanımlanırken iki ölçütten hareket edilmektedir (bkz. **Kalpşüz**, Turgut, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960, 1 vd.). Buna göre bir satış ya "ticari bir iş" ya da "tacirin borcu" olarak ticari olabilir.

İşlemin mahiyeti itibarıyla ticari bir iş olarak ticari satış: Ticari işler TK'nun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre söz konusu tanımdaki unsurları havî satış sözleşmeleri ve bir ticarethane, fabrika (TK.m.12) veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müessese ile ilgili satışlar (TK.m.13) ticari satışlardır. Denizaşırı satışlar özellikle ticaret kanununda düzenlenmiş olduğu için bunlar ticari satış niteliğindedir.

Tarafların sıfatı itibarıyla tacirin borcu olarak ticari satış: TK.m.21 gereğince işlemi yaptığı anda ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirmediği veya muamele, fiil yahut işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı sürece, tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ticaret Kanunu'nun 21. maddesine göre taraflardan sadece biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler diğeri içinde aksine hüküm bulunmadıkça ticari iş niteliğinde olacağından, bu tür satım sözleşmeleri her iki taraf için de aksi öngörülmedikçe ticari bir satış niteliğindedir.

Dolayısıyla tüketici sözleşmesi niteliğinde bir satım sözleşmesi ya da ticarî satım sözleşmesi niteliği arzetmeyen bütün satım sözleşmeleri, âdî satım sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Bu cümleden olmak üzere, örneğin tekrar satmak ve kazanç elde etmek amacıyla herhangi bir alıcının yaptığı satım sözleşmesi âdî satım sözleşmesi⁹⁵ niteliğindedir⁹⁶.

TKHK'da tüketicinin taraf olduğu satım sözleşmesine ilişkin düzenlemeler yanında, taksitle satışlar, kampanyalı satışlar, kapıdan satış sözleşmeleri ve süreli yayınlar kapsamı altında abonman satım sözleşmeleri gibi temelde satım sözleşmesinin türü ya da görünüm biçimleri olarak ifade edebileceğimiz çeşitli mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşme tiplerine yer verilmiş bulunmaktadır⁹⁷. Ayrıca, burada üçüncü kişinin finanse ettiği taksitle satışlar ya da bağlı tüketici kredileri olarak ifade edebileceğimiz tüketici sözleşmelerini de bu grupta ele almak mümkündür. Ancak, TKHK maddi anlamda uygulanma alanı açısından önem arzettiği için özellikle taksitle satım ve kapıdan yapılan işlemlere kısaca değinmekte büyük yarar olacağı inancındayız. Zira, gerek taksitle satım sözleşmesi, gerekse kapıdan yapılan (ya da kapı önü işlemler) nitelikleri itibariyle benzer sözleşmeleri uygulanma alanlarına dahil edebilecek nitelikteki hukuki işlemlerdir.

Taksitle satım sözleşmelerinde bu özellik, taksitle satım sözleşmesi ya da taksitli işlemler ile aynı ekonomik amacın takip edilmesi şeklinde ortaya çıkar⁹⁸. Dolayısıyla taksitle satım sözleşmesiyle aynı ekonomik amacı takip eden sözleşmeler hakkında taksitle satıma ilişkin hükümlerin uygulanma imkanı mevcuttur. Bununla ifade etmek istediğimiz şudur: Taksitle satım sözleşmesi her şeyden önce "mülkiyetin devrini amaçlayan bir sözleşme"dir. Bu itibarla, mülkiyetin devrini amaçlayan ve karşı edimin taksitli ödemeler halinde yerine getirildiği her sözleşme hakkında taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilmesi imkanı mevcuttur. Bununla birlikte mülkiyetin devri amacı yalnız başına, sadece hukuksal bir anlam taşımakta

⁹⁵ Bu anlamda adi satım sözleşmelerinde tüketici sözleşmelerinde olduğu alıcı ile satıcı arasında yapısal bir farklılık, eşit düzeyde olmama durumu mevcut değildir. Alıcı ve satıcı eşit konumdadır. Satıcı, normalde, müteşebbis olma düzeyine ulaşmamış, işlevsel anlamda işletme şeklinde yapılanmamış bir kişidir. Burada hemen ifade etmek gerekir ki, TKHK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte adi satım sözleşmelerinin ticari-tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmeleri ayrımına göre uygulanma alanı daralmıştır. Ancak hiç şüphe yoktur ki, özellikle TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde adi satım sözleşmesiyle ilgili hükümler genel hüküm niteliğini taşıyacak büyük ölçüde tüketici sözleşmelerine uygulanma imkanı bulacaktır.

⁹⁶ **Zevkililer** (s.48), adi satım sözleşmesini ticari satım sayılmayan ve taraflardan birinin tüketici konumunda bulunmadığı ve günlük yaşamda her bireyin yaptığı satım sözleşmeleri olarak ifade etmekte, tüketici satımını ise alıcı durumunda bulunan kişinin tüketici olduğu satım sözleşmeleri olarak nitelendirmektedir(s.50).

⁹⁷ Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ozanoğlu**, Taksitle Satım, 85 vd. yer alan açıklamalar.

⁹⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ozanoğlu**, Taksitle Satım, 90 vd.

olup, "malik konumunun devri yükümünü" ifade eder. Dolayısıyla bu hukuki bir amaçtır. Halbuki taksitle satıma ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından önem arzeden husus, taksitle satım sözleşmesi ile aynı ekonomik amacın takip edilmesidir. Bu nedenle konuya ekonomik bakış açısından yaklaşmak ve mülkiyetin devri amacını, ekonomik yönüyle ele almak gerekir. İşte burada aynı ekonomik amacın takip edilip edilmediği ile ilgili olarak, bir kişiye kullanımın devri sözleşmesi yoluyla, eşyanın kullanım değeri kalmayınca kadar, nizasız ve fasılasız bir kullanım hakkı sağlanıyorsa ve devirden sonra mülkiyetin geçişi istenmeksizin karşı değer taksitler halinde ödenmesi yükümlülüğü söz konusu ise aynı ekonomik amacın varlığından bahsedilmektedir. İşte bu noktada verilmesi gereken örnek kira-satım sözleşmesidir. Aynı şekilde alım kaydı ya da süre sonunda mülkiyetin otomatik olarak leasing alana geçeceğine dair kayıtlar içeren tüketim malları leasingi de diğer bir örnek olarak verilebilir. Aynı ekonomik amacın varlığının tesbitinde diğer bir önemli nokta ise taksitle satımın kredi fonksiyonu ile ilgilidir. Zira taksitle satım sözleşmesi aynı zamanda bir mal kredisi sözleşmesidir. Gerçekten de, söz konusu sözleşme yoluyla satıcı, aynı zamanda alıcıyı, pazarlama amacına yönelik olarak finanse etmektedir. Bu kredilendirme ise, karşı değer kısmî ödemeler şeklinde yerine getirilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Dolayısıyla alıcının kredi ihtiyacına hizmet etmeyen sözleşmeler, taksitle satımla aynı ekonomik amacı takip etmiş olmazlar. Dolayısıyla bu tip sözleşmeler hakkında taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanma imkanı söz konusu olmaz.

Kapıdan yapılan işlemler de niteliği gereği benzer hukuki ilişkilere uygulanma imkanı mevcut olan işlemlerdir. Ancak burada hemen ifade etmek gerekir ki, TKHK'da kapıdan işlemlerin uygulanma alanı son derece daraltılmış ve Kanunda kapıdan işlemlerden değil, sadece kapıdan satış sözleşmelerinden bahsedilmiştir. Bu durum söz konusu Kanunun sadece kapıdan yapılan ve satım sözleşmesine ilişkin asli edim yükümünü yani mülkiyetin devri borcunu ihtiva eden sözleşmelere uygulanabilmesi gibi olumsuz bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Bu anlamda bizim için tek teselli, bilinçli ya da bilinçsiz⁹⁹ olarak TKHK'un 8. maddesinde hizmet kavramına da yer verilmiş olmasıdır. Böylece belki de zorlama bir takım kıyas köprüleri kurulmak suretiyle hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler hakkında kapıdan satışlara ilişkin 8 ve 9. maddelerin uygulanması durumu söz konusu olabilecektir. Ne var ki, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin, özellikle 8. maddede kullanılan geniş ifade nedeniyle, benzer metotlar izlenerek yapılan satım sözleşmesi türlerine (telefon, televizyon reklamı, gönderilen katalogtan seçim gibi), uygulanması imkanı mevcuttur.

⁹⁹ Burada Kanun koyucunun bilinçli olarak hizmet kavramına yer verdiğini düşünmek güçtür. Zira, TKHK'da kapıdan satışlarla ilgili düzenlemeler, taşınır mal esas alınarak yapılmış düzenlemelerdir. Hizmetin satılmasından bahsedilemeyeceği gibi, tecrübe ve muayene edilmesinden de bahsedilemez. Hizmetin iadesinin ne şekilde yapılacağı da ayrı bir sorundur.

b) Tüketici Sözleşmesi Niteliğindeki Hizmet Edimi İhtiva Eden Sözleşmeler

Hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler (Dienstleistungsverträge; Les contrats de service), bir şeyin yapılması (bir işin görülmesi) borcunun ifasına yönelik sözleşmeler niteliğinde olup, bir başkasının yararına bedeni ya da fikri bir faaliyetin yürütülmesi şeklinde ortaya çıkarlar¹⁰⁰. Bu kapsamda, hizmet, vekalet ve istisna sözleşmeleri, hukukumuzda da düzenlenmiş bulunan, en temel iş görme (hizmet edimi) edimi ihtiva eden sözleşmeler arasında yer alırlar.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ekonomi politik kapsamında hizmet sektörünün yaygınlaşması ve hatta imalat sektörü içerisindeki mal üretimine yönelik faaliyetlere göre daha baskın bir hal alması, hukuki bakımdan da, hizmet sektörünün bu gelişimine paralel olarak ortaya çıkan sorunların ele alınması ve özellikle ayıplı hizmetlere karşı tüketicilerin korunması gereğini ortaya çıkarmıştır. Ayrıca, hizmet sektöründeki bu gelişim, sözleşmeler hukukunda da büyük ölçüde tesir icra etmiş ve bu bağlamda bir taraftan satım sözleşmeleriyle, hizmet edimi ihtiva eden sözleşmelere ilişkin asli ya da yan edim yükümlerinin aynı hukuki ilişki bünyesinde bir araya geldiği sözleşme tipleri yaygınlaşmış, diğer taraftan da salt hizmet edimi ihtiva eden isimli sözleşmeler yanında yeni isimsiz sözleşme tipleri ortaya çıkmıştır. Bu durumun, sözleşmenin bir tarafının nisbî emredici nitelikteki sosyal koruma normlarıyla korunmasının bir zorunluluk olduğu tüketici sözleşmeleri hukukundaki etkileri çok daha büyüktür. Özellikle tüketicilerin, bu şekilde hizmet edimi ihtiva eden ve büyük ölçüde isimsiz olan sözleşme ilişkilerinde, hizmet sunan müteşebbise karşı korunması için gerekli önlemlerin alınması ve ihtiyaç duyulan yasal düzenlemelerin yapılması bir zorunluluktur. Bu bağlamda, TKHK'da, hizmet edimi ihtiva eden sözleşmelere açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, ayıplı hizmetlere karşı tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır¹⁰¹. Bu çerçevede, TKHK 3. maddesinin "d" bendinde "hizmet" kavramı tanımlamış ve hizmet "bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyet" şeklinde ifade edilmiştir. Keza, Kanunun 4. maddesinde "Ayıplı Mal ve Hizmetler" başlığı altında "ayıplı hizmet" kavramına yer verilmiş ve söz konusu maddenin I. fıkrasında ayıplı hizmetler, tıpkı ayıplı mallar gibi, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaad edilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğine aykırı olan ya da

¹⁰⁰ **Leuenberger**, C., Dienstleistungsverträge, ZSR, Band 106, 1987, 1.Heftes, II.Halbband, 13.

¹⁰¹ Günümüzdeki hizmet ağırlıklı dönüşüme paralel olarak, mal edimi ihtiva eden sözleşmelerde bile, hizmet edimi sözleşmedeki en önemli yan edim yükümlerinden birini oluşturduğu düşünülürse, mevcut ancak yetersiz olan bu düzenlemelerin ne derece önemli olduğu ortaya çıkar.

tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler şeklinde tanımlanmıştır. Aynı şekilde, maddenin V. fıkrasında ayıplı hizmetler hakkında, ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir¹⁰².

Dolayısıyla, bir bedeni veya fikri faaliyetin ya da neticelerinin ayıplı olması durumunda, hizmetten yararlanan TKHK hükümlerine başvurabilecek ve bu kapsamda bedel indirimi talep edebileceği gibi sözleşmeden de dönebilecektir. Burada özellikle dikkatin çekilmesi gereken noktalardan biri, hizmetten yararlanan tüketicinin taleplerinin hizmetin gereği gibi ifa edilmemesi (ayıplı ifa edilmesi) durumuyla sınırlandırılmış olmasıdır. Mal ya da hizmetin gereği gibi ifa edilmemesini düzenleme altına alan bir Kanun koyucunun, hiç ifa etmemeyi güvence altına almamasının, bunu genel hükümlere bırakmasının nedenini anlayabilmek güçtür.

c) Kullandırma Borcu Doğuran Sözleşmeler

Bir şey veya hakka ilişkin kullanma, yararlanma hakkının devrini amaçlayan sözleşmelere kullandırma borcu doğuran sözleşmeler adı verilir.

¹⁰² Getirilen bu düzenlemelerden hareketle hizmet edimlerinde ayıpla ilgili olarak şu hususların belirtilmesi gerekir;

- Öncelikle, kanun koyucu hizmet edimlerinde gerçekleşen ayıplarla, ayıplı mal satışlarını aynı kapsam ve nitelikte ele almıştır. Bu cümleden olarak, bir taraftan sık sık hizmet satımından bahsederken, diğer taraftan da ayıplı hizmetler hakkında, ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, hizmet satımı tabiri hizmet edimleri bakımından hukuki anlamda uygun bir ifade değildir. Zira, satım sözleşmesinin konusunu satıcının mal varlığının aktifinde yer alan ve başkasına para karşılığında devredilebilen her türlü hak ve değerler, daha açık bir ifadeyle, eşya, hak ve alacaklar, ekonomik bir fayda, gelecekteki eşya ve haklar ile üçüncü şahıslara ait şeyler ve haklar teşkil eder. Bu kapsamda, bedeni ve/veya fikri bir faaliyeti ifade eden hizmet kurumu, satım sözleşmesinin konusunu teşkil etmez (Nitekim, **Serozan** (Tüketici, 597), "...Yasanın her fırsatta "hizmet satımından" söz etmesi, ekonomi biliminin hemen hemen her sözleşmeyi satım saymasını, Roma Hukukunun da tüm iş ve mal sunma edimlerini locatio conductio" saymasını anımsatır" demek suretiyle hizmet satımı kavramını eleştirmektedir.).

- Ayrıca hizmet edimi denilince esas itibarıyla bir şeyin yapılmasına yönelik bedeni ve fikri bir faaliyet niteliğindeki edim anlaşılır. Ne var ki, Kanunun 4. Maddesinde ayıplı hizmetlerle ilgili olarak belirtilen ayıp tanımlaması büyük ölçüde hizmet edimleri bakımından gerçekleştirilecek olan ayıplı hizmet halleriyle uyumsuz. Zira, hizmet niteliği itibarıyla dokunulamazdır, türdeş değildir (aynı hizmetin iki ayrı sunumunun da aynı olması beklenemez), üretilmesiyle tüketilmesi eş zamanlıdır, bir faaliyet ya da süreci içerir, stoklanamaz, paketlenemez, etiketlenemez ve nihayet hizmete sahip olunamaz sadece ondan yararlanır (hizmetlerin ortak özellikleri ve mallardan ayrılan yönleri konusunda bkz. **Öztürk**, 7 vd.) Halbuki TKHK'nun 4. Maddesinde, hizmetin ambalajlanmasından, etiketlenmesinden, hizmetle ilgili kullanma kılavuzundan bahsedilmektedir. Ayrıca hizmet ediminin iade ve tamir edilmesi de ayrı bir gelişkidir. Aynı şekilde hizmet ediminin bayisi, imalatçısı ve ithalatçısı da söz konusu olmaz (**Serozan**, Tüketici, 596).

TKHK'nun 10. Maddesinde düzenlenmiş bulunan (yalın) tüketici kredisi sözleşmesi, TKHK'nunda düzenlenmiş kullandırma borcu doğuran bir sözleşmedir. Zira, tüketici kredisi sözleşmesinde, banka tarafından verilen paranın belirli bir faiz karşılığında kullandırılması söz konusudur. Bu itibarla, tüketici kredisi sözleşmesi özünde BK'nun 306 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan faizli karz sözleşmesi¹⁰³ niteliğindedir ve kullandırma borcu doğuran bir sözleşmedir. Ancak TKHK'nun maddi anlamda uygulanma alanına her türlü kredi sözleşmesi değil, tüketici kredisi niteliğindeki kredi sözleşmelerinin dahil olduğunu belirtmek gerekir. Bir başka ifadeyle, herhangi bir mal satın alınması ya da hizmetin temin edilmesi için ve mutlaka özel amaçlarla nihai olarak kullanmak amacıyla, gerçek ya da tüzel kişilere, onlara duyulan kişisel güven ve onların gelir ve malvarlıksal durumları dikkate alınarak, banka veya finans kurumları tarafından, önceden belirlenmiş koşullar dahilinde ödenmek üzere verilen krediler TKHK kapsamında kabul edilecektir (TKHK m.10).

IV- Sonuç

TKHK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte, tüketici hukuku ya da tüketicinin korunması hukuku olarak nitelendirilebileceğimiz, yeni bir özel hukuk alanı ortaya çıkmış bulunmaktadır. Özel hukuk sistemimiz içerisinde ortaya çıkan bu yeni alan, hukukumuzda yabancı pek çok kavramı da beraberinde getirmiştir. Bu kavramlar içerisinde en önemlilerinden biri de tüketici sözleşmeleri kavramıdır.

İncelememizde de belirttiğimiz üzere genel anlamda tüketici sözleşmeleri, TKHK hükümlerini de dikkate alınarak, (kural olarak) girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmeler şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan hareketle de, tüketici sözleşmelerinin temel özelliklerini; tüketici sözleşmeleri mal ve hizmet arzına yönelik sözleşmelerdir, tüketici sözleşmelerinde mal ya da hizmetlerin tüketici tarafından ticari ve mesleki amaçlarla değil özel amaçlara yönelik olarak elde edilmesi gerekir, tüketici sözleşmeleri ivazlı sözleşmelerdir ve nihayet tüketici sözleşmelerinin tarafları tüketici ve müteşebbisler şeklinde dört ana başlık altında belirlemek mümkündür. Dolayısıyla tüketici sözleşmeleri, eşit olmayan sözleşme tarafları arasında yapılan ve tüketici olarak nitelendirilen tarafın muamele iradesinin özel amaçların gerçekleştirilmesine yöneldiği sözleşmelerdir.

¹⁰³ Gezder, 67;

TKHK'da da tüketici sözleşmeleri evrensel tüketici sözleşmesi tanımlarının aksine somut hukuki ilişkide üstlendiği rol dolayısıyla korunması gereken taraf olan tüketici esas alınarak tanımlanmış ve TKHK'daki genel yaklaşıma paralel olarak tüketici sözleşmelerinin kapsamı geniş tutulmuştur. Bu bakımdan TKHK'da tüketici sözleşmelerine getirilen en açık sınırlamanın, sözleşmede takip edilen amaç ölçütü yanında, konusu taşınmaz mal olan sözleşmeleri TKHK kapsamı dışında bırakan düzenleme olduğu söylenebilir. İşte bütün bu esaslar çerçevesinde somut olayın koşulları dikkate alınarak TKHK'un maddi anlamda uygulanma alanının belirlenmesi ve bu belirlemede özellikle amaç teorisi çerçevesinde belirlediğimiz esasların dikkate alınması gerekir.