

**TÜKETİCİYİ KORUMA YASASININ SÖZLEŞME  
HUKUKU ALANINDAKİ DÜZENLEMESİNİN  
ELEŞTİRİSİ**

**PROF. DR. RONA SEROZAN**

**Tüketiciyi koruyan değil de onu kandıran yasa**

1995 yılının Mart ayında, hani neredeyse "uygarlaşmanın ve demokratikleşmenin göstergesi" diye, büyük bir yaygarayla piyasaya sürülen "Tüketici-nin Korunması Hakkında Kanun"un (ki bundan sonra TTK diye kısaltılacaktır) içi boş çıkmıştır. (Yasanın özgün metni için Resmi Gazete'nin 8.3.1995 günlü sayısına bakılmalıdır.) Batıya açılacak gümrük kapısına kurulmuş olan vitrinde pek gösterişli biçimde sergilenen bu Yasanın makyajıyla ne tüketici-nin ne de Batının gözü boyanabilir.

"Tüketiciyi Koruma", hakçası, "Kandıрма" yasının çoğu kuralı, yetmiş yıldır yürürlükte bulunan Borçlar Kanununun beylik müşteri haklarını, çoktanberi uygulanagelen çözümleri yinelemektedir. Dahası ve kötüsü var: Bu kuralların bir bölümü günümüzde yasal ve kuramsal planda ulaşılmış olan çiz-ginin gerisinde kalmaktadır. Bu arada Batıya yaranabilmek için Batının ku-ralları örnek diye alınırken, orada onyıllardır yürürlükte bulunan ve Avrupa Birliği Yönergelerinde yer alan tüketiciyi koruyucu kurallar tümüyle göz ardına itilmiştir.

Sözün özü, dağ fare doğurmuştur. Üstelik yeni yasanın getirdiği sözüm ona yenilikler sadece yetersiz değil, aynı zamanda tutarsızdır da. Kuralların çoğu, uygulanması ancak hayal edilebilir, boş ve ölü hüküm konumundadır.

**Yasanın eleştirisinin dar tutulan çerçevesi**

Yasaya eleştirel bir yaklaşımla eğilmeden önce vurgulanması gerekli bir iki nokta vardır: Bir kere bu eleştiri sadece sözleşme hukuku alanındaki dü-zenlemeyle sınırlı tutulacaktır. Tüketicinin kamu hukuku alanında, bilgilen-dirme ve eğitime, kalite, fiyat ve reklam denetimi aracılığıyla dolaylı yollar-dan korunması ve usul hukuku alanındaki özel koruma bu incelemenin çerçe-vesi dışında kalacaktır.

Eleştirinin çerçevesiyle ilgili olarak değinilmesi gerekli ikinci nokta da şudur: Hizmet satışı ile müşterek ve müteselsil sorumluluk gibi terim bozuklukları, ayrıca dilbilgisi yanlışları, dogmatik ve sistematik tutarsızlıklar ve mantık çarpıklıkları hiç ele alınmayacaktır. Aksi halde, korkarım ki eleştiriyen onlarca sayfa ve saatlerce söylev yetmeyecektir.

Bu kısa girişi yaparken, son yıllarda çıkarılan yasaları anımsayarak şu retorik soruyu sormadan edemeyeceğim: Acaba Türk hukukçusu bu denli sorumsuzca yasa çıkarmanın ceremesini daha ne kadar çekmek zorunda kalacaktır?

### Yasanın uygulama alanı

Yasa kendi uygulama alanını doğru dürüst çizebilmiş değildir. Ancak dolaylı yoldan, özellikle mad. 2/3 kurallarından anlaşılabilir ki tüketici ancak Batıda "tüketim sözleşmesi" (consumer contract, Konsumentenvertrag) diye tanınan sözleşmelerde bu yasanın özel korumasına mazhar olabilecektir. Mad. 2 kuralını aynen aktaralım: "Bu kanun mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu hukuki işlemleri kapsar." Bu hukuki işlemlerle kastedilen, tüketim sözleşmeleridir.

Bilindiği gibi, tüketim sözleşmesinde, tüketici, malı veya hizmeti sırf kişisel gereksinimi için, ondan en iyi biçimde yararlanmak, onu tüketmek için elde etmeyi amaçlar, (mad. 3b, f). Tüketicinin karşısındaki sözleşme yanı sıra, malı ve hizmeti en yüksek kazançla paraya çevirmeyi amaç bilen, piyasada örgütlenmiş (organize), profesyonel müteşebbistir, (Untermehmer). Tüketicinin korunması gereksinimi işte böyle bir müteşebbise karşıdır!

Bu konuda bk. Avusturya Konsumentenschutz-Gesetz §1; Alman Haustür-Widerruifs-Gesetz § 6; İsviçre OR 40a. Aslında, tüketim sözleşmesi kavramına, üretim aracı-tüketim nesnesi ayrımı ve ticari satım kavramı ışık tutabilir. Ayrıca bk. SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Zürich, 1995; İsv. FM, BGE 121 III 336 i.s.; ZEVKLİLER, Açıklamalı TKK, s.17 i.s.

Ülkemizde basın promosyon çığnlığı bağlamında gündeme gelen bir sorun şudur:

Acaba gazetelerin belirli sayıda kupon karşılığında mal verme taahhütleri de tüketim sözleşmesi kavramı ve dolayısıyla TKK çerçevesinde ele alınabilir mi? Tüketim sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme (satım sözleşmesi) olması gereği karşısında, bu gibi "külfetli" (mükellefiyetli) bağışlamaları ya da açık ödül duyurularını (aleni mükâfat vaatlerini) tüketim sözleşmesi sayıp TKK'nin uygulama alanının içine çekmek doğrusu pek zor gözükmektedir.

Tüketim sözleşmesinde belirgin özellik şudur: Tüketicisiyle müteşebbis arasında yapısal bir çıkar çatışması ve eşitsizlik vardır. Genelde para ve bilgi yönünden kendisinden güçlü olan, deneyimli, hazırlıklı ve örgütlü müteşebbis karşısında düpedüz bağımlı ve zayıf konumda kalır tüketici. Üstelik, bu eşitsizlik, tüketicinin tüketim eğiliminin acımasızca kısıktırılıp onun tüketim-

kredi sarmalında çeşitli alışveriş tuzaklarına düşürülmesi yüzünden adamakıllı göze batıcı sivriliklere bürünür.

İşte bu gerçekler ışığındadır ki tüketici, aynen işçi ve kiracı gibi, sosyal hukukun koruyucu kanatları altına alınır. Kişisel tüketime, özel gereksinime, sahip bitirmeye, harcamaya özgü tüketim sözleşmelerinde, başı döndürülen baştan çıkartılan tüketici özel bir korumaya alınır. Bu bağlamda, sözleşmesel bağıllık tüketiciden yana gevşetilir (kendisine serbest geri alma yetkisi verilir), sözleşme koşullarında edimler arası denge özenle denetlenir (adalet ve kizozlar geçersiz sayılır), sözleşme hukukuna egemen "nispilik ilkesi" tüketici yararına savunma (defi) hatta atak (istem) düzeyinde delinir; yani tüketici satıcısına karşı ileri sürebileceği borca aykırılık savlarını ve savunmalarını bu alışveriş için tüketici kredisi aldığı bankaya karşı da ileri sürebilir, (Tüketiciyi Koruma Kanunu, m.10). Tüketim sözleşmeleri arasında özel bir yer alan ve tüketici açısından en sakıncalı sözleşmeleri oluşturan "genel işlem koşulları" bu bağlamda özel olarak anılmalıdır. Genel işlem koşullarına karşı tüketicinin korunması gereği daha da ağırlık kazanır. Bu gereğe de tüketiciden yana çeşitli yorum ve geçersizlik teknikleriyle, bu bağlamda tüm kayıtları tüketiciden yana yorumlanmasıyla ve son çare olarak da nalıncı keseri kanunları hodkâm kayıtların ahlaka aykırı ve geçersiz sayılmasıyla ayak uydurulur.

Yeni TKK kurallarının eski BK kurallarıyla ilişkisine gelince:

Yasanın bu konuya ilişkin "intikal hükümleri" arasında, BK'nun ilgili kurallarını yürürlükten kaldıran herhangi bir kurala rastlanmaz. Şu halde tüketici (inhisari) bir yürürlük iddiası yoktur bu Yasanın. Madde 30 kuralı, açıkça, "bu kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını" vurgulamaktadır. Bilindiği gibi genel kuralı dışlayan özel kural mı, yoksa kurallar arası yarışma mı sorusu formalist bir yaklaşımla yanıtlanmaz; menfaat (-değerlendirme) hukukçuluğunun işlevsel yaklaşımıyla saptanır. Ancak böyle bir yaklaşımdır ki yeni TKK'nin açıkları BK kurallarıyla kapatılabilir. Dışlanmış sayılamayacak olan BK'nun tüketim sözleşmeleri yönünden uygulanma gücünü koruyan kuralları arasında en başta şunları anmak gerekir.

Taksitle satımda muacceliyet kaydına ilişkin BK 224, satıcının sorumluluk kaydının geçerlilik sınırlarına ilişkin BK 99/196, dönme hakkının etkisizleşmesiyle ilgili BK 204, dönme üzerine gündeme gelen tasfiye (iade) hükmüne ilişkin BK 205/223, satıcının ayıptan ötürü tazminat sorumluluğuna ilişkin BK 205. (Krş. ZEVKLİLER, Açıklamalı TKK, s.259 i.s.)

Unutulmasın ki aynen kural yokluğunda boşluk doldurma sorunsalında olduğu gibi, kural çokluğunda dışlama-yarışma sorunsalında da, adalet ve ye-

rindelik düşünceleriyle menfaatler durumu ön planda gözönüne alınır; formalist, mekanik ve kavramcı değil, işlevsel ve diyalektik düşünülür. Sözün özü, TKK'nın açığı BK. ile, BK'nin açığı da TKK ile kapatılır. Bu uğurda, gerekirse, "hukuki kıyasın" daha geniş olanakları zorlanır. Oldukça soyut kaçabilecek bu genel değerlendirmelerin ileride somutlaştırılmasına çalışılacaktır.

#### Yasanın eleştirisinin planı

Eğer yeni yasanın düzenlemesini kendi sistematiğine uyarak madde sırası içinde, bir kurallar şerhi biçiminde yürütürsek, korkarım ki başımız döner, adım başında sendeleyebiliriz. Çünkü saydam, net düşünmeyen, disiplinsiz ve karışık beyinlerin hazırladığı anlaşılabilir bu yasa tutarlı bir sistematiğin de yoksundur. Sürekli zikzaklar çizilmekte, konudan konuya atlanmaktadır.

Bu durum karşısında, eleştirinin dizgesi, kurallar yeniden karılarak, şu başlıklar altında toparlanmalıdır:

#### a. Sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin korunması:

Müteşebbisin sözleşmeyi kurmaktan keyfi olarak kaçınmasını önleme. Tüketici için sakıncalı sonuçlar doğurabilecek olan riskli sözleşmelerin kurulmasını zorlaştırma, yokuşa sürme... kabulün tüketiciye dayatılmasını engelleme. Riskli sözleşme her nasılsa bir kere kurulunca da onun tüketici tarafından serbest geri alma yetkisi kullanılarak kolayca çözülebilmesini, yani tüketiciyi bağıttan sıyırmayı sağlama.

#### b. Sözleşmenin düzenlenmesi (içeriğinin belirlenmesi) konusunda tüketicinin korunması:

Tüketici zararına adaletsiz, tek yanlı (nalıncı keseri benzeri "hodkâm") kayıtların denetlenip ayıklanması ve geçersizliğe mahkûm edilmesi.

#### c. Sözleşmenin ifası sürecinde tüketicinin korunması:

Tüketicinin vadeden önce (erken) ifada bulunma ve böylece faiz yükünü azaltma ve borç sarmalından kurtulma şansı. Ayrıca, onun darda kaldığında borcunu erteleme (tecil) şansı.

#### d. Sözleşmeye aykırılık edilmesi durumunda tüketicinin korunması:

Tüketicinin ifa etmemeden ötürü sorumluluğunun hafifletilmesi, müteşebbisin ise, tersine, sorumluluğunun ağırlaştırılması.

#### Sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin korunması

Satıcı satım sözleşmesini kurmaktan keyfi biçimde kaçınmamasın diye, TKK mad. 5 I'de şöyle bir hüküm öngörülmüştür: Bir malın vitrinde sergilenmesi halinde, satıcı, bu malın satışından kaçınmaz. Bu hüküm BK mad. 7 III'te yer alan "semenini göstererek emtia teşhiri kaideten icap addolunur" kuralının eşidir.

Vitrinde fiyatıyla mal sergilemenin satıcıyı bağlayıcı bir icap sayılması konusundaki kural, dün olduğu gibi, bugün de, satıcı yararına "ilk gelen müşterinin önceliği" (first come first served) ilkesiyle ve beyan hatasına dayanma prensibiyle sınırlıdır kuşkusuz.

Bu kuralın sözleşme hukuku alanında getirdiği bir yenilik yoktur; olsa olsa mad. 25'teki para cezası yaptırımını sayesinde "lex minus quam perfecta" düzeyine çıkmış sayılabilir.

Ne yazık ki mad. 5 III/IV kurallarında yasaklanmış olan "müşteriye ek olarak fazla alışverişte bulunma koşulunun dayatılması yasağı" bu kata bile çıkarılmamış olup düpedüz hiç yaptırımsız bir "lex imperfecta" düzeyinde bırakılmış izlenimini uyandırmaktadır. (Kırş. ZEVKLİLER, Açıklamalı TKK, s. 141 s.)

Kısa bir hatırlatma: Bileşik, bağlantılı sözleşmenin (Vertragsverbindung) tüketiciye dayatılması çok eskiden beri ahlaka aykırılık butlanına mahkûm edilmekteydi. (Bkz. SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 42/43)

Yeni TKK'da, taksitle satımda, ön ödemeli (kampanyalı) satımda ve tüketici kredisinde, tüketiciye ödeme planı ve koşulları konusunda ayrıntılı bilgilendirme ve uyarıları içeren bir sözleşme metninin verilmesi öngörülmektedir, (mad. 6, 7, 10).

Yetersizdir bu koruma. Batıda bu gibi işlemlerde alıcının serbest geri alma hakkı (ki bizde tanınmamıştır) ve alıcıya yüklenebilecek başkaca özel yükler ve sınırlamalar da anılır sözleşme metninde. Böylece alıcının en geniş haklarında uyarılması ve aydınlatılması sağlanır. Ayrıca, evli bir kişinin alışverişinde onun eşinin; çocuğun alışverişinde de onun velisinin baştan yazılı onuru aranır. Üstelik, fiyatın da ulusal parayla (yoksa dövizle değil) belirtilmesi şart koşulur.

Sağlık şekli mi yoksa ispat şekli mi oluşturduğu bile belli olmayan bu şekilde aykırılığın yaptırımını şimdilik beş milyon lira para cezasıdır, (mad. 25). Üstüçre'de bu ayrıntılı şekil zorunluluğuna aykırılık, işlemin geçersizliğine yol açar. Evvelce, 1986 yılı Merkez Bankası Tebliği ile öngörülen şekil zorunluluğuna aykırılık için bile BK 20 I'nin hukuka aykırılık butlanından yararlanarak aynı yaptırımını bizim hukukumuz açısından da benimsemiştik. (Bkz. SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s.125)

Yeni TKK mad. 8'de tüketiciye sözüm ona "kapıdan satışta serbest geri alma yetkisi" tanınmaktadır. Her nedense, taksitle satımda, ön ödemeli (kampanyalı) satımda ve tüketici kredisinde tanınmayan bu yetki, aslında, gerçek anlamda "kapı önünde" bir oldu bittiye getirilen tüketiciye dayatılmış sözleşmelerde bile tanınmış değildir. Yasanın andığı sözleşme "kapıdan satış" sözleşmesi olmayıp "denemeli" (tecrübe ve muayene şartlı) satımdır. BK 219-

221 kuralları arasında düzenlenmiş olan "denemeli satım" sözleşmesi ise şu anlama gelir: Bu özel anlaşmada borçlanma ve tasarruf sözleşmelerinin her ikisi de satılan malın alıcı tarafından gözden geçirilip uygun bulunması (beğenilmesi ve onanması) "iradi geciktirici şartına" bağlanmaktadır. Malı uygun bulma, beğenip onama salt alıcının iradesine (keyfine) kalmıştır, (Wollensbedingung). Hatta bir görüşe göre, aslında bağlayıcı bir sözleşmeden söz etmek de doğru değildir; ortada sadece sözleşmeyi hazırlayıcı bir ön bildirim vardır. Demek ki tüketiciye görünüşte sağlanan, üstelik yedi günlük bir süreyle de sınırlanan serbest geri alma yetkisi yetmiş yıllık BK'nda zaten fazlasıyla var olan bir haktır. (Bkz. SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 128).

Yeni yasanın şu düzenlemesi de eleştiriye hak eder: Tüketicinin kapıdan satılan malı deneme amacının ötesinde kullanmasının, hele malın iadesinin elinde olmayan nedenlerle imkânsız hale gelmesinin kendisini tazminatla sorumlu kılması da (mad. 8 III/IV) tüketiciyi koruyan yasalarda rastlanmayan sistem dışı sınırcı bir düzenlemedir.

Sürelili yayımlara ilişkin mad. 11'de tanınan bağittan kurtulma hakkına gelince: Bu hak da aslında gerçek anlamda bir serbest geri alma yetkisi oluşturmaz; düpedüz sözleşmeye aykırılıktan ötürü sözleşmeyi fesih hakkıdır. Oysa süreli yayımlara ilişkin abonman sözleşmesi benzeri art arda yollamalı sözleşmede edimlerden herhangi birinde sözleşmeye aykırılık edilmesi halinde sürekli sözleşme ilişkisini güven temelini çökmesi nedeniyle fesih hakkı yürürlükteki hukukumuzda zaten vardır. (Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden dönme, s. 245 i.s.; MHAD 1989/90, s.37)

Bu durumda, Türk Hukukunda, tüketicinin kendisine oldu bittiye getirilerek dayatılmış olan bağittan kurtarılabilmesi, ancak onun "culpa in contrahendo" temeli üzerinde geliştirilmiş aynen tazmin yaptırımını bağlamında sözleşmenin çözülmesini sağlayabilmesine bağlı kalır. (Bkz. SEROZAN, MHAD 1989/90, s. 41; gerçek anlamda bir serbest geri alma hakkı için bkz. İsv. OR 40a-40g ve Alman Haustür-Widerrufsgesetz)

Sonuç olarak, ne satış icabından kaçınma ne de satış icabının, daha doğrusu kabulünün dayatılması yasadaki doğru dürüst düzenlenmiş sayılamaz. Tüketici bu açıdan yetmiş yıl öncesinde durduğu yerde saymaktadır.

Sözleşmenin kuruluşu aşamasında tüketicinin korunmasından söz ederken, İsviçre'de OR 6a kuralıyla öngörülmüş olan özel düzenlemeyi de anmak gerekir. Bu yeni kurala göre, sipariş edilmiş olmadığı halde yollanan malı kullanmadan ötürü müşteri asla bağlanmayacağı gibi, herhangi bir yüküm ve sorumluluk altına da girmez. Bu kural da alınmamıştır bize. (Bkz. LAİM, recht 5/95, s. 188 i.s.; GAUCH/SCHLUEP, OR, s. 73 i.s., 81)

### Sözleşmeyi düzenleme (içeriğini belirleme) alanında tüketicinin korunması

Tüketicinin sözleşme koşullarının belirlenmesi konusundaki korunması, özellikle, tüketiciye salt müteşebbis yanlısı, bencil (hodkâm), haksız ve sınırcı sözleşme koşullarının dayatılmasına karşı olur.

Gerçi TTK mad. 6 II kuralında, alıcının taksitlerden birinin ödenmesinde temerrüde düşmesi halinde, geriye kalan borcun tümünün muaccel olması yolundaki ağır "muacceliyet kaydı" için birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Satıcı bütün edimlerini ifa etmiş olmalı ve alıcı da en az dört haftalık bir gecikmeden sonra bir haftalık son şans (ek süre) içinde de taksit borcunu kapatmış olmamalıdır ki satıcı muacceliyet kaydına dayanarak borcun tümünün ifasını isteyebilsin.

Hemen belirtelim ki bu muacceliyet kaydı sınırlaması BK 224 kuralının muacceliyet kaydı sınırlamasının gerisindedir. Bilindiği gibi, BK 224 kuralına göre, taksitlerden birinin ödenmesindeki temerrüt yüzünden toplam satış parasının bir anda muaccel olmasını öngören muacceliyet kaydından satıcının yararlanabilmesi için, alıcının art arda iki taksidi ödemediği temerrüde düşmüş olması ve bu iki taksit tutarının toplam satış parasının en az yüzde onunu bulması şarttır. İşte bu sınırlamaya hiç değinmemekle yeni TTK mad. 6 II kuralı eski BK sınırlamasının gerisinde kalmıştır. Bu durumda, yeni TTK düzenlemesi BK sınırlamasını geriletici değil, genişletici ve geliştirici biçimde yorumlanmalıdır. Öyle ki ikinci taksidin ödenmesindeki temerrüdün üstünden en az bir ay geçmedikçe ve satıcı da en az bir haftalık ek süre vermedikçe, satıcı muacceliyet kaydına dayanarak tüm borcun kapatılmasını isteyemez. İşte, evvelce önerilen BK-TTK arası yarışma ya da kıyas trafiğinin somut bir uygulama örneği budur.

Yeni TTK'nin savaşılayıp boş bıraktığı noktaların eski BK ile doldurulup kapatılması gerekir. Nitekim ileride de gösterileceği gibi, yeni TTK'de taksitle satımda evvelce ödenmiş olan taksitlerin sözleşmeden dönme üzerine satıcıda kalıp yanacağı kaydının geçersizliği öngörülmüş olmadığı halde böyle bir yanma kaydının geçersizliği BK 223 kuralı ışığında kuşkusuz sayılır. (Kırs. ZEVKLİLER, Açıklamalı TTK, s.81 i.s.)

Yeni yasadaki gerçi aynı maddede ve fıkrada (mad. 6 II 2) tüketiciyle baştan kararlaştırılan satış fiyatının sonradan artırılamayacağı yazılıdır. Aynı yasa kredi sözleşmeleri bakımından mad. 10 I 2 kuralında yinelenmektedir. Gelgelelim, satıcı olsun, banka olsun, bu yasağı pekala tüketicinin borcunu dövize bağlayarak delebirlirler. Bu engellemek için herhangi bir önlem alınmış değildir yasadaki. Oysa Batıda tüketim sözleşmelerinde, içerdiği belirsizlik ögesi yüzünden, dövizle borçlanmaya izin verilmez. (Bkz. örneğin İsv. OR 226a)

Ashında, hukukumuzda kural olarak, borçlanılan edimin belirlenebilirliği ile yetinilir. Ama öyle edimler vardır ki bu edimlerin korunmayı hak etmiş sorumluları için belirlilik ilkesine sarılıp bağlı kalmak kaçınılmaz olur. Rehin, kefalet, taşınmaz kirası, taksitle satım ve tüketici kredisi bu gibi özel ve kritik ilişkilere aittir. Nitekim Batıda bu gibi ilişkilere dövizle ödeme kayıtları, içerdikleri belirsizlik ögesi yüzünden geçersiz sayılırlar. Ne yazık ki bizdeyse bu yol ardına kadar açık tutulmuştur. (Bk. WEBER, OR 84 N 250 i.s.; SEROZAN, İfa, § 8 N 5)

Ekleme ki yasa yalnız dövizle borçlanma yasağını değil, aynı zamanda bonoyla ve çekle borçlanma yasağını da savaştırmıştır. Bonoyla ve çekle borçlanma yasağının gerekçesi şudur: Güvence oluştursun diye, ifa uğruna bu ticari senetleri veren borçlu-alıcı, bu senetlere bağlanan "defi soyutluğu ilkesi" yüzünden, satıcıya ve bankaya karşı ileri sürebileceği savunmaları sene-di devralan üçüncü kişiye karşı ileri süremez.

Bonoyla ve çekle borçlanma yasağı için bkz. Alman VerbraucherKreditgesetz § 10. Ayrıca bkz. Avrupa Topluluğu Yönergesi mad. 10; CANARİS, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku, s. 19; STAUDER, ZRP 1980, 217, 221.

Yeni yasanın en ciddi eksikliklerinden biri şudur: Tüketicinin haklarından feragatinin ve satıcının sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliğine ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Tüketiciyi koruyucu kuralların açıkça buyurucu kural düzeyine çıkarılmaması, özellikle onun temel haklarından ve bu arada takas yetkisinden feragatinin, dönme üzerine iadesi gerekli taksitleri gözden çıkarmasının (yanma kaydının) ve satıcının da sorumsuzluk kayıtlarının özel kurallarla geçersiz sayılmaması önemli bir boşluktur. Bu durum karşısında, son çare olarak, yine yetmiş yıllık BK kurallarına sarılıp tutunmak gerekecektir.

Satıcının alıcıya dayattığı sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliğinin dayanağını yasa ötesinde (praeter legem) ve yurt dışında (AT Yönergelerinde) arayıp bulan ilginç ve cesaretli bir görüş için bkz. ZEVKLİLER, Açıklamalı TKK, s. 34 i.s.

### Sözleşmenin ifası sürecinde tüketicinin korunması

Yeni yasada taksitli ve ön ödemeli (kampanyalı) satışta ve tüketici kredisinde tüketicinin baştan kararlaştırılmış olan vadeden önce borcunu kapatıp faiz ödeme yükümünden kurtulması öngörülmüştür. Gerçi bu yenilik yararlıdır, ama yetersizdir. Batıda, alıcıya vadeden önce ödemede bulunma şansının yanısıra, bölümsel ödemesini anapara (sermaye) borcuna saydırma şansı da tanınır. Bu şansa sahip olmayan, sözün özü, BK 84 I kuralını aşamayan tüketici için borç sarmalından kurtulmak pek zor olur. (Nitekim bkz. Alman Tüketici Kredisi Yasası § 11 III 1/2; CANARİS, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku, s. 16/17)

TKK'de para darlığına düşen alıcının borcunu erteleme (tecil) şansına da yer verilmemiştir. Oysa otuz beş yıllık İsviçre OR 226 kuralında bile öngörülmüştür böyle bir olanak. Yargıcın denetiminden geçtikten sonra, borçlunun bu yoldaki imdat çağrısına mutlaka kulak verilmeliydi. Bu da yapılmamıştır.

### İfa engelleri alanında tüketicinin korunması

Tüketicinin bu alandaki korunması iki yoldan gerçekleştirilir: Bir yandan alıcının sözleşmeye aykırılıktan ötürü sorumluluğu hafifletilir; öte yandan satıcının sözleşmeye aykırılıktan ötürü sorumluluğu ağırlaştırılır.

Yeni TKK, alıcının sorumluluğunu hafifletme yönünde herhangi bir kural getirmiş değildir. Örneğin, alıcının sözleşmeye aykırılığında satıcının sözleşmeden dönmesi sınırlanmamıştır. Oysa İsviçre'de satıcının taksit ödemelerinde temerrüt nedeniyle satımdan dönebilmesi için bu hakkı açıkça saklı tutulması yetmez, (BK 211 III). Satıcı, ayrıca, alıcıya karşı dönme hakkını kullanabilmek için, muacceliyet kaydına ilişkin sınırlamalara, yani toplamı en az yüzde onu bulan iki taksitte art arda temerrüde düşmesi gereğine de uymalıdır, (OR 226 h). Bu arada İsv. OR 226 i kuralında açıkça anılan alıcı yanlısı bir sınırlama da gözden kaçmıştır. Bizde ancak yorum zorlamalarıyla yürürlüğü kabul edilebilecek olan ve nitekim herkesçe de benimsenmeyen bu İsviçre sınırlaması şudur: Alıcının dönme üzerine gerçekleştirilecek ödemelerinin toplamı, ki malı kullanma karşılığı ile onu aşındırıp yıpratma tazminatından oluşur, asla, iade edilen malın o andaki değeriyle bir arada, sözleşmede kararlaştırılmış satış parasını aşamaz.

Bütün bu alıcı yanlısı sorumluluk sınırlamalarını görmezlikten gelen yasa koyucu, satıcının sorumluluğunu artıracak düzenlemede de alıcıyı düş kırıklığına uğratmıştır. Özel bir başlık altında irdelenip eleştirilecek olan bu eksik ve aksak düzenleme satıcının ayıplı ifadan ötürü sorumluluğuna ilişkindir.

### Ayıplı ifadan sorumluluk

Bilindiği gibi, "ayıp", satılan malda mevcut olduğuna güvenilen, maddi, hukuki ve ekonomik niteliğin (kimi zaman da niceliğin) eksikliğidir. Satıcı bu eksikliğe kendisi yol açmış olmasa, hatta bu eksikliği bilmese bile, alıcısına karşı sorumlu olur. Tipik bir garanti sorumluluğudur bu. Aynen satıcının zapttan ötürü sorumluluğu gibi, (BK 194).

Eksikliği ayıp sorumluluğuna yol açan nitelikler, ya satıcı tarafından vadedilmiş niteliklerdir ya da taraflarca sözleşmeyle izlenen özel ve öznel

amaç gereği malda bulunması beklenir (vaadedildiği varsayılmış) niteliklerdir.

Çoğunlukla benimsenen "sübjektif ayıp" kavramı, bu nitelik eksikliklerinin çevresini oldukça geniş tutar. Şu da var ki sübjektif ayıp kavramının geniş tutulan çerçevesi bu eksikliğin "önemli" (ehemmiyetli) olması koşuluyla sınırlanır, (BK 194).

Şunu da eklemeli: Ayıbın varlığından söz edebilmek için ayıbın sadece "önemli" olması yetmez. Ayrıca ayıbın "gizli" (alıcı tarafından farkedilemez) olması da gerekir, (BK 197). Yalnız satıcının nitelik vaadinde (dictum) ayıbın önemli olması gereğine aldırış edilmediği gibi, onun gizli olması gereğine de aldırılmaz. (BK 194 I ile BK 197 kurallarının birlikte yorumundan çıkan anlam budur.)

(Ayıp konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. HATEMİ/SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 90 i.s.)

Yeni TKK mad. 4 I kuralı bu geleneksel ayıp kavramında birtakım değişiklikler yapmıştır. Yasa en başta nitelik vaadini somutlaştırmıştır: Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan niteliklerin satıcı tarafından vaadedildiği kabul edilmiştir. Bu sorumluluk genişletmesi olumludur. Ama hazır fırsat ele geçmişken, ayrıca reklamların da nitelik vaadinden sayılmaması yazık olmuştur. Unutulmasın ki eskiden alıcısını malını göklere çıkararak bizzat koşullandıran ve bu nedenle bireysel nitelik vaadinde bulunmuş sayılan satıcının bugün sırf sahnenin arkasına çekilip bu işi profesyonel reklamcılara havale etmesi sayesinde nitelik vaadinde bulunmuş sayılmaktan kurtulması adaletsizdir. Hele tüm reklam giderlerinin maliyet artırıcı bir faktör olarak son aşamada tüketiciye fatura edileceği düşünülürse bu gözlem daha da çarpıcı boyutlar kazanır.

Nitekim son zamanlarda asılsız reklamların nitelik vaadi kapsamına alınması, eğer bu yapılamamışsa, "culpa in contrahendo-aynen tazmin-sözleşmenin kaldırılması" formülüyle tüketiciye yardımcı olunması eğilimi gittikçe güç ve ivme kazanmaktadır.

Yeni TKK mad. 4'te ayıbın "önemli" olması koşuluna yer verilmediği dikkati çekmektedir. Ayıbın önemli olması gereği kalkmış gözükteği gibi, ayıbın "gizli" olması gereği de kalkmış gözükmektedir. Şöyle ki yine TKK 4 VI kuralında, alıcının sadece eylemli olarak (fıilen) bildiği ayıplardan ötürü haklarını yitireceği, buna karşılık bilmesi gerekli "aleni" (gizli olmayan) ayıplarda haklarını yitirmeyeceği yazılıdır. (Krş. BK 197)

Bu konuda ayrıca bkz. KARAHASAN, Yasa 96/1, s. 47; krş, ZEVKLİLER, Açıklamalı TKK, s. 42 i.s.)

### Ayıp haklarını kullanma sisteminde değişiklik

Yeni TKK mad. 4 II kuralı, BK'nun "ilk fırsatta malı muayene ve ayıbı derhal ihbar + bir yıl içinde ayıp haklarını kullanma" sistemi (BK 198/207) yerine, "teslimden sonra onbeş gün içinde hakları kullanma" sistemini getirmektedir.

Doğrusu, malı muayene ve ayıbı ihbar ödevlerinin niçin kaldırıldığını anlamak kolay değildir. Gözden kaçırıldığı anlaşılan nokta şudur: İlk fırsatta malı muayene ve ayıbı ihbar satıcı yararına olduğu kadar alıcı yararına da öngörülmüş hukuki ödevlerdir. Bu ödevlere uyulduğunda ayıplı ifaya bağlı sürüşmeler de, alıcının zararı da en aza iner; üstelik olası bir tasfiye de çabuklaşır. Bu yeniliğin belki alıcı açısından akla gelebilecek tek yararı, onun ayıp haklarını kullanmasının bu ödevlere uymasına bağlı tutulmasından bağımsız hale getirilmesidir. Sözün özü, onun bu ödevleri yerine getirmek yükünden kurtarılmasıdır. (Krş. ZEVKLİLER; Açıklamalı TKK, s.50)

Gerçi yeni TKK sisteminde BK'nun muayene ve ihbar hukuki ödevleri kaldırılmış gözükmektedir. Ama bunun yerine getirilen sistemde, alıcının, tüm haklarını on beş gün içinde kullanma zorunda bırakılması, alıcı için çok daha ağırdır. Eskiden, alıcı, hiç değilse, ilk fırsatta muayene ve ihbardan sonra (ki süre koşulu pekala geniş yürekli yorumlanabilirdi) haklarını bir yıl boyunca kullanabiliyordu. Tüketicinin bilinç düzeyinin, özellikle haklarını kovuşturma bilincinin pek yüksek sayılamayacağı ülkemizde hakları kullanma süresinin bu denli kısa tutulması doğru olmamıştır. Gerçi daha sonra ortaya çıkan ayıplarda ve satıcının hileli tutumuyla gizlenmiş ayıplarda satıcı bu sürenin geçtiği savunmasında bulunamayacaktır, (mad. 4 III). Ama bu gibi durumlarda hangi sürenin işleyeceği de belirtilmiş değildir. Herhalde öğrenmeden itibaren on beş günlük süre işleyecektir, (Krş. BK 198 III).

Süre yönünden olumlu değişiklik, kuşkusuz, BK'nun bir yıllık oldukça kısa üst süresinin hiç değilse iki yıla çıkarılmasıdır, (mad. 4 IV).

### Alıcının seçenekli hakları

Yeni yasada tanınan haklar malın değiştirilmesi ve onarılması (aynen ifa), malı geri verip parasını kurtarma (dönme) ve satış parasının indirimini sağlama (sözleşme koşullarını değiştirme) haklarıdır. Bu haklardan dönme ve indirim hakları, ta Roma çarşı pazar polisinden kalma haklardır. Ayıplı çeşidin değiştirilmesi hakkı BK 203'te vardı.

Onarımı isteme hakkı da ayıplı ifa bir yasal sağlama (tekeffül) sorumluluğu olarak değil de düpedüz bir sözleşmeye aykırılık (ademi ifa) sorumluluğu olarak değerlendirilebilir, BK 360 II kuralı örnek alınarak İsviçre ve Türk öğretisinde uzun süredir tanınmaktaydı. İki bin yıl öncesinin müteahhi-

dinden istenebilen onarımın bugünün satıcı kimliğine bürünmüş müteahhiddinden istenememesi tutarsız ve adaletsiz olurdu zaten. (Nitekim bkz. GUHL/MERZ/KOLLER, s. 363; GEIGER, OR 205 N 42; SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 103)

Ayıptan ötürü sorumluluğun hukuki dayanağının yasal tekeffül (Gewährleistung) olmayıp sözleşmeye aykırılık olduğu görüşü için bkz. SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 86. Bu görüş çerçevesinde, alıcı, ayıplı malı alacaklı temerrütüne düşmeksizin geri çevirebileceği gibi, böyle bir malın önerilmesine karşı ödememizlik definde bulunabilir; ayrıca ayıbın ortadan kaldırılmasını da isteyebilir.

### Satıcının yanısıra borçlu olacak kişiler

Yeni TTK mad. 4 II 4'te şöyle bir kurala rastlanır:

"Ayıplı maldan ve/veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketiciye karşı, satıcı, bayi, acenta, imalatçı, üretici ve ithalatçı, müşte- reken ve müteselsilen sorumludurlar."

Bayi, acenta v.b. deyimlerle, yasa, ürünün dağıtım sürecinde devreye girmesi akla gelebilecek olan bağımlı ve bağımsız tüm aracı işletmeleri, ilk üreticiden son tüketiciye giden yoldaki tüm şebekeleri sorumluluk çemberinin içine sokmak istemiştir. Üreticiden tüketiciye uzanan süreçte kardan pay alarak rol alan tüm aracı kuruluşları sorumlu tutan bu anlayış olumludur.

Nitekim KARAHASAN da Yasa 96/1, s. 44/45'te bu kuralın elden geldiğince geniş yorumlanmasını, müteselsil sorumluların kuralda açıkça sayılanlarla sınırlı tutulmamasını önermektedir.

Başarısız bir söylemle kaleme alınmış olan bu kuralla yasanın izlediği amaç alıcının satıcıya karşı işletilebilecek ayıp haklarını teselsül tekniğiyle güvence altına alma amacı olsa gerektir. Alıcı satış parasının tümüyle veya bir bölümüyle iadesini ya da ayıplı malın onarılmasını, olmazsa, ayıpsızıyla değiştirilmesini, ayrıca uğradığı zararın giderilmesini, satıcıdan başka, yasa- da anılmış bir dizi ilgili kişiden de isteyebilecektir. Demek ki mad. 4 II 4 kuralı yeni bir sorumluluk yaratmamakta, sadece mevcut sorumluluğu mütesel- sil borç güvencesiyle pekiştirmektedir. Bu görünümüyle, kural, (aynen kusur ögesine değinmeyen BK 47/49 kuralları gibi) sorumluluğun öğelerini ve ge- reklerini düzenlemeyip (Haftungsbegründende Norm) sadece sorumluluğun sonuçlarını düzenlemektedir, (Haftungsausfüllende Zuweisungsnorm). De- mek ki kuralın harekete geçebilmesi için önce satıcının sorumluluğu saptan- malıdır. Ancak bundan sonradır ki onun yasa- da anılmış yandaşları onun bor- cunu dayanışmalı olarak birlikte yüklenenlerdir.

Anımsayalım: Birden çok kişinin yan yana borçlu olması (birlikte borç- luluk) değişik biçimlerde karşımıza çıkar: a) Bölünebilir edimlerde müşterek,

paylı borçluluk, b) Bölünemez edimlerde biçimsel teselsül. c) Elbirliğiyle (iş- tirak halinde) kollektif borçluluk. d) Müteselsil borçluluk.

Yasanın burada seçmiş gözüktüğü müteselsil borç yolu, alacaklı-alıcıya olağanüstü bir güvence sağlar. O, hakkını adeta bir kefiller ordusu gibi karşı- sına çıkarılan değişik borçlulardan hangisi işine geliyorsa, ona karşı (tümüy- le) ileri sürüp elde edebilir.

Yasanın alacaklıya böylesine sağlam bir güvence sağladığı başka durum- lar olarak akla en başta şu kurallar gelir: MK 55, 582; BK 179, 180, 469, 534; Koop. K. 7; Basın K. 17; Kat Mülkiyeti K. 22; Ticaret K. 65, 158, 178, 193, 224, 231, 301, 305-308, 336, 348, 359, 384, 392, 453, 512, 519, 532, 555, 636, 630, 1218, 1346, 1458.

Yeni TTK mad. 4 II 4'ün sorumluluk doldurucu teselsül kuralıyla yasa- nın dokunmadığı ve değiştirmedığı sorumluluk öğelerine ve gereklerine ge- lince:

Evvelce çerçevesi çizilmiş olan ayıplı ifadan ötürü satıcının sorumlu tu- tulabilmesi için kural olarak onun kusurlu olması gereği aranmaz. Satıcı ayı- ba bizzat yol açmış olmasa, hatta ayıbı bilmiş olmasa bile, alıcının dönme, in- dirim, değiştirim ve onarım istemlerine muhatap olmaktan kurtulamaz.

Gelgelelim, satıcının tazminat borcu söz konusu olunca durum değişir. Bu konuda oldukça duyarlı bir ayırım gözetilir: Kusursuz satıcı dolaysız zara- rı tazmin ederken, ayıbı bilmesi gereken (kusurlu) satıcı ayrıca dolaylı zararı da tazmin eder, (BK 194/205).

Her yazarın ayı tanımladığı "dolaysız zarar", genelde, nedenselliği yo- ğun, sıcak ve yakın "ayıp zararı" (Mangelschaden) diye tanınır. Bu zararın tazminiyle alıcının ifa çıkarı (Aequivalenzinteresse) karşılanıp kapatılır. Bu bağlamda, alışveriş için, alışveriş dolayısıyla yapılmış giderler, onarım para- sı, satış parası faiziyle kapatılmamış olan enflasyon zararı, ikame alımı için ödenmiş olan fazla para kullanma ve kazanç yoksunluğu gibi zarar kalemleri anılır. (Menfi zarar kalemleriyle karıştırılmamalıdır bu zarar kalemleri!)

Satıcının ancak "kusurlu" olduğunda tazmin edeceği "dolaylı zarar" ise, ayıp sonucunda doğmuş uzak refakat zararıdır, (Mangelfolgeschaden, Be- gleitschaden).

Nedenselliği gevşek bu uzak zarardan söz edince, akla alıcının kişi varlı- ğını ve satılan ayıplı eşya dışında kalan malvarlığını koruma çıkarındaki kayı- plar gelir. Örnekler: Düşük dozda alkol içeren antifriz motoru kullanılmaz hale getirmiştir. Yiyecek maddesinin içindeki sert cisim alıcının dişini kır- mıştır.

Gerçi öğretilerde bir azınlık, alıcının mal ve kişi varlığında ayıplı ifa dola- yısıyla gerçekleşen bu gibi ek sonuç zararlarını da BK 205 II kuralı ve dolay- sız zarar kavramı çerçevesinde satıcının garanti sorumluluğunun kapsamı içi-

ne almaya çalışmıştır. Ama bu görüş kendisini kabul ettirememiştir. (Krş. ZEVKLİLER, Açıklamalı TKK, s. 61)

Ayıba yol açmak şöyle dursun, ayıbın varlığını bile bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen satıcıyı boyutları kestirilemeyecek, kendisini yıkıma götürebilecek uçsuz bucaksız zararlardan sorumlu tutmak yasanın öngördüğü sorumluluk rejiminin amacını aşan bir çözüm olur. Hele bu satıcının geçimini veresiye satımla sağlayan bir küçük köy bakkalı da olabileceği düşünülürse bu gerçek daha da çarpıcı bir görünüme bürünür. Karşı görüş için bkz. KARAHASAN, Yasa 96/1, s. 50/51; ZEVKLİLER, Açıklamalı, TKK, s. 61

### Yapımcının sorumluluğu

Bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, mad. 4 II 4 kuralının öngördüğü müteselsil sorumluluk, beraberinde yapımcının veya ithalatçının kusursuz sorumluluğunu getirmiş sayılmaz.

Unutulmasın ki Batı'da ayıp sonucu dolaylı zararlardan ötürü yapımcının tehlike sorumluluğu (Produkthaftung, product liability) özel yasalarda düzenlenmiş, bu yasalarda da sorumluluğun gerekleri ve üst sınırı ayrıntılı biçimde saptanmıştır. (Yapımcının sorumluluğu için bkz. HATEMİ/SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 105 i.s.)

Satıcının ayıp sorumluluğunun üstüne böylesine kapsamlı bir yapımcı sorumluluğunu müteselsil sorumluluk iskelesiyle kurup inşa etmenin olanağı yoktur.

Yeni yasanın yapımcıyı tehlike sorumluluğuna bağlamayı asla düşünmediği şuradan da bellidir: Ayıbın bilinmemesinin sorumluluğu kaldırmayacağı hükmü (mad. 4 II 5) mantıken ancak ayıp (ifa) zararlarıyla bağlantılı (bu zararlara muzaf) olabilir.

Yapımcının sorumluluğunun dayanağı ise ayıbı bilmek değildir; doğrudan doğruya ayıba yol açmaktır.

Kaldı ki yasanın yapımcıyı ayıba yol açmaktan ötürü kusursuz tehlike sorumluluğuna bağlamayı hiç aklından geçirmedeği mad. 13 kuralından da anlaşılır:

Bu kuralda yapımcının imalat bozukluklarına ilişkin zorunlu özel garanti taahhüdünden (garanti belgesinden) sorumluluğu bile, sadece malı onarma ve değiştirme yükümüne indirgenmiştir. Bu kuralda herhangi bir tazminat sorumluluğuna yer verilmiş değildir.

Yalnız KARAHASAN (Yasa 96/1, s. 50/51) ve ZEVKLİLER (Açıklamalı TKK, s. 66/67), satıcıyı ve dolayısıyla üretim ve dağıtım sürecindeki tüm yandaşlarını, bu arada yapımcıyı da, dolaysız ifa zararlarının yanısıra, dolaylı refakat zararlarından da kusursuz sorumluluk rejimine bağlı tutmuş

gözükmektedirler. Böylesine ileri giden bir kusursuz sorumluluğu (hele sorumluluk tavanı çizmeksizin ve sigorta zorunluluğu getirmeksizin) TKK'nin amaçladığını söylemek doğrusu pek zor gözükmektedir.

Yeni TKK'nin yapımcının tehlike sorumluluğunu öngörmediği gerçeği karşısında, eskiden olduğu gibi, bugün de "yapımcının" hakkaniyetin bir gereği olarak gözüken kusursuz sorumluluğu ancak yasa ötesinde (praeter legem) şu iki yoldan biri seçilerek gerçekleştirilebilir: Birinci yol şudur: Yapımcıyla tüketici arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, açıkçası edim yükümlerinden bağımsız bir sözleşmesel davranış yükümleri ilişkisi varsayılır. İkinci yolsa şudur: Kendi yararına bir tehlike kaynağı yaratıp onu denetleyebilen yapımcı akla gelebilecek tüm güvenlik önlemlerini alma yükümü (Verkehrssicherungspflicht) altında sayılır. Böyle olunca da her çeşit organizasyon bozukluğundan "nesnel özen sorumluluğu" bağlamında (son tahlilde "kusursuz" olarak) sorumlu tutulabilir.

(Bu öneriler konusunda bkz HATEMİ/SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm'de s.105 i.s.)

### Yapımcının özel garantisi: Garanti Belgesi

Yasanın öngördüğü garanti belgesi, aslında, yapımcının (aynı zamanda ithalatçının) satıcının nitelik vaadinden (dictum'dan) ayrı, bağımsız bir garanti taahhüdünü (promissum) somutlaştırır. Yapımcının ve ithalatçının böyle bir garanti belgesini, üstelik en az bir yıl süreli olarak alıcıya verme zorunluluğu, alıcıya malın onarılmasını ve değiştirilmesini sağlama konusunda ek kolaylıklar sağlar. Alıcı bu ayrıcalıklı hakları kullanmak için ayıbın hasarın imtikalinden önce var olduğunu kanıtlamak ve onbeş gün içinde harekete geçmek zorunda kalmaz.

Yalnız uygulamada pek sık rastlanan bir ek-kaydın (alıcının onarım ve değiştirim haklarına kavuşma nimetinin karşılığında, dönme, indirim ve tazminat haklarından feragatinin) geçersizliğinin hükme bağlanmaması anlaşılabilir. Bu olumsuz kayıpla savaşımlar için şimdilik BK 20'nin ahlaka aykırılık butlanına dayanmaktan başka umar yoktur.

Nitelik garantilerinin kapsamına ayıp sonucu dolaylı refakat zararları girmez. Yalnız Alman Federal Mahkemesi'nin ünlü "yağlı boya içtihadında" dolaysız zarar kavramı geniş yorumlanarak bu zarar kalemi de özel nitelik garantisi sorumluluğunun kapsamına sokulmuştur. (Krş. BGHZ 59, 158)

### Satımı (satıcıyı) finanse eden kredi kurumunun sorumluluğu

Yeni TKK mad. 10/son fıkra kuralı şöyledir: "Banka veya finans kurumlarının, tüketici kredisini, belirli bir mal veya hizmetin satın alınması ya da



belirli bir satıcı ile yapılacak hukuki işlem koşulu ile vermeleri durumunda, bunlar, satılan malın ayıbından ötürü tüketiciye karşı satıcı ile müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."

Görülüyor ki yeni yasa ayıptan ötürü sorumlulukta alıcı yararına kurdu-ğu teselsül zincirine finanse edilmiş satımda bir halka daha katmıştır: Satımı tüketici kredisine finanse eden banka da bayinin, acentanın, ithalatçının ve yapımıcının yanısıra ayıptan ötürü sorumlu tutulacaktır.

Bilindiği gibi, Batı'da onyıllardır yürürlükte bulunan, bizde de öğretilde kısmen benimsenen çözüm şöyleydi: Satıcıyla banka arasında açık bir işbirli-ğinin, hatta sadece üstü örtülü bir çıkar birliğinin mevcut bulunduğu durum-larda, alıcı (tüketici), satıcıya karşı sahip olduğu hakları, satımı finanse etmiş olan kredi kurumuna (bankaya) karşı da ileri sürebilirdi. Dikkat edilirse, bu çözümde, alacaklı-alıcı sözleşme yanı, borçlu-satıcı üstünden (aradan) satım sözleşmesine yabancı, bu sözleşme açısından üçüncü kişi konumundaki ban-kaya uzanabilmekle (Durchgriff), sözleşmelerin nispliliği ilkesini de delebilmektedir. (Bkz. HATEMİ/SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 43/44)

Tutarlıdır ve adaletlidir bu çözüm. Satıcı ile banka arasındaki yoğun çı-kar birliği, herbirine adeta ötekinin "adamı" (alter ego) gözüyle bakılmasını haklı kılar.

Gerçekten, eskiden alıcıya kredi verme işini satıcı kendisi üstlenirdi. Şimdiyse bu işi satıcı bir bankaya devretmektedir. Bu işbölümünün alıcıyı es-kisinden daha elverişsiz bir hukuki konuma sokmasına göz yumulamaz. Alıcı istediği mala kavuşmadığı halde bankanın kredi sözleşmesinin korunup bu sözleşmenin gereklerinin aynen yerine getirilmesinde ısrar etmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.

"Durchgriff" kavramının ve kuramının ilk kez ortaya atıldığı gündenberi tartışmasız olan nokta şuydu: Alıcı satıcıya karşı ileri sürebileceği ve kendisi-ni satış parasını ödemekten kurtarabilecek tüm savunmaları, bu arada öde-mezlik, ayıp ve irade bozukluğu savunmalarını tüketici kredisini aldığı ban-kaya karşı da ileri sürebilecekti. Böylece, alıcı, bankadan, artık hiçbir işine yaramayan krediyi almaktan ve boşu boşuna faiz ödemekten kurtulabilecekti. (Krş. BK 307-309). Alıcının son aşamada ödünç (karz) sözleşmesini bankaya karşı feshetme hakkı ayrıca saklıydı, (Einwendungsdurchgriff).

Söz tüketici-alıcının savunmalarının üçüncü kişilere karşı da ileri sürüle-bilirliğinden açılmışken, şu noktayı da eklemeli: Yeni TKK'de alıcının çekle ve bonoyla borçlanması yasağı öngörülmediği içindir ki bu senetler açısından geçerli "defi soyutluğu ilkesi" tüketici-alıcının savunmalarının üçüncü kişile-re karşı da ileri sürülebilirliği avantajına koyu bir gölge düşürür. Avustur-

ya'da, Fransa'da ve Almanya'da geçerli bu yasağa aykırılığın yaptırımını kredi verene (veya satıcıya) karşı tazminat istemi olabilir. (Bkz. STAÜDER, ZRP 1980, 217, 221)

"Durchgriff" kavramıyla ilgili asıl tartışma başka bir alandaydı; o da şuy-du: Acaba ayıplı mal için evvelce bankaya boşu boşuna ödenmiş olan paranın satıcı yerine bankadan geri istenmesi olanaklı sayılabilir mi? (Rückforde-rungsdurchgriff).

"Durchgriff" örnekleri olarak şunlar anılabilir: a) Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması. (Bkz. SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 18/19) b) Haksız zenginleş-me isteminin üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilirliği: Haksız zenginleşenin ivazsız devrindeki "condictio" uzantısı büyük kestirme istem ve haksız zilye-din ivazsız devrindeki "vindicatio" uzantısı küçük kestirme istem. (Bkz. SE-ROZAN, İfa, § 27 N 17) c) Bankaca finanse edilmiş satımda alıcının satıcıya karşı ileri sürebileceği hakları bankaya karşı da ileri sürebilmesi. (Bkz. CA-NARIS, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku, s.17 i.s.; VORTMANN, Verbraucher-kreditgesetz-Kommentar, § 9 N 1 i.s.) d) Üçüncü kişi yararına sözleşmede sözveren borçlunun kapama ilişkisinde sözverdiren alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunmaları lehdar üçüncü kişiye karşı da ileri sürebil-mesi. (Bkz. von TUHR/ESCHER, AT des OR, § 83 N IV, s. 248 i.s.)

Öyle anlaşılıyor ki yeni TKK mad. 10/son kuralı geleneksel "Durchgriff" çözümünü de aşan bir yaklaşımla, alıcıya sadece borçlusu satıcının üstünden, arka plandaki, kulisteki bankaya, perdeyi kaldırarak sınırlı ölçülerde, kayıtlı koşullu, uzanma şansını vermekle kalmamış, düpedüz, mad. 4 II 4 kuralında-ki müteselsil sorumluluğa, yan yana, eşdeğerde sıralanmış borçluların sorum-luluğuna paralel, gerçek bir "müteselsil sorumluluk" yaratmıştır. Bu sayede-dir ki alıcı (tüketici), satılan malın ayıplı çıkması halinde, bundan sorumlu sa-yılan bankaya karşı, kredi sözleşmesini de çözüp evvelce ödemiş olduklarını bankadan geri isteyebilecektir. Bunun gibi, alıcı (tüketici), satıcıdan ve mad. 4 II 4'te sıralanmış olan yandaşlarından isteyebileceği tazminatı bankadan da isteyebilecektir. Sorumluluk yan yana, zincirli, dayanışmalı ve eşdeğerde sa-yılır ne de olsa.

Bankanın satıcı yanında, eşdeğerde dayanışmalı olarak sorumlu tutulma-sının başkaca bir anlamı olmasa gerek!

Buysa, "Durchgriff" in geleneksel çerçevesini çatlatan daha geniş kap-samlı bir sorumluluk düzenlemesidir. İşte yasanın dışı dokunur ender yeni-liklerinden biridir bu. Bu düzenlemenin bankalar arasında paniğe yol açması da bundandır.

Yalnız burada akla bir soru gelmektedir: Niçin bu sorumluluk sadece ayıplı ifaya inhisar ettirilmiştir de, satıcıdan, onun etki alanından ve egemen-lik çevresinden kaynaklanabilecek başkaca ifa engelleri (özellikle temerrüt) hiç düşünülmemiştir? Doğrusu anlaşılacak gibi değildir.

"Durchgriff" ile müteselsil sorumluluk arasındaki ilişkiyi, buradaki gibi,

müteselsil sorumluluğun kucaklayıcı üst kavramı oluşturduğu bir altı üstü ilişki olarak değil de; salt kesişen çemberler ilişkisi olarak görmek de olanaklıdır. Bu sonuncu hukuki tabloda, müteselsil borçlu tazminat borçlusu sayılır ama savunma, dönme veya fesih haklarına muhatap olmaz. TTK'nin bilinen zaafı karşısında, böylesine bir değerlendirme, korunması amaçlanan tüketiciyi fena halde harcar. (Kırs. ZEVKLİLER, Açıklamalı TTK, s.65 ve s.118 i.s.)

Sonuç olarak ister müteselsil borç, ister "Durchgriff" sayılsın, bizce, banka, alıcının dönme, indirim, değiştirim, onarım ve tazminat istemlerinin güvencesi olarak, aynen bir kefil gibi, onun karşısında eli kolu bağlı durup bekleyecektir. Bu arada kendi kredi sözleşmesinin de ortadan kaldırılıp tahsil etmiş olduklarının iadesi istemiyle karşılaşabilir pekala.

### Hizmet ediminde ayıp

TTK mad. 4 V'te "ayıplı hizmetler" hakkında da ayıplı mal satışı hakkındaki 4. madde kuralının uygulanacağını belirtmesi şaşırtıcıdır. Hizmet edimi sözleşmeleriyle "çeşit satımı" arasında böyle bir kıyas köprüsü kuranlar, besbelli, Batıda bir dizi ayrıntılı kural içeren özel yasalarda düzenlenen turistik gezi sözleşmelerini, eğitim kurslarını, eşya ve yolcu taşıma hizmetlerini ve bilgisayar hizmetlerini gözönüne getirmişlerdir. Ne var ki herbirinde uyumsuzluk konuları ve yaptırımları değişik bütün ve sözleşmelerdeki kötü ifa olgularını böylesine yalınkat bir kıyas köprüsü kurup tek bir kuralda düzenlemeye kalkışmak düpedüz hayalciliktir.

Yasanın göndermede bulunduğu 4'üncü madde hükümlerinin hani neredeyse hiçbirisi hizmet (iş) edimi sözleşmelerine uymaz. Hizmet (iş) edimi paketlenmez, iade edilmez, tamir edilmez. Hizmet ediminin bayisi, imalatçısı ve ithalatçısı olmaz. Öyle anlaşılıyor ki ayıplı hizmetlere ilişkin bu düzenleme ölü doğmuştur; hayalidir; hiçbir zaman işletilemeyecektir.

TTK mad. 4 V kuralını okuyan kişi, ister istemez, benzeri bir aymazlıkla kaleme alınan Çevre Koruma Yasasını anımsar. Bilindiği gibi o yasada da "çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler tazminat öder" diye sorumsuzca konmuş bir sorumluluk kuralına rastlanır, (Çevre Kanunu mad. 28). Bu kurala bakılırsa, yürüyüşe çıkan yaya, ekzosundan zehir saçan taşıt aracının sürücüsünü veya sigara kullanmayan kişi, yolda sigarasının dumanını üfleyen kişiyi çevirip ondan tazminat isteyebilecektir. Olacak şey değildir bu! İşte aynen tüm sorumluluk sorunlarını çözümsüz, boşlukta ve açıkta bırakan Çevre Yasası gibi, Tüketiciyi Koruma Yasası da iş edimlerinin kötü ifasındaki sorumluluk sorunlarını boşlukta, çözümsüz bırakmıştır. (Çevre Yasasının eleştirisi için bkz. SEROZAN, Kaneti'ye Armağan, s. 102 i.s.).

Tüketicinin korunmasının en ileri noktasına götürüldüğü Batı'da bile, yurttaşın mühendislere, mimarlara, muhasebecilere, avukatlara, sanatçılara,

kalfalara, kunduracılara, boyacılara, badanacılara, otomobil tamircilerine, tesisatçılara, elektrikçilere, doktorlara ve benzeri iş edimi borçlularına karşı özel tüketiciyi koruma yasalarıyla korunmasına rastlanmaz; ancak tüketicinin turistik gezi düzenleyen seyahat acentalarına, özel eğitim kursları düzenleyen dersanelere ve bir de sigortacılara karşı özel yasalarla korunmasına rastlanır. Kimi kime karşı koruyacağının ayırında olmayan yasa koyucumuzun böyle bir korumayı nasıl gerçekleştireceğini tutarlı bir biçimde planlaması kendisinden nasıl beklenebilirdi ki? Gerçekten, düpedüz gülünç bir hayalden ibarettir tüketicinin korunması kurallarının dışçilere, otomobil tamircilerine, lostra salonlarına, heykeltraşlara, kalorifercilere, taksi şoförlerine karşı uygulanması.

Bedel iadesinde tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılması yolundaki kural da anlaşılabilir. Bir belirtir bu! Nitekim BK 205 İ'e bakıldığında görülür aynı mahsup kuralı.

Şunu da eklemeli: Bu gibi hizmet (iş) edimi sözleşmelerinde BK 386 kuralının vekâlet sözleşmesi hükümlerine yollayan kuralının ipoteğinden ve vekâlet sözleşmesinin elverişsiz sorumluluk rejiminden kurtulup müteahhidi kusursuz sorumluluk kısıncıyla yakalayabilmek için eser sözleşmesine ilişkin BK 360 kuralı uygulanmalıdır.

Seyahat acentasının turistik gezi sözleşmesinin kötü ifasından ötürü sorumluluğu eser müteahhidinin ağır sorumluluk rejimine bağlanır. Sadece rezervasyonla yetinse (agenta pozunu takınsa) bile, hukuki görünüş olarak bir turistik gezinin sorumluluğunu üstlenmişse, yine de bu ağır sorumluluğa bağlı tutulmalıdır. Seyahat acentasının taşıyıcılardan, otelcilerden ve lokantacılarından sorumluluğu BK 100 bağlamında kusursuz sorumluluktur. Turistik gezi sözleşmelerinde seyahat acentasının sorumluluğu için bkz. SEROZAN, Yargı, 1980, Sayı 49, s. 20 i.s.

Son olarak anılması gerekli bir nokta da şudur: 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.

### Sonsöz

Sözleriyle ve özüyle baştan aşağı yetersiz ve tutarsız "Tüketiciyi Koruma Yasası" tüketicimiz için olduğu kadar hukukçumuz için de bir talihsizlik oluşturmaktadır.

Ne yazık ki son yıllarda ülkemizde ciddilikten uzak, sorumsuzca hazırlanıp çıkarılan yasaların sayısı gitgide artmaktadır. Burada sadece 1980 sonrası MK ve BK değişikliklerini anmakla yetinelim.

Eğer bu olumsuz gelişmeye karşı bilinçli ve kararlı bir tavır alınmazsa, Türk hukukunu bekleyen gelecek kararır.

Tüketicinin korunması sorununa gelince: Şu gerçek iyi bilinmeli:

Liberalizmin hukuki avadanlığıyla tüketim toplumunun kanayan yaraları sarılıp sağaltılamaz; tüketici etkin bir biçimde korunamaz. Serbest piyasa yanlısı bir yaklaşımla, olsa olsa, salt göstermelik, susmalık ve korkuluk bir "hayali koruma yasası" çıkarılabilir. Pazarla bütünleşmiş (entegratif) önlemlerle değil, ancak pazarı düzeltici (korrektif) önlemlerle korunabilir tüketici.

Bu arada şu gerçek de asla unutulmamalıdır: Aynen işçinin ve kiracının korunması sorunu gibi, tüketicinin korunması sorunu da son değerlendirmede "bireyin en yüksek kâr elde etmeyi tek amaç bilen sermayeye karşı korunması" sorunudur. Özünde, üretim araçları mülkiyetinin sosyal kaygılarla sınırlanması anlamına gelen bu koruma, ister istemez, tüm mülkiyet ve sermaye sınırlamaları gibi, toplumun belirli bir gelişme aşamasında geçerli somut toplumsal ve siyasal güç dengelerine bağlı olarak saptanır.

Tüketiciyi (sözüm ona) "Koruma", aslında "Kandırma" Yasası, bu bilimsel gerçeklerin tipik ve acı son örneğidir.