

## TÜKETİCİYİ KORUMA KANUNU DEĞİŞİKLİĞİNİN ARTILARI VE EKSİLERİ

Prof. Dr. Rona SEROZAN\*

Tüketiciyi Koruma Kanunu özel hukuk uzmanlarınca Medeni Kanundan ve Borçlar Kanunundan sonra en fazla okunan ve üzerinde konuşulan yasa olsa gerek. Ama bu yasayı biz Borçlar Hukukçuları için önemli kılan bir başka neden daha var: Tüketiciyi Koruma Kanunu Borçlar Hukuku ile uğraşanlar için gerçek anlamda bir "maden" oluşturur. Gerçekten de sözleşme hukukunun en önemli alanlarına, yani sözleşmenin kurulması, ifa edilmesi ile ifa edilmemesi ve sözleşmesel sorumluluk alanlarına giren bundan daha zengin bir bilimsel araştırma kaynağı doğrusu az bulunur. Yasanın her bir kuralı, tez konusu, tez konusu olamayacaksa, makale konusu olmaya elverişlidir. Bu gerçeği algılayabilmek için, yasanın değindiği şu kavramları ve konuları göz önüne getirmek yeter: Genel işlem koşulları, şekle aykırılık, bölümsel hükümsüzlük, ayıplı ifadan ötürü sorumluluk, yapımcının tehlike sorumluluğu, sözleşmenin nispiliği ilkesinin aşılması (Durchgriff), müteselsil sorumluluk, serbest geri alma hakkı ve bu hakkın kullanılması üzerine oluşan tasfiye (iade) ilişkisi, taksitle satım, tüketici kredisi, internette alışveriş, turistik gezi sözleşmesi, devre tatil sözleşmesi, fahiş faiz ve daha nice kavramlar, kuramlar, konular...

Ama Tüketiciyi Koruma Yasası ülkemizde bir başka açıdan da hukukçular için ilginç bir laboratuvar malzemesidir. Yasa hazırlamada bilimsel birikimi hiçe sayma-

---

\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

nın, ciddiyetsizliğin ve sorumsuzluğun incelenmeye değer bundan sivri örneği doğrusu az bulunur. Eski yasada yer alan hizmet satımı, tecrübe ve muayene şartlı kapıdan satış, ayıplı ifadan ötürü satıcının, yapımcının, bayinin, acentenin, ithalatçının ve kredi verenin müteselsil sorumlulukları konularındaki düzenlemeler gibi içinden çıkılmaz düzenlemeler göz önüne getirilirse, bu yargının isabeti daha iyi anlaşılır.

\* \* \*

Avrupa Birliği hatırına 1995'te alelacele, çala kalem çıkarılan bir "göz boyama yasası" olarak, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"un yetersizliğinin kısa zamanda ortaya çıkacağı daha baştan belliydi.

Bu yasanın eleştirisi için bk. Serozan, Yasa, Mayıs 1996

Arada sırada çıkarılan "Tebliğler" ile zevahiri kurtarma çabaları da ister istemez verimsiz kalmaya mahkumdu.

Bu Tebliğler için bk. Zevkliler, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2001

Acaba 14 Mart 2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "Değişiklik Kanunu" bu alandaki açığı kapatmış ve duyulan reform gereksinimini karşılamış sayılabilir mi? Yoksa yakın gelecekte bizi yeni bir yasa değişikliği mi ve o güne kadar da bir "Tebliğler Furyası" mı beklemektedir? Bu yazı işte bu soruya yanıt arayıp bulmak için yazılmıştır. Yanıt arayışı da değişikliğin artıları ve eksileri ayrı ayrı ele alınarak gerçekleştirilecektir.

Bu değerlendirme sırasında değişikliğin biçimsel ayrıntılarına girilmeyecek, onun teorik ve pratik ağırlığı olan çözümlerinin eleştirisiyle yetinilecektir.

### **Artılar hanesine yazılabilecek olanlar**

1) "Tüketici işlemi", "mal" ve "hizmet" kavramlarının ve bu kavramlarla birlikte yasanın uygulanma alanının (böylece son aşamada) tüketicinin korunmasının kapsamının) adanmaklı genişletilmesi olumlu noktaların ilkidir. (m. 2) Bu bağlamda konut ve tatil amaçlı "taşınmaz" eş-

yanın, elektronik (sanal) ortamda alışveriş konusu “maddi olmayan malın” ve mal sağlama dışındaki her çeşit “etkinliğin” (servisin) yasanın koruma kapsamına alınması yerinde olmuştur.

Bunun gibi, eski yasadaki “hizmet satımı” kavramı ve bu edim konusundaki tutarsız düzenlemenin kaldırılmış olması ve hizmet sağlamanın (servisin) mal satmanın yanısıra, kendine özgü yapısına uygun biçimde ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş olması da iyi olmuştur. (m. 4 A ve 5)

Aynı olumlu yaklaşım, iletişim ve bilişim araçları kullanılarak, tüketicilerle yüz yüze gelinmeksizin oluşturulan sakıncalı (riskli) “mesafeli sözleşmelerin” özel olarak düzenlenip, kapıdan satışlara ilişkin rejime bağlanmasında da göze çarpar. (m. 9 A)

Benzer bir övgüyü de kredi kartlarının özel bir düzenlemeye tabi tutulmaları hak eder. (m. 10 A)

Öte yandan, “devre tatil” ve “paket tur” sözleşmelerinin özel olarak tanımlanmaları yararlı olmuştur da (m. 6 B, 6 C), bu sözleşmelerin kendilerine özgü sorunlarının ve bu sorunların çözümlerinin öngörülmemesi yazık olmuştur. Bu konuya ileride özel olarak değinilecektir.

2) Satıcının karınca duası gibi yazdırıp, tüketiciye dayattığı nalıncı keseri benzeri, tek yanlı, hodkâm ve haksız genel işlem koşullarının tüketiciyi bağlamazlığının öngörülmesi en önemli yeniliklerdendir. (m.6)

Unutulmasın ki pazarlık ürünü olmayıp, düpedüz dayatma ürünü olan bu gibi genel işlem koşullarına karşı, BK 20'nin genel kamu düzenine aykırılıktan veya ahlaka aykırılıktan ötürü butlan yaptırımıyla ve özel yorum araçlarıyla savaşım yetersiz kalmaktaydı.

Bk. Atamer, Genel İşlem Şartları, İstanbul, 2000

Yalnız şu var: Batı'da onlarca yasa kuralı içinde ve onlarca sayfada düzenlenen bu konunun tek maddede çözüme bağlanabileceğini sanmak düpedüz safdilliktir.

Genel işlem koşulu denince, akla yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi gelir.

Yürürlük denetiminde genel işlem koşulları çerçevesindeki kayıtların sözleşmenin içeriğine girmiş sayılabilmesi için, güven kuramının filtresi özel olarak kurulur. Bu yolda, uyarma, kaleme almada açık seçiklik, şaşırtıcı olmama ve açık kabul görme gibi özel koşullar öngörülür. İşte yasada bunun yapılması savsaklanmıştır.

Öte yandan, yorum denetimi de atlanmıştır. Kayıtların yorumunda tüketiciden yana yaklaşım gereği (Restriktionsprinzip; § 305 c II BGB) vurgulanmamıştır. Bu iş öğretiyeye ve uygulamaya kalmış gözükmektedir.

İçerik denetimi ise, tadat ve ölçüt eksikliği yüzünden yetersizdir. Şöyle ki yasada dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları tadat edilmemiştir. Dürüstlüğe aykırılığın ve tüketici aleyhine dengesizliğin ölçütleri de verilmemiştir.

Yaptırıma gelince: Hükümsüzlüğün dürüstlüğe aykırı kaydın tüketiciyi bağlamazlığının saptanmasından ve bu kaydın yerine hakkaniyetli bir kaim kuralın (Ersatzregel) konmasından (modifizierte Teilnichtigkeit ya da geltungserhaltende Reduktion) oluşacağı belirtilmemiştir. Yasa değişikliği ile öngörülen yaptırım haksız kayıtların tüketici için bağlamazlığıdır. (m. 6 II) Buysa yeterli değildir.

3) Tüketicuyu kambiyo senetleriyle borçlandırma yasağı yeni yasada rastlanan en çarpıcı yeniliklerdendir. (m. 6 A III ve 10 VI)

Bilindiği gibi, kambiyo senetleri bakımından, kamu güveninin korunması ve bu bağlamda defî soyutluğunun yürürlüğü yüzünden, kambiyo senedi (örneğin bono) veren tüketici, satıcısına karşı ileri sürebileceği savunmaları, bu senetleri kendisinden devralan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. (BK 167 devre dışıdır!)

İşte bu nedenledir ki Batı'da tüketicilerin kambiyo senetleriyle borçlanmaları öteden beri yasaklanmıştır. Şu var ki kambiyo senedinin metninden dolaysız biçimde

anlaşılamayan bir geçersizlik, senedi devralan iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği için (bk. örneğin BK 505 I 2) Batı'da kambiyo senediyle borçlanma yasağına aykırılığın yaptırımı şudur: Yasağa karşın tüketiciden alınan senedin iadesi istenebilir. Eğer senet devredilirse, o zaman da bu yüzden oluşan zararın tazmini istenebilir.

İlginçtir, bizde de MK 897 II'ye göre, yapı alacaklılarının yasal ipoteğinden önceki sırada yer alan alacaklılar, yapı alacaklılarının kendilerine karşı önceliklerini ihlal edecek biçimde ipotekli borç senetlerini ve irat senetlerini devrederlerse, bu devir (ve bu rehin senetleri için geçerli defi soyutluğu) yüzünden yapı alacaklılarının elde edemedikleri alacak miktarını tazmin etmekle yükümlü olurlar.

Nitekim yeni yasa mad. 10 VI kuralında da tüketici kredisinde işte bu yaptırım benimsenmiştir. Gelgelelim, mad. 6 A III kuralında taksitle satımda tüketiciden koparılan kambiyo senedi için böyle bir yaptırım öngörülmemiş değildir. Ama aynı yaptırımın taksitle mal alan tüketici yararına da işletilmesi beklenir.

4) Tüketicilere dayatılan "muacceliyet kayıtları"na ilişkin sınırlamaların BK 224 kuralındaki klasik sınırlamalara uydurulması, bu sınırlamalara bir de bir haftalık uyarı süresinin eklenmesi ve bu sınırlamaların hem taksitle satımda (m. 6 A) hem de (yüzde on sınırlaması dışında) tüketici kredisinde (m. 10 III) benimsenmesi de olumlu bir değişikliktir. Böylece eski yasa dönemindeki uyumsuzluklar ve tereddütler ortadan kaldırılmış sayılabilir.

Bk. Inceoğlu, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1998, s. 39 i.s.

5) Temerrüt faizine ilişkin fahiş kayıtlara sınırlama getirilmesi en fazla gürültü koparan olumlu değişikliklerdendir. (m. 6 A I d)

Bilindiği gibi, yürürlükteki hukukumuzda, taraflarca kararlaştırılacak olan temerrüt faizi oranına herhangi bir yasal tavan çekilmiş değildir. Öyle ki yakın geçmişte yüz-

de üç yüz yetmiş beşlere kadar varan temerrüt faizleri ile karşılaşmıştır. Bu durumda fahiş faizle savaşımlar, olsa olsa, etkinliği ister istemez zayıf kalan BK 20/21'in hukuka, ahlaka aykırılık ve gabin kuralları eliyle, bir de BK 31 II kuralı örnek alınarak culpa in contrahendo tazminatı eliyle yürütülebilir.

BK 20 II, 21 ve 31 II kurallarının dar kalıplarının "kıyas" ya da "amaca uygun sınırlama" (teleolojik redüksiyon) yoluyla zorlanarak çatlatılması ve bu yoldan, sömürülen sözleşme yanını istencine bağlı uyarılama yetkisinin tanınması konusunda bk. Serozan, Oğuzman'a Armağan, s. 1018 i.s.

Yeni düzenleme bu açığı kapatmak üzere olumlu bir adım atmış sayılabilir. Temerrüt faizi sözleşmede belirlenen kredi faiz oranının yüzde otuzunu aşamaz. Eğer aşarsa, "geçerliliği koruyucu indirim" (geltungserhaltende Reduktion) söz konusu olur.

6) Kredi kartında sözleşmesel kredi faizinin sonradan tek yanlı olarak artırılması halinde, tüketiciye iki ay içinde tüm borcu ödeyip kredi kartı sözleşmesine son verme hakkının tanınması, tüketici yararına olumlu değişikliklerden bir başkasıdır. (m. 10 A III) Bu değişiklik Avrupa'da genel olarak benimsenen çözüme uygundur.

Buna karşılık, olağan tüketici kredisinde, tüketici yararına bundan da ileri gidilmiş ve sözleşmede öngörülen kredi koşullarının sonradan tüketici aleyhine hiç değiştirilememesi hükme bağlanmıştır. (m. 10 I) Bu hüküm faiz oranının sürekli değiştiği ülkemizde gerçekçi sayılamaz.

Bankalar bu yasağı dolanmak için, komisyon, masraf ve benzeri kılıflar altında tüketiciden ek ödemeler isteyebilmenin yolunu ergeç bulacaklardır. Kredi kartına ilişkin komisyon talebi yasağı (m. 10 A son) tüketici kredisinde geçerli değildir ki. Krediyi dövize endekslemek, bankaların kredi koşullarını ağırlaştırma yasağını dolanmaları için onlar yararına ve tüketiciler zararına bir başka umar olabilir. Dövizle veya dövize endeksli ulusal parayla borçlanma yasaklanmış değildir ki.

7) Tüketici kredisi verenin asıl borçluya başvurmadan

kefile başvuramaması uygulamada kural olarak iradeleri dışında kefil olmaya zorlanan kişileri koruyucu bir önlemdir. (m. 10 III)

Böylece kefilin ünlü "peşin dava defii" (BK 486: beneficium excussionis personalis), buyurucu kural düzeyine çıkartılarak, tüketici kredisine kefil olan kişiye tanınmaktadır. Kuralın buyuruculuğu yorum yoluyla kabul edilmelidir. (Bk. ileride Eksiler 1)

Eklemeli ki bu defii açısından, yasa koyucu, tüketici kredisi sözleşmesiyle kredi kartı sözleşmesi arasında tam bir koşutluk yaratmıştır. Yani bu defiden kredi kartından doğma borç için kefil olan kişi de yararlanacaktır. (m. 10 A I)

8) Kimden kaynaklanırsa kaynaklansın, mala ilişkin reklamların satıcının nitelik vaadinden sayılması, ayıplı ifadan sorumluluk alanında önemli bir aşamadır. (m. 4 I ve 4 A I)

Eskiden alıcısını malını överek bizzat şartlandıran ve bu nedenle bireysel nitelik vaadinde bulunmuş sayılan satıcının bugün sırf sahnenin arkasına çekilip bu işi profesyonel reklamcılara havale etmesiyle nitelik vaadinde bulunmuş sayılmaktan sıyrılması, öteden beri adaletsiz bulunmaktaydı. Hele tüm reklam giderlerinin maliyet artırıcı bir faktör olarak son aşamada tüketiciye fatura edildiği düşünülürse, bu adaletsizlik büsbütün artmaktaydı.

Yeni düzenleme sayesinde, reklamları satıcının nitelik vaadinin kapsamına alma konusundaki tüm zorlamalar (bk. İnal, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, s. 130 i.s.) bu yeni düzenlemeyle artık gereksiz hale gelmiş sayılabilir.

Yalnız hizmet (servis) sağlamada reklamın nitelik vaadine dahil sayılabilmesi için mutlaka bizzat sağlayıcı tarafından yapılması koşulunun varlığı izlenimini uyandıran mad. 4 A I kuralının söylemi talihsiz sayılabilir.

9) Ayıp haklarını kullanma sürelerinin uzatılması da olumlu yeniliklerdendir. (m. 4 ve m. 13)

Tüketicinin haklarına sahip çıkma bilincinin pek gelişmediği ülkemizde ayıbı ihbar süresinin otuz güne, ayıp haklarının kullanılma süresinin de iki yıla (hatta taşınmazlarda beş yıla) çıkarılması gerçekten de yerinde olmuştur.

Böylelikle, aynı zamanda, değişiklikten önce, on beş günlük sürenin malı muayene ve ihbar süresi mi yoksa ayıp haklarını kullanma süresi mi olduğu konusundaki tereddüt de giderilmiştir.

Öte yandan, yapımcının bağımsız ek garanti süresi de bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır.

Bu da tüketici yanlısı bir gelişmedir.

Keşke ayıp haklarını kullanma süreleri tüketiciden yana uzatılırken, kapıdan satışlar için geçerli yetersiz 7 günlük serbest geri alma süresi, hiç değilse Batı'da olduğu gibi 15 güne çıkarılsaydı!

10) Ön ödemeli (kampanyalı) satışlarda ön ödeme tutarının satış bedelinin % 40'ından fazla olamamasının, malın teslim süresinin on iki ayı aşamamasının ve müteselsil sorumluluk zincirinin halkalarına "kredi veren halkası"nın da katılmasının tüketici için yararı tartışmasızdır. (m. 7)

Yalnız bu olumlu değişikliği gölgeleyen olgu şudur: İsviçre'de bu sözleşme (Vorauszahlungsvertrag) toplam sekiz kuralda (OR 227 a - h) ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Özellikle satıcının acze düşmesi ve evvelce eline geçirdiği parayla kayıplara karışması risklerine karşı ödemenin güvenilir kişiye (yediemine) yapılması ve durumu sonradan kötüleşen tüketiciye geri alma hakkının tanınması, İsviçre'deki bu düzenlemeler arasında göze çarpar. Ne yazık ki bizde bu önlemlerin alınması savsaklanmıştır.

11) Kapıdan satışlarda yedi günlük geri alma hakkının eylemli olarak kullanılmasının satıcının tarih manipülasyonlarını (çarpıtmalarını) engelleyerek güvenceye bağlanması övgüyü hak eden bir başka yeniliktir. (m. 9)



Bilindiği gibi, uygulamada satıcılar tüketicinin sözleşmenin imzalanmasından yürümeye başlayan yedi günlük süre içinde kullanılması gerekli geri alma hakkını, imza tarihini manipüle ederek fiilen kağıt üstünde bırakmaktaydılar. Şimdi bu kritik tarihin de tüketicinin kendi el yazısıyla yazılması gereği öngörülerek bu çarpıtmaların önünün alınmasına çalışılmaktadır.

12) Evvelce bir Tebliğ eliyle kapıdan satış rejimine bağlanmış olan mesafeli (uzaktan) satışın şimdi özel olarak düzenlenmiş olması, satıcının malı teslimi geciktirmesini önlemek üzere sıkı süre koşullarının öngörülmesi ve tüketiciye aynen kapıdan satışlarda olduğu gibi, mesafeli satışlarda da serbest geri alma hakkının tanınması yararlı değişikliklerden bir başkasıdır. (m. 9 A)

13) Yapımcının ürettiği üründen (ayıp sonucu refakat zararlarından) tehlike sorumluluğunun öngörülmesi belki de tüm değişikliklerin en önemlisidir. (m. 4 III)

Bilindiği gibi, ayıplı malın yol açtığı maddi ve cismani "sonuç (refakat) zararları"na karşı BK 205 ve TTK m. 4 kurallarını işletme çabaları bir türlü inandırıcı olamıyordu. Şöyle ki:

BK 205 kuralı kusursuz satıcıyı sadece dolaysız ayıp zararlarından (Mangelschaden) yani ayıplı eşyayla doğrudan bağlantılı (satılan eşyanın kendisinde oluşan) zararlardan sorumlu tutmaktaydı.

Başka bir deyişle, satıcının ayıptan ötürü kusursuz garanti sorumluluğu sadece alıcının alışveriş çıkarını, onun malvarlığını artırma çıkarını karşılamaktaydı. Örneğin, bu garanti sorumluluğu yalnızca alıcının alışveriş için boşuna yaptığı giderleri ve gereği gibi yararlanmadan yoksunluk zararını kapatmaktaydı.

Buna karşılık, satıcının kusursuz sorumluluğu alıcının mal ve kişi varlığını (bütünlüğünü) koruma çıkarını karşılamamaktaydı. Açıkçası, satıcının, alıcının başkaca malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinde uğradığı ayıp sonucu dolaylı refakat zararlarından (Mangelfolgeschaden) kusursuz sorumluluğu olamazdı. Bu dolaylı zararları do-

laysız zarardan saydırma çabaları doğrusu pek de tutarlı gözüküyordu.

Kaldı ki bayi konumundaki satıcıların ilacın yan etkileri, gaz tüpü patlaması, lastik gürlemesi gibi felaketlerin tüketicide ve yakınlarında açabileceği derin yaraları (sigorta ettirilmemiş astronomik parasal kayıpları) saracak parasal gücü zaten yoktur.

Bk. Honsell, Basler Kommentar, OR 208 N 8 – 10; krş. Tandoğan, Özel Borç Münasebetleri, I/1, s. 193; Zevkliler, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, s. 85/86

Yapımcının satıcıyla birlikte ayıplı malın yol açtığı her türlü zarardan müteselsil olarak sorumlu tutulması ve ayıbı bilmemenin bu sorumluluğu ortadan kaldırmaya yetmemesi (TKK m. 4 II) ise yapımcının dolaysız ve dolaylı tüm zararlardan kusursuz sorumluluğunu kabul etmeye yetmiyordu. Çünkü bu kural sorumluluk yaratıcı bir kural olmayıp, salt BK 205'den kaynaklanan sorumluluğa göndermede bulunmakla yetinen bir sorumluluk doldurucu kuraldı; başka bir deyişle, sorumlu kişiler çevresini genişletici bir kuraldı.

Bk. Serozan, Yasa, Mayıs 1996; karşı görüşte: Zevkliler, anılan eserde, s. 90 ve Karahasan, Yasa 1996 Ocak, s. 50/51

Bu durumda, yapımcı, alıcıya ve yakın çevresine karşı, olsa olsa, yetersiz haksız fiil hükümleri gereği sorumlu olabilecekti. Aralarında bir sözleşmesel ilişki yoktu ki. Yapımcının garanti belgesine gelince; o da ayıplı malın onarılmasına ve değiştirilmesine ilişkin sınırlı bir garantiydi; tüketicinin salt alışveriş (malvarlığını artırma) çıkarını korumaktaydı.

İşte bu elverişsiz durumda, yeni m. 4 II 3 kuralı, tüketiciye, ayıplı malın bedensel bütünlüğüne ve(ya) başkaca mallarına verdiği zarardan ötürü yapımcıdan tazminat isteme hakkı tanıyarak sorunu kökünden çözmüştür. Bu yeni yapımcı sorumluluğu kusur ögesinden arındırılmış tipik bir tehlike sorumluluğudur. Eklemeli ki yapımcının bu sorumluluğu yanıcı ve patlayıcı maddeler açısından,

zorunlu sorumluluk sigortası kapsamındadır. (Resmi Gazete 20. 12. 1991, 21 087)

Yalnız yasa değişikliği salt bedensel ve parasal zarara uğrayan tüketiciye tazminat hakkı tanırken şu sorunu çözümsüz bırakmıştır: Tüketicinin ürünün yapım bozukluğundan bedensel ve malvarlıksal zarar görmüş çevresi (bu arada yakınları, başta aile efradı) bu tehlike sorumluluğundan nasıl yararlanabilecektir?

Bunun için yine “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” kuramı eliyle sözleşme kavramının kalıplarını çatlatmak mı, yoksa haksız fiilin ispat yükü ve personelden sorumluluk alanlarındaki yetersiz kurallarını zorlayıp çatlatmak mı gerekecektir? Öyle anlaşılıyor ki bizi bu alanda kuramları ve kuralları forse etme zorunluluğu beklemektedir.

Eklemeli ki Batı’da tüm ülkelerde yapımcının fabrikasyon ve konstrüksiyon bozukluklarından (kimi ülkede ayrıca geliştirme risklerinden de) tüketiciye ve tüm üçüncü kişilere karşı kusursuz sorumluluğu (Produkthaftung, strict liability) genelde bir sorumluluk tavanıyla sınırlı tutularak ve sorumluluk sigortasına bağlanarak özel yasalarda özel olarak düzenlenir. Bizde de böyle bir düzenlemenin yürürlüğe sokulması beklenir.

Bk. Atamer, Tüketicinin Korunması Hukuku, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumuna, İstanbul, 2001, s. 379 i.s.

14) Eski yasada mad. 10/son kuralında sadece ayıplı ifa olgusuna inhisar ettirilen “kredi verenin” müteselsil sorumluluğu, değişik bir nitelendirmeye, tüketicinin borçlu satıcının üstünden hem savunma (itiraz ve defii) hem de atak (istem ve yenilik doğuran hak) planında kredi verene uzanan “Durchgriff” hakları, yeni yasada, öteden beri savunduğumuz görüş doğrultusunda, tüm sözleşmeye aykırılıklara yaydırılmıştır. (m. 4 IV ve 10 V) Bu da olumlu bir yeniliktir. Aslında bu müteselsil sorumluluk ya da “Durchgriff” sorumluluğu aynı zamanda hükümsüzlük olgularında da işletilmeliydi.

Anımsayalım: Hukukumuzda başkaca önemli "Durchgriff" örnekleri olarak, a. "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması", b. haksız zenginleşme isteminin zenginleşme konusunu ivazsız olarak devralana karşı da yöneltilebilmesi ve c. üçüncü kişi yararına sözleşmede sözveren borçlunun sözverdiren alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunmaları lehdar üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilmesi anılabilir.

Yalnız eksik kalmış olan bir iki nokta vardır: Bir kere, kredi verenin sorumluluğunun boyutlarına açıklık getirilmemiştir. Krediyi veren bankanın müteselsil sorumluluğu ya da başka bir nitelendirmeyle, tüketicinin "Durchgriff" hakkı hangi koşullarla, hangi istemlerle, nasıl yaşama geçirilecektir? Bu soruların yanıtlarına rastlanmamaktadır. Oysa eski yasa döneminde en fazla baş ağrıtan konulardan biri bu olmuştu. Banka acaba tazminat istemi dışında, ayrıca, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan iade, indirim, değiştirme ve onarım istemlerine de (sadece "nemo praecise cogi potest ad factum", yani "fiilen yerine getirilemezlik" savunmasıyla sınırlı olarak) hedef tahtası olacak mıydı? Bu sorunun yanıtı bugün de boşlukta kalmış gözükmektedir.

İkincisi, "bağlı, bağlantılı kredi" (ad hoc kredi) kavramı ve bununla birlikte kredi verenin boyutları açık kalmış olan sorumluluğu, m. 10 V kuralında, "belirli marka için kredi verme" ek koşuluyla gereksiz yere daraltılmıştır.

Buna karşılık, asıl önemli ve olumlu yenilik şudur: Müteselsil sorumluluğun ya da borçlunun üstünden uzanan alacağın bu sefer başka bir açıdan geliştirilerek, kredi kartı kurumuna karşı da işletilebilmesi yolu yeni yasada açılmış gözükmektedir.

Şöyle ki m. 10 A I kuralı, sadece tüketici kredisi sözleşmesinde yer alması zorunlu belirli kayıtları (2nci fıkranın a, b, h ve ı bentlerini) ve bir de bankadan alınan krediyi önceden geri ödeme hakkını (4üncü fıkrayı) kredi kartına uygulanamayacak tüketici kredisi kuralları arasında anmıştır. Bu durumda kredi verenin müteselsil sorumluluğunu ya da tüketicinin Durchgriff hakkını öngören V. fıkrası kredi kartına pekala uygulanabilecektir.

Biz bu konuda öteden beri şu görüşü savunmaktaydık: Satıcıyla kredi veren arasında işbirliğinin ve çıkar birliğinin mevcut bulunduğu tüm ilişkilerde, tüketici, satıcısına karşı sahip olduğu tüm hakları (üstelik yalnız sözleşmeye aykırılığa dayanan hakları değil, aynı zamanda sözleşmenin hükümsüzlüğünden çıkma hakları da) satımı şu veya bu şekilde finanse etmiş olan kredi kurumuna ve bu arada “kredi kartı kurumuna” karşı da ileri sürebilmeliydi. Bu bakımdan, kredi verenle kredi kartı veren arasında herhangi bir ayırım gözetilmemeliydi.

Bk. Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 60 – 63 ve s. 72 – 75.

Gerçekten de kredi kartı kurumuyla işyeri arasındaki yoğun işbirliği ve çıkar bağı göz önünde tutulacak olursa, kart sahibi tüketicinin, tüm “üç köşeli bileşik sözleşme ilişkilerinde” benimsendiği gibi, işyerine karşı ileri sürebileceği nispi etkili hakları, hiç ayıksız, borçlu işyerini aşarak, kredi kartı kurumuna karşı da ileri sürebileceği kabul edilmeliydi. Bu olanağı sadece işyerinin hileli davranışı gibi açıkça ve derhal kanıtlanabilir tüketici savunmalarıyla sınırlı tutmanın yeri ve gereği yoktu. Ne de olsa, birinde (bağlı, bağlantılı, ad hoc kredi sözleşmesinde) tüketiciye açık olarak kredi faizi yükleniyorsa, ötekinde de (kredi kartında da) tüketiciye üstü kapalı ve dolaylı yoldan kredi faizi yüklenmekteydi. Gerçekten de satıcının peşin paralı ödemedede sağladığı indirim tutarı, onun kredi kartlı ödemedede tüketiciye yüklediği kredi faizinin izdüşümüydü. Nitekim yeni m. 10 A I kuralının söylemi de bu olguyu dile getirir. Şöyle ki bu kural açıkça “kredi kartıyla mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen kredi”den söz eder.

Son zamanlarda taksit ve puan kışkırtmalarıyla (Axess, Bonus, Advantage gibi özel kartlarla) ve tanıdığı yüksek kredi limitleriyle yol açtığı kartlı ve kredili alışveriş çılgınlığı yüzünden, tüketicinin eline her an patlamaya hazır bir bomba veren, üstelik işyeriyle işbirliğini ve çıkar birliğini de adamakıllı geliştiren kredi kartı kurumlarını müteselsil sorumluluk ya da “Durchgriff” sorumluluğu

çemberine alması, yasa koyucunun tüketiciye (ve aynı zamanda ailesine) sunduğu en güzel armağanlardan biridir.

### **Eksiler hanesine yazılabilecek olanlar:**

1) Tüketici yanlısı kuralların buyuruculuğu vurgulanmamıştır. Özellikle tüketicinin haklarından feragatlerine ve girişimcinin (Unternehmer'in), yani mal satıcısının ve hizmet sağlayıcısının sorumsuzluğuna ilişkin kayıtların hükümsüzlüğü kurala bağlanmamıştır. Yalnız taksitle satım konusundaki sözleşme şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceğini belirtmek (böyle mad. 6 A son kuralı) tek başına yetmez.

Tüketiciyi koruyucu kuralların her türlü tereddüdü giderecek biçimde genel bir kuralla açıkça buyurucu kural düzeyine çıkarılmaması, özellikle tüketicinin temel haklarının, bu arada takas yetkisinden feragatinin geçersiz sayılmaması önemli bir boşluktur. Yapılacak iş, tüketici yararına tüm kuralların gözden çıkarılamaz nitelikte ve buyurucu güçte olduklarını, karşılaştırmalı hukuktan ve özellikle AB yönergelerinden de yararlanarak yorum yoluyla kabul etmektir. Nitekim kefilin pesin dava defi bakımından evvelce yaptığımız da bu olmuştur. (Bk. Artılar 7)

Bk. Zevkliler, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 4, s. 71 i.s.

2) Serbest geri alma hakkı tüm tüketim sözleşmelerinde değil de, salt kapıdan satışlarda ve benzerlerinde (mesafeli satımda) tanınmıştır. Oysa bu hakkın tüm tüketim sözleşmelerinde, özellikle Batı'da olduğu gibi, tüm kredili alışverişlerde ve tüketici kredisi sözleşmelerinde tüketiciye tanınması gerekirdi. Bu arada geri alma hakkının kullanılmasına üzerine oluşan tasfiye (iade) ilişkisinde "hasar, tazminat ve zenginleşme" sorunlarına çözüm getirilmesi beklenirdi.

Gerçi serbest geri alma yetkisinin (yasa buna cayma yetkisi diyor) kullanılmasına üzerine oluşan tasfiye (iade)

ilişkisinde tüketicinin kullanma karşılığı ödeme borcunun kaldırılması isabetli olmuştur. (m. 8 IV) Ne de olsa, burada taksitle satımda tüketiciye kullanma karşılığını ödeten BK 223 kuralının değindiği olgudan ayrımlı bir olgu ve menfaatler durumu söz konusudur. Geri alıp almama kararı ancak mal kullanılarak verilir. Mal test edilmeden geri alma yetkisi kullanılamaz ki. Nihayet deneme ve karar verme süresi de sadece yedi günden ibarettir.

Yasada çözümsüz bırakılan sorunlar şunlardır: Tüketicinin malı hoyratça kullanması yüzünden geri alma hakkı etkisizleşecek midir? Yoksa tüketicinin salt değer tazmini yükümü mü olacaktır? Ya tüketicinin mala yaptığı masraflardan ötürü zenginleşme istemi ne olacaktır?

3) Edim ve karşı edim hasarının tüketiciye intikalinin uzaktan pazarlanan ve yollanan malın tüketicinin konutunda eline geçtiği (kendisine konutunda teslim edildiği) ana kadar ileriye kaydırılması savaşlanmıştır. Oysa İsviçre'de ifa yerine değinen OR 74'e ilişkin bir değişiklik tasarısında, tüketici açısından son kertede kritik olan hasarın intikali anı (o bu anda hem maldan hem parasından olacaktır) malın tüketicinin eline geçtiği an olarak saptanmıştır.

4) Ayıbın hasarın intikali anındaki varlığı karinesi tüketici yararına öngörülmemiştir.

Oysa § 476 BGB'de şöyle bir kurala rastlanır: "Hasarın intikalinden sonra altı ay içinde bir maddi ayıp ortaya çıkarsa, malın daha hasarın intikali anında ayıplı olduğu karine olarak kabul edilir." Böylece tüketicinin ispat yükü hafifletilir.

5) Erken ödemeyi anaparaya saydırma şansı tanınmamıştır. Bu bakımdan, tüketicinin taksit borcunu önceden kapatıp faiz borcunu düşürme şansı (mad. 6A IV kuralı) güdük kalmıştır. Batı'da, alıcıya vadeden önce ödemede bulunma şansının yanısıra, bölümsel ödemesini anapara borcuna saydırma şansı da tanınır. Bu şansa sahip olmayıp BK 84 l'in mahsup kuralını aşamayan ve ödemesini

ancak faiz borcuna saydırabilen tüketici için borç sarmalından kurtulmak zor olur.

6) Taksitle satımda evli çiftlerde eşin ve küçük çocukta ana babanın baştan yazılı oluru aranmamıştır. Oysa İsv. OR kuralında bu olur alınmadıkça taksitle satım sözleşmesi eşi ve çocuğu bağlamaz. (OR 226b)

7) Taksitle satımda, tüketici kredisinde ve kredi kartında tüketiciyi bilgilendirme ve uyarma amacıyla öngörülmüş olan şekil gereklerine aykırılığın sonucu (yaptırımı) belirsizdir. (m. 6A, 10 ve 10A) Sağlık (geçerlilik) şekli mi yoksa ispat şekli mi oluşturduğu bile anlaşılamayan bu şekle aykırılığın yaptırımı, görünen o ki salt simgesel, göstermelik bir para cezasıdır. (m. 25) Oysa amaca uygun bir şekle aykırılık yaptırımı, salt tüketicinin istencine bağlı iptal olmalıydı. (Krsş. İsv. OR 226a! Orada şekle aykırılık kesin hükümsüzlüğe yol açar.)

8) Kambiyo senediyle borçlanma yasağına dövizle borçlanma yasağı da eklenmeliydi.

Batı'da, tüketicinin belirsizlik riski nedeniyle taksit borcunu dövize bağlamasına veya dövize endekslemesine izin verilmez. (Bk. örneğin OR 226a) Bizde dövizedelerin yakın geçmişte karşılaştıkları trajedi yasa koyucuya ders olmalıydı.

Tüketicinin borcu dövize bağlanabildikçe veya endekslenebildikçe, yasadaki mad. 6 II 2 kuralında yer alan "baştan kararlaştırılmış fiyatın sonradan artırılamayacağı" yolundaki hüküm de ister istemez kağıt üstünde kalır. Tıpkı tüketici kredisinde kredi şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği hükmününün (m. 10 I) de kredinin dövize bağlanarak veya endekslenerek kağıt üstünde bırakılabileceği gibi.

9) Taksitle satımda borcu erteleme (tecil) olanağı tüketiciye tanınmamıştır. Oysa kırk yıllık İsviçre OR 226 k kuralında bile bu olanak öngörülmüştür. Yargıcın denetiminden geçtikten sonra, borçlunun bu yoldaki yardım çağrısına mutlaka kulak verilmeliydi.



Şimdi kredi kartı borçları için geçici madde 1.kuralıyla sağlanan taksitlendirme olanağı kalıcı bir kuralla tüm kredi sözleşmelerinde ve taksitle satım sözleşmelerinde tanınmalıydı.

10) Borçlu temerrüdüne düşen tüketiciye karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmek için, muacceliyet kaydına ilişkin sınırlamanın öngörülmesi savsaklanmıştır. Oysa kırk yıllık İsviçre kuralında satıcının müşterisinin taksit ödemelerinde temerrüde düşmesi nedeniyle satımdan dönebilmesi için bu hakkı açıkça saklı tutması yetmez. Satıcı, alıcıya karşı dönme hakkını kullanabilmek için, ayrıca, muacceliyet kaydına ilişkin sınırlamalara, yani toplamı en az yüzde onu bulan iki taksitte art arda temerrüde düşmesi gereğine de uymalıdır. (OR 226 h)

11) Turistik gezi (paket tur) sözleşmelerinin özgül sorunlarına çözüm getirilmemiştir. Yeni mad. 6c kuralında sadece bu atipik sözleşmenin tanımıyla yetinilmiştir. Oysa Batı'da bu kendine özgü tüketim sözleşmesi özel yasalarda ve bir dizi kuralda tüketici yanlısı bir yaklaşımla ele alınır. Seyahat acentesinin yükümleri, özellikle ayıplı ifadan ötürü sorumluluğu, yolcunun geniş geri alma ve sözleşmede değişiklik yapma hakları, ona tanınacak ödeme kolaylıkları ve özel tazminat hakları ayrıntılı biçimde düzenlenir.

Bk. Oktay, Gezi Sözleşmesi, İstanbul, 1997; Serozan, Turistik Gezi Sözleşmesi, Yargı, Sayı 49 (1980).

Aynı eleştiri devre tatil sözleşmelerine ilişkin eksik kalmış 6 B kuralı için de geçerlidir. Bu atipik sözleşmede de salt tanımla yetinilmiş, özel sorunlara özel çözümler getirilmemiştir.

Bk. Tok, Devre Mülk ve Devre Tatil, Ankara, 2000.

12) İnternette sanal pazarda tüketicinin AB Yönergeleri doğrultusunda özel koruması da savsaklanmıştır. Hazır fırsat ele geçmişken, mesafeli sözleşmeler bağlamında, elektronik alışverişlere ilişkin özgül sorunlara da çözüm getirilebilirdi.

Bk. Engin, Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyum, İstanbul, 2001, s. 463 i.s.

\*

\*

\*

Yasa değişikliğinin artılarının ve eksilerinin dökümünden sonra ortaya çıkan tablo, 1980 den beri çok iyi tanıdığımız (son olarak MK'ü tümüyle yenileme girişiminde de karşılaştığımız) tablodur. Ne yazık ki bizde yasaların hazırlanmasında gösterilmesi gerekli titizlik bir türlü gösterilmemektedir. Ne konunun uzmanlarına danışılmaktadır; ne çoğulculuğa ve saydamlığa uygun bir yöntem izlenmektedir; ne de kuralların kaleme alınmasında özenli davranılmaktadır. Bu ciddiyetsizliğin ve sorumsuzluğun faturası yalnız biz hukukçulara çıkmaz. Bu tutum aynı zamanda yasama organına da pahalya mal olur. Şöyle ki böyle başarısız yasaları ikide birde değiştirip yeniden yapmak, Meclis için zorunlu hale gelir. Meclisi ikide birde yasa yenileme zahmetinden kurtarmak üzere yasanın açıklarını sık sık Tebliğ çıkararak kapatmaya çalışmak ise iyi bundan daha iyi bir çare olmasa gerektir.