

BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARGISAL DENETİMİ

ACCORDING TO CODE OF OBLIGATIONS JUDICIAL AUDIT OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS

Umut YENİOCAK*

Özet: 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerdir. Bu hükümler sözleşme özgürlüğüne önemli müdahaleler içermektedir.

Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, genel nitelikli olmaları sebebiyle, aksine düzenleme bulunmadıkça tüm sözleşme ilişkilerinde uygulama alanı bulacak niteliktedirler.

Çalışmamızda, genel işlem koşulu kavramına ilişkin açıklamalardan başlanarak, Kanun'daki düzenlemelerin anlamı ve muhtemel sonuçları üzerindeki düşünceler paylaşılmıştır.

Ayrıca, hükümlere ilişkin eleştirilere ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: genel işlem koşulları, genel işlem şartları, 6098, borçlar kanunu, denetim

Abstract: The rules about general terms and conditions are one of the most important innovation in Code of Obligations No. 6098. These rules include important interventions about freedom of contract.

The general terms and conditions rules of the Code of Obligations can be use for all contractual relations, unless there are any special contrary rules.

In this study, starting with explanations of the concept of general terms and conditions and shared the thoughts of meaning and possible consequences of the regulations in the Code.

In addition, the criticism about the new rules and practice of Supreme Court about this issue before the new Code of Obligations are included.

Keywords: general terms and conditions, 6098, code of obligations, audit

* Avukat, Doktor.

A- Genel Olarak

Borçlar hukukuna egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylerin irade özerkliğinin bir gereğidir. Bunun sonucu olarak her bireyin, bir başkasıyla kuracağı sözleşmeye dayalı iradi ilişkinin kurallarını, kendi iradesiyle ve karşı tarafla anlaşarak belirleyebileceği kabul edilir.

Borçlar Kanunu'muzun sözleşme ilişkisini düzenleyen hükümleri, bireysel sözleşmeleri esas alan bir sistematiğe sahiptir. Kanun'un esasını oluşturan bu sistemde, sözleşmelerin ekonomik ve sosyal statü bakımından aşağı yukarı eşit kişiler arasında, eşit şartlar altında kurulduğu varsayılmıştır. Kanunun sistematiği, önerinin beyan edilmesi, buna karşılık kabul iradesinin ortaya konmasıyla sözleşmenin kurulması, yürütülmesi ve sona ermesi aşamalarında hep, sözleşme hükümlerinin belirlenmesi bakımından tarafların yaklaşık da olsa eşit söz hakkına ve etki gücüne sahip oldukları temeli üzerine inşa edilmiştir¹.

Ancak bu kabul, ekonomik ilişkilerin seyri içinde hiç de adil olmayan ve öyle görünse de gerçek anlamda bir irade özerkliğinden bahsedilemeyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Daha doğru ifadeyle, sözleşme serbestisi ilkesi, kapitalist ekonomik işleyişte, güçlü sermaye gruplarının hâkimiyeti karşısında iradesini sağlıklı şekilde ortaya koyamayan, hatta içinde bulunduğu koşullar gereği sağlıklı bir irade oluşturamayan bireyleri koruyamamıştır. Bu önemli toplumsal sorun, "herkesin sözleşme özgürlüğü vardır" denilerek çözülememiştir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi özellikle, tüketici hukukunda tüketiciler yararına törpülenmeye başlanmış, bugün geline nokta sözleşmeye, tüketiciler yararına olmak üzere hâkimin, hatta önleyici olarak idarenin müdahalesi yaygın olarak kabul görmüştür.

Ancak, kanun yoluyla sözleşmelere müdahalenin, sadece tüketici hukukunda ve tüketiciler yararına öngörülmesi de yeterli olmamıştır. Büyük sermaye grupları karşısında küçük ve orta ölçekli işletmeler lehine sözleşmelere müdahale etme, bir denetim mekanizması kurma ihtiyacı da gün geçtikçe kendisini göstermiştir. Kapitalist sistem, kendisini koruyabilmek için bu müdahalenin kaçınılmaz olduğunu fark etmiştir.

¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 225-226

Nitekim Türkiye’de de hem tüketici hukuku alanında tüketiciler lehine hem de ticaret hukukunda küçük ve orta ölçekli işletmeler lehine sözleşmelere müdahale edilmesini sağlayacak mevzuat gelişmeleri, geç de olsa yaşanmaya başlamıştır. Bu gelişmelerden sonuncusu, yeni Borçlar Kanunu’na genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin girmesi olmuştur. Bu hususta yeni Ticaret Kanunu’nda da önemli yenilikler vardır.

Genel işlem koşullarına ilişkin Borçlar Kanunu’nda yer alan 6 maddelik düzenleme, yeni Borçlar Kanunu’nun getirdiği en önemli yeniliklerden biridir.

Yeni Borçlar Kanunu öncesinde de, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda açık bir düzenleme yer almamasına rağmen Yargıtay’ın, genel işlem koşulları içeren sözleşmelere hâkimin müdahale edebileceğini kabul ettiği kararlarına rastlanılmaktaydı. Ancak, bu kararlar, kamu düzeni, ahlâka aykırılık, kişiliğin korunması, sosyal adalet gibi farklı hukuki dayanaklarla verilmişti².

Yine, Borçlar Kanunu’ndan önce de mevzuatımızda, oldukça sınırlı sayıda ve dar kapsamda da olsa, genel işlem koşullarına ilişkin bazı hükümler yer almaktaydı³. Ancak, yeni Borçlar Kanunu’nda yer verilen bu hükümlerle genel işlem koşulları, her tür sözleşme ilişkisinde uygulama alanı bulacak, genel ve kapsamlı bir düzenleme olarak hukukumuzda girmiş oldu.

² “Kural olarak ekonomik bakımdan zayıf, güçsüz kişilerin karşı tarafça önceden hazırlanan genel işlem şartına katılma yolu ile girdikleri sözleşme ilişkilerinde edimler arasında dengesizlik bulunduğu takdirde; sözleşmenin aynen ifası borçlunun ekonomik varlığını önemli ölçüde etkilemekte ise, hakim özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edebilir. Nitekim Anayasa, Borçlar Hukuku yönünden de temel üst normdur ve Anayasa ile öngörülen ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması lüzumu, özel hukuk ilişkilerinde de gözetilmen, hakim MK’nın 1. maddesinin kendisine tanıdığı kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak; özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden MK 2/1; ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK’nın 24 ve BK’nın 19/2 gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir.”, Yargıtay 3. HD, 07.04.2008, 5324/5974; aynı yönde Yargıtay 3. HD, 02.06.1998, 4263/6098; Yargıtay HGK, 04.12.1996, 3-717/850; Yargıtay 13. HD, 18.03.1996, 1734/2495, Kazancı

³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 766, m. 1266; Banka ve Kredi Kartları Kanunu m. 24; Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 47/3, gibi.

Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yürürlüğe giren değişiklikler esas alınarak düzenlenmişlerdir. Ancak, Alman Medeni Kanunu'ndaki bazı hükümler hiç alınmamış, bazıları ise değişiklik yapılarak Borçlar Kanunu'na aktarılmışlardır⁴.

B - Genel İşlem Koşullarının Tanımı ve Unsurları

Genel işlem koşulları Borçlar Kanunu'nda tanımlanmıştır. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (BK m. 20/1).

Bahsi geçen tanımdan yola çıkarak, genel işlem koşullarının unsurlarını belirlemek mümkündür. Buna göre, bir sözleşme metninin, önceden ve çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış olması, karşı tarafla müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak belirlenmesi, genel işlem koşullarının unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Temel hukuk kurumlarına ilişkin hemen her tanımda olduğu gibi, Borçlar Kanunu'ndaki bu tanımda da bazı aksayan yönler mevcuttur. "Düzenleyen" ibaresi kullanıldığı için tanım, bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilmesi için, o sözleşmeyi mutlaka sözleşme taraflarından birinin düzenlemiş olması şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Hâlbuki bunun kabulü halinde, "düzenleyen" ibaresi, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulama alanını, amaca aykırı şekilde, daraltacaktır.

Buna örnek olarak, uygulamada sıkça kullanılan matbu kira sözleşmeleri verilebilir. Bu sözleşmeler, kiraya veren kişi tarafından hazırlanmayıp herhangi bir kırtasiyeden satın alındığı veya internet yoluyla edinildiği gerekçesiyle, diğer unsurların tartışılmasına gerek duyulmaksızın genel işlem koşulları kapsamı dışında mı sayılacaktır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Aksine, üçüncü kişinin hazırladığı ve birden çok sözleşme ilişkisi için, birden çok kişinin

⁴ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 71

kullanımına sunduğu matbu sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu sayılması ve yargısal denetime tabi tutulması daha kolay olacaktır⁵. Zira burada, önceden, çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşme koşullarının varlığı daha açıktır. Ancak, burada kastedilen durum, sözleşme taraflarından birinin üçüncü kişi tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarını kullanarak karşı tarafa sunmasıdır. Yoksa her iki tarafın, üçüncü bir kişinin hazırladığı kurallar bütününe serbest iradeleriyle anlaşarak kabul etmeleri hâlinde, genel işlem koşulunun varlığını iddia etmek mümkün olsa da⁶, sözleşmenin gene işlem koşullarına ilişkin hükümlere göre denetlenmesi (müdahale edilmesi) kural olarak mümkün olmayacaktır. Bu sonuca varmak, özellikle tarafların tacir olduğu hâllerde çok daha kolaydır.

Bu terminoloji sorunu bakımından öğretide, “düzenleyen” ifadesi yerine “kullanıcı” ifadesi tercih edilerek, amaca daha uygun bir çözüm önerilmiştir⁷. Nitekim Ticaret Kanunu’nun 55/1/f hükmünde, aynı anlama gelmek üzere, ‘genel işlem şartlarını kullananlar’ ifadesi yer almaktadır. Yine, düzenleyen ibaresi yerine, aynı soruna çözüm bakımından “sunan” ibaresinin kullanılması da amaca daha uygun olurdu. “Genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan” şeklindeki kullanımda da, koşulların kim tarafından düzenlendiği değil, kim tarafından karşı tarafa sunulduğu ön plana çıkmaktadır. Ancak, yasa metninde bu husus dikkate alınmamış ve madde gerekçesinde, tercih edilen terminolojiye ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Uygulamada, tanımda geçen ‘düzenleyen’ ibaresi, genel işlem koşullarını kullanan, karşı tarafa sunan şeklinde anlamlandırılmalı ve hukuki nitelendirme bakımından sözleşme hükümlerini mutlaka sözleşme taraflarından birinin hazırlanmış olması aranmamalıdır.

⁵ Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Genel İşlem Şartları), s. 66 vd.

⁶ Bu hâllerde, genel işlem koşulunun varlığının dahi kabul edilemeyeceği yönünde aksi görüşte Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu - 08.04.2011*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 18

⁷ Kocayusufoğlu, s. 225 vd.; Atamer, Genel İşlem Şartları , s. 6; Ayşe Havutçu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık - Marmara Üniversitesi, Legal HD, C. 3, S. 34, 2005, (MÜ Sempozyumu), s. 3617

Tanım fıkrasında kullanılan “*tek başına*” ibaresi ise, genel işlem koşullarının kimseden yardım almaksızın anlamında değil, sözleşmenin karşı tarafıyla müzakere edilmeksizin, tek taraflı olarak hazırlanmış olması şeklinde anlaşılmalıdır.

Bir sözleşmenin içerdiği hükümlerin kısmen ya da tamamen genel işlem koşulu olarak nitelenebilmesi için, sözleşmenin hazırlık aşaması ve kurulma şekli dikkate alınır. Bu husus, BK m. 20’deki tanımdan da anlaşılmaktadır. Sözleşme hükümlerinin, önceden, birden fazla sayıda sözleşme kurmak amacıyla, tek taraflı olarak hazırlanmış olması, o hükümlerin genel işlem koşulu sayılmaları için gerekli ve yeterlidir.

Dikkat edilirse, bu aşamada asıl mesele, sözleşmeyi kuran iradelelerin gerçek anlamda özgür olup olmadıkları, her iki tarafın da sözleşme içeriğini belirleme, hükümlere müdahale etme imkânına sahip olup olmadıklarıdır.

Genel işlem koşullarının varlığının tespiti bakımından taraflar arasında sosyal ya da ekonomik güç dengesinin varlığı ya da yokluğu da, kural olarak önem taşımaz. Genel işlem koşullarının tespitinde dikkate alınacak ölçüt, sözleşme taraflarından birinin sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı olarak belirleme imkânına sahip olup olmadığıdır.

Elbette, bir tarafın sözleşme içeriğini belirleme iktidarını elinde tutması, genellikle o tarafın diğerine nazaran sosyal ya da ekonomik bakımından güçlü olmasının sonucu olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak, bu her zaman böyle olmayabilir. Örneğin, her iki tarafın sosyal ve ekonomik olarak aşağı yukarı eşit olmasına rağmen, bir tarafın tekel konumunda olması hâlinde de sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme iktidarı bir tarafın elindedir. Aynı şekilde, bir tarafın sırf sahip olduğu imtiyaz sebebiyle de sözleşme içeriğini belirleme iktidarına tek başına sahip olabilir.

Taraflar arasındaki sosyal ve ekonomik güç dengesi, özellikle, genel işlem koşullarının denetimi aşamasında, hâkimin bu koşullara (sözleşmeye) müdahalesi bakımından önem taşıyacaktır⁸.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler çok büyük oranda matbu (tip, standart) sözleşme olarak karşımıza çıkarlar. Ancak, bu bir şekil şartı olarak algılanmamak gerekir. Aksine, genel işlem koşullarına iliş-

⁸ Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 61

kin nitelendirilmesinden herhangi bir şekil şartı kabul edilemez. Nitekim bu husus Borçlar Kanunu'nda '*bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz*' şeklinde açıkça ifade edilmiştir (BK m. 20/1).

Bir sözleşmenin matbu olarak hazırlanmış olması, o sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları içerdiği yönünde çok önemli bir karine teşkil etse de, aksinin ispatı teorik olarak mümkündür. Öte yandan bir sözleşmenin, örneğin, elle yazılmış olması, ilk bakışta o sözleşmenin bireysel bir sözleşme olduğu düşüncesini uyandırır da, bu durum tek başına, o sözleşmeyi genel işlem koşulu içermeyen bireysel bir sözleşme hâline getirmez.

Özetle, sözleşmenin şekli, genel işlem koşullarının varlığının tespiti bakımından fikir verse de, bu anlamda bir şekil şartı yoktur. Nitelendirilmesinden, sözleşme hükümlerinin tamamen ya da kısmen, BK m. 20'de geçen tanıma uyup uymadığına, tanımında geçen unsurları taşıyıp taşımadığına bakmak gerekir.

Hemen belirtelim ki, denetim kapsamında müdahale edilebilecek sözleşme hükümleri, sadece kanunun tamamlayıcı nitelikteki hükümlerine ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemelerdir. Yoksa emredici hukuk kurallarını tekrar eden hükümlerin genel işlem koşullarının denetimi yoluyla etkisiz hâle getirilmesi zaten mümkün değildir⁹.

C- Yargısal Denetim

1- Yürürlük Denetimi

a- Kavram

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil (yürürlükte) olup olmadıklarının belirlenmesi anlamına gelmektedir¹⁰. Bir başka ifadeyle, bazı hükümlerin şeklen sözleşme metninde yer almasına rağmen, denetim sonucunda sözleşme kapsamından çıkarılmaları ya da bu sözleşme hükümlerinin sözleşme kapsamında (yürürlükte) olmadıklarının tespiti anlamına gelmektedir.

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 226-227

¹⁰ Atamer, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 324

Borçlar Kanunu'nun esas aldığı irade teorisine göre, bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde, tarafların gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınır (BK m. 19). Genel işlem koşulları bakımından yapılan yürürlük denetimi aşamasında, irade teorisi doğrultusunda, tarafların iradelerinin birleştiği kapsamdaki sözleşme hükümlerinin belirlenmesi faaliyeti söz konusudur diyebiliriz.

b- Sonuca Etkili Müzakere

BK m. 20/1'de geçen tanıma uyan ve belirttiğimiz unsurları taşıması sebebiyle genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında kalması için, bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmiş olmaları gerekir.

Sonuca etkili müzakereden kasıt, öncelikle, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, karşı tarafa, genel işlem koşullarının kendisi için doğurabileceği olumsuz sonuçlar hakkında açıkça bilgi vermesidir¹¹. Karşı tarafa, özellikle, bu koşulların, kendisine daha avantajlı sonuçlar yaratacak ilgili yedek hukuk kurallarından ne şekilde ayrıldığını belirtmesi gerekir. Ayrıca, bu koşulları değiştirme imkânı samimi ve etkili olarak karşı tarafa tanınmalıdır. Karşı tarafın, bu koşullar altında ilgili hükümleri kabul¹² etmesi gerekmektedir¹³.

¹¹ Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 95; Aksi görüşte Atamer, Sempozyum, s. 28

¹² Buradaki kabul, bilgilendirme ve anlama imkânı sağlanması şartlarına bağlı olduğu için 'nitelikli kabul' olarak adlandırılmaktadır. Erden Kuntalp, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Düzenleyenler: İstanbul Barosu - Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Nisan 2011, (Kadir Has Üni. Sempozyumu) (Yayımlanmamıştır)

¹³ "a-Tasarı'nın 21'inci maddesinde Genel İşlem Şartlarının sözleşmelerde düzenlenebilmesi için, "... karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlanmasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır." şeklinde getirilen düzenlemeye mukabil, bunun ispatının nasıl olacağı çözümlenmemiş bir konu olarak ortada durmaktadır.

21'inci maddenin ikinci fıkrasının metinden çıkarılması gerekmektedir. Zira Genel İşlem Koşullarının çok sayıda farklı işlemi aynı anda düzenlemesi bunların yapısında mevcuttur.

b-Kanunlar yapılış ve uygulanış biçimleri itibarıyla toplumun genelini kapsayacak şekilde düzenlenen hükümlerden meydana gelir. Dolayısıyla kanunların birey ve kurumlara eşit ve tarafsız olarak uygulanması gerekeğinden Tasarının gerekçesinde yalnızca bankaların örnek gösterilmesi kanunların herkese eşit ve

c- Açıkça Bilgi Verme

BK m. 21’de, yapılan bilgilendirmenin açık olması aranmaktadır. Bu sebeple, genel işlem koşullarını kullanan (Kanun’un deyimiyle düzenleyen) tarafın, karşı tarafa genel işlem koşulları hakkında örtülü olarak bilgi verildiğini ya da karşı tarafın bir şekilde bilgi sahibi olduğunu ileri sürerek yürürlük denetiminden kurtulma imkânı yoktur¹⁴.

Ancak, bazı hallerde müzakere etme, karşı tarafı bilgilendirme çabası sonuca etkili olmayabilir. Çünkü etkili olarak koşulları değiştirme imkânının verilebilmesi için karşı tarafın, bu koşulların anlam ve içeriğini algılayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekir. Burada, müzakere olgusunun fiilen gerçekleşmiş olmasının ötesinde, sonuca yönelmiş bir şart söz konusudur. Genel işlem koşullarına maruz kalan taraf, kendisiyle müzakere edilse de, bu koşulların anlam ve önemini, sonuçlarını algılayacak düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi değilse, fiilen müzakere olgusunun gerçekleşmiş olması, tek başına, kanunun aradığı şartın yerine getirilmiş olması anlamına gelmeyecektir¹⁵. Bu anlamda, örneğin, müzakere sırasında genel işlem koşullarına maruz kalan kişinin bir avukattan ve/veya sözleşme konusu işin niteliğine göre bir uzmandan yardım almasının sağlanması, somut ihtilafın şartlarına göre, Kanun’un aradığı şartın gerçekleşmesi bakımından sonuca etkili olabilir.

Uygulamada genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin kurulması genellikle, bu koşullara maruz kalan tarafın sözleşme metnini okumadan, sözleşme koşullarını genel olarak kabul ettiği (global kabul¹⁶) anlamında, sözleşmeyi imzalaması yoluyla gerçekleşmektedir. Bu sebeple, yukarıda izah edilen ve uygulaması ve ispatı çok zor olan müzakere yoluyla genel işlem şartlarını denetim dışı bırakmak aslında istisnai bir ihtimaldir.

tarafsız olarak uygulanması ilkesine aykırıdır. Bu nedenle Tasarının gerekçesinden çıkarılmalıdır.”, Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

¹⁴ 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun m. 24/1’in ikinci cümlesinde de, müşteriye ‘ayrıntılı bilgi’ verilmesi zorunluluk olarak düzenlenmiş ancak, bilgi verilmemesi hâline ilişkin bir yaptırıma açıkça yer verilmemiştir.

¹⁵ Bu tür hükümlerin ‘şeffaflık (saydamlık)’ ilkesine aykırılık sebebiyle sözleşme içeriğine dâhil olamayacağı yönünde bkz. Kocayusufoğlu, s. 234

¹⁶ Kocayusufoğlu, s. 236 vd.; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 102

Global kabul olarak adlandırılan durumlarda ise, okunmadan imzalanılan belgelerin geçerliliğine ilişkin ilkelerin geçerli olacağı genel olarak kabul edilir¹⁷. Global kabul yoluyla kurulan sözleşmelerde genel işlem koşullarına maruz kalan tarafın korunması bakımından, genel işlem koşullarını bertaraf eden, taraflar arasındaki alternatif bireysel anlaşmalara öncelik verilmesi ve aşağıda değineceğimiz, şaşırtıcı şart niteliğindeki hükümlerin sözleşme kapsamı dışında bırakılması ilkelerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilir¹⁸.

d- İspat Sorunu

Kanun'un aradığı şekle uygun olarak bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü, elbette genel işlem koşullarını kullanan taraftır¹⁹. Bu ispat yükünün ne şekilde yerine getirilebileceği konusu oldukça zor ve tartışmalıdır.

Son günlerde bankaların bu konuda kendilerince ürettikleri bazı yöntemler dikkat çekmektedir. Örneğin, müşteriye bir hafta önceki tarihi taşıyan bir teslim tutanağı imzalatılarak sözleşme metninin (genel işlem koşullarının) önceden müşteriye verildiği izlenimi yaratılmaya çalışılmaktadır. Ardından, bir başka tutanak daha imzalatılarak, daha önce teslim edilen sözleşme metninin okunduğu ayrıca, banka tarafından gerekli bilgilendirmenin yapıldığı anlamına gelen ifadenin altına imza alınmaktadır. Aslında, bütün bu işlemler aynı anda yapılmaktadır. Böylece, genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımlardan kaçınma yolu yaratılmak istenmektedir.

Esasen bahsi geçen yöntemin, özellikle sözleşme koşulları hakkında bilgilendirme yapıldığına ilişkin tutanağın. BK m. 20/3 hükmü gereğince tek başına bir ispat gücü olmadığı açıktır.

Bahsi geçen yönteme yargı tarafından değer verilip verilmeyeceğini önümüzdeki günlerde göreceğiz. Ancak, şunu söylemek gerekir ki, bu yöntemin genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımları devre dışı bırakacağı görüşünün yargı tarafından kabul görmesi hâlinde, Bu kadar

¹⁷ Kocayusufoşaaoğlu, s. 236 vd.; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 102

¹⁸ Kocayusufoşaaoğlu, s. 236 vd.

¹⁹ Atamer, Sempozyum, s. 24. Yazara göre, buradaki ispat yükü bakımından, TKHK m. 6/3-5 hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür.

tartışma yaratan yeni Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin hiçbir anlamı ve önemi kalmayacaktır.

e- Yazılmamış Sayılma Yaptırımı

BK m. 21'in asıl tartışma yaratan yeniliği ise, maddenin başlığında ve birinci fıkranın ikinci cümlesinde geçen “yazılmamış sayılma” ibaresidir. “Yazılmamış sayılma” kavramının İsviçre Borçlar Kanunu'ndan tercüme edildiği, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305c maddesinde de benzer bir ifadenin kullanıldığı, madde gerekçesinde ifade edilmiştir²⁰.

Borçlar hukukunda geniş anlamda hükümsüzlük başlığı altında sayılan yaptırımların arasında yer almayan ‘yazılmamış sayılma’ yeni bir hükümsüzlük hâli midir? Yoksa yokluk ya da kesin hükümsüzlük kavramlarından birini mi karşılamaktadır? Aşağıda, adı geçen hükümsüzlük türlerine ilişkin kavramsal açıklamalar yaparak bir sonuca varmaya çalışacağız.

Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olması hâli için kullanılır²¹. Her hukuki işlem bakımından geçerli olan kurucu unsur ise, hukuki işlemi yapmaya yönelik iradenin varlığıdır. Açık ya da örtülü irade beyanının varlığı dışında, bazı hukuki işlemler bakımından ek kurucu unsurlar da söz konusu olabilir²². Örneğin, evlilik sözleşmesi için öngörülen merasim, sözleşmenin varlığı bakımından kurucu unsur teşkil etmektedir. Kurucu unsurlardaki eksiklik o işlemin hukuken varlık kazanmasına engel olmaktadır. Bu sebeple, hukuki işlem yok sayılmaktadır.

²⁰ “BGB Pr.305c/II’de kullanılan “werden nicht Vertargsbestandteil” (“sözleşmenin bir parçası olmazlar” veya “sözleşme içeriğine dahil sayılmazlar” ya da “sözleşmenin kapsamına girmezler”) ifadesi yerine ve aynı anlama gelmek üzere “yazılmamış sayılır” ifadesine yer verilmiştir.”, Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi” Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 257

²¹ Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 376; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 184; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 298

²² M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 188-189

Kesin hükümsüzlük ise, hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmamasına rağmen, işlemin geçerlilik şartlarında, kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bir eksikliğin varlığı hâlinde söz konusu olmaktadır²³. Bahsi geçen geçerlilik şartları; hukuki işlem ehliyetinin varlığı, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına ve genel ahlâka aykırı olmaması ve konusunun imkânsız olmaması, o hukuki işlem için öngörülen geçerlilik şartına uyulmuş olması ve işlemin muvazaalı olmaması şeklinde kabul edilmektedir²⁴. Ayrıca, tasarruf işlemleri bakımından, tasarruf yetkisinin varlığı ve sebebe bağlı tasarruf işlemlerinde, sebep teşkil eden borçlanma işleminin geçersiz olmaması gerekir²⁵.

İki kavrama ilişkin bu açıklamalar dikkate alındığında; ilk bakışta, “yazılmamış sayılma” yaptırımının, kesin hükümsüzlük anlamında kullanıldığı sonucuna varılabilir²⁶.

Ancak, yazılmamış sayılma esasen taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmış bir yaptırımdır. Burada, sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı şeklen var olsa da, hakkında açıkça bilgi verilmeyen ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları bakımından ortada gerçek bir irade beyanı olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın, daha çok yokluk yaptırımına benzeyen ancak, kendine özgü bir yaptırım türü olduğu söylenebilir.

f- Şaşırtıcı Şart

Maddenin ikinci fıkrası ise, Borçlar Kanunu’nda yer alan genel işlem koşulları düzenlemesinin uygulamada önemli etkileri olacağını açıkça ortaya koyan hükümlerden biridir. Bu hüküm, yürürlük denetimi bakımından hâkime, çok geniş bir çerçevede sözleşmeye müdahale yetkisi vermektedir. Bir başka ifadeyle, bu hüküm, sözleşmenin hangi hükümlerden oluştuğu, hangilerinin sözleşme kapsamına dâhil olmadığını belirleme (yürürlük denetimi) bakımından, hâkimin kullanabileceği somut bir dayanaktır.

²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 378; Oğuzman/Barlas, s. 189; Eren, s. 299

²⁴ Oğuzman/Barlas, s. 190; Eren, s. 299

²⁵ Oğuzman/Barlas, s. 190

²⁶ Erden Kuntalp, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, GSÜ Yayınları, İstanbul, 2005, (Tasarı Değerlendirmesi), s. 27

İkinci fıkrada geçen, “sözleşmenin niteliği” ve “işin özelliği” kavramları, her sözleşmenin türü, konusu ve amacı bakımından ayrı ayrı tespit edilecek ve bunlara aykırı (şaşırtıcı) hükümler yazılmamış sayılacaktır. Dolayısıyla, her somut olayda hâkim bu tespiti yaparak, sözleşmenin hangi hükümlerden oluştuğunu belirleyecektir.

Bu hükmün, özellikle, sözleşmede yer alan *şaşırtıcı* nitelikteki hükümler bakımından yürürlük denetimi yapma olanağı sağladığı, madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir.

Şaşırtıcı şart, denetim konusu genel işlem koşulunun yer aldığı sözleşme hükümleri dikkate alındığında, sözleşmenin diğer hükümleriyle anlamlı bir bütün oluşturmayan, sözleşmenin niteliğiyle bağdaşmayan şart anlamına gelmektedir²⁷. Diğer ifadeyle, genel işlem koşullarına maruz kalan tarafın o işlemle ilgili olarak dürüst bir kişinin sahip olması gereken makul beklenti çerçevesini aşan şartlardır diyebiliriz.

Hükümde geçen, *sözleşmenin niteliği ve işin özelliği* kriterleri, sözleşme hükmünün şaşırtıcı olup olmadığının tespiti bakımından, hâkimin kullanacağı ölçütler olacaktır.

Kredi sözleşmelerinde yer alan, kredi veren tarafa tek tarafı olarak hesabı kat yetkisi veren düzenlemeler, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı (şaşırtıcı) sözleşme hükmüne örnek olarak, madde gerekçesinde yer almıştır. Ancak, madde gerekçesinde yer alan diğer örnek isabetli değildir. Döviz tevdiat hesabı sözleşmesinde, bankanın hesap sahibine yapacağı ödemelerin Türk Lirası cinsinden olabileceğine ilişkin genel işlem koşulu şaşırtıcı şart değildir²⁸. Zira BK m. 99/2 (BK m. 83/2) hükmü açıkça, sözleşmede aynen ödeme kaydı ya da bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, alacaklıya ülke parasıyla ödeme yetkisini zaten vermektedir. Dolayısıyla sözleşmede yer alacak böyle bir hüküm şaşırtıcı olmayacaktır.

Aynı hüküm bakımından dikkat çeken diğer husus, hâkimin yürürlük denetimi yaparken kullanacağı kriterler olarak yer verilen, sözleşmenin niteliği ile işin özelliği kriterlerinin “ve” bağlacıyla bağlanmış olmasıdır. Demek ki, BK m. 21/2 anlamında yapılacak denetim

²⁷ Havutçu, MÜ Sempozyumu, s. 3619

²⁸ Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 28

sonucunda, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına (sözleşme kapsamına dâhil olmadığına) karar verebilmek için, ilgili genel işlem koşulunun (ya da koşullarının) hem sözleşmenin niteliğine, hem de işin özelliğine aykırı olması gerekecektir.

Ayrıca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı sözleşme hükmünün (genel işlem koşulunun) yazılmamış sayılabilmesi bakımından, maddenin birinci fıkrasında hüküm altına alınan, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın karşı tarafa açıkça bilgi vermiş ve koşulları öğrenme imkânı yaratmış olması da etkisiz olacaktır. Bir başka ifadeyle, birinci fıkrada genel işlem koşulunu düzenleyen tarafa verilen, yazılmamış sayılma yaptırımından kurtuluş imkânı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı hükümler bakımından bulunmamaktadır.

Şaşırtıcı şartların da, karşı tarafa bilgi verme ve müzakere etme şartlarıyla (maddenin birinci fıkrasındaki şartlarla) sözleşmeye dâhil olabilmelerine imkân tanımak gerektiği savunulmuştur²⁹. Hüküm bu hâliyle şaşırtıcı şart sayılabilecek bir hükmün sözleşme metnine dâhil edilmesini imkânsız hâle getirmektedir. Özellikle, ticari sözleşmeler bakımından pek çok hukuki ihtilafa sebep olabilecek bir hükümdür.

Hükmün amacı dikkate alındığında, bu hükmün tüketici sözleşmelerindeki uygulamasıyla tacirler arasında yapılan sözleşmelerdeki uygulamasının aynı olamayacağı sonucuna varılabilir. Özellikle, hâkim, sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ölçütleri bakımından sözleşmeyi değerlendirirken, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerde ticaret hukukunun ilkelerini de dikkate alacaktır. Bu sebeple, her ne kadar, Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerde tacir ve tüketici ayırımı yoksa da, uygulamada bu ayırımın oluşacağı kuşkusuzdur.

2- Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi

BK m. 22 yazılmamış sayılmasına karar verilen genel işlem koşulları dışında kalan ve sözleşmenin kapsamını belirleyen hükümlerin geçerliliğini koruyacağını hükme bağlamıştır.

²⁹ Reisoğlu, s. 71; Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 28, Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 325

Bu hükümle esas olarak, BK m. 21’de düzenlenen yazılmamış sayılma yaptırımının, BK m. 27/2’de düzenlenen kısmî hükümsüzlük (nispi butlan) hükmü karşısında etkisiz kalma ihtimali düşünülerek kaleme alınmıştır. Zira bu hükme göre, sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olduğu durumda, sözleşme taraflarının farazî iradesi dikkate alındığında, hükümsüz olan kısım olmasaydı tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacakları anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz hâle gelebilir.

Bu kuralın yazılmamış sayılma hâlinde de geçerli olması, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını çoğu zaman imkânsızlaştıracaktır. Çünkü genel işlem koşullarını düzenleyen taraf (örneğin, banka), yazılmamış sayılmasına karar verilen hükmün (örneğin, kredi kartı için alınan yıllık kullanım ücretinin) sözleşme metninde yer almayacağını bilseydi bu sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin tümünün hükümsüz sayılması gerektiğini iddia edebilir, bu ihtimalde BK m. 21 etkisini yitirirdi.

BK m. 22 hükmü, genel işlem koşullarını kullanan taraf bakımından bahsi geçen ihtimali engellemek, genel işlem koşullarını düzenleyen sözleşmenin diğer hükümleriyle bağlı kalmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir³⁰.

Hâlbuki yazılmamış sayılmasına karar verilen genel işlem koşuluna dayanılarak, sözleşmenin kalanının da hükümsüz olduğunu ileri sürmenin imkânı zaten yoktur³¹. Çünkü yazılmamış sayılarak bu hükümlerin sözleşmeye hiç dâhil olmadığına karar verilmiştir. Bu ihtimalde, kalan hükümler, bir sözleşme niteliğine sahipse (sözleşmenin esaslı unsurlarını içeriyorsa), sözleşme ayakta kalacak ve boşlukları hâkim dolduracaktır. Aksi hâlde, sözleşmenin varlığından bahsedilemeyecektir³².

BK m. 22’nin ikinci cümlesinde yer verilen hükmün, özellikle tüketici sözleşmelerinde, tüketicilerin korunması bakımından yerinde bir düzenleme olduğu ancak, diğer sözleşmelerde bu hükmü uygulamanın pek mümkün olmadığı ileri sürülmüştür³³. Hüküm, genel işlem

³⁰ “Maddenin ikinci cümlesi Tasarı’dan çıkarılmalıdır. Zira geçersiz kılınan hükümlerle sözleşmenin devamı duruma göre düzenleyen açısından çekilmez olabilir.”, Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

³¹ Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 325

³² Eren, s. 307; Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 325

³³ Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 29

koşulunun yazılmamış sayılmasının, bazı durumlarda, sözleşmenin geri kalanı bakımından yaratacağı etki dikkate alınmadan hazırlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁴.

Gerçekten, bazı durumlarda, sözleşmenin yazılmamış sayılan hükümlerinden geri kalanı bir sözleşmenin var olabilmesi için gerekli asli unsurları içermeyebilir. Ancak, bu ihtimalde ortada bir sözleşme ilişkisinin varlığını iddia etmek kural olarak mümkün olmaz. BK m. 22 hükmü bu sonuncu tespiti ortadan kaldıracak bir etki yaratamaz. Bir başka ifadeyle, BK m. 22 hükmü, somut olayda, yazılmamış sayılan hükümler kapsam dışı bırakıldığında, kalan hükümler o sözleşmenin asgari içeriğini oluşturamıyorsa, ortada bir sözleşme kalmadığı sonucuna varmamıza engel değildir.

3- Yorum Denetimi

Genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından, güven kuramı dikkate alınmak gerekir. Her somut ihtilafın kendine özgü şartları genel işlem koşullarının yorumunda göz önünde bulundurulacaktır³⁵.

Genel işlem koşullarının, belirsiz bir şekilde kaleme alınmış olması hâlinde, bu hükmün, genel işlem koşulunu düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacağı, Kanunda açıkça düzenlenmiştir (BK m. 23)³⁶. Bu hükümde yer verilen yorum kuralına, diğer yorum araçları kullanıldığı hâlde, hükmün anlamı bakımından açık bir sonuca varılmadığı hâllerde başvurulabilecektir³⁷.

Yorum denetimi bakımından bahsedilmesi gereken diğer ihtimal ise, tarafların genel işlem koşuluna alternatif bireysel bir anlaşma yapmış olmaları halinde bireysel anlaşmaya öncelik verilmesi gereğidir³⁸.

³⁴ Reisoğlu, s. 72-73, Yazar, bu hükmün ancak 'dürüstlük kuralı' ve 'hakkın kötüye kullanılması yasağı' dikkate alınarak uygulanması hâlinde bir denge sağlanabileceğini savunmuştur.

³⁵ İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde genel işlem koşullarının yorumunda objektif yorum yerine olayın hâl ve şartları göz önünde tutulurken, Alman hukukunda ise objektif yorum metodunun hâkim olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 238-239

³⁶ "Madde sözleşme serbestisine ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Subjektif yorumlara yol açabileceğinden, sözleşmeyi düzenleyenlerin haksız şekilde mağduriyetine neden olabilecektir. Bu nedenle yorumla ilgili genel kurallarla yetinilmesi ve maddenin Tasarı'dan çıkarılması yerinde olacaktır.", Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 239

³⁸ Atamer, Sempozyum, s. 38 vd.

Örneğin, standart sözleşme metninde yer alan 'ticari faiz' uygulanacağı hükmünün üzeri çizilerek yanına 'yasal faiz' uygulanacağını yazılması ve bu ibarenin taraflarca paraflanması hâlinde, bu genel işlem koşulunun müzakere edildiği ve alternatif bir bireysel anlaşmaya varıldığı anlaşılabilir. Bu ihtimalde, elbette bireysel anlaşmaya öncelik verilecektir.

4- Değişirme Yasağı

Genel işlem koşulu içeren hemen her sözleşmede, genel işlem koşullarını kullanan taraf, koşulları tek taraflı olarak değiştirme yetkisini elinde bulundurma eğilimindedir. Örneğin, gsm operatörü şirketler, yaptıkları kampanyalara ilişkin değişiklik yapma yetkilerini hemen her sözleşmede saklı tutarlar. Aynı şekilde, bankalar da kredi sözleşmelerinde faiz oranlarını değiştirme haklarını saklı tutan hükümlere yer verirler³⁹.

Kanun Koyucu, sıkça uygulanan bu genel işlem koşulunu özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. BK m. 24'te, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, kendisine tek taraflı olarak, karşı taraf aleyhine sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma yetkisi tanıdığı hükümlerin de yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır⁴⁰. Böylece, yazılmamış sayılma yaptırımının öngörüldüğü bir başka durum da bu madde hükmünde yer almıştır.

³⁹ "Bu maddenin bankalar açısından ifade ettiği önem, özellikle kredi sözleşmelerindeki faiz oranlarına ilişkin hükümlerdir. Banka kredi sözleşmeleri ile bu faiz oranlarının, değişen iktisadi şartlar paralelinde -örneğin mevduat faizlerinin artırılması zorunluluğu nedeniyle- bankalarca tek taraflı olarak değiştirilebilmesi mevcut kredi uygulamalarının önemli bir ögesini oluşturmaktadır. Bu imkanı ortadan kaldırmaya yönelik bu madde hükmü, özellikle cari hesap usulüne tabi veya uzun vadeli kredilerde, faiz oranlarının sabit kalması gibi banka uygulamaları açısından kabul edilemez bir sonuç doğuracaktır. Hatta bu konudaki imkansızlığın yeni bir bankacılık sistemi krizine yol açabileceğinin düşünülmesi yanlış olmayacaktır. Madde Tasarı'dan çıkarılmalı, Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesindeki bir hakkın kötüye kullanılması kuralı burada da uygulanmalıdır.", Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi) <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77,06.04.2013>; Ticari kredi sözleşmelerinde aynı hükmün uygulanacak olmasının ticari yaşamın gereklerine aykırı ve anlamsız olduğu yönünde bkz. Kuntalp, Tasarı Değerlendirmesi, s. 30

⁴⁰ Değişirme yasağına, taksitle satışa ilişkin TKHK m. 6/A'da da yer verilmiştir. Maddenin son fıkrası şu şekildedir: "Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez." Buna karşılık, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun "Sözleşme Değişiklikleri" başlıklı 25. maddesinde bankanın sözleşmede tek taraflı olarak yapacağı değişikliklerin usulü ve hükümleri düzenlenmiştir.

Daha önce verdiği kararlarda Yargıtay, özellikle tacirler arasındaki sözleşmelerde yer alan tek taraflı değiştirme yetkisi veren hükümler bakımından basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünü ve objektif iyi niyet kurallarını öne çıkarmaktaydı⁴¹. Bu yeni hüküm karşısında Yargıtay'ın bu uygulamasının aynı şekilde devam edip edemeyeceği tartışılacaktır⁴².

Yukarıda, 21. maddeye ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, bu hükmün de, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerdeki uygulaması ile tüketici sözleşmelerindeki uygulaması arasında fark olacağı

⁴¹ "Dava, davalı banka tarafından faiz oranı yükseltilecek kredi sözleşmesinin uyarlanması istemine ilişkindir. Mahkemece, 4077 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi gereken sözleşmeye ilişkin olarak aynı yasanın 10. maddesine göre bankanın tüketici aleyhine tek taraflı olarak karar alamayacağı gerekçesiyle dava kabul edilmiştir. Kullanılan kredi davacı şirkete ticari araç alınmasına ilişkin olup, düzenlenen sözleşmede ticari nitelikli Genel Kredi Sözleşmesi olduğundan somut olayda 4077 sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz. Taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesi'nin 4. ve Ek Hükümlerinin Ek 2. maddesinin (6. paragraf) davalı bankaya faiz oranlarını tek taraflı olarak artırma ve ödeme planını değiştirme yetkisi verdiği, davacının tacir olduğu ve TK.nun 20. maddesine göre sözleşme yaparken basiretli bir işadama gibi hareket etmesi gerektiği, sözleşme koşullarını serbest iradesiyle kabul ettiği, ülkede yaşanan ekonomik gelişmelerin ve kaynak maliyeti artışının faiz oranları artışını zorunlu kıldığı, öngörülen artışın hak ve nefes kurallarına göre fahiş sayılamayacağı ve sözleşmeye hakim müdahalesini gerektiren bir durum bulunmadığı ahde vefa prensibinin de bunu gerektirdiği gözetilmeden mahkemece yetersiz rapora dayanılarak davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.", Yargıtay 11. HD, 16.06.2003, 786/6435, Kazancı; "... taraflar arasındaki sözleşmenin 4. maddesi uyarınca bankanın faiz oranını tek taraflı olarak değiştirme yetkisinin bulunduğu, yapılan artırımın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.", Yargıtay 11. HD, 04.03.2004, 2003/7541 - 2004/2107, Kazancı; "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle kredi sözleşmesinin 3.maddesinde bankanın faiz oranlarını günün koşullarını dikkate alarak dilediği zaman değiştirme yetkisine sahip bulunması ve sözleşmenin imzalandığı tarihteki bankanın cari faiz oranına göre kredi borcunu hesaplamak suretiyle taksitlendirmesinin sözleşmenin 7.maddesine uygun bulunmasına ve faiz oranlarının günün koşulları dikkate alınarak değiştirme yetkisini sağlayan sözleşme hükmü serbest irade ile oluşturulduğundan BK.nun 19 ve 20.maddelerine aykırılık teşkil etmediği gibi, davacının tek taraflı iradesine bırakılan bu yetkinin makul ölçüler içinde ve günün ekonomik koşullarına uygun olarak kullanılmış bulunmasına ve sözleşmenin 18.maddesi gereği kasko sigortası prim borcunu davalıdan talep edebilecek olmasına göre davalı Ali C.'ın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.", Yargıtay 19. HD, 25.01.2002, 2001/4675 - 2002/532, Kazancı

⁴² Bankaların kredi faizlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkını ellerinde tutmalarının işin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. Kuntalp, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, s. 100 vd.

açıktır. Bu farkın çerçevesini çizerken artık, sadece genel ilkelerle hareket edilmeyip, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler de dikkate alınmak zorundadır.

Maddedeki, sözleşme hükümlerini değiştirme yetkisinin 'tek yanlı' olması hâlinde hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, her iki tarafa da gerektiğinde değişiklik yapma ya da yeni hükümler koyma imkânı veren sözleşme hükmü, BK m. 24'teki yasak kapsamına girmeyecektir.

Sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulması, uygulamada çok fazla karşılaşılan bir kayıt olduğu için, BK m. 24'te özel olarak ele alınmıştır. Esasen, yürürlük denetimine ilişkin m. 21/2 hükmüne ya da içerik denetimine ilişkin 25. madde hükmüne dayanılarak bu tür sözleşme kayıtlarının denetlenebilmesi zaten mümkün olurdu.

BK m. 24 hükmü yazılmamış sayılma yaptırımını öngördüğüne göre, bu hüküm, BK m. 22 ile birlikte değerlendirildiğinde, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın (örneklerdeki gsm operatörü şirketin ve bankanın) bu hükmün yazılmamış sayılması hâlinde sözleşmenin tamamının hükümsüz olduğunu iddia etmesinin de engellendiği sonucuna varılacaktır.

5- İçerik Denetimi

Yürürlük denetiminin, genel işlem koşullarının tamamen ya da kısmen sözleşme kapsamına dâhil sayılıp sayılmayacaklarına ilişkin bir denetim olduğunu belirtmiştik. Ancak, genel işlem koşullarını tamamen ya da kısmen sözleşme dışında bırakarak ve/veya BK m. 23'te düzenlenen yorum kuralını uygulayarak bu tür sözleşmeleri hakkaniyete uygun, adil sözleşmeler haline getirebilmek her zaman mümkün olmayabilir⁴³.

Zira her ne kadar genel işlem koşullarının varlığı ve içeriğiyle ilgili olarak karşı tarafa bilgi verilmesi, öğrenme imkânının tanınması ve bu koşullar altında karşı tarafın onayının alınması şartları gerçekleşse de, özellikle, sözleşmeyi reddetme imkânının olmadığı, alternatif sözleş-

⁴³ Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 143

me hükümleriyle aynı ihtiyacın giderilemeyeceği (örneğin, doğalgaz abonelik sözleşmesini sadece bir dağıtım şirketiyle yapmak zorunda olmak, gibi) hâllerde, yürürlük denetimi işlevsiz kalabilecektir⁴⁴. Bu sebeple, Borçlar Kanunu'nda içerik denetimine ilişkin düzenlemeye de yer verilerek, içerik denetimi yoluyla da genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı öngörülmüştür (BK m. 25).

BK m. 25 hükmü, esas olarak hâkimin içerik denetimi yoluyla sözleşmeye müdahale yetkisini düzenlemektedir. Madde hükmündeki "karşı taraf" deyiminden, düzenleyen tarafın değil, sadece genel işlem koşullarına maruz kalan tarafın kastedildiği anlaşılmalıdır⁴⁵.

BK m. 25'te, dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin sözleşmeye konulamayacağı hükme bağlanmıştır. Konulması hâlinde bunun yaptırımının ne olacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, madde gerekçesinde bu yönde bir açıklama yapılmaması ihtiyacı hissedilmiştir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır. Ayrıca, yazılmamış sayılmada olduğu gibi, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, BK m. 27/2'den (sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması imkânından) yararlanamayacağı madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak, BK m. 25'te, neden açık bir yaptırım hükmüne yer verilmediği, gerekçeden anlaşılmamaktadır.

Yazılmamış sayılma hâlinde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürememesi BK m. 22'de açıkça düzenlenmiştir.

Peki, BK m. 25 gereği uygulanacak yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağının ancak, BK m. 27/2'nin uygulanmayacağına dayanağı ne olacaktır? Bu hususun gerekçede belirtilmesi, hükmün bu şekilde uygulanması için yeterli midir? Bu sonuncu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Bu sebeple hükmün, kanun yapma tekniğine uygun olduğu söylenemez.

⁴⁴ Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 122

⁴⁵ "Madde metninde geçen "veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı" ibaresi muğlak bir ifade olduğundan Tasarı'dan çıkarılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi ve dürüstlük kuralı yeterli güvence sağlamaktadır.", Türkiye Bankalar Birliği, (Çevrimiçi), <http://www.tbb.org.tr/tr/duzenlemeler/tbb-gorusleri/77>, 06.04.2013

D- Sonuç

Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinden yola çıkarak, sözleşme ilişkilerinde "genel işlem koşulu kullanmak yasaklandı" yargısına varmak doğru değildir. Bugünün ekonomik işleyişi dikkate alındığında sözleşmelerde genel işlem koşulları kullanmanın ekonominin vazgeçilemez bir ihtiyacı olduğu açıktır.

Bahsi geçen hükümlerin amacı şöyle algılamalıdır:

Sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin içeriğini belirleme iktidarını tek başına elinde bulunduran tarafın, sözleşmeyi oluştururken bütün yedek hukuk kurallarını kendi lehine ortadan kaldırma ya da değiştirme, karşı tarafı kelepçeleme eğilimini kontrol etmesi, bu anlamda asgari bir dengeyi gözetmesi gerekir.

Ayrıca, sözleşmenin kuruluşu aşamasında, sözleşme hükümlerini muhatabından kaçırmak yerine, bu konuda muhatabına karşı şeffaf davranması gerekir.

Aksi halde, bütün içeriğiyle çok "sağlam" görünen sözleşme, bir dava açılması hâlinde hâkimin denetimine tabi olabilir. Diğer ifadeyle, sözleşmeye müdahale edilebilir. Bu durumda, çok güvenilen sözleşme bütünüyle elden kayabilir.

Bu yüzden, gerek sözleşme metninin oluşturulması aşamasında gerekse sözleşmen kurulması aşamasında Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri önemle dikkate alınmalıdır.

KAYNAKLAR

- ALTOP, Atilla, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi" Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 254-260 Atilla, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007
- ATAMER, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012 (Sempozyum)
- ATAMER, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004

- ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Genel İşlem Şartları)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012
- HAVUTÇU, Ayşe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık - Marmara Üniversitesi, Legal HD, C. 3, S. 34, 2005(MÜ Sempozyumu)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010
- KUNTALP, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012
- KUNTALP, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Düzenleyenler: İstanbul Barosu - Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Nisan 2011, (Kadir Has Üni. Sempozyumu) (Yayımlanmamıştır)
- KUNTALP, Erden, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, GSÜ Yayınları, İstanbul, 2005 (Tasarı Değerlendirmesi)
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 376
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012