

**Yrd. Doç. Dr. Yeşim M. ATAMER**  
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğretim Üyesi

**Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması  
Sorunu Çerçevesinde  
GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETLENMESİ**

Yayın No : 914  
Hukuk Dizisi : 365

1. Bası - Ağustos 1999 - İSTANBUL
2. Bası - Şubat 2001 - İSTANBUL

**ISBN 975 - 486 - 815 - 5**

Copyright© Bu kitabın Türkiye'deki yayın hakları BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'ye aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz, dağıtılamaz. Normal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanuni iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

Dizgi : Beta Basım A.Ş.  
Baskı - Cilt : Beta Basım A.Ş.  
Vize/KIRKLARELİ  
Kapak Tasarım : Mustafa Yağimli - Feyzi Akar

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.  
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15  
Cağaloğlu - İSTANBUL  
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77  
Fax: (0-212) 513 87 05 - 511 36 50  
e-mail: betakitap@betakitap.com  
www.betakitap.com

## ÖNSÖZ

Sözleşme kurumunun, fiili güç ilişkileri nedeniyle sık sık kendisine atfedilen adalet teminatına sahip olamayacağına anlaşılması ile birlikte, hukuk öğretisi, mahkemeler ve yasa koyucular, sözleşme özgürlüğünü bu durumlar için sınırlandırmanın yollarını aramaya başlamıştır. Sözleşme içeriğinin sadece sözleşenlerden biri tarafından şekillendirildiği ve karşı tarafa adeta dayatıldığı hallerde sözleşme adaletini yeniden kurabilmek için birçok ülke hukukunda sözleşme içeriği ya emredici olarak düzenlenmiş ya da sözleşme içeriğine müdahale etmek hakimnin takdirine bırakılmıştır. İşçinin, kiracının ve tüketicinin korunması için getirilen yasal düzenlemeler bu konuda verilebilecek en önemli örneklerdir. Nitekim sözleşme taraflarından birinin genel işlem şartları kullanması, sözleşme içeriğinin tek taraflı düzenlenmesi olgusunun adeta prototipi olduğundan bu konuda da birçok Avrupa ülkesinde özel yasal düzenlemeler getirilmiş ve hatta özellikle bu soruna çözüm üretmek için Avrupa Birliği 1993 yılında bir yönerge yayınlamıştır. Ülkemizde tüketicinin korunması konusundaki duyarlılık son yıllarda artmış olmasına rağmen bu konuda var olan düzenleme eksikliğini yasa koyucu bugüne kadar gidermemiştir. Dolayısıyla ülkemizde genel işlem şartlarının denetlenmesi için var olan olanakları tespit etmek ve hatta gerektiğinde hukuk yaratarak uygulamadaki ihtiyaçlara cevap vermek öğretilere ve yargıya düşmektedir. Nitekim bu inceleme de böylesi bir çözüm arayışı sonucunda doğmuş ve İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün özel hukuk programı çerçevesinde, Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Prof. Dr. Rona Serozan, Prof. Dr. Teoman Akunal, Prof. Dr. Sermet Akman ve Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'nun oluşturduğu jüri önünde 8.4.1999 tarihinde doktora tezi olarak savunulmuş ve oybirliği ile kabul edilmiştir.

Tezlerin yayınlanmasının yazar açısından en önemli yönlerinden biri, kendisine yıllarca destek olmuş olan kişilere teşekkür etmesine imkan vermesidir. Bu bağlamda, tez danışmanlığımı üstlenmiş, yapıcı ve beni aydınlatan eleştirileriyle bana hep destek olmuş olan Prof. Dr. *Rona Serozan*'a içten teşekkür etmek isterim. Aynı şekilde bu tezi yanında yazmaya başladığım, ancak emekliye ayrılması nedeniyle tez danışmanlığını devam ettiremeyen ve

kürsüsünde asistan olmaktan her zaman onur duyduğum Prof. Dr. *Necip Kocayusufoğlu*'na da teşekkür ederim. Kendisi, emekliliğinden sonra da her türlü soruma zaman ayırma ve tezimi okuyarak eleştiride bulunma inceliğini göstermiş, yıllardır devam eden ilgisini benden esirgememiştir. Nitekim kürsümün desteğini hep arkamda hissetmiş olmak bu çalışmanın hazırlanmasını kolaylaştıran en önemli unsurlardan biri olmuştur. Bütün kürsü mensuplarına bunun için minnet duyuyorum.

Tezin hazırlanması aşamasında, bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olması nedeniyle, yurtdışına gitmek zorunluluğu doğmuş; bu olanak ise çeşitli kurumların verdiği burslarla yaratılmıştır. Avrupa Birliği tarafından verilen Jean Monnet bursu ve Süd-Ost-Europa Gesellschaft tarafından verilen bursla bir yıldan uzun bir süre Hamburg ve München'de çalışma imkanı buldum. Özellikle München'deki çalışmamda bana önemli destek sağlayan Prof. Dr. *Michael Coester*'e burada teşekkür ederim. İsviçre hukukunun araştırılması için ise Lausanne'da bulunan Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung'dan almış olduğum bursla yine bu enstitüde iki ay çalışma fırsatım oldu. Bu çalışmam sırasında benden hiçbir yardımını esirgemeyen Prof. Dr. *Eugen Bucher*'e de bağlılığımı ifade etmek isterim.

Ağabeyim Av. Dr. *Kerim Atamer*'in bu tezin yazılmasında bana sağladığı desteği ise hiçbir zaman unutamam. Başım her sıkıştığında onun yanımda olduğunu bilmek bana güç vermiştir. Aynı şekilde arkadaşım ve meslektaşım Araş. Gör. *Gül Okutan*'a, adeta kendi tezi gibi bu tezi benimseyip benimle her hukuki sorunu tek tek tartışmak için vakit ayırmış olduğu için müteşekkirim. Akademik çalışmanın en zevkli anlarını onunla paylaşabilmiş olmaktan büyük mutluluk duyuyorum.

Son olarak Beta Yayınevi sahibi Rahmi Arıkan'a tezimi yayınlamak üzere kabul ettiği için, Songül Güzel ve Şeref İnce'ye de özenli dizgileri için teşekkür ederim.

Yeşim M. Atamer

İstanbul, Ağustos 1999

## İÇİNDEKİLER

İçindekiler .....	V
Kaynakça .....	XI
Kısaltmalar .....	XXXIII
<b>§ 1. Giriş .....</b>	<b>1</b>

### BİRİNCİ BÖLÜM: HUKUK POLİTİKASI AÇISINDAN GENEL İŞLEM ŞARTLARI

<b>§ 2. Genel İşlem Şartlarının Hukuksal Meşruluk Zemini: Sözleşme Özgürlüğü İlkesi .....</b>	<b>9</b>
I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Düşünsel Temelleri.....	9
1. Feodal Toplum Düzeninden Endüstri Toplumuna Geçiş .....	10
2. 19. Yüzyıl ve “Bırakınız Yapsınlar Bırakınız Geçsinler” Mitosu.....	12
3. Sözleşme Kurumunun Rolü.....	14
4. 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Geçerken Kanunlaştırma Hareketleri....	16
II. Sözleşmenin Diyalektiği: Özgürlük Karşısında Eşitlik .....	19
III. Sözleşme Hukukunda Yaşanan Değişim.....	21
IV. Sözleşme Özgürlüğünün Bugün Taşındığı Anlam .....	26
<b>§ 3. Genel İşlem Şartları Kullanılarak Akdedilen Sözleşmelerin Özellikleri .....</b>	<b>30</b>
I. Sözleşme Eşitliğinin Genel İşlem Şartları Kullanan Lehine Bozulması .....	30
II. Bozulan Dengenin Müşteri Lehine Yeniden Kurulma Olanağının Bulunmaması .....	35
<b>§ 4. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Denetimi .....</b>	<b>40</b>
I. Alman Hukuku .....	40
II. Avusturya Hukuku.....	42
III. İsviçre Hukuku.....	43
IV. Avrupa Birliği Hukuku .....	44
V. Türk Hukuku.....	47

<b>§ 5. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesinde Farklı Yaklaşımlar</b> .....	50
I. Yargısal Denetim – İdari Ön Denetim .....	50
II. Tüketicinin Korunması – Tacirin Korunması İkilemi.....	54
<b>§ 6. Değerlendirme</b> .....	58

## İKİNCİ BÖLÜM:

## HUKUK DOGMATIĞI AÇISINDAN GENEL İŞLEM ŞARTLARI

<b>§ 7. Genel İşlem Şartları Kavramı</b> .....	61
I. Genel Olarak.....	61
II. Genel İşlem Şartlarının Unsurları.....	62
1. <i>Bir Sözleşmenin Şartlarını Oluşturmaları</i> .....	62
2. <i>Sözleşmenin Kurulmasından Önce Düzenlenmeleri</i> .....	65
3. <i>Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Üzere</i> <i>Düzenlenmeleri</i> .....	66
4. <i>Genel İşlem Şartları Kullanan Tarafından Sözleşmeye</i> <i>Dahil Edilmek Niyetiyle Karşı Akide Sunulmaları</i> .....	69
5. <i>Değerlendirmede Önem Taşımayan Noktalar</i> .....	72
III. Genel İşlem Şartlarının Bireysel Anlaşmaya Dönüşmesi.....	73
IV. Genel İşlem Şartları ve Hukuk Normlarının Ayırt Edilmesi .....	77
<b>§ 8. Genel İşlem Şartlarının Yürürlük Denetimi</b> .....	81
I. Yürürlük Denetiminin Kıstası Olarak Güven Kuramı .....	81
II. Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriği Olabilmesi İçin Kullananın Yerine Getirmesi Gerekenler .....	86
1. Sözleşmeyi Genel İşlem Şartları Çerçevesinde Kurma İsteği Konusunda Müşteriyi Uyarmak .....	86
a. Uyarı yöntemleri .....	86
aa. Genel işlem şartları metninin teslimi ve bunlara açıkça yollamada bulunulması.....	86
bb. Genel işlem şartları metninin ilanı.....	88
b. Uyarının zamanı .....	90
aa. Genel olarak.....	90
bb. Teyit mektubunda genel işlem şartlarına atıf yapılması .....	92
cc. Çerçeve sözleşmelerde genel işlem şartlarına atıf yapılması .	95
2. Müşteri Açısından Rahatça Anlaşılabilir Genel İşlem Şartları Kullanmak .....	97
III. Müşterinin Genel İşlem Şartları Kullanımı Konusunda İradesini Açıklaması .....	99
1. <i>Açık Kabul</i> .....	99
2. <i>Örtülü (Zımni) Kabul</i> .....	99
3. <i>Global Kabul</i> .....	102

4. Müşterinin İradesinin Hata Nedeniyle Sakat Olması .....	102
IV. Genel İşlem Şartlarının Kullanımının Ticari Teamül veya Örf ve Adet Hukuku Sayılması Nedeniyle İrade Uyuşmasına Gerek Olmaması Sorunu.....	104
V. Beklenmeyen (Şaşırtıcı, Olağan Dışı) Hükümlerin Yürürlüğü Sorunu.....	108
1. Genel Olarak .....	108
2. Beklenmezlik Kavramı .....	111
3. Beklenmezliğin Ortadan Kalkması .....	112
4. İsviçre-Türk Uygulamasında Beklenmeyen Genel İşlem Şartları .....	112
VI. İki Sözleşme Tarafının Da Genel İşlem Şartları Kullanması Sorunu .....	115
VII. Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriğine Dahil Olamamasının Sonuçları .....	120
VIII. Değerlendirme.....	122
<b>§ 9. Genel İşlem Şartlarının Yorumlanmasında Başvurulacak İlkeler .....</b>	<b>124</b>
I. Yorumun Konusu.....	124
1. Genel Olarak .....	124
2. Genel İşlem Şartları Karşısında Bireysel Anlaşmaların Önceliği.....	124
a. Genel işlem şartı ve bireysel anlaşma .....	124
b. Geçerli bir bireysel anlaşmanın varlığı.....	127
II. Yorumda İzlenecek Yöntem.....	130
1. Genel Olarak .....	130
2. Belirsizlik İlkesi .....	134
3. Daraltıcı Yorum.....	140
<b>§ 10. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi .....</b>	<b>143</b>
I. Sorunun Belirlenmesi .....	143
II. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminde Yararlanılabilecek Hukuki Olanakların İncelenmesi.....	146
1. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık .....	146
a. Genel olarak .....	146
b. Genel işlem şartlarının içerik denetimi açısından önem taşıyabilecek emredici hükümlere örnekler .....	147
2. Ahlaka Aykırılık.....	151
a. Genel olarak .....	151
b. Genel işlem şartları kullanımının ahlaka aykırılık oluşturması.....	156

aa. Alman doktrin ve uygulaması .....	156
bb. Türk-İsviçre doktrin ve uygulaması.....	158
c. Değerlendirme .....	160
3. <i>Gabin</i> .....	162
a. Genel olarak .....	162
b. Genel işlem şartları kullanımının gabin oluşturması.....	166
c. Değerlendirme .....	167
4. <i>Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık</i> .....	168
a. Genel olarak .....	168
b. Genel işlem şartları kullanımının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturması .....	171
c. Değerlendirme .....	176
5. <i>Sözleşmeye Dayanan Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisinin Sınırlandırılması</i> .....	178
a. Alman öğretisinde ve uygulamasında BGB § 315 kuralı uyarınca genel işlem şartları denetimi.....	178
b. İsviçre-Türk öğretisince önerilen BK m.70 kuralı uyarınca genel işlem şartları denetimi.....	180
c. Değerlendirme .....	181
6. <i>Kamu Düzenine Aykırılık</i> .....	183
a. Genel olarak .....	183
b. Genel işlem şartları kullanımının kamu düzenine aykırılık oluşturması .....	187
c. Değerlendirme .....	190
7. <i>İsviçre’de Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunu m.8 Kuralı Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi</i> .....	191
a. Düzenlemenin kapsamı .....	191
b. Kötüye kullanılabilir sözleşme koşullarının geçersizliği .....	194
c. Yasaya yöneltile eleştiriler.....	195
8. <i>Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği m.47/III Kuralına Aykırılık</i> .....	197
9. <i>Varılan Sonuç: Kapsamlı Bir Denetim İçin Kamu Düzenine Aykırılık Görüşüne Üstünlük Tanınması Gereği</i> .....	200
III. Kamu Düzenine Aykırı Genel İşlem Şartlarının Saptanması .....	203
1. <i>Genel Olarak</i> .....	203
2. <i>Denetim Ölçütü</i> .....	204
a. İçeriğe ilişkin denetim ölçütü.....	204
aa. Mevcut hukuki düzenleme .....	204
bb. Sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı.....	207
b. İçeriğin şekillendirilmesine ilişkin denetim ölçütü.....	209



3. Denetim Ölçütünden Sapma .....	212
4. Denetim Ölçütünden Sapmanın Müşteriyi Mağdur Etmesi .....	212
5. Denetim Dışı Kalan Genel İşlem Şartları .....	217
a. İlgili hukuki düzenlemeyi tekrarlayan genel işlem şartları ....	217
b. Edim veya karşı edimi belirleyen genel işlem şartları .....	220
IV. Genel İşlem Şartlarının Hükümsüzlüğünün Sonuçları .....	222
1. Genel Olarak Kısmi Hükümsüzlük .....	222
2. Genel İşlem Şartları Kullanılan Sözleşmede Kısmi Hükümsüzlük .....	223
3. Kısmi Hükümsüzlük Nedeniyle Doğan Sözleşme Boşluğunun Doldurulması .....	226

## § 11. Özel Olarak Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı

<b>Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi</b> .....	235
I. Sözleşmenin Kurulması ve İfası Aşamasına İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları .....	236
1. Genel İşlem Şartlarının Uygulama Alanına İlişkin Kayıtlar .....	236
2. Sözleşme Koşullarının Değiştirilmesine İlişkin Kayıtlar .....	236
a. Maddi olmayan edimi sonradan tek tarafı değiştirme yetkisi .....	236
b. Maddi edimi sonradan tek tarafı değiştirme yetkisi .....	237
c. Faiz oranını sonradan tek tarafı değiştirme yetkisi .....	240
3. Temsil Yetkisine İlişkin Kayıtlar .....	244
4. Müşteri Hakkında Bilgilerin Üçüncü Kişilere Aktarılmasına İlişkin Kayıtlar .....	246
II. İfa Engellerinden Ötürü Sorumluluğu Düzenleyen Bazı Genel İşlem Şartları .....	248
1. Genel İşlem Şartları Kullananın Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar .....	248
a. Yasal düzenlemeden genel işlem şartları yoluyla sapılmasına örnekler .....	251
aa. Kusurlu sonraki imkansızlık halinde sorumluluk .....	251
bb. Borcun geç ifa edilmesi halinde sorumluluk .....	252
cc. Satım hukukunda ayıptan doğan sorumluluk .....	253
b. Bazı hallerin özel olarak incelenmesi .....	253
aa. İfa tarihinin belirsiz olması .....	255
bb. Kötü ifa halinde sorumsuzluğa ilişkin kayıtlar .....	255
aaa. Bankaya verilen talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi .....	255
bbb. Elektronik bankacılık olanaklarından faydalanırken talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi .....	257

2. <i>Müşterinin Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar</i> .....	258
a. Alacaklıya ek teminat isteme olanağı verilmiş olması .....	258
b. Alacaklıya vadesi gelmemiş borçları muaccel kılma olanağının verilmiş olması .....	260
c. Özel olarak: Kefilin sorumluluğunun genişletilmesi .....	262
III. Risk Alanlarının Belirlenmesine İlişkin Genel İşlem Şartları .....	267
1. <i>Sahtecilik Halinde Risk Dağılımı</i> .....	267
2. <i>Ehliyetsizlik Halinde Risk Dağılımı</i> .....	274
3. <i>Haberleşme Aksaklıklarında Risk Dağılımı</i> .....	276
IV. Sözleşmenin Sona Ermesine İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları .....	277
V. Usul Hukukuna İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları .....	281
1. <i>Yetkili Mahkemenin Tayini</i> .....	281
2. <i>Delil Sözleşmeleri</i> .....	283
3. <i>İspat Yükünün Yer Değiştirmesi</i> .....	285
a. Genel olarak .....	285
b. Özel olarak bazı ispat düzenlemelerinin incelenmesi .....	287
aa. Genel işlem şartları kullananın bir beyanının vardığına ilişkin kayıtlar .....	287
bb. Müşterinin bir irade beyanında bulunduğu ilişkin kayıtlar .....	288
<b>§ 12. Sonuç</b> .....	291
EK-1: Alman Genel İşlem Şartları Yasasının İlgili Yerlerinin Tercümesi .....	299
EK-2: Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında 5 Nisan 1993 Tarihli Avrupa Birliği Yönergesinin Tercümesi .....	306
Karar İndeksi .....	313

## **KAYNAKÇA\***

- ADAMS, Michael: "Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes", BB 1989, 781-788
- AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999
- AKMAN, Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976  
- "Genel İşlem Şartları", Günümüzde Yargı, sy.35 (1979), 13-18 (Yargı)
- AKÜNAL, Teoman: "Allgemeine Geschäftsbedingungen im türkischen Recht", Avusturya ve Türkiye'de Tüketicinin Korunması, İstanbul 1983, 9-16
- AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995
- ALTOP, Atilla: Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990 (Finansal Kiralama)  
- Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996 (Banka Bilgileri)
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 4. baskı, Ankara 1998
- ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1959
- AUER, Eugen: Die richterliche Korrektur von Standartverträgen, Bern 1964
- BAHTİYAR, Mehmet: "Genel işlem koşullarına karşı tüketicinin korunması", YD Ocak-Nisan 1996, sy.1-2, s.76-98
- BARLAS, Nami: "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", İHFM C.LV/3 (1997), 191-208

---

\* Sadece konu ile yakından ilgisi olan eserlere kaynakçada yer verilmiştir. Bir yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir. Makalelere atıf yapılırken yayımlandığı derginin adı ve yılı veya ilgili kitabın adı gösterilmiştir.

- BAŞPINAR, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998
- BAUDENBACHER, Carl: Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (AGB)
- "Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?", ZBJV 1987, 505-531
  - "Zur Bedeutung der Klauselkataloge des AGB-Gesetzes für den kaufmännischen Verkehr", JA 1987, 217-225
  - "Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht", in: AGB - Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr.2, St.Gallen/Berlin 1991, 17-65 (Ansätze)
  - "AGB-Kontrolle: Aus dem Westen nichts Neues", SZW/RSDA 2/96, 83-84
  - "Die Rechtslage in der Schweiz", in: Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Bernd Stauder (Hrsg.), Zürich 1996, 1-10 (Rechtslage)
- BAUER, Walo: Der Schutz vor unbilligen AGB im schweizerischen Recht, Zürich 1977
- BECKER, Thomas: Die Auslegung des § 9 Abs.2 AGB-Gesetz, Heidelberg 1986
- BEHRENS, Peter: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986
- BIEDENKOPF, Kurt: "Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht", in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS Böhm, Karlsruhe 1965, 113-135
- BÖHM, Franz: "Demokratie und ökonomische Macht", in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe 1961, 1-24 (Demokratie)
- "Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft", ORDO 17 (1966), 75-151
  - "Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft", in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft (Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker), Baden-Baden 1980 (Freiheit)
- BRANDNER, Hans-Erich: "Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von AGB", AcP 162 (1963), 237-265
- "Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JZ 1973, 613-618
  - "Schranken der Inhaltskontrolle", in: Festschrift für Fritz Hauß, Karlsruhe 1978, 1-13
  - "Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze", in: Festschrift für Horst Locher, Düsseldorf 1990, 317-324
- BRANDNER, Hans Erich/ULMER, Peter: "EG-Richtlinie über missbräuchli-

- che Klauseln in Verbraucherverträgen”, BB 1991, 701-709
- BROWNSWORD, Roger/HOWELLS, Geraint: “The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts - Some Unresolved Questions”, *Journal of Business Law* 1995, 243-263
- BUCHER, Eugen: “Der Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen”, in: FG Deschenaux, Freiburg 1977, 249-269
- “Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?”, *ZSR* 1983, 251-383
  - “Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen”, *recht* 1984, 97-104
  - Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (AT)
  - “Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?”, *recht* 1997, 41-56
- BUDAK, Ali Cem: “Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadiil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, *YasaHD* 1991, 765-777
- BUOL, Martina: Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996
- BURCUOĞLU, Haluk: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılama, İstanbul 1995
- BÜHLER, Theodor: “Standartverträge und AGB unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr”, *SJZ* 72, 1976, 1-7
- BÜHRER, Marc P.: AGB- Kollisionen, “The Battle of the Forms” und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987
- BÜRGI, Christoph: Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1985
- BYDLINSKI, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York 1967
- “Zur Einordnung der allgemeine Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht”, in: *Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft*, FS Kastner, Wien 1972, 45-68
  - “Die Stellung des Bürgen im Spannungsfeld von Privatautonomie und Sozialschutzgedanken”, *recht* 1994, 249-262
- CANARIS, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (Vertrauenshaftung)

- Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983 (Gesetzliches Verbot)
  - "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", FS Ernst Steindorff 1990, 519-571 (FS Steindorff)
  - "Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft", Festschrift für Peter Lerche, München 1993, 873-891 (FS Lerche)
- CARONI, Pio: "Privatrecht" - Eine sozialhistorische Einführung, Basel und Frankfurt a.M., 1988
- Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel und Frankfurt aM. 1996 (Einleitungstitel)
- CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON: Law of Contract, 13<sup>th</sup> ed., London 1996
- COESTER-WALTJEN, Dagmar: "Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG", AcP 190 (1990), 1-33
- "Das deutsche AGB-Gesetz", in: AGB - Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr.2, St.Gallen/Berlin 1991, 67-96 (Zwischenbilanz)
  - "Änderungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", Jura 1997, 272-275
- COING, Helmut: "Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte", in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm 1975, 101-117 (FS Böhm)
- Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 4 unveränderte Aufl., München 1981(Epochen)
  - Europäisches Privatrecht, Band II: 19. Jahrhundert, München 1989 (Privatrecht)
- DAMM, Reinhard: "Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Gesetz", JZ 1994, s.161-178
- DAVID, Lucas: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 1988
- DEIXLER-HÜBNER, Astrid: Konsumentenschutz, Rechtsgrundlagen - Rechtsdurchsetzung, Wien 1996
- DESSEMONTET, François: "Le contrôle judiciaire des conditions générales", in: La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale (éd.Carruzzo/Oberson), Lausanne 1988, 57-87 (Contrôle judiciaire)
- (Hrsg.) UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, Lausanne 1989
- DESSEMONTET/SPOENDLIN/GILLIERON/BAUDENBACHER/HERTIG/VISCHER: "Was soll noch Art.8 UWG - Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?" SAG 3/1987, 109-117

- DIEDERICHSEN, Uwe: "Der Vertragsschluß durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben", JuS 1966, 129-139
- DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, II. cilt (TTK m.420-825) 3. basısı, Ankara 1990
- DURAL, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995
- DYLLA-KREBS, Corinna: Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln, Baden-Baden 1990
- ECKER, Hans-Werner: "Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht", WM 1993, 1070-1078
- "Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", ZIP 1996, 1238-1241
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6.bası Ankara 1997
- EGGER, August: Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1939
- EISENHARDT, Ulrich: Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage, München 1995
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin: Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996
- EMMERICH, Volker: "Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JuS 1972, 361-369
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, 6.bası, İstanbul 1998
- ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 2.bası Ankara 1995 (Çek Hukuku)
- Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996 (Taşıma Hukuku)
- ERTEN, Ali: Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977
- ESSER, Josef: "§ 242 BGB und die Privatautonomie" JZ 1956, 555-557
- "§ 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession", ZHR 135 (1971), 320-339
- FASTRICH, Lorenz: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992
- FAVRE-BULLE, Xavier: "Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives", in: Widmer/Cottier (éd.), Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, 139-179 (L'abus de droit)

- Note de jurisprudence (ATF 119 II 443), SJ 1994, 637-652
- FITZ, Hans: "Allgemeine Geschäftsbedingungen - individuelle Abreden", in: Heinz Krejci (Hrsg.) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Wien 1981, 249-270.
- FLUME, Werner: "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band 1, Hrsg. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, Karlsruhe 1960, 135-238 (Privatautonomie)
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage Berlin u.a. 1979 (Rechtsgeschäft)
- FORSTMOSER, Peter: "Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bankverkehr", in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976, 11-45 (Bankverkehr)
- "Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht", in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Kummer, Bern 1980, 99-142 (FG Kummer)
  - "Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz - Eine Standortbestimmung", in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 23-58 (Doktrin und Praxis)
- FRICKER, Hans: Bemerkungen zu BGE 122 III 26, AJP 1996, 1164-1166
- GAUCH, Peter: System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968
- "Zwei Entscheide des Bundesgerichts zur SIA-Norm 118 - Rechtsprechung", recht 1985, 30-35
  - "Die Verwendung 'missbräuchlicher Geschäftsbedingungen' - Unlauterer Wettbewerb nach Art.8 des revidierten UWG", BR 1987, 51-60
  - "Die Übervorteilung - Bemerkungen zu Art.21 OR", recht 1989, 91-100
  - "Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens" SZW 63 (1991), 177-188
  - "Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung", recht 1998, 55-66
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter/SCHMID, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7.Aufl., Zürich 1998
- GAUTSCHI, G.: in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2.Abteilung: die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4.Teilband: der einfache Auftrag, Art.394-406OR, 3. Aufl, Bern 1971
- GEISSLER, Markus: "Die Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit", JuS 1991, 617-623
- GEZDER, Ümit: Tüketiciler Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998
- GIGER, Hans: "Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedin-



- gungen in den Einzelvertrag”, in Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Giger/Schluep (Hrsg.) Zürich 1982, 59-80 (Doktrin und Praxis)
- Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (AGB)
  - Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989 (Rechtsfolgen)
- GÖTZ, Donald: Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Berlin, Zürich 1968
- GRUNSKY, Wolfgang: “Neue Literatur und Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, Juristische Analysen 1969, 87-102
- “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft”, BB 1971, 1113-1118
- GUGGENHEIM, Daniel: Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986
- GUHL, Theo/MERZ, Hans/KUMMER Max: Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Alfred Koller und Nicolas Druey, Zürich 1991
- GUYET, Jacques: “Les conditions générales, les conditions commerciales ‘abusives’ et l’art. 8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale”, in: Mélanges Assista, Genève 1989, 49-68
- HARDEGGER, Ida: Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Rechtliche Behandlung, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Klauseln, Bern 1991
- HATEMÍ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kurah), İstanbul 1976
- HATEMÍ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992
- HAUSS, Fritz: “Landbericht – Deutschland”, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nr.41, Frankfurt/M. ua.1968, 7-19
- HEINRICHS, Helmut: “Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, NJW 1977, 1505-1509
- “Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1995”, NJW 1996, 1381-1390
- HENSEN, Horst-Dieter: “Zur Einbeziehung der AGB in den Vertrag”, ZIP 1984, 145-147

- "20 Jahre AGB-Gesetz im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes", Festschrift Hans Erich Brandner, Köln 1996, 231-246
- v.HIPPEL, Eike: Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, Frankfurt a/M 1963 (Kontrolle)
- "Besserer Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Geschäftsbedingungen", BB 1973, 993-995
- Verbraucherschutz, 3. Aufl, Tübingen 1986 (Verbraucherschutz)
- HOFER, Peter: "Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gesetz und Praxis in der Schweiz", in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, Wien 1997, 221-232
- HONSELL, Thomas: "Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders", JA 1985, 260-264
- HÖFLING, Wolfram: Vertragsfreiheit - eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991
- HÖNN, Günther: Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982
- HUBER, Hans: Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966 (Vertragsfreiheit)
- in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd.VI/ 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR (Huber, Art.6)
- HUG, Walther: "Betrachtungen zum Gerichtsgebrauch über Abschluss und Auslegung der Verträge", in: Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 383-425
- HUGUENIN-JACOBS, Claire: "Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln bei Verbraucherverträgen", recht 1995, 85-95
- HÜRLIMANN, Roland: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art.20 Abs.2 OR, Freiburg 1984
  
- İNAN, Nurkut: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981
- ISLER, Peter: "Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und Verkehrssitte", ZSR 1982 I, 377-399
  
- JÄGGI/GAUCH: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 3. Aufl., Teilband V 1b (Art.18 OR), Zürich 1980
- JETZER/ZINDEL: "EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen" SJZ 1994, 432-436

JOOST, Detlev: "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", ZIP 1996, 1685-1693

KAMM, Michael: Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht - ein Vergleich, Köln 1985

KAPLAN, İbrahim: Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987 (Sözleşmeye Müdahale)

- "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Koşulları", BATİDER 1991, sy.2, s.49-89

- Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1, Ankara 1996 (Banka Hukuku)

KAPNOPOULOU, Elissavet: Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İstanbul 1996

KAYAR, İsmail: "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulaması", Naci Kınacıoğlu'na Armağan, GHFD 1997/2, 82-93

KELLER, Max: "Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge", SJZ 1961, 313-322

KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3 Aufl., Basel Frankfurt a/M 1988

KESSLER, Friedrich/GILMORE, Grant/KRONMAN, Anthony: Contracts, Cases and Materials, 3<sup>rd</sup> ed., Boston, Toronto 1986

KIENDL, Doris: "Die Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das österreichische Recht", JBI 1995, 87-100

KILGUS, Sabine: Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB, Zürich 1988

KLAAS, Christoph: "Zur EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", FS Hans Erich Brandner, Köln 1996, 247-258

KLAUER, Irene: Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter, Diss. St.Gallen 1997

KLEINERTZ, Rolf: Die Unklarheitenregel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Gesetzen, Köln 1967

KLIEGE, Helmut: Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, Göttingen 1966

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (Hata)

- “Tendances actuelles concernant la lésion dans les contrats”, dans: Tendances actuelles du droit turc et droit français, Actes de la première semaine juridique franco-turque, Istanbul 9-12 mai 1983, 69-85 (Tendances)
  - “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler”, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, 25-33 (Kaneti Armağanı)
  - Giriş, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme, *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, (şu ana kadar yayınlanmış olan formalardan faydalanılmıştır) (Borçlar Hukuku)
- KOCH, Harald: Verbraucherprozeßrecht: Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes, Heidelberg 1990
- KOHLEGGGER, Karl: “Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wettbewerb und Konsumentenschutz”, in: Festschrift Christian Broda, Wien 1976, 137-167
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996
- KOLLER, Ingo: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, in FS Ernst Steindorff, Berlin/New York 1990, 667-686
- KOLLER, Thomas: “Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung”, recht 1999, 43-62
- KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 2.Aufl. Basel/Frankfurt aM. 1996 (*OR-İşleyen*)
- KONURALP, Halûk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2. Bası, İstanbul 1996
- KÖTZ, Hein: “Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?”, Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag, Band I, München 1974 (DJT)
- Europäisches Vertragsrecht, Band: I, Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996
- KRAMER, Ernst: Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972 (Grundfragen)
- “Die normative Kraft des dispositiven Rechts: Am Beispiel der AGB der österreichischen Kreditunternehmungen”, ÖJZ 1973, s.505-515

- Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974
  - "Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts" ZSR 1979/I, 49-92
  - "Vertragsrecht im Umbau", ÖJZ 1980, 233-241
  - "Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGBG", ZHR 146 (1982), 105-117
  - "Die Lebenskraft des schweizerischen Obligationenrechts", ZSR 1983/I, 241-276
  - "Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven", SJZ 1985, s.17-39
  - "Zur Konzeption des Konsumentenschutzrechtes - Ein Bericht über die Lage in Österreich und der Schweiz vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion", KritV 1986, 270-290
  - Besprechung von *Hans-Jochim Pflug, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AcP 188 (1988), 423-427
  - in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd.VI/1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, 1986; 2.Teilband, 1. Unterteilband: Inhalt des Vertrages / Mängel des Vertragsabschlusses, 1. Lieferung, Kommentar zu Art.19-20, Bern 1990
  - "Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz - Urteilsanmerkung BGE 114 II 250", recht 1990, 99-106
  - "Vertragsnichtigkeit und hypothetischer Parteiwille im schweizerischen Obligationenrecht", Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, 155-164
  - Bemerkungen zu BGE 5.8.1993, AJP 1994, 637-640
- KRAMPE, Christoph: Die Unklarheitenregel, Berlin 1983
- "Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln", AcP 1994, s.1-41
- KUMMER, Max: in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.1/2, 5.bası, İstanbul 1990
- LARENZ, Karl: "Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht", NJW 1963, 737-741
- Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976 (Schuldrecht<sup>11</sup>)
  - Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (Schuldrecht<sup>14</sup>)

- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995
- LARENZ, Karl/WOLF, Manfred: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997
- LINDACHER, Walter F.: "Reduktion oder Kassation übermäßiger AGB-Klauseln?", BB 1983, 154-160
- LINDER, Daniel: Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes, Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts im Hinblick auf den Schutz von Konsumenteninteressen?, Zürich 1994
- LIVER, Peter: "Der Begriff der Rechtsquelle", in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, ZBJV 91 bis (1955), 1-55
- LOCHER, Horst: "Zur Anfechtung wegen Irrtums über die Einbeziehungs voraussetzungen und über den Inhalt einzelner Klauseln in AGB", BB 1981, s.818-822
- Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3.Auflage, München 1997
- LÖRTSCHER, Thomas: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977
- LÖWE, Walter: "Verstärkter Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Wettbewerb?", BB 1972, 185-191
- "Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Eine Aufgabe für den Gesetzgeber", FS Karl Larenz, München 1973
  - "Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen", BB 1973, 585-588
- LUKES, Rudolf: "Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in: Festschrift Alfred Hueck, München/Berlin 1959, 459-493
- "Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JuS 1961, 301-308
  - "§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen", NJW 1963, 1897-1901
- LUTZ, R.: AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote, München 1991
- MATHYS, Hans Beat: Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997
- MAURENBRECHER, Benedikt: "Die Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken", ZSR 109/I (1990) 173-210

- MEDICUS, Dieter: "Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen", in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, Hrsg. Heinrichs/Löwe/Ulmer, Köln 1987, 83-97 (Rechtsfolgen)
- Allgemeiner Teil des BGB, 7. Auflage, Heidelberg 1997 (AT)
  - "Abschied von der Privatautonomie?", in: Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, München 1996, 9-25 (Abschied)
- MEIER-HAYOZ, Arthur: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluß, Zürich 1948
- MERZ, Hans: in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966
- "Länderbericht Schweiz", in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nr.41, Frankfurt/M. ua.1968, 67-106 (Länderbericht)
  - "Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse", SJ 1975, 193-208
  - "Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen", Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, 313-342 (Abhandlungen)
  - Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992 (Vertragsschluss)
- MEYER-CORDING: Die Rechtsnormen, Tübingen 1971
- MÜLBERT, Peter: "Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle", AJP 1995, 723-732
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH,
- Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 /AGB-Gesetz, 3. Aufl., München 1993 (*MünchKomm/Isleyen*)
  - Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 3. Aufl., München 1994 (*MünchKomm/Isleyen*)
- NEUMANN, Johannes: Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Baden-Baden 1988
- NEUMAYER, "Zu Art.8 des neuen UWG - eine rechtsvergleichende Analyse", Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, 727-741
- NIEDERHAUSER, Markus: Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Bern 1978
- NORDMANN, Philippe: Le Contrat d'adhésion, abus et remèdes, Thèse, Fribourg 1974
- OECHSLER, Jürgen: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997

- OFTINGER, Karl: "Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände", *Aequitas und Bona Fides*, Festgabe August Simonius, Basel 1955, 263-272
- "Betrachtungen über die Laesio im schweizerischen Recht", *Festschrift Pan J. Zepos*, Athen u.a. 1973, 535-553
- OĞUZ, Cemal: *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırlaması*, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1994
- OĞUZMAN, Kemal: *Medeni Hukuk Dersleri, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 7. bası, İstanbul 1994
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. bası, İstanbul 1998
- OKTAY, Saibe: *Gezi Sözleşmesi*, İstanbul 1997
- OLGAÇ, Senai: *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul 1969
- ÖZEL, Çağlar: *Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 1999
- ÖZSUNAY, Ergun: *Kartel Hukuku*, İstanbul 1985
- ÖZTAN, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.bası, Ankara 1997
- PALANDT, Otto: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 57. Aufl., München 1998 (*Palandt/İşleyen*)
- PATRY, Robert: "Les contrats d'adhésion comme source de droit", in: *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht*, ZBJV 91 bis (1955), 367-389
- PEDRAZZINI, Mario M: *Unlauterer Wettbewerb/UWG*, Bern 1992
- PERRIN, Jean-François: "La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse", *SJ* 1973, 209-218
- PFLUG, Hans-Joachim: *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München 1986
- POROY, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", *Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, İstanbul 1978, 513-550
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 8.bası, İstanbul 1998
- RAISER, Ludwig: *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg 1935 (AGB)
- "Vertragsfreiheit heute", *JZ* 1958, 1-8
- "Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit", in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Band I, Karlsruhe 1960, 101-134 (DJT)



- "Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht", in: *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen 1963, 145-167 (Institutionenschutz)
  - "Die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Gerichte", *Karlsruher Forum* 1965, s.3-10 (Forum)
  - "Die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen", in: *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Band 41*, Frankfurt a.M./Berlin 1968, 123-142 (Richterliche Kontrolle)
  - *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, New York 1971 (Zukunft)
- RAMSTEIN, Christoph: "Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz", *RIW* 1988, 440-446
- *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, Fachschrift der Handelskammer Deutschland-Schweiz*, Zürich 1989 (AGB)
- REHBINDER, Manfred: "Status - Kontrakt - Rolle", *Berliner Festschrift für Ernst Hirsch*, Berlin 1968, 141-169 (FS Hirsch)
- *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, Berlin 1972 (AGB)
  - "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması – Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne", *İHFM C.XLII S.1-4*, 641-653 (Çeviren: *Ömer Teoman*)
- REİSOĞLU, Seza: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992 (Kefalet)
- *Bankalar Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Ankara 1998 (Banka)
- RITTNER, Fritz: "Vertragsfreiheit und Wettbewerbspolitik", *Festschrift Arno Sölter*, Köln u.a. 1982, 27-39
- ROTH, Herbert: "Die Inhaltskontrolle nichtausgehandelter Individualverträge im Privatrechtssystem", *BB* 1987, 977-984
- "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen", *BB* 1992 Beilage 4, 1-16
  - *Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Tübingen 1994
- SACK, Rolf: "Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG", in: *Das UWG auf neuer Grundlage* (Hrsg. Baudenbacher), Bern, Stuttgart 1989, 113-159
- SAMBUC, Thomas: "Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB", *NJW* 1981, 313-316
- SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin ua. 1986

- SCHAPP, Jan: "Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 Abs.2 AGB-Gesetz", DB 1978, s.621-625
- SCHENK-ENGELER, Suzanne: Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen - Ihre Bedeutung für das schweizerische Recht, Bamberg 1993
- SCHLÜNDER, Bertold: AGB Prüfung und Gestaltung, München 1994
- SCHMID, Jörg: "Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz", in: Tercier/Volken/ Michel, Aspects du droit européen - Beiträge zum europäischen Recht, Freiburg 1993, 244-259 (Auswirkungen)
- "Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht", in: Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Bernd Stauder (Hrsg.), Zürich 1996, 49-82 (Klauselkatalog)
- SCHMID, Walter: Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Berlin 1983
- SCHMIDLIN, Bruno: in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd.VI/1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18, 1986 (*Schmidlin/Berner Kommentar*)
- SCHMIDT, Eike: "Von der Privat- zur Sozialautonomie", JZ 1980, 153-161
- SCHMIDT, Karsten: Handelsrecht, 4 Aufl., Köln u.a., 1994
- SCHMIDT-SALZER, Joachim: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, Berlin 1967 (AGB)
- "Die sogenannte Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen", BB 1967, 129-135
  - Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, München 1971 (NJW)
  - "Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen", BB 1971, 591-597
  - Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, Berlin 1973 (Bilanz)
  - "Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", NJW 1995, 1641-1645
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI: in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art.1-17), Zürich 1973
- SCHROEDER, Dirk: Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre, Berlin 1983

- SCHULER, Alois: Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 1978
- SCHWAIBOLD, Matthias: "Ausgewählte AGB der Banken", in: AGB - Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr.2, St.Gallen/Berlin 1991, 223-251
- SCHWARZ, Jörg: "Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in: Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Bernd Stauder (Hrsg.), Zürich 1996, 127-175 (Richtlinie)
- "Allgemeine Geschäftsbedingungen im schweizerischen internationalen Privatrecht", in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, Wien 1997, 233-259 (IPR)
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998
- SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Sözleşmeden Dönme)
- "Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken", JB 1983, 561-574
  - Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997 (Giriş)
  - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, *Kocayusufopaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.cilt, İstanbul 1998 (Borçlar Hukuku)
- SIMITIS, Konstantin: Gute Sitten und ordre public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB, Marburg 1960
- SINGER, Reinhard: Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995
- "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst" JZ 1995, 1133-1141
- SİRMEN, Lale: "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, 441-472
- SOERGEL, Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch,
- Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1990 (*Soergel/İşleyen*)
  - Band 3, Schuldrecht II (§§ 433-515, AGBG, AbzG, EG, EAG), 12. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 1991 (*Soergel/İşleyen*)
- SOMUNCUOĞLU, Ünal: "Teyid mektubu ile ilgili bazı sorunlar", BATİDER 1975, C.8/S.2, 31-36
- SOYER, Polat: Genel İş Koşulları, İzmir 1987

- SPIRO, Karl: "Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?", ZBJV 88 (1952) 449-470, 497-533
- STARBATTY, Joachim: Die englischen Klassiker der Nationalökonomie, Darmstadt 1985
- STARK, Emil W.: "Die Übervorteilung (Art.21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung", in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 377-398
- STAUDER, Bernd: "Die AGB der Reiseveranstalter", in: AGB - Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr.2, St.Gallen/Berlin 1991, 139-222 (Reiseveranstalter)
- "Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en droit suisse" in: Ghestin, Jaques (éd.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Paris 1991, 95-133 (Les clauses limitatives)
  - "Les clauses abusives en droit suisse: situation actuelle et perspectives", in: Ghestin, Jacques (éd.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Paris 1991, 279-298 (Les clauses abusives)
  - "Unfair Contract Terms - The EC-Directive 1993", in: The Implementation Process of EU-Directives on Product Safety, Product Liability and Unfair Contract Terms, Maniet/Dunaj (Hrsg.), Louvain-la-Neuve 1995, 9-30 (Unfair contract terms)
  - "Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in: Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Bernd Stauder (Hrsg.), Zürich 1996 (Schwerpunkte)
- v.STAUDINGER, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, Einl. zu §§ 241ff; §§241-243, 13. Bearbeitung, Berlin 1995 (*Staudinger/Íşleyen*)
  - 2. Buch: Recht der Schultverhältnisse, AGBG, 13. Bearbeitung, Berlin 1998 (*Staudinger/Íşleyen*)
- STEIN, Günther: Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts - Zum Spannungsverhältnis der Kontrollverfahren aufgrund des AGB-Gesetzes und § 242 BGB, Berlin 1982
- STICHER, W: Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Diss., St.Gallen 1981

STOCKAR, Conrad: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel, Stuttgart 1971

STÖCKLI, Jean-Fritz: Allgemeine Arbeitsbedingungen, Bern 1979

SUNGURBEY, İsmet: Türkiye'de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994

ŞENOCAK, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995

TANDOĞAN, Haluk: Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977

- "Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, 73-146 (Sempozyum)

- Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt I/2, 3. bası, Ankara 1985, (ÖBİ I/2)

- Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, cilt II, 3. bası, Ankara 1987 (ÖBİ II)

TANÖR, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978

TAUPITZ, Jochen: "Kreditkartenmißbrauch: Thesen zur zulässigen Verteilung des Haftungsrisikos in AGB", NJW 1996, 217-224

TEKİL, Müge: Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997

TEKİNALP, Ünal: Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, 119-160 (Hirsch'e Armağan)

- Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988 (Banka Hukuku)

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993

TEOMAN, Ömer: Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İstanbul Ticaret Odası Yayını (teksir), İstanbul 1981

- Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 1996 (Kredi Kartı)

THALMANN, Christian: "Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr", in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 125-160

TOLLER, Marco: "Schuldrechtliche Folgen der Verletzung von Art.8 UWG", in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, Zürich 1995, 51-72 (Wirtschaftsrecht)

v.TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. Aufl., Zürich 1979

v.TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. Aufl., Zürich 1974

TUNÇOMAĞ, Kenan: "1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku ile ilgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler", BATİDER 1964/II, 417-450

ULMER, Peter: "Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln?", NJW 1981, 2025-2033

- "Das AGB-Gesetz nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in: Karlsruher Forum 1997, Karlsruhe 1998, 9-42

- "Notarielle Verbraucherverträge und § 24a ABGB – Verbraucherschutz contra Rechtssicherheit", in: Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, Festschrift Helmut Heinrichs, München 1998, 555-571

ULMER, Peter/BRANDNER, Hans Erich/HENSEN, Horst-Dieter: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8 Auflage, Köln 1997

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, c.I-II, 6.bası İstanbul 1997

VINER, Jacob: "The Intellectual History of Laissez Faire", The Journal of Law and Economics 1960/61, 45-69

WEBER, Rolf: "Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken - zum Problem einer Grenzziehung", SAG 1984, 150-159

- "Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge", SJZ 1985, 85-90

WESSNER, Pierre: "Le consommateur final face aux contrats d'adhésion: le dispositif - insuffisant - de la protection civile", in: Gilliard François et al. (éd.), Konsumentenschutz - wie weiter/Défense des consommateurs: Quel Progres?, Bern 1985, 57-72 (consommateur)

- "Les contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible?" ZSR 1986 (105) I, 161-193

WESTPHALEN, Friedrich Graf von: "Grenzziehung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen", DB 1977, 943-947

- "Die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungs-

- begrenzungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit gem. § 9 AGBG", WM 1983, 974-985
- WIEACKER, Franz: "Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution", in Juristen Jahrbuch, 9 Band 1968/69, 1-28
- Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt 1974
- WIEGAND, Wolfgang: "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik", in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, Hrsg. Wolfgang Wiegand, Bern 1994, 129-158
- WOLF, Manfred: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970
- "Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JZ 1974, 41-46
  - "Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle", in: Festschrift Hans Erich Brandner, Köln 1996, 299-309
- WOLF, Manfred/HORN, Norbert/LINDACHER, Walter F.: AGB-Gesetz, Kommentar, 3.Aufl., München 1994
- WURST, Stefan: "Voraussetzungen für die Geltung von AGB aus österreichischer Sicht", in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, Wien 1997, 143-160
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1997
- YAVUZ, Levent: "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Tüketici Sözleşmelerindeki Adil Olmayan Sözleşme Şartları", TBBD 1995/2, 260-270
- ZOLLER, : "Dogmatik, Anwendungsprobleme und ungewisse Zukunft des Vorrangs individueller Vertragsvereinbarungen vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JZ 1991, 850ff.
- ZÖLLNER, Wolfgang: Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes und- Richters-taat, Köln 1996
- ZUFFEREY-WERRO, Jean-Baptiste: Le contrat contraire aux bonnes mœurs, Fribourg 1988
- ZWEIGERT, Konrad: "Rechtsgeschäft und Vertrag heute", in: Ius Privatum Gentium, Festschrift Max Rheinstein, Tübingen 1969, 493-504

## **KISALTMALAR**

AB	: Avrupa Birliği
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Anh.	: Anhang (Ek)
ARSP	: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	: Artikel (madde)
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
Aufl.	: Auflage (bası)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BankK	: Bankalar Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebsberater
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BR	: Baurecht



BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	: cümle
C.	: cilt
Ccf	: Code civil française
DB	: Der Betrieb
DJT	: Deutscher Juristentag
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnotu
DRiZ	: Deutsche Richterzeitung
Einl.	: Einleitung
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift
GİŞ	: genel işlem şartı / genel işlem şartları
GHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GRUR (Int.)	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Hrsg.	: Herausgeber (yayımlayan)
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İsvHaksRK	: Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Federal Kanun (İsviçre)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İzmBD	: İzmir Barosu Dergisi
JA	: Juristische Arbeitsblätter
J.B.L.	: The Journal of Business Law
JBl	: Juristische Blätter
JJb.	: Juristen Jahrbuch
JLEcon	: Journal of Law and Economics
JurA	: Juristische Analysen
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung

karş.	: karşılaştırmamız
KG	: (schweizerisches) Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen
KKG	: (schweizerisches) Bundesgesetz über den Konsumkredit
KritV	: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N.	: kenar numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
ORDO	: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
ÖJZ	: Österreichische Juristen-Zeitung
örn.	: örneğin
Pr.	: Die Praxis des Bundesgerichts
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
RKK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SAG	: Schweizerische Aktiengesellschaft (1990'dan itibaren: SZW)
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SIA	: Schweizerischer Ingenieur und Architekten-Verein
SJ	: La Semaine Judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SR	: Systematische Sammlung des Bundesrechts
sy.	: sayı
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990'dan önce: SAG)

TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
Tebliğ V/19	: Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği, seri:V no:19 (RG 1.3.1995, sy,22217)
TKK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vba	: vurgu bana ait
vd.	: ve devamı
VerbrKG	: (deutsches) Verbrauchercreditgesetz
Vorbem.	: Vorbemerkungen
WM	: Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts-und Bankrecht)
Y	: Yargıtay
YasaHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı
YTD	: Yargıtay Ticaret Dairesi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## § 1. Giriş

### **Sorunun tespiti:**

Günümüzde bir bankada hesap açtırmak, bir kredi almak, bir sigorta sözleşmesi kurmak veya bir şehirlerarası otobüs şirketinden bilet almak isteyen herkes bilir ki, ilgili sözleşmeyi ancak, karşı âkidin kendisine sunduğu bazı sözleşme şartlarını kabul etmesi halinde kurması mümkündür. Bunlar, bazen ek bir matbu metin olarak müşteriye teslim edilmekte, bazen biletin arkasına basılmakta, bazen de ilgili işlemin yapıldığı yerde ilan edilmektedir. Bu metinler özellikle, kurmak üzere olduğumuz sözleşmenin ifasına veya ihtilaf çıkması halinde bunun çözümlenmesine ilişkin şartların yanı sıra, karşı âkidimizi her türlü sorumluluktan kurtaran, ona sözleşmeyi sona erdirme hakkı veren, ispat külfetini bize yükleyen, yetkili mahkemeleri tayin eden ve hatta bizi sözleşmede ileride yapılacak her türlü değişikliği baştan kabul eder duruma sokan hükümler içermektedir. İşte, müşteriye dayatılan bu hükümler inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

Yaygın bir şekilde *genel işlem şartları* olarak adlandırılan bu sözleşme şartları, çeşitli mallar veya hizmetler sunan işletmeler tarafından genelde uzman hukukçulara hazırlanmakta, en ince ayrıntısına kadar müşteri ile işletme arasında çıkabilecek sorunlar tespit edilmekte ve bu sorunlara, yasaların elverdiği ölçüde, işletmeyi en çok kayıran çözümler üretilmektedir. Sunulan malları almak veya hizmetlerden faydalanmak isteyen müşteri ise buna ilişkin sözleşmeyi ilgili sözleşme koşullarını kabul ederek yapmak veya hiç yapmamak alternatifi ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu şekilde müşteri, yasanın, taraflar arasındaki dengeyi gözetme kaygısı güden yedek hukuk kurallarının tümünün korumasından mahrum kalmakta ve kayıtsız koşulsuz, genel işlem şartlarının, işletme ile kendisi arasında kurulan sözleşmeye uygulanacak hükümler olarak önceliğini kabullenmektedir.

Tarihsel açıdan bakıldığında genel işlem şartları 19. yüzyıl endüstri

devriminin bir ürünüdür. Seri imalat ve nüfus artışı ile birlikte mal değiş tokuşunda büyük bir patlama olmuş ve standart üretime paralel standart sözleşme olgusu ortaya çıkmıştır<sup>1</sup>. İşletmeler, aynı mal veya hizmet için aynı türden sözleşmeleri sınırsız sayıda akdetmeye başlayınca bunların içeriğini standart hale getirerek her sözleşme için tekrar tekrar pazarlık yapma ihtiyacını ortadan kaldırmak ve sözleşme ayrıntılarının gereği gibi düzenlenmemesi nedeniyle bir zarara uğrama ihtimalini en aza indirmek istemiştir. GİŞ'in amacı, tarafların sözleşmeyi kurarken bireysel olarak kararlaştırdıkları semen, mal veya hizmetin türü gibi asli edim yükümlülükleri dışında sözleşmenin kurulması, devamı ve hatta sona ermesinden sonra aralarındaki ilişkiye uygulanacak bütün kuralları tespit etmektir. Sözleşmenin içeriğini bireylerin dilediği gibi şekillendirmesi özgürlüğünün bir görünümüdür<sup>2</sup>.

Ekonomik hayatın birçok alanında standart sözleşme, Borçlar Kanununun temelinde yatan "klasik" sözleşme tipini bertaraf etmiş, yeni bir sözleşme türü yerleştirmiştir. Artık tarafların pazarlık yapması ve tek tek bütün sözleşme maddelerini birlikte belirlemeleri olgusunun yerini, taraflardan birinin sözleşme içeriğini tek yanlı olarak belirlemesi ve bunu karşı tarafa kabul ettirmesi olgusu almıştır<sup>3</sup>. Genel işlem şartlarının ülkemizde ne ölçüde yaygın bir kullanım alanı bulduğu konusunda bugün için sayısal bir veri yoktur. Ancak Türkiye genelinde bankacılık, sigorta, taşıma ve nakliye alanında genel işlem şartları kullanılmaksızın işlem yapılmadığı söylenebilir. Bunun dışında tüketim mallarının alımına ilişkin taksitle satım sözleşmelerinde, kira, leasing ve franchising sözleşmelerinde, gezi sözleşmeleri ve okul sözleşmeleri alanında, otoparklarda veya vestiyerlerde, ve hizmet sektörünün bazı alanlarında artan oranda kullanıldıkları şüphesizdir. Bu açıdan GİŞ'in, günlük hayatta nakit karşılığı yapılan küçük işlemler dışında, ekonomik hayatımızın ayrılmaz bir parçasını oluşturmaya başladığı, sosyolojik olarak kendisine yasa benzeri bir uygulama alanı yarattığı ve bu nedenle hukuksal açıdan çözüm üretilmesi gereken acil bir sorun haline geldiğini söylemek abartılı sayılmayacaktır.

### **Sorunun kaynakları:**

Nasıl olup da sadece taraflardan birinin hazırladığı ve sadece onun menfaatlerini koruyan hükümlerin sözleşme içeriği olabildiği sorusu sorulduğunda ise, borçlar hukukunun en temel kavramlarından birini,

<sup>1</sup> Kötz, DJT, A 23; Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. N.7; Schenk-Engeler, 1; Merz, SJ 1975, 193,195; Stauder, Unfair Contract Terms, 9; Wessner, ZSR 1986, 161,164; Nordmann, 46; Giger, Doktrin und Praxis, 60

<sup>2</sup> Götz, 114

<sup>3</sup> Stockar, 1; Akman, 92-93; Tandoğan, 25

sözleşme özgürlüğü ilkesini karşımızda buluruz. Bu ilke uyarınca taraflar, diledikleri sözleşmeyi, diledikleri içerik ile yapmakta kural olarak serbesttirler<sup>4</sup>. Taraflar arasındaki denge ne kadar bozulmuş olursa olsun yasalar önünde bu sözleşme kural olarak geçerli bir sözleşmedir<sup>5</sup>, zira yasa koyucu açısından önem taşıyan sadece, iki âkidin özgür irade beyanlarının uyuşması sonucu sözleşmenin oluşmuş olmasıdır. Yasa, şekli özgürlük düşüncesi üzerine kuruludur. Yani eşit olanaklara ve eşit iktidara sahip olan iki kişinin farklı menfaatlerini sözleşme yoluyla en iyi şekilde dengelemek imkanına sahip olacağı düşüncesi Borçlar Kanunumuzun temelinde yatmaktadır. Taraflardan birinin, ekonomik, kültürel veya sosyal dengesizlik nedeniyle sözleşme içeriğini belirlemede fiilen hiçbir şekilde söz sahibi olamaması ve bu nedenle tamamıyla kendi aleyhine olan bir sözleşme içeriğini, sadece sunulan edime ulaşabilmek için benimsemek zorunda kalması ise mevcut sözleşme hukukumuzun öngörmediği bir sorundur.

Genel işlem şartları çerçevesinde çok belirgin olarak ortaya çıkan bu adaletsizlik aslında global bir sorunun parçasıdır. Bugün Avrupa'nın birçok ülkesinde yürürlükte olan kanunların temelinde yatan, irade özerkliği düşüncesi üzerine kurulu özgürlükçü anlayış ile günümüz toplumlarının gerçekleri örtüşmemektedir. Teknik ilerleme ve endüstri toplumunun oluşumu, bireyi, genelde anonim kalan iktidarların fiili veya hukuki hakimiyeti altına sokmuştur. **Talepleri** ile ekonominin gelişimini yönlendirmek ve fiyat oluşumunu etkileyerek serbest piyasa ekonomisinde aktif bir rol oynamak yerine, birey, gelişmiş pazarlama teknikleri ile **arz** edilenlere yönelik olarak yaratılan suni talepler ve fiyat anlaşmaları sonucu, kendisine sunulanları "tüketmek"le sınırlı bir role sıkışıp kalmıştır. Kapıdan satışlar, taksitle satışlar, tüketici kredileri, turistik gezi sözleşmeleri gibi çeşitli mal veya hizmetlerin alımına ilişkin sözleşmelerde veya iş akdi, kira sözleşmesi gibi kişinin yaşamını doğrudan etkileyen sözleşmelerde dikkati çeken nokta hep, taraflardan birinin, yapmak istediği bir sözleşmeyi, istemediği bir içerikle yapmak zorunda kalmasıdır, yani sözleşmeyi özgürce şekillendirme imkanından faydalanamamasıdır.

<sup>4</sup> Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeyi kurma, karşı tarafı seçme, içeriğini belirleme, bu içeriği değiştirme, sözleşmeyi sona erdirmeye ve sözleşmeyi dilediği şekilde akdetmeye özgürlüğünü kapsar (ayrıntılı bilgi için bkz. *Hönn*, 134 vd.; *Huber*, Vertragsfreiheit, 11; *Gauch/Schluep/Schmid*, N.614vd.)

<sup>5</sup> Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu içinde sözleşme eşitliğini sağlamaya doğrudan veya dolaylı olarak hizmet eden sınırlı sayıda düzenleme vardır. Özellikle temyiz kudreti olmayanlarla yapılan sözleşmelerin geçersiz sayılması, bazı sözleşmeler için şekil zorunluluğunun getirilmiş olması, iradenin sakatlandığı hallerde sözleşmenin iptaline imkan tanınması gibi dolaylı olarak; emredici hükümlere, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık gibi doğrudan taraflar arasındaki dengeyi korumaya yarayabilecek hükümler bu konuda örnek gösterilebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Hönn*, 140vd.).

### **Sorunu Çözüm Yolları:**

Taraflar arasındaki güç dengesinin bozulduğu, dolayısıyla sözleşme eşitliğini sağlamanın ön koşullarının ortadan kalktığı ve sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün sürekli olarak tek yanlı işlediği tipik durumlarda öncelikle yasa koyucunun bir müdahalesine ihtiyaç olduğu açıktır. Borçlar Kanununun aslen eşitler arasındaki sözleşme ilişkilerini ve bunun sonuçlarını düzenlemek düşüncesinden yola çıkmış olması, eşit olmayanlar arasında akdedilen iş, kira, kapıdan satış, taksitle satış, kredi sözleşmesi gibi çok sayıda sözleşmenin sorunlarını çözmede yetersiz kalması anlamına gelmiştir. Bu nedenle ayrı kanunlar ve ayrıntılı düzenlemeler yoluyla taraflar arasında, sözleşmeyi kurma aşamasında var olan dengesizliği gidermek gerekmiştir. Ancak yasa koyucunun her alanda faaliyete geçmemesi, ister istemez benzer durumlarda adaleti yeniden tesis etme görevinin hakime yüklenmesi sonucunu doğurmuştur. Eşit olanın eşit muamele görmesi gereği, en az yukarıda anılan sözleşme türleri kadar adil bir sözleşme içeriğinin oluşmasını engelleyen olguların denetlenmesini zorunlu kılar.

Genel işlem şartları kullanımının da bu tür bir olgu olduğundan şüphe edilmemelidir. Dolayısıyla bu alanda yasa koyucu faaliyete geçene kadar GİŞ denetimi görevi yargı erkine düşmektedir. Nitekim bu alanda başvurulabilecek çok çeşitli denetim yöntemleri de mevcuttur. İlk aşamada, GİŞ'i sözleşmeye dahil etmek çabasının başarıya ulaşip ulaşmadığı incelenmek gerekir. Uygulamada karşılaşılan birçok halde, GİŞ'in, güven kuramı uyarınca aslında hiç sözleşme içeriği olmadığı sonucuna varılarak sorunun kökünden halledilmesi mümkündür (*Yürürlük Denetimi*). Eğer GİŞ'in sözleşme içeriği olduğu kabul edilmek zorunda kalırsa bu sefer tek tek hükümlerin yorumlanması aşamasında belirsiz düzenlemeleri GİŞ-kullanan aleyhine yorumlamak veya taraflar arasında yapılan görüşmeler sonucu zaten GİŞ'i değiştiren bireysel anlaşmaların kabul edilmiş olduğu sonucuna varmak imkanı da mevcuttur. Ancak kalıcı bir çözümün doğrudan sözleşme içeriğini denetlemek yoluyla elde edilebileceği de açıktır (*Geçerlik Denetimi*). Her ne kadar Borçlar Kanunu, hakimi bu konuda açıkça yetkilendirmemişse de dayanak olarak kullanılacak farklı maddelerin bulunabileceği aşağıda ayrıntılı olarak görülecektir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının denetimi konusunda yasal bir düzenleme getirilene kadar, tüketici aleyhine bozulan sözleşme adaletini yeniden kurmak pekâlâ mümkündür.

### **Karşılaştırmalı Hukuk Boyutu:**

GİŞ sorununa çözüm aranırken karşılaştırmalı hukukun verilerinden faydalanmak kaçınılmazdır, zira Avrupa ülkelerinin neredeyse tümü bugün bu alanda Türkiye için örnek teşkil edebilecek özel düzenlemelele-re sahiptir. Ancak bu araştırmayı fazlasıyla kolaylaştıran bir gelişme Av-

rupa Birliğinin 1993 yılında “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge”yi kabul etmiş olması ve üye ülkelere de 1994 yılı sonuna kadar bu yönergeyi iç hukuklarına aktarmak konusunda bir yükümlülük getirmiş olmasıdır. Zira bu şekilde en azından on beş AB üyesi ülke için bugün büyük ölçüde örtüşen bir düzenlemenin varlığından yola çıkılması mümkün olmuştur. Dolayısıyla Türk hukuku açısından geliştirilen çözümler öncelikle bu yönerge ışığında değerlendirilmiştir. Ancak buna ek olarak genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin Avrupa’da yürürlüğe giren ilk GİŞ-yasalarından biri olan Alman yasası da tez boyunca sürekli olarak göz önünde tutulmuştur. Gerek AB-yönergesinin bu yasadaki etkilenmiş olması, gerekse Alman doktrin ve uygulamasının yaklaşık seksen yıllık tarihi ile bu alandaki en önemli kaynaklara sahip olması bu tercihin gerekçesidir. Yöntem olarak bu iki düzenlemeyi başlı başına incelemek yerine tek tek GİŞ’e ilişkin sorunlar ele alınırken bu düzenlemelerin getirmiş olduğu çözümleri de yansıtmak daha doğru gözükümüştür. Bu şekilde, çalışmada teklif edilen çözümlerin ne ölçüde Avrupa genelindeki eğilimlere uygun düştüğünü sürekli olarak denetleme imkanı okuyucuya verilmek istenmiştir.

Kuşkusuz bir borçlar hukuku tezinin İsviçre’deki gelişmeleri göz ardı etmesi düşünülemezdi. Ancak İsviçre’de diğer Avrupa ülkelerinden farklı bir yol izlenmiş ve bugüne kadar GİŞ sorununa kapsamlı bir çözüm getiren özel bir yasa kabul edilmemiştir. Buna karşılık 1986 yılında yürürlüğe giren Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunda, genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin bir hükme yer verilmiş (m.8) ve bu şekilde GİŞ kullanımının bazı hallerde bir haksız rekabet olgusu oluşturması nedeniyle denetlenmesi düşünülmüştür. Her ne kadar ilgili çözümün tasnifinde bazı tereddütler yaşanmışsa da, İsviçre ve Türk borçlar hukukunun yakınlığı gerekçesine sığınarak, bu düzenlemeye ilişkin açıklamaları, içerik denetimi bahsi içinde, sözleşme özgürlüğünün yürürlükteki hukuk açısından sınırlarının incelendiği bölüme almak uygun gözükümüştür.

### **İncelemenin Kapsamı:**

Bu tezin inceleme konusu sadece GİŞ kullanılarak sözleşme akdedilmesi halinde ilgili sözleşmenin denetlenmesidir, yoksa genel olarak taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerin denetlenmesi sorunu değildir. Bu açıdan, GİŞ’den farklı olarak, hükümleri pazarlık konusu edilmiş veya en azından edilebilme imkanı olan bireysel sözleşmelerin içerik denetimi sorununa sadece sınırlı oranda, GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelerden farklarını tespit etmek amacıyla değinilecektir. Kuşkusuz bu yaklaşım ilgili sözleşmelerin denetlenme ihtiyacı olmadığı sonucuna götürmez. Hatta Avusturya’da yürürlükte olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ve AB-yönergesinin, genel olarak tüketici sözleşmelerindeki adil olmayan hükümlere karşı tüketicileri korumak amacıyla



hükümler getirmiş olması bu koruma ihtiyacının somut göstergesidir. Ancak çalışmanın zaten çok geniş bir alanda çözüm üretme kaygısı konuyu biraz olsun sınırlandırma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Üretilen çözümlerin ne ölçüde adil olmayan bireysel sözleşme hükümleri açısından da uygulama alanı bulacağı yeri geldiğinde ifade edilecektir, ama bu alana ilişkin kapsamlı bir inceleme bu tezin içinde aranmamalıdır.

Yine aynı sebeple, ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan eşit iki sözleşme tarafının var olduğu farz edilebilen, dolayısıyla kural olarak iki tarafın da pazarlık yapma şansına sahip olduğu tacirler arasındaki sözleşmelerde GİŞ kullanılması olgusu da ancak bazı tekil sorunlar çerçevesinde ve tüketicilerle yapılan sözleşmelerden farklı olan yönlerini göstermek amacıyla dikkate alınmıştır.

Kapsam dışı bırakılan son alan ise sigorta şirketlerinin kullandığı genel işlem şartları olmuştur. Bunun en önemli nedeni Türkiye’de sadece sigorta genel şartları için geçerli idari bir ön denetim mekanizmasının kurulmuş olmasıdır. Her ne kadar bu durum ilgili hükümlerin ayrıca yargısal denetime tâbi tutulmasına bir engel oluşturmuyorsa da sorun odaklarının farklı konulara kayması kaçınılmazdır. Doktrinde de sigorta genel şartlarının, kendine özgü ve çok teknik bir branş olarak, her zaman ayrı inceleme konusu edilmiş olması bu tercihi desteklemiştir. Ancak burada ileri sürülen çözümlerin bünyesine uyduğu ölçüde sigorta genel işlem şartlarının denetlenmesinde de uygulanmasına bir engel düşünülemez.

### **Terminoloji:**

Çalışma içinde sürekli olarak tekrarlanan bazı kavramların burada açıklanmasında fayda vardır. “İşletmeci” veya “GİŞ-kullanan”, kendisinin veya başkasının kaleme aldığı genel işlem şartlarını sözleşmeye dahil eden ve bu şekilde bir menfaat elde etmeye çalışan sözleşme tarafını nitelendirmek için kullanılmıştır. GİŞ’in en fazla, bir iktisadi faaliyet gösteren, belirli bir mal veya hizmet sunan ve bu çerçevede bir işletme sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler tarafından kullanılıyor olması, kapsayıcı ve nötr bir kavram olarak “işletmeci” kavramının uygun düştüğü sonucuna götürmüştür. Ayrıca Avusturya Tüketicinin Korunması Kanununda (§ 1) kullanılan *Unternehmer* kavramından esinlenilmiş ve AB-yönergesinde tercih edilen ve meslek sahibi olarak tercüme edilebilecek *Gewerbetreibender* kavramını da karşılayabileceği düşünülmüştür. Teknik bir terim olan tacirin kullanılmasından, GİŞ denetiminin uygulama alanını sınırlandırabileceği, tacir olarak nitelendirilmeyenleri dışlayabileceği düşüncesiyle kaçınılmıştır. “GİŞ-kullanan” kavramı ise, “düzenleyen” kavramına nazaran özellikle tercih edilmiştir, zira kendisi GİŞ düzenlemeyen, ancak başkasının düzenlediği GİŞ’i kullanarak sözleşme akdeden kişinin denetimden kurtulabileceği sonucuna varılması engellenmek istenmiştir.

Bu noktada da Alman GİŞ-yasasında hakim olan *Verwender* kavramı örnek oluşturmuştur.

Sözleşmenin GİŞ kullanmayan tarafı ise “müşteri”, “tüketici”, “karşı âkit” gibi kavramlarla tanımlanmıştır. “Müşteri”, kendisine GİŞ dayatılan kişinin özellikleri hakkında herhangi bir veri içermemektedir, tüketici kadar tacir de bu kapsamda sayılabilir. Ancak tezin asli amacı tüketiciler açısından GİŞ sorununa bir çözüm üretmek olduğundan sık sık “tüketici” kavramına da yer verilmiştir. Tüketici, olumsuz bir tanımlama ile tacir olmayan kişidir. Yani sözleşmesel bir edimden kişisel olarak faydalanmak isteyen ve bunu tüketmek niyetiyle hareket eden nihai kullanıcı söz konusudur; Yoksa işleyip bir üçüncüye devretme amacı güdülmektedir<sup>6</sup>.

Son olarak “genel işlem şartları” kavramının yanı sıra “iltihaki sözleşme” ve “standart sözleşme” kavramlarına yer verildiği belirtilmelidir. Genel işlem “şartları”ndan bahsetmek genel işlem “koşulları”na nazaran tercih edilmiştir, çünkü, gerek Yargıtay kararlarında yerleşmiş olan gerekse doktrinde ağırlıklı olarak kullanılan kavram budur. *Saleilles* tarafından Fransız hukuku için ortaya atılan “contrat d’adhesion” kavramından esinlenen “iltihaki sözleşme” terimini ise sadece kamusal bir makamla akdedilen sözleşmeler için kullanmak tercih edilmiştir<sup>7</sup>. Zira bu tür sözleşmelerin içeriğini değiştirmek sık sık *hukuken* mümkün değilken, GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde müşterinin bunları değiştirmesine hukuken bir engel olmamakla birlikte *fili durum* bunları aynen kabule zorlamaktadır. “Standart sözleşme” ise, genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeyi bir bütün olarak ifade etmek için kullanılmış olan terimdir.

<sup>6</sup> *Dauner-Lieb*, 13

<sup>7</sup> aynı yönde *Merz*, SJ 1975,193,194. Nitekim Yargıtay da bu şekilde bir kullanım tercih etmektedir: Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746,749; Y4HD 20.3.1980, 1671/3675, YKD 1981, 826,827



BİRİNCİ BÖLÜM:  
**HUKUK POLİTİKASI AÇISINDAN GENEL İŞLEM  
 ŞARTLARI**

**Ş 2. Genel İşlem Şartlarının Hukuksal Meşruluk Zemini:  
 Sözleşme Özgürlüğü İlkesi**

I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Düşünsel Temelleri

Sözleşme, herhangi bir hakimiyet unsuru olmayan bir alanda eşit bireyler arasındaki ilişkileri hukuken düzenlemeye hizmet eder<sup>1</sup>. Bireyler arası ilişkileri genel olarak düzenleyen hukuk karşısında, sözleşmenin özel bir konumu vardır. Sözleşme, sınırlı bir zaman kesiti ve sınırlı sayıda insan için sadece belirli konuları düzenler. Ancak bu düzen, bireylerin kendisi tarafından yaratılmıştır, onlara herhangi bir otorite tarafından dayatılmamıştır<sup>2</sup>. Kuşkusuz her sözleşmesel düzenin genel hukuk düzeni tarafından tanınmaya ihtiyacı vardır, ancak bu, sözleşmelerin kaynağını tarafların irade özerkliğinde bulmasını ve bu nedenle genel hukuk düzeni karşısındaki bağımsızlığını etkilememektedir<sup>3</sup>.

Hukuk düzeni belirli sınırlar içinde, hukuk sùjeleri arasındaki “özel” ilişkilerin oluşturduğu alana müdahale etmekten kaçınmakta ve bu alanda bireyler tarafından yaratılan sözleşmeleri tanımayı ve bunlara mahkeme önünde koruma vermeyi kabul etmektedir<sup>4</sup>. Sözleşme özgürlüğü ilkesi bir kurum olarak günümüz hukuk düzenleri tarafından kabul edilmekte ve özel hukukun en önemli yapısal elemanı olarak değerlendirildi-

<sup>1</sup> Raiser, DJT, 104; ayrıca bkz. *Biedenkopf*, FS Böhm, 113vd.; *Böhm*, Demokratie, 3,8; *Soyer*, 136

<sup>2</sup> *Meyer-Cording*, 46

<sup>3</sup> Raiser, DJT, 105; *Flume*, Rechtsgeschäft, 6; *v.Hippel*, Kontrolle, 27; *Schuler*, 128

<sup>4</sup> *Serozan*, JBl 1983, 561

rilmektedir<sup>5</sup>. Bu tespitin doğal sonucu, sözleşmenin ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin günümüz hukuk düzenlerince savunulmasının temelinde bir değer yargısının yattığının kabul edilmesidir<sup>6</sup>. Sözleşme bir hukuk kurumu olarak belirli tarihi ve politik önkoşulların varlığına bağlıdır. Kural olarak sadece bütün bireylerine kendi menfaat alanları içinde özgürce karar verme ve bu kararlar doğrultusunda hareket etme hakkını tanıyan toplumsal düzenler içinde sözleşme var olabilir<sup>7</sup>. Ancak bugün için doğal karşılanabilecek bu olgunun, hukuk tarihine göz atıldığında, birçok hukuk düzeni için teyit edilmesinin mümkün olmadığı görülecektir.

Aşağıda öncelikle sözleşmeyi özel hukukun temel kavramı haline getiren bu tarihsel gelişme incelenecek ve bu anlayışın yasalara nasıl yansıdığı ele alınacak, daha sonra ise sözleşme kavramına bakışta 20. yüzyılda yaşanan değişim kavranmaya çalışılacaktır. Genel işlem şartları sorununun temelinde sözleşme özgürlüğünün tek taraflı olarak kötüye kullanılması olgusunun yatması bu incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Zira ancak sözleşme “özgürlüğü”nden hangi hallerde bahsedebileceğimizi tespit etmemiz halinde bu özgürlüğün sınırlarını tayin etmemiz mümkün olabilir. Aynı zamanda Borçlar Kanununun üzerine kurulu olduğu değer yargılarının anlaşılması açısından da bu inceleme önemlidir. Çünkü ancak bu şekilde bu kanunun sunduğu imkanlar aracılığı ile GİŞ sorununa bir çözüm üretip üretemeyeceğimiz anlaşılabilir. Yasanın sistemi ve ruhu ile çalışmeyecek, özel hukuk sistemimizle en iyi şekilde bütünleşecek çözümü bulmak için öncelikle bu sistemin ve değer yargılarının kavranması gerektiği açıktır.

### 1. Feodal Toplum Düzeninden Endüstri Toplumuna Geçiş

Orta çağa damgasını vuran feodal, korporatif toplumda, sosyal düzen, statüler tarafından belirlenmekteydi<sup>8</sup>. Birey, sabit toplumsal konumlar içinde doğmakta ve hayatının sonuna kadar kural olarak bu statüde kalmaktaydı. Kilise, şehir ve toprak mülkiyeti bu sistemin temelinde yatan kurumlardı<sup>9</sup>. Din görevlisi, soylu veya serf olarak doğan insan-

<sup>5</sup> Unutulmamalıdır ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında sözleşme özgürlüğü, temel haklar başlığı altında ele alınmıştır (AY m.48). Alman anayasasında açık bir hüküm yer almamakla birlikte, sözleşme özgürlüğü, anayasanın 2.maddesinde düzenlenen kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının bir uzantısı olarak kabul edilmiştir (Raiser, JZ 1958, 1,5; v.Hippel, Kontrolle, 20; Höfling, 6vd.; Pflug, 65; aksi görüşte, Huber, Vertragsfreiheit, 21).

<sup>6</sup> Raiser, JZ 1958, 1; Schuler, 135-136

<sup>7</sup> Raiser, DJT, 105

<sup>8</sup> bkz. Sirmen, Oğuzoğlu Armağanı, 441,442

<sup>9</sup> Wiethölter, Rudolf, Rechtswissenschaft, Basel, Frankfurt a.M. 1968, 168; Egger, Rechtsethik, 3

lar tanrı tarafından yaratıldığı kabul edilen bir düzen içinde yaşamaktaydı<sup>10</sup>.

Ancak 17. ve 18. yüzyıla hakim olan düşünce akımları gerek bireyi gerekse onun oluşturduğu bu toplulukları yeniden tanımlamaya başlamıştır. Reformasyon, hümanizm ve aydınlanma, doğal hukuk felsefesi<sup>11</sup> ve fizyokratların ekonomik öğretileri - hepsinin ortak amacı insanı geleneksel düzenin ve otoriter korporatif yapının kışkacından kurtarmaktır. Bu öğretiler insanın özgürlüğünü ilan etmişlerdir<sup>12</sup>. Zincirler içinde doğmuş olsa bile insan özgürdür ve mantık yürütme yeteneğine sahip olduğu için egemendir. Kendi kaderini belirleme hakkı onda olduğu için sayısı o şekillendirir, toplumsal düzen ve devlet onun mantığının ürünleridir.

İşte 1789 Fransız devrimi ile siyasal ve toplumsal yaşamda yeterince etkisini gösterememiş olan bu düşünceler hayata geçirilmiş ve ana-kronik toplumsal yapılar ayıklanmıştır<sup>13</sup>. Yasa önünde eşitlik düşüncesi yerleşmiş, devlet faaliyetlerinin sadece bazı istisnai haklara sahip azınlıkların, loncaların ve korporasyonların işi olduğu düşüncesi terk edilmiştir. Meslek, ticaret ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri kabul edilmiş, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar kaldırılmış, toprağa bağlı olarak çalışan serfler serbest bırakılmıştır<sup>14</sup>. İnsanın doğuştan, vazgeçilemeyen ve devredilemeyen haklara sahip olduğu ve sadece insan olarak belirli bir değer ifade ettiği kabul edilmiştir. Devletin toplumsal hayata müdahale

<sup>10</sup> *Hattenhauer*, Hans, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4. Aufl. Heidelberg 1996, § 8 N.16-18; *Rehbinder*, FS Hirsch, 141,150

<sup>11</sup> Doğal hukuk aslında helenistik felsefeden günümüze kadar devam eden düşünsel bir gelenek üzerine kuruludur (*Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.Aufl. Göttingen 1962, 249vd.). Ancak aydınlanma ile birlikte doğal hukuka verilen anlam da yeni bir içerik kazanmıştır. Rasyonel doğal hukukun temellerini *Hugo Grotius* atmış, daha sonra Almanya'da özellikle *Samuel von Pufendorf*, *Christian Thomasius* ve *Christian Wolff*, Fransa'da *Charles Montesquieu* İngiltere'de *John Locke* ve *Thomas Hobbes* bu düşünceyi geliştirmişlerdir. Genelde hepsinde ortak olan düşünceye göre, insanlar bir doğal yaşama döneminden sonra mülkiyet ilişkilerinin düzenlenmesinde ortaya çıkan kaos nedeniyle bir üst otoriteye ihtiyaç duymuşlar ve bu nedenle aralarında akdettikleri toplumsal sözleşme ile doğal yaşama döneminden toplumsal yaşama geçmişlerdir (örn. *Locke*, John, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 5.Aufl., Frankfurt a.M., Suhrkamp 1992, 260vd.; ayrıca bkz. *Coing*, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., Berlin 1985, 32vd.; *Eisenhardt*, N.274; *Schlosser*, Hans, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg 1982, 49vd.). Ancak böylesi bir sosyal sözleşme kuramının önkoşulu bütün bireylerin eşit olduğunun kabul edilmesidir. Artık ayrıcalıklı statüler ve feodal gruplar var olamaz (*Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75,84; ayrıcalıklı statülerin niteliği için bkz. 104vd.). Devletin görevi ise özgürlük, eşitlik ve mülkiyet hakkı gibi her insanın doğuştan sahip olduğu, vazgeçilmez hakların koruyuculuğunu yapmakla sınırlıdır.

<sup>12</sup> *Egger*, *Rechtsethik*, 1vd.; *Bauer*, 22; *Geissler*, *JuS* 1991, 617,620

<sup>13</sup> *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75,77

<sup>14</sup> *Rehbinder*, *Einführung*, 15; *Coing*, FS Böhm, 75,77

olanakları sınırlandırılmış, sivil toplumun sınırsız gelişmesi için bütün olanaklar yaratılmıştır<sup>15</sup>.

18. yüzyılda başlayan ve 19. yüzyılda doruk noktasına ulaşan endüstri devrimi ise böylesi bir düşünce yapısının var olduğu bir toplumda etkilerini göstermeye başlamıştır. Teknolojik buluşlar sayesinde demir-çelik ve kömür, kimya ve elektronik endüstrisi gelişmiş, ulaşım alanında büyük ilerlemeler kaydedilmiştir<sup>16</sup>. Özellikle demiryolunun bütün Avrupa'da yaygınlaşması kapalı tarım ekonomisinin yıkılmasını beraberinde getirmiş ve yerini uluslararası bir ekonomik ağ almıştır<sup>17</sup>. Ekonomik gelişme feodal ve korporatif bir yapıya sahip olan toplum düzeninden daha özgürlükçü ve genişlemeye yönelik endüstri toplumuna geçişi kolaylaştırmıştır. Zanaata ve tarıma dayalı ekonomik model yerini, endüstriyel imalata bırakmış; serbest işletmeci modeli hakim olmaya başlamıştır<sup>18</sup>. Bu gelişme, üretimin, sermayenin ve toprağın devingenleşmesini beraberinde getirmiş ve böylelikle paraya dayalı ekonomik sistem yerleşmiştir.

## 2. 19.Yüzyıl ve “Brakınız Yapsınlar, Brakınız Geçsinler (Laissez-Faire, Laissez-Passez)” Mitosu

18. yüzyılın sonları ilk defa iktisadi ilişkilerin kuramsal olarak incelendiği ve planlı olarak bir iktisat politikasının şekillendiği dönemdir<sup>19</sup>. Bunda en önemli etkenlerden biri toplumsal altyapıda yaşanan değişikliktir. Ulusal ekonomilerin tarıma dayalı olduğu dönemde, aralarında herhangi bir koordinasyon olmaksızın, kendi kendilerini yöneterek faaliyet gösteren tarımsal işletmeler ve bunlara bağlı olarak çalışan küçük esnaf grupları toplumun altyapısını oluşturmaktaydı. Ekonomik faaliyetlerin büyük bir bölümü açısından bu işletmeler özerk ve piyasadan bağımsızdılar; yalnızca gereksinimlerinin sınırlı bir bölümü için yabancı edimlere muhtaçtılar. Oysa endüstrileşmeyle birlikte ulusal ekonomilerde işbölümü esası hakim olmaya başlamış, özerk ve yarı özerk kurumlar ortadan kalkmış ve işletmeler birbirlerinin ürettiği mallara bağımlı hale gelmişlerdir<sup>20</sup>. Artık birbirinin yanı sıra ve kopuk faaliyet gösteren işlet-

<sup>15</sup> Hattenhauer, Hans, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. Heidelberg 1996, 126vd. N.261vd. Kuşkusuz Fransız devrimi ekonomik özgürlük, mülkiyet ve ticaret özgürlüğü alanında doğurduğu olumlu sonuçları siyasal alanda doğuramamıştır. Aksine eski rejimden daha sınırsız yetkilerle Napoleon I iktidarı ele geçirmiş ve mutlak monarşi dönemi başlamıştır (Coing, Epochen, 90).

<sup>16</sup> Coing, FS Böhm, 101, 104; Egger, Rechtsethik, 19;

<sup>17</sup> Raiser, AGB, 15; Coing, Privatrecht, 80, Caroni, 41

<sup>18</sup> Wieacker, JJB. 9 (1968/1969), 1,2

<sup>19</sup> Coing, FS Böhm, 101,104; Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 104; Pflug, 71

<sup>20</sup> W.Schmid, 195

meler modeli tarihe karışmış; ancak bunun sonucunda, ulusal ekonomileri yönlendirecek ve kaynakların en elverişli dağılımını sağlayacak bir mekanizmaya ihtiyaç doğmuştur.

1776 yılında *Adam Smith*, ulusların refahını konu alan çalışmasında<sup>21</sup> klasik liberal iktisat kuramının temel taşlarını atmıştır<sup>22</sup>. *Smith*'e göre ancak çekim merkezini “doğal fiyatın” oluşturduğu bir piyasa, kaynakların optimal dağılımını sağlayabilecektir. Piyasadaki fiyatın doğal fiyata nazaran artışı o mala olan talebin de arttığını göstermekte ve bu alanda yatırım yapılmasına işaret etmekte; aksine piyasa fiyatının doğal fiyatın altına düşmesi yatırımların yanlış alanda yapıldığını göstermektedir<sup>23</sup>. Bu değiş tokuş ilişkisine hukuki yollardan müdahale ederek sözleşme eşitliğini sağlamaya çalışmak, kendi kendine oluşacağı kabul edilen pazar dengesini olumsuz yönde etkileyecektir.

Ancak pazarı düzenleyen bu “görünmez el”in (invisible hand) işlevini yerine getirebilmesi için pazarın yapısı ve iktisadi sűjelerin motivasyonuna ilişkin çeşitli koşulların gerçekleşmiş olması gerekir<sup>24</sup>. Arz tarafında çok sayıda ve birbirleriyle rekabet içinde bulunan, piyasaya sürdükleri mal miktarı ile fiyatın oluşumuna dolaylı olarak etkide bulunan bir polipol yer almaktadır. Talep tarafında ise bilinçli ve özerk bireyler ihtiyaçlarını ifade ederek piyasa fiyatının oluşumuna katkıda bulunmaktadır. Pazara giriş bir sınırlamaya tâbi değildir, pazarın kendisi tamamıyla saydamdır ve bütün piyasa tarafları bilgilenmiştir. Üretici kazanç, tüketici de fayda maksimizasyonu hedefini gütmektedir (homo oeconomicus)<sup>25</sup>. Bu bencil motivasyonlar, üretimin artması, rekabet ve pazarların karşılıklı bağımlılığı sayesinde en yüksek faydaya dönüştürülmektedir<sup>26</sup>.

Bireylerin kendilerine arz edilen mallar ve hizmetler arasında bilinçli bir tercihte buldukları farz edilebileceğinden, bu edimleri en düşük fiyata ve en iyi koşullarda sunan üreticinin pazar payını geliştirme şansı daha fazla olacaktır. Bu ise diğer üreticileri aynı koşullara kendini uydurmaya zorlayacak; rekabet, fiyatların suni olarak yükselmesini ve kalitenin düşmesini engelleyecektir. Ulusal kaynakların en verimli şekilde kullanılması rekabet ortamı sayesinde gerçekleşecektir<sup>27</sup>.

Böylelikle yoğun işbölümüne dayalı bir ulusal ekonominin idare edilmesi gibi, doğası gereği siyasal olması gereken bir görev hükümetle-

<sup>21</sup> An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations, London 1776

<sup>22</sup> Fizyokratların *Smith* üzerindeki etkisi hakkında bkz. *Starbatty*, 9

<sup>23</sup> *Pflug*, 72; *Böhm*, *Freiheit*, 195,199

<sup>24</sup> *E.Schmidt*, *JZ* 1980, 153,154

<sup>25</sup> *E.Schmidt*, *JZ* 1980, 153,154; *Dauner-Lieb*, 52. Serbest pazar ekonomisinin aktörü olan rasyonel ve bencil insanın özellikleri hakkında bkz. *Schäfer/Ott*, 46vd.

<sup>26</sup> *Pflug*, 78; *Kessler/Gilmore/Kronman*, 5; *Özel*, 59

<sup>27</sup> *Dauner-Lieb*, 53; *Kramer*, *KritV* 1986, 270,271



rin görev alanından çıkmış ve piyasa fiyatının denetimine bırakılmıştır. İşte klasik liberal ekonomik modelin 18. yüzyılın özgürlük savaşımına en büyük katkısı bu mekanizmanın keşfinde yatmaktadır. Bu şekilde bireyleri ulusal ekonomi açısından en doğru şekilde hareket etmeye teşvik etme görevi hükümetlerin yetki alanından çıkarılmış, bu teşvik mekanizmasının kendi kendine işleyeceği belirlenmiştir<sup>28</sup>. Hükümetlerden beklenen yegane faaliyet, pazarın piyasa fiyatı etrafında oluşabilmesi için gerekli olan sosyal ve siyasal çerçeve koşulları sağlamalarıdır. Bunlar iç ve dış güvenliğin ve yargının işlerliğinin sağlanması, halkın eğitilmesi, altyapının oluşturulması gibi birey inisiyatifine bırakılamayacak hizmetlerden ibarettir<sup>29</sup>. Bunun dışında bireylerin ve dolayısıyla ulusun refah düzeyinin artırılması “laissez-faire”<sup>30</sup> ilkesinin mutlak olarak uygulanmasına bağlı kılınmıştır<sup>31</sup>.

### 3. Sözleşme Kurumunun Rolü

Toplumsal ve ekonomik alanda yaşanan bu gelişmelerin hukuksal alana yansması ise sözleşme kurumu üzerinden gerçekleşmiştir. Bir yandan toplumsal sözleşme adı altında doğal hukukçular tarafından devletin temeline oturtulan sözleşme, diğer yandan liberal ekonomik modelin kilit kavramı haline gelmiş<sup>32</sup> ve içeriği büyük bir değişime uğramıştır.

İşbölümü üzerine kurulu olan kapitalist ekonomide arzın ve talebin karşılanması ve dengelenmesi piyasa üzerinden gerçekleşmektedir. Bireyler gerek üretici, gerek tüketici, gerek işletmeci veya sermayedar, gerekse işçi olarak piyasanın aracılığına ihtiyaç duymaktadır<sup>33</sup>. Ancak piyasadaki bu değiş tokuş ilişkisinin bir hukuki kalıp içinde gerçekleşmesi gerekmektedir. İşte bu kalıp **sözleşmedir**<sup>34</sup>.

Sözleşme kurumunun büyük bir gelişme göstermesindeki en önemli etken otonom, kendi kendine yeten kapalı ekonomik modelin yerini işbölümüne ve bunun zorunlu sonucu olan değiş tokuşa dayalı piyasa

<sup>28</sup> Böhm, Freiheit, 195,197

<sup>29</sup> Viner, JLEcon 1960/1961, 45,59; Rehbinden, Einführung, 17; Starbatty, 38vd. Ferdinand Lassalle'nin deyimiyile bir “gece bekçisi” devleti söz konusudur (Wiethölter, Rudolf, Rechtswissenschaft, Basel, Frankfurt aM. 1968, 174).

<sup>30</sup> Bu kavramın nereden geldiği konusunda bkz. Viner, JLEcon 1960/1961, 45vd.

<sup>31</sup> Viner, JLEcon 1960/1961, 45,60; W. Schmid, 202

<sup>32</sup> Egger, Rechtsethik, 14. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaiser, Andreas, Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, Berlin 1972; Gordley, James, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1991.

<sup>33</sup> Raiser, AGB, 16

<sup>34</sup> Rittner, FS Sölter, 27, 28; Zöllner, 24

ekonomisine bırakmasıydı<sup>35</sup>. Daha önce de sözleşme olgusu bilinmekle birlikte bu kavram dinamiğini ancak feodal ilişkilerin aşılmasından sonra, endüstrileşmeye paralel olarak geliştirmeye başlamıştır<sup>36</sup>. Nüfus artışı ve endüstrileşme kitlesel hizmet sunumu ve kitlesel üretimi beraberinde getirmiş, üretim birimlerinin kapasitesinin artışı ile doğru orantılı olarak dağıtım süreci de çeşitlenmiştir. Sermaye ve iş gücünün artışı ile malların üreticiden tüketiciye akışında ara birimlerin doğması bu dönem için belirleyici olmuştur.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin taraflara, ilişkilerini yasalar çerçevesinde özgürce şekillendirme hakkı vermesi bu dinamiğin kaynağında yatmaktadır. Bireyin hukuki konumunun artık hiyerarşik bir düzen içindeki sosyal konumuna bağlı olmaması, aksine bu konumunu yetenekleri ve yaratıcılığı sayesinde, kapitalist ekonomik düzen içinde sözleşme özgürlüğü vasıtasıyla özgür ve sorumlu bireyin kendi kendine belirlemesi feodal hukuk düzeninden medeni hukuka geçişte belirleyici olandır<sup>37</sup>. Bu açıdan sözleşme özgürlüğü, o dönemin özgürlük paradigması olarak tanımlanmış<sup>38</sup> ve 19. yüzyıl bazı yazarlar tarafından “sözleşme yılları” (the years of contract) olarak anılmaya başlanmıştır<sup>39</sup>.

19. yüzyılın açık toplumunda, “laissez-faire” ilkesine sadık kalınmasının, bireyin özgürlüğünü ve saygınlığını azaltmayacağı, aksine sosyal adaletin ancak bu yoldan sağlanabileceği görüşü ağır basmaktaydı<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Merz, Massenvertrag, 313, 314; ayrıca bkz. Sirmen, Oğuzoğlu Armağanı, 441,442

<sup>36</sup> Orta Çağda kullanıldığı anlamıyla sözleşme, bireyin içinde bulunduğu toplumsal konumun (statü) değiştirilmesi amacına hizmet etmekteydi. Örneğin evlilik sözleşmesi, tumar sahibi olabilmek, şövalye veya rahiplik statüsünü kazanmak için akdedilen sözleşmeler (Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen 1980, 399-401; W.Schmid, 38; Meyer-Cording, 9; Rehbinder, FS Hirsch, 141,151; Sirmen, Oğuzoğlu Armağanı, 441, 443). Bu açıdan bakıldığında bu gün belirleyici olan anlamıyla sözleşmenin son derece sınırlı bir uygulama alanı vardı (Höfling, 1; Kessler/Gilmore/Kronman, 20). Sir Henry Maine'in 1864 yılındaki tespiti bu noktada önem taşımaktadır. Maine'e göre toplum, bütün ilişkilerin aile etrafında yoğunlaştığı bir yapıdan aynı ilişkilerin bireylerin özgür iradeleri sonucu karşılıklı uzlaşmaya vararak kurulduğu bir yapıya doğru evrim geçirmiştir. Gelişen toplumların göstergesi bir ölçüde statüden sözleşmeye geçişle (from status to contract) tanımlanmaya başlanmıştır (Maine, Henry Sumner, Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas, 1861 (aktaran Rehbinder, FS Hirsch, 141,144). Ayrıca karş. Kessler/Gilmore/Kronman, 5 ve 19; Raiser, JZ 1958, 1,2; Isaacs, Nathan: “The Standardizing of Contracts”, Yale Law Journal XXVII (1917-1918), 34-48; Rehbinder, Einführung, 15; Caroni, 67). Roma hukukunda da tarafların iradesine dayalı, herhangi bir şekle bağlı olmadan akdedilen borç sözleşmesi kavramının ancak sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu konusunda Eisenhardt, N.321.

<sup>37</sup> Rehbinder, FS Hirsch, 141,145; Huber, Vertragsfreiheit, 14

<sup>38</sup> Höfling, 1

<sup>39</sup> bkz. Wolf, Rechtsgeschäftliche, 9; Hurst, James Willard, Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States, 1956, 18

<sup>40</sup> Kessler/Gilmore/Kronman, 6; Berner Kommentar/Kramer, Art.19/20 N.23

Sözleşme kurumunun, içeriğinin adil olması konusunda bir teminat oluşturduğu kabul edilmekteydi, zira iki tarafın da ekonomik açıdan doğru hareket etme, yani kendisi açısından en iyi menfaat dengesini kurma *olanağı* sözleşme ile verilmiştir. Bu olanaktan faydalanmamanın olumsuz sonuçları bireyin kendi riziko alanına girer ve hukuktan daha sonra bu alanda bir koruma bekleyemez<sup>41</sup>. Liberal sözleşme modeli meşruluğunu sözleşmenin kurulma biçiminde bulmaktadır, yoksa sözleşmenin içeriğinde değil<sup>42</sup>. Bu şekilde adalet düşüncesinden soyutlanmış bir yaklaşım sergilemektedir<sup>43</sup>.

#### 4. 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Geçerken Kanunlaştırma Hareketleri

Hukuk tarihi açısından bu yüzyıllara bakıldığında ilk dikkati çeken gelişme arka arkaya bütün Avrupa ülkelerinde kanunlaştırma hareketlerinin yaşanmış olması ve devletlerin, kendi sınırları içinde yeknesak uygulamaya sahip olacak hukuk düzenleri yaratma yolunu seçmiş olmalarıdır. Yukarıdaki sosyal ve ekonomik gelişmeler göz önünde tutulduğunda, hukuk birliğinin özellikle iki nedenle bu yüzyılın gündemini meşgul ettiği söylenebilir.

Kanunlaştırma hareketleri, öncelikle düşünsel alanda yaşanan gelişmelerin dışavurumu olmuştur. Özellikle Fransız devriminden beri Avrupa'da savaşımları verilen modern ulus devletinin oluşumundaki en önemli etkenlerden birinin o ülke topraklarında uygulanan ortak hukuk düzeninin olduğu görüşü etkili olmuştur<sup>44</sup>. Diğer yandan özel hukukun kanunlaştırılması, devlet ve sivil toplum arasındaki sınırın çizilmesinin en önemli teminatı haline gelmiştir. Bu şekilde bireylerin devlet müdahalesine uğramadan özgürce hukuki ilişkilerini şekillendirebildikleri alanın sınırları çizilmiştir<sup>45</sup>. Liberal ekonominin hukuku, devlet/toplum ayrımı

<sup>41</sup> *Dauner-Lieb*, 56

<sup>42</sup> *Baudenbacher*, AGB, 210; *Wessner*, ZSR 1986, 161,162. Bu nedenle iradenin oluşumundaki sakatlıklar BK'da ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İradenin özgürce oluşumu için gerekli şartların var olması halinde sözleşme eşitliğinin kendiliğinden oluşacağı kabul edilir (*Bürgi*, 11-12).

<sup>43</sup> *Luhmann*, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 1987, 327

<sup>44</sup> *Wieacker*, *Industriegesellschaft*, 80; *Coing*, *Privatrecht*, 72; ayrıca bkz. *Oğuzman*, *Medeni Hukuk*, 12 vd.

<sup>45</sup> *Wieacker*, *Industriegesellschaft*, 93. *Franz Böhm*'e göre, Fransız devriminin beraberinde getirdiği toplumsal ve ekonomik değişimlerin en önemli sonucu, toplumun, *özel hukuk toplumuna* (*Privatrechtsgesellschaft*) dönüşmesi olmuştur. Devlet/toplum ikiliği üzerine kurulu bu kavram, sivil toplumun en önemli özelliği olarak, bireyin ilişkilerini özgürce düzenleyebileceği ve devletin müdahale edemeyeceği hukuki alanı, yani özel hukuk alanını öne çıkarması ile dikkati çeker (bkz. *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75vd.) Alman hukuk çevresinde bu kavram yaygın şekilde kullanılmakta ve günümüze kadar hukuk düzeninin belirleyici özelliklerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Bkz. *Zöll-*

üzerine kurulmuştur<sup>46</sup>. Son olarak toplumun eski feodal ve otoriter güçlerden arındırılması düşüncesi, eşitlikçi ve özgürlükçü ortak bir hukuk düzeninin yaratılmasıyla ilişkilendirilmiştir<sup>47</sup>.

Ekonomik alanda yaşanan gelişmeler ise kanunlaştırma hareketlerinin ikinci önemli gerekçesini oluşturmaktadır. Serbest pazar ekonomisinin bütün Avrupa'da uygulanmaya başlanmasıyla eski feodal toplum düzeninin gereklerine cevap veren hukuk düzenlerinin yenilenmesi ihtiyacı doğmaktaydı. Erken 19. yüzyıldan itibaren özel hukuku, yeni ekonomik düzenin hukuku olarak yeniden şekillendirme ihtiyacı doğmuştur. Serbest piyasa ekonomisinin uygulanmasını, mevcut toplumsal yapı içinde sınırlandıracak kurumların kaldırılması ve özellikle sözleşme, haksız fiil, taşınır ve taşınmazlara ilişkin hukuk düzeninin yeniden şekillendirilmesi, ticaret hukuku ve kurumlarının geliştirilmesi gerekmektedir<sup>48</sup>.

Nitekim 19. yüzyılın başlarında arka arkaya üç önemli kanunlaştırma hareketi yaşanmış ve bu toplumsal ihtiyaçlara cevap verilmeye çalışılmıştır. İlk önce, henüz 18. yüzyılın sonunda, Prusya Genel Kanunu<sup>49</sup> kabul edilmiş, bunu 1804 yılında Fransız Medeni Kanunu ve 1811 yılında Avusturya Medeni Kanunu takip etmiştir. Kuşkusuz doğal hukukun ve yüzyılın özgürlük arayışlarının en güzel temsilcisi Fransız Medeni Kanunu olmuştur.

Fransız Medeni Kanununda sözleşme hukukunu iki temel düşünce belirlemektedir: sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye sadakat. Birey açısından istediği kişi ile, istediği şekilde ve istediği içerikli bir sözleşmeyi meydana getirebilmeyi ifade eden böylesi bir sözleşme özgürlüğü anlayışı o dönemin bütün iyimserliğini yansıtmaktaydı<sup>50</sup>. Taraflar kendileri için en iyi olanı bilirler, kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilir ve sözleşme yoluyla var olan çıkar çatışmasını uzlaştırabilirler. 19. yüzyılın hukukçularına göre “qui dit contractuel, dit juste” (Sözleşmeyle kararlaştırılan her zaman adildir) ilkesi mutlak geçerliliğe sahipti<sup>51</sup>. Nitekim söz-

---

ner, Privatrechtsgesellschaft, 1996, s.21 ve özellikle dn.28'deki atıflar; *Canaris*, FS Lerche, 873; *Bydlinski*, Privatrechtsgesellschaft und Rechtssystem, FS Raisch, 1995, 7, ayrıca bkz. *Hayek*, F.A. Gesetzgebung und Freiheit, Band 2: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, 1981, 54. Yazara göre insanların somut ortak hedefler üzerinde anlaşma zorunluluğu olmaksızın, sadece *soyut kurallar* çerçevesinde, barış içinde, kendi çıkarlarını güderek yaşayabileceklerinin keşfedilmesi insanlığın yaptığı belki de en önemli keşiftir (184).

<sup>46</sup> *Baudenbacher*, AGB, 75; *Serozan*, Giriş, § 2 N.3

<sup>47</sup> *Wieacker*, Industriegesellschaft, 80; *Zöllner*, 23

<sup>48</sup> *Coing*, FS Böhm, 101,107; *Caroni*, 43 ve 45vd. Özel hukukun bu alandaki “ayrıcalıklı” konumu için bkz. *Eisenhardt*, N.514

<sup>49</sup> Bilgi için bkz. *Eisenhardt*, N.293-304

<sup>50</sup> *Egger*, Rechtsethik, 16

<sup>51</sup> *Fouilles*, La science social contemporaine, 1881 (aktaran *Kramer*, Krise, 9 dn.3)

leşme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda yasa çok çekişken davranmış ve bir kaç özel norm dışında, sözleşmelerin denetimi kamu düzeni ve ahlaka aykırılık üzerinden gerçekleştirilmek istenmiştir<sup>52</sup>.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bütünleyicisi sözleşmeye sadakattir. Özgürce, herhangi bir irade sakatlığı olmaksızın akdedilen sözleşmelere uyulmak gerekir. Nitekim Fransız Medeni Kanunu Art.1134'de, hukuka uygun olarak meydana gelmiş olan sözleşmelerin onları akdedenler arasında **yasa** hükmünde olduğu kabul edilmiştir<sup>53</sup>. *Pacta sunt servanda* ilkesi hukuk güvenliğinin bir gereğidir ve mutlak riayeti gerektirir<sup>54</sup>.

Yaklaşık yüz yıl sonra yürürlüğe girmesine rağmen<sup>55</sup> Alman Medeni Kanununda da aynı ilkeleri bulmak mümkündür<sup>56</sup>. BGB § 305 sözleşme özgürlüğünü, § 903 mülkiyet hakkını ve § 1937'de vasiyet etme özgürlüğünü düzenlemiş ve bu özgürlüklerin sınırlarını çok geniş tutmuştur. Örneğin sözleşmelerde gabinin varlığını sıkı şartlara bağlamış ve henüz Roma hukukunda *laesio enormis* ve kilise hukukuna *iustum pretium* kurumlarıyla yerleşmiş olan adil sözleşme koşulları ilkesini yasaya aktarmamıştır<sup>57</sup>. Kant'ın öğretileri doğrultusunda, bireylerin, devlet müdahalesinden masun hukuki alandaki irade egemenliği, bu egemenliğin somutlaştığı irade beyanı ve bunun yansıması olan sözleşme Alman hukukunda ve doktrininde uzun yıllar tartışmaların içeriğini belirlemiştir. İradenin oluşumu, beyan ile irade arasındaki uyumsuzluğun sonuçları, ira-

<sup>52</sup> Egger, *Rechtsethik*, 16

<sup>53</sup> Art. 1134: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait"

<sup>54</sup> Egger, *Rechtsethik*, 17

<sup>55</sup> Almanya'da ulusal kanunların hazırlanması karşısındaki yoğun muhalefet Alman Medeni Kanununun hazırlanmasını geciktirmiştir. Bunun en önemli gerekçelerini Almanya'nın ulus devlete geçişindeki gecikme (1871) ve bu dönemde Almanya'da hakim olan tarihçi hukuk okulunun etkileri oluşturmaktadır. Savigny tarafından temelleri atılan bu okulun yaklaşımı hukukun organik bir bütün olduğu, toplumla birlikte geliştiği ve bir yasa koyucunun tekeli altında olamayacağıdır. Bu ekole göre ancak o gün için toplumda yürürlükte olan örf ve adet hukuku kurallarının tümüyle kavranmasının mümkün olması halinde bunların yasalaştırılması düşünülebilirdi. Oysa o dönem için Savigny bunun ön koşullarının gerçekleşmediği kanaatindeydi. Kuşkusuz bu okulun gelişmesinde önemli etkenlerden biri Almanya'da 19. yüzyılda Alman halkının (*Volksgeist*) bir değer olarak öne çıkarılması, Fransız devrimine ve doğal hukuka sırt çevrilmesi ve Romantizm akımı olmuştur (ayrıntılı bilgi için bkz. *Eisenhardt*, N.511-528; *Coing*, *Epochen*, 107).

<sup>56</sup> *Wieacker*, *Industriegesellschaft*, 15

<sup>57</sup> *Hönn*, 5. Özellikle Pandekt hukukunun etkileri bu noktada önem taşır. Zira buna göre hukuk sadece dogmatik ve kavramlarla sınırlıdır; hukuk politikası, etik, iktisat alanlarına ilişkin düşüncelere bu alana yansımaz; hukuk sosyal kaygılardan uzaktır (bkz. *Caroni*, 120). *Isele*'ye göre, geriye dönüp bakıldığında Alman Medeni Kanunu 20. yüzyılın uvertürünü oluşturmak yerine 19. yüzyılın son akorduna denk düşmektedir (*Isele*, *Helmut Georg*: "Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch", *AcP* 150 (1949), 1-27,3).

de öğretisi ile güven kuramının çatışması temel sorunlar olarak öne çıkmış bunun yanı sıra maddi açıdan sözleşme eşitliğinin sağlanması sorunu ise gündeme gelmemiştir<sup>58</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu, dönemin diğer büyük kanunları ile karşılaştırıldığında, kuşkusuz en sosyal özellikleri taşıyandır<sup>59</sup>. 19. yüzyılın sonuna doğru yaygın olarak yaşanan ekonomik bunalım, devletin ekonomiye bir ölçüde müdahalesi üzerine kurulu bir ekonomi politikasına geçişi beraberinde getirmiş; bu yeni yaklaşım ise Borçlar Kanununa yansımıştır. *Baudenbacher*'e göre özellikle 1866 tarihli Dresden taslağı, 1881 tarihli eski İsv.BK ve 1911 tarihli nihai İsv.BK metni karşılaştırıldığında bu farklılık göze batmakta, kademe kademe sosyal düşüncelerin kanuna yansıdığı dikkati çekmektedir<sup>60</sup>. Ancak her şeye rağmen İsviçre Borçlar Kanununun temelinde de irade özerkliği ve onun en önemli görünümünü oluşturan sözleşme yatar<sup>61</sup>. Bu sözleşmenin içerik sınırlarını kural olarak sadece ahlaka aykırılık, kamu düzeni ve gabin belirler. İrade özerkliğinin yokluğu ise temyiz kudretinden yoksunluk, hata, hile veya tehdit hallerinde kabul edilmiştir<sup>62</sup>. Dolayısıyla irade özerkliğinin diğer bir yönünü oluşturan, tarafların ikisinin de fiilen sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğüne sahip olup olmadığı sorunu ile yasa hiç ilgilenmemiştir. Doğrudan sözleşme içeriğine ilişkin emredici hükümler getirmek yerine adil sözleşme koşulları sağlayacağı düşünülen yönetime ilişkin kurallar getirilmiştir. Borçlar hukuku alanındaki yasal düzenlemelerin ezici çoğunluğu, sadece tarafların bir konuyu düzenlemeyi ihmal etmesi halinde devreye girecek yedek ("stepne") kurallardan oluşturulmuş, zayıf koruyucu, emredici hükümler getirmek ihtiyacı ise hissedilmemiştir<sup>63</sup>.

## II. Sözleşmenin Diyalektiği: Özgürlük Karşısında Eşitlik

Bu tarihsel perspektiften bakıldığında sözleşme özgürlüğü ilkesinin özel hukuk sistemimizin temel unsurunu oluşturması doğal karşılanmalıdır. Zira bu kavram hukuki olmanın yanı sıra politik ve ekonomik birçok değer yargısıyla da yüklüdür. Ancak bu durumda bizzat bu özel hukuk sisteminin ön koşul olarak kabul ettiği bağımsız, bilinçli, egoist bireyin ve sınırsız rekabetin var olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Zira söz-

<sup>58</sup> Hönn, 9-12

<sup>59</sup> Caroni, Einleitungstitel, 39

<sup>60</sup> *Baudenbacher*, AGB, 76. 1881 tarihli ilk İsviçre Borçlar Kanunu ile bugünün Borçlar Kanununun bu açıdan karşılaştırması için bkz. *Kramer*, ZSR 1983/I, 241,266vd.; ayrıca bkz. BGE 123 III, 292, 297

<sup>61</sup> *Merz*, Massenvertrag, 313; *Bauer*, 20

<sup>62</sup> ayrıntılı olarak *Serozan*, JBl 1983, 561,563-564; ayrıca bkz. *Raiser*, DJT, 101,130

<sup>63</sup> *Hatemi/Serozan/Arpacı*, 29



leşme özgürlüğü ilkesi yukarıda da açıklandığı gibi ancak sözleşmenin içeriğinin eşit pazarlık gücüne sahip kişilerin görüşmeleri sonucu oluşması halinde anlam kazanır. Klasik sözleşme konsepti eşit bireyler arasında, pazarlık sonucu sözleşmelerin meydana geldiği olgusundan yola çıkar<sup>64</sup>. Pazarlık ederek sözleşme içeriğine müdahale etme imkanı liberalizmin temel ilkelerinden biridir<sup>65</sup>. Sadece bu şekilde oluşan sözleşme içeriği tarafların hak ve borçları arasındaki en ideal dengeyi ifade edebilir.

Oysa bugün hâlâ geçerli olan özel hukuk sistemleri yaratılırken dahi sözleşme taraflarının pazarlık gücünün eşit olmadığı ortaya çıkmıştı<sup>66</sup>. Erken kapitalizm döneminde, şekli sözleşme özgürlüğünün tanınmasının hiçbir şekilde maddi sözleşme özgürlüğünü de beraberinde getirmediği, yalnızca ekonomik açıdan güçlü olanın sözleşme koşullarını belirleme imkanının olduğu, diğer tarafın ise genelde sadece bu koşullara boyun eğdiği anlaşılmıştı<sup>67</sup>. Hukuk önünde şekli eşitliğin ve irade özerkliğinin bir gelişmişlik göstergesi olduğu düşüncesinin yanıltıcı olduğu<sup>68</sup>, sosyal yapının hukuksal yapı ile tamamen örtüşeceği konusundaki inancın herhangi bir dayanağı olmadığı görülmüştü<sup>69</sup>. Eşitlik ve özgürlük, bireyin siyasal konumu açısından gerçekleştirilebilecek olsa bile iktisadi güçlerin kullanımı söz konusu olduğunda bağdaştırılması mümkün olmayan olgulardır. *Otto von Gierke*'nin zamanında çok doğru tespit ettiği gibi sözleşme özgürlüğü kuvvetli olanın elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde ise kör bir bıçak gibidir. Bu şekilde, düşünsel ve ekonomik üstünlüğün acımasızca suiistimal edilerek taraflardan birinin baskı altında tutulmasında bir araç haline gelmiştir sözleşme özgürlüğü<sup>70</sup>.

Sözleşme özgürlüğü ve adaleti arasındaki uçurum, özellikle hayal

<sup>64</sup> *Zweigert*, FS Rheinstejn, 493,503; *Patry*, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,368; *Bauer*, 73

<sup>65</sup> *Damm*, JZ 1994, 161,164; *Wessner*, ZSR 1986, 161; *Patry*, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,368

<sup>66</sup> *Stauder*, Unfair Contract Terms, 9,12; *Bürgi*, 12

<sup>67</sup> *Caroni*, 66; *Bauer*, 27; *Schenk-Engeler*, 8; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche, 10; *Raiser*, JZ 1958, 1,3; *Serozan*, JBl 1983, 561,562

<sup>68</sup> *Rehbinder*, FS Hirsch, 141, 153. Feodal toplumun hukuk düzeni ile kapitalist toplumun hukuk düzeni arasındaki en önemli farkın toplumdaki eşitsizliklere yaklaşım tarzında yattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Feodal hukuk düzeni, bu eşitsizlikler üzerine kurulu bir düzen olarak, bunları açıkça kabul ederken, kapitalist hukuk düzeni bunlar yokmuş gibi davranmayı tercih etmiştir. *Caroni*'nin benzetmesi ile feodal hukukun *fotoğrafi* bize feodal toplumun nasıl olduğunu gösterirken, medeni hukukun ancak *röntgeni*, arkasında yatan toplumu görme imkanı vermektedir(*Caroni*, 63)

<sup>69</sup> *Kramer*, Krise, 21; *Bauer*, 23. Anatole France'ın ifadesiyle yasa öyle bir yasadır ki fakire olduğu gibi zengine de köprü altında yatmayı, sokaklarda dilenmeyi ve ekmek çalmayı yasaklamaktadır (...qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain.)

<sup>70</sup> v.*Gierke*, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Frankfurt aM.1943, 22vd.; aynı yönde *Höfling*, 46

edilen mutlak rekabet ortamının sağlanamaması, aksine, artan oranda bir kartelleşmeyle karşı karşıya kalınması nedeniyle de artmıştır. Ekonomik güce sahip olanların, sözleşme özgürlüğü ilkesini ve sözleşme hukuku sistemini amacına aykırı olarak kullanarak güç yoğunlaşmasını kalıcı kılmaları imkanı doğmuştur<sup>71</sup>. Bunun yanı sıra gelişkin pazarlama teknikleri sayesinde müşterilerin özgürce ihtiyaçlarını belirleme ve seçme olanağı da ortadan kaldırılmıştır<sup>72</sup>.

Aslında eşitler arasındaki sözleşmesel ve sözleşme dışı ilişkileri düzenleyen ve bu tür güç yoğunlaşmaları karşısında kurumları ve kuralları önemli ölçüde zarar görecektir olan bir sistemin kendisinin bu yoğunlaşmaya sebep olması<sup>73</sup> haklı olarak sözleşme kurumunun diyalektiği olarak nitelendirilmiştir<sup>74</sup>. Aynı şekilde sınırsız rekabet de başlı başına rekabeti engelleyici anlaşmaları önlemekte yetersiz kalmaktadır. Bu kavram da devlet müdahalesi olmadığı sürece kendi kendini yok etmeye mahkumdur<sup>75</sup>.

### III. Sözleşme Hukukunda Yaşanan Değişim

20. yüzyıl hukuk tarihinin belirleyici özelliklerinden biri mutlak liberalizm modeli ve onun hukuk düzeninin yeniden gözden geçirilmesidir. Özellikle Birinci Dünya Savaşının ardından ve 30'lu yılların başında yaşanan dünya ekonomi krizi ile birlikte devletin hukuki düzenlemeler yoluyla ekonomiye müdahalesinin zorunlu olduğu anlaşılmıştır. Laissez-faire-liberalizmi yerini daha sosyal ve kurallı bir liberalizm modeline bırakmış-

<sup>71</sup> Raiser, Zukunft, 12; Bauer, 27. Bu olgu aynı zamanda, sözleşme özgürlüğünü sınırlandırma gereğinin, mülkiyet hakkının kullanımının sosyal düşüncelerle sınırlandırılması gereği ile ele ele gittiğini de göstermektedir.

<sup>72</sup> Kramer, ZSR 1979, 49, 52; Serozan, JBl 1983, 561,562; Poroy, Arslanlı Armağamı, 513, 516; Kötz, DJT A10

<sup>73</sup> bkz. Böhm, Demokratie, 8 ve 18; Kramer, Krise, 49; Raiser, Zukunft, 37; Flume, Rechtsgeschäft, 10

<sup>74</sup> Kramer, Krise, 49; Höfling, 45. Bu tespiti bağlı olarak sık sık sözleşme kurumunun sonunun geldiği de ifade edilmiştir. Örn. bkz Kramer, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974; Gilmore, The Death of Contract, 1974

<sup>75</sup> Hönn, 264; ayrıntılı olarak Behrens, 132vd. Günümüzde serbest piyasa ekonomisinin hızla globalleşmesi 19. ve 20. yüzyılda yaşanan sorunların bu sefer büyük ölçekte, uluslararası alanda yaşanması sonucunu doğurmuştur. Sadece ulusal alanda kural koyma imkanına sahip ülkeler, uluslararası ekonomik alanın denetim altına alınmasında etkili olamamakta, Dünya Ticaret Örgütünün önlemleri genelde çok geç devreye girmekte ve dolayısıyla sınırsız özgürlük bu sefer uluslararası alanda zayıfın aleyhine güç yoğunlaşması sonucunu beraberinde getirmektedir (bkz. David de Pury, "Auswege aus der Globalisierungsfalle, Plädoyer für eine weltweite Ordnungspolitik", Themen und Thesen der Wirtschaft, Neue Zürcher Zeitung, 25/26 Oktober 1997, 95)



tır<sup>76</sup>. İkinci Dünya Savaşından sonra sosyal devlet ilkesinin, Kara Avrupa devletlerinin temel unsurlarından biri olmasıyla birlikte gerek yasa koyucu, gerek öğreti ve gerekse mahkemeler var olan özel hukuk sisteminin eksikliklerini gidermek için seferber olmuşlardır. Bireyin sadece devlet iktidarı karşısında değil, bireyler arası iktidar ilişkilerine karşı da korunması gerektiği anlaşılmıştır. Nitekim iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku, kira sözleşmesine ilişkin özel düzenlemeler, sorumluluk hukuku alanındaki yenilikler, rekabeti koruyucu anti-kartel yasaları<sup>77</sup> ve tüketicinin korunması hukuku bu çabanın en önemli örnekleridir<sup>78</sup>. Özel hukuk düzeni sosyalleşmiş ve kaçınılmaz olarak, devlet/birey ikilemi üzerine kurulu özel hukuk/kamu hukuku ayırımı gittikçe silikleşmiştir<sup>79</sup>. 19. yüzyılda bireyin devlete karşı korunması ve özgürlük alanının belirlenmesi için hukuka ihtiyaç duyulurken 20. yüzyılda bireyin bireye karşı korunması için hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur<sup>80</sup>.

Bu hukuki düzenlemeler genelde iki başlık altında toplanabilmektedir: Bir yanda piyasa işleyişini destekleyen (Marktkomplementär), diğer yanda da piyasa işleyişine müdahale eden (Marktkompensierend) düzenlemeler<sup>81</sup>. Birinci grup, piyasa ekonomisinin ön koşulları olan bağımsız ve bilinçli hareket eden ve bu şekilde piyasayı yönlendiren bireyleri yaratmak ve rekabeti korumak için gerekli önlemleri içermektedir<sup>82</sup>. Bun-

<sup>76</sup> *Baudenbacher*, AGB, 211; *Serozan*, JBl 1983, 561, 563; *v.Tuhr/Peter*, 248

<sup>77</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Özsunay*, passim.

<sup>78</sup> *Raiser*, Zukunft, 9; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche, 10vd; *Kramer*, ZSR 1983/I, 241,266; *Geissler*, JuS 1991, 620vd; *Medicus*, Abschied, 9, Amerikan hukukunda yaşanan gelişmeler hakkında bkz. *v.Hippel*, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, passim.

Hukuk düzenindeki bu yapısal değişikliğin sonucu, bireyin bütün somut özelliklerinden arınmış, soyut bir birey olarak görülmesi yerine onun toplum içindeki somut rolüne göre değerlendirmesidir. Yani bireyin artık işçi-işveren, kiracı-kiralayan, tüketici-tacir gibi somut roller içinde değerlendirilmesi söz konusu olmuştur (*W.Schmid*, 212; *Raiser*, JZ 1958, 1, 4. GİŞ açısından da bunun söz konusu olduğu hakkında bkz. *Staudinger/Coester*, AGB § 9 N.5). Bu gelişmeyi tekrar statü hukukuna (bkz. dn.36) dönüş olarak değerlendirmek ise doğru değildir (*Sirmen*, Oğuzoğlu Armağanı, 441,455). Zira akdedilen sözleşmenin amacı bireyin statüsünü değiştirmek olmadığı gibi onun hiyerarşik bir gruba aidiyeti değil, toplum içinde serbestçe belirleyebileceği sosyolojik rolü bir hukuki düzenleme açısından esas alınmaktadır (*Kessler/Gilmore/Kronman*, 17; *W.Schmid*, 209 ve 212; *Sirmen*, Oğuzoğlu Armağanı, 441, 456)

<sup>79</sup> *Rehbinder*, FS Hirsch, 141, 158; *Raiser*, Zukunft, 13, 18vd.; *Serozan*, JBl 1983, 561, 563; *Huber*, Vertragsfreiheit, 2-3

<sup>80</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1,3

<sup>81</sup> Nitekim TC. Anayasası da bu ikili sistemi benimsemektedir. 167. maddede bir yandan para, kredi, mal ve hizmet piyasalarının işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirlerin alınacağından bahsedilmiş diğer yandan da tekelleşme ve kartelleşmeye doğrudan müdahale edileceği ifade edilmiştir. Aynı şekilde m.172 hem tüketicileri koruyucu hem de aydınlatıcı tedbirlerin alınmasını öngörmüştür.

<sup>82</sup> *Kramer*, KritV 1986, 270,271vd.; *I.Koller*, FS Steindorff, 667,674

lar özellikle tüketicilerin doğru bilgilendirilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını<sup>83</sup>, yani yanıltıcı reklamlara karşı tüketicinin korunmasını<sup>84</sup>, çeşitli kurumlarca tüketicilere sunulan mal ve hizmetlerin kalitesi hakkında sürekli bilgi aktarılmasını, malların etiketlendirmesine ilişkin düzenlemeleri ve akdedilecek belirli sözleşmelerin içeriğine ilişkin müşterilere bilgi verilmesi yükümlülüklerini ifade eder<sup>85</sup>. Bu şekilde piyasa saydamlığının sağlanması ve müşterinin kendisi için en verimli hukuki işlemi yapması için ön koşullar sağlanmaktadır. Diğer yandan piyasa işleyişinin bozulması rekabeti koruyucu önlemler alınmasını da gerektirir<sup>86</sup>. Özellikle rekabeti sınırlandıran işletmeler arası her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve kararı ve piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılmasını engellemek üzere getirilen yasal düzenlemeler bu bağlamda anılabilir<sup>87</sup>.

İkinci grup hukuki düzenleme ise piyasa mekanizmasının her halde taraflar arasındaki dengesizliği bertaraf etmek için yetersiz kaldığı durumlarda doğrudan sözleşmeye müdahale ederek taraflar arasında pazarlık gücündeki dengesizliğin (*inequality of bargaining power*) sonucu olarak adil olmayan bir sözleşme içeriğinin ortaya çıkmasını engeller<sup>88</sup>. Bu hallerde bireylerin menfaatlerinin dengelenmesi aracı olarak sözleşme baki kalmakta ancak bu “denge”nin adil olup olmadığı hukuki bir denetime tâbi tutulmaktadır<sup>89</sup>. Bu denetimin en güvenli yolu kuşkusuz bu

<sup>83</sup> AB için bkz. Tüketicinin Korunması ve Bilgilendirilmesi Hakkında 14.4.1975 tarihli Birinci [ATRG (1975), C92/1] ve 19.5.1981 tarihli İkinci Program [ATRG (1981), C133/1]; İsviçre için bkz. 5.10.1990 tarihli “Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Hakkında Federal Yasa” (SR 944.0); bilgi için bkz. *v.Hippel*, Verbraucherschutz, 34vd.

<sup>84</sup> Bu konuda bkz. *Göle*, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983; ayrıca bkz. 10.9.1984, 84/450/AET [ATRG (1984) L250/179] ve 6.10.1997, 97/55/AT [ATRG (1997) L290/18] tarihinde bu konuda yayınlanan AB Yönergeleri.

<sup>85</sup> Nitekim 1995 yılında yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da m.12,14,16-20’de doğrudan tüketicinin bilgilendirilmesine yönelik olarak çeşitli düzenlemeler içermektedir.

<sup>86</sup> *Kramer*, KritV 1986, 270,278; *Özel*, 21.

<sup>87</sup> bkz. 1994 yılında yürürlüğe giren Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RG 13.12.1994/ 22140), İsviçre’de 1995 yılında yürürlüğe giren Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Federal Kanun ve Türkiye’de yapılan düzenlemelerin büyük ölçüde esinlendiği Avrupa Birliği Antlaşması m.85 ve 86.

Rekabetin korunmasının doğrudan tüketicinin menfaatine olduğunu RKK m.5/1,b ve m.6/e’deki ifade ile kanun koyucu da açıkça benimsemiştir. Nitekim yasa, işletmeler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar için Rekabet Kurulunun “*Tüketicinin bundan yarar sağlaması*” halinde muafiyet kararı verebileceğini açıkça ifade ettiği gibi, “*Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*” halinde hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmiştir.

<sup>88</sup> *Kramer*, KritV 1986, 270,281; *I.Koller*, FS Steindorff, 667,674

<sup>89</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1,4

tür tipik olaylar için yasal bir düzenlemeye gidilmesidir<sup>90</sup>. Örneğin işçilerin veya kiracıların korunması için özel yasal düzenlemelerin varlığı bugün birçok hukuk düzeni için olağandır. Aynı şekilde tüketicilerin akdettikleri bazı sözleşme tiplerine karşı korunması için yasal düzenlemeler getirilmesi de, nispeten yeni bir gelişme olmakla birlikte<sup>91</sup> çok yaygındır. Nitekim Avrupa Birliğinin yayınladığı yönergeler ile ön ayak olması sonucu özellikle kapıdan satışlar<sup>92</sup>, tüketici kredi sözleşmeleri, turistik gezi sözleşmeleri<sup>93</sup>, devre mülk sözleşmeleri ve tabii ki genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeler için bugün 15 Avrupa ülkesinde yasal düzenlemeler getirilmiştir<sup>94</sup>. İsviçre de, büyük ölçüde Avrupa'daki gelişmeleri izleyerek, kısmen bu yönergeleri aynen yasalaraştırmak suretiyle piyasa işleyişine müdahale etme ihtiyacını hissetmiştir<sup>95</sup>. Ülkemizde kabul edilen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise ne yazık ki önemli bir fırsatı kaçırmakla sadece yüzeysel kalan birkaç düzenleme ile dünya standartlarının çok gerisinde kalmıştır<sup>96</sup>.

Gerek piyasa işleyişinin tamamlanmasına, gerekse yeri geldiğinde bu işleyişe müdahale edilmesine ilişkin olarak verilen örneklerin hepsi prensip olarak yasa koyucunun asli aktör olduğuna işaret etmektedir. Serbest piyasa ekonomisi ve bunun temeli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi aynen muhafaza edilmekte ancak patolojik bazı durumlar için yasa koyucunun müdahale etmesi ve sözleşme adaletinin sağlanması için ge-

<sup>90</sup> Özel hukukun genelliğini ve bütünlüğünü bozacak şekilde kiracılar, işçiler ve bilhassa tüketiciler için "özel" bir hukukun (Sonderprivatrecht) oluşturulmasının yerindeliliği özellikle Alman hukukunda yoğun tartışmalara konu olmuştur (örn. bkz. *Dauner-Lieb*, Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, passim; *Joerges*, Christian, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, Heidelberg, 1981, 17vd.) Ancak *Kramer*'in haklı olarak ifade ettiği gibi eşit olmayana eşit muamele etmemek hukukun temel ilkelerindedir. Önemli olan gerekçelendirilmesi mümkün olan bir farklılığın mevcut olmasıdır. Nitekim kiracının, tacirin, işçinin ayrı hukuki düzenlemelere bağlanmasının temelinde bu gerekçe yatmaktadır. Dolayısıyla tüketici için de "özel" bir hukukun yaratılmasında bir sakınca görmemek gerekir. Hakim her zaman kıyas, amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) veya hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurarak atipik ve sınırdan kalan olayların özelliklerini dikkate alması mümkündür (*Kramer*, KritV 1986, 270,288vd.)

<sup>91</sup> 70'li yıllarda başlayan bu faaliyetlerin bir özeti için bkz. *Poroy*, Arslanlı Armağanı, 513vd

<sup>92</sup> Bu sözleşme tipi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aydoğdu*, Murat, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar, İzmir 1998.

<sup>93</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Oktay*, passim.

<sup>94</sup> Avrupa Birliğinin yayınladığı bu yönergeler hakkında bilgi için bkz *Tekinalp/Tekinalp*, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997 içinde *Atamer*, § 38

<sup>95</sup> 1993 tarihli Tüketici Kredileri Hakkında Federal Kanun (SR 221.214.1); yine aynı tarihli Turistik Gezi Sözleşmelerine İlişkin Kanun (SR 944.3); kapıdan satışlara ilişkin OR Art. 40a-40g hükümleri, GİŞ hakkında İsvHaksRK m.8.

<sup>96</sup> Bu kanunun bir eleştirisi için bkz. *Serozan*, Rona, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", YasaHD 1996, C.XV, 579-598

rekli önlemleri alması istenmektedir. Anılan bu düzenlemeler ile sorun odaklarına ilişkin emredici hükümler getirilmekte, klasik borçlar hukuku düzenlemelerine nazaran daha sıkı içerik sınırları tespit edilmekte ve hakimlere sözleşme içeriğine müdahale görevi verilmektedir. Ancak ülkemizdeki gelişmeden de görebildiğimiz gibi yasa koyucuların sosyal ihtiyaçları algılayarak gerekli düzenlemeleri yapmaları çok uzun sürebilmektedir. İşte bu durumlarda yargı organlarının, ellerindeki “klasik” sözleşme anlayışı üzerine kurulu yasalarla, ortaya çıkan adaletsizlikleri gidermek üzere sözleşmelere müdahale etmeleri kaçınılmaz hale gelmektedir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi 1994 yılında vermiş olduğu bir kararda bu ihtiyacı çok açık şekilde ifade etmiştir:

“(…) Taraflardan biri sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyebilecek kadar kuvvetli ise artık diğer tarafın irade özerkliğinden bahsedilemez. Kuşkusuz hukuk düzeni sözleşenler arasındaki dengenin az çok bozulduğu her durum için önlem de alamaz. Özellikle hukuk güvenliği mülhazaları, bir sözleşmenin geçerliliğini, taraflar arasındaki dengenin bozulduğu her olayda tartışma konusu yapmaya olanak tanımaz. Ancak söz konusu olan tipik bir olaysa ve taraflardan birinin kural olarak zayıf olması söz konusuysa ve zayıf taraf için sözleşmenin sonuçları aşırı bir yük oluşturuyorsa, hukuk düzeninin buna tepki göstermesi ve gerekli düzeltmeleri yapması gereklidir. Bu, irade özerkliğinin (Alman AY m.2/I) ve sosyal devlet ilkesinin (Alman AY m.20/I, 28/I) anayasal güvence altında olmasının bir sonucudur. (...) Bundan hukuk mahkemeleleri için çıkan sonuç, çerçeve hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını gereği gibi belirlemeleridir. (...) Sözleşmenin içeriği taraflardan biri için aşırı derecede mağduriyete sebep oluyorsa ve menfaatler dengesi açıkça kurulamıyorsa mahkemeler “sözleşme, sözleşmedir” tespiti ile yetinmezler. Aksine sözleşmede yer alan düzenlemenin taraflar arasındaki pazarlık gücünün eşit olmamasına dayanıp dayanmadığını tespit edecek ve buna göre mevcut özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edeceklerdir.<sup>97</sup>”

Yargıtay’ın da bu konuda çok paralellik gösteren tespitleri mevcuttur. 1996 yılında verdiği bir kararında<sup>98</sup> ifade ettiği gibi:

<sup>97</sup> BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (çeviri için bkz. *Atamer*, İHFM C.LV – sy.3 (1997), 419, 426-427). Aynı yönde bir karar için bkz. BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (çeviri için bkz. *Atamer*, İHFM C.LV – sy.4 (1997), 355,359): “Yasa koyucunun belli hayat alanları veya belli sözleşme tipleri için emredici sözleşme hukuku yaratmaktan kaçınması hiçbir şekilde sözleşme tatbikatının tamamıyla güçlerin sınırsız çatışmasına terk edildiği anlamına gelmez. Aksine, böyle durumlarda özellikle BGB § 138, 242, 315 gibi (BK m.19,20 MK m.2), ölçsüzlükleri engelleme işlevine sahip özel hukukun çerçeve kuralları müdahale etmektedir”.

<sup>98</sup> Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746,750. Benzer bir ifade için bkz. Y4HD, 12.3.1971, 12928/3376, *Karahasan*, 622,623: “... Buna, tarafların borçlarının yüzde yüz oranında olması olanağı bulunmamakla birlikte, birbirine eşit olması yönü de eklenbilir, başka bir deyimle sözleşme her iki taraf için adil olmalıdır. Bunun takdiri de

“Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen “sosyal hukuk devleti” ve “iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi” eş söyleyişle “sosyal adalet” ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hakim, Medeni Yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uyulmayı öngören MK m.2/I, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK m.24, ahlaka aykırılığı yasaklayan BK m.19/II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir.”

Demek ki yargı erkinden beklenen, yasayla kendisine açıkça verilmiş olan sözleşme içeriğini denetleme görevini, yasalarda yer alan ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, gabin gibi aslında çok sınırlı hallerde uygulanması mümkün olan normlar aracılığıyla icra etmesidir. Bu normların anayasa ışığında geniş yorumu suretiyle sözleşme içeriği denetlenecektir<sup>99</sup>.

#### IV. Sözleşme Özgürlüğünün Bugün Taşdığı Anlam

Görüldüğü gibi sözleşme hukukunun tarihi, öncelikle özgürlük arayışının, daha sonra, bulunan bu özgürlüğün sınırlarını belirleme çabasının tarihi olmuştur. Bu ikinci eğilimin haklılığı tartışma konusu edilememekle birlikte bugün bu eğilimin de sınırlarını tespit etmek ihtiyacı vardır. Sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla hakimin sözleşmeye müdahalesinin haklılığı bir kez kabul edildiğinde bu yetkinin sınırlarını belirlemek de kaçınılmazdır. Zira yargıcın yaptığı, taraflardan birinin irade özerkliğini yeniden tesis etmek değil, onun yerine geçmektir.

Anayasal sistemimizin temelini oluşturan sosyal devlet ilkesi her bireye toplum içinde insan onuruna yaraşır bir yaşamı sağlamayı amaç edinir. Dolayısıyla maddi anlamda bireyler arası bir eşitlik sağlamak asıldır. Oysa şekli sözleşme özgürlüğü denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*) düşüncesi üzerine kuruludur<sup>100</sup> ve dağıtıcı adalet düşüncesi (*iusti-*

---

her olaya ve koşullara göre, hakime verilmiş olacaktır. Esasen bu yön, yani **sözleşmenin adil olması yönü, sözleşme serbestliğini sınırlayan nedenlerden biri olarak hakime, el atarak sözleşmeyi değiştirip adilane bir duruma getirmek yetkisi** verilecek Borçlar Yasamızda yer almış ve benimsenmiş bir ilkedir. Örneğin Borçlar Yasasının 161. maddesindeki, hakimin aşırı gördüğü cezaları indirmekle yükümlü tutulması; istisna sözleşmesine ilişkin 365/2 maddesindeki beklenilmeyen durumların meydana çıkmasında hakim tarafından adilane bir tutarda azaltılabileceği konusundaki yetki gibi. Sözleşme serbestliği konusunda da hakimin böyle bir yetkisinin varlığında hiç kuşku olmamalıdır. Hakim her olayın özelliği, tarafların durum ve ilişkileri ile amaçlarını araştırarak, aynı zamanda Medeni Yasanın 2. maddesini de gözetererek sözleşmenin adil olup olmadığına karar verecektir.”

<sup>99</sup> Hönn, 280vd.

<sup>100</sup> Singer, 39; Serozan, Giriş, § 1 N.20

*tia distributiva*) ile, yani kişisel ve nesnel farklılıkları dikkate alarak *sum cuique* ilkesini hayata geçirmek hedefi ile çelişki halindedir<sup>101</sup>. Ancak sosyal devlet ilkesi kadar sözleşme özgürlüğü de aynı düzenin temel ilkelerinden bir diğeridir. Dolayısıyla hukukun birçok dalında olduğu gibi burada da iki ilkenin, birisi feda edilmeden uzlaştırılması gereği doğmaktadır<sup>102</sup>. Sosyal adalet düşüncesi, bireyin kendisine tanınan özgürlükleri kullanamadığı alanlarda müdahale etmeyi gerektirir<sup>103</sup>. İşte burada irade özerkliği kavramı öne çıkar. İrade özerk olduğu sürece özgürlük ve sosyal eşitlik arasındaki gerilim giderilmiş olur. Özerkliğe gölge düştüğü oranda sözleşme hukuku sözleşmeye müdahale imkanları getirmelidir.

Bireyler arası sözleşmelere yargıç müdahalesinin beraberinde getireceği tehlikelerin de bilincinde olmak gerekir. Her ne kadar amaç irade özerkliğini yeniden kurmak olsa da bu tür müdahaleler sorumluluk bilincinin de azalmasını beraberinde getirmektedir. Tespit edilmesi gereken, sözleşme mekanizmasının hangi hallerde iflas ettiği, hangi hallerde ise müşteriden, menfaatlerini kendi kendine korumasının beklenebileceğidir. “*In dubio pro libertate*” ilkesini savunanlar sadece sözleşme özgürlüğünü ön plana alırken; sözleşmeye müdahaleden yana olanlar da ister istemez tüketicinin reşit olmadığı imajını körüklemekte<sup>104</sup> ve irade özerkliği kavramının altının oyulmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle aradaki sınırın doğru çizilmesi ve sürekli olarak yeniden gözden geçirilmesi, özel hukuk düzeninin temel ilkelerinin zedelenmemesi açısından bir zorunluluktur<sup>105</sup>.

Özellikle Almanya’da son yıllarda hakimın sözleşmeye müdahalesi ve bunun sınırları çok sık tartışma konusu edilmiştir<sup>106</sup>. Örneğin *Medicus*, *Canaris* ve *Zöllner* gibi Alman hukukunun önemli yazarlarının ortak kanaati sözleşme özgürlüğü kavramının hukuk ve toplum düzeninden bağımsız olarak değerlendirilmemesi gerektiği ve bu kavramın günümüz özel hukuk toplumunun temel taşını oluşturduğudur<sup>107</sup>. Kural hâlâ ta-

<sup>101</sup> *Singer*, 41

<sup>102</sup> *Wolf*, *Rechtsgeschäftliche*, 98

<sup>103</sup> Nitekim temyiz kudretinden yoksun olanların yaptıkları sözleşmelerin geçersiz olması da bu düşünceye dayanmaktadır (bkz. *Fastrich*, 87).

<sup>104</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında kullandığı şu ifade ilginçtir: “BK m.20 yargıcı, fiil ehliyetine sahip olanların vasisi durumuna getirmek istememektedir.” (BGE 84 II 13,29)

<sup>105</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.4

<sup>106</sup> bkz. *Hönn*, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982; *Roth*, BB 1987, 977 vd.; *Coester-Waltjen*, AcP 1990, 1vd; *Fastrich*, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht* 1992; *Medicus*, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?*, 1994; *Canaris*, FS Lerche, 873 vd.; *Singer*, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, 1995; *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996; *Zöllner*, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, 1996

<sup>107</sup> *Medicus*, *Abschied*, 9,14; *Canaris*, FS Lerche, 873,875 ve 886; *Zöllner*, 25; aynı görüşte *Singer*, 20



rafların sözleşme akdederken neyi istedikleridir, yoksa bu isteklerinin rasyonel olup olmadığı değildir (*stat pro ratione voluntas*)<sup>108</sup>. Sözleşme adaleti tarafların kendilerinin sağlayacağı ve birçok halde dışarıdan birinin değerlendiremeyeceği bir unsurdur. Kendi “doğru” anlayışımızı başkalarına empoze etmek gibi bir hakkımızın olamayacağını ifade eden *Canaris*'e göre<sup>109</sup> demokrasinin temelini oluşturan çoğulcu toplumun en temel özelliği adalet sorununu ancak olumsuz bir şekilde tanımlayabilmesidir. Yani bazı aşırı sonuçların yasaklanması ve fakat kural olarak vatandaşlara kendi doğrularını bulma imkanının verilmesi.

Sözleşme özgürlüğü kurumunun günümüze kadar geçirdiği evrim incelendiğinde bu alanda yapılacak müdahalelerin her zaman bu kurumun sistem içindeki yerini dikkate alarak gerçekleşmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Sözleşme özgürlüğü bu tezde tartışma konusu yapılmak istenmemektedir. Bu kurumun günümüz demokrasilerinin ve onun temelinde yatan ekonomik sistem olan liberalizmin vazgeçilmez bir unsuru olduğu ve bu açıdan ilke olarak aynen muhafaza edilmesi gerektiği kanaatindeyim<sup>110</sup>. Zira başka hiçbir ilkenin daha iyi bir alternatif oluşturduğunu bugüne kadar kanıtlamak mümkün olmamıştır<sup>111</sup>. Unutulmamalıdır ki irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kabul edilerek, devlet, özel hukuk ilişkilerini merkezi olarak düzenlemek gibi altından kalkamayacağı bir yükten kurtarılmakta, esnek ve bireysel ihtiyaçlara cevap veren düzenlemeler yaratma imkanı getirilmektedir<sup>112</sup>.

Ancak sistemin kendi içinde taşıdığı çelişkilere karşı korunması gerektiği de bir gerçektir. İşte bu noktada genel işlem şartlarının da böylesi bir tehlike arz edip arz etmediği ortaya konulmalı ve eğer bu tehlikenin varlığından yola çıkılabiliyorsa bunun denetlenmesi için sistemin kendisinin sunduğu imkanlar (BK m.19/20, 21, 70, MK m.2) ve sistemin hukuk yaratılması yoluyla aşılması alternatifi incelenmelidir. Ancak üretilen çözümlerin hukuk düzenine içkin (*intra ius*) olmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Bunu yaparken her aşamada sisteme yapılacak bir müdahalenin metodolojik olarak gerekçelendirilmesi gerektiği ve ancak belirli ağırlıkta sistem çarpıklıklarının bir denetime imkan tanıdığı noktasından hareket edilecektir<sup>113</sup>. Bunun kabulü için hem işlem hayatına katılanlardan ba-

<sup>108</sup> *Coester-Waltjen*, AcP 1990, 1,14; *Merz*, Vertrag, 60; *Singer*, 41; *Fastrich*, 223; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche, 149; *Raiser*, Forum, 3,5

<sup>109</sup> *Canaris*, FS Lerche, 873,884; aynı yönde *Esser*, JZ 1956, 555,557

<sup>110</sup> aynı görüşte *Hönn*, 292; *Singer*, 20; *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 701,704; *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.32

<sup>111</sup> *Coester-Waltjen*, AcP 1990, 1,15; *Geissler*, JuS 1991, 617,620

<sup>112</sup> *Singer*, 20

<sup>113</sup> BGB § 242'nin uygulama alanının genişletilmesine ilişkin olarak *Esser*'in şu tespiti dik-

zılarının, örneğin bir ev kiralayan, bir kredi alan veya kapıdan satış sözleşmesi akdedenler gibi bir grubun, var olan yapısal eşitsizlik nedeniyle anayasal statülerini koruyamayacak durumda olması, yani bu durumun süreklilik arz eden, tipik bir olgu haline gelmiş olması gereklidir, hem de bu eşitsizlik nedeniyle ilgili taraf için sözleşmenin sonuçları aşırı bir yük oluşturmaktadır<sup>114</sup>. Sadece yedek hukuk kurallarından sapılmış olması taraflardan biri aleyhine bir eşitsizliğin varlığına işaret etse de başlı başına bu durum sözleşmeye müdahale için yeterli değildir. Buna ek olarak bazı olguların gerçekleşmiş olması aranacaktır<sup>115</sup>.

Bu durumda öncelikle yapılması gereken GİŞ kullanımı halinde neden sözleşme tarafları arasındaki eşitliğin hakimın müdahalesini gerektirecek kadar bozulduğunu ortaya koymak ve ancak bundan sonra bozulan dengenin nasıl tekrar kurulabileceğini incelemektir. Kuşkusuz üretilen çözümlerde, buraya kadar tasvir edilmeye çalışılan menfaat çatışması sürekli olarak dikkate alınmaya çalışılacaktır.

---

kate değerdir: "Her türlü pozitif hukuk düzeninin sosyal etik düşüncelerle örülmesinin bir zorunluluk olduğu görüşünü kabul etmekle beraber bu yolda metodolojik bilince, kazuistik bir geleneğe ve dogmatik denetime ihtiyaç vardır", JZ 1956, 555,556. *Wolf* (Rechtsgeschäftliche, 125vd.), tarafından yaklaşık 30 yıl önce savunulmuş olan ve sözleşme özgürlüğünün ancak karar verme özgürlüğünün gerçekten var olduğu hallerle sınırlı olarak tanınabileceği düşüncesi ise hem hukuksal güvenliği aşırı derecede sarsması, hem de sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonu anlamına geleceği için kabul edilemez (aynı yönde *Fastrich*, 39; *Singer*, JZ 1995, 1133,1140)

<sup>114</sup> *Singer*, JZ 1995, 1133,1137; *Staudinger/Schmidt*, § 242 N.467. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de bu şartların gerçekleşmiş olmasını aramaktadır, bkz. BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36,38 (çeviri için bkz. *Atamer*, İHFM C.LV – sy.3 [1997], 419,426). Mahkeme bu kararıyla özellikle *Fastrich* tarafından geliştirilmiş olan bu kriterleri aynen benimsemiştir (bkz. *Fastrich*, 223vd.)

<sup>115</sup> *Staudinger/Schmidt*, § 242 N.467



### **§ 3. Genel İşlem Şartları Kullanılarak Akdedilen Sözleşmelerin Özellikleri**

#### **I. Sözleşme Eşitliğinin Genel İşlem Şartları Kullanan Lehine Bozulması**

GİŞ kullanılarak sözleşme akdedilmesi halinde sözleşme eşitliği ve taraflar arasındaki denge işletme lehine çeşitli açılardan bozulmaktadır, zira işletmenin GİŞ kullanımında büyük bir menfaati olmasına karşılık müşteri açısından bu menfaatin karşılığını oluşturacak hiçbir denge unsuru tespit etmek mümkün değildir. Kuşkusuz sözleşme eşitliğinin işletme lehine bozulmasının en göze batan sebebi, işletmenin, genel işlem şartları yoluyla, bir sözleşmenin akdi, ifası ve sona ermesi aşamalarında ortaya çıkabilecek ve kendi malvarlığında zararlı sonuçlar doğurabilecek her türlü rizikoyu müşterisine aktarmasıdır. Birkaç örnekle somutlaştıracak olursak:

“...Bireysel Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi: 13.7. Müşteri ve garanti verenler bu sözleşmeden doğmuş ve doğacak borçlarından herhangi birisini gününde ve tam olarak ödemediği ve/veya taahhütlerinden herhangi birini gününde ve tam olarak yerine getirmediği takdirde tüm borçların herhangi bir ihbara gerek kalmaksızın kendiliğinden muaccel olacağını ve ihtara gerek kalmaksızın muacceliyet anında temerrüte düşmüş sayılacağını ve bu durumda bankanın belirlediği cari en yüksek kredi faizinin %50 fazlası oranında temerrüt faizini ... bankaya ödemeyi taahhüt eder. 13.13: Elektronik bankacılık uygulamaları aracılığı ile yapılan işlemlerde sistemde ortaya çıkabilecek her türlü teknik arıza ya da sorun nedeniyle yapılabilecek her türlü işlemin yapılamaması veya geç yapılmasından dolayı banka hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır... 13.16.3.1 Dağıtım Kanalları<sup>1</sup> ilk bakışta ayırt edilemeyecek imza benzerliğinin sonuçlarından sorumlu değildir. 13.16.3.2. Dağıtım

<sup>1</sup> Dağıtım kanalları “Bankanın ürün ve hizmetlerinin müşteriye ulaştırıldığı, müşteri ile bağlantının kurulduğu banka şubeleri, telefon, dialog, kişisel bilgisayar, internet, web TV, cep telefonu, mağaza içi şube, ATM vb. gibi geleneksel ve elektronik hizmet yöntemlerine verilen genel ismi” ifade eder (m.2.2)

Kanalları hile ve sahteciliğin sonuçlarından sorumlu değildir. 13.16.3.3. Dağıtım Kanalları bağlı olduğu genel veya özel iletişim vasıtalarının işlememesinden veya arızalanmasından sorumlu değildir. 13.16.3.5. Dağıtım Kanalları görünüşte müşteri imzası ile gelen faks talimatı ile işlem yapma hakkına sahiptir. Bu konuda faks metninin müşteriye ait faks numarasını içerip içermemesi önem taşımaz, bu yüzden müşteri, talimatının kendi faksından gönderilmediğini ve/veya kendi faks numarasını içermediğini yahut talimatı imzalayan şahsın artık temsil yetkisinin kalmadığını ileri sürerek herhangi bir talepte bulunamaz. 13.16.3.6 Dağıtım kanallarının personelinin kendisine düşen dikkat ve ihtimamı gösterdiği karine olarak kabul edilir. Bunun aksini iddia eden müşteri ispat yükümü altındadır. Banka muhabirlerinin veya 3. kişilerin herhangi bir kusurundan sorumlu değildir. Bankanın sorumlu olduğu durumlarda, sorumluluğu doğrudan uğranılan maddi ve somut zarar tutarı ile sınırlıdır. Banka doğan zararlardan, kar mahrumiyetinden ve manevi zarardan ve gecikme faizlerinden sorumlu olmayacaktır.”

Bu hükümlerin tümünün ortak yönü, bankanın bir zarar rizikosunu müşterisine aktarması ve aslında bu genel işlem şartları olmasa ilgili rizikoyu kendisinin taşıyacak olmasıdır. BK m.101vd. uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi hiçbir şekilde diğer borçlarının da muaccel olması sonucunu doğurmasa da, borçlunun ileride de ödeme güçlüğü içine düşmesi rizikosu karşısında banka aksine bir çözüm getirmektedir (13.7). Bankanın, müşteriye sunmayı borçlandığı hizmetlerin ifası sırasında kendi sistemi içinde çıkan aksaklıklar nedeniyle borcunu ifa edemez veya geç ifa ederse BK m.96 uyarınca sorumlu tutulması gerekirken bu aksaklıkların sonuçları müşterinin sırtına yüklenmektedir (13.13; 13.16.3.3). Bankanın kendi malvarlığında meydana geldiği kabul edilmesi gereken sahtecilik sonucundaki zararlar, müşterinin kusurunun olup olmadığı dikkate alınmaksızın tümüyle müşteriye aktarılmaktadır (13.16.3.1; 13.16.3.2; 13.16.3.5). BK m.96 uyarınca borçlunun, borcun ifa edilmemesinde karine olarak kusurlu olduğu kabul edilirken ispat yükü ters çevrilmekte ve buna ek olarak sorumluluk da sınırlandırılmaktadır (13.16.3.6). Bankalarla akdedilen çerçeve sözleşmelerin zaman zaman 50 sayfayı geçtiği düşünüldüğünde müşterinin durumunu, yasal durumuna nazaran zayıflatan daha nice hükmün varlığından yola çıkmak mümkündür.

Bu durumda GİŞ için tespit edilebilecek ilk nokta, yasa koyucunun gerek tek tek bazı sözleşme türleri için, gerekse genel olarak koymuş olduğu yedek hukuk kurallarının hepsinin, tüketici ile akdedilen standart sözleşmeler yoluyla bertaraf ediliyor olmasıdır<sup>2</sup>. Bu yasal kuralların aynı zamanda taraflar arasında en adil dengeyi sağladığı varsayılan çözümlü

<sup>2</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.2; *Akman*, Yargı, 13,15; *Tekinalp*, Hirsch Armağanı, 119,126; *Wessner*, ZSR 1986, 161,178

yansıttığı<sup>3</sup> düşünülecek olursa müşterinin ne kadar büyük bir hak kaybına uğradığı kendiliğinden anlaşılır. Kuşkusuz âkitlerin bazı haklarından vazgeçerek karşılığında başka alanlarda menfaatler elde etmeyi kabul etmeleri mümkündür, ancak GİŞ söz konusu olduğunda bu pazarlık unsuru tamamen düştüğünden, bir yandan müşteri bütün adil olan yasal çözümlerden feragat etmekte bir yandan da bunun karşılığını alamamaktadır<sup>4</sup>.

İşletme açısından GİŞ'in faydaları tüm sözleşmesel rizikoların müşteriye aktarılması ile sınırlı kalmamaktadır. Bunun yanı sıra sözleşmenin standart hale getirilmesi işletmeci açısından işletmesinin verimliliğinin artması anlamına da gelmektedir. İşletme ekonomisi gerekçeleri dikkate alındığında, standartlaşma, rasyonel bir işletmenin adeta mecburi unsurudur<sup>5</sup>. Bu şekilde işletme öncelikle zaman ve masraftan tasarruf etmekte, sözleşme görüşmelerinde sadece esaslı noktaların (*essentialia negotii*) belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin bir banka ile akdedilen kredi sözleşmesinde sadece kredinin miktarı, geri ödeme süresi ve buna bağlı olarak faiz oranı üzerinde durulacak, sözleşmenin diğer bütün unsurlarını kararlaştırmak için harcanacak (maliyete de etkisi olan) zaman ve işgücünden tasarruf edilecektir<sup>6</sup>. Rasyonelleşme aynı zamanda işletme içi idari işlemlerin yürütülmesi açısından da söz konusu olacaktır, zira bütün sözleşmelerin aynı şablon üzerinden akdedilmesi sayısız bireysel işlem arasındaki farklılıkların en aza indirilmesine ve bu şekilde bilgi muhafazası ve değerlendirmesinin kolaylaşmasına hizmet edecektir<sup>7</sup>. Yine bir diğer, işletme açısından olumlu yön, genelde temsilcileri aracılığıyla aktardığı iradesinin muhatabına yanlış ulaşmasını ve istemediği beyanlarla bağlı tutulmasını bir ölçüde engelleyebilmesidir<sup>8</sup>.

İşletmecinin riziko hesabını sağlıklı olarak yapabilmesi de standartlaşmanın beraberinde getirdiği rasyonel sonuçlardan bir diğeridir<sup>9</sup>. Bu şekilde işletme, bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde kendi-

<sup>3</sup> Behrens, 170

<sup>4</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.2

<sup>5</sup> Bauer, 9; Baudenbacher, AGB, 230; Forstmoser, Doktrin und Praxis, 30; Kohlegger, FS Broda, 137,141; Hardegger, 3; Bühler, SJZ 1976, 1,4; Schwenzler, N.44.02. Bu açıdan Emmerich'in, işletmelerin, her sözleşmeyi tek tek pazarlık yaparak akdetmesinin onlar açısından ek bir külfet doğurmayacağından bahsetmesi (JuS 1972, 361,362) ekonomik hayatın gerçeklerine çok yabancı bir tespittir (aynı yönde Kötz, DJT A24, dn.30; Kohlegger, FS Broda, 137,142).

<sup>6</sup> Aynı yönde Bühler, SJZ 1976, 1,4; Stöckli, 53; Nordmann, 46; Kohlegger, FS Broda, 137,141; Teoman, 3

<sup>7</sup> Kötz, DJT A25; Forstmoser, FG Kummer, 99,104; Baudenbacher, Ansätze, 17,23; Kliege, 18

<sup>8</sup> Forstmoser, FG Kummer, 99,104; Stauder, Unfair Contract Terms, 9,10; Patry, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,371; Nordmann, 47. Bkz. ileride § 8 I 2 b)

<sup>9</sup> Kliege, 19; Kohlegger, FS Broda, 137,141

sini bekleyen masrafları önceden değerlendirebilmekte ve buna göre sigorta yaptırmak yoluyla kendisini güvenceye alabilmektedir. Ayrıca yargı yoluna gidilmesi rizikosunu en aza indirerek işletmenin bu masraflardan kaçınması imkanını da GİŞ vermektedir. Sözleşmede bütün ayrıntıların düzenlenmiş olması, ileride doğacak ihtilaflarda yargı yoluna gidilmesi ihtiyacını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır<sup>10</sup>.

GİŞ kullanımının işletme lehine mevcut bu faydaları karşılığında müşterinin kazancı ne olabilirdi diye düşünüldüğünde akla gelen tek cevap semenin düşük tayin edilmiş olabileceğidir. Özellikle Alman doktrininde genel işlem şartları kullanımının müşteri açısından bir fiyat avantajı sağlayıp sağlamayacağı ve en azından bu şekilde meşruluk kazanma imkanı olup olmadığı sorunu sıkça tartışılmıştır<sup>11</sup>. Bugün için genel kanaat bu şekilde bir fiyat avantajının müşteri açısından söz konusu olmadığıdır. Her ne kadar işletme, sözleşmeden doğan rizikoları müşteriye aktarmak suretiyle bu alanda bir sigorta sözleşmesi akdetmek ve bunun primlerini fiyata yansıtmaktan kaçınabiliyorsa da, sonuçta rizikoyu üstlenen müşterinin kendisi duruma göre bir sigorta sözleşmesi yapmak ve bunun primlerini ödemek zorunda kalacaktır. Ayrıca müşterinin kendini bazı rizikolara karşı sigortalaması zaten mümkün olmayacağı için tümel ekonomik değerlendirmede avantajlı olduğu söylenemeyecektir<sup>12</sup>.

Bunun yanı sıra genel işlem şartlarının işletme lehine olması ile fiyatın düşüklüğü arasında doğrudan bir nedensellik bağının varlığı da kanıtlanabilmiş değildir. Bugünün kompleks piyasa ilişkileri düşünüldüğünde bu tür bir bağlantıyı ortaya koymak mümkün değildir<sup>13</sup>.

Sadece somut olayda müşteriye daha ucuz bir fiyata daha elverişsiz GİŞ veya daha pahalı fiyata daha elverişli GİŞ arasında seçim hakkı ta-

<sup>10</sup> Bauer, 11; Hauss, 7,9; Nordmann, 47

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. Kliege, 48vd. BGH'nın 1956 yılında verdiği bir kararda adil olmayan sözleşme hükümlerinin, bir ihtimal müşteri açısından daha elverişli fiyatları beraberinde getirmesinin hiçbir şekilde bu hükümleri gerekçelendirmeye imkan vermediği açıkça ifade edilmiştir (BGHZ 22, 90, 98). Daha sonra mahkemenin içtihadı da genelde hep bu yönde olmuştur.

<sup>12</sup> Kötz, DJT A29; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.94; Lukes, FS Hueck, 459,462; Raiser, Forum, 3,9; Kann, 422; Kohlegger, FS Broda, 137,151; Becker, 70. İsviçre hukuku için aynı yönde Sticher, 26; Bürgi, 18-19; Nordmann, 48. Kuşkusuz bazı hallerde bunun aksı söz konusu olabilir. Örneğin Alman Federal Mahkemesinin 1960 tarihli bir kararında, limandaki gemilerin gözetim görevini üstüne alan bir işletmenin sorumsuzluk kaydı kabul edilmiştir. Zira mahkemeye göre ancak gözetim ücretinin önemli ölçüde artırılması halinde işletme üzerine sorumluluk alabilecektir; oysa teknelerin hepsi sigortalı olduğundan buna gerek yoktur (BGHZ 33,216). Burada zararı en ucuz şekilde sigortalama imkanının kimde olduğu hususu dikkate alınmıştır (bkz §10 III 4).

<sup>13</sup> Kliege, 51-68; Pflug; 86; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.94; Baudenbacher, AGB, 235; Bürgi, 18

nınmış olması halinde bu husus istisnai olarak dikkate alınabilir<sup>14</sup>. Örneğin bir malın satımında müşteriye, garanti süresinin uzun olması halinde daha yüksek bir satış fiyatı, daha kısa olması halinde daha düşük bir satış fiyatı teklif edilmesi ve bunun dışında bütün sözleşme koşullarının aynı olması halinde sadece *ilgili hüküm açısından* fiyat gerekçesi dikkate alınacaktır<sup>15</sup>. Ancak bu durumlarda bile müşterinin en azından GİŞ'in ne açıdan daha elverişsiz olduğunu anlayacak durumda olması gerekir.<sup>16</sup> Aynı şekilde sorumsuzluk kayıtları açısından da müşteriye iki farklı alternatif arasında seçim hakkı verilmiş olabilir<sup>17</sup>. Bu durumda da yine diğer şartların aynı olması halinde denetimden vazgeçilmesi mümkündür. Son olarak *Kapnopoulou* tarafından verilen stand-by uçak bileti örneği<sup>18</sup> bu çerçevede ele alınabilir. Bu tür uçak biletlerinde işletmenin uçuş tarihini ve yerini saptama ve değiştirme ve hatta sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması normal bir uçak biletine nazaran daha farklı değerlendirilecektir. Ancak müşteri bu hallerde bileti bu sınırlamaların bilincinde ve özellikle bu nedenle daha düşük olan fiyatı göz önünde tutarak almıştır.

Bu gibi istisnai haller dışında düşük bir fiyat dahi GİŞ yoluyla müşteri aleyhine sözleşme eşitliğinin önemli surette bozulmuş olduğu gerçeğini değiştirememekte, bozulan dengeyi yeniden kuramamaktadır. GİŞ kullanımının işletme için getirdiği bu büyük avantajlar dikkate alındığında-

<sup>14</sup> *Sticher*, 28; *Raiser*, Forum, 3,9; *Kötz*, DJT A28; *Kliege*, 68; fiyat gerekçesinin hiç dikkate alınmaması yönünde *Stauder*, Reisevertrag, 139, 185. Örneğin Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda kimyasal temizleme yapan bir işletmenin genel işlem şartlarında ihmalden dolayı meydana gelecek olan zararların ancak temizleme bedelinin 15 katı oranında tazmin edileceği yer almaktaydı. Değerli hahlar için ayrıca bir sigorta yaptırılması müşteriye bu hükümde özellikle salık verilmişti. Nitekim olayda değerli bir hali temizleme sırasında hasar görmüş ve işletme tam tazminat ödemeyi ret etmiştir. Mahkeme bu görüşe katılmış ve sadece istisnaen tazminat bedelinin zarardan daha düşük kalması ihtimali karşısında diğer bütün müşterileri de etkileyecek şekilde genel bir sigorta yükümü getirmenin doğru olmadığını, bu kadar değerli bir halıyı temizlemeye veren kişinin ayrıca sigorta yaptırma imkanını kendisinin değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada fiyatın genel olarak bütün müşterileri etkileyecek şekilde değişmesini mahkeme doğru bulmamış, işletmenin, müşterisine, ek sigorta yapma teklifini götürmüş ve müşterinin bunu red etmiş olmasını hüküm geçerli kabul etmek için yeterli saymıştır (BGHZ 77, 126, 133). İsviçre Federal Mahkemesi bu konuya doğrudan hiç eğilmemekle beraber iki kararında sorumluluğun sınırlandırılmış olması nedeniyle taşıma ücretinin düşüklüğü arasında bağlantı kurmuştur (BGE 77 II 154,159; BGE 94 II 197, 208)

<sup>15</sup> *Kohlegger*, FS Broda, 137,149; *Becker*, 70. Bu tür hükümlerin aslında taraflar arasında pazarlık konusu yapılmış ve dolayısıyla genel işlem şartları niteliğini kaybetmiş bireysel anlaşmalar olarak nitelendirilmesi ve denetim dışı kalması söz konusudur (bkz. aşağıda § 7 III), aynı görüşte *Fastrich*, 305.

<sup>16</sup> *Sticher*, 180

<sup>17</sup> *Lörtscher*, 257; *Kamm*, 423

<sup>18</sup> *Kapnopoulou*, 136

da ise akla gelen soru, müşterinin **neden** işletme ile pazarlık etmediği ve kendi haklarını daha iyi korumadığıdır. Kendisi açısından bu kadar elverişsiz koşulları kabul etmeme veya değiştirme olanağını müşteri neden kullanmamaktadır?

## II. Bozulan Dengenin Müşteri Lehine Yeniden Kurulma Olanının Bulunmaması

Her şeyden önce müşterinin *psikolojik açıdan* bir zaafi (Unterlegenheit) söz konusu olmaktadır. Sözleşme akdedilirken genelde bir zaman baskısı altındadır, dolayısıyla bu şartları ayrıntılı şekilde inceleme imkanı fiilen yoktur<sup>19</sup>. Ayrıca bu şartların incelenmesi gereği konusunda bir kanaat sahibi de olmayacaktır. Bir yandan sözleşmenin ifasında bir aksilik çıkabileceğini ve dolayısıyla bu şartların uygulanabileceğini düşünmemekte, diğer yandan bunların zaten matbu hali ve her sözleşmede uygulanıyor olması nedeniyle adeta yasa benzeri bir nitelik taşıdığı ve dolayısıyla değişmez olduğu görüşü kendisinde hakim olmaktadır<sup>20</sup>. Ayrıca işletmenin bunların değiştirilmesine yanaşacağı kanaati de müşteride olmayacaktır. İşletme genelde, müşterinin edime ihtiyaç duyması, kendisinin ise yeterince müşteri sahibi olması nedeniyle müşterisini, bu şekilde sözleşmeyi kurma veya hiç kurmama alternatifi ile baş başa bırakacaktır (take it or leave it / à prendre ou à laisser)<sup>21</sup>.

İkinci olarak *entelektüel açıdan* müşterinin bir zaafi söz konusu olacaktır; yani genel işlem şartlarını okumak ve incelemek konusunda zamanı ve isteği olsa bile gerekli hukuki donanımdan yoksun olduğu için bu şartları okuyup anlaması kendisi açısından çoğu zaman mümkün olmayacaktır<sup>22</sup>. Dolayısıyla birden fazla aynı edimi sunan işletmenin genel işlem şartlarını karşılaştırarak kendisi açısından en elverişli olanı tercih etmesi imkanı da olmayacaktır<sup>23</sup>. Garanti süreleri gibi nispeten kolay anlaşılır ve karşılaştırmaya müsait bir şart açısından bile bu karşılaştırmaların müşteri tarafından yapılması mümkün gözükmemektedir, zira bir satıcının sunduğu garanti süresi daha uzun olmakla birlikte tümel olarak genel işlem şartlarının ekonomik açıdan daha elverişsiz olması ihtimali her zaman vardır. Ayrıca işletme, yüzlercesine akdedeceği tek tip işlem için GİŞ hazırlarken, tüketici birbirinden çok farklı yüzlerce işlem

<sup>19</sup> Lörtscher, 16; Forstmoser, Festgabe Kummer, 99,105; Stöckli, 45; Hönn, 150

<sup>20</sup> Bauer, 17; Hardegger, 9; Schenk-Engeler, 14; G.Stein, 41; Schuler, 126; Kohlegger, FS Broda, 137,148

<sup>21</sup> Forstmoser, Bankverkehr, 11,13; Stöckli, 46; Patry, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,373; Altop, Finansal Kiralama, 130; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 156

<sup>22</sup> Bydlinski, FS Kastner, 45, 47; Forstmoser, Festgabe Kummer, 99,106; Akman, 3; Soyer, 35

<sup>23</sup> Schenk-Engeler, 12

için önüne konulan genel işlem şartlarını anlamak zorunda bırakılmaktadır<sup>24</sup>.

Son olarak bir de *organizasyon açısından* müşterinin zaafı iki taraf arasındaki dengesizliği pekiştirmektedir<sup>25</sup>. Müşteri profesyonel olarak GİŞ ile muhatap değildir, kendisine bunların anlaşılması için destek veren hiçbir hukuki kurum yoktur. Halbuki işletme, akdedeceği çok sayıda sözleşme için bir kere hukuki danışmanlar çalıştırarak kendisi için en elverişli olan hükümleri tespit ettirmek ve müşterisine, aralarındaki dengesiz konum nedeniyle, bunları empoze etmek imkanına sahip bulunmaktadır. Bunun yanı sıra işletmenin organizasyonu o şekilde oluşturulmuştur ki sözleşme akdeden kişiler sıklıkla, genel işlem şartlarını değiştirmek konusunda herhangi bir yetkiye de sahip değildir. Dolayısıyla müşterinin bu konudaki çabalarına cevap verebilecek biri ile karşılaşma ihtimali de zaten düşüktür<sup>26</sup>.

Bu gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde müşteri açısından genel işlem şartlarını incelemek ve karşılaştırmak *ekonomik açıdan* da salık verilebilecek bir durum olmaktan çıkmaktadır<sup>27</sup>. Zira yüz buzdolabından birinin ayıplı çıkma ihtimali karşısında müşterinin yine de kendisi için en elverişli ayıp hükümlerini içeren işletmeyi bulmak için zaman ve enerji harcaması ekonomik açıdan rasyonel olan bir davranış değildir<sup>28</sup>. Müşteri, özellikle hem kaliteli malı bulmak için araştırmalarda bulunacak, hem de en ucuz fiyat için karşılaştırmalarını yapacak ve bunun sonucunda fikir oluşturacaktır. Bunun dışında bütün GİŞ metinlerini inceleyip bunları para değerine çevirip kendisi açısından en “ucuz” olanı bulmaya çalışması kendisinden beklenebilir bir davranış değildir. Düşünülün ki bir tüketici aynı gün içinde arabasını tamire bırakıp bir araba kiralayabilir, bir buzdolabını taksitle satın alır, ailesi ile yapacağı tatil için bir tur operatörü ile anlaşabilir ve akşam gittiği operada paltosunu vestiyere bırakabilir. Bu durumda onun, tamircinin, araba kiralayan şirketin, taksitle satım yapan işletmenin, tur operatörünün ve de vestiyer işleticisinin genel işlem şartlarını okumak, anlamak ve bunun pazarlığını yapmak durumunda olduğu iddia edilemez. Dolayısıyla işletmenin GİŞ kullanarak rasyonelleşme menfaati ile müşterinin, GİŞ’i büyük ölçüde

<sup>24</sup> Wolf, JZ 1974, 41,42

<sup>25</sup> Stöckli, 45; Meyer-Cording, 96

<sup>26</sup> Patry, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,373; Meyer-Cording, 95

<sup>27</sup> Schäfer/Ott, 325; Kötz, 212-213; Behrens, 171; Schuler, 20; Singer, 16; Wolf, Rechtsgeschäftliche, 240; I.Koller, FS Steindorff, 667,670. Genel işlem şartları kullanımının ekonomik açıdan ayrıntılı bir analizi için bkz. Beimowski, Joachim, Zur ökonomischen Analyse Allgemeiner Geschäftsbedingungen, München 1989

<sup>28</sup> MünchKomm/Kötz, Einl. AGBG N.3; Hönn, 149; I.Koller, FS Steindorff, 667,669vd.; Fastrich, 84



dikkate almayarak rasyonel davranma menfaati büyük bir çelişki teşkil etmektedir.

Nitekim yukarıda anılan gerekçelerle rekabetin de, taraflar arasında doğan dengesizliği ortadan kaldırma işlevi sekteye uğratılmaktadır. Normal rekabet koşullarının varlığı halinde, aslında, sorumluluğunu kast hali dışında ortadan kaldıran, yetkili mahkemenin başka şehirde olduğunu belirleyen, istediği zaman faizi yükselten veya krediyi geri talep edebilen bir işletme ile tüketicinin hiçbir işlem yapmaması ve onun yerine kendisine daha elverişli koşullar sunan bir işletmeye başvurması gerekir<sup>29</sup>. Dolayısıyla GİŞ alanında rekabet sağlanabilseydi, ayrıca sözleşme denetimine başvurmadan, en optimum şartların müşteri tarafından elde edilmesi mümkün olabilirdi.

Alman GİŞ yasası çıkmadan önce özellikle *Grunsky*<sup>30</sup> tarafından bu görüş ileri sürülmüştür. Mahkemelerin BGB hükümleri uyarınca genel işlem şartlarını içerik açısından denetlemesini eleştiren yazar soruna doğru yaklaşımın rekabet ortamını tam anlamıyla yeniden yaratmaktan geçtiğini savunmuştur. Kural olarak serbest rekabet ortamı içinde bulunan bilinçli tüketici homo economicus, bir kez GİŞ yüzünden zor durumda kaldıktan sonra artık işlemlerinde dikkat ederek GİŞ kullanmayan veya daha elverişli hükümlerle çalışan satıcıları tercih edecektir. Bu sayede bütün işletmeler daha iyi sözleşme koşulları sunmak konusunda talep tarafından baskı görecektir ve bir iyileşme, yasa koyucunun veya yargının müdahalesi olmadan ekonominin kendi kuralları içinde gerçekleşecektir. Bu yaklaşımın tutarlılığını yazar şu şekilde gerekçelendirmektedir: satıcı tarafından tek taraflı olarak belirlenmesine rağmen fiyat ve malın nitelikleri konusunda da serbest piyasa ekonomisi kuralları uygulanmaktadır ve hiçbir hukuk düzeni, istisnalar dışında, fiyat oluşumuna müdahalede bulunmamakta veya malın kalitesi konusunda minimum standartlar dışında denetim yapmamaktadır. Oysa tüketicinin çok sık kalite ile fiyat arasındaki büyük oransızlık yüzünden zarara uğradığı da açıktır. Buna rağmen onun korunması için sözleşme içeriğine müdahale edilmemektedir. Yazara göre GİŞ alanında da yapılması gereken, mahkemeler tarafından içerik denetimini sona erdirmek ve zamanla tüketicileri bilinçlendirerek rekabet ortamının gerekli dengeyi kurmasını teşvik etmektir.

*Grunsky*'nin bu görüşleri Alman ve hatta Avusturya ve İsviçre doktrininde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>31</sup>. Bu konuda ileri sürülen en önemli

<sup>29</sup> Adams, BB 1989, 781,782; Baudenbacher, Ansätze, 17,27; Medicus, § 27 N.397

<sup>30</sup> *Grunsky*, BB 1971, 1113 vd.

<sup>31</sup> Löwe, BB 1972, 185vd.; Kötz, DJT A34; Kohlegger, FS Broda, 137,148; v.Hippel; Verbraucherschutz, 129; Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. N.6; Fitz, 249,250 dn.16; Rehbindler, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 42; Stockar, 122; Baudenbacher, AGB, 221; Kramer, Krise, 44



gerekçe, iki fiyatı karşılaştırmakla, sunulan iki farklı genel işlem şartını karşılaştırmanın aynı şekilde değerlendirilemeyeceğidir. Bir yanda müşterinin alışveriş anında hemen cebinden çıkan bir meblağ ve bunun başka rakamlarla karşılaştırılması gibi basit bir işlem vardır. Diğer yanda ise genelde o sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde uygulanacak kuralları içeren ve karşılaştırılması gereken bir dizi metin vardır. Tüketicilerin fiyatlar konusunda bile bu karşılaştırmayı yaptıkları veya Avrupa'da kalite kontrol merkezleri tarafından sık sık yayınlanan raporları değerlendirdikleri dahi çok şüpheliyken son derece teknik içerikli genel işlem şartlarını karşılaştıracaklarını beklemek genelde hayalperestlik olarak nitelendirilmiştir. *Rehbinder* gibi, "geniş halk kitlelerinin aptal ve tembel olduğu" şeklinde aşırı bir yaklaşım<sup>32</sup> kabul edilemez olmakla birlikte<sup>33</sup> serbest rekabet ortamının mucizelerine burada inanmak mümkün değildir.

Sorun, işletmenin müşteriye daha elverişli koşullar sunarak bir rekabet avantajı sağlamasının mümkün olmamasıdır<sup>34</sup>. Piyasada hep müşteriye yüklenen rizikoları satıcının üstlenmeyi vaat ederek müşteri kitesinde bir artış sağlaması ihtimali düşük gözükmektedir. *Kötz*'ün verdiği bir örnekle bu canlandırılacak olursa: Bir işletmenin malının yüksek kalitesi için reklam yaparken, malın ayıplı çıkması halinde yetkili mahkemenin tüketicinin ikametgahı mahkemesi olacağı şeklinde bir ibare eklemesi tüketiciler üzerinde hiç de hoş bir imaj yaratmayacaktır<sup>35</sup>. Ayrıca yukarıda anılan gerekçelerle müşteri zaten GİŞ'i inceleme ve kıyaslama imkanını kullanmayacağından bu avantajlı GİŞ'i tespit etme fırsatı dahi olmayacaktır<sup>36</sup>. Burada rekabet tam aksi yönde işlemektedir. Mümkün olduğu kadar müşterinin haklarını kısıtlayan GİŞ'in hazırlanması yoluyla işletmenin daha ucuz bir fiyata malını pazarlaması mümkündür. Ancak bu sayede bir rekabet avantajı sağlamaktadır<sup>37</sup>. Sonuçta bu alanda imalatçılar ve satıcılar arasındaki rekabet ortamı yok olmuştur, zira müşterinin deneyimsizliğinden faydalanarak kendine avantajlar sağlama düşüncesi, elverişli GİŞ yoluyla rekabet avantajı sağlama düşüncesi karşısında ağır basmıştır<sup>38</sup>. Bir rekabet parametresi olarak genel işlem şart-

<sup>32</sup> *Rehbinder*, AGB, 42

<sup>33</sup> Zira yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi GİŞ'i okuyup anlamak için çaba sarf etmek müşteri için ekonomik açıdan salık verilebilecek bir durum değildir ve bunu yapmamakta son derece haklıdır.

<sup>34</sup> Nitekim Baudenbacher, genel işlem şartlarının, aslen sadece rasyonelleşme amacına hizmet ettiği bunun dışında pazarlama teknikleri açısından neredeyse hiçbir işlevinin olmadığını vurgulamaktadır (*Baudenbacher*, AGB, 217)

<sup>35</sup> *Kötz*, DJT A35; aynı yönde *Kohlegger*, FS Broda, 137,148

<sup>36</sup> *Behrens*, 172

<sup>37</sup> *Fastrich*, 86; *Schaefer/Ott*, 325; *Adams*, BB 1989, 781,784

<sup>38</sup> *Ramm*, Thilo, "Vertragsfreiheit - Instrument der Ausbeutung?" in: *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, 1972, 42 (aktaran *Sticher*, 58); *Pflug*, 18; *Adams*, BB 1989, 781,784

ları elverişli değildir<sup>39</sup>. Müşterinin bugün daha elverişli GiŞ bulma konusunda artık bir ümidi yoktur, zira uygulamada hepsi kaçınılmaz olarak birörnek hale gelmiştir<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Hönn, 264

<sup>40</sup> Huguenin Jacobs, recht 1995, 85; Tekinalp, Hirsch Armağanı, 119,129; Emmerich, JuS 1972, 361; Singer, 15

## § 4. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Denetimi

GİŞ kullanılan sözleşmelerde müşterilerin kaçınılmaz olarak sözleşmeye müdahale olanağını yitirmesi ve bu nedenle sözleşme eşitliğinin önemli surette zedelenmesi dünyanın birçok yerinde GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmeler için özel düzenlemeler getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Aşağıda ayrıntılara girmeksizin sadece Avrupa ekseninde en güncel durum yansıtılmaya çalışılacaktır.

### I. Alman Hukuku<sup>1</sup>

Alman GİŞ yasası 10.11.1976 tarihinde kabul edilmiş ve 1.4.1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>2</sup>. Yasada maddi hukuka, devletler özel hukukuna ve usul hukukuna ilişkin olmak üzere üç çeşit düzenleme mevcuttur. İş, miras, aile ve ortaklıklar hukuku alanlarında akdedilen sözleşmeler ayrık tutulmak üzere GİŞ kullanılarak akdedilen sözleşmelerin tümü kural olarak bu yasanın denetim alanına girerler. İlgili genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olabilmesi için öncelikle yürürlük denetimini (§ 2) aşması gereklidir. Buna göre müşterinin GİŞ kullanımı konusunda uyarılması ve kendisine GİŞ'in içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi için imkan tanınması gereklidir. Bu gereklerin yerine getirilmesi sonucu genel işlem şartları sözleşme içeriği olsa bile bunların arasında yer alan ve sözleşmenin tümü değerlendirildiğinde müşteri açısından tamamıyla beklenmez olan hükümler bunun dışında kalır (§ 3). GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelere ilişkin bazı yorum kuralları da yasada yer almaktadır. Buna göre iki âkit arasında pazarlık sonucu kararlaştırılmış olan bireysel anlaşmalar bununla çatışan GİŞ hükmüne nazaran öncelikle uygulanırlar (§ 4). Ayrıca genel işlem şartlarının yorumlanmasında bazı tereddütlerin doğması halinde müşteri lehine olan çözümün tercih edilmesi de yasanın bir buyruğudur (§ 5).

<sup>1</sup> Alman Genel İşlem Şartları Yasasının tercümesi için bkz. Ek 1

<sup>2</sup> Yasanın hazırlanma süreci hakkında bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, Einl. N.12vd.; *Rehbinder* (çev.Teoman), İHFM C.XLII - sy.1-4, 641,644

Yasanın asıl önem taşıyan bölümü hiç kuşkusuz içerik denetimine ilişkin olanıdır. Burada üçlü bir denetim mekanizması getirilmiştir. Tek tek yasada sayılmış olan bazı genel işlem şartları, hakimin takdirine bağlı olmaksızın her halde geçersiz addedilmiştir (§ 11). Takas yasağı, tazminat miktarının götürü tespiti, ispat yükünün yer değişmesi, ayıp hükümleri gibi on altı farklı başlık altında bu hükümler ele alınmıştır. Buna karşılık diğer bir grup hüküm, hakimin takdirine bağlı olarak batıl sayılabilmektedir (§ 10). Bu hükümler genelde “uygunsuz”, “ölçüsüz” veya “müşteriden beklenebilir olmama” gibi genel kavramlar içermekte ve bu şekilde hakime somut olayın özelliklerini dikkate alma imkanı tanınmaktadır. Üçüncü denetim normu ise (§ 9) bir genel hüküm şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre GİŞ içinde yer alan ve müşteriye dürüstlük kuralına aykırı şekilde ölçüsüz derecede mağdur eden hükümler batıldır. Tereddüt halinde, bir hükmün, sapılan yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan asli hak veya borçları, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye atacak derecede sınırlandırması halinde karşı tarafı ölçüsüz şekilde mağdur ettiği kabul edilir<sup>3</sup>. Ancak yasanın özellikle, edim/karşı edim dengesini içerik denetiminin dışında tuttuğu da göz ardı edilmemelidir (§ 8).

Genel işlem şartları kısmen veya bütünüyle sözleşme içeriği olamamışsa veya batılsa sözleşme yine de geri kalan kısmıyla ayakta kalır (§ 6). Bu durumda sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre belirlenir. Sadece istisnai hallerde, sözleşmenin arta kalanı ile bağlı tutulmanın taraflardan biri için dayanılmaz olması halinde artık sözleşmenin tümü batıl sayılır.

Tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde kullanılan GİŞ de kural olarak yasanın denetimine tâbi olmakla birlikte yürürlük denetimine ilişkin § 2, mutlak ve nispi hükümsüz genel işlem şartlarına ilişkin §§ 10 ve 11 bunun dışında tutulmuştur (§ 24). Bu şekilde ticari hayatın gereklerini de dikkate alan, ancak tacirleri tamamıyla savunmasız bırakmayan bir model tercih edilmiştir.

Ana hatlarıyla tasvir edilen GİŞ yasının hazırlanmasında mahkemelerin yönlendirmesi çok büyük önem taşımıştır. Zira o güne kadar yaklaşık 30 yıllık bir dönem boyunca Alman Yüksek Mahkemesi GİŞ-denetimi uygulamış ve geliştirdiği kavramlar ve denetim mekanizmaları ile yasa koyucu için öncü olmuştur. Nitekim GİŞ yası adeta bu yargısal kararların yasalaştırılması sonucunu beraberinde getirmiştir<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Alman yasının içerik denetimi konusundaki hükümlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. *Teoman*, 100-134; ayrıca bkz. *Locher*, §§ 11- 15

<sup>4</sup> *Koller-Tumler*, 107; *Wolf/Horn/Lindacher*, Einl. N.6

## II. Avusturya Hukuku

Avusturya'da 1979 yılında yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 6. paragraf tüketici ile akdedilen sözleşmelerde geçersiz sayılacak sözleşme hükümlerini düzenlemektedir<sup>5</sup>. Bu paragrafın dikkati çeken üç özelliği vardır: Öncelikle geçersizliği söz konusu olabilecek hükümlerin sözleşme içeriği olmasına ilişkin olarak, yani yürürlük denetimine ilişkin olarak her hangi bir düzenleme mevcut değildir. Düzenlemeler sadece içerik denetimi alanına münhasırdır. İkinci olarak ilgili hükümlerin batıl sayılması için bunların genel işlem şartları içinde yer alması hiçbir şekilde aranmamıştır. Bireysel sözleşme içinde yer almış olmaları halinde de bu maddede sayılan içerikli sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır<sup>6</sup>. Üçüncü olarak § 6'nın ilk fıkrasında yer alan 15 kayıt pazarlık konusu yapılmış olsa bile batıl sayılacaktır. Yani bu hallerde âkitlerden birinin tüketici olması ilgili hükmün batıl sayılması için yeterli sayılmıştır. İkinci fıkrada sayılan kayıtlar ise ancak işletmenin, bunların pazarlık sonucu sözleşme içeriği olduğunu ispatlayabilmesi halinde geçerli sayılabilecektir.

Buna karşılık aynı kanun ile Avusturya Medeni Kanunu'nda bir değişiklik yapılmış ve genel olarak sözleşmelerde butlanı düzenleyen § 879'a eklenen bir fıkra ile GİŞ içinde yer alan hükümlerin, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, taraflardan birini aşırı derecede mağdur etmesi halinde batıl sayılacağı öngörülmüştür<sup>7</sup>. Bu madde ise hem tacirler arasında, hem de § 6'da anılmayan sözleşme hükümlerinin GİŞ içinde yer alması halinde tüketici/tacir arasında uygulanacaktır<sup>8</sup>. Görüldüğü gibi Avusturya yasa koyucusu sorunu salt GİŞ sorunu olarak görmemiş genel olarak tüketici sözleşmelerinde yer alan adil olmayan hükümleri engellemeyi hedeflemiştir. Bu maddenin yanı sıra, aynı kanun ile Avusturya Medeni Kanunu'nda yapılan bir diğer değişiklik ise GİŞ için-

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Deixler-Hübner*, 46vd; *Kramer*, ÖJZ 1980, 233,237vd.; *Bydlinski*, Franz, "Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz", in: FS Meier-Hayoz, 1982, 65-88; *Krejci*, Heinz (Hrsg.) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Wien 1981; *Mayrhofer*, Heinrich, "Überlegungen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JBl 1993, 94vd. 1997 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun § 6'da yapılan değişiklik ile yine AB-yönergesinin iç hukuka aktarılması için gerekli düzenlemeler yapılmıştır (BGBl. I 1997/Nr.6)

<sup>6</sup> *Fitz*, 249, 253. Pazarlık konusu yapılmış olan hükümlerin buna rağmen katı bir denetime tâbi tutulmasının eleştirisi için bkz. *Kramer*, ÖJZ 1980, 233,238; *Schenk-Engeler*, 111 ve 139vd

<sup>7</sup> § 879/III ABGB: "Genel işlem şartları veya formüller sözleşmelerde yer alan ve tarafların asli edimlerinin tespitine ilişkin olmayan bir hüküm, somut olayın bütün şartları değerlendirmeye katıldığında, taraflardan birini önemli surette mağdur ediyorsa (gröblich benachteiligen) batıl sayılır."

<sup>8</sup> *Deixler-Hübner*, 64

de yer alan beklenmeyen, şaşırtıcı hükümlere ilişkindir (§ 864a). Bu hükümler, işletmenin özellikle karşı âkidinin dikkatini çekmemesi halinde sözleşme içeriği olamazlar<sup>9</sup>.

### III. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda GİŞ sorunu ne özel bir yasaya konu olmuş ne de bir tüketicinin korunması yasası çerçevesinde düzenlenmiştir. Bunun yerine 1988 yılında İsviçre’de yürürlüğe giren Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanununun 8. maddesinde genel işlem şartları kullanımının bazı hallerde bir haksız rekabet olgusu oluşturacağı öngörülmüştür. Bu şekilde, kanunun yürürlüğe girmesinden önce yaşanan ve GİŞ’in içerik denetiminin nasıl gerçekleşmesi gerektiği konusundaki tartışmalar bir süre için dinmiştir. Öğretinin büyük bir bölümü borçlar hukuku yaklaşımını benimsemiş ve GİŞ’in sözleşme içeriği olması halinde ancak daha sonra dava açılarak mahkemenin ex post içerik denetimi yapması yoluyla tüketicinin korunmasının mümkün olacağını savunmuştu<sup>10</sup>. Buna karşılık *St.Gallen okulu*, Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanuna bu yönde bir ekleme yapılması taraftarı olmuştu. Gerekçe olarak da özellikle GİŞ’de, haksız rekabette sık karşılaşıldığı gibi, bir gafil avlama (überrumpeln) olgusunun var olduğu ve bu kanunda yer alan kapsamlı yaptırım mekanizmasının, özellikle kurumların açacağı davaların, GİŞ sorununa kalıcı çözüm getireceği ileri sürülmüştü<sup>11</sup>.

İsviçre HaksRK’nun değiştirilmesi aşamasında Parlamente’ye sunulan taslak önceleri AGBG § 9’a paralel bir düzenleme içermekteydi. Buna göre “sözleşme taraflarından biri aleyhine, doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı bir hak ve borç dağılımı öngören, önceden kaleme alınmış genel işlem şartları kullananlar haksız rekabet etmiş sayılırlar”. Ancak yasama sürecinde maddeye önce “açıkça” aleyhte olma şartı eklenmiş, daha sonra bu da yeterli sayılmayarak “yanıltıcı şekilde” ibaresinin kullanılmasına karar verilmiştir<sup>12</sup>. Bunun sonucunda madde aşağıdaki şekilde yasalaşmıştır:

Madde 8: Kötüye kullanılabilir sözleşme şartları kullanmak

“Sözleşme taraflarından biri aleyhine yanıltıcı şekilde

<sup>9</sup> Bu konuda bkz. ileride § 8 V 1

<sup>10</sup> örn. bkz. *Giger*, AGB, 168; *Stockar*, 118; *Auer*, 64; *Schuler*, 160vd.; *Bauer*, 72

<sup>11</sup> *Sticher*, passim; *Kramer*, SJZ 1985, 17,35; *Dessemontet*, Contrôle judiciaire, 57,58 ve 83

<sup>12</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505,524vd.

- a. doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya
- b. sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngören,

önceden kaleme alınmış genel işlem şartları kullananlar haksız rekabet etmiş sayılırlar.”<sup>13</sup>

Bunun yanı sıra İsviçre Borçlar Kanunu m.256/IIa ve 288/IIa hükümleri de GİŞ'e ilişkin tekil düzenlemeler içermektedir. Buna göre adi kira veya hasılat kirası sözleşmelerinde kiraya verenin, kiralananı kararlaştırılan şekilde kullanmaya elverişli şekilde teslim etmek ve sözleşme süresi boyunca bu şekilde muhafaza etmek konusundaki sorumluluğunu GİŞ yoluyla ortadan kaldıran veya sınırlandıran hükümler geçersizdir<sup>14</sup>.

#### IV. Avrupa Birliği Hukuku<sup>15</sup>

Avrupa Birliği Konseyi 5 Nisan 1993 tarihinde “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge”yi kabul etmiştir<sup>16</sup>. Aynı Avusturya hukukundaki düzenlemeler gibi yönerge de sadece içerik denetimine ilişkindir. Pazarlık konusu yapılmayan hükümlerin, özellikle genel işlem şartlarının sözleşmenin parçası haline gelip gelmediği sorununa ilişkin olarak yönergede herhangi bir açık düzenleme yer almamaktadır<sup>17</sup>. İçerik denetimi ise, “tek tek pazarlık konusu yapılmamış” hükümler açısından söz konusudur. Bu ibare klasik GİŞ tanımını kapsadığı gibi, tüketicinin belirlenmesinde etki sahibi olmadığı diğer bütün sözleşme hükümlerini de kapsar. Dolayısıyla Avusturya Tüketicinin Korunması Kanunundaki gibi hem GİŞ, hem de bireysel sözleşme şartları bu çerçevede ele alınabilir<sup>18</sup>. Bu hükümlerin tek bir sözleşmede

<sup>13</sup> Bu düzenlemeye yöneltilen eleştiriler için bkz. ileride § 10 II 7 c

<sup>14</sup> Bu normların geniş yorumlanması suretiyle İsviçre hukukunda GİŞ denetimi yapılabileceği görüşünde *Wiegand*, 129,146

<sup>15</sup> Yönerge metninin tercümesi için bkz. Ek 2

<sup>16</sup> 93/13/AET [ATRG (1993) L95/29]. Yönerge tasarısı hakkında bkz. *L.Yavuz*, TBBD 1995/2, 260vd.

<sup>17</sup> *J.Schmid*, *Auswirkungen*, 243,253; *Kiendl*, özellikle turistik gezi sözleşmelerine ilişkin yönergede (90/314/AET [ATRG (1990) L158/59]) tüketicinin sözleşme koşulları hakkında yazılı olarak bilgilendirilmesine ilişkin düzenlemeler getirildiği düşünülecek olursa bu yönergede Konseyin gösterdiği çekingenliği anlamının mümkün olmadığını haklı olarak vurgulamaktadır (*Kiendl*, *JBl* 1995, 87,92).

<sup>18</sup> *Stauder*, *Schwerpunkte*, 11,19; *Schwarz*, *Richtlinie*, 127,129; *Kapnopoulou*, 84; *Wolf*, *FS Brandner*, 299,301; *Brownsword/Howells*, *J.B.L.* 1995, 243,247; *Damm*, *JZ* 1994, 161,163. Yönergenin hazırlık safhasında aslında hiçbir kısıtlama getirilmeksizin bütün tüketici sözleşmeleri için, yani pazarlık konusu olmuş olanlar dahil olacak şekilde bir içerik denetimi getirilmesi düşünülmüş ancak Almanya'nın yoğun muhalefeti sonucu bu yaklaşımdan vazgeçilmiştir (bkz. *Klauer*, 113; *J.Schmid*, *Auswirkungen*, 243,251).

kullanılmak üzere mi yoksa birden fazla kullanım niyetiyle mi kaleme alındığı yönerge açısından önem taşımaz<sup>19</sup>. Önemli olan sadece müşterinin ilgili hükümlerin oluşumuna etki edip edemediğidir, yani “take it or leave it” durumunda olup olmamasıdır<sup>20</sup>.

Hangi hükümlerin tek tek pazarlık konusu yapılmamış sayılacağını yönerge m.3/(2)'de belirlemektedir. Buna göre, ilgili hükmün önceden saptanmış<sup>21</sup> olması ve özellikle bunun “standart sözleşme” yoluyla gerçekleşmiş olması nedeniyle tüketicinin hükmün içeriğine bir etkide bulunamamış olduğu hallerde, pazarlık konusu yapılmamış bir hükmün varlığı kabul edilecektir. Bu durumda önceden kaleme alınmış sözleşme hükümleri kadar hiç kaleme alınmamış hükümler de denetim konusu yapılabilecektir<sup>22</sup>. Örneğin müşterinin önünde bir sözleşme hükmünün kararlaştırılması, ancak kendisine hiçbir şekilde içeriğine müdahale imkanı verilmemesi halinde de yönergenin denetlenmesini öngördüğü bir hüküm söz konusudur. Yönerge sadece şekli bir kriter olan önceden kaleme alma ile yetinmemiş, maddi olarak pazarlık şansının var olup olmasını öncelikli sorun olarak tespit etmiştir<sup>23</sup>.

Yönergenin 3. maddesi tek tek pazarlık konusu yapılmamış olan her türlü sözleşme hükmü için geçerli maddi denetim ölçütünü tespit etmektedir. Belirleyici olan, dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine sözleşmesel hak ve borçların dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık olmasıdır. Yönergenin ekinde ise üye ülkeler tarafından batıl sayılabilecek hükümlerin uzun bir listesi verilmiştir.

Avrupa Birliğine üye devletlere en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar yönergeyi iç hukuklarına aktarmak için süre tanınmıştı. Her ne kadar birçok ülke bu süreye uymadıysa da genelde gerekli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Nitekim bu bağlamda bazı örnekler verilmek gerekirse:

- **Almanya:** Yönergenin kabulünden sonra Alman GİŞ yasasında yapılan tek önemli değişiklik 1996 yılında § 24a'nın eklenmesi olmuştur. Yönergede özellikle GİŞ kullanımından bağımsız ola-

<sup>19</sup> Ulmer, Karlsruhe Forum, 9,23

<sup>20</sup> Ulmer, Karlsruhe Forum, 9,24

<sup>21</sup> Almanca metinde “abfassen”, Fransızca metinde “rediger”, İngilizce metinde ise “to draft” fiilleri kullanılmıştır. İlgili sözleşme hükümlerinin yazılı bir metine dökülmesi zorunluluk olmadığından “kaleme almak” yerine “saptamak” fiiline öncelik tanınmıştır (bkz. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272, 274).

<sup>22</sup> Kapnopoulou, 86. Bu açıdan bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi (karş. Jetzer/Zindel, SJZ 1994, 432,433) AB-yönergesinin de sadece GİŞ açısından uygulama alanı bulacağı görüşüne katılmak mümkün değildir. Yönerge GİŞ kullanımını, tüketicinin sözleşme içeriğine etkide bulunmadığı hallere örnek olarak vermektedir, yoksa sınırlı bir sayım söz konusu değildir.

<sup>23</sup> Wolf, FS Brandner, 299,301



rak, pazarlık konusu yapılmamış her hüküm için denetimin öngörülmesi nedeniyle bu maddede, §§ 8-11'de düzenlenmiş olan içerik denetimine dair hükümlerin, sadece bir kez kullanılma amacı olan önceden formüle edilmiş tüketici sözleşmeleri hükümlerine de uygulanacağı öngörülmüştür<sup>24</sup>. Bu şekilde AGBG üçlü bir denetim sistemine sahip olmuştur: Bir yandan sadece bir seferlik kullanım için bile olsa önceden kaleme alınmış olan bütün tüketici sözleşmelerinin denetimi, diğer yandan ancak sınırlı hallerde mümkün olan tacirler arası GİŞ kullanımının denetimi, son olarak da aslında klasik GİŞ tanımına uygun, birden fazla kullanım amaçlı sözleşme şartlarının taraflardan birinin tacir olmadığı hallerde denetimi<sup>25</sup>.

- **Fransa:** 1993 yılında Fransa'da çıkan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda<sup>26</sup> 1995 yılında yapılan bir değişiklik<sup>27</sup> L.132-1 vd. maddelerinde AB-yönergesinden büyük ölçüde hiç ayrılmadan tüketici sözleşmelerinde kötüye kullanılabilir hükümlere ilişkin bir düzenlemeye gidilmiştir. Yönergenin ekindeki liste de yasaya aynen aktarılmıştır.
- **İngiltere:** Henüz 1977 yılında İngiltere'de kapsamlı bir içerik denetimi getiren *Unfair Contract Terms Act* (Adil Olmayan Sözleşme Hükümleri Hakkında Yasa) kabul edilmiştir<sup>28</sup>. Bu yasa sadece GİŞ kullanımı ile sınırlı olmaksızın bireysel sözleşmeleri de kapsamına almaktadır. Ancak içerik denetimine ilişkin bir çerçeve norma yer vermek yerine belirli bazı sorun odaklarına ilişkin hükümler getirilmiştir. Sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması sonucunu doğurabilecek bir dizi sözleşme hükmü ya doğrudan batıl sayılmış veya "reasonable" (makul) olmadıkları ölçüde batıl sayılmaları imkanı getirilmiştir<sup>29</sup>. 1994 yılında kabul edilen *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation*<sup>30</sup> (Tüketici-

<sup>24</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 24a; *Palandt/Heinrichs*, § 24a

<sup>25</sup> *Coester-Waltjen*, Jura 1997, 272,275

<sup>26</sup> Bu kanun hakkında bkz. *Witz, Claude/Wolter, Gerhard*: "Das neue französische Verbrauchergesetzbuch", ZEuP 1995, 35-44

<sup>27</sup> LOI n° 95-96 du 1er février 1995, Journal Officiel de la République Française du 2 février, 1755vd. Bu kanun hakkında bkz. *Witz, Claude/Wolter, Gerhard*, "Frankreich: Die Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", ZEuP 1995, 885-892

<sup>28</sup> Metin için bkz. *Sweet & Maxwell's Consumer Law Statutes*, Ed. By Malcolm Leder, London 1996, 152-166.

<sup>29</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, Einl. N.52; *Weick, Günther*, "Unfair Contract Terms Act und AGB-Gesetz", ZHR 145 (1981), 68-82

<sup>30</sup> Metin için bkz. *Sweet & Maxwell's Consumer Law Statutes*, Ed. By Malcolm Leder, London 1996, 336-340. Ayrıca bkz. *Beatson, Jack*: "The Incorporation of the EC Directive

ci Sözleşmelerinde Adil Olmayan Hükümler Hakkında Tüzük) ise AB-yönergesini iç hukuka aktarmak amacıyla 1.7.1995 tarihinde, 1977 tarihli yasanın yanı sıra yürürlüğe girmiştir. Tüzük büyük ölçüde yönergeden esinlenmiştir.

- **İspanya:** İspanya ancak çok gecikmeli olarak Nisan 1998'de gerekli yasal düzenlemeyi yürürlüğe koyabilmiştir<sup>31</sup>. Yasa, yönergenin ekindeki batıl sayılabilecek hükümleri aynen iç hukuka aktarmakla birlikte buna ek olarak diğer bazı sınırlamalar daha getirmiştir.
- **İtalya:** Codice Civile'de 1996 yılında yapılan değişiklik ile Art.1469bis-1469sexies hükümleri eklenerek Avrupa Birliği yönergesi iç hukuka aktarılmıştır<sup>32</sup>. Özellikle yönergenin ekinde verilen ve batıl sayılabilecek hükümlerin hepsi aynen yasaya alınmıştır.
- **Yunanistan:** Henüz 1991 yılında yayınlanmış olan Tüketicinin Korunması Kanununda GİŞ'e ilişkin özel bir düzenlemesi mevcut olan Yunanistan, 1994 yılında yeni bir Tüketicinin Korunması Kanunu çıkararak AB-yönergesini de iç hukukuna aktarmıştır. Yasa içerik denetiminin yanı sıra yürürlük denetimi ve yorum konusunda da hükümler içermektedir<sup>33</sup>.

## V. Türk Hukuku

Karşılaştırmalı hukuk alanında yaşanan bu gelişmeler dikkate alındığında Türk hukukundaki düzenleme yetersizliği son derece göze batmaktadır<sup>34</sup>. Mart 1995 tarihinde yayınlanan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun içinde genel işlem şartlarına ilişkin herhangi bir hü-

---

on Unfair Consumer Contracts into English Law", ZEuP 1998, 957-968; Wagner, Claire/Althen, Rolf, "Umsetzung der Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen im Vereinigten Königreich", RIW 1995, 546-548

<sup>31</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (B.O.E. n° 89 de 14 de abril de 1998)

<sup>32</sup> 6.2.1996 tarihli ve 52 sayılı yasa için bkz. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 10.2. 1996, n.34. Yönergenin İtalyan iç hukukuna aktarılması konusunda bkz. Micklitz/d'Usseaux, „Die Umsetzung der Richtlinie 93/13 in das italienische Recht“, ZEuP 1998, 104-117

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kapnopoulou, 165 vd.

<sup>34</sup> Oysa henüz 1981 yılına İstanbul Ticaret Odası için Dr. Ömer Teoman tarafından GİŞ denetimine ilişkin ayrıntılı bir yasa tasarısı hazırlanmış ve dönemin Sanayi ve Ticaret Bakanlığına iletilmişti (bkz. Tekinalp, Banka Hukuku, 264). Bu çalışma daha sonra Ticaret Odası tarafından "Alman Genel İşlem Şartları Yasasının Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek bir Yasa Taslağı" başlığı altında teksir edilmiştir.

küm bulmak mümkün değildir. Her ne kadar örn. tüketici kredisi sözleşmelerinin<sup>35</sup> vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları veya istenecek teminatlar konusunda sözleşmede açıklık olması aranıyorsa da (m.10/I) bilfiil bu hükümlerin ne gibi düzenlemeler ihtiva ettiği ve müşteriye mağdur edip etmediği sorunuyla yasa hiçbir şekilde ilgilenmemektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun çeşitli maddeleri ise dolaylı da olsa genel işlem şartları sorununa eğilmektedir. TTK m.766 uyarınca taşıma sözleşmesinde, kanunun taşıyana yüklediği sorumluluğun önceden kaldırılması veya sınırlandırılması sonucunu doğuran bütün kayıtlar, özellikle bunların "umumi şartnamelere" konulmuş olması halinde hükümsüz sayılır. Diğer yandan TTK m.1266/II uyarınca, ilgili bakanlıkça tasdik edilmiş olmayan veya zahmetsizce okunamayacak olan şartlar kullanan sigortacı, genel şartlarda sigorta ettiren aleyhine yer alan hükümlerin yerine kanun hükümlerinin uygulanmasına katlanmak zorundadır.

Son olarak 1998 yılının Ekim ayında Sermaye Piyasası Kurulunun, *Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği*<sup>36</sup> yapılan bir değişiklik ile<sup>37</sup>, GİŞ kullanımı hali dahil olmak üzere, sözleşme içeriğine müdahale konusunda hakimi -çok sınırlı bir alanda bile olsa- yetkilendiren **ilk** hüküm Türk hukukuna kazandırılmıştır. Genel olarak sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık etmek üzere, aracı kurum ile müşteri arasında akdedilecek çerçeve sözleşmede bulunması gereken asgari hususları düzenleyen 47. maddenin değiştirilen üçüncü fıkrası ile bu çerçeve sözleşmenin içerik sınırları saptanmıştır. Buna göre:

Dşk. m.47/III: "Çerçeve sözleşmesinde Kurul düzenlemelerine ve borsa mevzuatına aykırı hükümler ile *müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere* (vba) ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Bu fıkra hükmü aracı kuruluşlar ile müşterileri arasında düzenlenecek halka arza aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo ve ters repo, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi sözleşmeleri ile Kurul düzenlemeleri çerçevesinde müşteriler ile yapılabilecek diğer sözleşmelere ve portföy yönetim şirketleri ile müşterileri arasında düzenlenecek portföy yöneticiliği sözleşmelerine de uygulanır."

<sup>35</sup> bkz. *Gezder*, passim

<sup>36</sup> RG 1 Mart 1995, sy.22217, 6-26

<sup>37</sup> Sermaye Piyasası Kurulunun seri:V n.19 Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG 8 Ekim 1998, sy.23487, 9

Anılan bu hükümlerin düzenleme konusu, içerik denetimi açısından elverişlilikleri ve kıyasen başka alanlarda da uygulanma olasılığı ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Şimdilik Türk hukukunda mevcut bu özel düzenlemelerin, GİŞ gibi son derece kompleks bir sorunun üstesinden gelmede çok yetersiz olduğunu tespit etmekle yetinmek istiyorum.

Dolayısıyla Yargıtay'ın yeni bir kararında<sup>38</sup> çok yerinde olarak tespit ettiği gibi, bugün halen, Borçlar Kanununun genel sözleşme sınırları çerçevesinde GİŞ denetimi yapılması zorunluluğu mevcuttur:

“Prensip olarak Türk hukukunda genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki (GİŞ) kayıtların kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hakimnin görevine dahil olmaktadır.

Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”

Ümit vaat edici bir gelişme, Borçlar Kanununun tümüyle gözden geçirilmesi ve güncelleştirilmesi için Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulmuş olan ve halen faaliyet gösteren Komisyonun hazırlamakta olduğu taslakta, genel işlem şartları konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verme gereği duyulmuş olmasındır. Sözleşmelerin yorumu ve muvazaaya ilişkin BK m. 18'in arkasına m. 18a-18f şeklinde yapılan bir ekleme ile genel işlem şartları sorununa çeşitli yönleriyle cevap üretilmeye çalışılmıştır<sup>39</sup>. Ancak Türkiye'de yasalaşma sürecinde yaşanan aksaklıklar dikkate alındığında, tüketicilerin daha uzun yıllar bu konuda gerekli düzenlemeden yoksun kalacakları beklenmelidir.

<sup>38</sup> Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140,1141

<sup>39</sup> Henüz ilk taslak halinde olan bu çözümler tezin ilgili yerlerinde dipnotlarında ele alınacaktır.

## § 5. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesinde Farklı Yaklaşımlar

### I. Yargısal Denetim - İdari Ön Denetim İkilemi

Yukarıda verilen karşılaştırmalı hukuktan örneklerin hepsinin gösterdiği gibi asli denetim mekanizması yargısal denetim düşüncesi üzerine kuruludur. Dava açabilecek olanların çevresi genelde geniş tutulmakla birlikte (müşterinin yanı sıra tüketici kurumları, idari bir kurum vs.) idari bir ön denetim zorunluluğuna rastlanmamaktadır. Oysa genel işlem şartlarının denetlenmesi konusunda sık sık ileri sürülen bir teklif, uyumsuzluk çıktıktan sonra yargısal bir denetim uygulamak yerine, hiçbir uyumsuzluğa mahal vermeden piyasada kullanılacak bütün GİŞ'lerin önceden idari bir kurum tarafından denetlenmesidir<sup>1</sup>. Bu durumda ancak bu idari kurumun onayını alan GİŞ'lerin daha sonra işletmeler tarafından akdedilecek sözleşmelerde kullanılması imkanı olacaktır. Nitekim Türk sigorta hukukunda da bu sistem kabul edilmiştir. Sigorta şirketleri ancak Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının onayını almış olan sigorta şartlarını kullanarak sözleşme akdedebilirler (Sigorta Murakabe Kanunu m.28/I). TTK m.1266/II uyarınca ilgili bakanlık tarafından onay verilmemiş sigorta şartlarının kullanılması halinde ise sigorta ettirenin zararına olan şartların yerini yasa kuralları alır.

GİŞ'in yargısal denetimi aleyhine ileri sürülen en önemli gerekçe bunların mahkeme önüne getirilmemesi halinde denetim imkanının ortadan kalkması noktasındandır. Tüketici nasıl GİŞ'i okumuyorsa bir ihtilaf çıkması halinde de zahmete katlanıp dava açmaz denilmektedir. Özellikle tüketicinin sık sık ekonomik ve sosyal açıdan zayıf bir toplumsal kesime dahil olması nedeniyle avukata gitme ve haklarını arama konusunda çok çekingen olacağından yola çıkılabilir<sup>2</sup>. Aynı şekilde GİŞ ne-

<sup>1</sup> özellikle *Nordmann*, 125vd.; *Wessner*, ZSR 1986, 161,185vd.; *Baudenbacher*, 318vd.; *v.Hippel*, Verbraucherschutz, 133vd.

<sup>2</sup> *Kötz*, DJT A53; *v.Hippel*, Verbraucherschutz, 127

deniyle müşterinin uğradığı zararın sınırlı olması halinde dava açmaktan kaçınması ihtimali de yüksektir. Bu engelin aşılması halinde ise, bu sefer bir tek müşterinin açtığı davanın sadece taraflar arasında kesin hüküm etkisini göstermesi nedeniyle işletmenin aynı genel işlem şartını ilerideki sözleşmelerinde yeniden kullanması tehdidi mevcuttur<sup>3</sup>. Bir davayı kaybetmiş olmak işletme üzerinde bir baskı oluşturmak için yeterli olmayacaktır.

Bu nedenle *Baudenbacher*'in teklif ettiği sisteme göre idari bir makamın denetiminden geçmesi ve onaylanması GİŞ kullanımının zorunlu unsuru olmalıdır<sup>4</sup>. Kuşkusuz ilgili denetim bunların ancak, tarafların uyuşan iradeleri yoluyla sözleşme içeriği olacağı gerçeğini değiştirmez. Ayrıca bir kez denetimden geçmiş olması daha sonra müşterinin adil olmadığını düşündüğü hükümler aleyhine dava açmasını da engellemez<sup>5</sup>. Bu şekilde bir mahkeme denetimi kapısı kapatılamaz. Ancak idari denetim sayesinde en azından her sektörde kullanılan genel işlem şartlarının taraflar arasında minimum bir dengeyi sağlaması garanti edilebilecek ve mahkeme denetiminin beraberinde getirdiği belirsizlikler de büyük ölçüde azaltılabilecektir. Kuşkusuz GİŞ'ine onay verilmeyen işletme, bu olumsuz karara karşı dava açma imkanına sahip olacaktır<sup>6</sup>.

Ancak idari denetimin kabulü halinde özel hukuk sistemimize hakim irade özerkliği ilkesinden önemli bir taviz verileceği aşikardır. Sözleşme özgürlüğünün özel hukuk sistemimiz içindeki yeri düşünülecek olursa bu şekilde bir müdahalenin savunulması prensip olarak doğru görülmemektedir<sup>7</sup>. Nitekim bu denetimin gerçekleştirilebileceği ve verimli olacağı da hiç kesin değildir. Öncelikle ekonominin çok farklı sektörlerinde GİŞ kullanılıyor olması ve bunların hepsinin ayrı ayrı denetlenmesi için kurulması gereken idari mekanizmanın çok büyük bir organizasyon ihtiyacı doğurması göz ardı edilemeyecek bir handikaptır. Bu şekilde doğacak bir ekonomi idare hukukunun beraberinde getireceği bürokrasinin boyutlarını tahmin etmek mümkündür<sup>8</sup>. Her ne kadar sigorta genel şartları açısından bu yöntemin yerleşmiş ve uygulanıyor olduğu ileri sürülebilirse de GİŞ kullanan **her** sektör için aynı derecede uzmanlaşmış kurumlar oluşturmak büyük bir sorun yaratacaktır.

<sup>3</sup> *Sticher*, 38; *v.Hippel*, BB 1973, 993; *Wessner*, ZSR 1986, 161,184

<sup>4</sup> *Baudenbacher*, AGB, 318vd.

<sup>5</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.14; *Wessner*, ZSR 1986, 161,188; *Guyet*, 49,56; *Nordmann*, 135vd.; ayrıca bkz. *Kender*, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I, İstanbul 1995, 113

<sup>6</sup> *Baudenbacher*, AGB, 319; *Nordmann*, 141

<sup>7</sup> *Schmidt-Salzer*, Bilanz, 43

<sup>8</sup> *Lukes*, FS Hueck, 459,464; *Brandner*, JZ 1973, 613, 617; *Bydlinski*, FS Kastner, 45,46; *Löwe*, BB 1973, 585,587; *Soyer*, 145; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.14

Mahkeme kararlarından çıkan sonuçların belirsizliği eleştirisi ise büyük ölçüde havada kalmaktadır. Zira idari kurumların da denetim yaparken ellerindeki verilerin, yapılacak bir yasada yer alacak olan ve genel ilkeleri saptayan hükümlerden farklı olması düşünülemez. Dolayısıyla yargı denetimindeki belirsizlik için söylenenler burada da aynen geçerlidir. Hatta buna ek olarak hakim somut bir sözleşme üzerinde menfaatleri değerlendirerek bir denetim yaparken, idari kurumlar, bu yol gösterici kıstaslar dahi olmadan, soyut bazı kuralların farklı sözleşme kombinasyonlarında nasıl sonuçlar doğurabileceğini tespit etmek durumundadır ki bunun doğru sonuçlar veremeyeceği açıktır<sup>9</sup>.

Ayrıca hangi genel işlem şartlarının denetime tâbi olacağı da bir sorun yaratacaktır. Zira çok sık sadece bir veya iki hükümden oluşan genel işlem şartları ile karşılaşmak mümkündür<sup>10</sup>. Örneğin bir vestiyerde yer alan “kayıp veya hasar halinde sorumluluk kabul edilmez” ibaresini kullanabilmek için önceden bir kurumdan izin alınmasını mecbur kılmak pek akla uygun bir çözüm oluşturmamaktadır.

Nasıl yargısal denetimde müşterinin mahkemeye başvurmaması, dolayısıyla denetimin yapılamaması ihtimali varsa, aynı şekilde işletmelerin idari denetime başvurmaması da söz konusu olabilecektir. Bu durumda piyasada kullanılan genel işlem şartlarının onaylanmak üzere ilgili kuruma sunulup sunulmadığının da denetlemesi gerekmektedir. Sürekli ülke çapında bu şekilde bir denetim yapılması ise son derece güç gözükmektedir<sup>11</sup>.

Ayrıca bu tür bir idari onay alma mecburiyetinin, işletmeleri, GİŞ'lerini değiştiren koşullara uyumlu hale getirme konusunda engelleyici bir rol oynayacağı ve bu şekilde de rasyonelleşme işlevine aykırı bir sonuç doğacağı da göz ardı edilmemelidir<sup>12</sup>.

Yargısal denetim aleyhine ileri sürülen en tutarlı gerekçeler olarak yukarıda andığımız 1. tüketici dava açmaz 2. açsa bile, tek davada işletme aleyhine elde edilen sonuçlar, işletmeyi, bu genel işlem şartlarını artık kullanmama konusunda zorlayıcı bir etki sahibi olmaz görüşleri ise aslında idari bir ön denetimi değil medeni usul hukuku alanında değişiklikler yapılmasını gerektirir. Tüketici örgütlerine dava açma hakkı verilmesi yoluyla birinci eleştiri büyük ölçüde konusuz kalacaktır<sup>13</sup>. Zira

<sup>9</sup> Kötz, DJT A97-98; aynı yönde *Brandner*, JZ 1973, 613, 617; *Bydlinski*, FS Kastner, 45,46; *Hübner*, Ulrich, Karlsruhe Forum 1997, 43,45; *Stöckli*, 141; aksi görüşte *Wessner*, ZSR 1986, 161,188

<sup>10</sup> Tek bir kaydın da genel işlem şartı olarak nitelendirilebileceği konusunda bkz. § 7 II 5

<sup>11</sup> *Löwe*, BB 1973, 585,586

<sup>12</sup> *Löwe*, BB 1973, 585,586; *Kötz*, DJT A96

<sup>13</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Koch*, 39vd. Yazar ayrıca tüketicilerin bu örgütler ta-



bu şekilde, piyasada kullanılan genel işlem şartlarının tüketicileri mağdur ettiği anlaşılan her halde tüketiciden bağımsız olarak örgütlerin de dava açma imkanı olacak ve davanın sonucuna göre ilgili GİŞ hükümlerinin tekrar kullanılması engellenebilecektir. Nitekim AB-yönergesi de özellikle bu tür önleme davalarına imkan tanıyacak şekilde iç hukuklarını değiştirmeleri yönünde üye devletleri yükümlendirmektedir (m.7/II). Aynı şekilde Alman GİŞ-yasası da ayrıntılı olarak tüketici örgütlerinin ve diğer bazı kurumların önleme davası açma hakkını ele almaktadır (§ 13-21). Hatta bu yasa uyarınca yasaklanan her GİŞ hükmünün, bu konuda bir kütük tutan Federal Kartel Kurumuna da bildirilmesi gereklidir (§ 20). Bunun yanı sıra özellikle tüketici sorunları için uzman mahkemelelerin açılması, dava masraflarının mümkün olduğu kadar düşük tutulması ve özel usuli hükümlerin getirilmesi de tüketicinin kendisinin dava açmasını kolaylaştıracaktır<sup>14</sup>. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla Türkiye’de bu yönde önemli adımlar atılmıştır. Bir yandan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti<sup>15</sup> yoluyla belli bir değer altındaki davalar için mahkemeye gitme zorunluluğu kalkarken (m.22) diğer yandan Tüketici Mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür (m.23)<sup>16</sup>. Yukarıda anılan ikinci eleştiri ise tüketici örgütleri tarafından elde edilen hükümlerde kesin hükmün etkisini genişletmek yoluyla çözülebilecek bir sorundur<sup>17</sup>. Nitekim Alman GİŞ-yasası da bu yolu seçmiş ve § 21 örgüt davalarının sonuçlarına, tüketici ile işletme arasında açılan davalarda dayanma imkanı verilmiştir<sup>18</sup>.

Sonuç olarak çıkış noktamızın hep kendi menfaatlerini korumayı bilen tüketici olması gerektiği düşüncesiyle idari ön denetim alternatifi bu tezde ret edilmektedir. Gerekli yasal düzenleme mevcutken ve yargı yoluna başvurmak kendisi için basitleştirilmiş olduktan sonra kendi haklarını buna rağmen korumaktan çekinen tüketiciyi iradesine muhalif şekilde korumanın bir gerekçesi olamaz. Nitekim AB-yönergesi de üye devletlere herhangi bir idari ön denetim yapması zorunluluğunu getirmediği gibi (Giriş Bölümü, 23. paragraf) AB içinde yönelimin idari ön denetimi kaldırmak yönünde olduğu da izlenebilmektedir. Örneğin Almanya’da si-

---

rafından temsil edilmesi suretiyle açılacak davalar hakkında da ayrıntılı bilgi vermektedir (34vd.).

<sup>14</sup> Bkz. *Koch*, 81vd.

<sup>15</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, Hakan, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, *İzmBD*, yıl 61, Temmuz 1996, 40-58

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, Hakan, “Tüketici Mahkemeleri”, *İBD* 1996, 4-5-6, 141-162

<sup>17</sup> Bu konuda genel bilgi için bkz. *Deren Yıldırım*, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996

<sup>18</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 21 N.7vd; bu konuda ayrıca bkz. *Koch*, 29vd.



gorta genel şartları için dahi bu denetimden 1994 yılında vazgeçilmiştir<sup>19</sup>.

## II. Tüketicinin Korunması - Tacirin Korunması İkilemi

Genel işlem şartlarının nitelikleri temelde hep aynı olmakla birlikte işletmenin somut sözleşmedeki muhatabına göre farklı şekilde adlandırılmalarına sık rastlanılmaktadır. Sözleşme taraflarından birinin tüketici diğerinin ise mal veya hizmet sunan bir kurum olması halinde “*tüketici genel işlem şartları*”ndan, buna karşılık iki tarafın da mal veya hizmeti nihai olarak tüketen değil de üreten, pazarlayan, taşıyan vs. konumunda olması veya iki tarafın da tacir olması halinde “*işletme genel işlem şartları*”ndan bahsedilir<sup>20</sup>.

Sorun, işletme genel işlem şartlarında da GİŞ'in denetimine ilişkin olarak teklif edilen çözümlerin aynen uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu soruyu doğru cevaplayabilmek için ilk olarak, tüketici aleyhine bozulan sözleşme dengesinin yeniden kurulamamasına sebep olan unsurların işletme genel işlem şartlarında da mevcut olup olmadığı incelenmelidir. Yukarıda tüketici için ifade edilen psikolojik ve entelektüel zaaf ile organizasyon zaafının tacirler arasında GİŞ kullanımında büyük ölçüde ortaya çıkmadığı söylenebilir.

Öncelikle tacirlerin tüketicilere nazaran önemli bir iş tecrübesi avantajı olduğu yadsınamaz. Tacirler genel işlem şartları kullanılarak sözleşmeler akdedilmesine alışıktır ve bunların içeriğine ilişkin olarak bilgi sahibi olmaları en azından kendilerinden beklenir. Özellikle belirli bir bransa ilişkin olarak sürekli kullanım halinde olan genel işlem şartları açısından bu konuda tereddüt etmemek gerekir. Dolayısıyla tacir, bazı hükümlerin kendisi açısından doğurabileceği tehlikeleri daha iyi değerlendirmeye imkanına da sahiptir. Zira burada aynı tür organizasyona sahip eşitler arasında bir pazarlığa girilmekte ve iki taraf da örgütlü olmanın nimetlerinden aynı şekilde faydalanmaktadır<sup>21</sup>. Bu bilgi avantajı ve aynı türden, çok sayıda işlem akdediyor olması nedeniyle, tacirlerin, kendilerini belirli rizikolara karşı sigortalama imkanı da, tüketicilerden farklı olarak mevcuttur<sup>22</sup>. İlgili genel işlem şartlarının haklarını önemli surette zedelemesi halinde ise tacirlerin pazarlık suretiyle kendi çıkarlarını savunmaları, özellikle hukuki danışmanlık alma olanaklarının olduğu kabul edilebilir. Ayrıca tacirlerin, tüketicilerden farklı olarak GİŞ ne-

<sup>19</sup> BGBl. 1994 I 1630

<sup>20</sup> *Bührer*, 4; *Giger*, AGB, 115 vd.; BGE 109 II 452,457

<sup>21</sup> *Bühler*, SJZ 1976, 1,4vd.

<sup>22</sup> *Lutz*, 4

deniyle görecekları zararları üçüncü kişilere ve özellikle tüketicilere yansıtarak telafi etme imkanının da varlığı unutulmamalıdır<sup>23</sup>. Son olarak ticari işlem hayatının kendisinin de hızlı, yalın ve sorunsuz bir işleyişi gerektirdiği, bu çerçevede GİŞ'in büyük bir önem taşıdığı ve kullanımının çok daha meşru gerekçelere dayandığı yadsınamaz<sup>24</sup>.

Bu durumda tüketicinin serbest piyasa ekonomisinde oynaması gerekli olan rolü GİŞ karşısında oynayamamasının haklı gerekçeleri, iki tacir arasında GİŞ kullanımı halinde büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Madalyonun öteki yüzüne, yani tacirler arasında GİŞ kullanımı için rekabet ortamının sağlanabilip sağlanamadığına bakıldığında ise, iki tacirin de kural olarak sözleşme içeriğini şekillendirme konusunda aynı etkiye sahip olması nedeniyle – tüketicilerden farklı olarak – daha elverişli GİŞ sunmak suretiyle bir rekabet avantajı sağlama imkanının işletme genel işlem şartları açısından mevcut olduğu görülecektir. Tacirlerin aynı branşta sunulan farklı GİŞ içinde en iyisini seçme olanağı mevcut olduğu gibi bu alanda rekabetin ortadan kalkmaması için gerekli yaptırımları da Rekabetin Korunması Hakkında Kanun getirmiştir. Bu kanun m.4/II (a)'da:

“Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile *her türlü alım yahut satım şartlarının* tespit edilmesi”

rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya karara örnek olarak verilmiş ve yasaklanmıştır<sup>25</sup>. 1995 tarihli İsviçre Kartel Kanunu da benzer bir düzenlemeyle GİŞ alanında kartelleşmeyi önlemeye çalışmaktadır (bkz. KG Art.7/II,b-d).

Alman hukukunda benimsenen çözüm ise farklı olmuştur. Sözleşme koşullarına ilişkin olarak sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanamayacağı, dolayısıyla şartların mümkün olduğu kadar yeknesak kullanımını teşvik ederek bu alanı *tamamen* rekabet dışına almak düşüncesi ağır basmıştır<sup>26</sup>. Bu nedenle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun genel işlem şartlarına ilişkin olarak teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliklerinin karar almasına izin vermiştir (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Art.2)<sup>27</sup>. Ancak buna paralel olarak da,

<sup>23</sup> Lutz, 5

<sup>24</sup> Lutz, 6

<sup>25</sup> RKK m.5 uyarınca bir muafiyet kararının çıkmış olmasına rağmen daha sonra ilgili GİŞ'in tüketicilere karşı kullanımında denetim imkanı saklı olmalıdır (bkz. *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.17).

<sup>26</sup> bkz. *Rittner*, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 5.Aufl. Heidelberg 1995, 214; *Fastrich*, 80; *Baudenbacher*, Ansätze, 17,31;

<sup>27</sup> bkz. *Özsunay*, 58

adil olmayan GİŞ içerikleri kullanılarak oluşturulacak kartellere karşı tacirleri korumak için GİŞ-yasasının tacirlere de bir ölçüde uygulanması kabul edilmiştir (AGBG § 24). Buna göre, tacirler açısından her ne kadar ilgili yasanın yürürlük denetimine ilişkin § 2 ve yasak sözleşme hükümlerine ilişkin § 10 ve § 11 uygulama alanı bulmasa da içerik denetimine ilişkin genel norm olan § 9 ticari sözleşmelerdeki GİŞ denetimi açısından da temel normdur<sup>28</sup>.

Kanımcı tüketicilerin GİŞ kullanan işletmeler karşısında içinde bulunduğu olumsuz konumla, sık sık kendileri GİŞ kullanan tacirlerin, başka bir işletmenin GİŞ'i karşısındaki konumu aynı şekilde değerlendirilemez<sup>29</sup>. Bir tacirin TTK m.20/II uyarınca ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi zorunluluğu olduğundan, branşında kullanılan GİŞ'e karşı kendisini korumak için gerekli adımları atması asıldır. Dolayısıyla GİŞ'in aslen serbest rekabet ortamı korunduğu sürece çok sınırlı bir denetime tâbi tutulması, rekabet ortamının bozulması halinde ise buna ilişkin yasal yöntemlerle rekabetin yeniden kurulması için gerekli yaptırımların uygulanması öncelikli çözüm olmalıdır<sup>30</sup>. Taraflardan birinin kişilik haklarını zedeleyecek veya ahlaka aykırılık oluşturacak derecede tek yönlü bir sözleşme içeriği olması halinde BK m.19/20 hükümlerinin her zaman devreye girebileceği de unutulmamalıdır<sup>31</sup>. Ancak tacirler arasında da pazarlık imkanının çok sınır-

<sup>28</sup> Alman genel işlem şartları yasası hazırlanırken yasanın koruma alanının belirlenmesi önemli ilkesel tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bir yanda tüketici kavramının merkez alınması ve dolayısıyla *tüketiciyi* korumaya yönelik bir yasanın hazırlanması düşüncesi savunulurken, diğer yanda sorunu, yani genel işlem şartları kullanımını esas alarak buna muhatap olan herkesi, yani *müşteriyi* korumak düşüncesi savunulmuştur (farklı görüşler için bkz. *Baudenbacher*, JA 1987, 217,218). Alman yasa koyucusu ikinci düşüncüyü takip ederek, taraflar arasındaki entelektüel ve ekonomik dengesizliği esas almamış, yasanın asli amacı zayıfları korumak olmamıştır (*Coester-Waltjen*, AcP 1990, 1,20). Dolayısıyla GİŞ kullanımına muhatap olan müşteri bir tacir bile olsa kural olarak korumadan faydalanmaktadır. Yasanın amacı, GİŞ kullananın, sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü kötüye kullanmasını genel olarak engellemektir (*Hönn*, 147; ayrıca bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 24 N.5vd.; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 24 N.2-3)

<sup>29</sup> Aynı görüşte: *Oğuz*, 23; *Baudenbacher*, JA 1987, 217,225; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.298. Hatta Kramer'in de ifade ettiği gibi tüketici ve taciri farklı değerlendirmek Anayasal bir temele de sahiptir, zira hem İsviçre Anayasası Art.31<sup>sexies</sup> hem de Türk Anayasası m.172 özellikle tüketiciyi korumak konusunda devleti görevlendirmektedir.

<sup>30</sup> *Kramer*, SJZ 1985, 17,37; *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505,527. Aynı yazar Alman hukuku açısından da Kartel Kanununun değiştirilmesini teklif etmektedir, bkz. JA 1987, 217, 225

<sup>31</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.298. Nitekim Yargıtay da 1974 yılında verdiği bir kararında, cezai şartın tenkisine ilişkin BK m.161/III'ün tacirler arasında uygulanmayacağını öngören TTK m.24'e rağmen, BK m.19/20'nin tacirlerin akdettiği sözleşmeler için de genel bir içerik sınırı oluşturduğuna hükmetmiş ve ahlaka aykırı sayılabilecek cezai şartların geçersizliğini kabul etmiştir (YHGK 20.3.1974, 1053/222, YKD 1977/I, 11vd.)

lı olduğu hallerde, ki bu küçük ve orta ölçekli işletmeler için düşünülebilir, GİŞ karşısında özel bir koruma gereği istisnai olarak kabul edilebilir<sup>32</sup>. Örneğin bu tür bir işletmenin bankadan kredi alması durumunda sözleşme koşullarına müdahale etme imkanını hiç bulamamış olması mümkündür. Bu durumda istisnai hallerde tacirlerin de burada teklif edilecek olan denetim yöntemlerinden faydalandırılması mümkündür<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Baudenbacher, Ansätze, 17,32; Lutz, 5

<sup>33</sup> Yargıtay Mayıs 1998'de verdiği bir kararında ilginç bir tespitte bulunmuştur. Buna göre: "...Almanya'da tüketicinin korunması hükümlerini de düzenleyen 9.12.1976 tarihinde yürürlüğe giren Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun (AGBG) 24, 3, 10, 11 ve 12. paragrafları ve Türk hukuku bakımından 4077 sayılı Yasanın 3-f maddesi uyarınca tacirin ticari işletmesi ve bu işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak taraf olduğu sözleşmelerde tüketicinin korunması mevzuatından yararlanamayacağı kabul edilmiştir. O halde 3077 sayılı yasanın tüketiciler için benimsediği hükümlerin *kıyasen dahi* ticari satımda uygulanması olasılığından söz etmeye olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır." (Y11HD 1.5.1998, 10031/2995, YasaHD 1998, 1053, 1055)

## § 6. Değerlendirme

“Genel işlem şartlarının denetlenmesine ihtiyaç var mıdır?” sorusuna cevap aranmaya çalışılan birinci bölümün sonunda bu sorunun cevabı da hiç tereddütsüz “evet” olarak belirginleşmektedir. Bugün, GİŞ kullanımı karşısında taraflar arasındaki yapısal eşitsizlik nedeniyle özellikle tüketicilerin haklarını koruyamayacak duruma düştüğü ve bu durumun süreklilik arz eden tipik bir olgu haline geldiği kabul edilmelidir. Taraflardan biri haklarını gereği gibi koruyamadığı için de, sözleşme içeriği, onun aleyhine adil olmayan bir hak ve borç dağılımı öngörmekte ve kendisi için aşırı bir yük oluşturmaktadır.

*Schmidt-Rimpler*'e göre sözleşmenin anlamı taraflara en uygun şekilde menfaatlerini dengeleme imkanı vermektir<sup>1</sup>. İşte GİŞ kullanımı halinde tam da bu imkan ortadan kalkmaktadır. Müşteri, kendi menfaatlerine uygun kayıtları sözleşmeye dahil etme imkanına sahip değildir. Sözleşmenin doğruluk teminatı (*Richtigkeitsgewähr*) ortadan kalkmaktadır. Taraflar arası dengenin var olduğu hallerde en dengesiz içerikli sözleşmenin geçerliliği kabul edilebilecekken taraflar arasındaki bu denge bozulduğu anda sözleşmeye müdahale zarureti doğmaktadır<sup>2</sup>. *Tandoğan*'ın ifadesi ile “taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesine yol açan bir sözleşme özgürlüğü özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır”<sup>3</sup>. Sözleşme özgürlüğü, taraflardan biri için, sadece GİŞ çerçevesinde sözleşmeyi akdetme veya tamamen bu sözleşmeden vazgeçme “özgürlüğü”ne indirgenmiştir<sup>4</sup>.

Ancak bu tespit genel işlem şartları kullanımını tamamıyla yasaklamak şeklinde bir sonuca götüremez<sup>5</sup>. Zira gittikçe karmaşıklaşan ekono-

<sup>1</sup> *Schmidt-Rimpler*, Walter, “Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts”, AcP 147 (1941), 130,155vd.

<sup>2</sup> *Stöckli*, 48

<sup>3</sup> *Tandoğan*, 25; aynı yönde *Teoman*, 3; Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746,749

<sup>4</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.29-30

<sup>5</sup> *Kocayusufopaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.2

mik ilişkilere Borçlar Kanununda uygun bir çözüm bulma imkanının sınırlı olması, tarafları, aralarındaki özel ilişkiye uygun ve onun gereklerine en iyi şekilde cevap veren sözleşme şartlarını GİŞ yoluyla belirlemeye itmektedir<sup>6</sup>. Özellikle yasada düzenlenmemiş olan sözleşme türleri açısından bu düzenleme ihtiyacının haklı bir menfaate cevap verdiği de yadsınamaz<sup>7</sup>.

Sorun, bu şartların kaleme alınmasında hiçbir işlevi olmayan müşterinin normalde akdedeceği bireysel sözleşmede sahip olacağı konumdan çok daha dezavantajlı bir konumda olmasıdır. Özellikle kendi menfaatlerini de gözетerek yasa koyucunun belirlediği yedek hukuk kaidelelerinin hepsinden kendisi aleyhine sapılmaktadır<sup>8</sup>. Aslında sözleşme hukukunun yedek hukuk kuralları ile getirdiği esneklik sözleşmelerin menfaatine olan bir durumdur, zira değişen sözleşme türüne en uygun içeriği tespit etme serbestileri vardır<sup>9</sup>. Ancak GİŞ kullanımında taraflardan biri için bu iradi bir durum olmaktan çıkmaktadır.

Yine aynı şekilde genel işlem şartları kullanarak bir işletmenin rasyonelleşme ihtiyacına cevap vermesi de kuşkusuz haklı bir menfaatin elde edilmesine hizmet etmektedir. Ancak genel işlem şartları kullanılması olgusu ile el ele giden diğer bir olgu bunların içeriğinin, hiçbir rasyonelleşme amacı ile gerekçelendirilemeyecek derecede tek yönlü bir şekilde sadece işletmenin menfaatlerini korumalarıdır. Planlı bir şekilde işletme bütün sözleşme rizikolarını müşterisine aktarmaktadır<sup>10</sup>.

GİŞ kullanımında sorun haklı rasyonelleşme talepleri ile bu rasyonelleşmenin beraberinde getirdiği hukuki işlemdeki saydamlık kaybının çatışmasıdır. Her ne kadar müşteri/tüketici entelektüel bir zaaf içinde olmasa da, zaman ayırıp bütün şartları okusa da hem onun sözleşme içeriğini değiştirme olanağının olmaması hem de aleyhte hükümlerin hukuken kompleks ve anlaşılmaz şekilde ifade edilmiş olması durumu çıkmaza sokmaktadır. GİŞ'in sözleşme koşullarındaki saydamlığı ortadan kaldırması bundan kötü niyetle faydalanma olanağını da beraberinde getirmektedir<sup>11</sup>.

GİŞ yoluyla işletmeci, en kolay kendisinin gerçekleşmesini engelleyebileceği ve sigortalayabileceği rizikoları (*cheapest cost avoider*) müşte-

<sup>6</sup> Baudenbacher, ZBJV 1987, 505,507; Bauer, 12; Forstmoser, Festgabe Kummer, 99, 104; Hardegger, 5; Emmerich, JuS 1972, 361,362

<sup>7</sup> Joost, ZIP 1996, 1685; Stauder, Unfair Contract Terms, 9,11

<sup>8</sup> Merz, Abhandlungen, 313,315

<sup>9</sup> Stöckli, 50

<sup>10</sup> Bu konuda akla gelebilecek hükümlerin geniş bir değerlendirmesi için bkz. Baudenbacher, AGB, 182-204; ayrıca Auer, 13-15; Kötz, DJT A26

<sup>11</sup> Schenk-Engeler, 12-13

risine nakletmekte ve bu açıdan ekonomik verimliliği düşürmektedir. İşletmecinin sorumluluk alanında olan üretim ve tedarik rizikosunu tüketiciye yüklemek, risk dağılımında önemli bir çarpıklığı beraberinde getirmektedir. Zira bu şekilde borçlu, aslında dahil olması gereken bir rekabet ortamından kendisini sıyırmaktadır (*verfehlt Riskallokation*)<sup>12</sup>. Yasa tarafından öngörülen risk dağılımı rekabete dayalı ekonomik düzende olması gerekeni, yani iki tarafın da kendi sorumluluk alanında gerçekleştirenler için tam sorumlu olması esasını öngörmektedir. Oysa genel işlem şartları yoluyla, rekabeti bozucu bir şekilde, taraflardan biri kendisinin taşıması gereken riskleri karşı âkide nakletmektedir<sup>13</sup>.

Sonuç olarak, hakimin, GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelere müdahale olanağını kabul ederek, bu alanda yasal bir düzenleme getirilene kadar en azından bu yoldan, taraflardan biri için işlevsiz kalmış sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü telafi etmek gerekmektedir. Hukuk politikası açısından en doğru çözümün bu olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Zira piyasa işleyişini destekleyen yöntemlerle, özellikle tüketicinin bilgilendirilmesi yoluyla bu alanda bir çözüm üretilemeyeceği görülmüştür<sup>14</sup>. Mukayeseli hukuk alanında yansıtılan çözümlerin de hep hakimin sözleşmeye müdahalesine yönelik olması bu konuda yol gösterici olmalıdır. İşte, çalışmanın ikinci bölümünde hukuk dogmatığı açısından Türk hakiminin genel işlem şartlarını denetlemek için başvurabileceği farklı yollar araştırılacaktır.

---

<sup>12</sup> Baudenbacher, ZBJV 1987, 505,508

<sup>13</sup> Baudenbacher, AGB, 202; Bürgi, 18

<sup>14</sup> bkz. yukarıda § 3 II; ayrıca Fastrich, 92

İKİNCİ BÖLÜM:  
**HUKUK DOGMATIĞI AÇISINDAN GENEL İŞLEM  
 ŞARTLARI**

**§ 7. Genel İşlem Şartları Kavramı**

I. Genel Olarak

Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. Genel işlem şartları kural olarak bir *sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve bu faaliyet tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir. Amaç, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartlar saptamak ve bunları karşı âkidin müdahalesine imkan tanımadan bir küll olarak sözleşmeye dahil etmektir.* Bu şartların nasıl hazırlandığı, kağıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dahil olup olmadığı gibi hususlar GİŞ nitelendirmesi açısından önem taşımaz. Aynı şekilde tarafların mesleği, hangi sıfatla bu sözleşmeyi akdettiği gibi hususlar da önem taşımaz. Zira genel işlem şartları *nitelendirmesi* bazı objektif unsurların varlığına bağlıdır, tarafların sıfatı bu noktada dikkate alınmaz; buna karşılık GİŞ'in denetlenip denetlenmeyeceği farklı bir sorundur ve tarafların hangi kimlikle işleme katıldıkları bu değerlendirmede önem taşıyabilir.

Genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir. İki tarafın uzlaşarak, pazarlık sonucu belirledikleri sözleşme şartları kural olarak klasik Borçlar Kanunu denetimi dışında bir denetime tâbi tutulamaz. Ancak GİŞ kullanımına rağmen ne zaman bu tür bireysel bir anlaşmanın kabul edileceğini saptamak önem taşır. Tarafların bazen genel işlem şartlarından



bir bölümünü aralarında bireysel anlaşma yaparak değiştirmeleri, bazen bütün genel işlem şartlarının tarafların anlaşmasının ürünü olması mümkündür. Ancak böylesi bir irade uyuşmasının varlığını kabul edebilmek için yine bazı şartların varlığı aranacaktır<sup>1</sup>.

## II. Genel İşlem Şartlarının Unsurları

### 1. Bir Sözleşmenin Şartlarını Oluşturmaları

Kural olarak GİŞ sözleşme koşullarıdır ve bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak için hazırlanırlar. Bu sözleşmenin somut olayda ne tür bir sözleşme olduğu önemli değildir. Bir borçlandırıcı sözleşme veya tasarruf sözleşmesi; bir eşya hukuku sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olması fark etmez<sup>2</sup>. Önemli olan taraflardan birinin sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak ve kendi lehine kullanması, diğer tarafın ise sözleşmenin şekillendirilmesinde herhangi bir katkısının olmamasıdır<sup>3</sup>.

Geçerlilikleri, taraflar arasındaki sözleşmede bu yönde uyuşan iradelerin beyan edilmesine dayanmayan ve uygulanması bir zorunluluk teşkil eden hukuki düzenlemeler GİŞ olarak nitelendirilmeye elverişli değildir<sup>4</sup>. Özellikle kamu kurumları ile akdedilen ve belirli hizmetlerin ve-

<sup>1</sup> Adalet Bakanlığı Komisyonu tarafından GİŞ'in tanımı hakkında önerilen madde şu şekildedir: "1m.18a: Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz. <sup>2</sup>Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasına engel olmaz. <sup>3</sup>Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan, bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. <sup>4</sup>Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşların bu hizmetle ilgili olarak hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."

<sup>2</sup> *Heinrichs*, NJW 1977, 1505,1506; *Roth*, BB 1992/4, 1,2; *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.4; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.15; *Teoman*, 26

<sup>3</sup> Alman GİŞ-yasası § 23 bazı sözleşmeleri yasanın uygulama alanı dışında bırakmıştır. Bunlar aile, miras, ortaklıklar ve iş hukukuna ilişkin olan sözleşmelerdir. Bunun nedeni bir yandan bu alanlarda özel yasal düzenlemelerin var olması (iş hukuku) diğer yandan da taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşme özgürlüğü kurumunu kötüye kullanması tehlikesinin sınırlı olmasıdır (aile, miras ve ortaklıklar hukuku). Ancak bu alanlarda BGB § 242 uyarınca bir içerik denetimi yapma imkanının halen var olduğu yasama sürecinde ifade edilmiştir (bkz. *Fastrich*, 62 ve 236; *Tandoğan*, 29). Aynı şekilde AB-yönergesinde de bu dört alanın kapsam dışı tutulduğu açıkça ifade edilmiştir (yönergenin gerekçeler bölümü 10. paragraf). Oysa yönerge zaten tüketici ve işletmeci arasındaki bir sözleşmenin varlığını aradığından bu alanlardan hiçbiri fiilen denetim kapsamında olmayacaktır (aynı yönde *Eckert*, WM 1993, 1070,1073).

<sup>4</sup> *Heinrichs*, NJW 1977, 1505, 1506; *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG N.3; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.9; *Locher*, 30; *Teoman*, 26

rilmesine yönelik olan sözleşmelerin içeriği, kendiliğinden bu kurumların önceden düzenlenmiş şartları çerçevesinde şekillendiği ölçüde, GİŞ sayılamaz<sup>5</sup>. Zira bu kurumlar kamu hukuku tüzel kişisi olarak bireylerle olan ilişkilerini özel hukuk alanının dışına taşımak ve bunları tebliğler veya yönetmelikler suretiyle düzenlemek olanağına sahiptir. Ancak iltihaki sözleşme olarak adlandırabileceğimiz bu hukuki ilişkilere, GİŞ açısından ileri sürülen çözümlerin, bünyesine uyduğu oranda uygulanması faydalı olacaktır<sup>6</sup>. Aynı şekilde emredici hukuk kurallarının GİŞ içinde tekrarlanmış olduğu hallerde de bunları, tek tarafın saptadığı sözleşme koşulları olarak nitelendirmek mümkün değildir<sup>7</sup>.

Buna karşılık GİŞ'in bir özel hukuk kişisi tarafından düzenlenmiş olmasına rağmen daha sonra kamusal bir makam tarafından onaylanmış olması bunların GİŞ niteliğini ortadan kaldırmaz<sup>8</sup>. Örneğin sigorta genel şartları açısından bu tür bir denetim öngörülmüş olmakla beraber (TTK m.1266) bu şartların her zaman ayrıca hakimden denetiminden geçmesi mümkündür<sup>9</sup>. Alman Federal Mahkemesi uluslararası bir kuruluş olan IATA (International Air Transport Association) tarafından hava yolu trafiğinde uygulanmak üzere bütün üyelerine tavsiye edilen koşulları da genel işlem şartları olarak değerlendirmiş; bunların büyük ölçüde Varşova Antlaşmasına dayanmalarının uluslararası hukuk kuralları olarak ele alınmalarına imkan vermediği sonucuna varmıştır<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Wessner, *Consommateur*, 57,58

<sup>6</sup> Nitekim Alman hukukunda da aynı çözüm kabul edilmektedir. Bkz. *Locher*, 30; *Roth*, BB 1992/4, 1,4; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 23 N.18-20. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında bu ayırım yapılmadan, kamu kuruluşları tarafından kullanılan bütün sözleşme koşullarının genel işlem şartları olarak nitelendirilmesi ve her halde yargısal denetime tâbi olacağı ifade edilmesi doğru gözükmemektedir. Kuşkusuz bu şartlar da denetlenmek gerekir, ancak sözleşme koşulları kamusal bir tasarrufla belirlenmiş GİŞ'den bahsetmek yerinde değildir (bkz. YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 1998, 50; Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140; farklı şekilde Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746,749; Y4HD 20.3.1980, 1671/3675, YKD 1981, 826,827).

<sup>7</sup> *Dylla-Krebs*, 54. Buna karşılık yedek hukuk kurallarının aynen GİŞ içinde tekrarlanması halinde bunların da GİŞ hükmü olduğu kabul edilmek gerekir (*Dylla-Krebs*, 59). Zira burada yasa koyucu sadece bir alternatif düzenleme sunmaktadır ve GİŞ kullanan da kendisi açısından en elverişli çözüm kabul ettiği bu hükmü sözleşmesine alarak iradesini devreye sokmuştur. Ancak bu hükmün daha sonra denetlenme imkanı olup olmayacağı GİŞ nitelendirmesinden tamamen bağımsızdır. Bu konuda bkz. ileride § 10 III 3 ve 5.

<sup>8</sup> *Locher*, 26; *Roth*, BB 1992/4, 1,4

<sup>9</sup> *Kender*, *Rayegan*, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I*, İstanbul 1995, 113

<sup>10</sup> BGH NJW 1983, 1322, 1323. IATA tarafından düzenlenmiş ve tavsiye edilmiş olmasına rağmen uçak şirketleri tarafından kullanılan GİŞ'in içerik denetimine tâbi tutulabileceği hakkında bkz. *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.18. Ayrıca bu konuda bkz. *Eisenbarth*, Peter, *Die Vereinbarkeit der IATA-Beförderungsbedingungen mit dem AGB-Gesetz unter Berücksichtigung des Warshauer Abkommens, des Luftverkehrsgesetzes und des Reisevertragsgesetzes*, Diss. Köln 1986.

Sözleşmenin hangi yönlerinin GİŞ'de ele alındığı önemli değildir. Kural olarak asli edimler kadar yan edimler de düzenleme konusu olabilir<sup>11</sup>. Örneğin belirli bir mala ilişkin fiyatın da önceden tespit edilmiş olması ve müşteriye diğer şartlarla beraber bunun da dikte edilmesi halinde ilgili hüküm de bir genel işlem şartı olarak nitelendirilir. Ancak asli edimler arasında bir dengenin olup olmadığı yani ödenen semen ile malın değeri arasında bir denge olup olmadığı kural olarak hukuk denetimi dışındadır. Bu dengeyi ekonominin kuralları oluşturur. Sadece çok aşırı durumlarda BK m. 20 veya 21 yoluyla bir müdahale mümkün olacaktır. Bu ise genel işlem şartları kullanımına özgü bir sorun teşkil etmez<sup>12</sup>.

Genel işlem şartları kural olarak ileride akdedilecek iki taraflı bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere düzenlenseler de sık sık bu genel işlem şartları arasında müşterinin tek taraflı hukuki işlemlerine de rastlamak mümkündür. Örneğin bir hastaneye yatarken hastanın imzaladığı tedavi sözleşmesi içinde, ölümü halinde cesedinin hastane tarafından kullanılabilmesine ilişkin bir beyan yer alması<sup>13</sup> veya banka kredi sözleşmesinde bankanın müşterisi hakkındaki bilgileri dilediği gibi kullanabileceğinin yazılı olması halinde<sup>14</sup> böyle bir durum söz konusudur. İşletme tarafından tek taraflı hukuki işlemin içeriğinin önceden düzenlenerek müşteriye sunulmuş olması halinde yine işletmenin kendi çıkarlarını takip etmesi, müşterinin ise yapacağı tek taraflı işlemin içeriğine ilişkin olarak söz sahibi olamaması söz konusudur. Dolayısıyla burada da GİŞ'in varlığını kabul ederek özel bir denetim uygulamakta fayda vardır<sup>15</sup>. Ancak bu tür tek taraflı beyanların bazı hallerde geri alınması ola-

<sup>11</sup> *Dylla-Krebs*, 114

<sup>12</sup> Nitekim Alman GİŞ-yasası § 8 uyarınca içerik denetimi sadece yasadaki düzenlenmiş kuralarda bu çözümlerden sapan düzenlemeler getirilmesi veya bu çözümlere eklemeler yapılması halinde mümkündür. Alman Medeni Kanunu aynı İsviçre-Türk Borçlar Kanunu gibi mübadele edilen edimler arasında dengeyi sağlamaya yönelik olarak genel bir hüküm içermediğinden GİŞ yoluyla bu konuda bir düzenleme getirilmiş olması denetim imkanı vermez. Aynı şekilde AB-yönergesi de m.4/II'de bu hususu açıkça ifade etmiştir. Buna göre sözleşmenin asli edimi ile fiyat-edim dengesinin denetim konusu olması mümkün değildir. Ancak istisnaen ilgili hükümlerin açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmemiş olmaları halinde denetlenmeleri mümkündür. Alman hukukunda da saydamlık kuralı (Transparenzgebot) adı altında gelişen bu düşünce uyarınca müşterinin hükmü anlamak için büyük bir çaba sarf etmesi kendisinden beklenemez. Bu dürüstlük kuralının bir gereğidir ve böyle bir hüküm § 9'a aykırı sayılır (BGH NJW 1989, 582; BGH NJW 1989, 222). Bkz. ileride § 10 III 5

<sup>13</sup> bkz. BGH NJW 1990, 2313

<sup>14</sup> bkz. BGHZ 95, 362. Alman Federal Mahkemesi, genel işlem şartlarının tanımını veren GİŞ-yasasının 1. maddesinde sadece "sözleşme koşulları"ndan bahsedilmiş olmasına rağmen tek taraflı hukuki işlemlere de bu yasanın amacı itibarıyla uygulanabileceğini ifade etmektedir. Önemli olan GİŞ kullananın, müşterisinin yapacağı tek taraflı hukuki işlemlerin içeriğini de önceden nihai olarak düzenlemesidir (BGH NJW 1987, 2011). Bu konuda bkz. ileride § 11 I 4

<sup>15</sup> *Roth*, BB 1992/4, 1,5; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.16; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.10; *MünchKomm/Kötz*, §1 AGBG, N.4; *Heinrichs*, NJW 1977, 1505, 1506; *Teoman*, 26

nağı olduğu da unutulmamalı ve denetimde daha dikkatli olunmalıdır<sup>16</sup>.

## 2. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Düzenlenmeleri

Genel işlem şartlarının varlığından bahsedebilmek için bunların ya sözleşme kurulmadan yazıya dökülmüş olması ya da en azından işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir<sup>17</sup>. Yazıya dökme el yazısı, daktilo veya bilgisayar yoluyla sözleşme şartlarının kaleme alınması ve müşteriye bir nüshası verilecek şekilde veya sözleşme mekanında asılacak şekilde bunların basılmasıdır. Yazılı olmayan GİŞ'in varlığını kabul edebilmek için bunların GİŞ-kullanancının kafasında şekillenmiş olması ve örneğin onun tarafından bütün temsilcilerine bu şartın ezberletilerek, ileride sözleşmeleri bu şart altında akdetmelerinin ve müşteriye bu şartı sözlü olarak kabul ettirmelerinin tembih edilmiş olması gereklidir<sup>18</sup>. Hiç kuşkusuz bu alternatifle çok nadir karşılaşılacaktır.

Önceden düzenlenmiş olma, sözleşme koşullarının somut bir sözleşme için değil ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenleniyor olmasının bir göstergesidir. Bunlar farklı müşterilerle akdedilecek aynı türden çok sayıda sözleşme için bir çerçeve yaratma amacıyla kaleme alınmaktadırlar. Somut bir sözleşme için bir sözleşme taslağı hazırlamak söz konusu değildir, zira bir sözleşme taslağının amacı taraflara, üzerinde tartışılacak bir metin hazırlamaktır<sup>19</sup>. Oysa GİŞ tartışmaya açık sözleşme koşulları değildir. Dolayısıyla genel ve soyut olarak düzenlenirler<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> G.Stein, 61

<sup>17</sup> Alman hukuku için bu yönde *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.20; *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.5; *Wolf*, FS Brandner, 299, 302; *Roth*, BB 1992/4, 1,6; yazılı olmayan GİŞ'in de mümkün olduğu konusunda bkz. BGH NJW 1988,410; İsviçre hukuku için bu yönde *Stockar*, 85. Avrupa Birliği yönergesi de gerekçeler bölümünün 11. paragrafında "Tüketici, sözlü ve yazılı sözleşmelerde -ki sonucunda sözleşme şartlarının bir tek veya birden fazla metin içinde olduğundan bağımsız olarak- aynı korumadan faydalanmalıdır" ifadesine yer verilmektedir.

<sup>18</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.5; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.36; *Palandt/Heinrichs*, § 1 AGBG N.5; *Locher*, 31-32; *Nicklisch*, BB 1974, 941,949; *Dessemontet*, Contrôle judiciaire, 57,67; *Stockar*, 85. Alman Federal Mahkemesinin ele aldığı bir olayda bir evin satımı konusunda emlakçı ile sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmeye emlakçının sözlü müdahalesi üzerine komisyonun tutarı konusunda bir hüküm eklenmiştir. Mahkeme bu şekilde hafızada tutulan ve ileride akdedilecek her sözleşmede kullanılması amaçlanan hükümlerin de GİŞ olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (BGH NJW 1988, 410). Aksi yönde *Schmidt-Salzer*, NJW, 8

<sup>19</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.22

<sup>20</sup> *Soyer*, 30 vd.; *Oğuz*, 12; *Gezder*, 142; *Nordmann*, 29; *Schuler*, 16; *Schmidt-Salzer*, AGB, 3

Sözleşme koşullarının kimin tarafından önceden düzenlenmiş olduğu değerlendirilmede önem taşımaz<sup>21</sup>. Bunların bir meslek örgütü, bir dernek veya bir şirket tarafından hazırlanmış olması veya işletmenin temsilcisi tarafından kaleme alınmış olması mümkündür<sup>22</sup>. Ancak sözleşme koşullarının önceden düzenlenmesinde müşterinin herhangi bir müdahalesinin olmaması gerekir. Zira sadece önceden düzenlenme değil, **tek yanlı** olarak önceden düzenlenmiş olma önemlidir<sup>23</sup>. Nitekim AB-yönergesi özellikle bu unsur üzerine kurulu bir tanım vermektedir. Yönergeye göre taraflar arasında pazarlık konusu yapılmamış olan hükümler önceden saptanmış olan ve bu nedenle müşterinin içeriğine ilişkin bir müdahalesinin mümkün olmadığı hükümlerdir (m.3/(2)). Aynı şekilde Alman GİŞ-yasası da § 1'de bu tek yanlılığı vurgulamaktadır.

### 3. Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Üzere Düzenlenmeleri

Klasik genel işlem şartları tanımına göre, ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olan sözleşme koşulları genel işlem şartları olarak nitelendirilebilir<sup>24</sup>. Özellikle GİŞ'in ortaya çıkışı sebebini oluşturan kitlesel sözleşme olgusunun somut bir yansımasıdır bu şart<sup>25</sup>. Alman GİŞ-yasasında da üzerinde durulmasının sebeplerinden biri, sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanılıp kullanılmadığının tespit edilebilmesi için uygun bir kriter olarak kabul edilmiş olmasıdır. Somut olayda taraflardan birinin üstün bir konumda olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan objektif kriterlerden yola çıkarak denetim gereği tespit edilmek istenmiştir<sup>26</sup>. Birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere kaleme alınma aynı zamanda, işletme açısından, içe-

<sup>21</sup> G.Stein, 49; Roth, BB 1992/4, 1,6; Teoman, 27

<sup>22</sup> Örneğin Alman Federal Mahkemesinin bir kararında denetçilik ve vergi danışmanlığı yapanların derneği tarafından hazırlanan ücrete hak kazanma koşullarına ilişkin düzenleme GİŞ olarak nitelendirilmiş ve ilgili vergi danışmanın bu koşullara atıf yapmasının kendisinin GİŞ kullanan olarak nitelendirilmesi anlamına geleceğine hükmetmiştir (BGHZ 54, 106,109).

<sup>23</sup> Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında (bkz dn.1) "tek başına" düzenlenme gereğinden bahsedilmiş yanlış anlaşılmaya açıktır. Zira düzenleyenin, örneğin bir avukatın yardımından faydalanması kuşkusuz genel işlem şartlarının varlığını kabule engel değildir.

<sup>24</sup> Henüz Alman İmparatorluk Mahkemesi döneminde bu şart aranmaktaydı (RGZ 135, 136,137), ayrıca bkz. BGH NJW 1981, 2343; İsviçre-Türk hukukunda bu yönde Schuler, 16; Stockar, 5 ve 85; Schwarz, Richtlinie, 127,130; Tunçomağ, BATİDER 1964/II, 447; Burcuoğlu, 53; Altop, Finansal Kiralama, 126; Tekinaç/Akman/Burcuoğlu/Altop, 156; Oğuz, 13; Gezder, 141; Avusturya hukuku için aynı yönde Deixder-Hübner, 64

<sup>25</sup> Bauer, 6vd.; Locher, 25; Heinrichs, NJW 1977, 1505, 1506; Fitz, Handbuch, 249, 254; Ulmer/ Brandner/Hensen, § 1 N.23; Teoman, 28

<sup>26</sup> Wolf, FS Brandner, 299, 300

riğini değiştirmeme konusunda bir gösterge olarak da kabul edilir<sup>27</sup>. Zira önceden kaleme almış olma olgusu başlı başına sözleşme eşitliğini, yani silahların eşitliğini zedelemeyebilir. Özellikle o sözleşmeye ilişkin olarak taraflardan birinin bir ön hazırlık yapması bunlar üzerinde pazarlık yapmaya açık olmadığını göstermek için yeterli sayılamaz; Olsa olsa bunları bir taslak olarak gördüğünü gösterir. Ayrıca bir seferlik kullanım için bir tarafın harcadığı hazırlama külfetine karşılık diğer tarafın da bunları inceleme külfetine katlanması gerektiği savunulmaktadır<sup>28</sup>.

Ancak daha sonra birden fazla kullanımın fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz. Önemli olan GİŞ'in bu amaçla kaleme alınmış olmasıdır<sup>29</sup>. Eğer birden fazla kullanım için değil de sadece bir seferlik, belirli bir sözleşmede kullanılmak için sözleşme koşulları belirlenmişse GİŞ söz konusu değildir<sup>30</sup>. Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak için düzenlenmiş olmayı aramaktadır<sup>31</sup>. Söz konusu şartların sadece sınırlı sayıda sözleşmede, örneğin belirli sayıda taşınmazın satımında kullanılmasının amaçlanması bunların GİŞ olma niteliğini ortadan kaldırmaz<sup>32</sup>. Diğer yandan GİŞ'in bir dernek veya kurum gibi üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış olması halinde somut olayda bunları sözleşmeye dahil eden kişinin birden fazla kullanım niyeti içinde olup olmadığına bakılmaz. Örneğin bir kira sözleşmesi akdeden kişinin matbu kira sözleşmelerinden faydalanmış olması halinde de GİŞ kullanımını kabul edilecektir; o kişinin ayrıca başka evler de kiralama amacı olup olmadığına bakılmaz<sup>33</sup>. Önemli olan o formülleri hazırlayan kişide birden fazla

<sup>27</sup> Fitz, Handbuch, 249, 255

<sup>28</sup> Fastrich, 101 ve 230; aynı yönde G.Stein, 97vd.; Medicus, Abschied, 21-22 (Yazara göre taraflardan birinin sözleşmenin akdi için hazırlanması ve hukukçularla görüşmesi buna karşılık diğerinin aynı masrafları yaparak tatil yapması halinde oluşan entelektüel farklılık hukuk gözünde korunmaya layık sayılmamalıdır)

<sup>29</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 1 N.13; Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 N.24; Coester-Waltjen, Zwischenbilanz, 67,71; Alman Federal Mahkemesinin 1996 yılında verdiği bir karara göre, bir inşaat sözleşmesi akdetmek üzere iş sahibinin sözleşme koşullarını düzenlemesi ve bunları birden fazla müşteriye yollaması halinde GİŞ söz konusu değildir, zira burada amaç sadece bir sözleşme akdedilmesine ön ayak olmaktır (BGH NJW 1997, 135).

<sup>30</sup> BGH NJW-RR 1988, 57, 58

<sup>31</sup> MünchKomm/Kötz, § 1 AGBG, N.6; Wolf/Horn/Lindacher, § 1 N.14; Roth, BB 1992/4, 1,7; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG N.6; Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 N.25; Medicus, AT § 27 N.404; Heinrichs, NJW 1977, 1505,1506

<sup>32</sup> Forstmoser, Festgabe Kummer, 99,102 dn.18; Heinrichs, NJW 1977, 1505,1506; Roth, BB 1992/4, 1,7

<sup>33</sup> Heinrichs, NJW 1977, 1505, 1506; Soergel/Stein, § 1 N.11; Roth, BB 1992/4, 1,7; Stockar, 7. Buna karşılık Akman bu hallerde GİŞ'in varlığını kabul etmemektedir. Zira yazara göre kiracının veya kiralayanın gelecekte bu formüllere dayanarak birden fazla sözleşme akdetme isteği yoktur (Akman, Yargı, 13,14; aynı görüşte Bahtiyar, YD 1996, 76,79; Teoman, 7). Oysa bu görüşün kabul edilmesi halinde genelde müteşebbisler ta-



kullanım niyetinin olup olmadığıdır<sup>34</sup>. Birden fazla sözleşmede kullanım söz konusu olduğuna göre kullanılan metnin de aynı olması gerekecektir. Ancak bu, metinlerin mutlak anlamda örtüşmesinin aranacağı anlamına da gelmez<sup>35</sup>.

Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanma niyeti, genel işlem şartlarının çıkış sebeplerinin en önemli gerekçelerinden biridir. İşletmenin, akdedeceği aynı türden çok sayıda sözleşmenin koşullarını, rasyonalizasyon amacı ile önceden kaleme alması ve bunları, değiştirilme imkanı tanımadan sözleşmeye dahil etmesi tipik olgudur. Ancak birden fazla kullanım olgusunun kaç kez kullanılmış olmadan sonra gerçekleşeceğini tespit etmek, bu konuda bir sınır tayin etmek çok güç gözükmektedir. Bir yandan sadece bu yönde bir niyetin yeterli sayılması, yani ilk kullanımdan sonra aslında bir daha bu GİŞ'in kullanılmamasına rağmen, bu ilk kullanımda GİŞ'in varlığını kabul etmek<sup>36</sup>; diğer yandan bir daha kullanma niyeti olmasa bile ileride tekrar kullanılmışsa yine GİŞ'in varlığını kabul etmek<sup>37</sup> bu konuda sınırın nasıl çizileceğini belirsizleştirmektedir.

Özellikle GİŞ'in varlığını kabul için aranan diğer şartlara bakıldığında bunların hepsinin müşterinin bakış açısından bir değerlendirmeye dayandığı dikkat çekmektedir. Sözleşme şartlarının önceden, tek taraflı olarak saptanmış olması, bunların kendisine kabul edilmek üzere sunulması, kendisinin bunlarda bir değişiklik yapamayacağı inancının körüklenmesi gibi. Oysa birden fazla kullanım olgusu müşterinin hiçbir şekilde bilebileceği ve değerlendirmeye katabileceği bir unsur değildir. Yukarıda da aktarıldığı gibi<sup>38</sup> AB-yönergesi birden fazla kullanım kriterinden tamamen vazgeçmiş ve sözleşme koşullarının sadece pazarlık konusu yapılmamış olmasını bunların denetimi için yeterli saymıştır<sup>39</sup>.

Bu şartlar altında Türk hukuku için de, işletmenin birden fazla kullanım niyeti olmasa da GİŞ'in varlığının kabul edilmesi gerektiği söylenebilir mi?<sup>40</sup> Kanımca burada iki sorun iç içe geçmektedir. Zira AB yönergesine de yansıyan, sözleşme içeriğini artan oranda denetleme kaygısı ve

---

rafından oluşturulan çıkar birlikleri tarafından hazırlanmış GİŞ'in sözleşmeye dahil edilmesi halinde denetim olanağı ortadan kalkacaktır (Nitekim karşı. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 156).

<sup>34</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.6; *Locher*, 25

<sup>35</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.15; *Heinrichs*, NJW 1977, 1505, 1506

<sup>36</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.13; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.24; BGH NJW 1997, 135

<sup>37</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.6

<sup>38</sup> 1. Bölüm, § 4 IV

<sup>39</sup> İsviçre hukuku için aynı yönde *Kramer*, ZHR 146 (1982), 105,110; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.275; *Schenk-Engeler*, 5 dn.34. Alman hukuku için bu çözümlü destekler yönde *Eckert*, ZIP 1996, 1238,1240

<sup>40</sup> Bu yönde *Nicklisch*, BB 1974, 941,948; *Kramer*, ZHR 146 (1982), 105,110vd.

ona bağlı olarak pazarlık konusu olmayan her türlü sözleşme unsurunu denetleme hedefi, genel işlem şartları kavramının gittikçe geniş yorumlanması sonucunu doğurmuştur. Oysa giriş bölümünde de ifade edildiği gibi pazarlık konusu olmayan tüketici sözleşmelerinin de denetlenmesi ihtiyacı olabilir, ancak bunu GİŞ sorunu arkasına gizleyerek yapmak doğru gözükmemektedir. Önemli olan, *Wolf*'un da belirttiği gibi, bir kavramın asli sorunu kapsayacak şekilde tanımlanmasıdır<sup>41</sup>. Her tanım verme çabası ise, ister istemez, bir yerde sınırın çizilmesi gereğini doğurur. Dolayısıyla birden fazla kullanım unsurunu GİŞ'in ayırıcı özelliği olarak görmeye devam etmek kanımca doğrudur. Sonuçta bu unsurlar bir uyumsuzluk halinde hakim için yol gösterici olma özelliğini taşımaktadır ve somut olayda sadece kullanım *niyetini* aramak bu unsuru zaten yeterince esnek hale getirmektedir. Ayrıca matbu bir formüller kullanmakla birlikte bunların aslında birden fazla kullanım amacı olmadığı için GİŞ sayılamayacağını işletmenin ispatlamasının neredeyse imkansız olduğu da unutulmamalıdır.

#### 4. Genel İşlem Şartları Kullanan Tarafından Sözleşmeye Dahil Edilmek Niyetiyle Karşı Âkide Sunulmaları

GİŞ'in varlığını kabul edebilmek için aranan en son şart bunların GİŞ kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle karşı âkide sunulmalarıdır. Bu durumda öncelikli olarak GİŞ kullananın kim olduğu saptanmalıdır. Zira ancak onun âkidi GİŞ sorunu çerçevesinde koruma bulabilir<sup>42</sup>. Kural olarak bir sözleşmenin kurulması anında önceden hazırlanmış genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişi kullanıcıdır. Önemli olan kimin GİŞ'i sunduğudur, yoksa kimin kaleme aldığı değil<sup>43</sup>. Ancak aynı şekilde karşı tarafı, icabını GİŞ çerçevesinde yapmak zorunda bırakan kişi de GİŞ kullandır. Örneğin hazırladığı matbu sipariş formlarında genel işlem şartlarına da yer veren ve müşteriyi, doğrudan bu şartlar çerçevesinde icabını yapmak zorunda bırakan kişi GİŞ kullandır; yoksa müşteri GİŞ kullanımını teklif etmiş olarak kabul edilemez<sup>44</sup>.

İki tarafın da üçüncü bir kurum/kuruluş tarafından hazırlanmış

<sup>41</sup> *Wolf*, JZ 1974, 41

<sup>42</sup> *Fastrich*, 239

<sup>43</sup> *Roth*, BB 1992/4, 1,8; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.181; *A.Koller*, N.1542. Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında (bkz.dn.1) GİŞ'i düzenleyen ile kullananın aynı kişi olması gereğinin aranması maddenin uygulama alanını yanlış bir şekilde sınırlandırmaktadır. Ağırılık noktası GİŞ kullanılması olgusundadır, yoksa düzenlenmesinde değil.

<sup>44</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.27; *Roth*, BB 1992/4, 1,8



genel işlem şartlarının kullanılması konusunda anlaşması haline artık bu anlaşma ile, ilgili şartların GİŞ niteliğini yitirip taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna geldiğini, dolayısıyla bu tür sözleşmelere ilişkin denetim mekanizmalarına tâbi olduğunu kabul etmek gerekir<sup>45</sup>. Özellikle tacirler arasında bu duruma sık rastlanmaktadır<sup>46</sup>. Aynı şekilde noterlerin veya avukatların kendi inisiyatifi üzerine hazırladığı matbu sözleşme metinleri, her ne kadar önceden kaleme alınmış olsalar da, kural olarak GİŞ olarak nitelendirilemezler<sup>47</sup>. Çünkü bu hallerde sözleşme taraflarından hiçbiri diğerini belirli sözleşme şartlarının uygulanması zorunluluğu karşısında bırakmamakta; GİŞ'e özgü taraflar arası dengesiz konum oluşmamaktadır<sup>48</sup>. İki taraf da üçüncü kişi önünde sözleşmeye müdahale açısından eşit konumdadır, zira noterin kendi şartlarının değişmeden kabul edilmesi konusunda, işletmeden farklı olarak herhangi bir menfaati yoktur<sup>49</sup>. Ancak bazı durumlarda gerek noterlerin gerekse avukatların bu tarafsız rol dışında sözleşmede yer almaları da mümkündür. Bu hallerde özellikle taraflardan birinin menfaatlerini korumak amacıyla bazı sözleşme koşulları hazırlanmakta ve karşı tarafa bunlar, ilgili sözleşme tarafınca dahil edilmek üzere sunulmaktadır. İşte bu hallerde artık bir üçüncü kişinin değil doğrudan taraflardan birinin temsil-

<sup>45</sup> *Ulmer* ise bu hallerde de Alman GİŞ yasasının hükümlerinin kıyasen uygulanmasını savunmaktadır (*Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 N.30). Oysa iki taraf da aynı GİŞ'i kendi lehine uygulama düşüncesi ile sözleşmeye dahil etmişse artık taraflar arasında bu şartların uygulanmasına ilişkin olarak tam bir anlaşma olduğu ve GİŞ'in varlığını kabul için aranan, taraflardan birinin bunları tek yanlı olarak sözleşmeye dahil etmesi olgusunun söz konusu olmadığı kabul edilmelidir (*Palandt/Heinrichs*, § 1 AGBG N.10; *G.Stein*, 65).

<sup>46</sup> Örneğin donatan ve brokerlerin oluşturduğu ve merkezi Kopenhag'da bulunan Baltic and International Maritime Conference (BIMCO) tarafından hazırlanıp yayınlanmış olan charter sözleşme formüllerleri, taşıyan ile taşıtan arasında akdedilen sözleşmelerde kullanıldığında, iki tarafın da bu sözleşme koşullarına dayanma iradesini taşıdığı varsayılabilir (Bu tür standart formüllerler hakkında bkz. *Çağa*, Tahir, *Deniz Ticareti Hukuku*, II, 5.bası, İstanbul, 1995, 12-13; *Ülgener*, Fehmi, *Çarter Sözleşmeleri I*, İstanbul 1998, *passim*).

<sup>47</sup> *A.Koller*, N.1549; *OR/Bucher*, Art.1 N.49; *Roth*, BB 1992/4, 1,8

<sup>48</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.8; *Pflug*, 308. Alman Federal Mahkemesi, GİŞ-Yasası çıkmadan önce verdiği bazı kararlarında (BGH NJW 1979, 1406; BGH NJW 1982, 2243) taraflardan biri lehine bir sorumsuzluk kaydı içeren ancak noter tarafından tek başına düzenlenmiş olan sözleşme koşullarının, lehine bu hükme dayanan kişinin genel işlem şartları olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak GİŞ yasası yürürlüğe girdikten sonra, doktrindeki eleştirileri de göz önünde tutarak mahkeme bu içtihadından dönmüş ve noter tarafından kaleme alınan sözleşme koşullarının GİŞ teşkil edemeyeceğini, bu nedenle ancak § 242 BGB çerçevesinde denetlenebileceğini kabul etmiştir (BGH BB 1988, 1841; BGHZ 108, 164,169). Ancak Mahkeme bu içtihadını çok sınırlı bir durum için sürdürmektedir. Bu da noterler önünde akdedilen ve bir evin inşası ile daha sonra satımına ilişkin sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde müteahhidin ileride doğacak aylardan sorumsuz olacağı yönündeki kayıtlar açısından mahkeme BGB § 242'ye dayanan bir denetim uygulamaktadır (bu konuda bkz. *Roth*, BB 1992/4, 1,15).

<sup>49</sup> *Klaas*, FS Brandner, 247, 255; *G.Stein*, 67; *Ulmer*, Karlsruhe Forum, 9, 26-27; aynı yazar, FS Heinrichs, 555,562

cisinin söz konusu olduğu kabul edilerek bu şartların da GİŞ olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>50</sup>. Bunun dışında kalan hallerde noter önünde yapılan sözleşmenin iki taraf arasında yapılmış bir bireysel sözleşme olarak anlaşılması gerekir<sup>51</sup>.

AB yönergesi bu noktada bir değişiklik yaparak önceden hazırlanmış GİŞ içeriğinin tüketici aleyhine olmasını bu sözleşmenin denetlenmesi için yeterli bulmuş; ayrıca bunların bilfiil işletme tarafından sözleşmeye dahil edilmesini aramamıştır. Nitekim tüketici sözleşmelerini düzenlemek amacıyla Alman GİŞ yasasına eklenen § 24a'da da GİŞ'in bilfiil tüketici tarafından sözleşmeye dahil edilmediği her halde işletmeci tarafından sözleşmeye dahil edilmiş sayılacağı karinesi getirilmiştir. Bu durumda ilgili metnin bir üçüncü kişi, örneğin noter tarafından hazırlanmış olması ve taraflardan birinin lehine hareket etme amacı olmasa bile sözleşmeye tüketici lehine müdahale etmek mümkün olacaktır<sup>52</sup>. Meğerki işletmeci bu hükümler üzerinde pazarlık yapılmış olduğunu ispatlasın.

Kanımcı olayı bir ispat sorunu olarak görmek en doğrusudur. İşletmenin hiçbir şekilde hazırlanmasına katılmadığı sözleşme koşullarından istisnasız sorumlu tutulması doğru bir çözüm olamaz. İki tarafın da eşit oranda sözleşme içeriğinin oluşmasına etki etme imkanı olan hallerde, sözleşme koşulları matbu da olsa artık bir bireysel sözleşmenin varlığını kabul etmek gerekir<sup>53</sup>. Ancak karine olarak tüketicinin sözleşmeye dahil etmediği her türlü sözleşme koşulunun işletmeye atfedilmesi mantıklı bir çözümdür. İspat külfeti işletmededir ve bir bireysel sözleşmenin varlığını o ispat etmelidir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> BGH NJW 1990, 576; BGH NJW 1988, 558; BGH BB 1975, 442; *MünchKomm/Kötz*, § 1 AGBG, N.8; *Fastrich*, 229; *G.Stein*, 66; *Medicus*, AT § 27 N.406; *Roth*, BB 1992/4, 1,8

<sup>51</sup> *Fastrich* haklı olarak noterler tarafından hazırlanan sözleşmelerde taraflar arası eşitliğin gereği gibi muhafaza edilmemesi halinde bundan hemen içerik denetimi yapmak için bir gerekçe elde edilemeyeceğini, olsa olsa noterlerin tarafsızlığını korumak için çeşitli önlemler alınması gerekeceğini savunmaktadır. Yazar irade özerkliğine müdahale yerine sistemle çelişmeyen çözümler üretmenin öncelik taşıması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çözümlerden en akla yakını ise noterin özellikle tarafları aydınlatma ve tarafsız kalma görevini gereği gibi yerine getirmediği için sorumlu tutmaktır (*Fastrich*, 102-105; aynı yönde *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1,28).

<sup>52</sup> Bkz. *Damm*, JZ 1994, 161,166; *Ulmer*, Karlsruhe Forum, 9,21

<sup>53</sup> Bazı Alman hukukçuları da AB-yönergesini aynı çözümü destekler şekilde yorumlamak taraftarıdır. Zira Yönerge m.3/II'de ancak bireysel pazarlık sonucu oluşmayan sözleşmelerin denetleneceğini öngörmüştür. İşte bu şekilde sözleşme koşullarının bir üçüncü kişi tarafından belirlendiği hallerde de artık taraflar arasında, bu üçüncü kişinin şartlarına ilişkin olarak bir bireysel sözleşme yapılmış olduğu savunulmaktadır. Bu yazarlara göre aksi takdirde sözleşme özgürlüğüne aşırı bir müdahale söz konusu olacaktır (*Klaas*, FS Brandner, 247, 256vd; farklı görüşte *Eckert*, ZIP 1996, 1238,1240; *Heinrichs*, NJW 1996, 2190,2192)

<sup>54</sup> bkz. *Coester-Waltjen*, Jura 1997, 272,273

Genel işlem şartları, bunları kullanan kişi tarafından tek yanlı olarak sözleşmeye dahil edilir ve karşı taraf bunları bir kül olarak (en bloc) kabul eder<sup>55</sup>. Önemli olan ve GİŞ'i bireysel anlaşmalardan ayıran, bunların hiçbir şekilde müşterinin müdahalesine açık hükümler olmamasıdır, eğer müşterinin de bu hükümlerin saptanmasında rol sahibi olduğu ve bunların karşılıklı pazarlık ve görüşmeler sonucu olduğu anlaşılırsa artık GİŞ'in varlığından bahsedilemez<sup>56</sup>. GİŞ'in rasyonelleşme ihtiyacına cevap verdiği düşünülürse bunların pazarlık konusu yapılması işin niteliğine aykırıdır. Amaç zaten seri imalat gibi seri sözleşme akdini mümkün kılmaktır<sup>57</sup>.

Alman GİŞ yasasının 1. maddesi, taraflardan birinin diğerine "sunduğu" şartlardan bahsetmektedir. Ancak bunun aynı zamanda "dikte etme", "zorla kabul ettirme" anlamına gelmeyeceği genelde kabul edilmektedir. Bu şekilde GİŞ-yasasının uygulama alanı daraltılmak istenmemiştir<sup>58</sup>. Önemli olan müşteri açısından GİŞ'in içeriğini tartışma konusu yapmak gibi bir imkanın olmadığını göstermektedir<sup>59</sup>.

##### 5. Değerlendirmede Önem Taşımayan Noktalar

Genel işlem şartlarının varlığı kabul edilirken mümkün olduğu kadar şekli kriterlerden yola çıkmamak doğru gözükmektedir. Özellikle genel işlem şartlarının yazılı olması halinde nasıl kaleme alındıkları, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı, çoğaltılmış olup olmamaları gibi unsurlar sözleşme koşullarının GİŞ olarak nitelendirilmesinde veya nitelendirilmemesinde önemli olmamalıdır<sup>60</sup>. Aksi takdirde işletme, GİŞ'e karşı korumayı dolanmak için yollar aramaya teşvik edilmiş olacaktır. Aynı şekilde sözleşmeye dahil edilmek istenen şartların kapsamı da bunların nitelendirilmesinde önem taşımaz. Sadece bir hükümden oluşan GİŞ tespit etmek de mümkündür<sup>61</sup>. Alman Federal Mahkemesi henüz GİŞ-yasası yürürlüğe girmeden bu şekilde kısa ve iyi anlaşılır hükümleri denetlemeyi reddediyordu<sup>62</sup>. Ancak Alman yasa koyucusu bu gö-

<sup>55</sup> Schuler, 19; Bauer, 7; Soyer, 33; Bahtiyar, YD 1996, 76,79

<sup>56</sup> MünchKomm/Kötz, § 1 AGBG, N.10

<sup>57</sup> Kapnopoulou, 72

<sup>58</sup> Pflug, 302; Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 N. 26

<sup>59</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 1 N.28

<sup>60</sup> Alman hukuku için bkz. MünchKomm/Kötz, § 1 AGBG, N.14; Grunsky, BB 1971, 1113,1114; Wolf, JZ 1974, 41. Sadece matbaada çoğaltılmış sözleşme koşullarının genel işlem şartları nitelendirmesine hak kazanacağı görüşü (bkz. Schmidt-Salzer, Bilanz, 37-38) kabul edilemez.

<sup>61</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 1 N.18; Roth, BB 1992/4, 1,10; Nicklisch, BB 1974, 941,947; Nordmann, 29; Schuler, 17. Buna karşılık Schmidt-Salzer'e göre GİŞ'in sadece bir iki hüküm değil sözleşmeye ilişkin kapsamlı bir düzenleme içermesi gereklidir (Schmidt-Salzer, AGB, 29)

<sup>62</sup> örneğin BGH BB 1970, 1504

rüşe katılmamıştır. Özellikle kısa ile uzun arasındaki sınırı ve kolay anlaşılır ile anlaşılmaz arasındaki sınırı çizmenin çok zor olması bu konuda etkili olmuştur<sup>63</sup>. Ancak bundan önemlisi, genel işlem şartlarını denetlemenin gerekçelerinden biri olan, sözleşmeyi başka koşullar çerçevesinde yapma olanağının müşteri açısından var olmaması gerçeği burada aynen bakidir. Sadece bir cümlelik sorumsuzluk kayıtları nedeniyle hiç kimsenin paltosunu vestiyere bırakmaktan kaçınmayacağı veya bu konuda herhangi bir pazarlığa giremeyeceği açıktır. Dolayısıyla burada GİŞ'in varlığını kabul etmemek için bir sebep yoktur<sup>64</sup>.

Diğer yandan akdedilen sözleşmenin yazıya dökülmesi halinde GİŞ'in bu metin ile doğrudan bir bağlantısının olması da gerekli değildir. Dolayısıyla metnin bir ilan üzerinde veya teslim edilen belgeler arasında veya teletekte yer alması önem taşımaz<sup>65</sup>.

### III. Genel İşlem Şartlarının Bireysel Anlaşmaya Dönüşmesi

Yukarıda saptanan unsurların varlığı halinde ilgili sözleşme koşulları genel işlem şartları olarak nitelendirilir. Buna karşılık tarafların karşılıklı pazarlığı ve görüşmeleri sonucunda bazı sözleşme koşullarının belirlenmiş olması halinde *bireysel anlaşmaların* varlığından bahsedilir. Bunlardan hangisinin söz konusu olduğunu saptamak ise büyük önem taşır, zira GİŞ'in varlığını kabul edersek ileride açıklanacağı üzere daha sıkı bir yürürlük ve içerik denetimi uygulama zorunluluğu doğmaktadır. Ancak çok sık, taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın yapıp yapılmadığını saptamak sorun doğurur<sup>66</sup>.

Birkaç örnekle somutlaştıracak olursak<sup>67</sup>: Bilgisayar pazarlayan bir işletmenin GİŞ'inde, teslim kadar geçen 1 aylık süre içinde fiyatlarda bir değişiklik olması halinde bunun tüketiciye yansıtılacağına ilişkin bir hükmün yer alması<sup>68</sup> ve işletmenin, müşterisine a. muhtemelen bir zam söz konusu olacağı için bu hükmü koymak zorunda olduğunu bildirme-

<sup>63</sup> İsviçre hukuku için aynı yönde, *Schuler*, 17

<sup>64</sup> *Fastrich*, 85; *Nicklisch*, BB 1974, 941,947; *Locher*, 31; *Teoman*, 30; *Oğuz*, 13

<sup>65</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.17

<sup>66</sup> GİŞ içinde bütün hükümlerin pazarlık konusu yapıldığı şeklinde bir kaydın yer alması, bu pazarlık fiilen gerçekleşmediği sürece hükümlerin GİŞ niteliğini kuşkusuz ortadan kaldırmaz. Adalet Bakanlığı Komisyonu Tasarısında bunun ayrıca m.18a/III'de ifade edilmiş olmasına (bkz. yukarıda dn.1) kanımca hiç gerek yoktu.

<sup>67</sup> örneklerde *Fitz*, Handbuch, 249,251'den esinlenilmiştir.

<sup>68</sup> Alman GİŞ-yasası § 11 N.1 uyarınca "sözleşmenin kurulmasından itibaren dört ay içinde teslim veya ifa edilecek mal veya hizmetlerin karşılığının artırılmasını öngören kayıtlar" geçersizdir. Meğerki bu mal ve hizmetler sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme çerçevesinde ifa edilmiş olsun.

si üzerine müşterinin hükmü kabul ettiğini ifade etmesi, b. bu hükmün, müşteri isterse çıkarılabileceğini ancak o zaman %3'lük iskontonun da tanınamayacağını bildirmesi üzerine müşterinin hükmü kabul ettiğini bildirmesi, c. "kabul etmediğiniz şartları çizebilirsiniz" diyerek GİŞ'i yollaması ve müşterinin herhangi bir hükmü çizmemesi halinde<sup>69</sup> artık ilgili hükmün müşteri tarafından da benimsenen bir hüküm olduğu ve dolayısıyla bir bireysel anlaşmanın var olduğu kabul edilerek GİŞ denetimi yapılmayacak mıdır?

Taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın oluştuğunu kabul edebilmek için, genel işlem şartları kullanımıyla müşteri için ortadan kalkan, irade özerkliği çerçevesinde sözleşmenin içeriğini tespit etme olanağının yeniden doğmuş olması gerekir<sup>70</sup>. Yani müşterinin de, işletmeci ile beraber sözleşmenin şartlarını şekillendirme özgürlüğünü kullanmış olması, en azından kullanabilecek durumda olması gerekir. Bunun için öncelikle işletme tarafında sözleşmenin içeriğini değiştirme konusunda ciddi bir yaklaşım aranır<sup>71</sup>. Yani müşterinin anlayabileceği şekilde, yasal düzenlemeden sapan sözleşme içeriğinin tartışmaya açılması gereklidir<sup>72</sup>.

Ancak işletmenin genel işlem şartlarını değiştirmeyi kabul iradesinin yanı sıra müşteri açısından da bu şartları anlamak ve değiştirmek için gerekli olan bilgi birikimi veya profesyonel destek de mevcut olmalıdır<sup>73</sup>. Dolayısıyla tarafların fiilen sözleşme içeriğini birlikte belirleme *imkanının* olması aranır<sup>74</sup>. Ancak bu imkanın somut olarak var olduğu hallerde taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilebilir. Zira genel işlem şartlarının tüketici açısından beraberinde getirdiği sorunlar incelenirken<sup>75</sup> müşterinin gerek entelektüel açıdan, gerekse organizasyon açısından mağdur durumda olduğu, buna ek olarak GİŞ ile ilgilenmenin kendisi için ekonomik açıdan da tavsiye edilir bir durum olmadığı açıklanmıştı. Dolayısıyla tüketiciler için, kendileri ile GİŞ üzerinde pazarlık yapmak isteyen bir işletme ile karşılaşmaları nadiren bir avantaj sağlar. Ne GİŞ içinde yazılı olanı anlamak, ne de değiştirmek için gerekli olan bilgi birikimine sahip değillerdir.

<sup>69</sup> Bkz. BGH NJW 1987, 2011

<sup>70</sup> *Fastrich*, 272; *Heinrichs*, NJW 1977, 1505, 1507; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.35; BGH DB 1977, 488

<sup>71</sup> BGH JZ 1987, 159

<sup>72</sup> BGH NJW 1991, 1678; 1992 1107 ve 2759

<sup>73</sup> *Locher*, 36; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.35; *Fitz*, Handbuch, 249,264; *Pflug*, 315

<sup>74</sup> *Larenz/Wolf*, 788; *Fastrich*, 273-274; *Palandt/Heinrichs*, § 1 AGBG N.17-18; *Kapnopoulou*, 73, 90; *Coester-Waltjen*, *Zwischenbilanz*, 67,72; *Schlünder*, N.779; *Fitz*, Handbuch, 249, 262; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.35; BGH NJW 1991,1678,1679; BGH NJW 1992, 1107,1108 ve 2759,2760

<sup>75</sup> bkz. yukarıda § 3 II

Yukarıda (c) altında verilen örneği bu açıdan değerlendirdiğimizde, müşterinin bir avukata danışmak ve kendi yasal imkanlarını öğrenmek, ardından işletme ile tek tek bunların pazarlığını yapmak zorunda olduğu kabul edilemez. Sorun, müşterinin haklarını en adil şekilde koruyan yedek hukuk düzeninin tümüyle bertaraf edilmiş olmasıdır. Bu düzeni tek başına yeniden yürürlüğe sokmak ise tüketiciden beklenemez. İşletmenin, müşteriye “isterseniz şartları değiştirebiliriz” demesi bu açıdan hiçbir öneme sahip olamaz, zira müşterinin eşit olmayan konumundan kaynaklanan korunma ihtiyacı bu hallerde ortadan kalkmaz<sup>76</sup>. Ancak somut olayın özellikleri değerlendirmede kuşkusuz büyük önem taşımaktadır<sup>77</sup>. Örneğin iki tacir arasında sözleşme akdedildiği hallerde aynı değerlendirme çoklukla geçerli olmayacaktır. Zira burada ikisi de GİŞ kullanmaya alışık, bunların hazırlanması için gerekli hukuki danışmanlığı alabilecek kişiler karşı karşıya gelmektedir. Taraflardan birinin kendisine yapılan pazarlık teklifini kabul etmemesi artık o GİŞ'in pazarlık konusu edilmiş bireysel anlaşma olarak yorumlanabileceğini gösterir.

Müşteriye sadece tek tek GİŞ hükümlerinin açıklanmış olması ve onun bunları kabul etmesi de bireysel anlaşmanın varlığı için yeterli değildir<sup>78</sup>. Zira bu açıklamaları veren bir işletmenin karşı tarafın sözleşmeye müdahale etmesine açık olduğu, hükümlerini gerçekten değiştirmeyi kabul edeceği düşünülemez. Dolayısıyla yukarıda (a) şıkında verilen örnek açısından da bireysel anlaşmanın varlığı reddedilmelidir. Müşteri GİŞ metnini anlayarak kendisi için aleyhte olan hükümleri tespit etme ve buna somut alternatifler getirme imkanından yine yoksun olacaktır. Yasal düzenlemeyi ve haklarını bilmediğinden ilgili GİŞ ile nasıl bir hak kaybına uğradığını da bilebilecek durumda olmayacaktır<sup>79</sup>. Aynı şekilde tüketicinin veya işletmecinin sorulan sorulara cevap vermesi, farklı sözleşme alternatiflerinin açıklanması, bazı hükümlerin açıklanması da bireysel anlaşmanın varlığını kabul için yeterli sayılamaz<sup>80</sup>.

Alman içtihat<sup>81</sup> ve doktrininde<sup>82</sup> de kabul edildiği gibi ancak müşte-

<sup>76</sup> G.Stein, 93; Medicus, AT § 27 N.407; Roth, BB 1992/4, 1,11

<sup>77</sup> Fitz, Handbuch, 249,264

<sup>78</sup> Fitz, Handbuch, 249,262; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG N.16; Hensen, FS Brandner, 231,233; Kapnopoulou, 91; Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 N.49; Oğuz, 14; Gezder, 143. Bu hallerde olsa olsa ilgili hükmün şartlı olma niteliği ortadan kalkar, ancak denetim imkanı devam eder (bkz. ileride § 8 V)

<sup>79</sup> A.Koller, N.1572-1573

<sup>80</sup> Kapnopoulou, 91

<sup>81</sup> BGH NJW 1992, 1107,1108; BGH NJW 1988, 410. Daha eski tarihli kararlarında Federal Mahkeme sadece taraflar arasında pazarlık imkanının olmuş olması, yani müşterinin sözleşme içeriğine müdahale imkanı bulmuş olmasını yeterli saymış buna karşılık fiilen sözleşme içeriğinin değişmiş olmasını aramamıştır (BGH NJW 1977,624)

<sup>82</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 N. 48; Ulmer, FS Heinrichs, 555,562; Locher, 36



riye kendisi aleyhine olan hükümlerin açıklanması; bunların ne açılardan yasal düzenlemeden saptığının ifade edilmesi ve buna rağmen müşterinin bu GİŞ hükmünü kabul etmesi halinde bir bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilmelidir. Yoksa sadece sözleşme hükümleri konusunda bilgilenmek isteyen ilgili bir tüketiciyi adeta bundan ötürü cezalandıracak şekilde koruma kapsamı dışında bırakmak doğru bir çözüm olmaz<sup>83</sup>.

Aynı şekilde müşteriye birden fazla GİŞ'den birini tercih etme imkanının verilmiş olması veya bu tercihin fiyat indirimleri ile cazip hale getirilmesi halinde de (müşteri lehine GİŞ-yüksek fiyat/müşteri aleyhine GİŞ-düşük fiyat) taraflar arasında sözleşme koşullarına ilişkin bir bireysel anlaşmanın yapıldığı kabul edilemez<sup>84</sup>. Özellikle fiyat indirimlerinin söz konusu olduğu hallerde müşterilerin bunların cazibesine kapılarak aslında GİŞ'i okumadan imzalamayı tercih edecekleri, dolayısıyla pazarlık amacının hiçbir şekilde gerçekleşmeyeceği aşıkardır<sup>85</sup>. Ancak istisnai olarak müşteriye belirli bir şart bağlamında fiyat indirimi teklif edilmişse, örneğin garanti olmaksızın daha ucuz bir fiyata veya 2 yıl garanti çerçevesinde daha pahalı bir fiyata satın alma alternatifi sunulmuşsa, bu hallerde bir bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilebilir<sup>86</sup>. Bu açıdan bakıldığında yukarıda (b) şıkkı altında incelenen olayda bu hükme ilişkin olarak pazarlığın gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilecektir. Kuşkusuz müşteriye sunulan fiyat avantajının gerçekten karşılığında vazgeçilen hakları dengelemeye elverişli olması gerekir. Örneğin %2'lik bir indirim karşılığında bütün ayıba karşı tekeffül haklarından vazgeçilmesi halinde bu tür bir dengenin varlığından bahsedilemez<sup>87</sup>.

Ancak bazı hükümlerin pazarlık sonucu değiştirilmiş olması diğer hükümlerin GİŞ niteliğini ortadan kaldırmaz ve onlar açısından müşteri koruması devam eder<sup>88</sup>. Nitekim AB-yönergesinin 3. maddesi özellikle bu hususu ifade etmiş ve pazarlık konusu edilmiş hükümlerin yanı sıra, sözleşmenin genel değerlendirme itibarıyla önceden kaleme alınmış bir standart sözleşme olma özelliği ağır basıyorsa denetim imkanının baki kaldığı vurgulanmıştır. Olsa olsa çok sayıda yapılmış olan ekleme ve düzeltme, geri kalan hükümler üzerinde değişiklik yapılmamasına rağmen

<sup>83</sup> Kapnopoulou, 90; Fitz, Handbuch, 249,256

<sup>84</sup> v. Westphalen, DB 1977, 943, 947; G.Stein, 84-85; Wolf/Horn/Lindacher, § 1 N.38; Schlünder, N.782; Locher, 37; Fitz, Handbuch, 249,265; BGHZ 22, 90,98; BGH NJW 1996, 1676; BGH NJW 1991, 1678

<sup>85</sup> Larenz/Wolf,788; Fitz, Handbuch, 249,265

<sup>86</sup> v. Westphalen, DB 1977, 943, 947; Fastrich, 305

<sup>87</sup> bkz. Fitz, Handbuch, 249,266; Fastrich, 303

<sup>88</sup> Roth, BB 1992/4, 1,13; Larenz/Wolf, 788

mutabık kalındığı hususunda ispatı kolaylaştırır<sup>89</sup>. Bu konuda ispat külfeti GİŞ kullanana aittir<sup>90</sup>.

Uygulamada çok sık karşılaşılan, belirli bölümleri boş olan ve taraflarca doldurulması gereken formüller sözleşmelerin de bireysel sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>91</sup>. Zira bu tür sözleşmelerde her ne kadar fiyat, faiz oranı, sözleşme süresi gibi bazı verilerin taraflarca kararlaştırılması gerekiyorsa da, sözleşme, bu hükümler olmaksızın da bir bütünlük arz etmektedir ve geri kalanı itibariyle müşterinin müdahalesine kapalıdır<sup>92</sup>. Yine müşterinin, sözleşme içeriğinin taraflarca ortaklaşa kararlaştırıldığı yönünde bir beyanı imzalaması da nitelendirmede önem taşımaz<sup>93</sup>.

Çok istisnai hallerde değişmeden kabul edilen genel işlem şartı da bireysel anlaşma konusu olmuş olabilir<sup>94</sup>. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi müşteri açısından pazarlık etme şansının varlığı aranmaktadır, fiilen bu imkandan faydalanmış olması değil. Bir kez taraflar arasındaki eşit olmayan durum ortadan kalktıktan sonra artık sözleşmenin içeriğine müdahale etme olanağını kullanmamış olan müşteri de bu sözleşme içeriği ile bağlı kalacaktır. Kuşkusuz bu durumun varlığını takdir edecek olan hakimdir<sup>95</sup>. Ancak bu hallerde de bireysel sözleşmelerin denetim mekanizmalarına tâbi olunacağı açıktır.

#### IV. Genel İşlem Şartları ve Hukuk Normlarının Ayırt Edilmesi

Genel işlem şartlarının sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı olarak hazırlanması, genel ve soyut bir niteliği olması, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılması, karşı âkidin bunları değiştirme olanağının bulunmaması gibi özellikleri dikkate alındığında hiç kuşkusuz hukuk normları ile benzerlikleri çok dikkati çekmektedir. Nitekim genel işlem şartlarını “ekonominin yarattığı hukuk” olarak nitelendiren *Grossmann-Doerth*'e atıfla Alman hukukunda bir dönem, farklı gerekçelerle, genel işlem şartları, devletin yarattığı hukuka eşdeğerde kabul edilmiştir (“*lex contractus*”)<sup>96</sup>. Örneğin Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1941 yılında

<sup>89</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 1 N.37

<sup>90</sup> *G.Stein*, 86-87

<sup>91</sup> *Roth*, BB 1992/4, 1,11

<sup>92</sup> *G.Stein*, 84; *Dessemontet*, *Contrôle judiciaire*, 57,67

<sup>93</sup> *Larenz/Wolf*, 788; *Roth*, BB 1992/4, 1,12

<sup>94</sup> *Fastrich*, 272; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.182; *G.Stein*, 87; *Roth*, BB 1992/4, 1,12; *Locher*, 35

<sup>95</sup> *G.Stein*, 90

<sup>96</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Schuler*, 24vd.; *Pflug*, 81vd.; *Soyer*, 54vd.; *Oğuz*, 24vd. İsviçre-Türk hukukunda Alman hukukundan farklı olarak bu tartışma çok sınırlı öneme sahiptir *Bauer*, 35.



verdiği bir kararında "... sık sık çok kapsamlı olabilen genel işlem şartları çerçevesinde bir sözleşmenin akdedilmesi halinde, aslında sözleşme içeriği olan bu hükümlerin hepsi hakkında sözleşmesel bir uyuma olduğundan bahsedilemez. Söz konusu olan daha çok *hazır ve mevcut bir hukuk düzenine iltihak etmektir* (vba) ve bu düzene (gönüllü olarak) iltihak edenin içeriği hakkında ne bildiği pek bir önem arz etmez"<sup>97</sup> ifadesi kullanılmıştır. Alman Federal Mahkemesi de önceleri "mevcut bir hukuk düzeni" yaratan GİŞ'in "normatif geçerliliği" olduğu görüşünü savunmuş<sup>98</sup> ancak 1955 yılında GİŞ'in objektif ve herkesi bağlayıcı hukuk normları olmadığı gerekçesi ile bu görüşünü terk etmiştir<sup>99</sup>.

İster *Meyer-Cording*'in ileri sürdüğü<sup>100</sup> gibi GİŞ'in seçimlik normlar olduğu ve bireyin sözleşme akdederek kendini bu normlara tâbi kıldığı görüşüne dayanılsın, ister *Pflug* tarafından ileri sürülen<sup>101</sup> ve yasa koyucunun hukuk yaratma tekelinin örf ve adet yoluyla özel hukuk kişilerine delege edildiği görüşüne dayanılsın, *norm kuramı* uyarınca, genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olmasının temelinde, özel hukuk alanında norm koyma yetkisinin âkitlerden biri tarafından kullanılması ve diğer tarafın da bunları objektif hukuk kuralları gibi benimsemesi yatar. Oysa GİŞ'in hukuksal nitelendirmesi özellikle onların nasıl sözleşme içeriği olduğunu tayin etmek açısından büyük önem taşır. Eğer bunların yasa benzeri olduğundan bahsedecek olursak ayrıca tarafların irade uyuşmasına gerek olmadan kendiliğinde sözleşme içeriği oldukları kabul edilecektir. Dolayısıyla işletmenin müşterisini GİŞ'in varlığından haberdar etmemesi halinde dahi bu kurallar sözleşmeye uygulanacaktır. Bunun yanı sıra GİŞ'in yorumu konusunda da belirleyici olan onların nasıl nitelendirildiğidir. Zira norm görüşünün doğal sonucu olarak, somut olayın özelliklerini dikkate almayan, adeta yasaların yorumlanmasında uygulanan ilkelere itibar edilecektir.

Oysa genel işlem şartları metninin önceden kaleme alınması başlı başına hukuki bir işlem olarak nitelendirilemez; sadece taraflardan birinin sözleşme için yaptığı hazırlık çalışmasının ürünü söz konusudur ve salt bu metnin hiçbir hukuki etki doğurması mümkün değildir<sup>102</sup>. Ancak karşı tarafın da GİŞ'in uygulanmasını kabul etmesi ile, yani bunların icap ve kabul beyanının bir parçası olmalarıyla<sup>103</sup> sözleşme içeriği haline

<sup>97</sup> RG, DR 1941, 1210 (aktaran *Baudenbacher*, AGB, 241); aynı yönde RGZ 170, 240

<sup>98</sup> BGHZ 1,83,86

<sup>99</sup> BGHZ 17,1,2

<sup>100</sup> *Meyer-Cording*, 101vd.; Bu kitabın bir eleştirisi için bkz. *Kramer*, ARSP 60 (1974), 563-566; ayrıca bkz. *Soyer*, 59vd.

<sup>101</sup> *Pflug*, 248vd. Bu kitabın bir eleştirisi için bkz. *Kramer*, AcP 188 (1988), 423vd.

<sup>102</sup> *Kocayusufoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.4; *Gezder*, 145

<sup>103</sup> *Götz*, 117

gelip iki tarafı da bağlamaları mümkündür<sup>104</sup>. Nitekim Alman GİŞ-yasasının 2. maddesi GİŞ'in sözleşme içeriği olması için tarafların uyuşan irade beyanlarına ihtiyaç olduğunu açıkça ifade etmiştir. Buna göre işletmeci, yasanın öngördüğü gerekleri yerine getirerek GİŞ kullanımını konusunda müşterisine iradesini beyan edecek; müşteri ise bunların kullanılmasına onay verecektir. Ancak bu şartlar altında GİŞ'in sözleşme içeriği olması düşünülebilir<sup>105</sup>. Zaten yasanın gerekçesinde, AGBG § 2'nin amacının, GİŞ'in niteliği konusunda doktrinde yürütülen tartışmalara son vermek ve bunların sözleşme içeriği olması konusunda BGB'nin temelinde yatan sözleşme iradesini tekrar hakim kılmak olduğu ifade edilmiştir<sup>106</sup>. Bugün Alman hukukunda baskın görüş de bu yöndedir<sup>107</sup>.

Sosyolojik açıdan değerlendirildiğinde GİŞ'in yasa benzeri bir etkiye sahip olduğu doğrudur<sup>108</sup>. Yedek hukuk kurallarında olduğu gibi, ilgili işlem tipinde doğabilecek sorunları önceden çözüme kavuşturmak amacıyla hizmet etmektedirler. Ancak yasalardan farklı olarak GİŞ açısından önemli bir meşruluk sorunu mevcuttur<sup>109</sup>. Devletin koyduğu kanunlardaki gibi taraflar arasındaki menfaatleri en uygun şekilde dengelemeyi amaçlayan bir iradenin ürünü değil, aksine, sadece kendi menfaatlerini düşünen bir ekonomik birimin ürünleridir<sup>110</sup>. Adeta yasa koyucusu olmayan bir yasama faaliyeti söz konusudur (*Législation sans législateur*)<sup>111</sup>. Oysa demokratik bir toplumda "ekonominin" kendine uygulanacak kuralları kendi başına koyması düşünülemez<sup>112</sup>. Bu noktada norm görüşünün içine düştüğü yanlışlık sosyolojik bakış açısı ile dogmatik bakış açısını karıştırmış olmasıdır. Sosyolojik saptamadan hukuk dogmatigi için doğrudan sonuç çıkarmak doğru gözükmemektedir<sup>113</sup>.

Sözleşme hukukuna hakim olan irade özerkliği ilkesi, bir sözleşme akdeden kişilere, ilgili konuyu düzenlemek için uyuşan irade beyanları yoluyla kural koyma hakkı (Normsetzungsbefugnis) tanımıştır. Ancak taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşme içeriğini belirlemesi bu kural koyma erkinin kapsamında mütalaa edilemez. Bu nedenle GİŞ, ancak iki tarafın da bunların sözleşme içeriği olması konusunda uyuşan

<sup>104</sup> Bauer, 36

<sup>105</sup> Schroeder, 10

<sup>106</sup> aktaran Schroeder, 10

<sup>107</sup> Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG N.1; Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. N.27; Wolf/Horn/Lindacher, Einl. N.13; MünchKomm/Kötz, § 2 AGBG N.1; Fastrich, 36

<sup>108</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Raiser, AGB, 59-89; Schenk-Engeler, 3

<sup>109</sup> Schenk-Engeler, 3

<sup>110</sup> Bührer, 7; Akman, 89; Gezder, 145

<sup>111</sup> Giger, Doktrin und Praxis, 61; aynı görüşte Stauder, Unfair Contract Terms, 9,10

<sup>112</sup> Hauss, 7,12

<sup>113</sup> Fastrich, 33; Schuler, 36

irade beyanları sonucu geçerlilik kazanır<sup>114</sup>. Bugün İsviçre-Türk hukukunda da hakim görüş bu yöndedir<sup>115</sup>.

Sonuç olarak taraflar arasındaki eşitsizlik ve birinin fiilen sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme imkanına sahip olması sadece bu sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi açısından hakimin dikkate alması gereken verilerdir, yoksa bu durumun sözleşmenin doğasında bir değişiklik yaratması söz konusu olamaz<sup>116</sup>. Genel işlem şartlarını norm olarak nitelendirmenin bunları denetleme imkanını önemli ölçüde sınırlamak anlamına geleceği unutulmamalıdır<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> *Giger*, Doktrin und Praxis, 61; *Patry*, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,384; *Sticher*, 15; *Bauer*, 36; *Merz*, FS Schönenberger, 143; *Auer*, 1; *Keller*, 1; BGE 47 II 160,164; 77 II 154,156; 94 II 197,202; 100 II 144,149

<sup>115</sup> *Bauer*, 35; *Bührer*, 7; *Lörtscher*, 10; *Stockar*, 4; *Hardegger*, 13; *Schwarz*, IPR, 233,236; *Schenk-Engeler*, 3; *Isler*, ZSR 1982, 377,380; *Guyet*, 49,51; *Patry*, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,383; *Akman*, 89; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 157; *Erten*, 248; *Tunçomağ*, BATİDER 1964, 448; *Oğuz*, 35

<sup>116</sup> *Patry*, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 367,383

<sup>117</sup> *Kramer*, Krise, 13, dn.8

## § 8. Genel İşlem Şartlarının Yürürlük Denetimi

### I. Yürürlük Denetiminin Kıstası Olarak Güven Kuramı

Borçlar Kanunu m.1 uyarınca bir sözleşmenin kurulması için ilke, irade beyanlarının uyuşmasıdır. Ancak uyuşması gerekenin sadece beyanlar mı (açıklama prensibi) yoksa beyandan farklı olabilecek gerçek iradelerin kendisinin mi (irade prensibi) olduğu maddeden anlaşılmalıdır. Bugün Türk-İsviçre hukukunda hakim görüş irade beyanlarının uyuşmasının yeterli olacağı yönündedir<sup>1</sup>. Fakat beyana, karşı tarafın, güven kuramı<sup>2</sup> uyarınca vermesi gereken anlam esas alınır ve bu anlam doğrultusunda sözleşme kurulur. Bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve kurulduysa hangi içerikle kurulduğu güven kuramı uyarınca belirlenir<sup>3</sup>.

Bu durumda, taraflardan birinin kullandığı genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığı belirlenirken de güven kuramı belirleyici olacaktır. Bu çerçevede öncelikle şu sorulara cevap aranmalıdır<sup>4</sup>: İşletmecinin dürüstlük kuralı uyarınca, müşterisinin somut olayda GİŞ kullandığını bildiğinden hareket etmesi ne zaman mümkündür? Müşteri-

<sup>1</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Hata, 5-6; *Giger*, Doktrin und Praxis, 63; *Kramer*, Grundfragen, 86 (ve oradaki atıflar)

<sup>2</sup> Güven kuramına göre bir beyanı anlamlandırmadan kastedilen, ne beyan sahibinin beyanına verdiği anlamdan, ne de beyan muhatabının bunu kavrayışından yola çıkmak, ve fakat beyan muhatabının bütün hal ve şartları dikkate alarak dürüstlük kuralı gereği bu beyanı nasıl anlamlandırması gerektiğini tespit etmektir. Muhatabın, tespit edilen bu anlamı beyana yüklemeye korunmaya layık bir güveni vardır. Beyan sahibi aslında farklı bir beyanda bulunmak istemiş olsa bile, karşı tarafın beyanına dürüstlük kuralı gereği verdiği anlamın kendisine karşı uygulanmasını kabullenmesi gerekir (BGE 72 II 79). Zira borçlar hukukunda hakim olan irade özerkliği ilkesinin kaçınılmaz sonucu aynı zamanda bu iradi eylemlerden sorumlu olmaktır. Beyanıyla karşı tarafta haklı bir güven yaratan kişi bu güvenin korunmasını kabul etmek zorundadır. Güven kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Hata, 8vd.; *Meier-Hayoz*, 67 vd.; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 246.

<sup>3</sup> *Giger*, AGB, 49

<sup>4</sup> *Schmidt-Salzer*, AGB, 124; *Götz*, 120; *Schroeder*, 13; *Favre-Bulle*, L'abus de droit, 139,141

nin icap veya kabul beyanını bu bilgi ışığında yaptığı veya yapmаса bile işletmecinin bunu düşünmekte haklı olduğu haller hangileridir?

Sözleşme içeriği olabilecek hususlar kural olarak tarafların üzerinde müzakere ettiği, sözleşme görüşmelerinde ele alınan ve daha sonra üzerinde uzlaşma sağlanan hususlardır. Taraflardan her biri kendisi açısından önem taşıyan ve sözleşme içeriği olmasını istediği hususları görüşmeye dahil etmek zorundadır. BK m.2/I uyarınca tarafların objektif olarak esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olması sözleşmenin meydana gelmesi için ön koşuldur. Ancak bunun dışında sözleşmeye dahil olması istenen sübjektif olarak esaslı olan noktalar açısından uzlaşmanın sağlanabilmesi için ilgili olan tarafın bunları sözleşme görüşmelerine dahil etmesi gerekir<sup>5</sup>. Aksi takdirde diğer tarafın, bu hususların sözleşme içeriği olmasının istendiğini anlaması mümkün değildir. Dolayısıyla kabul beyanını bu hususları kapsayacak şekilde yorumlamak da kural olarak mümkün olamaz<sup>6</sup>.

Genel işlem şartları açısından bakıldığında, bunların kural olarak işletmeci tarafından sözleşmeye dahil edilmek istenen sübjektif açıdan esaslı noktalar<sup>7</sup> olduğu açıktır. Bu durumda ilgili şartları sözleşmeye dahil edebilmek için onun karşı tarafı aydınlatması ve bu konudaki iradesini beyan etmesi gereklidir<sup>8</sup>. Ancak bu hallerdedir ki müşterinin kabul beyanını, GİŞ'in sözleşme içeriği olmasını onayladığı şeklinde yorumlamak mümkün olabilir. İradesini açıkça ortaya koyan işletmecinin dürüstlük kuralı uyarınca müşterisinin kabul beyanını GİŞ'i kapsayacak şekilde anlamlandırmaya hakkı vardır<sup>9</sup>. Bu durumda işletmecinin ne zaman genel işlem şartları kullandığını müşteriye gereği gibi bildirmiş sayılacağı sorusu öncelikle cevaplanmalıdır.

Alman Genel İşlem Şartları Yasası 2. maddesinde bu konuda somut bir düzenleme içermektedir. Buna göre işletmeci, sözleşme kurulmadan, karşı tarafı genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça uyarmalı ve kendisine bu şartlar çerçevesinde sözleşmeyi kurmak istediği yönündeki iradesini açıkça bildirmelidir. Ancak buna *ek olarak* onun, müşteriye, ge-

<sup>5</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.2 OR N.11

<sup>6</sup> *Nordmann*, 60

<sup>7</sup> Sübjektif açıdan esaslı noktalarda "sözleşmeye ilişkin öyle noktalar söz konusudur ki, bunlar objektif bakımdan ikinci derecede noktalar arasında yer aldıkları halde, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir biçimde, bunlarda anlaşma olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılmakta; yani o, bunlara ilişkin uyuşmaya sözleşmenin kurulması açısından bir *condicio sine qua non* nazarı ile bakmaktadır." (*Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 17 N.6)

<sup>8</sup> *Eren*, 217

<sup>9</sup> *Stauder*, *Les clauses limitatives*, 95,103. Müşterinin gerçek iradesinin farklı olduğunu bilen işletmecinin güven kuramına dayanması mümkün değildir. Gerçek iradeden haberdar olan işletmeci ile müşteri arasındaki sözleşme bu bilgi ışığında kurulur (*Schroeder*, 31).

nel işlem şartlarının içeriğini öğrenme olanağını da vermiş olması gerekir<sup>10</sup>. İsviçre-Türk hukuku açısından birinci şartın kural olarak aranacağı açıktır. GİŞ kullanmak isteyen işletmeci bunların sözleşmeye dahil olmasını istediğini karşı tarafa bildirmelidir. Buna karşılık bildirimde ötesinde müşteriye GİŞ'in içeriğini öğrenme imkanının tanınmış olması klasik sözleşme kuramı açısından bir zorunluluk teşkil etmez<sup>11</sup>. Buna göre müşteri, hiç görmediği genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olmasını kabul etmişse bunlarla bağlı sayılacaktır. Adeta bir beyaza imza gibi GİŞ'in içeriğinin işletmeci tarafından özgürce kararlaştırılmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Oysa kendisinin hiçbir şekilde düzenlenmesine katılmadığı ve neredeyse tümüyle kendisi aleyhine olan şartların içeriğini öğrenmenin müşteriye düşen bir yüküm olduğunu iddia etmek adalet duygusuna pek uygun bir çözüm değildir<sup>12,13</sup>. Nitekim İsviçre doktrini uzun yıllardır, Alman yasasını örnek alarak, sözleşmenin akdinden önce GİŞ'in içeriğini öğrenme imkanının tüketicilere tanınması gerektiğini savunmaktadır<sup>14,15</sup>. İS-

<sup>10</sup> Örneğin sözleşmenin telefon yoluyla kurulması halinde GİŞ'in varlığından hiç bahsedilmemişse ilk, bahsedilmiş olmasına rağmen görüşmeler sırasında karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkanı verilmemişse ikinci gereğin yerine getirilmemesi nedeniyle GİŞ sözleşme içeriği olamayacaktır. *Hönn* bu hükmü, yasanın getirdiği bir şekil şartı olarak nitelendirmektedir. Aykırılık halinde yaptırım ise butlan değil GİŞ'in sözleşme içeriği olmamasıdır (*Hönn*, 162).

<sup>11</sup> Nitekim GİŞ-yasası Almanya'da yürürlüğe girmeden önce bu tür bir zorunluluk, orada da mahkemeler tarafından kabul edilmemekteydi (*Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.9vd.; *Larenz/Wolf*, 789).

<sup>12</sup> Buna karşılık *Raiser*, 1935 yılında kaleme aldığı monografisinde, ilk defa GİŞ sorununa el atarak önemli bir adım atmışsa da GİŞ kullanımı konusunda uyarılmış olan müşterinin bunları görmek istememesini onun açısından bir "ilgisizlik" olarak nitelendirmiştir. Yazara göre, müşteri bunların sözleşme içeriği olmasını istemiyor diyse bunu zamanında bildirmesi gerekirdi (*Raiser*, AGB, 172). Oysa GİŞ kullanımı konusunda tek menfaat sahibi olan işletmecinin bunları görme imkanını karşı tarafa vermeyerek aslında bir ilgisizlik örneği gösterdiğini kabul etmek için niteliğine daha uygun bir çözüm teşkil eder.

<sup>13</sup> Nitekim Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında m.18b GİŞ'in sözleşme içeriği olması konusunda şu düzenlemeyi getirmektedir: "1Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamında girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında, açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. 2Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır." Ancak tasarının hiç teknik olmayan "yazılmamış sayılma" kavramına yer vermiş olması şaşırtıcıdır. Sorun, GİŞ'in sözleşme içeriğine dahil olmaması, sözleşmenin bir parçası olmamasıdır, yoksa yazılı olması gereği dahi aranmayan kayıtların "yazılmamış sayılması" değildir.

<sup>14</sup> *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,148; *Forstmoser*, *Bankverkehr*, 11,15; *Giger*, AGB, 53; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.195; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.457; *Hardegger*, 29-30; *Bührer*, 8; *Favre-Bulle*, *L'abus de droit*, 139,141 ve 143; çok açık olmamakla beraber, *Guggenheim*, 39; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.1140; *Baudenbacher*, AGB, 307; *Schwarz*, *Richtlinie*, 127,136; *Bürgi*, 161. Türk hukuku açısından GİŞ'in

viçre Federal Mahkemesi ise, müşterinin, genel işlem şartlarının kullanımı konusunda uyarılmasını aramış ancak içeriğini öğrenme imkanı bulunmuş olması gereği üzerinde yeterince açıklıkla durmamıştır. Bununla birlikte bazı kararlarında kullandığı ifadeleri bu şekilde yorumlamak imkanı vardır<sup>16</sup>.

GİŞ'den faydalanmak isteyen işletmecidir; dolayısıyla onun hem bunlar çerçevesinde sözleşme kurmak istediğini bildirmesi hem de bunları müşteriye sunması gerektiğini kabul etmek kuşkusuz işin niteliğine en uygun çözümdür. İşletmecinin müşterisine GİŞ kullandığını bildirmesi fakat bunları hiç göstermemesi halinde müşterinin kabul beyanını buna rağmen bunları da kapsayacak şekilde yorumlamak güven ilkesine uygun bir sonuç olamaz<sup>17</sup>. Aksi takdirde taraflar arasında akdedilen sözleşmenin sadece, "işletmecinin genel işlem şartları uygulama alanı bulur" ya da "sigorta genel şartları uygulama alanı bulur" şeklinde bir ibare içermesi veya müşterinin bu konuda sözlü olarak uyarılmış olması bu şartların tümüyle sözleşmeye dahil olması için yeterli kabul edilmek gerekecektir.

Tacirler arasında GİŞ'in içeriğinin bilindiğinden yola çıkarak bunların ayrıca her seferinde müşteriye sunulmadan sözleşme içeriği olması kabul edilebilirse de bu tür bir tecrübe sahibi olmayan tüketiciyi hiç gör-

---

sözleşme içeriği olabilmesi için müşteriye teslim edilmiş olması gerektiği görüşünde *Sungurbey*, 41-42; *Oğuzman/Öz*, 21; *Oktay*, 60; Genel iş koşulları açısından bu yönde *Soyer*, 78.

Bazı yazalar ise, müşteriye sadece, GİŞ *kullanıldığının* bildirilmiş olmasını yeterli saymış, ayrıca GİŞ'in teslim edilmiş olmasını aramamıştır (*Lörtscher*, 11; *Schuler*, 84; *A.Koller*, N.1559-1562). *Koller*'in verdiği bir örnek düşündürücüdür: müşteri acele içinde bir bankada hesap açtırmakta ve imzaladığı metinde GİŞ'e atf olduğunu görmektedir. Memura genel işlem şartları metnini görmek istediğini söyleyen müşteriye memur cevap olarak, bunların el altında olmadığını ancak kendisinin gidip alabileceğini söyler. Müşteri acele içinde olduğu için bundan vazgeçer. Burada, GİŞ kullanımından yegane menfaati sağlayan bankayı biraz daha fazla özen gösterip GİŞ'i hazır bulundurmakla yükümlü tutmak yerine, müşteriye, geç kalmayı göze alarak GİŞ metninin teslimini bekleme görevini yüklemenin gerekçesini anlamak mümkün değildir.

<sup>15</sup> Avusturya'da yürürlükte bulunan tüketicinin korunması hakkındaki yasa, GİŞ denetimi konusunda bir düzenlemeye sahip olmakla birlikte, GİŞ'in nasıl sözleşme içeriği olacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir (bkz. § 4 II). Buna rağmen öğreti ve mahkeme kararlarında GİŞ metninin karşı tarafa teslimi ve bunların içeriğini öğrenme imkanı verilmesi gerektiği kabul edilmektedir (bkz. *Kiendl*, JBl 1995, 87,94 ve orada anılan yazılar; *Wurst*, 143,153; *Deixler-Hübner*, 64).

<sup>16</sup> BGE 64 II 355,357; BGE 77 II 154, 156; BGE 100 II 200,209 ( ... pour que ces conditions deviennent partie intégrante du contrat, il suffit que celui qui entend les imposer ait attiré clairement sur elles l'attention de son cocontractant et l'ait mis en demeure de les lire...); BGE 109 II 116,118. Ayrıca bkz. 34 II 638,639; 54 I 71,75 ve 87 II 234,237

<sup>17</sup> *Schroeder* bu hallerde bir çelişkili davranışın varlığını kabul etmektedir. İşletmeci bir yandan GİŞ'e atf yapıp diğer yandan bunların içeriğini müşteriye açıklamamakla *venire contra factum proprium* ilkesine aykırı davranmaktadır (*Schroeder*, 87).



mediği bir metinle bağlı kabul etmekte işletmeciyi haklı saymak doğru bir çözüm değildir<sup>18</sup>, burada işletmecinin korunmaya layık bir güveninden bahsedilemez<sup>19</sup>. “Okunmadan imzalanan belge”<sup>20</sup> sorunu ancak okunması imkanı var olan bir metin için doğabilir; nitekim aşağıda ele alınacak global kabul bahsinde bu sorunla karşılaşılacaktır. Ancak müşterinin okuma fırsatını dahi elde edemediği bir belgenin sözleşme içeriği olması güven kuramı uyarınca ulaşılabilecek bir çözüm olamaz. İşletmecinin ancak kendisine düşen ödevleri yerine getirdikten sonra müşterinin kabul beyanını GİŞ’i de kapsayacak şekilde yorumlamada korunan bir güveni olabilir<sup>21</sup>. Taraflar arasındaki menfaatler dengesi bu sonuca varmayı haklı kılmaktadır. GİŞ kullanarak kendisine sayısız çıkar sağlayan işletmeci bunların sözleşme içeriği olması için gerekli koşulları yerine getirme külfetine de katlanmalıdır<sup>22</sup>. Aksi takdirde GİŞ’in sözleşme içeriği olmamasına katlanması gerekir. Bu sonuç aynı zamanda yukarıda anılan<sup>23</sup>, tüketicilerin piyasa işleyişini destekleyen düzenlemeler yoluyla korunması gereğine de uygundur. Zira GİŞ’in tüketiciye teslimini aramak suretiyle onun bilgilendirilmesi ihtiyacına cevap verilmektedir<sup>24</sup>.

Tacirler arasında GİŞ kullanımı söz konusu olduğunda varılacak sonuçlar ise genelde daha farklı olacaktır. Alman GİŞ yasası § 24’de, GİŞ’in sözleşme içeriği olmasını düzenleyen § 2’nin tacirlere uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir<sup>25</sup>. İsviçre hukukunda da genelde hep tacirler arası GİŞ kullanımı ile tüketici ile tacir arasındaki GİŞ kullanımı ayrı ele alınmaktadır<sup>26</sup>. Bunun gerekçesi hiç kuşkusuz ticari hayatta işlem güvenliğinin daha büyük bir öneme sahip olması ve mal mübadelesinin hızlı ve sürtüşmesiz işlemesine ihtiyaç duyulmasıdır. Oysa bazı hallerde tacirler arasında da güç dengesinin bozulduğu ve taraflardan birinin sözleşme

<sup>18</sup> Müşterinin kendisinin metni görmekten feragat etmesi halinde farklı bir çözüm düşünülebilir. Örneğin telefonda kurulan bir sözleşmede müşterinin işletmecinin ikazına rağmen metni görmek istemediğini ve sözleşmeyi telefonda kurmak istediğini belirtmesi halinde artık sözleşme genel işlem şartları çerçevesinde kurulmuş olur (*Schroeder*, 54)

<sup>19</sup> bkz. *Serozan*, *Sözleşmeden Dönme*, 246

<sup>20</sup> Bkz. *Oftinger*, *FG Simonius*, 263vd.; *Kocayusufopaşaoğlu*, *Hata*, 33vd.; *Bürgi*, 23

<sup>21</sup> *Schroeder*, 30

<sup>22</sup> GİŞ teslim edilmezse her an içeriğinin değiştirilmesi imkanı da işletmeciye verilmiş olacaktır. Zira sözleşmenin akdi anında işletmecinin kullanmakta olduğu GİŞ’i tespit etmek ve bunu ispatlamak müşteri açısından büyük zorluk doğuracaktır (*Bydlinski*, *FS Kastner*, 45,52)

<sup>23</sup> § 2 III

<sup>24</sup> *I.Koller*, *FS Steindorff*, 667,674

<sup>25</sup> Bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 24 N.17

<sup>26</sup> *Giger*, *AGB*, 50; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.197; *Favre-Bulle*, *L’abus de droit*, 139,142; *Schwenzer*, N.45.05



içeriğini tespit ederken hiç söz sahibi olamadığı bir gerçektir. Buna rağmen işlem güvenliği ihtiyacının bu hallerde ağır bastığı kabul edilmelidir, zira müşteri tacirin kendisi de GİŞ kullanımını konusunda uyarılmak ve içeriğini öğrenme imkanı elde etmektense sözleşmeyi süratle sonuçlandırmayı hedeflemektedir<sup>27</sup>. Dolayısıyla tacirler arasındaki sözleşmelerde GİŞ'e atıf yapılması kural olarak yeterli sayılmalı ve ancak istisnai hallerde bunların içeriğinin de karşı âkide bildirilmiş olması aranmalıdır.

## II. Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriği Olabilmesi İçin Kullananın Yerine Getirmesi Gerekenler

### 1. Sözleşmeyi Genel İşlem Şartları Çerçevesinde Kurma İsteği Konusunda Müşteriyi Uyararak

#### a) Uyarı yöntemleri

##### aa) Genel işlem şartları metninin teslimi ve bunlara açıkça yollamada bulunulması

Genel işlem şartları kullanan işletmenin, bunları, akdettiği sözleşmeye dahil etmek için başvurabileceği en garantili yöntem, matbu GİŞ metnini sözleşme görüşmeleri sırasında karşı âkide teslim etmesi ve bu şartlar çerçevesinde sözleşmeyi kurmak istediğini ifade etmesidir. Genelde banka ve sigortacılık alanında matbu metin teslim edilmekte ve müşteri ile yapılan somut sözleşmenin düzenlemeleri de (örn. kredi miktarı, taksitler, faizler) doğrudan bu metne dahil edilmekte veya ilgili boşluklara doldurulmakta ve yine aynı metnin sonuna imzalar atılmaktadır. Bu hallerde müşterinin imzasının GİŞ'i kapsadığında herhangi bir tereddüt olamaz<sup>28</sup>.

Buna karşılık GİŞ metninin teslim edilmesi ve fakat taraflar arasında bundan ayrı, yazılı başka bir sözleşme metninin düzenlenmesi halinde işletmenin bu metinde genel işlem şartlarına yollama yapması gerekir<sup>29</sup>. Aynı şekilde matbu sözleşme formunun ön yüzünde tarafların görüşmeler sonucu kararlaştırdığı metnin yer alması arka yüzünde ise GİŞ metninin bulunması halinde ön yüzde bu şartlara bir yollamanın bulunması gereklidir<sup>30</sup>. Doktrinde bu bildirim söz konusu olarak yapılması da ka-

<sup>27</sup> Schroeder, 76vd.; karş. Dauner-Lieb, 45

<sup>28</sup> Giger, AGB, 51; MünchKomm/Kötz, § 2 AGBG, N.6; Erten, 95

<sup>29</sup> Schmidt-Salzer, AGB, 126; Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N.188; Hardegger, 27; Bahtiyar, YD 1996, 76,88; Poroy, Arslanlı Armağanı, 513,533; Oğuz, 46; Bkz. BGE 109 II 116,117; 64 II 355,357

<sup>30</sup> Forstmoser, FG Kummer, 99,108; Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N. 188; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.8; Tekinalp, Hirsch Armağanı, 119, 137; Oğuz, 46; Schmidt-Salzer, NJW, 31; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N.29. Alman Federal Mah-

bul edilmektedir<sup>31</sup>. Önemli olan nokta, işletmenin müşterisini tereddüde yer vermeyecek şekilde GİŞ kullanımı konusunda uyarması ve bu nedenle müşterinin, metnin altındaki imzasını GİŞ'i kabul ettiği yönünde yorumlamanın güven kuramı çerçevesinde mümkün olmasıdır<sup>32</sup>.

İşletmecinin daha önce müşteriye sipariş katalogları veya diğer reklam malzemelerinden yollamış olması ve bunların içinde genel işlem şartlarının yer alması halinde, müşterinin bu icaba davete dayanarak yapacağı icabın GİŞ'i ihtiva etmediği kabul edilmelidir<sup>33</sup>. Öncelikle bu tür kataloglarda GİŞ metninin müşterinin dikkatini çekmesi veya müşterinin bu katalogların tek tek sayfalarını çevirip bilgilenmesi ihtimali düşüktür<sup>34</sup>. Diğer yandan, müşterinin hazırlanmasına hiçbir şekilde katılmadığı sözleşme koşullarını kendi icabı ile sözleşme içeriği yapmayı teklif etmesi işin niteliğine de aykırıdır.<sup>35</sup> Bu icaba davetin müşteri açısından bağlayıcılığı olmadığı aşikardır. Onun icabını bundan bağımsız olarak şekillendirmesine herhangi bir engel düşünülemez<sup>36</sup>. Buna karşılık doğrudan işletmeci tarafından hazırlanmış ve GİŞ'i ihtiva eden sipariş formlarının doldurulması halinde artık GİŞ, müşterinin icabının bir parçası sayılır<sup>37</sup>.

GİŞ metninin teslim edilmesi fakat bunlara yollama yapılmaması nasıl bunların sözleşme içeriği olmasını engellerse aynı şekilde GİŞ metnine yollama yapmak ama bu metni müşteriye vermemek de bunların sözleşme içeriği olmasını kural olarak engellemelidir<sup>38</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi Alman GİŞ yasasının açıkça düzenlemiş olduğu bu yükümlülük Türk-İsviçre hukuku açısından da kabul edilmelidir<sup>39</sup>. Bu konuda kıyasen uygulanma olanağı olan bir hüküm BK m.315'de yer almaktadır.

---

kemesi ön yüzde, tarih ve imzanın hemen üstünde yer alan yollamanın büyük ve koyu punto ile yazılmasını da aramıştır (BGH NJW 1986, 1608; ayrıca bak BGH NJW-RR 1987, 112, 114)

<sup>31</sup> *Kocayusuflaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.8; *Ramstein*, RIW 1988, 440,441; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.188; *Hardegger*, 28; BGE 84 II 556,561

<sup>32</sup> *Locher*, 41; *Giger*, Doktrin und Praxis, 65; aynı yazar, AGB, 52

<sup>33</sup> *Kamm*, 49; GİŞ'in göze batan bir yerde olması kaydıyla aksi fikirde *Oğuz*, 63-64

<sup>34</sup> *Schuler*, 91vd.

<sup>35</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.30; *Giger*, AGB, 53 ve 61; *Giger*, Doktrin und Praxis, 59,73; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.188; *Schuler*, 91 vd.

<sup>36</sup> *Bührer*, 20

<sup>37</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.32; *Raiser*, AGB, 185; *Schuler*, 92; *Bührer*, 20 dn.82

<sup>38</sup> Örneğin bir kargo şirketinin vermiş olduğu faturanın arkasında basılı olan taşıma sözleşmesi başlıklı metin içinde yer alan "kargo taşımaları taşıyıcının kurallarına göre yapılır" şeklinde bir ibarenin GİŞ'i sözleşme içeriği yaptığı kabul edilemez. Müşterinin en ufak bir bilgi sahibi olmadığı bu taşıma şartlarını zımnen kabul ettiği iddia edilememelidir (Fatura yoluyla GİŞ'in sözleşme içeriği olması sorunu hakkında bkz. ileride § 8 II 1 b) aa) bahsi)

<sup>39</sup> Bkz. yukarıda dn.14'de anılan yazarlar.

Madde, işveren tarafından hazırlanan genel iş koşullarının işçi açısından bağlayıcı olabilmesi için sözleşmenin yapılmasından önce bu koşulların yazıya dökülmüş ve işçiye bildirilmiş olması gereğini kabul etmiştir<sup>40</sup>. *Soyer*'in haklı olarak belirttiği gibi bu madde Alman GİŞ yasası § 2'ye paralel bir hükmüdür<sup>41</sup>. İşçiyi bir oldu bitti karşısında koruma düşüncesi ile yasaya konulan bu hükmü kıyasen bütün tüketici genel işlem şartları açısından kabul etmekte bir sakınca olamaz.

Müşteriye GİŞ metnini işyerinden temin edebileceğinin söylenmiş olması veya bir meslek odası tarafından hazırlanmış olan GİŞ'in uygulanacağını belirtilmiş olması halinde müşterinin bu metinleri temin etme yükümü olduğu da kabul edilemez<sup>42</sup>. Olsa olsa tacirler arasında metnin teslimi gereğinin yerine getirilmesinden vazgeçip bunlara yazılı veya sözlü yollamayı yeterli saymak mümkündür. Zira tacirlerin o branşta uygulanan genel işlem şartlarını bildiği kabul edilebileceği gibi bilmese bile içeriğini öğrenme imkanını kullanacağı farz olunur<sup>43</sup>.

#### bb) Genel işlem şartları metninin ilanı

Günlük hayatta çok sık karşılaşılan ve önemli bir ekonomik değer ifade etmeyen sözleşmelerin akdinde her bir âkide GİŞ metninin verilmesi işletmeci açısından büyük güçlük çıkaracaksa, istisnai olarak bu metnin sözleşmenin kurulacağı mekanda ilan edilmesi kabul edilebilir<sup>44</sup>. Örneğin otomatlar aracılığıyla akdedilen sözleşmelerde, yani uyarıda bulunacak bir personelin bulunmadığı hallerde, sadece bu uyarıda bulunmak için bir personelin görevlendirilmesinin işletme için büyük zorluk doğurduğu kabul edilebilecektir<sup>45</sup>. Aynı şekilde futbol maçına giriş bileti gibi değeri çok düşük olan ve binlercesi akdedilen bir sözleşmede işletmeden her bir müşteriye yazılı olarak GİŞ metnini vermesi veya sözlü olarak bildirmesi beklenemez. Otopark, tiyatro ve sinema gişelerinde ve vestiyerlerinde, yüzme havuzlarında, içine para atılarak kullanılan kilitli dolapların bulunduğu mekanlarda hep aynı sonuca varılacaktır<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Soyer*, 78vd.; ayrıca bkz. *Yavuz*, 422

<sup>41</sup> *Soyer*, 77

<sup>42</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 2 AGBG, N.11

<sup>43</sup> *Giger*, AGB, 52; *Forstmoser*, FG Kummer, 99,108; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 2 N.68; bkz. BGH NJW-RR 1989, 1104

<sup>44</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.9; *Raiser*, AGB, 187; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.36. Alman GİŞ yasası § 2/I b.1 uyarınca, karşı âkiden uyarılması, sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle ancak ölçüsüz güçlükleri göze alarak mümkün oluyorsa, sözleşmenin akdi yerinde bunların ilanı yoluyla da bu uyarının yapılması mümkündür.

<sup>45</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 2 AGBG, N.10

<sup>46</sup> Unutulmamalıdır ki burada ilgili GİŞ'in sözleşme içeriği olup olmadığı hususu üzerin-

Bu hallerin hepsinde, sözleşmenin kurulduğu mekanda genel işlem şartları metnini içeren bir ilanın asılması, bunların sözleşme içeriği olması için yeterli sayılacaktır<sup>47</sup>. Genel işlem şartlarının sadece birkaç madde ile sınırlı olması halinde doğrudan bu ilanda yer almaları bir sorun doğurmayacaktır. Daha uzun bir metnin söz konusu olması halinde bile, olanaklar elverdiği ölçüde tüm metnin ilanda yer almasını talep etmek doğru olacaktır; meğerki işletme açısından büyük zorluklar doğuracak olmasın<sup>48</sup>.

Kuşkusuz ilanın müşterinin dikkatini celp edici, kullanılan punto ve asılma mekanı açısından göze batıcı olması gerekir. Sadece bu gereklerin yerine getirilmesi halinde müşterilerin GİŞ'in bilincinde olarak sözleşmeyi akdettiği kabul olunabilir<sup>49</sup>. Zira dikkatini tamamıyla bir malın seçimi veya bir hizmetin sunumu üzerine yoğunlaştırmış olan müşterinin duvarlarda olası GİŞ ilanları arayarak bunları incelemesi kendisinden beklenemez<sup>50</sup>.

Sorumsuzluk anlaşmalarının ilan yoluyla yürürlük kazanması konusunda Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm de vardır. Otelci veya hancıların, BK m.478 uyarınca kendilerine yüklenen sorumluluğu belirli bir şarta bağlamalarına veya tamamen ortadan kaldırmalarına ilişkin ilanlar asmaları halinde bile sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir. Bu hükmün sözleşmenin içeriğine ilişkin bir sınırlama getirmediğini, sadece ilgili kaydın sözleşme içeriği olamayacağını düzenlediğini kabul etmek dogmatik açıdan daha doğru olacaktır<sup>51</sup>. Yasa koyucunun amacı burada bir zımni kabulün varlığından yola çıkılmasını engellemektir. Ni-

---

de durulmaktadır. Aynı hükmün daha sonra içerik denetimine takılmasına herhangi bir engel kuşkusuz yoktur.

<sup>47</sup> Sadece sözleşme kurulmadan önce işletmeci tarafından gazete veya dergilerde bir ilan verilmiş olması bu açıdan müşterilerin gereği gibi uyarılmış olması anlamına gelmez (Wessner, *Consommateur*, 57,62). Bu ilanı müşterinin görmüş olmasına rağmen farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Zira müşterinin işletmeye yönelteceği icabını bu GİŞ'i kapsayacak şekilde yaptığı kabul edilemez (Schuler, 93; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.458). Bu açıdan gazetelerde, mesleki dergilerde veya sokaklardaki ilan panolarında yer alacak ilanlar yoluyla GİŞ içindeki sorumsuzluk anlaşmalarına geçerlik kazandırılabilceğini ileri süren *Erten'e* katılmak mümkün değildir (Erten, 123-124).

<sup>48</sup> *Giger*, AGB, 61; sadece GİŞ kullanıldığının ilan edilmesini yeterli sayanlar: *Locher*, 46; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.42;

<sup>49</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 2 N. 19-20; *MünchKomm/Kötz*, § 2 AGBG, N.10; *Larenz/Wolf*, 555; *Akman*, 38

<sup>50</sup> *Giger*, AGB, 61; *Schuler*, 94; *Locher*, 46; *Schmidt-Salzer*, NJW, 24; *Akman*, 38. Avusturya hukuku için aynı yönde *Wurst*, 143,155

<sup>51</sup> Aynı yönde *Tandoğan*, "Otelcilerin Mes'uliyeti", AÜHFD C.12 (1955), 201, 226; Buna karşılık İsviçre-Türk hukukunda burada butlan yaptırımının uygulanmasını ileri sürerler de vardır (karş. *Buol*, N.445). Kanımca sorumsuzluk anlaşmasının kendisine değil, bunun sözleşme içeriği olması tarzına ilişkin bir düzenleme getiren bu hükmü bir butlan sebebi olarak değerlendirmek doğru değildir.

tekim doktrinde ağır basan görüş uyarınca bu tür sorumsuzluk kayıtlarının akdedilecek sözleşmede yazılı olarak yer alması halinde, müşterilerin bunları imzalaması ile bunların sözleşme içeriği olmaları engellenemez<sup>52</sup>. Kanun sadece *ilan* yoluyla sorumluluğun sınırlandırılmasına bir kayıt getirmek istemiştir. Aynı hüküm BK m.481'de düzenlenmiş olan ahır veya garaj olarak işletilen yerler açısından da uygulama alanı bulur; Bu hallerde de ilan yoluyla sorumluluğun sınırlandırılması mümkün değildir<sup>53</sup>.

b) Uyarının zamanı

aa) Genel olarak

Müşteriye yapılacak uyarı en geç sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşmelidir. Sözleşme görüşmeleri sırasında GİŞ'in icapla karşı tarafa teslim edilmesi ve daha sonra bu icabın kabul edilmesi halinde GİŞ'in de sözleşme içeriği olacağı konusunda herhangi bir tereddüt olmayacaktır. Buna karşılık sözleşme görüşmelerinin bitmiş ve sözleşmenin kurulmuş olmasından sonra GİŞ kullanıldığı şeklinde bir uyarı yapılması artık herhangi bir etki doğurmaz<sup>54</sup>. Örneğin fatura<sup>55</sup>, makbuz veya teslim varakalarında yer alan bu tür genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması imkanı yoktur<sup>56</sup>. Zira ticari hayatta bu belgelerin ispat

<sup>52</sup> Z.İmre, "Otel, Han, Umumi Ahır ve Garaj İşletenlerin Mesuliyeti", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, 189,207; Tandoğan, AÜHFD C.12 (1955), 201,225 (ancak yazar, bu kayıtların çok küçük punto ile yazılmış olması halinde bunların sözleşme içeriği olduğunu hakimin kolayca kabul etmemesi gerektiğini ifade etmektedir); Erten, 115-116 ve dn.145; aksi görüşte Buol, N.447-448; OR/Koller, Art.489 N.5

<sup>53</sup> İmre, dn.52'de anılan eser, 189,208. Bu maddenin bütün ilan yoluyla sorumluluk sınırlamaları açısından kıyasen uygulanmasını kabul etmek kanımca gereksizdir, zira GİŞ içinde yer alan sorumsuzluk anlaşmalarını içerik denetimine tâbi tutmak imkanı zaten sınırsız şekilde mevcuttur. Bkz. ileride § 11 II 1

<sup>54</sup> Ramstein, AGB, 4; Merz, SJ 1975, 193,199

<sup>55</sup> Fatura üzerindeki GİŞ'in o sözleşme için olmasa bile en azından ileride aynı taraflar arasında kurulacak yeni sözleşmelerde GİŞ'e atfı ihtiva ettiği özellikle Jaeggi tarafından savunulmaktadır (Zürcher Kommentar, Art.1 OR N.458). Oysa Schuler'in de haklı olarak ifade ettiği gibi, müşterinin faturaları okumak ve içeriği hakkında bilgi toplamak gibi bir yükümlülüğü yoktur, dolayısıyla bunu yapmaması onun aleyhine bir sonuç doğurmamalıdır (Schuler, 97; aynı yönde Forstmoser, FG Kummer, 99,116 dn.124; Schmidt-Salzer, BB 1967, 129,132). Türk hukukunda da faturanın sözleşmenin ifası aşaması ile ilgili olduğu dolayısıyla ancak sözleşmenin ifasıyla ilgili bir içeriğe sahip olabileceği kabul edilmektedir (Arkan, 140; Poroy/Yasaman, N.199). Alman hukukunda da tacirler açısından fatura ile GİŞ'in sözleşmeye dahil edilmesi kabul edilmemektedir (Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N.86)

<sup>56</sup> MünchKomm/Kötz; § 2 AGBG, N.7; Wolf/Horn/Lindacher, § 2 N.16 ve 36; Palandt/ Heirichs, §2 N.6; Locher, 44; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N.27; Bydlinski, FS Kastner, 45,51; Gauch/Schluiep/Schmid, N.1133; Bauer, 43; Bührer, 17; Kamm, 50; Oğuz, 65 ve 73. İsviçre alt derece mahkemelerinden birinde ele alınan olayda satım sözleşmesi tele-

amacına hizmet ettiği görüşü hakimdir; sonradan sözleşmeyi değiştirme veya tamamlama amacı olmadığı kabul edilir. Ancak bir gösteriye girişi veya bir taşıma aracından faydalanmak için alınan biletlerin üzerinde yer alan GİŞ'in sözleşme içeriği olup olmayacağı konusunda Alman doktrininde görüşler ayrılmaktadır. Aslında bu tür biletlerin genelde sözleşme kurulduktan sonra, yani tarafların iradeleri uyuştuktan sonra müşteriye teslim edilmesi ve müşterinin bu konuda bilgilendirme imkanının olmaması bu hallerin çoğunda sözleşmenin genel işlem şartları olmadan kurulmuş olmasını gerektirir. Burada hem uyarı yoktur hem de GİŞ'in içeriğini öğrenme imkanı verilmemiştir. Bu açıdan söz konusu şartları kural olarak sözleşmeye dahil etmemek daha doğru gözükmektedir<sup>57</sup>.

Sözleşmenin kurulmasından sonra işletmecinin GİŞ kullandığını bildirmesi ancak sözleşmenin değiştirilmesi yönünde yeni bir icap olarak kabul edilebilir ve sadece müşterinin buna yönelik **açık** kabulü GİŞ'i sözleşme içeriği yapar<sup>58</sup>. Örneğin müşterinin GİŞ'in varlığından habersiz bir şekilde bir malın alımı konusunda icapta bulunması ve işletmecinin de malı göndererek sözleşmeyi kurması, ancak, ekli olarak GİŞ metnini yollaması halinde bir kez sözleşme kurulduğu için artık GİŞ'in sözleşme içeriği olduğu kabul edilemez. Burada sözleşmenin değiştirilmesi teklifini kabul veya reddetmek müşteriye kalmıştır<sup>59</sup>.

Buna karşılık müşterinin yine GİŞ'in varlığından habersiz olarak yaptığı icaba işletmenin bir kabul beyanı yollaması ve buna GİŞ metnini de eklemesi, ancak malı teslim etmemesi halinde artık icabın kabulü değil; ret edilerek yeni bir icabın yapılmış olduğu kabul edilecektir<sup>60</sup>. Bu

---

fonda akdedilmiş, ancak ertesi gün müşteriye yollanan sözleşmeye ekli olarak GİŞ metni yollanmıştır. Mahkeme bu durumda GİŞ'in sözleşme içeriği olmadığına hükmetmiştir (SJZ 40, 146).

Genel işlem şartlarında, müşterinin GİŞ kullanımı konusunda zamanında ve gereği gibi uyarılmış olduğunu ifade eden bir maddenin yer alması, uyarı görevinin yerine getirildiği anlamına gelmez (Schuler, 21). Nitekim bu şekilde ispat külfetine yer değiştiren şartlar Alman GİŞ yasası § 11 N.15 uyarınca da geçersiz sayılırlar (Wolf/Horn/Lindacher, § 2 N.7; Hensen, ZIP 1984, 145,147; AGBG öncesi dönem için aynı yönde Schmidt-Salzer, NJW, 93)

<sup>57</sup> bu yönde Wolf/Horn/Lindacher, § 2 N. 16; Palandt/Heinrichs, § 2 N.6; Raiser, AGB, 173 ve 189; Schuler, 97; Schmidt-Salzer, NJW, 50; aksi görüşü savunanlar için bkz. Münch-Komm/Kötz; § 2 AGBG, N.7; Locher, 44; Sorumsuzluk şartları açısından Erten, 98. Bu hallerin birçoğunda ilan yoluyla uyarının şartları gerçekleşmiş olacağından bu ilanı dahi yapmayan işletmeyi korumak için bir sebep yoktur. Örneğin Berlin Eyalet Mahkemesi bir uçak bileti alırken sözleşme koşullarının bilet arkasında yer alması ve biletin sözleşme kurulduktan sonra teslim edilmesi halinde sözleşmenin bu şartlar altında kurulduğunun kabul edilemeyeceği görüşünü savunmuştur (LG Berlin NJW 1982, 343).

<sup>58</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N.57; Giger, AGB, 58; Bühner, 39; Stauder, Reiseveranstalter, 139,150; Avusturya hukuku için aynı yönde Wurst, 143,153. Bkz. aşağıda § 8 III 2.

<sup>59</sup> Schmidt-Salzer, BB 1971, 591, 595

<sup>60</sup> Bu husus İsviçre-Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte BGB §



durumda uyarının zamanında yapıldığı kabul edilecek ve müşterinin beyanına göre sözleşmenin hangi içerikle kurulduğu belirlenecektir.

bb) Teyit mektubunda genel işlem şartlarına atıf yapılması

Genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması için, müşterinin, sözleşmenin kurulmasından önce uyarılması gerektiği kabul edildikten sonra teyit mektuplarının rolü üzerinde özellikle durmak gerekir. İki taraf arasında, genelde sözlü olarak **kurulmuş** ve içeriği belirlenmiş olan bir sözleşmenin bu içeriğini, ileride doğacak, olası tartışmaları engellemek amacıyla, taraflardan birinin kağıda dökmesi ve bu belgeyi karşı tarafa yollaması halinde bir teyit mektubundan bahsedilir<sup>61</sup>. Bu durumda karşı tarafın belge içeriğini açıkça onaylaması veya susması halinde sözleşme içeriğine ilişkin bir ispat aracı elde edilmiş olur<sup>62</sup>. Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Türk hukukunda TTK m.23/III teyit mektubunu açıkça düzenlemiştir<sup>63</sup>. Bu hüküm uyarınca teyit mektubunun içeriğine 8 gün içinde itiraz edilmemesi halinde bu içeriğin, yapılan sözleşmeye ve görüşmelere uygun olduğu kabul edilmiş sayılır; sözleşme o şartlar altında kurulmuş olur.

Kural olarak teyit mektubunda tarafların daha önce aralarındaki görüşmelerde vardıkları sonuçlardan farklı bir sonuç yer almayacaktır. Bu açıdan sözleşme, sözlü görüşmelerin sonucunda kurulmuş olur ve daha sonra kaleme alınan teyit mektubu, adı üstünde yalnızca bu durumu teyit etmekle sınırlı bir işleve sahip olur. Ancak bunun aksi de söz konusu olabilir. Teyit mektubunda daha önce görüşülenlerden açıkça farklı bir içeriğin yer alması, ya da tarafların zaten hiç üzerinde durmadıkları, yan noktalara ilişkin hükümlerin mevcut olması mümkündür. İşte bu gibi durumlarda muhatabın açıkça ret veya kabul beyanını dile getirmeyip susması halinde sözleşmenin teyit mektubunda ifade edilen yeni içerikle mi kurulduğu sorusu ortaya çıkar. Gerek TTK m.23/III'ün açık ifadesi, gerekse Alman ve İsviçre hukuklarındaki çoğunluk görüşü bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Böyle bir durumda teyit mektubunun kurucu (konstitutiv) bir etkisi vardır<sup>64</sup>. Yani sözleşme içeriği bu mek-

150/II'de ifade edilen bu kural İsviçre-Türk hukukunda da genel kabul görmektedir: *Kramer*, SJZ 1985,17,18; *Ramstein*, AGB, 5; *Bührer*, 38; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 20 N.2; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 94; *Oktay*, 61

<sup>61</sup> *Merz*, Vertragsschluss, N.227; *Bucher*, OR, 142; *Larenz/Wolf*, 600; *Mathys*, 13vd.; *Ertten*, 102

<sup>62</sup> *A.Koller*, N.1668; *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.81

<sup>63</sup> Ancak gerek Almanya'da gerekse İsviçre'de teyit mektubu yaygın kabul görmektedir, *K.Schmidt*, 571; *Larenz/Wolf*, 599vd.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 206; *Mathys*, 2vd.; *Bucher*, OR, 141vd.

<sup>64</sup> *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.89; *Guhl/Merz/Kummer*, §13 III, 98; *Bucher*,

tufta belirlenendir. GİŞ açısından sorunu ifade edersek; sözlü görüşmelerde hiç GİŞ kullanımından bahsetmeyen işletmenin daha sonra teyit mektubu kapsamında ilk defa GİŞ metnini yollaması halinde, bu kurucu etki nedeniyle bunların da sözleşme içeriği haline gelmiş olduğu kabul edilmek gerekecektir.

Bu noktada kurucu etkinin *ne ölçüde* kabul edilebileceği incelenmelidir. Teyit mektubunun pratik sonuçları aslen ispat hukuku alanındadır. Bir teyit mektubu olmaksızın sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak çıkacak tartışmalarda, taraflardan her birinin, sözleşme içeriği olduğunu ileri sürdüğü hususları ispatlaması gerekir. Buna karşılık teyit mektubuna dayanan taraf kendisi açısından ispat külfetini yerine getirmiş olmanın yanı sıra, karşı tarafın aksini ispatlayabileceği hususları da önemli surette kısıtlamaktadır<sup>65</sup>. Zira karşı taraf susarak bu mektubun içeriğini onaylamış sayılacağından sözleşmenin aslında başka bir içerikle meydana gelmiş olduğunu ispatlama imkanını yitirmiş olur<sup>66</sup>. O, kural olarak, sadece susmasının onay olarak yorumlanamayacağını ispatlayabilir<sup>67</sup>. Doktrinde kabul edildiği üzere bunun için elinde iki gerekçe vardır. Birincisi karşı tarafın *kötü niyetli* olarak, görüşmeler sonucu kurulan sözleşmenin içeriğinden saptığı ve dolayısıyla kendi susmasını güven kuramı uyarınca kabul olarak anlamakta haklı olamayacağı; ikinci-

---

OR, 142; *Gauch/Schluap/Schmid*, N.1163; *Merz*, Vertragsschluss, N.240; *Oğuz*, 71; *MünchKomm/Kramer*, §151 N.18-20; *Medicus*, AT, § 29 N.440; *K.Schmidt*, 596. Kurucu etkinin *nasıl gerekçelendirilebileceği* sorusuna farklı yanıtlar verilmektedir. Bu yanıtların en önemlileri iki başlık altında toplanabilir. Hukuki işlem kuramına dayanan çözümler ve güven sorumluluğuna dayanan çözümler: Özellikle İsviçre hukukunda muhatabın susmasını bir irade beyanı olarak nitelendirmek ve bu şekilde teyit mektubuna uyuşan irade beyanıyla nedeniyle geçerlilik tanımak görüşü sık ileri sürülmektedir. Bu görüş ya **doğrudan** BK m.6'ya dayanılarak gerekçelendirilmekte (*Kramer*, recht 1990, 99,104; *Mathys*, 73), ya da BK m.6 **kıyasen** uygulanmaktadır (BGE 100 II 18,22; *Merz*, Vertragsschluss, N.242e; *A.Koller*, N.1683). Buna karşılık Alman hukukunda ağır basan hukuki açıklama güven sorumluluğuna dayanır (bu yönde *Canaris*, Vertrauenshaftung, 208; *Diederichsen*, JuS 1966, 129,133; İsviçre hukuku için bu görüşte *Gauch*, SZW 1991, 177,179. Alman hukukunda ileri sürülen diğer görüşler için bkz. *MünchKomm/Kramer*, § 151 N.12vd). Daha önce sözleşme görüşmelerinde bulunduğu kişinin bu görüşmelere istinaden yolladığı bir teyit mektubuna cevap vermeyerek yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına ilgili kişinin katlanması gerekir. İki görüş arasında pratik sonuçları açısından büyük bir farklılık yoktur. Özellikle teyit mektubunun geçerliliği konusunda taraflar arasında bir irade uyuşmasının varlığı kabul edilirse susan kişinin hata nedeniyle iptal hakkının doğacağı; oysa tacirler arasındaki ilişkilerde sürat ve güven ihtiyacı ile bu çözümü bağdaştırmanın mümkün olmadığı eleştirisi (bkz. *Gauch*, SZW 1991, 177,185) susmanın bir irade beyanı olarak kabul edilmesini savunanların bile teyit mektubu üzerine susulması halinde hata hükümlerine dayanılmayacağı görüşünde olmaları nedeniyle konusuz kalmaktadır (bkz. *Kocayusufoğlu*, Borçlar Hukuku, § 14 N. 11; *Mathys*, 96vd.).

<sup>65</sup> *Bucher*, OR, 142; *K.Schmidt*, 596-598

<sup>66</sup> *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591, 592

<sup>67</sup> Kuşkusuz, ilgili teyit mektubuna itiraz ettiğini ve bunun zamanında gerçekleştiğini ispatlaması her zaman mümkündür (*Mathys*, 15).



si ise kötü niyetli olmaksızın teyit mektubunun içeriğinin sözleşme görüşmelerinden aşırı sapması sonucu yine mektubu kaleme alanın güveninin korunmasının mümkün olmamasıdır<sup>68</sup>. Muhatabın bu hususlardan birini ispatlaması halinde artık teyit mektubu geçerliğini yitirecek ve iki taraf da sözleşme içeriği olduğunu iddia ettikleri hususları ispat külfeti altında olacaktır. Buna karşılık teyit mektubu yollayan kişi sadece sözleşme görüşmeleri sırasında ele alınan hususları kaleme aldığı inancı içindeyse ve bu yüzden karşı tarafın susmasını dürüstlük kuralı uyarınca kabul olarak nitelendirmeye yetkiliyse, teyit mektubunun içeriği sözleşme görüşmelerinden önemli ölçüde sapmadığı sürece, sözleşme içeriği teyit mektubuna göre belirlenir<sup>69</sup>.

Teyit mektubunda GİŞ metninin yer alması halinde de kurucu etkinin kabulü konusunda bir sınır çizilmesi gerektiği aşikârdır. Sadece GİŞ kullanan lehine tek taraflı olarak sözleşmenin tamamlanması mümkün olmamalıdır. Beyan muhatabının menfaatlerini önemli ölçüde zedeleyecek kadar taraflı hükümlerin teyit mektubunda yer alması halinde güven kuramı uyarınca belirlenecek sınır aşılmıştır<sup>70</sup>. Daha önce kararlaştırıl-

<sup>68</sup> *Schlegelberger/Hefermehl*, Handlungsgesetzbuch, 5. Aufl., München 1976, § 346 N.125-128; *K.Schmidt*, 588-592; *MünchKomm/Kramer*, § 151 N.35-41; *Diederichsen*, JuS 1966, 129, 131 ve 138; *Raiser*, AGB, 194; *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.94vd.; *Bauer*, 44; *Gauch*, SZW 1991, 177,181-182; *A.Koller*, N.1685; *Hug*, Abhandlungen, 383,393; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,103; *Akman*, 37. Ancak BGE 114 II 250, 252'de Federal Mahkeme teyit mektubunun, sözleşme görüşmelerinden, güven kuramı uyarınca kabul edilemez bir düzeyde sapıp sapmadığını tayin ederken objektif bir ölçütün esas alınacağını belirtmiş, dolayısıyla gönderenin subjektif kanaatinin, yani kötü niyetinin de bu noktada önem taşımadığını saptamıştır. *Kramer* de Federal Mahkemenin bu görüşüne katılarak önemli olanın sadece teyit mektubunun ne ölçüde daha önce kararlaştırılanlardan saptığının tespit edilmesi olduğunu savunmaktadır (*Kramer*, recht 1990, 99,104). Ancak kötü niyet hallerinin birçoğunda zaten içeriğin de ilk görüşmelerden objektif olarak sapması söz konusu olacağı için aslında iki halin de birbirinin içine geçtiğini söylemek mümkündür (*Schmidt*, K., 590; *Bührer*, 31)

<sup>69</sup> *Larenz/Wolf*, 600; *Bauer*, 44; *Bührer*, 30; *Gauch*, SZW, 177, 182; BGE 71 II 223,224. Ancak muhataba böylesi zor bir ispat külfeti yüklemek, teyit mektubunun yasada düzenlenmediği İsviçre ve Alman hukukunda sık sık tartışma konusu yapılmıştır (*Schuler*, 101; *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.97). Teyit mektubundaki bu sapmanın genelde mektubu kaleme alanın ihmali ve hatta kastı yüzünden meydana geldiği düşünülürse bu durumun güven kuramı uyarınca korunmasını kabul etmenin doğru bir çözüm olmadığı gerekçesiyle, muhatabın sadece teyit mektubunun içeriğinin sözleşme görüşmelerinden, aşırı olmasa bile, saptığını ispatlaması yeterli sayılmakta; hatta bazı yazarlarca *mektubu kaleme alanın* kendisinin karşı tarafın susmasının kabul olarak nitelendirilmesi gerektiğini ispatlamak zorunda olduğu ileri sürülmektedir (karş. *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.101; *Schuler*, 103; *Kramer*, recht 1990, 99,104; *Bydlinski*, Privatautonomie, 198vd.; *MünchKomm/Kramer*, §151 N.18 ve 44)

<sup>70</sup> *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.109-110; *Gauch*, SZW 1991, 177, 181-182; *Kramer*, recht 1990, 99, 105; *Bührer*, 34 (Yazara göre yedek hukuk kuralları bu konuda kıstas olarak alınmalıdır; bunlardan önemli surette sapılması halinde karşı tarafın bu sapmayı kabul ettiği farz olunamayacaktır); *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.89. Teyit mektubunda yer alan GİŞ'in her halde sözleşme içeriği olacağı yönünde *Oğuz*, 72.

miş sözleşme içeriğine yapılacak eklemeler muhatabın menfaatlerini hissedilir şekilde haleldar ediyorsa, artık bu değişikliklerin kabul edildiğine ilişkin güven korunamaz. Karşı tarafın menfaatleri, teyit mektubu karşısında susmasını örtülü kabul olarak nitelendirmeyi imkansız kılıyorsa sözleşmede herhangi bir değişiklik yapılmadığı kabul edilecektir<sup>71</sup>.

Teyit mektubunun bu kurucu etkisinin *kimler arasında* geçerli olacağı sorusuna cevap arandığında, Alman ve İsviçre hukuklarında hakim görüşün, sadece tacirler veya onlar gibi ticari hayatta faaliyet gösterenler arasında bu kurala uygulama alanı tanımak yönünde olduğu görülür<sup>72</sup>. Türk hukukunda bu konuda bir tartışma<sup>73</sup> yaşanmakla birlikte kanımca aynı sonucun kabul edilmesi doğru olacaktır. Zira ticari hayatta gelişmiş ve onun ihtiyaçlarına cevap veren bir kuralı tüketiciler açısından da uygulamak için bir sebep bulmak güçtür. Kaldı ki tüketicinin yollayacağı bu tür bir teyit mektubuna aynı etki tanınmayarak silahlar arasındaki eşitliğin önemli surette bozulması kaçınılmaz bir sonuçtur<sup>74</sup>. Bu açıdan teyit mektubuna ilişkin TTK m. 23/III kuralının, sadece tacirler arasında, sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesine imkan tanıyacağı; bunun da, diğer âkidin haklarını tamamen göz ardı edecek şekilde gerçekleştirilemeyeceği kabul edilmelidir.

### cc) Çerçeve sözleşmelerde genel işlem şartlarına atıf yapılması

Sürekli bir borç ilişkisi kuran sözleşmelerde, özellikle banka ve sigorta sözleşmelerinde, tarafların, başlangıçta yapacakları bir çerçeve

<sup>71</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie, 207; aynı görüşte *MünchKomm/Kramer*, §151 N.18vd.; *Schuler*, 105-106

<sup>72</sup> *MünchKomm/Kramer*, §151 N.18 vd.; *Medicus*, AT, §29 N.441; *Larenz/Wolf*, 601; *Diederichsen*, JuS 1966, 129,138; *K.Schmidt*, 576; *Canaris*, Handelsrecht, 22. Aufl., München 1995, 350; *Schlegelberger/Hefermehl*, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., München 1976, § 346 N.136; *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.6 OR N.113; *Gauch*, SZW 1991, 177, 179; *Kramer*, recht 1990, 99, 106; *Bührer*, 64; *Mathys*, 21; BGE 114 II 250,251. Tacir sıfatını taşımayanlar, ancak, yoğun bir şekilde ticari hayatta faaliyet göstermeleri ve bu nedenle ticari teamülleri bildikleri kabul edilmesi halinde teyit mektubuna ilişkin kurala tâbi tutulabilirler.

<sup>73</sup> Bu fıkranın sadece tacirler arasında uygulanacağı yönünde *Somuncuoğlu*, Batider 1975, 31,34; *Arkan*, 143; *Karayalçın*, Yaşar, Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, 224-225; *Oğuzman/Öz*, 67; *Erten*, 102; Buna karşılık tacir olmayanlara karşı da uygulanabileceği görüşünde *Arslanlı*, 45; *İmregün*, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 11. bası, İstanbul 1996, 40; *Poroy/Yasaman*, N.198

<sup>74</sup> *Mathys*, İsviçre hukuku için sadece teyit mektubu muhatabının tacir olmasının yeterli olduğunu, mektubu gönderenin ise tacir olmasına gerek olmadığını savunmaktadır (*Mathys*, 22). Ancak Türk hukuku açısından TTK m.23'ün düzenlendiği yer dikkate alındığında (C.Tacir olmanın hükümleri) bu tür bir görüş ileri sürmek mümkün gözükmemektedir (aynı yönde *Poroy/Yasaman*, N.197).

sözleşme ile gelecekte aralarında gerçekleşecek hukuki işlemlerde GİŞ kullanımını kararlaştırmaları mümkündür<sup>75</sup>. Bu hallerde ileride tekrar tekrar GİŞ'i sözleşme içeriği yapma yönündeki iradenin yöneltilmesi gerekmez. Alman GİŞ yasası § 2/II'de kabul edilen bu imkan, günlük hayatta akdedilen kitlesel işlemlerden olmayan ve genelde değeri yüksek olan işlemlerde ilan yoluyla uyarının mümkün olmaması nedeniyle buna paralel bir kolaylık getirmektedir. GİŞ yoluyla somutlaşan çerçeve sözleşme, taraflar arasında yapılabilecek bilumum işleme uygulanacak kuraları saptar. Taraflar ilgili münferit işlemleri yapmakta serbesttir, ancak yapmaları halinde, bu işlem, çerçeve sözleşmede belirlenen koşullara göre şekillenir<sup>76</sup>.

Fakat tarafların bu konuda açık bir düzenleme yapmış olmaları gerekir. Sadece taraflar arasında uzun yıllardan beri her işlemde GİŞ kullanılıyor olması böyle bir çerçeve sözleşmenin varlığını kabul için yeterli sayılamaz<sup>77</sup>. Aynı şekilde işletmenin müşterisine verdiği GİŞ metni içinde ileride aralarında kurulacak her işleme de bu genel işlem şartlarının uygulanacağını yazılmış olması böyle bir çerçeve sözleşmenin global kabul yoluyla meydana geldiği anlamına gelemmez. Bu tür hükümlerin aşağıda ele alınacak olan "beklenmeyen hükümler" arasında değerlendirilmesi gerekir<sup>78</sup>. Örneğin bir satım sözleşmesinde yer alan ve gelecekte yapılacak benzer satım sözleşmelerine de aynı kulların uygulanacağına ilişkin bir hüküm bu şekilde nitelendirilir. Buna karşılık "genel kredi sözleşmesi" veya "bireysel bankacılık hizmetleri sözleşmesi" gibi sürekli bir borç ilişkisi doğuran çerçeve sözleşmeler, içinde yazılı olan türden işlemlere uygulama alanı bulurlar.

Her halde çerçeve sözleşmelerin yürürlük kazanması için GİŞ'in ileride, ne tür hukuki işlemlere uygulanacağını somutlaştırılmış olması gerekir. Dolayısıyla ileride taraflar arasında kurulacak "bütün" sözleşme-

<sup>75</sup> *Giger*, AGB 60; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.189; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.1133; *A.Koller*, N.1556; *Schuler*, 98; *Hardegger*, 31; *Forstmoser*, FG Kummer, 99,117; *Oğuz*, 46. Çerçeve sözleşme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. v.der *Crone*, Hans Caspar, *Rahmenverträge*, Zürich 1993; ayrıca *Kocayusufoşaoğlu*, *Borçlar Hukuku*, § 11 N.29-30

<sup>76</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.74; bkz. *Kocayusufoşaoğlu*, *Borçlar Hukuku*, § 11 N.29

<sup>77</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 2 N.52. Buna karşılık iki tacir arasında sürekli bir iş ilişkisi çerçevesinde her işlem için hep aynı genel işlem şartları metninin kullanılmış olması ve bu işlemlerin birbirine yakın tarihlerde gerçekleşmiş olması halinde, bir kez irade uyumu sonucu sözleşme içeriği olmuş olan bu GİŞ'in artık aynı işlemlerde zımnen yine sözleşme içeriği olacağı haklı olarak kabul edilmektedir (*Bührer*, 167; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.86). Bu yönde bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 77 II 154, 157

<sup>78</sup> aynı yönde *Locher*, 50; *Schroeder*, 100; bkz. aşağıda § 8 V. Aksi fikirde *Maurenbrecher*, ZSR 1990,173,193

lere uygulanacağıının belirtilmesi mümkün değildir<sup>79</sup>. Yine uygulanacak genel işlem şartlarının da somutlaştırılmış olması gerekir. Örneğin sadece “o gün yürürlükte olan şekliyle” GİŞ’in sözleşme içeriği olacağı kararlaştırılamaz. İleride yapılacak her GİŞ değişikliğinin doğrudan çerçeve sözleşmeyi etkilemesi kabul edilmemelidir<sup>80</sup>. GİŞ değişikliği, ancak, müşteriye, sözleşmenin değiştirilmesi yönünde bir icapla bunların sunulması ve müşterinin de bu değişikliği açıkça kabul etmesi halinde eski GİŞ’in yerini alabilir. BK m.6’nın uygulanması ise değişikliklerin tamamen müşteri lehine gerçekleşmiş olması halinde veya en azından müşteriye herhangi bir ek yükümlülük getirmemesi ve sadece bazı idari hususları düzenlemesi halinde mümkün olmalıdır<sup>81</sup>.

## 2. Müşteri Açısından Rahatça Anlaşılabilir Genel İşlem Şartları Kullanılmak

GİŞ metinlerinde sık karşılaşılan sorunlardan biri, bunların çok ufak bir puntuyla ve çok sık aralıklarla, bazen de silik olarak basılması ve dolayısıyla okunmasının büyük güçlük çıkarmasıdır. Oysa müşterinin kendisine sunulan metni bir irade beyanı olarak değerlendirebilmesi için en azından o çevrelerde geçerli anlayışa göre anlaşılır olması gerekir. Nasıl çok sessiz yapılan ve duyulması mümkün olmayan bir beyan geçerli sayılmayacaksa aynı şekilde okunmayacak bir yazı ile kaleme alınan GİŞ de beyanın bir parçası olarak nitelendirilememelidir<sup>82</sup>.

GİŞ’in sözleşme içeriği olabilmesi için bunların müşterinin okuyup algılayabileceği şekilde kaleme alınmış olması gerekir<sup>83</sup>. Nitekim TTK m.1266, sigorta genel şartlarının sözleşmeye dahil olabilmesi için okunaklı olmaları gereğini açıkça ifade etmiştir<sup>84</sup>. Okunaklı olmadan kaste-

<sup>79</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.75-76

<sup>80</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.77; *MünchKomm/Kötz*, § 2 AGBG N.19; *Hardegger*, 60. Bkz. Y11HD 15.4.1996, 2269/2960: “Genel şartlar tarafların hak ve yükümlülüğünü düzenleyen bir belge olmakla sözleşmenin düzenlendiği tarihte geçerli olan ve poliçeye eklenen bu şartlar o sözleşme dönemince geçerli olup ve hükümleri tarafları bağlar. Meğer ki yine tarafların karşılıklı iradeleriyle düzenlenecek bir zeyilname ile sözleşme dönemi içerisinde yürürlüğe giren genel şartların uygulanacağı kararlaştırılmış olsun. Şayet böyle bir değişiklik yapılmamışsa yukarıda da değinildiği gibi sözleşmenin kuruluşu sırasında yürürlükte olan genel şartlar, sözleşme döneminin sonuna kadar taraflar arasında geçerli olacak ve uyuşmazlıklar bu hükümlere göre çözümlenmesi gerekecektir.” (*Ulaş, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku*, 2.bası, Ankara 1998, 48).

<sup>81</sup> GİŞ’in içeriğine ilişkin bir ayırım yapmadan BK m.6’nın uygulanacağı yönünde *Hardegger*, 61

<sup>82</sup> *Götz*, 122; *Kötz*, 213

<sup>83</sup> *Favre-Bulle*, *L’abus de droit*, 139,142; *Stauder*, *Les clauses limitatives*, 95,104; *Kamm*, 57; *Schwenzer*, N.45.03; *Erten*, 99-100; *Soyer*, 80; OLG Schleswig, NJW 1995, 2858,2859

<sup>84</sup> İsviçre hukuku açısından *Kramer*, bu tür okunaksız metinlerin müşteri tarafından ka-

dilen büyük güçlüklerle karşılaşmadan, gözü çok zorlamadan müşteri tarafından okunabilmeleridir<sup>85</sup>. Baskı şekline ilişkin bu şartın yerine getirilmemiş olması halinde, sözleşmede, sigorta ettiren aleyhine var olan hükümler uygulama alanı bulmaz; onların yerini yasa hükümleri alır. Ancak bu hükmün sigortacılık alanı dışında da kıyasen<sup>86</sup> uygulanmasında herhangi bir engel olamaz.

Aynı şekilde genel işlem şartlarında kullanılan dilin de kural olarak daha önce sözleşme görüşmelerinde kullanılan dil olması gerekir. Eğer sözleşme görüşmeleri hep bir yabancı dilde yürütülmüşse GİŞ'in de bu yabancı dilde kaleme alınması normaldir. Buna karşılık görüşmeler Türkçe olarak yürütülmüş ve fakat GİŞ İngilizce olarak kaleme alınmışsa bunların sözleşme içeriği olduğundan bahsedilemez<sup>87</sup>. Nitekim Berlin Eyalet Mahkemesinin bir kararında bir uçak şirketinin genel işlem şartlarının İngilizce kaleme alınmış olması bunların sözleşme içeriği olmasına engel kabul edilmiştir<sup>88</sup>. Kuşkusuz, tacirler arasında akdedilen sözleşmeler için burada farklı bir çözüm kabul edilmek gerekecektir. Zira özellikle uluslararası ticarete bazı kuruluşlar tarafından kaleme alınmış yabancı dilde sözleşme koşullarının kullanılması son derece yaygındır ve tacirlerin bunları anlaması da kendilerinden beklenir<sup>89</sup>.

---

bul edildiğini varsaymakta işletmecinin korumaya layık bir güveni olmadığını savunmaktadır (*Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.190; aynı yönde *Bydlinski*, Privat-autonomie, 210).

<sup>85</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.207; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.54. Alman Federal Mahkemesi iki tarafın da tacir olduğu bir sözleşmede konşimentonun arka yüzünde yer alan genel işlem şartlarının, ancak "büyüteç kullanılarak ve bu halde bile büyük zorluklarla okunabildiğini" tespit etmiş ve bu nedenle GİŞ içinde yer alan hakem kaydını geçersiz saymıştır. Mahkeme kararını BGB § 242'ye (MK m.2) dayandırmıştır, zira tacirler arasında AGBG § 2'nin uygulanması mümkün değildir. *Hensen* bu kararı eleştirmiş ve gerekçe olarak konşimentoların birden fazla nüsha olarak hazırlanması ve bunların tedavüle çıkarılması nedeniyle GİŞ'in ekli bir metin olarak sunulması imkanının olmadığını, tek çarenin bu şartları konşimento arkasına sıkıştırmak olduğunu ileri sürmüştür (*Hensen*, ZIP 1984, 145)

<sup>86</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.8; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.159; *Tekinalp*, Hirsch Armağanı, 119,127; *Oktay*, 61. Kıyas kavramı hakkında bilgi için bkz. *Serozan*, Giriş, § 5 N.11vd.; *Edis*, 143vd.

<sup>87</sup> *Schmidt-Salzer*, BB 1967, 129,132; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.51; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.11; *Oğuz*, 60

<sup>88</sup> LG Berlin NJW 1982, 343. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi, taraflar arasındaki görüşmelerin Almanca ve Fransızca yürütülmüş olmasına rağmen GİŞ'in İngilizce olarak ve hayli anlaşılmasız şekilde kaleme alınmış olmasını, bunlar içinde yer alan yetkili mahkeme klozunun sözleşme içeriği olmamasına gerekçe olarak ileri sürmüştür (BGE 91 I 11,16).

<sup>89</sup> Ancak bu noktada 22 Nisan 1926 tarihli ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanunun dikkate alınması gerekebilir. Bu kanun uyarınca "Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar" (m.1) "Bu kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkamı-

Müşterinin dil itibariyle anlayamayacağı hükümler kadar objektif olarak hiçbir mantıklı anlam verilemeyen hükümler de sözleşme içeriği olmaz<sup>90</sup>. İşletmenin bu konuda korunacak haklı bir güveninin varlığından bahsedilemez. Ancak bunun ötesinde, tek tek her bir genel işlem şartının müşterinin hemen anlayabileceği şekilde kaleme alınmış olması, bunların sözleşme içeriği olabilmesi için aranmamalıdır. Alman hukukunda saydamlık gereği (*Transparenzgebot*) olarak adlandırılan ve AB-yönergesinde de özellikle vurgulanarak (m.4-5) GİŞ denetiminin temel unsurlarından biri haline gelen GİŞ'in açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmış olması gereği kanımca içerik denetiminin bir parçası olarak ele alınmalıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi tüketicinin sözleşmenin kurulması aşamasında GİŞ'i okumaması kural olduğu gibi kendisi için ekonomik açıdan da en salık verilebilecek olan davranıştır. Dolayısıyla içerik denetimi aşamasında bu hükümlerin teslimi dışında bir de anlaşılabilir olması gereğini aramak suni bir çözüm olacaktır, zira müşteri zaten onları o aşamada anlamaya çalışmayacaktır<sup>91</sup>. Ancak daha sonra, bir ihtilaf anında, GİŞ'in anlaşılabilirliği önem taşır ve örneğin müşterinin haklarını savunmasını güçleştirecek şekilde anlaşılabilir olmayan hükümler onu aynı zamanda mağdur edeceği için içerik denetimine takılabilir<sup>92</sup>.

### III. Müşterinin Genel İşlem Şartları Kullanımı Konusunda İradesini Açıklaması

#### 1. Açık Kabul

Müşterinin genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olmasını sözlü veya yazılı olarak onaylaması halinde açık kabul söz konusu olacaktır. Gerek GİŞ'i ihtiva eden matbu sözleşmeyi imzalaması, gerekse kendisine teslim edilen GİŞ'in sözleşmeye dahil olmasını açıkça kabul etmesi halinde müşteri, bunların kendisi aleyhine uygulanmasını onaylamış sayılır<sup>93</sup>.

#### 2. Örtülü (Zımni) Kabul

GİŞ kullanımı konusunda müşterisini gereği gibi uyaran işletmecinin icabının müşteri tarafından örtülü olarak kabul edilmesi de mümkündür. Alman hukukunda, GİŞ yasasının hazırlanması aşamasında

---

na muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaiik, şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz" (m.4). Bu konuda bkz. Y11HD 30.11.1979, 3309/5469, YKD 1980, 388.

<sup>90</sup> Anlaşılabilir hükümlerin sözleşme içeriği olmayacağı konusunda bkz. *Honsell*, JA 1985, 260, 263; *M.Keller*, SJZ 1961, 313, 321; aynı yönde *Brandner*, FS Locher, 317,324. Bkz. ileride § 9 II 2

<sup>91</sup> *I.Koller*, FS Steindorff, 667,680vd.;

<sup>92</sup> Bkz. ileride § 10 III 2 b

<sup>93</sup> *Sticher*, 31



müşterinin kabulünü özel bir şekle bağlamak ve dolayısıyla örtülü kabul olanağını bertaraf etmek uygun bulunmamış, bunun aşırıya kaçan bir şekilcilik olacağı düşünülmüştür<sup>94</sup>. İsviçre-Türk hukuku açısından örtülü kabulün mümkün olması BK m.1/II'nin bir gereğidir<sup>95</sup>. Ancak işletmecinin örtülü kabulün varlığını varsaymakta korunan bir güveninin olması için kendisine düşen yükümleri gereği gibi yerine getirmiş olması; yani müşterisini GİŞ kullanımı konusunda zamanında uyarması ve ona GİŞ içeriğini öğrenme imkanı vermiş olması gerekir<sup>96</sup>.

Örtülü kabul iki şekilde ortaya çıkabilir. Ya *aktif* bir davranış ile, örneğin kira süresinin sonunda kiralanan malın kullanılmaya devam edilmesi<sup>97</sup> veya bir sözleşmenin kurulması için yöneltilen icaba, kabul beyanında bulunmadan, doğrudan kendi edimini ifa ederek yanıt verilmesi hallerinde sözleşme zımnen kurulur; ya da istisnai olarak *pasif* kalınarak, yani susarak sözleşmenin kurulması söz konusu olur<sup>98</sup>.

Susma kural olarak bir irade beyanı teşkil etmez. Ancak susan kişinin konuşma yönünde bir hukuki yükümlülüğünün varlığı kabul edilebiliyorsa o zaman susma bir irade beyanı olarak yorumlanabilir. Bu yükümlülük yasadan veya güven kuramından doğabilir<sup>99</sup>. Örneğin müşterisinin icabına, GİŞ'e atıfta bulunarak bir kabul beyanı yönelten işletmeci, ret ile beraber yeni bir icap sunmaktadır<sup>100</sup>. Bu hallerde artık müşterinin susması ve edimlerin ifa edilmesi GİŞ ihtiva edecek şekilde yapılan yeni icabın kabul edildiği anlamına gelir. Güven kuramı uyarınca işletmenin bunu varsaymakta haklı olduğu kabul edilir<sup>101</sup>. Aynı şekilde müşterilerini, sözleşmelerin akdedildiği mekanda, görünür bir yerde yaptığı ilan yoluyla GİŞ kullanımı konusunda uyarın, sözleşme görüşmeleri başında GİŞ metnini teslim edip bunlara yollama yapan ancak sözleşmenin akdi anında tekrar bunlara değinmeyen işletmecinin, müşterilerinin ge-

<sup>94</sup> Schroeder, 13

<sup>95</sup> Nordmann, 57

<sup>96</sup> Bauer, 41

<sup>97</sup> Sipariş edilmeden gönderilen bir malın kullanılmasının, icabı kabul anlamına gelmeyeceği 1990 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenen Art.6a'da öngörülmüştür. Malı teslim alanın ne geri gönderme ne de muhafaza etme gibi bir yükümü olmadığı gibi, malı kullanması karşılığı sebepsiz zenginleşme talebine dahi muhatap olmayacaktır (bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N.426vd; Özel, 64vd.).

<sup>98</sup> Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N.9; Örtülü irade beyanı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kocayusuflupashaoglu, Borçlar Hukuku, § 14 N.3vd.

<sup>99</sup> Schuler, 85; Akyol, 32; Oğuz, 49

<sup>100</sup> Bkz. yukarıda dn.60

<sup>101</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 2 N.43; Berner Kommentar/Schmidlin, Art.6 OR N.52; Bydlinski, Privatautonomie, 210-211 (yazar haklı olarak müşterinin sadece susmasının sözleşmeyi kurmaya yetmeyeceğini ancak müşterinin ifayı talep etmesi veya kendi edimini ifa etmesi gibi aktif bir davranış sonucu sözleşmenin GİŞ çerçevesinde kurulmuş kabul edilebileceğini savunmaktadır.)

nel işlem şartlarını zımnen kabul ettiklerini varsaymaya hakkı vardır<sup>102</sup>.

Buna karşılık sözleşmenin kurulmasından sonra GİŞ'i sözleşmeye dahil etmek isteyen işletmeci, yukarıda da ifade edildiği gibi, kurulu sözleşmeyi değiştirme yönünde bir icapta bulunmaktadır. Ancak müşterinin, bu sözleşmenin içeriğini değiştirme teklifini reddetmek gibi bir yükümlülüğü olamaz, yani susması, güven kuramı uyarınca GİŞ'i zımnen kabul ettiği şeklinde yorumlanamaz<sup>103</sup>. Müşteriye neredeyse tamamı kendisi aleyhine olan hükümlerin sözleşmeye sonradan dahil edilmesini engellemek için bir beyanda bulunması külfeti yüklenemez. Olsa olsa bunları kabul ediyorsa, bunu **açık** bir beyanla ifade edeceği kabul olunur<sup>104</sup>. Aynı şekilde tarafların daha önce de sözleşme ilişkisi içinde bulunmuş olması ve bu sözleşmelerde işletme tarafından GİŞ kullanılmış olmasının daha sonra akdedilen bir sözleşmede atıf yapılmaksızın GİŞ kullanımını tüketicinin zımnen onayladığı şeklinde yorumlanması da kabul edilmemelidir<sup>105</sup>. Olsa olsa tacirler arasında belirli bir sıklıkla aynı sözleşmelerin akdedildiği ve bu şekilde her sözleşmede kullanılan GİŞ'in atıf yapılmaksızın bu iş ilişkilerine dayanarak sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilir<sup>106</sup>. Ancak tüketiciler açısından böylesi bir yoğunlukta işletme ile ilişkiye girme ihtimali çok zayıftır. Dolayısıyla daha önceki sözleşmeleri hatırlayarak sözleşme içeriğinin buna göre belirlenmesine katlanması tüketiciden beklenemez<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> Merz, Abhandlungen, 313,325; Forstmoser, FG Kummer, 99,110; Bydlinski, FS Kastner, 45,51

<sup>103</sup> MünchKomm/Kötz, § 2 AGBG, N.8 ve 18; Bühner, 17 ve 39; Giger, AGB, 58; A.Koller, N. 1557; Berner Kommentar/Schmidlin, Art.6 OR N.54; Bydlinski, Privatautonomie, 207; Akman, 36; Schuler, 95'de somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre işletmenin sözleşmeden önce müşterisini uarması büyük zorluklar doğuracaksa ancak bu sınırlı hallerde işletmenin ileri sürdüğü sözleşmeyi değiştirme teklifini müşterinin reddetmesi zorunluluğu kabul edilebilir. Ancak Flume'nin (Rechtsgeschaef, 64) ifade ettiği gibi, hiç kimsenin sadece kendisi istediği için bir başkasını beyanda bulunma zorunluluğu içine sokmaya ve beyanda bulunmazsa susmasını beyan olarak kabul etmeye hakkı yoktur. Nitekim Yargıtay da "Bir tarafın kendi iradesiyle akit şartlarını değiştirmeye yetkisi yoktur; akde yeni şartlar ilave edemez. Karşı tarafın şartlardaki değişikliği taşıyan yazıyı sukutla karşılması, akitte değiştirme yapılmasının kabul edildiği anlamına gelmez" diyerek aynı görüşü paylaşmıştır. (bkz. Y4HD 20.5.1965, 5051/2717, Olgaç, 29-30)

<sup>104</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de, sözleşmenin kurulmasından sonra gönderilen bir teyit mektubu veya fatura içinde yer alan yetkili mahkeme kaydının, ancak, karşı tarafın açık kabulü halinde sözleşme içeriği olabileceği görüşündedir (BGE 94 II 62,63).

<sup>105</sup> Aynı yönde Maurenbrecher, ZSR 1990,173,176

<sup>106</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N.86; Schmidt-Salzer, BB 1967, 129,133; Favre-Bulle, L'abus de droit, 139,142

<sup>107</sup> Schuler, 99; Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N.194; Oğuz, 74. Aksi görüş ise iki sözleşmenin kurulması arasında kısa bir süre geçmiş olması halinde GİŞ'in ikinci sözleşme açısından zımnen sözleşme içeriği olacağını kabul etmektedir (bkz. Forstmoser, FG Kummer, 99,117; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.9)



Genel işlem şartlarına, icabının belirli bir süre içinde ret edilmemesi halinde müşteri tarafından kabul edilmiş sayılacağı şeklinde bir hüküm ekleyen işletmecinin kuşkusuz böyle bir ret beyanı beklemekte korunmuş bir güveni olamaz<sup>108</sup>. Ancak GİŞ kullanılmayan sözleşmelerde de aynı ilkenin geçerli olduğu düşünülürse bu GİŞ'e özgü bir çözüm olmayacaktır.

### 3. Global Kabul

Genel işlem şartları kullanımında çok sık karşılaşılan bir olgu, müşterinin, GİŞ'i okuyup içeriğini anlayarak bunların sözleşme içeriği olmasına onay vermesinin söz konusu olmamasıdır. O, zaten değiştirme ümidi taşımadığı ve genelde anlamasının bile mümkün olmadığı bu şartları okumadan kabul etmektedir. Bu durum doktrinde *global kabul* kavramı altında ele alınmaktadır<sup>109</sup>. Bu şekilde ilgili, kendisi aleyhine her türlü düzenlemeyi "okunmadan imzalanan belge" sorununda varılan çözümler doğrultusunda kabul etmiş sayılır<sup>110</sup>. Tüketici, güven kuramı uyarınca kabulünün bu şekilde değerlendirilmesine katlanmak zorundadır<sup>111</sup>. Zira bir irade beyanının geçerliliği, bu beyanın ilişkin olduğu metnin içeriği hakkında bilgi sahibi olunmasına bağlı değildir. Kabul beyanının açık olduğu kadar örtülü bir şekilde ifade edilmiş olması da mümkündür. Buna karşılık müşterinin bütün metni okuyarak anlamış olması ve bu haliyle onaylaması halinde, bu durumun global kabulden farklılığını ifade etmek açısından, İsviçre doktrininde sık sık *tam kabul*den bahsedilmektedir<sup>112</sup>.

### 4. Müşterinin İradesinin Hata Nedeniyle Sakat Olması

Eğer müşterinin beyan iradesi olmasına rağmen GİŞ'in sözleşme içeriği olmasına ilişkin işlem iradesi mevcut değilse ve GİŞ sadece kendi-

<sup>108</sup> Schmidt-Salzer, AGB, 125; Oğuz, 61

<sup>109</sup> Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.10; Gauch/Schluemp/Schmid, N.1130; Schwenger, N.45.03; Schuler, 19; Wessner, Consommateur, 57.61 (Ancak yazarın, GİŞ metninin müşteriye teslim edilmemesi halinde de, sadece bunlara yapılan bir atfı müşterinin kabul etmesinin global kabul olarak nitelendirileceği görüşüne (aynı yazar ZHR 1986, 161,170) katılmak mümkün değildir, bkz. yukarıda § 8 II 1 a) aa)).

<sup>110</sup> Bauer, 39; Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N.190; Hardegger, 33; Soyler, 81; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.10; BGE 64 II 355,357; 76 I 338, 350; Avusturya hukuku için aynı yönde Wurst, 143,150

<sup>111</sup> Ancak aşağıda § 5 V'de ele alınacak olan beklenmeyen hükümler açısından işletmecinin güvenini korumak söz konusu değildir. Müşteri açısından şaşırtıcı olan ve sözleşme çerçevesi dışında kalan hükümlerin müşteri tarafından kabul edildiğini varsaymakta işletmecinin korunmaya layık bir güveni olamaz.

<sup>112</sup> Schuler, 67; Giger, AGB, 54; Hardegger, 32; Stöckli, 40. Belli bir uzunluğu aşan GİŞ açısından global kabulün varlığını karine olarak kabul etmekte fayda vardır. Global kabulün değil, tam kabulün söz konusu olduğunu ispatlamak işletmeye düşer (Schuler, 68).

sinin yarattığı hukuki görünüş yüzünden işletmecinin güveninin korunması sonucu sözleşme içeriği olmuşsa müşteriye bu işlemi hata nedeniyle iptal etme hakkı tanınacak mıdır? Alman hukukunda genelde kabul edildiği üzere eğer müşteri sözleşmeye herhangi bir hüküm eklenmeyeceği konusunda kesin bir kanaate sahipken GİŞ sözleşme içeriği olmuşsa böyle bir iptal imkanı mevcuttur<sup>113</sup>. Aynı şekilde İsviçre-Türk hukukunda da, bu hallerde sözleşmenin türüne (f.1) veya edimlere (f.3) ilişkin bir hatanın varlığından yola çıkarak iptal olanağı kabul edilmelidir<sup>114</sup>. GİŞ'in dahil edilmesi suretiyle sözleşmenin niteliğinin önemli surette değiştiği veya en azından işletmenin ediminin içeriğinin büyük bir değişime uğradığı açıktır. Bu nedenle hata nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün olmalıdır. Buna karşılık bu konuda hiçbir kanaate sahip değilken GİŞ sözleşme içeriği oluyorsa beyan ile irade arasında bir uyumsuzluk olmadığı için hata hükümlerinin uygulanması mümkün olmaz<sup>115</sup>. Bu hallerde onun bir "riziko açıklaması" yaptığı ve içeriğinin kendisi aleyhine olması tehlikesini göze aldığı kabul edilir.

Müşteri GİŞ'in sözleşme içeriği olup olmadığı konusunda hataya düşebileceği gibi sadece GİŞ'in içeriği hakkında da hataya düşebilir. Örneğin belirli bir kurumun kabul etmiş olduğu genel işlem şartlarının uygulanacağını düşünmesi, oysa işletmecinin bunlardan farklı GİŞ kullanması halinde; ya da daha önce aynı işletmeci ile yaptığı sözleşmedeki GİŞ'in kullanılacağını düşünürken müşterinin farklı GİŞ ile karşı karşıya kalması hallerinde bu söz konusudur<sup>116</sup>. Buna karşılık yukarıda varılan çözüme paralel olarak GİŞ'in içeriği hakkında herhangi bir tasavvur sahibi olmadan bunların sözleşme içeriği olmasını kabul eden şahıs (genelde global kabul beyanında bu söz konusu olacaktır) beyan ve irade arasında herhangi bir uyumsuzluk olmadığı için hata hükümlerine başvuramayacaktır<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung, 216; *Locher*, BB 1981, 818,819; *Grunsky*, JurA 1969, 87, 89; *Medicus*, § 27 N. 419; (örneğin bir otoparkta sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin olarak yer alan ilanı görmesine rağmen, sadece oraya park etmekle bu kuralın kendisi hakkında uygulama alanı bulamayacağını düşünen müşteri hataya düşmüştür.)

<sup>114</sup> *Nordmann*, 68

<sup>115</sup> *Schroeder*, 34 ve 38; *Roth*, 14; İsviçre hukuku için aynı yönde *Berner Kommentar/Schmidlin*, Art.23/24 OR N.389-390; *Nordmann*, 68 ve BGE 49 II 167,182

<sup>116</sup> Buna karşılık *Oğuz*'ün "... genel işlem şartları içerisine yer alan kayıtların tüketicinin iradesinden ayrıldıkları ileri sürülemez" şeklindeki kategorik ifadesine katılmak mümkün değildir. Yazarın hemen ardından "sözleşme müzakerelerinden tüketicinin kayıtların içeriği hakkında nasıl bir düşünceyi haiz olduğu saptanabiliyorsa, buna aykırı kayıtlar ilişkilendirme anlaşmasının dışında kalır ve hukuki neticelerini doğuramazlar" ifadesini kullanması ise sözleşme içeriğinin irade kuramı doğrultusunda sadece tüketicinin anlayışına göre şekilleneceği sanısını doğurmaktadır ki buna da katılmak mümkün değildir (karş. *Oğuz*, 119).

<sup>117</sup> Bkz. *Kocayusufoşaoğlu*, Hata, 33; *Staudinger/Coester*, AGB § 9 N.27; *Soyer*, 82. Global kabul beyanında bulunamı ancak, ileride ele alınacak olan, beklenmeyen hükümlerin sözleşme içeriği olamayacağı ilkesi çerçevesinde korumak mümkündür.

Hataya düşülmesi nedeniyle iptal hakkının kullanılması halinde kısmi iptal<sup>118</sup> yoluyla ya sadece ilgili GİŞ'in sözleşme içeriği olmasına ilişkin anlaşma iptal edilecek ve sözleşmenin geri kalanı ayakta kalacak ya da sadece hataya düşülen bazı GİŞ hükümlerinin iptali gündeme gelecektir. Ancak müşteri açısından bu çözümün, ileride ele alınacak GİŞ'in geçersizliği yaptırımına nazaran daha elverişli bir çözüm olduğu kabul edilemez. Zira iptal halinde hataya düşmede kusuru varsa karşı tarafa bir tazminat ödemesi gündeme gelecektir (BK m.26)<sup>119</sup>. GİŞ metnini göz göre göre kabul eden ve bu metni okumadan altını imzalayan kişinin, metnin içeriği hakkında hataya düşmede kusurlu olmadığı söylenemeyeceğine göre, hata hükümleri aracılığıyla GİŞ muhatabını korumak yerine onu daha kötü bir konuma düşürmüş oluruz. Aynı şekilde hataya başvurmak için, bunun öğrenilmesinden itibaren 1 yıllık bir hak düşümü süresine uyulmasının gerekmesi (BK m.31) ve sözleşmenin akdinden itibaren uzun bir sürenin geçmiş olması halinde hataya dayanmanın BK m.25 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi olasılığının doğması, hata hükümleri aracılığıyla GİŞ sorununa çözüm getirilemeyeceğini göstermektedir<sup>120</sup>.

#### IV. Genel İşlem Şartlarının Kullanımının Ticari Teamül veya Örf ve Adet Hukuku Sayılması Nedeniyle İrade Uyuşmasına Gerek Olmaması Sorunu

Bankacılık, sigorta, taşımacılık gibi sektörlerde, günümüzde, genel işlem şartları kullanılmadan bir sözleşme akdedilmesi neredeyse olanaksızdır. Gerek şehirlerarası otobüs biletinin arkasında, gerek sigorta poliçesinin ekinde, gerekse matbu kredi kartı sözleşmesinde bu hükümlerle karşılaşılacağı bilinen bir olgudur. Bu gerçekten hareketle acaba GİŞ kullanımının teamül ve hatta örf ve adet hukuku haline geldiği; dolayısıyla işletmecinin bunlara atıf yapmasına gerek olmadan da GİŞ'in sözleşme içeriği olabileceği söylenebilir mi? Diğer bir ifade ile müşterinin açık veya zımni kabul beyanına bağlı olmaksızın GİŞ'in sözleşme içeriği olması mümkün müdür?

Kanımca bu soruya doğru cevap verebilmek için farklı olasılıkları dikkate almak gerekir. GİŞ kullanan tarafın büyük bir çoğunlukla tacir

<sup>118</sup> Aynı yönde *Oğuz*, 116. Hata, hile ve ikrah hallerinde de BK m.20/II'de düzenlenen kısmi butlan çözümünün kıyasen uygulanabileceği hakkında bkz. *Spiro*, ZBJV 1952, 449,511; *Bucher*, OR, 243; *Oğuzman/Öz*, 100; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, 454

<sup>119</sup> bkz *Kocayusuıfpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 36 N.56 ve N.84vd.; *Locher*, BB 1981, 818,822. Bu tazminatın miktarının belirlenmesi ise güçlük arz eder. Örneğin sorumluluğun kapsamını daraltan bir hükmün iptal edilmiş olması halinde iptal anındaki zarar nasıl hesaplanacaktır? (Bu konuda bkz. *Schroeder*, 44-47)

<sup>120</sup> aynı yönde *Nordmann*, 69

sıfatına sahip bir işletme olduğu düşünülecek olursa ve onun, GİŞ kullanılarak yaptığı işlemin bir ticari iş (TTK m.3) olarak nitelendirilmesi gerektiği dikkate alınırsa, bu hukuki işleme TTK m.1/II uyarınca Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmak gerekecektir<sup>121</sup>. Sözleşmelerin kurulmasına ilişkin olarak TTK'da ne bir emredici ne de bir yedek hukuk kuralı bulunmadığına göre ilke olarak genel hükümler, yani BK m.1vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak TTK m.1/II açıkça, yasanın, örf ve adet hukukuna nazaran önceliği kuralına bir istisna getirdiği için ve ancak bir ticari örf ve adet kuralının var olmaması halinde genel hükümlerin uygulanması mümkün olduğu için<sup>122</sup>, GİŞ kullanımının bir örf ve adet hukuku kuralı olduğunun saptanması halinde, bunların doğrudan sözleşme içeriği olduğu kabul edilmek gerekecektir<sup>123</sup>. Fakat TTK m.2/III bu konuda, tüketici lehine yorumlanmaya elverişli bir hüküm içermekte ve ticari örf ve adetin tacir olmayanlar hakkında ancak onlar tarafından *bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerde* uygulanacağı ifade olunmaktadır. Bu durumda bu tür bir örf ve adetin geliştiği savunulsa bile en azından tüketiciler açısından uygulanmasını ret etmek, bu fıkraya dayanarak mümkün gözükmemektedir. Tüketicilerin, genel işlem şartları kavramından ne anlaşılması gerektiğini dahi bilmezken ve bunların içeriği hakkında hiçbir fikir sahibi değilken bunların kullanımının bir zorunluluk oluşturduğu inancı içinde oldukları iddia edilemez. Zira böyle bir çözüm benimsenirse, GİŞ kullanımının artık yıllardır son derece yaygın olduğu sektörler için yürürlük denetimi fiilen olanaksız hale gelmiş olur. Her banka veya sigorta şirketi bu teamüle dayanarak GİŞ'in doğrudan sözleşme içeriği olduğunu savunabilir. Oysa bu işletmelere böyle bir koruma sağlamanın haklı gerekçesi olamaz. GİŞ kullanımından faydalanan kişiden, bunların sözleşme içeriği olduğu konusunda kendisini güvenceye alması beklenmelidir<sup>124</sup>. Buna karşılık bu tür bir örf ve adet kuralının geliştiğinin kabul edilebildiği hallerde, iki tacir arasında bu kuralın devreye girmesi gerekeceği açıktır.

Bu durumda GİŞ kullanımının bir *ticari* örf ve adet hukuku<sup>125</sup> kura-

<sup>121</sup> Ticari işlere uygulanacak hükümlerin sırası hakkında genel açıklama için bkz. *Po-roy/Yasaman*, N.130vd.; *Arkan*, 83vd.

<sup>122</sup> *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 49

<sup>123</sup> Bu açıdan *Bydlinski*'nin, örf ve adet hukuku kurallarından önce, var olan yasa hükümlerinin uygulanacağı, dolayısıyla GİŞ'den önce yedek hukuk kurallarının uygulama alanı bulacağı yönündeki tespiti (*Bydlinski*, FS Kastner, 45,52vd.; aynı yazar, *Privatautonomie*, 224) Türk hukuku açısından geçerli değildir. Zira TTK m.1/II uyarınca ancak ticari örf ve adet hukukunun var olmaması halinde emredici olmayan genel hükümler uygulama alanı bulur.

<sup>124</sup> *Forstmoser*, Doktrin und Praxis, 23,36; *Bydlinski*, Privatautonomie, 220. *Erten*'in, bir işletmenin bütün sözleşmelerini bu şartlar çerçevesinde yaptığı müşteri bilme zorunda olduğu şeklindeki ifadesine (*Erten*, 122) katılmak mümkün değildir.

<sup>125</sup> Özel örf ve adet hukukunun bir türünü teşkil eden bu kavram hakkında bkz. *Işıқтаç*, *Yasemin*, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 1992, 68vd

lı haline gelip gelmediği incelenmelidir. Bilindiği gibi örf ve adet hukuku gelişiminde önem taşıyan iki unsur, bu kuralın uzun süreden beri uygulanması ve daha da önemlisi bu kurala uyulmasının bir zorunluluk oluşturduğu yönünde bir inancın (opinio necessitatis) ilgili çevrede oluşmuş olmasıdır. Her ne kadar TTK m.2/II bir bölgeye ve hatta bir ticaret dalına özgü ticari örf ve adet hukukunun uygulanmasını kabul etmişse de, GİŞ kullanımı açısından bugün için belli bir branşta bile “opinio necessitatis”in oluştuğu kabul edilmemelidir<sup>126</sup>. Zira GİŞ kullanımının bir örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği kabul edilirse bunlar, herhangi bir atıf olmaksızın, karşı taraf hiç uyarılmaksızın sözleşme içeriği olabileceği gibi, örf ve adet hukuku kurallarının yasa kuralları gibi mutlak uygulama alanına sahip olması nedeniyle, sözleşmenin hata nedeniyle feshe-dilmesi imkanı dahi olmayacaktır.

Bu açıdan tacirler arasında GİŞ kullanımının bugün için ticari temül olmaktan öte bir değer taşımadığını savunmak daha uygun gözükmektedir. Ticari teamüller fiili adetlerdir ve ancak, zamanla, uygulanmalarının bir zorunluluk teşkil ettiği görüşü yerleştikçe bir örf ve adet hukuku kuralına dönüşürler<sup>127</sup>. TTK m.2/I uyarınca ticari teamüller irade beyanlarının yorumlanmasında esas alınır<sup>128</sup>, ki bu GİŞ’in sözleşme içeriği olması açısından iradelerin ön plana çıkması nedeniyle uygun olan bir çözümdür. Sürekli olarak GİŞ çerçevesinde işlem yapan bir işletme ile sözleşme akdeden tacir, kendisinin kabul beyanının GİŞ’in sözleşme içeriği olmasını kabul ettiği yönünde yorumlanmasına katlanması gerekir<sup>129</sup>. Bu yönde bir ticari teamülden kendisinin bilgi sahibi olduğu

<sup>126</sup> *Tekinalp*, Banka Hukuku, 270; *Arkan*, 86; *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 53-54; *Oğuz*, 51; *Gezder*, 145. İsviçre hukuku için aynı yönde *Forstmoser*, Doktrin und Praxis, 23,37; *Liver*, ZBJV 91 bis (1955), 1,22; *Hardegger*, 14 ve 30; *Merz*, Länderbericht, 67,76. GİŞ içeriğinin her branşta farklı olmasının, bu alanda bir örf ve adet hukuku kuralının oluşmasına engel olarak gösterilmesi ise tartışmanın can alıcı noktasını gözden kaçırmaktadır (bu yönde *Giger*, AGB, 65; *Schroeder*, 71; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 270). Zira *Bydlinski*’nin haklı olarak ifade ettiği gibi, sorun GİŞ **kullanımı** olgusunun bir örf ve adet hukuku kuralı olup olmadığıdır (*Bydlinski*, Privatautonomie, 217; aynı yönde *Schuler*, 82). Bu kabul edilebildiği hallerde GİŞ’in içeriği ne olursa olsun bunlar sözleşme içeriği olacaktır; bunların somut içeriğini belirlemek her olay için işletmecinin keyfine kalmıştır (*Bydlinski*, Privatautonomie, 217; *Schuler*,107). Kuşkusuz sorumsuzluk kayıtları, yetkili mahkeme kayıtları gibi bazı kayıtlar kullanmanın başına bir ticari örf ve adet kuralı haline gelmiş olması mümkündür (*Forstmoser*, Bankverkehr, 11,16). Ancak bu durum GİŞ sorununa özgü bir gelişme olarak nitelendirilemez.

<sup>127</sup> *Arslanlı*, 32

<sup>128</sup> *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 47. Ticari teamülün, örf ve adet hukuku gibi kendiliğinden sözleşme içeriği olmadığı ve ancak tarafların açık veya örtülü irade beyanları vasıtasıyla sözleşme içeriği olacağı konusunda bkz. BGE 47 II 160,164; BGE 91 II 356, 359

<sup>129</sup> İsviçre için aynı yönde *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.200; *Hardegger*, 30-31; *Giger*, AGB, 62-63; *Sticher*, 32; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,102. Avusturya hukuku için aynı yönde *Wurst*, 143,159; bkz. BGE 77 II 154,156; Alman hukuku için aynı yönde *Wolf/Horn/Lindacher*, § 24 N.11

kabul edilir<sup>130</sup>. Ancak örf ve adet hukuku çözümünden farklı olarak, burada ilgili tacire sözleşmeyi gerekirse hata nedeniyle iptal etme hakkı tanınacaktır ki bu da işin bünyesine daha uygun düşer. Buna karşılık ticari örf ve adet açısından kanunda açıkça ifade olunan, tacir olmayanlar hakkında ancak bilme veya bilmesi gerekme halinde uygulanma ilkesi ticari teamül açısından da geçerli sayılmalı<sup>131</sup> ve yine tüketici açısından, tacirler arasında geçerli bu tür bir teamülün uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmelidir.

Bugün İsviçre hukukunda da doktrin aynı ikili yaklaşımı sergilemektedir. Taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerde, karşı âkiddin, her zaman GİŞ kullandığı ve bunun müşteri tarafından bilinmesi gerektiği ve dolayısıyla GİŞ'in bunlara yollama yapılmadan sözleşme içeriği olacağı iddiası reddedilmektedir<sup>132</sup>. Yine Alman GİŞ yasası ile getirilen çözüm de buna paraleldir. Alman yasa koyucusu da ikili bir ayırım yaparak tacir olmayanlar ile yapılan sözleşmelerde, GİŞ'in sözleşme içeriği olması için açık veya örtülü, her halde tarafların uyuşan bir irade beyanını aramıştır (AGBG § 2). Tacir olmayan kişinin hiçbir beyanda bulunmaksızın örf ve adet hukuku veya ticari teamül gereği GİŞ'in sözleşme

<sup>130</sup> Ancak, daha önceki sözleşme görüşmeleri sırasında GİŞ'in sözleşme içeriği olması konusunda taraflar arasında iradeler uyuşmamış ise artık sözleşmenin ticari teamül gereği bu şartlar çerçevesinde kurulduğu iddia edilemez. Sadece taraflar bu yönde herhangi bir görüş beyan etmemişlerse, irade beyanlarının nasıl yorumlanması gerektiği sorunu üzerinde durulabilir (bkz. BGE 83 II 522vd.)

Sözleşme akdettiği ülkenin teamüllerini hiç bilmeyen yabancı bir şirketi belirli bir sektörde çok yaygın olarak kullanılan GİŞ ile, bunlara atıf yapılmaksızın bağlı saymak konusunda da dikkatli olunmalıdır. Burada açık yollama ve içeriğini öğrenme imkanı tanınması daha doğru olacaktır. Nitekim İsviçre'de alt derece mahkemelerinden biri, "genel nakliyat şartlarının" bunları hiç görmemiş ve ikaz edilmemiş yabancı bir firmaya uygulanmasını reddetmiştir (Appelationsgericht Baselstadt, aktaran *Giger*, AGB, 63 dn.172)

<sup>131</sup> *Arslanlı*, 33; *Arkan*, 87. Oysa *Canaris*, sözleşmeyi kuran irade beyanlarının yorumlanmasında, GİŞ kullanımı konusunda bir açıklık olmasa bile, BGB § 157 uyarınca yorumda, teamülün de dikkate alınması gerektiğinden ve GİŞ kullanımına da teamül halini aldığından bunların kendiliğinden sözleşme içeriği olacağını savunmuştur (*Canaris*, *Vertrauenshaftung*, 215). İşletmelerin bu konuda gösterdikleri ihmal ve ilgisizliğe rağmen bu kadar korunmalarını eleştiren bir yaklaşım için bkz. *Sonnenberger*, *Verkehrssitten im Schuldvertrag*, München 1969, 225.

<sup>132</sup> *Bauer*, 42; *Giger*, AGB, 63; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.200; *Merz*, *Abhandlungen*, 313, 321; *Hardegger*, 30; *Schuler'e* göre iradelerin yorumunda kullanılan güven kuramı uyarınca işletmenin müşterinin irade beyanına nasıl bir anlam vereceğini saptarken somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmaya ve dolayısıyla müşterisinin kabul beyanını da GİŞ'i kapsayacak şekilde yorumlamaya hakkı vardır (*Schuler*, 89). Oysa sadece tek taraflı olarak bir sektörün kendi menfaatini korumak için belirlediği bir uygulamanın neden güven kuramı gibi taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengelemeyi amaçlayan bir kuram yoluyla korunacağını anlamak güçtür. Hiçbir şekilde o branşta deneyim sahibi olmayan birini, bu şekilde bir uygulamayı bilmesi gerekirdi diyerek sorumlu tutmak savunulması güç bir tezdır.



içeriği olmasına katlanması gerekmez<sup>133</sup>. Buna karşılık tacirler arasındaki sözleşmelere bu madde uygulanmadığı için (AGBG § 24 gereği) bu tür bir ticari teamülün oluşmuş olduğu hallerde herhangi bir yollama olmadan da GİŞ'in sözleşme içeriği olması mümkündür<sup>134</sup>.

## V. Beklenmeyen (Şaşırtıcı, Olağan Dışı) Hükümlerin Yürürlüğü Sorunu

### 1. Genel Olarak

Yıllardan beri hem Almanya'da<sup>135,136</sup> hem de İsviçre-Türk hukuklarında<sup>137</sup> genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde, bir yandan bunların tümü itibariyle güven kuramı çerçevesinde sözleşme içeriği olup olmadığı denetlenirken, diğer yandan tek tek sözleşme hükümlerinin acaba müşteri açısından aşırı ölçüde beklenmez ve şaşırtıcı olması (sürpriz oluşturması) nedeniyle yine güven kuramı uyarınca hiç sözleşme içeriği

<sup>133</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.23vd. Buna karşılık *Raiser*, henüz Alman GİŞ yasası kabul edilmeden önce kaleme aldığı monografisinde, özellikle İmparatorluk Mahkemesinin de içtihadına katılarak (RGZ 13,68,77; 58,152,155) büyük işletmeler açısından herhangi bir atfa gerek olmaksızın GİŞ'in sözleşme içeriği olmasını kabul etmiştir. Yazara göre bu alanda yerleşmiş bir ticari teamülün varlığı, müşterilerin kabul beyanlarını doğrudan ilgili GİŞ'in kullanıldığından haberdar oldukları şeklinde yorumlama imkanı vermekte, dolayısıyla şartların atf olmadan sözleşme içeriği olması kabul edilmekteydi. Hangi işletmelerin böyle bir imtiyaza sahip olacağı konusunda ise yine teamülün belirleyici olacağı ifade edilmekte ve o gün için özellikle sigorta, banka ve taşımacılık sektöründe bu teamülün oluştuğu kabul edilmekteydi (*Raiser*, AGB, 204vd.).

<sup>134</sup> *Locher*, 53; *Schroeder*, 68vd. Alman Ticaret Kanunu'nun 346. maddesinde tacirlerin davranışları ve hareketsiz kalmalarına verilecek anlam araştırılırken ticari işlerde geçerli teamüllerin dikkate alınacağından bahsedilmektedir. Alman Medeni Kanunu da m.157'de sözleşmelerin yorumunda teamülün dikkate alınacağını ifade etmiştir.

<sup>135</sup> BGHZ 33,216,219; 38,183,185; 54,106,110; BGH BB 1976,157 (Kararlarda sık sık beklenmezlik ile adil olmama kavramlarının karıştırıldığı dikkati çekmektedir)

<sup>136</sup> Bugün Alman GİŞ yasası § 3'de beklenmezlik kuralı açıkça düzenlenmiştir: "Genel işlem şartları içinde yer alan ve somut olayın koşulları, özellikle sözleşmenin dış görünüşü itibariyle karşı âkidin hesabına katamayacağı kadar olağandışı olan hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olmazlar." Örneğin Alman Federal Mahkemesinde 1982 yılında ele alınan bir olayda işletmenin GİŞ'inde müşterinin tacir olduğunu teyit ettiği hükmü yer almaktaydı. Mahkeme bu tür bir hükmün sözleşme içeriği sayılamayacağını ve tüketicinin bu şekilde tacir olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir (BGH NJW 1982, 2309).

<sup>137</sup> BGE 119 II 443, 446; 108 II 416,418; 109 II 452,457; 76 I 338,350. *Lörtscher*, 113; *Hardegger*, 64vd.; *Akman*, 95; *Sungurbey*, 42; *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.11; *Burcuoğlu*, 54; *Altop*, Finansal Kiralama, 132; *Soyer*, 83; *Oğuzman/Öz*, 21; Y3HD 2.6.1998, 4263/6098; YKD 1998, 1140,1141. Buna karşılık *Kaplan*'ın şaşırtıcı, alışılmamış kayıtların sözleşme içeriği olmamasını bir "yorum kuralı" olarak nitelendirmesine katılmak mümkün değildir (karş. *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 75).

Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında da m.18b/II:"Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır." hükmünü içermektedir.



olup olmadıkları sorunu da ele alınmaktadır<sup>138</sup>. Yukarıda müşterinin GİŞ kullanımı konusunda uyarılması ve kendisine bunların içeriğini öğrenme imkanı verilmesi GİŞ'in sözleşme içeriği olması için ön koşul olarak belirlenmiştir. Ancak bu imkanın müşteriye verilmiş olmasına rağmen GİŞ'in müşteri tarafından okunmadan veya üstün körü ele alınarak kabul edilmiş olması (global kabul) adeta kural teşkil etmektedir. İşte bu gibi durumlarda *beklenmez* ve müşteri açısından *şaşırtıcı* olan hükümlerin sözleşme içeriği olamayacağı kabul edilerek ikinci bir filtre devreye sokulmaktadır. Dayanak noktası ise yine güven kuramıdır. Müşterisi<sup>139</sup> için olağandışı ve şaşırtıcı olduğunu bildiği hükümleri GİŞ'e ekleyen işletmeci, bunların, müşterisinin kabul beyanı kapsamına girdiği konusunda haklı bir güven sahibi olamaz<sup>140</sup>. Genel işlem şartları bu hükümler olmaksızın sözleşme içeriği olur, zira müşterinin kabul beyanı, bunları kapsamayacak şekilde yorumlanır<sup>141</sup>.

Bu sonuç dogmatik olarak gerekçelendirilmeye çalışıldığında soru-

<sup>138</sup> Avusturya Medeni Kanunu m.864a'da açıkça GİŞ'in müşteri aleyhine beklenmeyen bir içeriğe sahip olması halinde ve bu hükümlerin varlığını müşterinin hesaba katmamasını mümkün olmadığı hallerde bunların sözleşme içeriği olamayacağı konusunda düzenleme getirilmiştir. Madde, GİŞ kullanan tarafın diğer sözleşme tarafını bu hükümlere ilişkin olarak özellikle uyarılmış olması halinde bunların sözleşme içeriği olabileceğini öngörmüştür (bu konuda bkz. *Deixler-Hübner*, 65vd.).

<sup>139</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre kural olarak sadece zayıf ve deneyimsiz olan taraf beklenmezlik kuralına dayanabilir. Ancak bunun muhakkak bir tüketici olması gerekmez. Taraflardan birinin tacir olmasına rağmen, GİŞ çerçevesinde sözleşme akdetmek dışında bir alternatifinin olmaması halinde onun da zayıf taraf olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira genel işlem şartlarını kabul etmemesi halinde bir sözleşme akdetme imkanı ortadan kalkmaktadır (BGE 109 II 452,457). Tacirlerin de zaman zaman deneyimsiz olması ihtimali karşısında mahkemenin bu ayrımı işin niteliğine daha uygun düşmektedir, zira bu şekilde tacir sıfatı gibi teknik bir sığta değil somut olayda ilgili şahsın beklenmeyen bir hükümün etkilerini değerlendirebilecek kadar deneyim sahibi olup olmadığına bakılmaktadır (*Giger*, AGB, 122vd.). Nitekim Alman GİŞ-yasası da, beklenmeyen hükümlerin sözleşme içeriği olamayacağını düzenleyen § 3'ün tacirlere uygulanmasını engellemiştir (bkz. AGB § 24; *Larenz/Wolf*, 793).

<sup>140</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 3 AGBG, N.1; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.1141a; *Bauer*, 44-45; *A.Koller*, N. 1580; *Merz*, Länderbericht, 67,85; *Oftinger*, Festgabe Simonius, 263,268; *Hardegger*, 65; *Wessner*, Consommateur, 57,63; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.11; BGE 108 II 416,418; Avusturya hukuku için aynı yönde *Wurst*, 143,150

<sup>141</sup> *Larenz/Wolf*, 793. Buna karşılık *Raiser*, beklenmeyen genel işlem şartlarının kendiliğinden sözleşme içeriği olmamasını reddetmekte ve olsa olsa bunlar açısından işletmenin hileli davrandığının kabul edilebileceğini, dolayısıyla da müşterinin iptal hakkının doğacağını ileri sürmektedir. İptal hakkının kullanılmasında müşteri açısından doğabilecek sorunları da dikkate alarak, yazar, bu hallerde müşterinin daimi hile define başvurmasının daha doğru olacağını da eklemektedir (*Raiser*, AGB, 178). Bu görüşün kabul edilmesi pek mümkün gözükmemektedir, zira hile nedeniyle iptal imkanının kabulü için karşı tarafın iradesinin yanlış oluşmasına sebep olmak gerekir; dolayısıyla bir *saik* hatası var olmalıdır (*Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 37 N.16-17; *Oğuzman/Öz*, 91 dn.202). Oysa GİŞ'in beklenmeyen hükümler içermesi halinde söz konusu olan bir *beyan* hatasıdır. Beyan hatasında ise karşı taraf bunu bildiği için zaten sözleşme gerçek irade üzerinden kurulur.

na şu şekilde yaklaşmak gerekir: Karşı âkidinin bir beyan hatasına düştüğünü bilen veya bilmesi gereken kişi aynı zamanda onun gerçek iradesi hakkında da bilgi sahibiyse veya bilgi sahibi olması gerekiyorsa, sözleşme, gerçek iradeye uygun olarak kurulur. Beyan muhatabı güven kuramı uyarınca kendisine karşı yapılan beyana bu şekilde anlam vermek zorundadır<sup>142</sup>. Bu durumda BK m.23 hiç devreye girmeden doğrudan BK m.1 uyarınca sözleşme, gerçek iradeye uygun olarak kurulmuş olur. Global kabul yoluyla bir metni okumadan imzalayan kişi de metinde yer alan ve kendisinin kabul iradesiyle hiçbir şekilde örtüşmeyen hususlar konusunda hataya düşmüş sayılır (zira beyanı bütün genel işlem şartlarını kabul ettiği şeklinde anlaşılmıştır)<sup>143</sup>. Ancak bu beyan hatasının işletmeci tarafından anlaşılmış olması veya anlaşılması gereken hallerde sözleşme gerçek iradeye uygun olarak kurulacaktır. İşte müşteri açısından beklenmez olan bir hükmün onun kabul iradesi kapsamında olamayacağıın işletmeci tarafından en azından bilinmesi gerektiği, dolayısıyla sözleşmenin bu hüküm olmaksızın meydana geldiği kabul edilmelidir.

Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi aslında müşteri birçok halde sözleşme içeriği hakkında somut *hiçbir* kanaat sahibi değildir. Yani bir beyan hatasına düşmüş olmasından dahi bahsedilemeyebilir. Buna rağmen çözümde bir değişiklik olmamalıdır. Zira bu hallerde bile GİŞ kullanan işletme, en azından, makul düşünen ortalama bir müşteriden yola çıkarak bu tür bir müşterinin vereceği kabul beyanının içeriğini esas almak zorundadır. Sözleşme ancak bu ortalama müşterinin onaylaması muhtemel olan hükümler çerçevesinde kurulabilir. Güven kuramı uyarınca karşı tarafın irade beyanını bu şekilde anlamak zorundadır.

Bir hükmün beklenmez olmasından bahsedebilmek için o hükmün adil olup olmadığı ise herhangi bir önem taşımaz<sup>144</sup>. İçerik denetimi ile yürürlük denetimi **farklı** noktalardan olaya yaklaşmaktadırlar. Her ne kadar beklenmez olan bir hükmün içerik açısından da adil olmaması çok sık rastlanan bir durumsa da böyle bir çakışmanın olmaması da mümkündür<sup>145</sup>. Dogmatik açıdan yaklaşıldığında ideal olan, öncelikle yargıcın beklenmezliği tespit etmesi ve duruma göre bu hükmün hiç sözleşme içeriği olmadığına karar vermesidir. Eğer hükmün beklenmez olarak nitelendirilmesi mümkün değilse ancak o zaman, ikinci aşamada, onun içerik denetimine tâbi tutulması söz konusudur.

<sup>142</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, Hata, 123 vd.

<sup>143</sup> Bkz. BGE 49 II 167, 180 ve 187

<sup>144</sup> *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505,513; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N.1142; *Forstmoser*, Bankverkehr, 11,20; *Gauch*, recht 1985, 30,32; *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.12; *Tekinalp*, Hirsch Armağanı, 119,144; *Soyer*, 85

<sup>145</sup> *Bürgi*, 33

## 2. Beklenmezlik Kavramı

Beklenmez olmadan kastedilen bir hükmün somut olayda müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmez olmasıdır (objektif unsur). Sözleşmenin tümü dikkate alındığında işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek olandan farklı bir hükmün var olması gerekir. İki tarafın da üzerinde uzlaştığı sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan hükümler söz konusudur<sup>146</sup>. *Jägg*'nin deyimiyile o işleme yabancı bir hükmün sözleşmede yer alması gerekir<sup>147</sup>. Yabancılık belirlenirken genelde o sözleşme tipinin yasada düzenleniş şekline bakılacak ve bundan aşırı bir sapma olan hallerde, yani sözleşme tipinin adeta değiştirilmiş olduğu hallerde beklenmezlik kabul edilecektir<sup>148</sup>. Kuşkusuz yasada düzenlenmemiş olan sözleşmeler için de uygulanacak bir kıstas olması açısından bir sözleşme tipinin uygulamada karşılaşılan içeriğinden aşırı bir sapma olmasının değerlendirmede esas alınması daha doğru gözükmektedir. Ancak uygulamayı belirleyecek olan işletmecilerin uygulaması değil fakat müşterilerin kural olarak somut sözleşme türünde hesaba katacakları sözleşme içeriği olacaktır<sup>149</sup>. Örneğin müşteri açısından asli edim yükümünü artıran veya müşterinin karşı edimi almasa bile kendi edimini ifa etmeye devam edeceğini belirten hükümler uygulamada beklenmez olarak nitelendirilecek hükümlerdir.

Genel olarak bir sözleşme tipinde karşılaşılmayacak hükümler kadar, özel olarak akdedilen sözleşmede hesaba katılmayacak hükümler de beklenmez olarak nitelendirilir (sübjektif unsur)<sup>150</sup>. Örneğin uygulamada beklenmez olmasa bile bir hükmün sözleşmede yer alması, taraflar arasında geçen sözleşme görüşmeleri ve işletmenin somut olaydaki tavrı nedeniyle de beklenemez olabilir<sup>151</sup>. Bir turistik gezi sözleşmesini akdeden işletmenin, verdiği reklamlar ve sözleşme görüşmeleri sırasında tavırları, müşteriyi, sözleşmeye aykırılıktan doğrudan işletmenin sorumlu olacağı yönünde haklı bir inanca sevk etmişse GİŞ'de, sözleşme tarafının aslında başka birisi olduğu yönünde ibareler yer alması bunların şartırtıcı sa-

<sup>146</sup> Bkz. BGE 108 II 416,418

<sup>147</sup> *Schönenberger/Jägg*, Art.1 OR N.499; aynı görüşte *Soyer*, 84

<sup>148</sup> BGE 109 II 452,458; 119 II 443, 446; *Giger*, AGB, 34; *Ramstein*, RIW 1988, 440,442; *Hardegger*, 66

<sup>149</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 N.14; *Locher*, 58; *Soyer*, 84

<sup>150</sup> **Sübjektif unsur** çerçevesinde somut olaydaki müşterinin bilgi düzeyinin esas alındığı düşünülmemelidir. Sadece somut olaydaki sözleşmenin kuruluşundaki özellikler bu şekilde değerlendirmeye katılmaktadır. Zira işletmenin bu şartları da değerlendirerek müşterisinin kabul beyanına anlam vermesi gerektiği doğaldır.

<sup>151</sup> *I.Koller*, FS Steindorff, 667, 682; *Larenz/Wolf*, 793

yılmasını gerektirir<sup>152</sup>. Burada belirleyici olan işletmenin sözleşme görüşmeleri sırasındaki tavrıdır.

### 3. Beklenmezliğin Ortadan Kalkması

Normal şartlarda objektif açıdan beklenmez olarak nitelendirilebilecek olan bir hükmün buna rağmen sözleşme içeriği olması için, müşterinin, işletme tarafından özellikle bu hükmün varlığına dikkatinin çekilmiş olması gerekir. Bu hallerde sübjektif açıdan beklenmezlik ortadan kalkmaktadır<sup>153</sup>. Müşterinin dikkatini çekmek ise iki şekilde mümkündür: ya ilgili klozun basılış tarzı itibariyle diğer hükümlerden ayrılması, örneğin koyu veya büyük punto ile yazılmış olması veya ayrı ve büyük bir başlıkla bu hükmün varlığına işaret edilmesi söz konusudur<sup>154</sup>. Ya da müşterinin sözlü olarak bu hükmün varlığı konusunda işletme tarafından uyarılması gereklidir<sup>155</sup>.

### 4. İsviçre-Türk Uygulamasında Beklenmeyen Genel İşlem Şartları

İsviçre Federal Mahkemesi yıllardır beklenmezlik kuralını GİŞ içinde yer alan yetki sözleşmelerinin denetiminde uygulamaktadır. Mahkemenin bu alanda artık devamlılık kazanmış bir içtihadından bahsetmek mümkündür. Ancak bu içtihat, bugüne kadar sadece sınırlı hallerde başka hükümler açısından uygulama alanı bulmuştur<sup>156</sup>.

Mahkemenin içtihadı ele alınırken 1978 öncesi ve sonrası kararları arasında bir ayırım yapılmaktadır. 1978 yılına kadar Mahkeme, taraflardan birinin işlem hayatında tecrübeli olmadığı sözleşmelerde, yetkili mahkeme hükmünün yanlış anlamalara yer vermeyecek şekilde kaleme

<sup>152</sup> BGH NJW 1974, 37,39; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 N.14a-15. İsviçre Federal Mahkemesinin ele aldığı bu tür bir olay için bkz. BGE 115 II 474,478

<sup>153</sup> *Bauer*, 46; *Baudenbacher*, AGB, 285; *Soyer*, 84. Ancak Alman uygulamasında müşterinin sadece metni okumuş olması, bunun içinde yer alan beklenmez hükümlerin bu niteliğini kaybetmesi için yeterli sayılmamaktadır *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 N.23; BGH NJW 1978, 1519,1520. Kanımca metni baştan sona okumuş olan birisini, işletmenin ayrıca, beklenmez olarak nitelendirilebilecek hüküm konusunda uyarmasını talep etmek aşırı bir çözümdür.

<sup>154</sup> *Merz*, SJ 1975, 193,199

<sup>155</sup> *A.Koller*, N.1585; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,107; BGE 49 II 167,186.

<sup>156</sup> Doğal hakim ilkesinin İsviçre Anayasasında güvence altına alınmış olması, Mahkemenin bu alanda beklenmezlik kuramını geliştirmesinin en önemli gerekçelerinden biridir. Ancak doktrinde haklı olarak anayasal olmasa bile yasal güvence altına bulunan haklarından mahrum bırakılan müşterinin de bu korumadan faydalanması gerektiği savunulmuş ve Federal Mahkemenin uzun yıllar, örn. sorumsuzluk kayıtları gibi diğer beklenmez sayılabilecek hükümlere içtihadını yaymamış olması eleştirilmiştir. (*Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.204; *Giger*, AGB, 127; *Merz*, Abhandlungen, 313,328; *Schuler*, 119; *Hardegger*, 66; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.504; *Baudenbacher*, AGB, 285; *Guhl/Merz/Koller*, 111; aksi fikirde *Forstmoser*, Bankverkehr, 11,20)

alınmış olmasının (maddi şart) yanı sıra basım tarzı açısından da dikkati çeken bir yerde ve göze batacak şekilde basılmış olmasını (şekli şart) aramaktaydı<sup>157</sup>. Taraflardan birinin tacir olması halinde ise, yetkili mahkeme kaydının yürürlüğü, daha az katı değerlendirilmiştir<sup>158</sup>. Buna karşılık 1978 yılında verdiği bir karar ile Federal Mahkeme işlem hayatında deneyimli olmayanlar açısından aranan bu şartlara ek olarak yetkili mahkemeye ilişkin hükmün onlara açıklanmış olmasını, yani sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olmalarını aramaya başlamıştır<sup>159</sup>. Tacir deyiimini tekrar kullanmamakla birlikte Mahkeme, bu kararında işlem hayatı açısından deneyimli olanlar ve olmayanlar arasında bir ayırım yapmaya başlamış ve fakat deneyimli olanlar açısından bile en azından şekli kriteri, yani basım şekli ile göze batıcı olması şartını aramaya başlamıştır. Nitekim Federal Mahkeme, 1983 yılında verdiği bir kararda, tacir sıfatını taşımayan iki kişinin imzaladığı matbu bir sözleşmede, hemen imza yerinin üzerinde yer alan, italik olarak basılmış ve içerik olarak da rahatça anlaşılabilir bir yetkili mahkeme klotunun geçerli olarak sözleşme içeriği olacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre işlem hayatında deneyim sahibi olup olmama her somut olayın özelliklerine göre tayin edilecektir<sup>160</sup>.

Yetkili mahkeme kayıtları dışında, GİŞ'de yer alan diğer hükümlerle ilgili olarak verilmiş sınırlı sayıda kararın birçoğunda mahkeme beklenmezliğin varlığını ya kabul etmemiş ya da soruna bu açıdan yaklaşmamıştır. Örneğin 1923 yılında verilen bir kararda<sup>161</sup>, akdedilen sözleşme ile bir ipotek tesis edildiğini düşünen kişinin aynı sözleşme ile müteselsil kefil olması halinde bu hükmün beyan hatası nedeniyle iptal edile-

<sup>157</sup> BGE 49 I 48, 50 (Bir gazetede ilan yayınlanmasına ilişkin sözleşmede yer alan yetkili mahkeme klotu); BGE 52 I 267 (Bir sinema filminin kiralanması sözleşmesi); BGE 85 I 148, 151 (Bir sigara otomatının satışına ilişkin sözleşme); BGE 91 I 11, 14vd. (Bir müzisyenin bir banka ile akdettiği ve borsada kendi adına çeşitli işlemler yapılmasına ilişkin sözleşme); BGE 93 I 323, 327vd. (Banka ile akdedilen kredi sözleşmesi)

<sup>158</sup> BGE 87 I 48, 51 vd.'da iki tacir arasında akdedilen sözleşmenin sadece dokuz maddeden oluşması ve yetkili mahkeme kaydının ikinci sayfada imzaya yakın bir yerde bulunması nedeniyle yeterince dikkati çektiği ve bir tacir tarafından da anlaşılmasının beklenebileceği ifade edilmiştir.

<sup>159</sup> BGE 104 Ia 278vd. Mahkeme, kararda, ayrıntılı şekilde şekli kriterine uygunluğu denetlemiştir: Buna göre yetkili mahkeme klotu, bu mealde bir başlık altında yer almakta, klotun kendisi de koyu olarak basılmış bulunmaktadır. Her ne kadar, mahkemeye göre, diğer hükümlerin basım tarzı ile karşılaştırıldığında, ilk anda göze batmayan bir mizanpaj kullanılmış ise de hükmün nispeten az yazılı bir sayfada yer alması nedeniyle şekli geçerlik kriterinin gerçekleştiği kabul edilmiştir - Gittikçe mahkeme kararlarındaki kriterlere uygun hale gelen basım teknikleri karşısında, mahkemenin, gülünç duruma düşme pahasına (kararda bir sayfa bu incelemeye ayrılmıştır) şekli kriterine bağlı kalması bile görüldüğü gibi bu kararda yeterli olmamış ve buna ek olarak bir de karşı tarafta hükmün içeriğinin açıklanması kaydı aranmaya başlanmıştır.

<sup>160</sup> BGE 109 Ia 55, 57

<sup>161</sup> BGE 49 II 167, 182, 187

bileceği ifade edilmiştir. Kararda, bu hükmün baştan, irade uyumsuzluğu nedeniyle zaten sözleşme içeriği olmadığı, görüşüne ise yer verilmemiştir. Mahkeme, imzaladığı matbu sözleşme ile, yasada yer alan ve alacaklıya yöneltebileceği bütün savunmalardan feragat eden kefile, yine, ilgili hükmü sadece hata nedeniyle iptal etme imkanı tanımıştır<sup>162</sup>. 1983 yılında bir bankanın, imza taklidi nedeniyle yetkili olmayan kişilere yaptığı ödemelerden, banka hesabı sahibine karşı sorumlu olmayacağı yönündeki GİŞ beklenmez olarak nitelendirilmemiştir<sup>163</sup>. Aynı yıl verilen bir başka kararda bir satım sözleşmesinin bir banka tarafından finanse edilmesi halinde, ayıptan doğan hakların bankaya karşı ileri sürülemeyeceği hükmünün beklenmezliği de reddedilmiştir<sup>164</sup>. Buna karşılık yine 1983 yılında verilen bir üçüncü kararda, mahkeme, ilk defa beklenmezlik ilkesini yetkili mahkeme kaydı dışında uygulamıştır<sup>165</sup>. Olayda, inşaat alanında tecrübesiz olan iş sahibi, sözleşmeye dahil olan 'genel inşaat şartları' uyarınca, mimarın işi denetlemesi ve nihai masraf teklifini onaylamasına ilişkin bir hükmü kabul etmekteydi. Mahkeme, mimara, iş sahibine danışmadan onu her türlü masrafla yükümlü kılma olanağı veren bu tür bir hükmün beklenmez olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Son olarak 1993 yılında verilen bir kararda, kiraladığı bir arabanın kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamında olmayacağına ilişkin bir hüküm beklenmez bulunarak sözleşme içeriği olmadığı kabul edilmiştir<sup>166</sup>.

Yargıtay'ın bu güne kadar beklenmezlik kuralını doğrudan uyguladığı bir kararına rastlamak mümkün olmamıştır. Ancak 1996 tarihli bir kararında<sup>167</sup> şu ifadeye yer verilmiştir:

"Yukarıda sözü edilen genel işlem şartında yer alan koşul, açık ve anlaşılabilir olduğundan yanında ("olmanın yanı sıra" şeklinde anlaşılması gerekir Y.A.) birden çok anlama gelmeyen, alışılmış olanın dışında bulunmayan bir kayıttır. Aksi takdirde, sözleşenlerin karşılıklı çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun olarak denkleştirmeyen, müşterinin çıkarlarını girişimci (müteşebbis) yararına kısıtlayan şartlar geçersiz olmak durumunda kalacaktır."

PTT ile abone arasında akdedilen sözleşmede, ücret tarifelerinde da-

<sup>162</sup> BGE 64 II 380,383

<sup>163</sup> BGE 109 II 116, 118

<sup>164</sup> BGE 109 II 213, 216

<sup>165</sup> BGE 109 II 452, 458vd. Bu karar hakkında bkz. *Schenk-Engeler*, 200; *Baudanbacher*, *Ansätze*, 17,36vd.; *Gauch*, *recht* 1985, 30vd.

<sup>166</sup> BGE 119 II 443,446 = Pr.83/1994 Nr.229. Özellikle sözleşme şartlarının çok küçük punto ile kaleme alınmış olması, bu şarta ilişkin ikaz ödevinin yerine getirilmediğine kanıt sayılmıştır.

<sup>167</sup> YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 1998, 50; aynı: Y3HD 22.1.1996, 14823/3463, YKD 1996, 710, 711



ha sonra yapılacak tüm değişikliklerin kabul edilmiş sayılacağı hükmünün yer alması ve PTT'nin buna dayanarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da öngörülen gecikme faizi oranını uygulama kararı alması nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta, Mahkeme, bu hükmü alışılmış olanın dışında nitelendirmemiştir. Bu nitelendirme doğru gözükmemektedir, zira kamu kurumlarının bu yasa çerçevesinde temerrüt faizi aldığı ya da en azından özel bir düzenlemeye tâbi olduğu bilinen bir olgudur. Ancak mahkeme kararında, "alışılmış olmama" sözleşme içeriğinin denetlenmesi için bir kriter olarak kabul edilmiştir, zira yaptırımını geçersizlik şeklinde belirtilmiştir. Oysa yukarıda da ifade edildiği gibi alışılmış olmama, şaşırtıcı, beklenmez olma gibi olgular ilgili GİŞ'in hiç sözleşme içeriği olmaması sonucunu doğurur, dolayısıyla içerik denetimine gerek dahi kalmaz.

Nitekim Haziran 1998'de Yargıtay bu konudaki görüşünü daha somut olarak açıklamak imkanını bulmuştur<sup>168</sup>. Buna göre:

Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, **alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı** (vba), münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır."

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme "alışılmamış" ve "şaşırtıcı" kayıtlar arasında bir ayrım yaparak en azından şaşırtıcı kayıtların sözleşme içeriğine hiç dahil olmadığını vurgulamıştır. Ancak bu ayrım suni kalmaktadır. İkisinde de sorun aynıdır ve işleme tamamen yabancı olan hükümlerin akıbeti söz konusudur, dolayısıyla ikisinin de yaptırımını aynı olmalıdır.

## VI. İki Sözleşme Tarafının da Genel İşlem Şartları Kullanması Sorunu ("Battle of the forms")

Sözleşme akdeden tarafların ikisinin de genel işlem şartları kullanıyor olması ve ikisinin de sözleşmenin kurulması anında kendi metinlerine gönderme yapması halinde bunların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı veya birinden birinin tercih mi edileceği bir yürürlük denetimi sorunudur. Kuşkusuz bu sorun çok büyük çoğunlukla sadece tacirler arasında yaşanacaktır<sup>169</sup>, zira bir tüketicinin sözleşmeye dahil etmek istediği

<sup>168</sup> Y3HD 2.6.1998, 4263/6098; YKD 1998, 1140,1141

<sup>169</sup> Bührer, 22



hükümleri önceden bir metin haline getirmesi ve sözleşmenin kurulması anında bunlara atıfta bulunması pek ender rastlanacak bir durumdur. Ancak aşağıda sunulan çözümlerin bu istisnai halde de uygulanmasına kuşkusuz bir engel yoktur.

Bu şekilde iki sözleşme tarafının da genel işlem şartlarına atıfta bulunması halinde hangisinin sözleşme içeriği olacağı konusunda Alman doktrininde iki temel yaklaşım gözlenir<sup>170</sup>. Alman Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilen ilkinde göre, BGB § 150/II uygulanarak, son kez genel işlem şartlarına atıfta bulunan taraf kimse onun şartları sözleşme içeriği olur<sup>171</sup>. Alman Medeni Kanununun bu maddesine göre icabın kapsamını genişleten, daraltan veya herhangi bir şekilde değiştiren kabul beyanları ret ile birlikte yapılmış yeni bir icap sayılırlar<sup>172</sup>. İlk icap sahibinin susması halinde zımnen bu yeni icabı kabul ettiği farz olunur. Dolayısıyla kendi genel işlem şartları çerçevesinde bir icapta bulunan taraf, daha sonra karşı tarafın da kabul beyanında kendi genel işlem şartlarına atıfta bulunması halinde bu yeni icaba hemen ret cevabı vermesi gerekir; aksi takdirde sözleşmenin bu GİŞ çerçevesinde meydana gelmesine onay vermiş sayılır. Alman Federal Mahkemesi “son söz” sahibini kayıran bu görüşünü bazı hallerde yumuşatmaktadır. Buna göre ilk icabı yöneltenin GİŞ metninde sadece bu GİŞ çerçevesinde sözleşme akdedileceğinin yazılı olması halinde (savunma klozu/Abwehrklausel) artık ikinci icap ile sözleşme içeriği yapılmak istenen GİŞ, sözleşme içeriği olamaz. Zira sözleşme tarafının bu konudaki güveninin korunması için artık ortada bir sebep yoktur. Bu hallerde sözleşme GİŞ olmaksızın kurulmuş olur, çatışmadığı ölçüde iki tarafın da GİŞ’i uygulanır, bunun dışında ise yedek hukuk kuralları devreye girer<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Bugüne kadar ne İsviçre, ne de Türkiye’de bu konuda bir yüksek mahkeme kararının çıkmamış olması tartışmaların genelde Almanya’da ileri sürülen görüşlerin yansıtılması ile sınırlı kalmasını beraberinde getirmiştir (örn.bkz. *Bührer*, § 7).

<sup>171</sup> Bu yönde BGH BB 1951, 456; BGH BB 1952, 238; BGH NJW 1963, 1248; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 2 N.74. İsviçre hukuku için aynı yönde *Jäggi/Gauch*, Art.18 OR N.469

<sup>172</sup> Birleşmiş Milletler Satım Hukuku Konvansiyonu m.19 ise kısmen farklı bir çözüm benimsemiştir. Maddenin 1. fıkrası, değişiklik ve eklemeler içeren bir “kabul” beyanının, ret ile birlikte yapılan yeni bir icap olarak nitelendirileceğini; buna karşılık 2. fıkrası, değişikliklerin esaslı olmaması halinde icapta bulunanın hemen buna itiraz etmemesi kaydıyla sözleşmenin icap ve değişik kabul çerçevesinde kurulacağını ifade etmiştir. Özellikle semen, ödeme şekilleri, kalite ve miktar gibi objektif açıdan esaslı unsurların değiştirilmesini esaslı değişiklik sayan 3. fıkra bunun dışında sorumluluğun kapsamı ve uyumsuzlukların halli konularındaki değişikliklerin de önemli değişiklik olarak nitelendirileceğine hükmetmiştir. Genel işlem şartları içinde neredeyse her zaman bu konuda hükümler yer alacağından kabul ile birlikte gönderilen genel işlem şartlarının, BM-satım hukuku çerçevesinde de yeni bir icap olarak değerlendirileceği sonucuna varılacaktır.

<sup>173</sup> BGH WM 1986, 643

Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Özellikle iki tarafın da sözleşmenin kurulması anında GİŞ sorununa açıklık getirmeyi ihmal etmesi, hatta bilinçli olarak bu konuda herhangi bir karar almamasının olumsuz sonuçlarını sadece bir tarafın taşımak zorunda olması doğru bir çözüm olarak kabul edilmemiştir<sup>174</sup>. Taraflar, aslında sözleşmenin kurulması ve ifa edilmesi hususuna yoğunlaşmışlardır ve GİŞ'in sözleşme içeriği olması gibi bir husus o noktada iki tarafı da ilgilendirmemektedir. Bu açıdan iki tarafın da GİŞ'inin sözleşme içeriği olmadığı ancak buna rağmen sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi teklif edilmektedir<sup>175</sup>. Özellikle tarafların sözleşmenin bütün esaslı unsurları konusunda anlaşmış olması ve GİŞ'in kural olarak tâli unsurlara ilişkin olması bu konuda ileri sürülen gerekçelerden biridir. Her ne kadar BGB § 154, taraflardan birinin bile hakkında mutabakata varılmasını istediği konularda uzlaşma sağlanamaması halinde sözleşmenin kurulmamış sayılacağı düzenlenmekteyse de GİŞ sorunu açısından doktrin bu maddenin uygulanmamasına taraftardır<sup>176</sup>. Böyle bir sonucun kabulü, Alman Federal Mahkemesi gibi ilk GİŞ içinde bir savunma klotunun yer almasına da bağlı kılınmamıştır. Ancak istisnai olarak taraflardan birinin GİŞ metni dışında karşı tarafa *açıkça* sadece kendi genel işlem şartları çerçevesinde sözleşme akdedeceğini bildirmiş olması halinde (geçerlik şartı/Wirk-samkeitsvorbehalt) karşı tarafın kendi GİŞ metnine atfı ile sözleşmenin kurulmadığı kabul edilir<sup>177, 178</sup>.

Borçlar Kanunu çerçevesinde bu ikinci çözüme ulaşmak daha da kolay gözükmektedir<sup>179</sup>. Zira BK m.2 zaten esaslı olmayan konularda

<sup>174</sup> *Kliege*, 21; *Lukes*, JuS 1961, 301,306; *Bührer*, 48; *Buol*, N.183

<sup>175</sup> *Schlünder*, N.60; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.98; *Staudinger/Schlosser*, § 2 AGBG N.83; *Flume*, *Rechtsgeschäft*, 676; *Emmerich*, JuS 1972, 361,365; *Lukes*, JuS 1961, 301,306; bu yönde BGH, DB 1973, 2135,2136

<sup>176</sup> *Locher*, 55; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.98; *Soergel/Stein*, § 2 AGBG N.41; *Larenz/Wolf*, 792

<sup>177</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 N.9

<sup>178</sup> Bu iki en fazla ileri sürülen görüş dışında ayrıca doktrinde teklif edilen başka çözümler de vardır. Bunlardan biri devletler özel hukukundan da esinlenerek (bkz. MÖHUK m.24/II) borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimi ifa eden tarafın genel işlem şartlarının uygulanmasını teklif etmektedir. Ancak bu şekilde sadece bir mal veya hizmet sunanların genel işlem şartlarına uygulanma imkanı tanınacaktır ki bunun taraflar arasında adil bir denge sağladığından bahsedilemez. Aynı şekilde, kabul beyanında açıkça, icapta bulunanın genel işlem şartlarına itiraz etmemiş olan ve yalnızca kendi GİŞ metnini kabulüne eklemiş olanın aslında icapta bulunanın genel işlem şartlarını kabul etmiş sayılması görüşü de, bu sefer ilk icabı yöneltene koruması nedeniyle tek yönlü bir çözüm teşkil etmektedir (bu görüşler hakkında bkz. *Bührer*, 61vd.)

<sup>179</sup> Nitekim İsviçre-Türk hukukunda çoğunluk ikinci çözüm taraftarı gözükmektedir. Bkz. *Bührer*, *passim*; *Buol*, N.183-185; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.160; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.485; *Giger*, *Doktrin und Praxis*, 77; *Hardegger*, 59; *Hofer*, 221,226; *Baudanbacher*, *Ansätze*, 17,39; *Schwenzer*, N.45.15; *Kocayusufpaşaoğlu*, *Borçlar Hukuku*, § 23 N.3

uyuşma olmamasını (ki bu açık veya gizli olabilir) sözleşmenin kurulmasına engel saymamıştır<sup>180</sup>. Dolayısıyla icap ve kabul beyanında sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin uyuşma sağlanması ile sözleşmenin kurulduğu karinesi doğar; sübjektif açıdan esaslı olan unsurlar üzerinde anlaşma olmadığı ve bu yüzden sözleşmenin meydana gelmediğini ispatlamak bunu iddia edene düşer (oysa Alman hukukunda bu konularda da anlaşma olmadığı sürece karine sözleşmenin kurulmayacağı yönündedir, bkz. BGB § 154). Bu durumda GİŞ açısından olaya bakıldığında çeşitli alternatifler söz konusu olabilir:

- İki taraf da atıf yaptıkları GİŞ'in çeliştiğinin bilincinde olarak sözleşmenin ifası aşamasına geçmişlerse (açık irade uyuşmazlığı) daha sonra çıkan bir ihtilafta hiçbiri, kendi GİŞ'inin sübjektif açıdan esaslı unsur olduğunu, dolayısıyla sözleşmenin kurulmamış sayılması gerektiğini iddia edemeyecektir. Zira ifa aşamasına geçerek iki taraf da sübjektif açıdan esaslı olma niteliğinden vazgeçmiş sayılır<sup>181</sup>; aksini iddia etmek çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) aykırı sayılır<sup>182</sup>. Henüz ifa aşamasına geçilmeden böylesi bir ihtilafın çıkması halinde yine iddia eden tarafın kendi GİŞ'inin sübjektif açıdan esaslı unsur olduğunu ispatlaması gerekir (zira BK m.2 uyarınca sözleşmenin kurulduğu karinesi vardır<sup>183</sup>). Ancak unutulmamalıdır ki sübjektif açıdan esaslı unsurların sözleşmenin kurulmasını engelleyebilmesi için bunların bu niteliğinin karşı âkid tarafından anlaşılır olması da gerekir<sup>184</sup>. Oysa karşı tarafın GİŞ kullandığını bile bile kendi GİŞ metnine atıf yapan bir âkidin bunların sözleşme içeriği olması konusunda yeterli özeni göstermediği ve önceliği sözleşmenin kurulmasına verdiği; dolayısıyla karşı tarafın da bu esaslı olma unsu-

<sup>180</sup> BK m.2/I'de anılan "esaslı" noktalardan ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi uzun yıllar hem objektif hem de sübjektif açıdan esaslı noktaların bu çerçevede ele alınması gerektiği; dolayısıyla bunlar hakkında anlaşma olmaması halinde sözleşmenin kurulmamış sayılacağı fikrini savunmuştur. Oysa *Jäggi*'nin haklı olarak ortaya koyduğu gibi bu çözümün kabulü halinde maddede ifade edilen karinenin hiçbir anlamı kalmazdı; zira sübjektif açıdan bile esaslı olmayan unsurların sözleşmenin kurulmasını engelleyici bir etkisi zaten olamaz. Bu nedenle maddenin sadece objektif açıdan esaslı unsurlar üzerinde uyuşmayı aradığı ve, aksinin ispatlanmasına kadar, sübjektif açıdan esaslı unsurlar üzerinde uyuşma olmamasının sözleşmenin kurulmasını engellemeyeceği kabul edilmelidir (*Schönenberger/Jäggi*, Art.2 OR N.36vd.; aynı yönde *Gauch/Schluep/Schmid*, N.995vd.; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.2 OR N.10vd.; *Bührer*, 76; *A.Koller*, N.395; aksi görüşte *Eren*, 219). Bunun tayin edilmesinde ise güven kuramı belirleyici olacaktır; zira sübjektif açıdan esaslı olma niteliğinin karşı âkit tarafından güven kuramı çerçevesinde anlaşılır olması gerekir.

<sup>181</sup> Bkz. *Eren*, 225

<sup>182</sup> *Bührer*, 99; *MünchKomm/Kramer*, § 154 N.7; *MünchKomm/Kötz*, § 2 AGBG, N.31

<sup>183</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 17 N.7; *Bührer*, 108

<sup>184</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 17 N.6

runu anlamamakta haklı olduğu kabul edilebilir. Kuşkusuz özellikle, ifa edilmemiş sözleşmeler açısından her olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması doğru olacaktır.

- Eğer taraflar kendi GİŞ'inin sözleşme içeriği olmadığını bilmeden (gizli irade uyuşmazlığı) sözleşmenin ifası aşamasına geçmişler ve daha sonra çıkan ihtilafta bu yüzden sözleşmenin kurulmadığını ileri sürmüşlerse başlı başına bu davranışın dürüstlük kuralına aykırı olduğu söylenemez. Ancak yukarıda olduğu gibi sözleşmenin kurulmadığını ileri süren tarafın genel işlem şartlarının sübjektif açıdan esaslı olduğunu ve bunun karşı âkit açısından anlaşılır olduğunu ispatlaması gerekir ki bu genelde çok zor olacaktır. *Bührer*'e göre bilinçli olmayan bir irade uyuşmazlığı olmasına rağmen tarafların, GİŞ'in sözleşme içeriği olması konusunda daha titiz davranmamış olması nedeniyle bunların sübjektif açıdan esaslı unsurlar içerdiklerine ve dolayısıyla sözleşmenin kurulmasını engellediklerine ilişkin ispat neredeyse hiçbir zaman getirilemeyecektir<sup>185</sup>. Ayrıca iki tarafın da, kendi genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olduğu konusunda inancını korumayı gerektirecek bir durum da neredeyse hiçbir zaman olmayacaktır; zira iki taraf da karşı âkidin GİŞ kullandığının farkındadır.
- Eğer tarafların genel işlem şartları içinde karşı tarafın GİŞ'inin kabul edilmeyeceği yönünde açık bir hüküm yer alıyorsa (Abwehrklausel) ne olacağı sorununda da yine güven kuramı uyarınca sonuca ulaşmak gerekir. Buna göre çelişen GİŞ olmasına rağmen sözleşmenin ifası aşamasına geçilmiş olması ve bu konuda açıklık getirilmemiş olması kendi GİŞ'i için bunların sübjektif açıdan esaslı unsurlar olduğu iddiasından vazgeçildiği anlamına gelir<sup>186</sup>. Sadece genel işlem şartları içinde yer alan bir hükümle değil de, ayrıca, yazılı veya sözlü olarak karşı tarafa, kendi GİŞ'i dışında GİŞ kabul edilmeyeceğinin bildirilmiş olması halinde farklı bir çözüme ulaşılabilir. Bu da henüz ifa aşamasına geçilmediği süre ile kısıtlı olmalıdır. Bu hallerde sözleşme meydana gelmemiş sayılır. Ancak ifa aşamasına geçilmişse artık bu hükümden de feragat edildiği kabul edilmelidir.
- Teyit mektubu ile GİŞ'in sözleşme içeriği yapılmaya çalışılması halinde de farklı bir çözüm elde edilmeyecektir. İki tarafın da teyit mektubu kullanması yine birbirlerinin GİŞ'ini kabul etmedikleri ve sözleşmenin, birbiriyle uyuşan genel işlem şartları dışında,

<sup>185</sup> *Bührer*, 101; Alman hukuku için aynı yönde *Roth*, 12

<sup>186</sup> *Schmidt-Salzer*, NJW, 38

kural olarak genel işlem şartları olmaksızın meydana geldiğini gösterir<sup>187</sup>.

## VII. Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriğine Dahil Olamamasının Sonuçları

Yürürlük denetimi sonucu genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olamaması halinde sözleşmenin geri kalanının akıbeti ayrıca ele alınması gereken bir sorundur. GİŞ ya işletmenin gereği gibi bunlara atıf yapmaması ve müşteriye bunların içeriğini öğrenme imkanı vermemesi nedeniyle bütünüyle sözleşme içeriği olmayacak ya da içinden sadece bazı hükümler beklenmeyen hüküm olarak nitelendirildiği için sözleşme kapsamında kabul edilmeyecektir. Aynı sorun birbiriyle çatışan karşılıklı GİŞ kullanımı halinde de ortaya çıkacaktır. Kuşkusuz bu hallerin hiçbirinde BK m.20/II uygulama alanı bulamaz, zira sorun sözleşmenin kısmen batıl olması değil, sadece taraflardan birinin sözleşme içeriği olmasını istediği hususlardan bazılarının sözleşme içeriği olamamasıdır<sup>188</sup>. Bu nedenle sorun sözleşmenin eksik, tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olmasıdır<sup>189</sup>. Ancak BK m.20/II'nin uygulanması sorunu dışında, kanımca, baştan var olan sözleşme boşluğu ile sonradan kısmi butlan nedeniyle doğan sözleşme boşluğunun doldurulması arasında bir fark görmek mümkün değildir. Bu açıdan burada sadece kısaca sorun yansıtılacak ve ayrıntılı inceleme GİŞ'in hükümsüzlüğünün sonuçları başlığı altında ele alınacaktır<sup>190</sup>.

Hakim, GİŞ'in, kısmen veya tamamen sözleşme içeriği olamadığını tespit ettikten sonra, öncelikle, tarafların üzerinde uzlaştıkları diğer hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığını tespit etmelidir. Yani objektif olarak esaslı olan noktalar üzerinde anlaşma var mı yok mu ona bakacaktır. Eğer fiyat gibi objektif açıdan esaslı bir unsurun ge-

<sup>187</sup> Bührer, 158; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N.102; Mathys, 100; Roth, 11; Schmidt-Salzer, NJW, 37

<sup>188</sup> aynı yönde Favre-Bulle, SJ 1994, 637,651

<sup>189</sup> Bu açıdan Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında yer alan ve GİŞ'in, gerekli uyarılar yapılmadığı için tamamen veya şaşkınlık nedeniyle kısmen sözleşme içeriği olamamasının sözleşmeye etkisinin incelendiği m.18c'ye anlam vermek mümkün değildir: "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez(vba)." Dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin hangi içerikle kurulduğunun saptandığı yürürlük denetiminde, GİŞ kullanan tarafın, bu tür bir müdahale imkanı zaten yoktur. Buna karşılık asıl sorun doğuran içerik denetiminde bu açıklamaya yer verilmemiş olması büyük bir eksikliktir. Tasarı m.18f'de sadece hangi hükümlerin batıl olacağını tespit etmiş ancak burada BK m.20/II'yi dışlama gereği duymamıştır.

<sup>190</sup> Bkz. ileride § 10 IV 3

nel işlem şartlarında yer alması söz konusu ise artık bu konuda uyuşma sağlanamadığı için kural olarak sözleşmenin hiç kurulmadığı kabul edilir.

Buna karşılık sözleşmenin kurulduğu kabul edilebilen hallerde, hakim, ihtilaf konusu olan ve hakkında sözleşmede hüküm bulunmayan soruna ilişkin bir hukuk normu bulacaktır<sup>191</sup>. Eğer ilgili husus bir emredici hukuk kuralı ile düzenlenmişse bunun devreye gireceği açıktır. Emredici bir kuralın bulunmaması halinde ise hakimin, ilke olarak, öncelikle, tamamlayıcı kanun hükümlerine başvurmasını kabul etmek amaca daha uygun bir çözümdür<sup>192</sup>. Tarafların farazi iradesini araştırmak, yani ilgili hükmün sözleşme içeriği olamayacağını bilmiş olmaları halinde nasıl bir hüküm kararlaştırırlardı sorusuna cevap aramak ikinci aşamada yapılması gerektir. Zira GİŞ'in yürürlük denetiminde de amaç, taraflar arasında hak ve borçların adil bir dağılımını sağlamayan GİŞ'in yerine, taraflar arasındaki dengeyi kuracak hükümlerin getirilmesidir. Dolayısıyla bu dengeyi en iyi şekilde kurduğu varsayılan yasa hükümlerinden yola çıkılması tutarlı olacaktır. Yasalarda hiçbir hüküm olmaması ve hakimin taraf iradelerini araştırmak zorunda kalması halinde ise, taraflardan birinin iradesini somutlaştıran GİŞ metninin dikkate alınmayacağı aşıkardır. Bunun yerine taraflar, "dürüst ve makul düşünen kişiler olarak, MK m.2/I çerçevesinde, hangi çözüm üzerinde mutabık kalırlardı" sorusuna cevap aranması gerekecektir<sup>193</sup>.

BK m.2/II'nin İsviçre Borçlar Kanunundaki aslına uygun olarak anlaşılması halinde, tarafların saklı tuttıkları ikinci derecedeki hükümler hakkında daha sonra anlaşamamaları halinde, hakimin, sözleşmenin doğasına ve işin mahiyetine bakarak sözleşmedeki boşluğu doldurması gerekir. Bu hallerde yasanın tamamlayıcı hükümleri öncelikli uygulama alanı bulmaz. Ancak bu fıkranın GİŞ açısından uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira tarafların, bir konuyu, ileride yapılacak bir anlaşmaya bırakmış olmaları söz konusu değildir. Bu açıdan her halde öncelikle yasanın tamamlayıcı hükümleri devreye girecektir<sup>194</sup>.

Çatışan genel işlem şartlarının söz konusu olduğu hallerde tarafların kullandığı GİŞ'in kısmen örtüşmesi de mümkündür. Bu hallerde ilgili şartların sözleşme içeriği olduğu kabul edilecektir<sup>195</sup>. Bunun temelinde

<sup>191</sup> Söz konusu olan *şarıtlılık* nedeniyle sözleşme içeriği olamayan bir norm ise genelde bunun yerini alacak bir sözleşme düzenlemesine ihtiyaç yoktur. Zira bu hüküm sözleşmeye yabancı bir düzenlemedir (Schmidt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.25).

<sup>192</sup> Bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 33 N.2

<sup>193</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 33 N.1

<sup>194</sup> *Bührer*, 108-109; bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 17 N.11; BK m.2/II'nin sadece, tarafların açıkça bir konuyu, ileride yapılacak bir anlaşmaya bırakmaları halinde uygulanacağı hakkında bkz. BGE 83 II 522,523

<sup>195</sup> *Bührer*, 111; *OR/Bucher*, Art.1 N.68; *Schwenzer*, N.45.15; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 2 N.78



yatan düşünce taraf iradelerine mümkün olduğu kadar geniş ölçüde yer vermektir. Ancak birbiriyle bağlantılı olan şartların bir kül olarak ele alınmasında fayda vardır. Örneğin ayıp hükümlerine bağlanan sonuçların çatışması ve dolayısıyla sözleşme içeriği olamaması halinde, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemelerin yerini de, uyuşuyor olsalar bile, bu konudaki yasa hükümlerinin alacağı kabul edilmelidir.

### VIII. Değerlendirme

Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi kuşkusuz tüketicinin korunması açısından büyük bir önem arz etmektedir. Ancak Alman ve İsviçre uygulamasında da yaşandığı gibi işletmelerin bu konuda mahkemelerin aradığı ölçütlere çok çabuk ayak uydurmaya başladıkları ve bu denetimi büyük ölçüde etkisiz bıraktıkları da yadsınamaz. Müşteriye baskılı metnin verilmesi ve bireysel hükümlerin de doğrudan bu metne eklenerek bunun altına müşterinin imzasının alınması ile artık yürürlük denetimi imkanı büyük ölçüde ortadan kalkar<sup>196</sup>. Beklenmeyen hükümler açısından daha sıkı ön koşullar kabul edilse bile işletmelerin her zaman bu koşulları da yerine getirme imkanı mevcuttur<sup>197</sup>.

Müşteriye bu şekilde GİŞ içeriği hakkında bilgi sahibi olma imkanı verilmesi ve hatta şaşırtıcı hükümlerin özel olarak açıklanması halinde bile unutulmamalıdır ki müşteri, neredeyse hiçbir zaman fiilen bu şartların değiştirilmesi yönünde etkin olamayacaktır<sup>198</sup>. İçeriği hakkında bilgilendiği bu şartlar altında sözleşme yapmayı reddedip başka bir işletme aramasının da bir anlamı yoktur, zira piyasada sadece bu tür GİŞ kullanan işletmelerle karşılaşacaktır. Bu nedenle asıl ağırlığın içerik denetimine verilmesi gerektiği yadsınamaz<sup>199</sup>. İsviçre Federal Mahkemesinin uzun yıllardır sadece yürürlük denetimi ile sınırlı içtihadına doktrinde yöneltilen eleştiriler incelendiğinde, Türkiye açısından Yargıtay'ın aynı eğilimde olmaması ve içerik denetiminden kaçınmaması takdirle karşılanmalıdır<sup>200</sup>. İlk aşamada bir filtre görevini görmesi açısından yürürlük de-

<sup>196</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.208

<sup>197</sup> *Bauer*, 55; *Hausheer*, ZSR 1976, 225,286; *Hardegger*, 68; *Baudenbacher*, Ansätze, 17,35

<sup>198</sup> *Baudenbacher*, AGB, 307; *Weber*, SAG 1984, 150,156

<sup>199</sup> *Weber*, SAG 1984, 150,156; *Soyer*, 146; Alman GİŞ yasası çıkmadan önceki dönem için *Brandner*, JZ 1973,613, 615

<sup>200</sup> bkz. Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140,1141; YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 1998, 50,51. Ancak Yargıtay'ın yürürlük denetimini hiç uygulamadan her türlü GİŞ'i sözleşme içeriği olmuş kabul etmesi de dogmatik açıdan doğru bir çözüm değildir. İleride verilecek kararlar için temenni edilen, en azından her GİŞ kullanılan sözleşmede bunların sözleşme içeriği olmuş sayılıp sayılmayacağı hakkında inceleme yapılması ve ancak buna olumlu yanıt alınması halinde ardından içerik denetimine geçilmesidir.



netimi önem taşıyabilir, ancak salt bununla sınırlı olarak GİŞ sorununa yaklaşılması hukuk politikası açısından yanlış bir yaklaşımdır<sup>201</sup>. Bu şekilde palyatif çözümler üretmekten öteye gidilemeyecektir.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de genelde beklenmezlik kuralını uygularken aslında adil olmayan hükümleri sözleşmelerden ayıklamaya çalışmakta; Bu yolla örtülü bir içerik denetimi gerçekleştirdiği için de sıkça eleştiriye uğramaktadır<sup>202</sup>. Mahkeme açıkça bir içerik denetimi yapmaktan kaçındığı için, dogmatik açıdan çok tartışma yaratacak şekilde, irade uyuşmazlığına dayalı bir denetim yapılmaktadır. Bu yaklaşım ise, genel işlem şartları sorunu bir yasa çerçevesinde ele alınmadığı sürece tüketiciler açısından kalıcı bir çözüm sunmaktan uzaktır.

<sup>201</sup> *Raiser*, Richterliche Kontrolle, 123,130,133

<sup>202</sup> *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505,517; *Kramer*, SJZ 1985, 21; *Schwenzer*, N.45.12; *Bauer*, 55; *Hardegger*, 73; *Schenk-Engeler*, 201; *Weber*, SAG 1984, 150,152; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,109; *Favre-Bulle*, L'abus de droit, 139,151; *Nordmann*, 66

Türk hukukunda genel işlem şartları hakkında ilk monografiyi yazan *Oğuz* da içerik denetimini reddederek ve yürürlük denetimine geniş bir uygulama alanı tanıyarak aynı eleştiriye hedef olmaktadır. Yazara göre “genel işlem şartlarını sözleşmenin içeriği haline getiren ilişkilendirme beyanının, sözleşme içeriğinin kısmen düzenlenmesi hususunda bir yetki beyanı niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Sözleşme içeriğini, kullandığı kendi genel işlem şartları vasıtasıyla düzenleyen taraf ise bu düzenlemeyi yaparken tamamen serbest değildir. Kendisine verilen yetkinin sınırları içinde kalmak zordur (43).” “... girişimciye verilen sözleşmeyi düzenleme yetkisi, halihazırda kurulmuş menfaatler dengesinin yıkılmasına hizmet edecek şekilde kullanılmazlar. Genel işlem şartları içinde bu tür etkileri haiz kayıtların, bu sebeple sözleşmeye alındığının kabulü mümkün değildir. İlişkilendirme anlaşması bu tür kayıtları kapsamaz... Örneğin kendisi ile aynı konuda düzenleme getiren tamamlayıcı hukuk kuralından esaslı biçimde ayrılan genel işlem şartları, ilişkilendirme anlaşmasının dışında kalmış sayılmalıdır. (111-112)” Görüldüğü gibi *Oğuz*, adil olmayan sözleşme hükümlerini doğrudan sözleşme içeriği kabul etmeyerek sorunu çözmeye çalışmaktadır. Ancak yazar bu konuda tutarlı bir dogmatik gerekçe sunmaktan uzaktır (bkz. ileride § 10 II 5).

## § 9. Genel İşlem Şartlarının Yorumlanmasında Başvurulacak İlkeler

### I. Yorumun Konusu

#### 1. Genel Olarak

Yürürlük denetiminden geçen genel işlem şartları metni, ikinci adım olarak yoruma tâbi tutulacaktır. Yorumun içerik denetimine nazaran öncelik taşıması gerektiği açıktır<sup>1</sup>. Zira ancak içeriği tam olarak tespit edilmiş olan genel işlem şartının daha sonra bu içerikle denetimden geçip geçemeyeceği belirlenebilir. Oysa yorum yoluyla ilgili genel işlem şartı yerine taraflar arasında yapılmış bir bireysel anlaşmanın uygulanacağını tespit edilmesi mümkün olduğu gibi, genel işlem şartının anlamının belirsiz olması nedeniyle zaten müşteri lehine olan bir anlamın tercih edilmesi de söz konusu olabilir; iki halde de içerik denetimi yapma ihtiyacı ortadan kalkar. Dolayısıyla ilk aşamada GİŞ'e nazaran öncelikle uygulanması gereken bir bireysel anlaşmanın var olup olmadığı incelenecek, daha sonra, bunun olmadığı anlaşıldığında ise ilgili genel işlem şartının yorumlanması söz konusu olacaktır. GİŞ'in tam içeriği bulunduktan sonra artık bu içeriğin denetimine geçilmesi mümkündür.

#### 2. Genel İşlem Şartları Karşısında Bireysel Anlaşmaların Önceliği

##### a) Çelişen genel işlem şartı ve bireysel anlaşma

Genel işlem şartları sayısız sözleşme için önceden kaleme alınmış olan metinler olduğundan, her bir sözleşmenin somut ihtiyaçlarına uygun hükümler içermeleri mümkün değildir. Bu nedenle tarafların, GİŞ kullanımını kabul etmelerine rağmen, aralarında bazı bireysel anlaşmalar yapması normaldir<sup>2</sup>. Bu hallerde GİŞ metni içinde yer alan ve birey-

<sup>1</sup> Fastrich, 22; Berner Kommentar/Kramer, Art.19-20 OR, N.124; Larenz/Wolf, 794

<sup>2</sup> Örneğin GİŞ içindeki aksine düzenlemeler var olmasına rağmen müşteriye iskonto yapılması, verginin işletme tarafından ödeneceğinin kararlaştırılması veya yeni ifa tarihinin saptanması gibi.

sel anlaşma ile çelişen hükmün üzerinin çizilmesi veya sözleşmeye sadece bireysel anlaşmalarla çelişmeyen genel işlem şartlarının uygulanacağı yazılması taraflar arasında ileride tartışma çıkmasını engelleyecektir. Ancak sık sık böyle bir önlem alınmadığı için veya işin niteliği gereği alınmadığı için içerikleri farklı iki hükmün bağdaştırılması sorunu doğmaktadır<sup>3</sup>.

Alman GİŞ yasası § 4'de bu konuda açık bir düzenleme getirilmiş ve böyle bir çatışma halinde taraflar arasındaki bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanacağı tespit edilmiştir. Ancak bu hüküm getirilmeden önce de gerek Alman doktrini gerekse uygulaması bu kuralı istisnasız uygulamaktaydı<sup>4</sup>. Nitekim İsviçre-Türk hukuku açısından da bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır<sup>5</sup>. *Schuler*'in ifade ettiği gibi genel işlem şartları ancak tarafların ortak iradesini yansıttığı sürece önem taşır. Aksine düzenleme yapılmış olması halinde artık bu ortak irade yoktur ve beyanlarda görünürde bir çelişki olmasına rağmen sözleşmenin güven kuramı ışığında yorumlanması bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanması sonucunu doğurur<sup>6</sup>. *Raiser*'in soruna yaklaşırken başvurduğu, özel hüküm genel hükümden önce uygulanır kuralı<sup>7</sup> (lex specialis derogat lex

<sup>3</sup> Örneğin hazır ev imalatçısı bir işletme ile sözleşme akdedilirken kesin bir vade tespit edilmişse, sözleşmeye ekli bulunan GİŞ içinde yer alan ve ifa tarihinin bir ay geriye atılabileceğini belirten bir hüküm etkili olmaz (BGH BB 1984,1771). Yine taraflar arasındaki görüşmelerin bir sonucu olarak konşimentonun ön yüzünde time-charter yapan kişinin taşıyan olduğu belirtilmişse, arka yüzde yer alan matbu konşimento şartları arasında "identity of carrier clause"unun, yani donatanın taşıyan olduğu klozunun yer alması önem taşımaz (BGH, NJW-RR 1990, 613vd.). İtalyan Medeni Kanunu m.1342'de, taraflar arasında sözleşmenin matbu formüllerle yoluyla akdedilmesi halinde bu formülere eklenen hükümlerin öncelikle uygulanacağını ve bunun için aksine matbu hükümlerin üstünün çizilmiş olmasının aranmayacağını açıkça düzenlemektedir.

<sup>4</sup> *Raiser*, AGB, 230; *Schmidt-Salzer*, AGB, 171; BGHZ 49, 84,87; 52, 30, 35; bkz. *Zoller*, JZ 1991, 850

<sup>5</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.210; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.491; *Giger*, AGB, 67; *Merz*, Massenvvertrag und AGB, 313, 332; *Jäggi/Gauch*, Art.18 OR N.471; *A.Koller*, N.1594 vd.; *Bührer*, 15 ve 142; *Hardegger*, 40; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.11; *Oğuz*, 83vd.; *Oğuzman/Öz*, 21; BGE 88 II 341,347; BGE 70 II 212,214; Y11HD 14.4.1995, YKD 1995, 1407,1411 ("Genel kabule göre, taraflar arasındaki genel işlem şartlarının aksini sözleşmenin bir maddesi ile kabul etmişlerse bu kabulleri geçerlidir ve önce aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir."); Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140-1141 ("... genel işlem şartlarının ... uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde ... münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı ... ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.). Sigorta poliçesi şartları açısından bkz. *Bahtiyar*, Mehmet, "Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar", Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, 133-148

<sup>6</sup> *Schuler*, 121. AGBG § 4'ün bir yorum kuralı olduğu yönünde bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 N.1 ve 7

<sup>7</sup> *Raiser*, AGB, 231. Aynı yönde *Larenz/Wolff*, 797. *Zoller*'e göre bu nitelendirme doğru de-

generali), ya da *Kramer*'in<sup>8</sup>, bireysel anlaşmaya rağmen GİŞ'e dayanmanın çelişkili davranış yasağına aykırı olacağı görüşü de sonuç itibarıyla aynı çözüme ulaşmaktadır<sup>9</sup>. *Zoller*'e göre tarafların eşit konumlarda, pazarlık yaparak tespit ettikleri hükümler açısından bir "adalet teminatı" (Richtigkeitsgewähr) söz konusudur. Buna karşılık taraflardan birinin tek başına belirlediği ve üstün konumu nedeniyle dikte etme imkanına sahip olduğu hükümler açısından sözleşmelerde var olan bu "adalet teminatı" ortadan kalkar; dolayısıyla bunlar arasında normlar hiyerarşisi açısından bakıldığında bir ast-üst ilişkisi vardır ve meşruluğu tartışmasız olan bireysel anlaşma öncelikli olarak uygulanır<sup>10</sup>.

Bireysel anlaşmanın yazılı veya sözlü<sup>11</sup>, açık veya zımni<sup>12</sup>, sözleşme kurulmadan önce veya sonra yapılmış olması kural olarak önem taşımaz<sup>13</sup>. GİŞ kullanan işletmecinin GİŞ'in içeriğinden ayrılan tek taraflı hukuki işlemleri veya sadece GİŞ'den sapıldığı inancını doğurmaya elverişli tavırları da GİŞ'in uygulanmasını engelleyebilir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, satıcının, bir malın nitelikleri konusunda taahhütte bulunması halinde (BGB § 459, BK m.194), GİŞ'de yer alan sorumsuzluk kaydına rağmen, malın ayıplı çıkmasından kaynaklanan zararları tazmin etmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>14</sup>. Bu taahhüdü mahkeme bireysel anlaşmanın doğması için yeterli saymıştır. Bu örneğin de gösterdiği gibi bireysel anlaşma ile genel işlem şartı arasındaki çelişkinin açık bir çelişki olması aranmaz. İki hüküm arasında var olabilecek her türlü içerik farklılığı bireysel anlaşmanın öncelikli uygulanması sonucunu doğur-

---

ğildir, zira özellik niteliği genelde her tüketici ile aynı anlaşmanın yapıyor olması nedeniyle mevcut olmayacaktır (JZ 1991, 850,851).

<sup>8</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.210; aynı yönde *Baumann*, BB 1980, 551; *Bührer*, 15; *Hardegger*, 40; *Schmidt-Salzer*, AGB 184

<sup>9</sup> *Baudenbacher*, AGB, 267

<sup>10</sup> *Zoller*, JZ 1991,850,853; benzer bir açıklama için bkz. *Merz*, Massenvertrag und AGB, 313, 332; *Baudenbacher*, Ansätze, 17,38

<sup>11</sup> *Giger*, AGB, 68

<sup>12</sup> Örneğin Alman Federal Mahkemesinin ele aldığı bir olayda genel işlem şartlarında işletmenin iki markadan birini tercih ederek ifade bulunabileceği kaleme alınmış, ancak sözleşme görüşmelerinde müşterinin sadece bir markanın ifasında menfaat sahibi olduğu anlaşılmıştır. Mahkemeye göre, bu durumu işletme de anlamışsa artık bu şekilde ifade bulunması gerekir (BGH, NJW 1970, 992). Alman İmparatorluk Mahkemesinin verdiği bir kararda ise, bir sigorta şirketi ile zarar sigortasına ilişkin sözleşme imzalayan müşteri, icabında özellikle belli tür zararların sigortalımasını istediğini yazmış, şirket ise bu konuda bir itirazda bulunmadan icabı kabul etmiştir. Daha sonra sigorta genel şartlarından tam da o zararın sigorta kapsamı dışında olduğu anlaşılırsa artık bireysel anlaşma öncelikle uygulanacaktır (RGZ 86,128,132; karş. *Schmidt-Salzer*, AGB, 171).

<sup>13</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 4 N.5; *Schlünder*, N.792

<sup>14</sup> BGH WM 1977, 365,366; aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi, bir garaj işletmecisinin arabanın tamiri ve bakımını üstlenmiş olması halinde ekli GİŞ metninde donma zararları için sorumluluğun bertaraf edilmesini kabul etmemiştir (BGE 73 II 218).

rur<sup>15</sup>. Frankfurt İstinaf Mahkemesi'ne göre banka ile tüketici arasında akdedilen sözleşmede kredinin taksit taksit ödeneceği konusunda bir anlaşma yapılmışsa, GİŞ içinde yer alan ve bankaya, kredi sözleşmesini her an sebepsiz feshederek kredinin tümünü geri isteme hakkı veren hüküm çelişki nedeniyle uygulama alanı bulamaz<sup>16</sup>. Türk bankacılık uygulamasından örnek vermek gerekirse:

“Banka bu krediyi limit içinde tamamen veya kısmen kullanarak kullandırmama, ... veya kredinin tamamını her an kesme yetkisine kayıtsız şartsız sahiptir.” “Banka dilediği anda, noter aracılığıyla veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla, bu sözleşmeye dayanan cari hesaplarının bir kısmını veya tamamını kesebilir yahut sözleşmeyi feshedebilir” (... Bankası Genel Kredi Taahhütnamesi m.3/II, m.11)

Bu tür bir hükmün, kredinin belirli süreli bir sözleşme ile verilmesi halinde, özel hüküm karşısında uygulama alanı bulamayacağı kabul edilecektir<sup>17</sup>. Yine aynı doğrultuda bir bankanın GİŞ'i içinde, bankanın her türlü danışmanlık faaliyetlerinden ötürü sorumsuz olduğu hükmü yer alıyorsa, banka ile müşteri arasında yapılan özel danışmanlık sözleşmesi için de bu hükmün uygulanması düşünülemez. Aralarındaki özel ilişkinin niteliği böyle bir sorumsuzluk kaydına aykırıdır<sup>18</sup>.

Bireysel sözleşmenin mutlaka müşteri lehine GİŞ'den sapması gerekmez<sup>19</sup>. Bazen GİŞ'de yer alan düzenlemenin daha elverişli olması da mümkündür. Ancak bu hallerde bir bireysel sözleşmenin varlığını kabul konusunda daha titiz davranmakta fayda vardır<sup>20</sup>.

## b) Geçerli bir bireysel anlaşmanın varlığı

Genel işlem şartları karşısında taraflar arasındaki bir bireysel an-

<sup>15</sup> *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.492; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N. 212; *Hardegger*, 40; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 N.12; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 4 N.9; *Locher*, 63; *Zoller*, JZ 1991, 850; *Teoman*, 69

<sup>16</sup> OLG Frankfurt, BB 1952, 871. İsviçre hukuku için aynı yönde bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 70 II 212,214; *Guggenheimer*, 43; *Hardegger*, 43

<sup>17</sup> Olağanüstü feshi gerekli kılan şartların (haklı sebep) gerçekleşmesi halinde süresinden önce banka sözleşmesinin sona erdirilebilme imkanı hakkında bkz. ileride § 11 IV

<sup>18</sup> BGH, NJW 1964, 2058,2059; bkz. *Schmidt-Salzer*, AGB, 173; *Kramer*, ÖJZ 1973, 509,513; *Oğuz*, 84. Ancak GİŞ ile bireysel anlaşma arasındaki çatışmanın ilgili GİŞ'in tamamen sözleşme dışında kalmasını gerektirecek kadar yoğun olması gerekmez. Bazı hallerde çatışmanın yorum yoluyla bertaraf edilmesi mümkündür. Örneğin işletmenin satacağı malı imalatçıdan alacak olması ve teslim tarihinin vadeye bağlanmış olması halinde, GİŞ'de, imalatçının yapabileceği fiyat artışlarının müşteriye yansıtılacağı yazılmış ise, somut olayda müşteriye bir indirim yapılmış olması ileride fiyat artışlarının yansıtılmasını engellemez; ancak başta yapılan indirim oranında bir indirim daha sonra da yapılır.

<sup>19</sup> BGH WM 1990, 679; *Schlünder*, N.798; *Larenz/Wolf*, 797; *Teoman*, 71

<sup>20</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 4 AGBG, N.3

laşmanın öncelikli uygulanabilmesi için kuşkusuz geçerli bir bireysel anlaşmanın var olması gerekir. Sadece bu anlaşmaya etkili olacak bir geçersizlik sebebinin varlığı halinde kural olarak ilgili genel işlem şartının uygulanmasına bir engel kalmaz<sup>21</sup>. Bütün hukuki işlemler için geçerli hükümsüzlük sebeplerinin ötesinde bu anlaşmalar için bir özellik söz konusu değildir. Kural olarak sözlü yapılmalarına herhangi bir engel düşünülemez; ancak GİŞ'den ayrılan müşteri lehine sözlü bir anlaşmanın varlığını müşterinin ispatlaması gerekir<sup>22</sup>.

Uygulamada sık karşılaşılan bir olgu, GİŞ metinlerinde, bireysel anlaşmaların hiç yapılamayacağı veya ancak yazılı şekilde yapılması halinde geçerli olacağı hükmünün yer almasıdır. Burada amaç, tacir yardımcıları tarafından GİŞ içeriğinden sapan düzenlemeler yapılmasını mümkün olduğu kadar engellemektir<sup>23</sup>. Bu hükümler karşısında bireysel anlaşmanın ayakta kalıp kalamayacağı önemli bir sorundur.

Burada bir ayırıma gidilerek soruna yaklaşılmasında fayda vardır. Doğrudan işletme sahibinin bu tür bir şarta rağmen bireysel bir anlaşma yapması ile işletmecinin değil, temsilcilerinin bireysel anlaşma yapması farklı çözümler gerektirebilir. Gerek İsviçre gerekse Alman doktrini *işletmecinin* kendisinin bu tür sınırlayıcı bir şarta rağmen bireysel anlaşma yapmasını zımnen ilgili GİŞ hükmünü kaldırdığı şeklinde yorumlamaktadır<sup>24</sup>. Buna karşılık *işletmecinin temsilcileri* tarafından böyle bir anlaşmanın yapılması halinde temsilcinin niteliğine bakılmak gerekir. İşletmenin bir alter egosu olan ticari mümessil için temsil yetkisinin sınırlanması zaten söz konusu olamaz. Bunların, aynı işletmecinin kendisi gibi, GİŞ'de yer alan sınırlamaya rağmen yazılı veya sözlü bireysel sözleşme yapmasına bir engel getirilemez<sup>25</sup>. Buna karşılık diğer temsilciler aç-

<sup>21</sup> Locher, 63; Ulmer/Brandner/Hensen, § 4 N.11; Schlünder, N.823. Zoller'e göre bireysel anlaşmanın geçersizliğini doğuran sebep ex tunc etkili ise ilgili GİŞ'in sözleşme içeriği olmasına engel yoktur. Buna karşılık hükümsüzlük ex nunc ise artık baştan itibaren ilgili genel işlem şartı da sözleşme içeriği olmamış sayılır; dolayısıyla artık yedek hukuk hükümlerini uygulamak gerekir (Zoller, JZ 1991, 850,854).

<sup>22</sup> MünchKomm/Kötz, § 4 AGBG, N.5

<sup>23</sup> Özellikle işletmeci açısından da bir kartelin parçası olması nedeniyle belirli GİŞ metninden sapmama yükümlülüğü olabilir. Bu tür oluşumlar hakkında bkz. yukarıda § 5 II.

<sup>24</sup> Locher, 65; Wolf/Horn/Lindacher, § 4 N.33; MünchKomm/Kötz, § 4 AGBG, N.10; Raiser, AGB, 235; Schmidt-Salzer, AGB, 184; Emmerich, JuS 1972, 361,366; Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N. 213; A.Koller, N.1599; Schuler, 122; Giger, AGB, 68; Schönenberger/Jäggi, Art.1 OR N.494; Hardegger, 40. Türk hukuku için aynı görüşte Soyler, 87. Nitekim BK m.16 uyarınca tarafların kararlaştırdıkları şekil şartından, herhangi bir şekle uyulmadan vazgeçilmesinin mümkün olduğu GİŞ sorunundan bağımsız olarak da kabul edilmektedir (Berner Kommentar/Schmidlin, Art.16 OR N.44).

<sup>25</sup> AB-yönergesine ekli bulunan yasak listesinin 1/n hükmü de şu düzenlemeyi getirmektedir: "Meslek sahibinin temsilcileri tarafından üstlenilen yükümlülükleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belirli bir şekil şartına uyuşmuş olmasına bağlayan kayıtlar" kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilir.

sından GİŞ'de yer alan sınırlamanın kural olarak geçerli kabul edileceği ve ancak hukuki görünüşe güvenin korunmasını gerektirecek bir durumun varlığı halinde bunların yapmış olduğu bireysel anlaşmanın işletmeciyi bağlayacağı kabul olunur<sup>26</sup>. *Locher*'in verdiği bir örnekle somutlaştırılacak olursa: bir takımın taraftarı, futbol maçı için bilet alırken stadyum sahibi kulübün, meydana gelebilecek zararlardan sorumlu olmadığını açıklayan ilanını görüp kulübün yöneticilerinden birine gider ve bu konuda şikayetçi olursa ve yönetici, kendisi için bu kuralın uygulanmayacağını dile getirirse artık bireysel anlaşmanın geçerliliği konusunda şüphe olamaz. İlgili genel işlem şartlarında aksine bireysel anlaşmaların ancak yazılı olarak yapılacağı hükmü yer alsaydı sonuç değişmez. Buna karşılık aynı taraftar bileti satın aldığı gişe memurunun kendisini sempatik bulup bu sorumsuzluk kaydının ona uygulanmayacağını bildirmesi halinde bu bireysel anlaşmanın geçerliliğini iddia edemez. Zira ilgili kişinin kulübü temsil yetkisinin olmadığı aşıkardır ve bu konuda bir hukuki görünüş de yaratılmamıştır<sup>27</sup>.

İşletme tarafından kendilerine sözleşme akdetme yetkisi verilmemiş olan aracılar açısından sorun, bunların müşterinin icabını işletmeye nasıl aktardıklarıdır. Eğer işletme bir teyit mektubu ile sözleşme içeriğini bir daha teyit etmezse sözleşme müşterinin icabına göre şekillenir. Ancak bu icabın yanlış aktarılması, yani tellala bildirilen bireysel anlaşmalara ilişkin bilgilerin aktarılmaması halinde ne olur? Alman uygulamasına göre tellalın görüşmeleri yanlış aktarmasının sonuçlarına işletme katlanır. Dolayısıyla sözleşme bireysel anlaşmaları da ihtiva edecek şekilde kurulur. İşletmenin bunu engellemek için yapabileceği, genel işlem şartları metninde göze batacak şekilde örneğin imza yerinin üzerine, temsilcisinin genel işlem şartları çerçevesini aşan icapları aktarmaya yetkili olmadığını yazmaktır<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> *Locher*, 65; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 4 N.33; *MünchKomm/Kötz*, § 4 AGBG, N.10; *Schlünder*, N.813; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N. 213; *Giger*, AGB, 68; *Hardegger*, 41; *Wiegand*, 129,149; *OR/Bucher*, Art.1 N.54; *Schönenberger/Jäggi* ise bu ayrımı yapmaksızın temsilcilerin fiillerinin her halde işletmeyi bağlayacağı kanaatindedir (Art.1 OR N.519). Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda bir garaja arabasını ve içindeki çok değerli mallarını bırakan kişiye oradaki park bekçileri, tekrar tekrar, merak etmemesini ve zaten bu garajda sigortalı olduğunu söylemişlerdir. Daha sonra arabanın içindekiler çalınmış ve otoparkta yapılmış olan bir ilan ile sorumluluğun, müstahdemlerin ağır ihmali dahil olmak üzere bertaraf edildiği anlaşılmıştır. Mahkeme bu durumda ilgili bekçilerin işletmeyi temsile yetkili olmadıkları ve dolayısıyla sorumluluğun genişlemeyeceğine karar vermiştir (BGH NJW 1968, 1718).

<sup>27</sup> *Locher*, 65. Eğer sürekli olarak gişe memurunun bu tür sözleşmeler akdetmesine göz yumulmuşsa, belki o takdirde bir güven olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilebilir (*Wolf/Horn/Lindacher*, § 4 N.43). Hem GİŞ, hem de bireysel sözleşmelerde yer alan yazılı şekil klozları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Breitling*, Siegfried, Bedeutung und Wirkung von Schriftformklauseln, Pfaffenweiler 1994.

<sup>28</sup> *Raiser*, AGB, 238; *MünchKomm/Kötz*, § 4 AGBG, N.10



Genel işlem şartları metninde, bu şartlarla tarafların tüketici olarak aralarındaki sözleşmeye ilişkin her şeyi düzenlediklerinin ve herhangi bir bireysel sözleşme yapılmadığının yazılı olması halinde (Vollständigkeitsklausel) bunların sadece bir ispat düzenlemesini teyit ettikleri kabul edilmelidir<sup>29</sup>. Dolayısıyla “bu sözleşmeye ekleme veya değişiklik yapılmamıştır” gibi bir hüküm geçerli sayılır, ancak aksini ispat etmek her zaman mümkündür. Zira zaten bireysel anlaşma yapıldığını ispatlama külfeti müşteridedir ve ispat külfetinin bu hükümle yer değiştirmesi söz konusu değildir. Önemli olan GİŞ metninde aksinin ispat edilmesinin mümkün olmadığının yazılı olmamasıdır. Bu şekilde bir hüküm ise her halde içerik denetimine tâbi olacaktır<sup>30</sup>.

## II. Yorumda İzlenecek Yöntem

### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarının yorumlanmasında iki farklı bakış açısı mevcuttur. İsviçre doktrininde hakim olan görüşe göre, klasik sözleşmelerde olduğu gibi, genel işlem şartları çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde de somut sözleşmenin özelliklerini dikkate alan bir yorum yöntemi uygulanmalıdır (sübjektif yorum yöntemi)<sup>31</sup>. Oysa Alman hukukunda bugün için hakim fikir<sup>32</sup>, genel işlem şartlarının tek bir sözleşmeye değil, genel olarak birden fazla sözleşmeye uygulanması söz konusu olduğundan yasa benzeri, soyut ve genelleyici bir yorum yöntemi benimsemektir (objektif yorum yöntemi).

Bir sözleşmenin yorumu yoluyla, hakim, tarafların kararlaştırdığı sözleşme içeriğini tespit etmektedir. Burada artık taraflar, sözleşmenin meydana geldiği konusunda hemfikirdirler; ancak sorun sözleşmenin nasıl bir içerikle meydana geldiğini tespit etmektedir. Hakimin sözleşme-

<sup>29</sup> Schlünder, N.802

<sup>30</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 4 N.39; MünchKomm/Kötz, § 4 AGBG, N.9

<sup>31</sup> Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N. 218; Gauch/Schlupe/Schmid, N.1241; Bucher, 159; A.Koller, N.1609; Bauer, 48; Forstmoser, Doktrin und Praxis, 50; Ramstein, RIW 1988, 440,443; Merz, Abhandlungen, 313,331; Jäggi/Gauch, Art.18 OR N.466; Lört-scher, 108; Hardegger, 69; Buol, N.207; Isler, ZSR 1982, 377,385; Merz, Länderbericht, 67,90; Bürgi, 23; Wessner, Consommateur, 57,68; Favre-Bulle, L'abus de droit, 139,145. Türk hukuku için aynı yönde Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.13; Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, 77; Oğuz, 79 ve 82 (ancak s.76'da aksine bir ifade kullanılmıştır). Özellikle sigorta genel şartlarının yorumunda objektif yöntemin uygulanması yönünde, M.Keller, SJZ 1961, 313,320; Akyol, 36; genel iş koşulları açısından aynı görüşte Soyer, 130

<sup>32</sup> Raiser, AGB, 252vd.; MünchKomm/Kötz, § 5 AGBG, N.2; Sambuc, NJW 1981, 313; Ulmer/Brandner/Hensen, § 5 N.8 ve N.13vd; Schlünder, AGB, § 5 N.1; Locher, 61. Henüz RGZ 81,117,119'da bu düşünce ifade edilmiştir. Aksi yönde Wolf/Horn/Lindacher, § 5 N.6; Emmerich, JuS 1972, 361,366

yi yorumlarken öncelikli hedefi, tarafların uyuşan gerçek irade beyanlarını bulmaktır (doğal konsensüs). Eğer bunu tespit etmek mümkünse sözleşme uyuşan bu irade beyanları çerçevesinde kurulmuş olur (BK 18/I)<sup>33</sup>. Ancak gerçek iradelerin tespit edilmesi mümkün olmayan hallerde hakim objektif yorum yoluyla tarafların iradesini belirleyecektir (normatif konsensüs). Buna göre adil ve dürüst düşünen sözleşme taraflarının, mevcut koşullarda, yorumlanacak kavramları kullanarak neyi ifade etmek isteyecekleri araştırılacaktır<sup>34</sup>.

Bu doğrultuda genel işlem şartlarının anlamı tespit edilirken öncelikle tarafların uyuşan gerçek iradeleri belirlenmeye çalışılır. Bunun tespit edilememesi halinde ise ne işletmenin sübjektif bakış açısı ne de müşterinin sübjektif bakış açısı dikkate alınır. Aksine müşterinin var olan şartlar çerçevesinde dürüstlük kuralı gereği ne anlaması gerektiği esas alınarak sözleşme yorumlanır<sup>35</sup>. Bu bağlamda hükmün lafzı, sözleşme içinde bulunduğu yer, sözleşme görüşmelerinin yürüyüş şekli, sözleşmenin somut amacı (*ratio contractus*), müşterinin o branşta deneyim sahibi olup olmadığı ve tarafların menfaatleri hep değerlendirmeye katılır<sup>36</sup>.

Özellikle *Raiser* tarafından savunulan objektif yorum yöntemi ise genel işlem şartlarının sosyolojik yönünün dikkate alınması düşüncesi üzerine kuruludur. Soyut ve genelleyici şekilde kaleme alınan GİŞ metni, karşı âkidin anlayışı dikkate alınmaksızın, tipik, ortalama müşterinin anlayışı çerçevesinde yorumlanır. Hakimin yapması gereken somut müşterinin değil bütün bir müşteri çevresinin menfaatleri ve GİŞ kullanan kişinin menfaatleri arasında yorum yoluyla dengeyi sağlamaktır. Tekil GİŞ kullanımı değil tipik olarak GİŞ kullanımı halinde doğan sorunlar belirleyicidir<sup>37</sup>.

Nitekim bugün için Alman Federal Mahkemesinin içtihadı hakkında şu esaslar tespit edilebilir<sup>38</sup>: 1. Sadece GİŞ kullananın bunlara verdiği anlamı esas alma tehlikesine karşı mahkeme, iki tarafın da içinde yer aldığı çevrelerin menfaatlerini değerlendirmeye katmaktadır<sup>39</sup>. 2. Sadece

<sup>33</sup> *Bauer*, 49; *Schuler*, 73; *Favre-Bulle*, L'abus de droit, 139,145

<sup>34</sup> *Gauch/Schluep/Schmid*, N. 1200-1201; *Bauer*, 50; *Schuler*, 76; *Favre-Bulle*, L'abus de droit, 139,145; BGE 90 II 449,454. Normatif ve doğal konsensüs kavramları için bkz. *Kramer*, Grundfragen, 91vd.

<sup>35</sup> BGE 115 II 264, 268

<sup>36</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.220; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.18 OR N.22 vd; *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N. 171; *Schuler*, 78vd.; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 OR N.490; *Hardegger*, 69; BGE 124 III 155,159-160

<sup>37</sup> *Raiser*, AGB, 252-253; aynı yönde *Schmidt-Salzer*, NJW, 80vd.

<sup>38</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 5 N.17

<sup>39</sup> BGH NJW 1990, 2880,2881; BGH NJW 1992,1032,1034; henüz İmparatorluk Mahkemesi döneminde bu yönde verilmiş bir karar için bkz. RGZ 170, 233, 241

müşterinin bunlara verdiği anlamı esas alma tehlikesine karşı da somut olayın özelliklerini bir kenara bırakarak ilgili müşterinin değil, bu müşteri çevresindeki ortalama bir müşterinin beklentileri ve kavrayışı esas alınmaktadır<sup>40</sup>. Mahkemenin bu içtihadı genelde doktrin tarafından da benimsenmektedir<sup>41</sup>. Bunun sonucu olarak sadece tarafların bildiği ve onlar arasındaki sözleşmede rol oynamış olan hususların GİŞ yorumunda dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir<sup>42</sup>.

Ancak bu yorum ilkesinin istisnalarının da olabileceği ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Buna göre işletmenin ticari faaliyet içinde bulunduğu farklı müşteri gruplarının farklı bir anlayışa sahip olması halinde müşterinin hangi gruba dahil olduğu dikkate alınarak GİŞ'i nasıl anlamlandıracağı tespit edilebilir. İkinci olarak işletmeci ve müşterinin bir şart hakkında objektif yorum sonucu elde edilen anlamdan farklı bir anlam üzerinde anlaşmış olması da mümkündür<sup>44</sup>. Burada taraflar arasında bireysel bir anlaşma yapılmamakta, sadece bir hükmün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda taraflar anlaşmaktadırlar<sup>45</sup>. Bireysel **yorumun** önceliği ilkesi olarak da adlandırılan bu durumu iddia eden tarafın ispatlaması gereklidir<sup>46</sup>.

Gerek objektif gerekse sübjektif yorum yöntemlerinin ulaştığı sonuçlara bakıldığında aslında pek bir farklılık olmadığı dikkati çekmektedir<sup>47</sup>. Zira sübjektif yöntem hiçbir zaman sadece müşterinin somut olayda genel işlem şartını nasıl anladığından yola çıkmamakta<sup>48</sup>; objektif yöntem ise getirdiği istisnalarla aslında somut olayın özellikleri mevcut olduğunda bunları dikkate almaktadır. İki tarafın da ifade ettiği gibi aslında GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde genelde somut olayın özellikleri diye bir şey söz konusu olmayacaktır<sup>49</sup>.

<sup>40</sup> BGH NJW 1968, 1718,1719; BGH NJW 1981, 867,868; BGH NJW 1985, 53,56

<sup>41</sup> Schlünder, AGB, § 5 N.6; Ulmer/Brandner/Hensen, § 5 N.20

<sup>42</sup> Ancak AB yönergesi m.4/I uyarınca bir sözleşme hükmünün tüketici açısından elverişsiz olup olmadığı tespit edilirken sözleşmenin akdindeki özel şartlar da ele alınacaktır. Bu maddenin Alman GİŞ yasasına aktarılması sırasında tüketici sözleşmeleri açısından aynı ilke kabul edilmiştir, ancak bunun dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir (Eckert, ZIP 1996, 1238,1240).

<sup>43</sup> Raiser, Länderbericht, 123,132

<sup>44</sup> Heinrichs, NJW 1996, 1381,1384

<sup>45</sup> Soyler, 131

<sup>46</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 5 N.24

<sup>47</sup> aynı yönde Baudenbacher, AGB, 295; Kamm, 79; Stauder, Les clauses limitatives, 95,111; Heinrichs, NJW 1996, 1381,1384 (Nitekim yazar Alman hukukunda objektif yöntemin kurumların açtığı davalarda mutlak uygulama bulacağı buna karşılık bireylerin açtığı davalarda zaten ikinci planda kaldığını ifade etmektedir.)

<sup>48</sup> Zira bu tür bir yorumun mümkün olması için iki tarafın da iradelerinin doğal olarak uyuşması, güven kuramı uyarınca *normatif* bir uyuşmadan bahsedilememesi gerekir. Oysa sözleşmelerin kurulmasında çok sık güven kuramının devreye girdiği düşünüldürse ister istemez objektif bir değer yargısı esas alınacaktır (Baudenbacher, AGB, 295).

Dolayısıyla somut olayın herhangi bir özelliğinin söz konusu olmadığı hallerde bir hükmün yorumlanması için, lafzı ve sistematik yeri ile beraber bu tür sözleşmelerde tarafların tipik menfaatleri doğrultusunda ilgili şartın sahip olabileceği ekonomik amaç tespit edilecektir<sup>50</sup>. Buna karşılık somut olayın GİŞ yorumu açısından özelliği varsa bunların dikkate alınması gerekir<sup>51</sup>. Örneğin işletme sahibi belli bir GİŞ'in nasıl anlaşılması gerektiği konusunda açıklama vermişse ilgili şartın bu şekilde yorumlanmasına herhangi bir engel düşünülemez. Aynı şekilde işletmenin faaliyet içinde bulunduğu müşteri kitlesine göre de GİŞ'in anlamı değişebilir. İşletme "ortalama" (makul) bir müşteriden yola çıkmakta haklı sayılır<sup>52</sup>. "Ortalama" bir banka müşterisi, sigortalı, tüketici yorumda temel alınır. Örneğin bir kapı önü işlemi yapılması halinde burada hitap edilen ortalama müşteri kitlesinin bilgi düzeyi esas alınır<sup>53</sup>. Eğer somut olayda ilgili müşterinin bilgisi ortalamanın üzerindeyse o zaman bu bilgi doğrultusunda bir hükme anlam verilmesinde herhangi bir sakınca olmaz<sup>54</sup>. Aynı şekilde tarafların GİŞ için somut bir yorum tarzı üzerinde anlaşmışlarsa, bunun objektif yorum yöntemi ile elde edilen sonuçtan farklı olması bu yoruma öncelik tanınmasını engellemelidir.

*Brandner*'in tespit ettiği gibi<sup>55</sup> GİŞ'in yeknesak yorumlanması aslında sadece işletmenin GİŞ'den umduğu menfaatin, yani rasyonellik amacına ulaşmanın ön koşuludur. Oysa işletmecinin bu tek taraflı menfaati yorumun temeline oturtmanın haklı bir gerekçesini bulmak güçtür. Bir dönem için kabul edildiği üzere GİŞ'in hukuk normu benzeri olduğu bugün reddedilmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere GİŞ ancak tarafların uyuşan iradeleri sonucu sözleşme içeriği olabilir<sup>56</sup>. Dolayısıyla söz-

<sup>49</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 5 N.6; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.1 OR N.219; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,111; *Soyer*, 130

<sup>50</sup> *Schmidt-Salzer*, AGB, 190vd.; *Oğuz*, 92

<sup>51</sup> Örneğin kullanılmış araba satan bir işletmenin GİŞ'inde ayıba karşı tekeffülün kaldırıldığı hükmünün yer alması normaldir. Ancak somut olayda bir kullanılmış arabaya bazı yeni parçalar takılmışsa sorumsuzluk kaydının bu parçalar açısından uygulanması sübjektif yorum yönteminin bir gereğidir (*Schmidt-Salzer*, AGB, 174)

<sup>52</sup> *Oğuz*, 91

<sup>53</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 5 N.12

<sup>54</sup> *Brandner*, AcP 162 (1963), 237, 256. İmparatorluk Mahkemesinin kararına konu olan böyle bir olayda mahkeme, müşterinin bu özelliğini dikkate alabilmek için taraflar arasında bu konuda bireysel anlaşmanın varlığını kabul etmiştir (RGZ 116,198,207).

<sup>55</sup> *Brandner*, AcP 162 (1963), 237, 253; aynı yönde *Gauch/Schluemp/Schmid*, N.1241. *Brandner* ayrıca GİŞ yasası çıkmadan önce Alman mahkemelerinin bir yandan objektif bir yorum yöntemi benimseyerek sözleşmenin özelliklerini dikkate almamasını, diğer yandan ise somut sözleşmenin bütün özelliklerini dikkate almayı gerektiren BGB § 242 veya 138 gibi hükümlerin denetim için uygulanmasını da haklı olarak eleştirmektedir (*Brandner*, AcP 162 (1963), 237, 247).

<sup>56</sup> Bkz. § 7 IV

leşmeler için genelde kabul edilen yorum yöntemlerinden sapmak için tutarlı bir gerekçe yoktur<sup>57</sup>.

Yukarıda ele alınmış olan bireysel anlaşmaların genel işlem şartları karşısında önceliği ilkesi de, temelde, tarafların ortak iradesinin sonucu olan noktalara öncelik tanınması esası üzerine kuruludur ve bu açıdan aslında somut olayın özelliklerini dikkate almaktadır. Aynı şekilde, aynı bir bireysel anlaşma düzeyinde olmasa bile tarafların belli genel işlem şartlarına verdikleri özel anlamları dikkate almak işin niteliğine daha uygundur. Nasıl sözleşme görüşmelerinde işletmenin tavırlarıyla karşı tarafta belli bir sözleşme içeriği konusunda kanaat oluşturması halinde bunlar dikkate alınarak aksine düzenlemelerin beklenmez olmasından bahsediliyorsa<sup>58</sup> ya da taraflar arasında zımnen dahi genel işlem şartlarından sapan bir bireysel anlaşmanın yapıldığı kabul edilebiliyorsa<sup>59</sup>, aynı şekilde genel işlem şartlarının ne anlama geldiği tespit edilirken de tarafların bu hükmü güven kuramı uyarınca nasıl anlamlandırması gerektiği dikkate alınmalıdır<sup>60</sup>.

## 2. Belirsizlik İlkesi

Belirsizlik ilkesi<sup>61</sup> uyarınca, bir genel işlem şartının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorumlardan en fazla müşteri lehine olanı, yani GİŞ kullanan aleyhine sonuç doğurana tercih edilir<sup>62</sup>. GİŞ kullanarak sözleşmeyi şekillendirme özgür-

<sup>57</sup> A.Koller, N.1609; Jäggi/Gauch, Art.18 OR N.466; Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, 77

<sup>58</sup> Bkz. § 8 V 2

<sup>59</sup> Bkz. § 9 I 1 a)

<sup>60</sup> Berner Kommentar/Kramer, Art.1 OR N. 219; Schmidt-Salzer, AGB, 165 ve 185; Lörtcher, 108; Forstmoser, Doktrin und Praxis, 23,49

<sup>61</sup> Henüz Roma Hukukunda bu ilke geçerliydi (Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est - Celsus in D 34,5,26; ayrıntılı bilgi için bkz. Krampe, 49-57; Kleinertz, 1vd.)). Daha sonra müşterek hukukun bir parçası haline gelen bu kural örneğin Prusya Genel Kanunu (m. 266-268), Fransız (m.1162), Avusturya (m.915 - bütün sözleşmeler için) ve İtalyan Medeni Kanunlarında (m.1370 - özellikle GİŞ için) hükme bağlanmıştır.

<sup>62</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.13; Oğuzman/Öz, 142; Altop, Finansal Kiralama, 131; Burcuoğlu, 54. Örneğin GİŞ içinde sık rastlanan bir hüküm malın "görüldüğü gibi ve hiçbir ayıp tekeffül edilmeksizin" alındığıdır. Bu hallerde malın **gizli** bir ayıbının olması halinde de bu sorumluluk sınırlandırılmasının geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Birden fazla anlamdan müşteri lehine olan tercih edilir. Örneğin bir arabanın kullanılmış olarak satın alınması durumunda, GİŞ içinde, arabanın görüldüğü ve o şartlar altında satın alındığı yazılıysa, ayıptan doğan sorumluluğun sınırlandırılmı kabul etmek için ancak görülerek anlaşılabilir ayıplardan birinin söz konusu olması gerekir (BGH BB 1957, 238). Yine Alman Federal Mahkemesi tarafından ele alınan bir olayda satıcı tarafından müşterisine konserve içinde mantar teslim edilmesi gerekirken konservelerin içinden büyük ölçüde hayvan dışkısı çıkmıştır. Satıcının genel işlem şartları içinde ayıp ihbarının en geç 3 gün içinde yapılması gerektiği yazılıdır ve müşteri bu

lüğünü tek taraflı olarak kullanan işletmenin bunların kaleme alınmasında özel bir sorumluluğu vardır. Kendisinden, anlaşılır ve birden fazla yoruma imkan tanımayacak şekilde GİŞ'i kaleme alması beklenir<sup>63</sup>. Ancak belirsizlik ilkesinin uygulanması için muhakkak GİŞ'i ilgili işletmenin kendisinin kaleme almış olması gerekmez<sup>64</sup>. Başka bir işletmenin GİŞ'ini kullanmayı teklif etmesi halinde de belirsizliklerin kendisi aleyhine yorumlanmasını kabul etmesi gerekir<sup>65</sup>. Aynı şekilde GİŞ'in başka bir makam tarafından onaylanmış olması da bunların bu konuda masuniyet kazandıkları anlamına gelmez<sup>66</sup>.

Bireysel sözleşmelerde objektif açıdan birden fazla anlama gelebilecek hükümlerin bulunması halinde farklı çözümler söz konusudur. Zira belirsizliğin taraflar için esaslı sayılabilecek bir unsura ilişkin olması halinde sözleşme gizli uyumsuzluk (Dissens) nedeniyle kurulmamış sayılabilir<sup>67</sup>; eğer tâli unsurlardan birine ilişkin ise sözleşmede ortaya çıkan boşluğu hakim yedek hukuk kuralları veya sözleşmeyi tamamlayıcı yo-

---

süreye uyamamıştır. Federal Mahkeme, bu hallerde müşterinin birden fazla konserve- nin içeriğini denetleyerek bunların ayıpsız çıkması halinde kendisine düşen muayene görevini yerine getirmiş sayılacağını, gizli ayıplar açısından ise ilgili genel işlem şartının açıklık taşımadığını, dolayısıyla bu üç günlük sürenin uygulanamayacağına karar vermiştir (BGH WM 1977, 821,822; karşı *Schmidt-Salzer*, AGB, 181). Başka bir kararda, kakao satan bir işletmenin kullandığı GİŞ'de, işletmenin ancak, kakaonun kendisine vaktinde ve eksiksiz teslim edilmesi halinde ifade gecikmeden dolayı müşterisine karşı sorumlu olacağı yazılıdır. Mahkeme, kakaoyu satan işletmeye teslim eden üçüncü şirketin iflas etmesi nedeniyle, satım sözleşmesinin vaktinde ifasının mümkün olmaması halinde bu durumun ilgili GİŞ çerçevesinde ele alnamayacağına hükmetmiştir. Buna göre ilgili şart iflas nedeniyle ifa edememeyi kapsamayacak şekilde yorumlanmıştır (BGHZ 24,39). Sigorta hukuku alanından bu bağlamda bir örnek verilecek olursa: Alman sigorta şirketleri tarafından, Almanya'da yerleşik Türklerin arabaları için yapılan mali sorumluluk sigortasına (yeşil kart) ilişkin GİŞ içinde bunların "Avrupa" için geçerli olduğunun ifade edilmesine rağmen sigorta şirketlerinin sadece Trakya'da gerçekleştirilen kazaları sigorta kapsamında sayması, buna karşılık Anadolu için bu korumayı vermemeleri, ilgili GİŞ hükmünün müşteri lehine yorumu yoluyla aşılabılır. "Avrupa"nın tüm Türkiye'yi kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir. Yok eğer GİŞ içinde Türkiye'nin kapsam dışı tutulduğu açıkça yazılıysa bu hükmün de duruma göre şartırtıcı sayılması ve ancak sigortacının açıkça bu konuda müşteriyi aydınlatması halinde geçerli olacağı kabul edilmelidir (aynı görüşte *Oğuz*, 87; genel olarak sorun hakkında bkz. *Dural, Mustafa*, "Die Judikatur des BGH zum anwendbaren Recht bei Verkehrsunfällen mit Fremdbetriebung und zur Geltung der "Grünen Karte" in der Türkei", FS Gerhard Frotz, Wien 1993, 531-536).

<sup>63</sup> *Teoman*, 74

<sup>64</sup> *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.1233; *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 72

<sup>65</sup> *Bahtiyar*, YD 1996, 76,94. Örneğin bir kartelin parçasını oluşturan işletmenin kartel tarafından öngörülen GİŞ'i kullanması gerekebilir. Diğer yandan kullanılan GİŞ tarafı- sız bir kuruma aitse ve sözleşmenin taraflarından ikisi de bu kurumun bir üyesi ise artık belirsizlik halinde birinden biri lehine bir yorum yapılması söz konusu ola- maz (*Gauch/Schlupe/Schmid*, N.1234).

<sup>66</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 5 N.25; *Kleinertz*, 60

<sup>67</sup> *Bürgi*, 28; *MünchKomm/Kötz*, § 5 AGBG, N.6



rum yöntemi ile doldurur. Halbuki GİŞ içinde yer alan bu tür hükümlerin kaleme alınmasında müşterinin hiçbir işlevi yoktur, dolayısıyla sorumluluğunu taşıması da söz konusu olmamalıdır<sup>68</sup>. Bu nedenle birden fazla anlam taşıyan GİŞ’de genel kural devreye girmemekte ve doğrudan müşteri lehine olan yorum hangisi ise ona üstünlük tanınmaktadır. Nitekim gerek Alman GİŞ-yasası § 5 gerekse AB-yönergesi m.5 belirsizlik ilkesini açıkça bu yönde düzenlemiştir<sup>69</sup>.

Ancak burada bir yorum kuralından bahsetmek aslında pek uygun gözükmemektedir. Zira söz konusu olan, hakime, birden fazla yorum sonucundan hangisini tercih etmesi gerektiği konusunda yol gösterici olan bir ilkedir. Amaç, tarafların iradelerini tespiti yarayacak bir yöntem geliştirmek değil, aksine hukuk politikasına dayalı bir değerlendirme sonucu, zaten tespit edilmiş norm içeriklerinden hangisine üstünlük tanınacağını belirlemektir<sup>70</sup>.

Dolayısıyla belirsizlik ilkesi ancak **tâli bir ilke** olarak uygulama alanı bulur<sup>71</sup>. Öncelikle elde edilen farklı yorum sonuçlarından birinin üstün olması nedeniyle doğrudan uygulanmasının söz konusu olup olmadığına bakılır. Aralarında böylesi bir hiyerarşi varsa zaten müşteri lehine yorumu bulma olanağı kalmaz<sup>72</sup>. Ancak iki yorumdan hangisine öncelik verilmesi gerektiği kesinlikle anlaşılamıyorsa artık tüketici lehine olan yorumun tercih edilmesi mümkün olur<sup>73</sup>.

Diğer yandan müşteri lehine olan çözüm tercih edilirken içerik denetimi ile elde edilebilecek olan daha olumlu sonuçları engellemeden bir yorum yapılmasında fayda vardır. Nitekim Alman hukukunda son yıllarda gerek doktrin, gerekse mahkemeler AGBG § 5’i uygularken yorum sonucunu dikkate alarak bir değerlendirme yapmaktadır<sup>74</sup>. Buna göre bir-

<sup>68</sup> MünchKomm/Kötz, § 5 AGBG, N.6; Honsell, JA 1985, 260,261; A.Koller, N.1608; Larenz/Wolf, 795-796; Oğuz, 96

<sup>69</sup> AGBG § 5: “Genel işlem şartlarının yorumlanmasında doğabilecek tereddütler kullanan aleyhine dikkate alınır.” AB-Yönergesi m.5: “...Bir kaydın anlamı konusunda tereddüt doğması halinde tüketici lehine olan anlam geçerli olur.” Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında da m.18d bu ilkeye yer vermiştir: “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

<sup>70</sup> bu görüşte Bauer, 51; Hardegger, 71; Lörscher, 110; Sticher, 42; Kleinertz, 12-13

<sup>71</sup> Sambuc, NJW 1981, 313,314; Honsell, JA 1985, 260,261; Gauch/Schluemp/Schmid, N.1232; Buol, N.207; Bürgi, 28; Soyer, 134-135; Teoman, 78; BGE 99 II 290, 292.

<sup>72</sup> Larenz/Wolf, 796; Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, 73

<sup>73</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 5 N.28

<sup>74</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 5 N.31; Wolf/Horn/Lindacher, § 5 N.31vd; Locher, 68, Soergel/Stein, § 5 N.16; aksi görüşte Medicus, Rechtsfolgen, 83,85. Alman hukukunda hakim olan bu yaklaşımın kaynağında GİŞ denetimi konusunda AGBG’de iki türlü davanın düzenlenmiş olması yatmaktadır. Bir yandan akdedilmiş olan bir sözleşmenin parçası olan genel işlem şartlarının denetlenmesi için müşterinin talebine dayanan dava,



den farklı yorum sonucunun hepsi sonradan yapılacak bir içerik denetimini *aşamayacak* gibiyse, yorum üzerinde daha fazla durmaya gerek yoktur, doğrudan içerik denetimine geçilebilir<sup>75</sup>. Örneğin taraflar arasında bir cezai şartın mı yoksa götürü bir tazminatın mı kararlaştırıldığı sorusu tartışmaya değer olmayabilir. Zira olayın özellikleri genelde hem müşteri aleyhine kararlaştırılan cezai şartın hem de götürü tazminatın batıl olduğu sonucuna götürecektir. İkisi de içerik denetimini *aşabilecek* hükümlerde yine sorun yoktur. Doğrudan müşteri lehine olan uygulanır. Buna karşılık yorum sonuçlarından *biri denetimi aşabilecek biri de aşamayacak* gibiyse bu alternatiflerden hangisinin sonucunda müşterinin daha iyi bir durumda olduğuna bakmak gerekir. Eğer hükümsüzlük sonucu uygulanacak yedek hukuk kuralı daha elverişli ise hükümsüzlüğe, eğer lehte yorumlanan GİŞ hükmü daha elverişli ise yoruma itibar etmek gerekir<sup>76</sup>. Örneğin satım sözleşmelerinde çok sık karşılaşılan garanti kayıtlarında durum bu yöndedir. Bu hükümlerin, i. ayıp halinde var olan yasal hakları (BK m. 202/203) bertaraf mı ettiği yoksa ii. bunlara ek bazı imkanlar mı tanıdığı genelde sözleşme metninden anlaşılammaktadır<sup>77</sup>. GİŞ yoluyla ayıptan doğan sorumluluğun tamamen bertaraf edilmesi kural olarak mümkün olmadığından<sup>78</sup> ilk çözüm GİŞ kaydının hü-

---

diğer yandan da tüketici kuruluşları tarafından, somut bir sözleşmede kullanılmaksızın belirli bir işletmenin GİŞ'ine karşı açılan denetim davası. Bu davalardan ilkinde belirsizlik ilkesinin uygulanması sorun çıkarmaz. Buna karşılık diğer davada işletmenin, genel işlem şartının iptalini engellemek için § 5'e dayanması gibi çarpık bir durum söz konusu olmaktadır. Bu yüzden tüketici kurumları tarafından açılan davalarda bu hükme başvurulmaksızın, her zaman en tüketici *aleyhine* olabilecek anlam esas alınarak ilgili hükmün iptaline gidilmektedir. Nitekim AB-yönergesi de m.5 ve m.7/II'de yaptığı ayırım ile bireysel davalar ile kurum davaları açısından yorum yöntemindeki bu farklılığı açıkça kabul etmiştir. Yönergeye göre bireysel davalarda müşteri lehine olan, kurum davalarında ise müşteri aleyhine olan yorum sonucu tercih edilecektir. Ancak gerek Alman hukukunda gerekse AB-yönergesi için, bireysel davalarda da duruma göre müşteri "lehine" olan en aleyhte yorumu benimsemek tercih edilmektedir (bkz. dn.76 ve *Kapnopoulou*, 148. Bu şekilde her ne kadar yönergenin düzenlemesi göz ardı edilmekteyse de yönergenin kendisi 8.maddesinde tüketiciyi daha ileri düzeyde koruyan ulusal düzenlemelerin muhafaza edilebileceğini öngörerek bu yoruma imkan tanımaktadır, *Ulmer*, Karlsruhe Forum, 9,36).

<sup>75</sup> *Sorgel/Stein*, § 5 N.16

<sup>76</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 5 N.31vd.; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 5 N.31; *Soergel/Stein*, § 5 N.16; BGH NJW 1992, 1097,1099; İsviçre hukuku için aynı yönde *Stauder*, Reiseveranstalter, 139,168; *Buol*, N.210; *Sack*, 113,142; *Gauch*, BR 1987, 51,53; Aksi yönde *Honsell*, JA 1985, 260,263.

<sup>77</sup> Örneğin ... Bilgisayar A.Ş.'nin garanti kartında açıklanan garanti kapsamı bu belirsizliği yansıtmaktadır: "Satışa arz edilen mamullerimiz garanti süresi içinde arzalanıp, onarımı mümkün olmaması halinde bakım ve onarım servis istasyonlarımızca verilecek rapor doğrultusunda değiştirme işlemi yapılacaktır." Görüldüğü gibi madde onarım ve değiştirme imkanını vermekle birlikte, dönme ve semenin tenziline ilişkin hakların kaldırıldığına veya muhafaza edildiğine ilişkin herhangi bir kayıt mevcut değildir.

<sup>78</sup> Bkz. ileride § 10 III 2 a aa ve § 11 II 1 a cc

kümsüz sayılıp müşterinin sadece yasal haklardan faydalanması anlamına gelir. İkinci çözüm ise hem yasal hakların hem de buna ek olarak verilen sözleşmesel hakların kullanılabilmesi anlamına gelir ki, hakimın müşteri lehine olan bu yorumu tercih edeceği doğaldır.

Aynı şekilde GİŞ içinde sorumluluğu sınırlandıran bir hükmün kapsamının açık olmaması halinde bunun sözleşmeden doğan tâli talepler kadar örn. haksız fiilden kaynaklanabilecek talepleri de sınırladığı kabul edilmemelidir. Uygulanacağı kişiler açısından da bu kaydın işletmenin yanı sıra yardımcı şahısları da kapsayacak şekilde yorumlanmaması gerekir. Bireysel sözleşme hükümlerinin yorumunda kabul edilebilecek olan bu tür bir yorum, GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde değerini kaybeder<sup>79</sup>. Her ne kadar *Lörtscher* sorumsuzluk kaydının örn. haksız fiil sorumluluğunu da kapsayacak şekilde yorumlanmaması halinde bir anlam taşımayacağını dolayısıyla da müşteriden hükme bu şekilde anlam vermesinin beklenebileceğini kabul ediyorsa da<sup>80</sup>, burada aksine bir yorum yapmak daha doğru gözükmektedir. İşletme, hükmü açıkça kaleme almak konusunda tüm sorumluluğu taşımalıdır<sup>81</sup>.

Gerek İsviçre doktrininde gerekse uygulamasında belirsizlik kuralı yaygın kabul görmektedir<sup>82</sup>. Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için Federal Mahkeme iki ön koşul aramaktadır: her şeyden önce bu kural ancak tâli olarak uygulanır, yani diğer yorum metotları belirsizliği ortadan kaldıramıyorsa bu kural devreye girer<sup>83</sup>. Diğer yandan bu kural sadece *matbu sözleşmeler* içindeki belirsiz hükümler açısından uygulama alanı

<sup>79</sup> *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,112 ve özellikle 128-129; *Kamm*, 89-90; *Buol*, 202vd.; aksi görüşte: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 5 N.8; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.18 OR N.43

<sup>80</sup> *Lörtscher*, 121-122

<sup>81</sup> *v.Westphalen*, WM 1983, 974,975; *Kamm*, 80

<sup>82</sup> *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.171; *Hug*, Abhandlungen, 383,405; BGE 82 II 445,451; 87 II 89,95; 92 II 342,348; 97 II 72,74; 99 II 67,76; 99 II 290,292; 100 II 145,153; 109 II 213,219; 110 II 141,146; 113 II 49,52; 115 II 264,268. Örneğin 82 II 445'e konu olan olayda bir nakliyat sigortası poliçesinde, vasıtaların, sadece yükleme sırasında gördükleri zarar nedeniyle sigortacının ödemedi bulunacağı yazılıdır. Ancak nakledilen panzerler yüklemekten sonra fakat henüz gemiye bağlanmadan harekete geçerek geminin küpeşmesini aşarak denize düşmüşlerdir. Sigorta şirketi zararın "yükleme" sırasında meydana gelmediğini savunurken mahkeme, "yükleme" kavramının Almanca'da geniş yorumlanabileceğini, dolayısıyla bu anlamlardan sigortalı lehine olanın kullanılmasını savunmuştur. 1990 yılında verdiği bir kararda ise Mahkeme, bir sağlık sigortası poliçesinde yer alan ve sigortalının yanlış ilaç veya uyuşturucu madde kullanması halinde doğacak zararlardan sigortanın sorumlu olmadığını öngören ifadeyi yorumlamak durumunda kalmıştır. Mahkeme sigorta şirketinin ileri sürdüğü ve sigara kullanımının da uyuşturucu kullanımı kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği iddiasını benimsememiştir (BGE 116 II 189,191). Sonuçlarının belirsizliği nedeniyle belirsizlik ilkesinin hiç İsviçre hukukuna aktarılmaması yönünde *Baudenbacher*, AGB, 308

<sup>83</sup> BGE 99 II 290,292

bulur<sup>84</sup>. Türk doktrininde de sıkça savunulan<sup>85</sup> bu ilke bugüne kadar Yargıtay kararlarına çok az yansımıştır<sup>86</sup>. Ancak 1998 yılında verdiği bir kararında<sup>87</sup> Yüksek Mahkeme ilke düzeyinde şu ifadeyi kullanmıştır:

“Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde *açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı* (vba) (...) ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”

Kanımcıca Türkiye’de özellikle bankaların kullandığı genel işlem şartları içinde bu yorum yöntemini gerekli kılacak bir şarta sık sık rastlanmaktadır. Buna göre kredi alan kişiye kefil olanların “müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu” sıfatıyla sorumlu olması söz konusudur. Aslen İsviçre Borçlar Kanununun eski 496. maddesinin Fransızca metninden yapılan tercüme sonucu Borçlar Kanunu’na giren bu ifade<sup>88</sup> (BK m.487) uygulamada aynen kullanılmaktadır. Oysa müteselsil borçlu olmak ile müteselsil kefil olmak arasında büyük bir farklılık olduğu ve bunlardan hangisinin kastedildiğinin teminat veren açısından önem taşıdığı aşikardır<sup>89</sup>. Bu açıdan genel işlem şartları içinde yer alabilecek bu tür belirsiz hükümleri yorumlarken işletme aleyhine olan yorumu tercih ederek bir müteselsil kefaletin varlığından yola çıkmakta fayda vardır<sup>90</sup>.

Genel işlem şartları içinde yer alan bir hükmün belirsizlik yaratacak

<sup>84</sup> BGE 99 II 290,292 (Federal Mahkeme bu kararında, matbu bir kira sözleşmesine daktilo ile eklenen bir maddenin taraflar arasında görüşülmüş olacağı ve bu nedenle bu maddeye ilişkin olarak belirsizlik kuralının uygulama alanı bulamayacağını ifade etmiştir. Bu durumlarda “matbu metni kullanan taraf”tan bahsetmek mümkün değildir ve belirsizliğe bu maddeyi kaleme alan taraflar birlikte sebep olmuştur.) Belirsizlik kuralının en önemli uygulama alanının genel işlem şartları olduğu konusunda bkz. *Krampe*, 22

<sup>85</sup> *Tekinalp*, Hirsch Armağanı, 119,141; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 162; *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 72

<sup>86</sup> Yargıtay’ın 13. Hukuk dairesinin bu ilkeye yer verdiği 18.11.1981 tarihli yayımlanmamış bir kararı için bkz. *Akunal*, 9,14

<sup>87</sup> Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140,1141. Yargıtay’ın 1996 tarihli bir kararında birleşik hayat sigortası poliçesinde yer alan “ecel” ile ölüm ve “kaza” sonucu ölüm kavramlarının yorumlanması gerekmiştir. Mahkeme, terör eylemleri sonucu hayatını kaybeden bir ordu mensubunun, çatışmalara kendi iradesi sonucu gittiği için eceliyle ölmüş kabul edilemeyeceğini ifade etmiş, ayrıca, “sigorta poliçelerinde sigortalı aleyhine getirilen koşulların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir” ifadesine de yer vermiştir. Bu şekilde sigortalı lehine yorumu uygulamış olmakla beraber, mahkeme, olaya GİŞ sorunu açısından yaklaşmamıştır (Y11HD 28.6.1996, 3239/4799, YKD 1996, 1576,1578).

<sup>88</sup> 1941 yılında Fransızca metinde yer alan “müşterek müteselsil borçlu” ibaresi kaldırılmıştır.

<sup>89</sup> İki kurum arasındaki farklar için bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 703vd.

<sup>90</sup> bkz. *Kostakoğlu*, 14; Y19HD, 1.6.1994, 5935/5535, *Kostakoğlu*, 59. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Reisoğlu*, Kefalet, 74vd. ve 123

şekilde iki anlamlı değil de, hiçbir anlam verilemeyecek şekilde kaleme alınması halinde ise bu hükmün yürürlük denetimine takılacağı ve hiç sözleşme içeriği olamayacağı kabul edilmelidir<sup>91</sup>. Bu hallerde güven kuramı uyarınca hiçbir anlam verilemeyen hükmün sözleşme içeriği olacağı konusunda işletmenin korunması mümkün değildir.

### 3. Daraltıcı Yorum

Belirsizlik ilkesinin yanı sıra GİŞ'e özgü başka yorum kurallarının olup olmadığı hayli tartışmalıdır. Özellikle daraltıcı yorum yöntemi (restriktive Auslegung), yani müşteri aleyhine olan bir GİŞ'e mümkün olan en sınırlı uygulama alanının tanınması düşüncesi bu bağlamda savunulmaktadır. Türk bankacılık uygulamasında sık karşılaşılabilecek bir hüküm bu açıdan ele alacak olursak:

"İşbu kredi sözleşmesine göre verilen veya verilecek olan güvenceler, bu güvencelerle ilgili olarak elde edilen her türlü haklar ve alacaklar, akreditif konusu mallar, Bankanın merkez ve şubelerinden herhangi birinin her ne yönde olursa olsun mevcut ve ileride doğabilecek vadesi gelmiş veya gelmemiş bütün alacaklarının da güvencesini oluşturur" (...Bankası Genel Kredi Sözleşmesi m.11)

Halen mevcut olan alacaklar kadar ileride doğması muhtemel olan, şarta veya süreye bağlı alacaklar da teminat altına alınabilirler<sup>92</sup>. Nitekim MK m.796 bu hususu taşınmaz rehni açısından açıkça ifade etmektedir. Doktrin ve uygulama taşınır rehni açısından da aynı ilkenin geçerliliğini kabul etmektedir<sup>93</sup>. Bu açıdan ilgili hüküm kural olarak batıl değildir. Fakat bu kapsam ile geçerli sayılmalarının mümkün olmadığı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından henüz 1925 yılında verilen bir kararda ifade edilmiştir. Buna göre ancak banka ile müşteri arasındaki ilişkide doğması beklenen borçlar için ilgili teminatlar geçerlidir. Yoksa bankanın bir üçüncü kişiden temellük edeceği alacaklar için, borçlunun daha önce vermiş olduğu teminatların geçerliliğini koruması söz konusu değildir. Bu şekilde daha önce teminatsız olan alacakların bankaya temlik edilmek suretiyle teminat kapsamına alınmasını mahkeme uygun görmemiştir. Ayrıca borçlunun, banka ile ilişkileri sona ermiş olmasına rağmen ileride yeni bir borcun doğması ihtimali nedeniyle banka tarafından teminatların serbest bırakılmamasına karşı da korunması gerektiğini mahkeme ifade etmiştir<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> bkz. yukarıda § 2 II 2; ayrıca *Honsell*, JA 1985, 260,263; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 5 N.28; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.122; *M.Keller*, SJZ 1961, 313,321

<sup>92</sup> *Köprülü/Kaneti*, Sınırlı Aynı Haklar, 2. bası, İstanbul 1982-1983, 287 ve 470; *Oğuzman/Seliçi*, Eşya Hukuku, İstanbul 1997, 676, 759

<sup>93</sup> Bkz. dn.92

<sup>94</sup> BGE 51 II 273, 281,282; Alman hukuku için aynı yönde *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh.

Görüldüğü gibi burada da, belirsizlik ilkesinde olduğu gibi, ilgili GiŞ hükmüne verilebilecek birden fazla anlamdan bir tanesi, somut olarak müşteri lehine olanı tercih edilmektedir. Yani ancak “ taraflar arasındaki ilişki çerçevesinde doğması beklenen” borçlar teminat kapsamında sayılmaktadır. Nitekim doktrinde bu yorum yöntemi ile belirsizlik ilkesinin iç içe geçtiği ifade edilmektedir<sup>95</sup>. Ancak belirsizlik ilkesinden farklı olarak dar yorum yöntemi uygulanırken o hükme objektif olarak verilebilecek birden fazla anlam aslında yoktur. Sadece daha “dar” veya daha “geniş” bir yorum söz konusudur. Bu yöntem ise bugün Alman hukukunda genelde reddedilmektedir<sup>96</sup>. Zira dar yorum yöntemi ile üstü örtülü şekilde bir içerik denetimi yapılacak olması; tarafların iradelerini gayet açık olarak ifade etmelerine rağmen bu iradeye farklı anlamlar yüklenmesi eleştirilmektedir<sup>97</sup>.

Nitekim yorum faaliyetinin amacı dikkate alındığında bu eleştirinin haklılığı ortaya çıkmaktadır. Tarafların beyanlarının ne anlama geldiği konusunda tereddüt olması halinde devreye giren bu teknik sadece *tarafların fiilen ne istediği* ile ilgilidir, yoksa *ne istemeleri gerektiği* sorunu ile değil<sup>98</sup>. Yukarıda aktarılan banka sözleşmesi kaydı da aslında tarafların ne istediğini gayet açık olarak vermektedir. Amaç istisnasız bütün alacakları teminat kapsamına sokmaktır. Bu amacın ancak kısmen haklı menfaatlere cevap veriyor olması, kısmen ise müşteriyi aşırı mağdur ediyor olması yorum yoluyla kapsamını daraltmayı değil doğrudan içerik denetimi yapmayı gerektirir<sup>99</sup>. Haklı bir menfaate cevap verdiği ölçüde, hakim, bu hükmün geçersiz sayılması nedeniyle doğacak sözleşme boşluğunun doldurulmasında bu hükmün amacını zaten dikkate alacaktır<sup>100</sup>. Burada “kolay” bir çözüm olması nedeniyle daraltıcı bir yoruma gitmemek; Bunun teorik olarak doğru bir gerekçeye dayanmadığını göz ardı etmemek gerekir. Sözleşme özgürlüğünün sınırları ancak dışarıdan gerçekleştirilecek yasal müdahalelerle çizilebilir. Dolayısıyla tam da bu sınır-

§§ 9-11 N.660; Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, bir bankaya, vermiş olduğu kredinin teminatı olarak devredilen ipotekli borç senetlerinin, kredi alacaklısının başka birisiyle yapmış olduğu leasing sözleşmesinden doğan borcunun, lease veren taraftan bankaya devredilmesi halinde bu alacak için de teminat oluşturduğuna hükmetmiştir (BGH NJW 1981, 756).

<sup>95</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 5 AGBG, N.5; *Buol*, N.209

<sup>96</sup> *Sorgel/Stein*, § 5 AGBG N.19; *Ulmer*, NJW 1981, 2025,2026; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 5 N.40; *Pflug*, 23; *Locher*, 68; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9, N.31

<sup>97</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9, N.31

<sup>98</sup> *Fastrich*, 22

<sup>99</sup> Nitekim *Köprülü/Kaneti* de “Ancak, ileride her ne zaman olursa olsun, doğabilecek bütün borçlar için, makul bir sınırlama olmaksızın, kurulacak bir rehin hakkı, aşırı bağımlık yaratacağından, MK 19,II anlamında kişilik haklarını ihlal eder ve bu nedenle geçersizdir (BK. 19 II; 20).” ifadesine yer vermiştir (bkz. dn.92'deki eser).

<sup>100</sup> Bkz. ileride § 10 IV 3

ları aşmaya yönelik olan taraf iradeleri ve bu iradelere anlam vermek yöntemi üzerine kurulu yorum faaliyeti burada tutarlı sonuçlar almaya elverişli değildir<sup>101</sup>.

GİŞ sorununa kalıcı bir çözümün ancak içerik denetimi yoluyla üretilebileceği yürürlük denetimi bölümünün sonunda ifade edilmişti. Aynı şekilde GİŞ'in yorumlanması yoluyla da müşterinin korunmasında sadece bir aşama kaydedilebilir, yoksa içerik denetimine olan ihtiyaç bertaraf edilemez.

---

<sup>101</sup> *Fastrich*, 23

## § 10. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

### I. Sorunun Belirlenmesi

Yukarıdan beri yapılan açıklamaların da gösterdiği gibi, genel işlem şartları kullanılarak kurulan sözleşmelerin ancak doğrudan içerik denetimine tâbi tutulması halinde iki taraf için de adil bir içeriğe sahip sözleşmelere dönüşmeleri mümkündür. Gerek yürürlük denetimi gerekse yorum yoluyla bu amaca kısmen hizmet edilmiş olsa da kalıcı bir çözüm ancak, hakim tarafından biri lehine sözleşmeye müdahale ederek bozulan sözleşme dengesini yeniden kurmasıyla getirilebilir. Zira GİŞ konusunda irade uyuşmasının gerçekleşmediğinin ileri sürülmesini, beklentiler kuralının uygulanmasını veya aleyhte yorum yapılmasını engellemek GİŞ kullanıcıları açısından bir sorun oluşturmaz. Sözleşme görüşmelerinde GİŞ kullanımının ve içeriğinin özellikle vurgulanmış olması, hükümlerin de açık bir şekilde kaleme alınmış olması halinde hakim bu alanda yapabileceği hiçbir şey kalmamaktadır. Müşteri, kendisi için elverişsiz olan hükümler kabul ettiğinin bilincindedir, bile bile bunlara onay vermektedir, çünkü yukarıda da vurgulandığı gibi, ne daha iyi koşullarda sözleşme akdetme olanağı vardır, ne de bu sözleşmeden vazgeçme imkanı. Dolayısıyla onun bile bile kabul ettiği bu hükümlere karşı korunması gerekecektir ki işte bu noktada sözleşmelerin içerik denetimi devreye girmelidir.

Oysa, liberal düşüncenin, bir kez kurulmuş bir sözleşmeye müdahale edilmesini adeta imkansız kılan yaklaşımı sonucu<sup>1</sup> hakim sözleşme içeriğini denetlemesine ilişkin *genel* bir norma Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir<sup>2</sup>. Sadece bazı özel durumlar için hakime bu yetki tanınmıştır. Genel işlem şartları gibi bir fenomen içinse Borçlar Kanununda hiçbir özel düzenleme olmadığı açıktır. İşte bu nedenle İsviçre mahkemeleri bugüne kadar ağırlıklı olarak **örtülü** bir **içerik denetimi** uygulamak-

<sup>1</sup> Raiser, Richterliche Kontrolle, 123,133; aynı yönde Baudenbacher, ZBJV 1987, 505,520; Hardegger, 79; Kramer, ZSR 1979, 49,65

<sup>2</sup> Bauer, 34. Ayrıca bkz. yukarıda § 2 I



la yetinmiş, yani beklenmezlik kuralını çok geniş yorumlayarak adil olmayan hükümlerin hiç sözleşme içeriği olamayacağına hükmederek sorunu çözmeye çalışmış<sup>3</sup>, **açık içerik denetimi** konusunda ise çok çekingen davranmıştır<sup>4</sup>. Türk mahkemeleri ise, henüz kuramsal temelleri tam oturmamış olsa da, GİŞ kullanılan sözleşmelerde açık içerik denetiminin zorunluluğunu kabul etmiş durumdadır<sup>5</sup>.

GİŞ denetiminde başvurulan yöntemler ise çok çeşitlidir. Sözleşmelerin kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olamayacağını öngören BK m.19 ve gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı tanıyan m.21 faydalanılan hükümlerin başında gelir<sup>6</sup>. Bunun yanı sıra hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK m.2/II'nin ve sözleşmeye dayanan edimi belirleme yetkisini sınırlandıran BK m.70'in de bazı hallerde sözleşme içeriğine müdahale imkanı verdiği kabul edilmektedir. Aşağıda, kanunda yer alan bu içerik sınırları tek tek incelenecek<sup>7</sup> ve bunların ne ölçüde GİŞ denetiminde bir işlev sahibi olabileceği tespit edilecektir.

<sup>3</sup> *Schenk-Engeler*, 199; bkz yukarıda § 8 V 4 / § 8 VIII

<sup>4</sup> bkz. BGE 122 III 26,32; 112 II 450,456; 109 II 213,218; 109 II 116,119

<sup>5</sup> Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998,1140,1141; Y3HD 22.1.1996, 14823/3463, YKD 1996, 710,711; YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 50,51

<sup>6</sup> BK m.20'de anılan ve diğer bir butlan sebebi olan, borcun konusunun başlangıçtaki imkansızlığı ise burada ayrıca incelenmemiştir, zira sorun genel işlem şartları kullanılan sözleşmelere özgü bir sorun değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, *Borçlar Hukuku*, § 14; *Oğuzman/Öz*, 75; *Eren*, 303vd.

<sup>7</sup> Ancak BK m.19 ve 20'de yer yer örtüşmeyen kavramların kullanılmış ve kendi içinde kavramların sınırlarının da kesin çizilmemiş olması nedeniyle bu iki maddeden çıkan sözleşme sınırlamalarının nasıl tasnif edileceği tartışmalıdır. BK m.19'da sıralanan birçok halin (emredici hükümlere, kanuna, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık) farklı başlıklar altında sistematize edilmesi mümkün olduğundan bu konuda doktrinde çok sayıda görüş mevcuttur. Örneğin kişilik haklarının ihlali olgusunu bağımsız bir sözleşme sınırı olarak görenler olduğu gibi (örn. *Bucher*, AT, 265), bunun ahlaka aykırılık (örn. *Gauch/Schluemp/Schmid*, N.658vd.; *Schwenzer*, N.32.04) veya emredici hükümlere aykırılık kavramı altında ele alınmasını savunanlar da vardır (örn. *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.128). Yine kamu düzeni kavramını ahlaka aykırılık içinde eritmek isteyenler olduğu gibi bu kavramı sadece emredici olan hükümlerin tespitinde bir yorum yardımcısı olarak görenler de vardır (bkz. ileride § 10 II 6). Bu görüşlerden birinin "doğru" diğerinin "yanlış" olarak nitelendirilmesi uygun gözükmemektedir, zira hiç kuşkusuz kavramların hepsinin çok sayıda çakışma noktası vardır (*Kötz*, 235-237). Adeta dört kesişen çemberin varlığı söz konusudur. Bir örnek vermek gerekirse: bir acentenin, sözleşme süresinin bitiminden sonra 10 yıl boyunca aynı alanda faaliyet göstermeyeceğini öngören bir rekabet etmeme sözleşmesi yapması, hem kişilik haklarına aykırıdır, hem ahlaka aykırıdır, hem de rekabet düşüncesi üzerine kurulu ekonomik kamu düzenini ihlal eder. Buna karşılık Türk hukukunda henüz hukuka aykırı bir niteliğe sahip değildir. Oysa Alman Ticaret Kanunu § 90a'da iki seneyi aşan bu tür rekabet etmeme anlaşmaları açıkça batıl sayılmaktadır.

Aşağıda, dogmatik açıdan en tutarlı gözükten sınıflandırma içinde kavramlar yansıtılmıştır. Bu bağlamda hukuka aykırılık kavramı yerine, emredici hukuk kurallarına aykırılık kavramı tercih edilmiştir. Yasanın almanca metninde "unabänderliche Vorschrift" (değişmez hükümler), Fransızca metninde de "une regle de droit stricte" (emre-

*Türk hukuku* açısından sözleşme içeriğini sınırlandıran yeni tarihli bir diğer hüküm, Ekim 1998'de, Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde<sup>8</sup> yapılan bir değişiklik ile<sup>9</sup> getirilmiştir. Sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık etmek üzere, aracı kurum ile müşteri arasında akdedilecek çerçeve sözleşmelerde müşteriler aleyhine hükümler bulunmasına karşı bir denetim olanağı yaratan bu hüküm hem GİŞ sorununa bir çözüm üretmekte hem de kıyas yoluyla genişletilmeye elverişli bir düzenleme içermektedir. *İsviçre hukukunda* ise, 1988 yılında yürürlüğe giren Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanunun 8. maddesinde GİŞ kullanımının bazı hallerde bir haksız rekabet olgusu oluşturacağı için denetlenmesi imkanı getirilmiştir. Aşağıda sırasıyla iki ülkede sunulan ve BK/MK düzenlemelerine eklenen bu özel hükümler de incelenerek GİŞ kullanımı sorununa nasıl cevaplar ürettikleri değerlendirilecektir.

Ancak tezde “klasik” sayılabilecek bir inceleme sırasından sapma gereği duyulmuştur. Bunun temel nedeni bazı sözleşme sınırlarının birbirine yakın gerekçelere dayanması ve bu yüzden arka arkaya ele alınmasında fayda görülmüş olmasıdır. Bu açıdan en başta yer verilen emredici hükümlere aykırılıktan sonra, yer yer kesişen gerekçelere dayanan ahlaka aykırılık ile gabin olgularına, ardından da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık ile sözleşmeye dayanan edimi belirleme yetkisinin sınırlandırılması sorununa yer verilmiştir. Ancak bundan sonra kamu düzeni kavramı ve bu düzenin bir parçasını oluşturan (Türkiye’de) 1998 tarihli Tebliğ ve (İsviçre’de) 1986 tarihli Haksız Rekabet Kanununun ilgili maddeleri incelenmiştir. Bu çalışmada genel işlem şartları sorununa, kamu düzenine aykırılık kavramını somutlaştırarak bir çözüm üretilmeye çalışıldığı için de bu kavramı sona bırakmak ihtiyacı doğmuştur.

---

dici hukukun kuralı) kavramlarının kullanılması bu tercihin sebebidir (aynı yönde *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.131). Kişilik haklarına aykırılık oluşturan sözleşme içerikleri hiç kuşkusuz sık sık ahlaka hatta kamu düzenine de aykırı olacaktır. Ancak buna rağmen, kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlerin de emredici hükümler kategorisine sokulma olanağı olduğundan (MK m.23-24) bunları da bu başlık altında ele almak tercih edilmiştir (aynı şekilde *Keller*, 141; *Hatemi*, 46. Kişilik hakları ihlallerinin hem hukuka, hem de ahlaka aykırılığın unsurlarını taşıyabileceği konusunda bkz. *Zufferey-Werro*, 105). Buna karşılık ahlaka ve kamu düzenine aykırılık kavramlarını birbirinden bağımsız sözleşme içeriği sınırları olarak değerlendirmek en doğru çözüm olarak gözükmüştür.

<sup>8</sup> RG 1 Mart 1995, sy.22217, 6-26

<sup>9</sup> Sermaye Piyasası Kurulunun seri:V n.19 Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG 8 Ekim 1998, sy.23487, 9

## II. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminde Yararlanılabilecek Hukuki Olanakların İncelenmesi

### 1. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

#### a) Genel olarak

Bütün sözleşmeler gibi, GİŞ ihtiva eden sözleşmeler de, yasada saptanmış emredici hükümlere (ius cogens) uygun olmak zorundadır. Genel işlem şartları içinde bu hükümlere aykırı düzenlemelerin var olması halinde BK m.20/II uyarınca bunlar batıl sayılırlar<sup>10</sup>. Kuşkusuz GİŞ'in çok sık uzman hukukçular tarafından hazırlanması nedeniyle bunlar içinde emredici kurallara aykırı şartlara pek fazla rastlanmayacaktır. Ancak bu durumun söz konusu olduğu nadir hallerde sözleşmenin içeriğine müdahale etmek herhangi bir sorun doğurmaz.

Emredici hükümler yürürlükte bulunan hukukun tümü dikkate alınarak saptanır; Özel hukukta olduğu kadar kamu hukukunda da yer almaları mümkündür<sup>11</sup>. Butlan yaptırımını sadece kanunda yer alan bir yasağa aykırılık halinde söz konusu olmaz. Aynı zamanda tüzük veya yönetmeliklerde yer alan hükümlere aykırılık da butlanı gerektirebilir<sup>12</sup>. Bazı hükümlerin yalnızca tek taraf açısından bağlayıcı olması, yani sadece bir taraf aleyhine bu hükümden sapılmasının yasak olması da mümkündür. Bu hallerde ilgili lehine olan sapmalar butlan yaptırımına sebep olmaz<sup>13</sup>. Emredici hükümlere aykırılık bir sözleşmenin bizzat kendisi, sözleşme konusu veya sözleşmenin amacı açısından söz konusu olabilir<sup>14</sup>. Sözleşme konusu ise geniş yorumlanmalı ve sözleşmede kararlaştırılan edimin yanı sıra ifa modalitelerinin de hukuka aykırı olması kabul edilmelidir<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Kuşkusuz bazı emredici hukuk kuralına aykırılık, butlan yaptırımını beraberinde getirmeyebilir. "Lex minus quam perfecta" adı verilen bu kurallar sadece bir ceza öngörmekle de yetinebilir (bkz. *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.135; *Serozan*, Hukuka Giriş, § 1 N.17). İlgili emredici hüküm içinde özel bir yaptırımın belirlenmiş olması halinde özel hüküm olarak onun öncelikle uygulanacağı açıktır (*Hatemi*, 144). Nitekim BGB § 134'de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

<sup>11</sup> *Gauch/Schluep/Schmid*, N.648; *Hürlimann*, N.123vd.; *Zufferey-Werro*, 102; *Eren*, 295; *Başpınar*, 126; *Karahasan*, 228. Yargıtay'ın 1948 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca "Bir akdin kanuna veya ahlaka ve adaba aykırı olup olmadığı konusu yoruma bağlı sorunlardandır. Bu yorum yapılırken yalnız Borçlar Kanununun koyduğu kurallar değil; memleketin sağlık ve intizamını, inzibatını sağlamak amacı ile konulmuş diğer mevzuat da göz önünde bulundurulur" (YİBK 14.1.1948, 20/2, *Olgaç*, 91)

<sup>12</sup> bkz. *Hatemi*, 56 ve 140

<sup>13</sup> *OR/Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.20; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.147; *Oğuzman/Öz*, 72; *Eren*, 296. Yarı buyurucu olarak anılan bu kurallar hakkında ayrıca bkz. *Serozan*, Hukuka Giriş, § 4 N.8

<sup>14</sup> *v.Tuhr/Peter*, 251vd.; *Gauch/Schluep/Schmid*, N.638vd.; *Başpınar*, 127 vd; *Eren*, 298vd.

<sup>15</sup> *OR/Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.17; *Başpınar*, 131

Ancak hangi hükümlerin emredici olduğu yasak koyan maddelerin kendisinden genelde anlaşılammaktadır, zira ilgili hukuki düzenlemede herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu hallerde doğrudan maddenin bir yedek hukuk kuralı olduğu ileri sürülemez. Normun yorumundan, anlam ve amacından, yani *ratio legis*inden aslında emredici olması gerektiği sonucuna varılabilir<sup>16</sup>. Bunu değerlendirecek olan ise hakimdir<sup>17</sup>.

b) Genel işlem şartlarının içerik denetimi açısından önem taşıyabilecek emredici hükümlere örnekler

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak kanunlarımızda var olan kısıtlamalar GİŞ'in içerik denetimi açısından kuşkusuz en büyük öneme sahiptir<sup>18</sup>. BK m.99, kural olarak, borçlunun sadece hafif ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapmasına izin vermiştir. Buna karşılık yardımcı kişilerin bütün kusurlu davranışları açısından bu tür anlaşmalar yapılabilmektedir (BK m.100/I). Ancak sorumsuzluk anlaşmaları yapıldığı sırada alacaklı, borçlunun hizmetindeyse veya sorumluluk borçluya imtiyaz yoluyla verilmiş bir mesleğin icrasında doğuyorsa gerek borçlunun hafif ihmali için (BK m.99/II) gerekse yardımcı şahısların kast ve ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşmaları<sup>19</sup> geçersiz sayılacaktır<sup>20</sup> (BK m.100/II-III)<sup>21</sup>. Bu genel hükümlerin yanı sıra zapta ve ayıba karşı tekeffüle ilişkin BK m.189/III<sup>22</sup> ve m.196<sup>23</sup>; artırma yoluyla satıma ilişkin m.230/III<sup>24</sup>, otelcinin sorumluluğuna ilişkin m.480<sup>25</sup> gibi hükümler de

<sup>16</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.146; *Oğuzman/Öz*, 72; *Karahasan*, 228; *Eren*, 295

<sup>17</sup> *Erten*, 76; *Gauch/Schluap/Schmid*, N.647; YHGK 20.11.1991, 11-482/592 (*Kostakoğlu*, 76,78).

<sup>18</sup> Sorumsuzluk anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Akman*, passim; *Erten*, passim; *Buol*, passim. Bu tür anlaşmaların emredici hükümlere aykırı olmamasına rağmen, GİŞ içinde yer almaları nedeniyle geçersiz sayılabileceği konusunda bkz. ileride § 10 III 5 a ve § 11 II 1 a

<sup>19</sup> Bu konuda bkz. *Şenocak*, 235vd.

<sup>20</sup> Ancak borçlunun hafif ihmali nedeniyle sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmayı batıl kılmak hakimin takdirindedir. Bu konuda bkz. *Akman*, 70vd.; *Kamın*, 132 vd.

<sup>21</sup> Bu açıdan İsviçre-Türk hukuku Alman hukukuna nazaran tüketicinin korunmasında önemli bir artı puana sahiptir. Zira Alman Medeni Kanunu (§ 276) borçlunun ağır ihmali için de sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesini kabul ettiği gibi BK m.99/II veya m.100/III gibi sınırlamalara da sahip değildir. İşte bu yüzde GİŞ-yasası gerek borçlunun, gerekse yardımcı kişinin kast ve ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapılmasını kesin olarak yasaklamıştır (AGBG § 11 N.7). Hafif ihmal içinse sorumsuzluk anlaşmaları kural olarak yapılabilir, ancak bunlar da AGBG § 9 uyarınca sıkı bir denetime tâbi tutulmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. *Wolf/Horn/Lindacher*, § 11 Nr.7 N.4vd.; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 N.148vd.)

<sup>22</sup> bkz. *Hatemi/Serozan/Arpacı*, 84; *Yavuz*, 88

<sup>23</sup> bkz. *Hatemi/Serozan/Arpacı*, 103; *Yavuz*, 98

<sup>24</sup> bkz. *Yavuz*, 219

<sup>25</sup> bkz. *Yavuz*, 775

sorumsuzluk anlaşmalarını bir ölçüde denetleme olanağı vermektedir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda, taşıma akdinde taşıyıcının sorumluluğunu herhangi bir şekilde sınırlandıran veya ortadan kaldıran kayıtlar batıl sayılmıştır (TTK m.766)<sup>26</sup>. Bu maddede BK m.99'dan farklı olarak borçlunun hafif ihmali için bile sorumsuzluk anlaşması yapılması imkanı verilmemiştir<sup>27</sup>. Maddede “umumi şartnamelere” de bu tür sorumsuzluk kayıtlarının konulamayacağı belirtilmiştir, ki bu ibareyi genel işlem şartları olarak anlamak gerekir<sup>28</sup>. Bu hükme paralel olarak Karayolları Trafik Kanunu m.111 de bu kanundan doğan sorumluluğu sınırlayan veya ortadan kaldıran anlaşmaların batıl olacağı hükmünü getirmiştir. Yine BK düzenlemesinden farklı olarak TTK m.782 ve 784'te yardımcı kişilerin kusurlu davranışlarından doğan zararlar için de sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı öngörülmüştür<sup>29</sup>. Denizde taşıma ile demir ve havayolu ile taşımalarda ise özel hükümlerin saklı olduğunu belirten TTK m.764 dikkate alınmak gerekir<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Hükümün emredici olduğu konusunda bkz. YHGK 3.7.1981, 1775/563, YKD 1981, 1389; *Doğanay*, m.766, 2007; *Erten*, 287vd. Şehirlerarası yolcu taşımacılığı alanında çok sık yolcu biletlerinin arkasında sorumsuzluk kayıtları ile karşılaşılmaktadır. Bunların kişilere gelecek zararları ilişkin sorumluluğu sınırlandırması halinde TTK m.766 uyarınca batıl sayılacakları açıktır. Hafif ihmal hali dahil her türlü sınırlama batıldır. Buna karşılık yolcuların yanında bulunan bagajına gelen hasar konusunda bazı tereddütler belirebilir. TTK m.804 uyarınca taşıyan, yolcunun eşyasının kaybolması veya zarar görmesi halinde m.785 ve 786 hükümleri uyarınca sorumludur. Madde 785 ise, “Ziyadan doğan tazminat; ancak, taşıma senedine geçirilen değere, taşıma senedinde değeri gösterilmemiş ve fakat taşıyıcıya bildirilip onun tarafından kabul edilmiş bir değer mevcut ise ona, böyle bir değer bulunmadığı takdirde, aynı cins ve eşyanın gönderilene teslim edileceği yerdeki değerine göre tayin olunur.” ifadesine yer vermiştir. Bu şartlar altında bir yolcu biletinde yer alan: “m.7/b: yolcu beraberinde götürülen eşyanın hasar ve ziyai halinde taşıyıcının sorumluluğu seyahat edilen bilet ücreti kadardır” hükmü, ön yüzde yazılan ücretin “taşıma senedine geçirilen değer” olarak kabul edilmesi nedeniyle geçerli mi olacaktır? Kuşkusuz bunu kabul etmek mümkün değildir. Bilet üzerinde belirtilen bu değer taşıma ücretine ilişkindir, yoksa taşınan eşyanın bildirilen değeri olarak anlaşılabilir. Bu nedenle bu tür bir sınırlandırma TTK m.766 uyarınca batıl sayılan sınırlandırmalardan sayılacaktır. Nitekim Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı bu yöndedir (YHGK 24.2.1973, 969/489-110, İKİD 13 [1973], sy.145-156, 1992; Y11HD 26.1.1981, 271/244 [*Eriş*, *Taşıma Hukuku*, 183-184]; Y11HD 2.12.1987, 4353/6749, [*Eriş*, *Taşıma Hukuku*, 185-186]). Ancak bu hükmün yanı sıra bilet içine yer alan: “m.7/a: yolcunun bizzat yedinde bulundurduğu el çantası, cüzdan vs. benzeri eşyanın hasar ve ziyandan taşıyıcı hiçbir surette sorumlu değildir. m.7/c: Taşıyıcı kendisine teslim olunurken beyan edilmemiş olan kıymetli eşya, para, kıymetli evrak ve diğer her türlü vesikanın hasar ve ziyandan mesul değildir” şeklindeki hükümler TTK m.804/II ve TTK m.786/II'de yer alan açık hükümler karşısında geçerli kabul edilmek gerekir.

<sup>27</sup> *Akman*, 134; *Eriş*, *Taşıma Hukuku*, 181. Bu açıdan *Doğanay*'ın TTK m.1'de yer alan atıf nedeniyle BK m.99'un uygulanabileceği ve hafif kusur için sorumsuzluk anlaşmaları akdedilebileceği yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir (bkz. *Doğanay*, m.766, 2008).

<sup>28</sup> *Erten*, 290

<sup>29</sup> *Erten*, 293; *Eriş*, *Taşıma Hukuku*, 182

<sup>30</sup> Havayolu ile taşıma açısından bkz. *Ülgen, Hüseyin*, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara

Bunun yanı sıra 1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da GİŞ açısından önem taşıyabilecek çeşitli emredici düzenlemeler içermektedir. Özellikle taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu satım sözleşmelerinde bir aybın varlığı halinde alıcının seçim hakkının sınırlandırılmayacağı (m.4/II)<sup>31</sup>, taksitle satışlarda tüketicinin taksit miktarından fazla ödeme yapmaya ve bu şekilde faiz indirimi talep etmeye hak kazanabileceği (m.6/I), tüketici kredilerinde, kredi koşullarının sözleşme süresince değiştirilemeyecek olması (m.10/I), kredinin *belirli bir satıcı* ile yapılacak işlemler için verilmesi halinde ayıptan dolayı satıcı ile birlikte kredi verenin de sorumlu olacağı hükmü (m.10/IV)<sup>32</sup> bu çerçevede anılabilir.

Aynı şekilde, zamanaşımı definden önceden feragat edilmesine (BK m.139), zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasına (BK m.127)<sup>33</sup>, temsil yetkisinin geri alınamayacağına (BK m.34/II), kiracının fesih hakkından vazgeçmesine (BK m.249/III) ilişkin genel işlem şartları da hep emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl sayılacaktır<sup>34</sup>.

Son olarak GİŞ içinde kişilik haklarını ihlal eden hükümlerin bulunması halinde de bunların, emredici olan MK m.23'e aykırılık nedeniyle batıl sayılması mümkündür<sup>35</sup>. Kişiliğin hukuki işlem yoluyla saldırıya

---

1987, 199-200. Demiryolu ile eşya taşımada ulusal hukukun pek de açık olmayan düzenlemeleri hakkında bkz. *Arkan, Sabih*, "Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu", Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımında 2. Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, 43-95; Denizyolu ile taşıma için bkz. TTK m.1116vd. ve *Çağa, Tahir*, Deniz Ticareti Hukuku II, 5.bası, İstanbul 1995, 178vd.

<sup>31</sup> Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren satış sözleşmeleri açısından sorumsuzluk anlaşmaları yapılamayacağı konusunda bkz. *Zevkliler, Aydın*, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, 46vd.

<sup>32</sup> Örneğin ... Tüketici Finansmanı A.Ş. tarafından kullanılan Dayanıklı Tüketim Ürünleri Tüketici Kredisi Sözleşmesi m.3'de yer alan, "... satım alınacak ürünle ilgili olarak, tüketici ve Satıcı arasında çıkabilecek; ürünün teslimine, kusurlu olmasına veya bu konuda Satıcı tarafından sunulacak hizmete ilişkin uyumsuzlıklardan dolayı ...finans'ın hiçbir sorumluluğu bulunmayacak, ayrıca bu çeşit anlaşmazlıklar hiçbir şekilde kredinin yapılan anlaşma çerçevesinde faizi ile birlikte geri ödenmesine de engel olmayacaktır." hükmü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.10/IV çerçevesinde batıl sayılacaktır. Kredi şartlarını düzenleyen 1. maddede satıcının da adının yazılacak olması ve yine 3. maddede tüketicinin malı teslim alması ile birlikte kredinin doğrudan satıcıya ödeneceğinin yazılı olması kredinin, belirli bir satıcı ile yapılacak satım sözleşmesi için verildiğine delalet eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gezder*, 173vd.; *Arkan, Sabih*, "Tüketici Kredisi ve Uygulaması", BATİDER 1989/1, 19-47, özellikle 36vd.; aynı yazar, "Tüketici Kredileri", BATİDER 1995/1-2, 35-42, özellikle 40vd.

<sup>33</sup> Bu konuda bkz. *Tutumlu, Mehmet Akif*, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991, 43vd.

<sup>34</sup> Ayrıca bkz. BK m.223/III, 260/III, 484

<sup>35</sup> Örneğin Federal Mahkeme, bir kefalet sözleşmesinde kefilin, alacaklının, herhangi biriyle bir borcun nakli sözleşmesi yapması halinde yeni borçlu için de kefil olacağını baştan kabul etmesini, kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile batıl saymıştır (BGE 67 II 128,131). Ayrıca bkz. 95 II 55,57.



uğraması halini düzenleyen bu madde özellikle kişinin hak ve fiil ehliyetinden ve özgürlüğünden vazgeçemeyeceğini öngörmektedir<sup>36</sup>. Kişinin fiziksel özgürlüğünü kısıtlayan, vücut bütünlüğünü ihlal eden sözleşmeler kadar kişinin evlenmeyeceğine veya boşanmayacağına veya din değiştireceğine ilişkin sözleşmeler hep kişilik haklarına aykırıdır<sup>37</sup>. Örneğin kişinin vücut bütünlüğünün ihlali veya ölümü halinde herhangi bir tazminat talebinde bulunulamayacağına ilişkin GİŞ bu çerçevede değerlendirilecektir<sup>38</sup>. Ancak sözleşme ile belirlenen bağlılık *konusu* kadar bağlılığın *boyutu* da kişilik haklarının ihlalinde önem taşıyabilir<sup>39</sup>. Örneğin bir acentenin 30 yıllık bir sözleşme akdetmesi veya kendisine 10 yıl rekabet etme yasağı getirilmesi ve bu sözleşmelerin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi imkanının da olmaması halinde sözleşmeye müdahale ihtiyacı doğmaktadır. Özellikle tacirler arasında kullanılan GİŞ içinde rastlanılabilecek bu tür hükümlerin denetlenmesinde en önemli sorun hangi eşğin aşılmasıyla sözleşmeye müdahale zorunluluğunun doğacağıdır. Bu konuda genel bir kural vermek mümkün olmadığından her sözleşmede bağlılık süresinin, taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünü elinden alacak veya ekonomik geleceğini tehdit edecek ölçüde uzun olup olmadığı, bu sözleşmeyle kendisini diğer âkidin keyfi tutumuna teslim edip etmediği incelenmek gerekecektir<sup>40</sup>. Özellikle işçinin hayat boyu sürecek veya on yıldan fazla süreli bir iş akdi yapması halinde devreye giren BK m.343 ve rekabet etmeme sözleşmesinin sınırını saptayan BK m.349 bu yönde genel bir ilke türetmeye çok elverişlidir<sup>41</sup>.

Yine GİŞ kullananın karşı sözleşmenin gelecekte elde edeceği bütün alacak haklarını toptan temlik etmesi halinde de bağlılığın boyutu sorgulanmayı gerektirir. Nitekim öğretiye göre, bir temlik sonucunda gelecek-

---

Buna karşılık *Bucher* tarafından savunulan bir görüşe göre, kişilik haklarının ihlali sadece hakları ihlal edilen tarafından ileri sürülebilir, hakim resen bu durumu dikkate alamaz. Zira bu maddenin amacı kişilik hakları ihlal edilene korumaktır ve ancak o isterse sözleşmenin butlanına hükmedilmelidir (*Bucher*, AT, 267; açık olmamakla birlikte aynı yönde *Başpınar*, 141).

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Dural*, 142vd; *Arpacı*, 135 vd.; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.212vd.

<sup>37</sup> *Dural*, 144

<sup>38</sup> Nitekim AB-yönergesinin ekinde verilen ve üye ülkelerin batıl sayabileceği sözleşme hükümlerini içeren listede aynı düzenlemeye rastlamak mümkündür: "Tüketicinin, meslek sahibinin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya cismani zarara uğraması hali için işletmecinin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümler" (1/b).

<sup>39</sup> *Gauch/Schluep/Schmid*, N.660vd.; *Arpacı*, 138

<sup>40</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.226; *Gauch/Schluep/Schmid*, N.663; BGE 114 II 159,162; BGE 84 II 13,23.

<sup>41</sup> BK m.349: "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir sınır dahilinde şart edilmiş ise muteberdir."



te doğacak bütün kazanç kaynaklarından yoksun kalınacak olması ve temlik edenin iktisadi açıdan aşırı ölçüde bağlanması böylesi bir toptan temlikli kişilik haklarına aykırı olarak nitelendirmeyi gerektirir. Ancak kişilik hakkının korunması karşısında sözleşme özgürlüğü ilkesinin yer aldığı gözden kaçırılmamakta ve özellikle konu veya zaman açısından sınırlandırılmış toptan temliklerin geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>42</sup>.

Genel işlem şartlarının Anayasa normlarına aykırılığı ise doğrudan ileri sürülemez. Zira yukarıda<sup>43</sup> açıklandığı gibi GİŞ'in hukuk normları olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, anayasa hükümlerinin, doğrudan değil ancak dolaylı olarak bir sözleşme sınırı oluşturması söz konusu olabilir. Bu da var olan denetim normlarının (örneğin MK m.2; BK m.19/20) somutlaştırılmasında anayasal ilkelerin dikkate alınması yoluyla gerçekleşebilir<sup>44</sup>.

## 2. Ahlaka Aykırılık

### a) Genel olarak

BK m. 19'da belirtilen sözleşme içeriğine ilişkin sınırlamalardan ikincisi ahlaka aykırılık olgusudur. Hukuk yoluyla bireyler arası sosyal ilişkiler düzenlenirken toplumda var olan temel değer yargılarının göz ardı edilmesi kuşkusuz düşünülemezdi<sup>45</sup>. Bunların da bir ölçüde hukuki yaptırımlarla donatılması ahlak düzenine atıf yapan normlar vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Özellikle sözleşme içeriğine bu yoldan sınırlama getirilmesi ise, toplumsal güçlerin, sözleşme kurumu sayesinde otomatik olarak gerek kendi, gerekse kamu menfaati için en elverişli sonucu elde edebileceğine ilişkin inancın bir yansımasıdır. Bu anlayışın doğal uzantısı sözleşme içeriğinin sınırlandırılması konusunda da yine aynı toplumsal güçlerin özdenetim mekanizmalarına atıf yapılmasıdır<sup>46</sup>. Liberal düşüncenin bir sonucu olarak denetim mekanizması heteronom değil otonom olarak şekillendirilmiştir.

Ahlaka aykırılık sınırlaması bir emniyet supabı niteliğini taşır. İçeriği kural olarak hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış olan, ancak ahlaki değer yargıları ile ölçüldüğünde son derece itici gelen bir sözleşmenin bu şekilde batıl sayılması imkanı getirilmiştir. Ancak ortalama bireyin ahlak anlayışından sapan her sözleşmenin denetlenmesi söz konusu

<sup>42</sup> Aral, *Fahrettin*, "Topyekün Temlik", AÜHFD 1991-1992, s.93,124; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.228; BGE 113 II 163,165

<sup>43</sup> § 7 IV

<sup>44</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.23. Ayrıca bkz. bu paragrafta dn.244

<sup>45</sup> *Larenz/Wolf*, 742

<sup>46</sup> bkz. *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.170

değildir. Amaç sadece asgari düzeyde etik bir standardın korunmasıdır<sup>47</sup>.

İlgili toplumun ahlak anlayışının ne olduğunun tespit edilmesi ve bu çerçeve kavramın içinin doldurulması ise her zaman büyük güçlük çıkarmıştır. Özellikle günümüzde var olan çok kültürlü (plüralist) toplumlarda artık genel geçer bir ahlaki değer yargısından bahsetmek çok güçleşmiştir<sup>48</sup>. Bunun yanı sıra toplumların sabit bir ahlak anlayışına sahip olduğu da düşünülemez. Söz konusu olan sürekli olarak içeriği değişen bir kavramdır<sup>49</sup>. Bu veriler çerçevesinde bir tanım verilmeye çalışılırsa ahlak, belirli bir ülkede belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünüdür denilebilir<sup>50</sup>. Ahlaka aykırılığın tespitinde her halde bireysel bir değerlendirmeden yola çıkmamak, genelleştirici, var olan konsensüsü tespit etmeye yönelik bir yaklaşım içinde olmak gerekir<sup>51</sup>. Sosyal etik değerler tespit edilirken belirli bir mekanda toplumsal hayatın vazgeçilmez değerlerine ilişkin ortak kanaat tespit edilecektir ki her somut olayda bu görev hakime düşmektedir<sup>52</sup>.

İsviçre-Türk hukukunda tanım güçlüğüne bir unsur daha eklenmektedir, zira BK m.19/II'de *kamu düzenine* aykırılık halinde de sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla ahlaka aykırılık kavramının içeriği, kamu düzenine verilen anlamla bağlantılı olarak değişebilecektir<sup>53</sup>. Kamu düzenine aykırılığı sözleşmenin içerik denetimi kriterleri arasında hiç saymayan, kişilik haklarının korunmasına ilişkin özel bir yasal düzenleme içermeyen Alman Medeni Kanunu'na ilişkin olarak ileri sürülen ve ahlaka aykırılık kavramını mümkün olduğu kadar geniş yorumlayan görüşlerin İsviçre-Türk hukuku açısından temkinli karşılanması gerektiği açıktır<sup>54</sup>. Bu nedenle etik değer yargılarının yanı sıra, hukuk düzenimize için olan değer yargılarının da ahlak kavramı çerçeve-

<sup>47</sup> *Fastrich*, 20; *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 N.1-2

<sup>48</sup> aynı yönde *Schmidt*, JZ 1980, 153; *Edis*, 158

<sup>49</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 N.17; *Zufferey-Werro*, 180; *Karahasan*, 235

<sup>50</sup> *Güriz*, Adnan, Hukuk Felsefesi, 2.baskı Ankara 1987, 14; *Hançerlioğlu*, Orhan, Toplum-bilim Sözlüğü, İstanbul 1986, 11; *Edis*, 159. Ahlak kavramının atıf yaptığı sosyolojik ve moral değer ve kuralların ayrıntılı açıklaması için bkz. *Zufferey-Werro*, 151vd.

<sup>51</sup> *Larenz/Wolf*, 746; *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 N.11; *v.Tuhr/Peter*, 256. Yargıtay'a göre "Bir akdin ... ahlaka ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hakimin bu husustaki sübjektif görüşüne göre değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir." YHGK 20.3.1974, 1053/222, YKD 1977/I, 11,18

<sup>52</sup> *OR/Huquenin Jacobs*, Art.19/20 N.34; *Karahasan*, 235

<sup>53</sup> Alman hukukunda kamu düzeni ayrı bir butlan sebebi olarak anılmadığı için bu tartışmalar orada çok sınırlı çerçevede yürütülmektedir. Ahlaka aykırılık ve gabini düzenleyen BGB § 138'in kamu düzenini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği konusunda bkz. *Simitis*, 168vd.

<sup>54</sup> Aynı yönde *Zufferey-Werro*, 121-122. Bu açıdan *Lörtscher*'in Alman hukukunda ileri sürülen görüşlerin İsviçre hukuku açısından da aynen geçerli olduğu yönündeki yaklaşımına katılmak mümkün değildir (karş. *Lörtscher*, 205)

sinde ele alınmasına ilişkin Alman hukukunda savunulan görüşlere<sup>55</sup> katılmak için bir sebep yoktur<sup>56</sup>. Özellikle anayasada belirlenen temel ilkelerin ve değer yargılarının tümü, öncelikle, kamu düzeni kavramının bir parçası olarak algılanmalıdır. Bunların ayrıca ahlaki yargularla da kısmen örtüşmesi kuşkusuz mümkündür, ancak ahlak kavramı içinde ele alınmaları doğru olamaz<sup>57</sup>. Zira *Hatemi*'nin haklı olarak belirttiği gibi ahlak normlarının uygulanabilirliği denetlenirken esas alınacak olan anayasal düzendir<sup>58</sup>. Anayasal düzene aykırı ahlak kurallarının uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla anayasal normların bir yandan ahlaka aykırılık kavramı vasıtasıyla özel hukuka aktarılması diğer yandan da yine aynı normların bu kavramın sınırlarını belirlemesi yöntem açısından tutarlı bir yaklaşım değildir.

Sözleşmelerin ahlaka aykırılığı kural olarak içeriklerine bakılarak tayin edilir. Örneğin konusu, taraflardan birinin diğerine kölelik yapması olan veya herhangi bir kişilik hakkından vazgeçmek olan sözleşmeler ahlaka aykırılık nedeniyle batıldır. Tarafların bu sözleşmeyi yapmadaki niyeti değerlendirmede hiçbir öneme sahip değildir<sup>59</sup>. Ancak başlı başına sözleşme içeriğinin ahlaka aykırı olarak nitelendirilmek için yeterli olmadığı istisnai hallerde sözleşmenin tüm yönleri, yani tarafların bu işlemi yapmadaki saiki ve işlemin amacı da ek unsur olarak değerlendirmede dikkate alınır<sup>60</sup>. Örneğin karşılıksız bir kazandırma başlı başına ahlaka

<sup>55</sup> bkz. *Raiser*, AGB, 280; *Hönn*, JZ 1983, 677, 688

<sup>56</sup> aynı yönde *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.163; *OR/Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.33

<sup>57</sup> aksi görüşte *Zufferey-Werro*, 108

<sup>58</sup> Sözleşme özgürlüğü gibi temel haklar arasında sayılmış (m.48) bir hakkın kısıtlanması ancak anayasaya uygun yasalarla olabileceğinden, bu yasaların atfı yaptığı ahlak kuralları da ancak anayasaya uygun oldukları ölçüde dikkate alınabileceklerdir. Kanunun atfı nedeniyle bir kanun katına çıkarılan ahlak kurallarının sözleşme özgürlüğüne sınır getirmesi anayasa hukuku açısından bir tereddütle karşılanamaz. Ancak her halde bu ahlak düzeninin anayasanın temel ilkeleri ile çelişmemesi gerekir. *Contra legem* bir kuralın uygulanması mümkün değildir (ayrıntılı bilgi için bkz. *Hatemi*, 104vd.); aynı görüşte *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 215; *Hürlimann*, N.150

<sup>59</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.181; *OR/Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.36; *v.Tuhr/Peter*, 256; *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 N.106vd. Nitekim Yargıtay da başlık sorunu çerçevesinde aynı görüşü ifade etmiştir: "Esasen borç doğuran eylemin ahlaka aykırılığını tarafların bilmemeleri veya kültürel ve sosyal yaşantıları itibariyle bunun ahlaka aykırılığını takdir olanağından yoksun bulunmaları, halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından ahlaka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez" (Y11HD 8.12.1975, 4834/7191, *Karahasan*, 238-241)

<sup>60</sup> *Larenz/Wolf*, 749; *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 N.112; ayrıca bkz. *BGH NJW* 1979, 805,806; aksi görüşte *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.181; *OR/Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.36 (yazarın, tarafların düşüncelerinin hiçbir öneme sahip olmadığından bahsetmesi ve ahlaka aykırılığın sadece sözleşme içeriğine bakılarak objektif açıdan tayin edileceğini ifade etmesi, ancak sözleşme içeriği kavramının bu hallerde geniş yorumlanarak tarafların saiklerini de içerdiğini kabul etmesi, kanımca iki görüşün de aynı sonuca götürdüğünü göstermektedir.)

aykırı bir sözleşme konusu değildir, halbuki bu kazandırma, iki tarafın bilgisi dahilinde, cinsel bir karşılık elde edilmek niyetiyle yapılıyorsa sözleşme ahlaka aykırı sayılır. Bu hallerde veya bir üçüncü kişiye karşı ahlaka aykırı bir davranış içine girilen hallerde kural olarak iki sözleşende de kınanabilir bir tavır aranır<sup>61</sup>. Buna karşılık âkitlerden biri diğerine karşı ahlaka aykırı bir davranış sergiliyorsa, örneğin ekonomik üstünlüğünü, dengesiz bir sözleşme içeriği elde etmek için kullanıyorsa sadece bu âkidin kınanabilir bir davranış içinde olması kuşkusuz yeterlidir. Ancak hakimin saptayacağı husus, birisine zarar verme veya ahlaka aykırı davranma kastının var olup olmadığı değildir<sup>62</sup>. Sadece ahlaka aykırılığı doğuran olgulardan haberdar olmak veya bunları bilinçli olarak veya ağır ihmal nedeniyle görmezlikten gelmek yeterlidir.

Sözleşmelerin hangi hallerde ahlaka aykırı sayılacağını somutlaştırmak amacıyla doktrinde bazı ihlal grupları tespit edilmiştir<sup>63</sup>. Bunlardan ilki özellikle cinsel içerikli bir davranışla bağlantılı sözleşmelerdir. Örneğin evlilik dışı bir ilişkiyi sürdürmek amacıyla karşılıksız kazandırmada bulunulmasına ilişkin sözleşmeler batıldır<sup>64</sup>. İkinci olarak sosyal etik değer yargılarımıza aykırı düşen sözleşmeler de batıl sayılırlar. Örneğin bir açık artırmada sadece fiyatı artırmak için pey sürülmesinin kararlaştırılması (*pactum de licitando*)<sup>65</sup>, sınav sorusunun çözümü veya bir tez yazımı için para teklif edilmesi veya bir işin görülmesi için rüşvet verilmesi<sup>66</sup> gibi durumlar bu konuda örnek verilebilir. Bunun yanı sıra istisnai hallerde bir üçüncü kişinin nispi hakkını ihlal etme amacı güden sözleşmeler de ahlaka aykırı olabilir<sup>67</sup>.

Bir sözleşmeyle bağlı olma süresinin aşırısına kaçması halinde, örneğin bir rekabet etmeme sözleşmesinin veya bir malı belli bir yerden temin etmeye ilişkin bir sözleşmenin fazla uzun tutulması veya ekonomik geleceğin mahvına sebep olacak bir hükmün kararlaştırılması halinde bunun öncelikle kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu kabul edilmiş, dolayısıyla sorun emredici hükümlere aykırılık başlığı altında ele alınmış-

<sup>61</sup> Örneğin taraflardan sadece birinin bir hediyeyi, cinsel bir karşılık beklediği için vermesi, diğer tarafın ise bundan haberdar bile olmaması akdi batıl yapmaz. Aynı şekilde bu niyetle bir hediye satın alınması da sözleşmeyi batıl yapmaz (başka örnekler için bkz. *Başpınar*, 145vd).

<sup>62</sup> *Larenz/Wolf*, 750

<sup>63</sup> bu gruplandırma için bkz. *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.188vd

<sup>64</sup> BGE 109 II 15,17

<sup>65</sup> BGE 109 II 123,126. Açık artırmada pey sürmeme (*pactum de non licitando*) anlaşmasının ahlaka aykırılığı konusunda bkz. Y4HD 19.12.1966, 8818/10789, *Karahasan*, 608.

<sup>66</sup> BGE 95 II 37,39

<sup>67</sup> bkz.*OR/Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.41; *Giger*, Rechtsfolgen, 70; *Larenz/Wolf*, 756vd.

tür<sup>68</sup>. Kuşkusuz bu tür cendere sözleşmelerinin (*Kneblungsverträge*) aynı zamanda ahlaka aykırı bir nitelik arz etmesi her zaman mümkündür<sup>69</sup>.

Edimler arasındaki aşırı dengesizliğin başlı başına bir ahlaka aykırılık oluşturup oluşturamayacağı ise tartışmalıdır<sup>70</sup>. Zira BK m.21'de düzenlenen gabin olgusu uyarınca edimler arasındaki dengesizliğin sözleşmenin iptaline sebep olması için ek bazı koşullar aranır<sup>71</sup>. Oysa bu hallerde ahlaka aykırılık yoluyla bir denetim yapılması imkanı getirilirse gabile ilişkin hüküm boşa dönmeye başlar<sup>72</sup>. Bu yüzden *Oftinger* bu gibi durumlarda edimler arasında, gabinde arandan daha aşırı bir dengesizlik (*laesio enormissima*) olmasını gerekli görmektedir. Ya da bu kadar aşırı bir dengesizlik olmasa bile en azından taraflardan birinin monopol teşkil etmesi gibi bir durum ek unsur olarak aranmaktadır<sup>73</sup>. İsviçre Fe-

<sup>68</sup> bkz. yukarıda § 10 II 1 b. Aynı görüşte *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.186; *OR/ Huguenin Jacobs*, Art.19/20 N.45

<sup>69</sup> Bu şekilde nitelendirmeyi tercih edenlere örnek olarak bkz. *Giger*, Rechtsfolgen, 72vd.; *v.Tuhr/Peter*, 260; *Sungurbey*, 64; YHGK 11.2.1976, 4-1088/209, YKD 1976, 1269. Nitekim Alman Federal Mahkemesi kefalet sözleşmelerini iki şartın varlığı halinde ahlaka aykırı olarak nitelendirmektedir (örn. BGH NJW 1997, 3372). Bunlardan ilki kefalet miktarının yüksekliği, yani kefilin adeta hayatı boyunca çalışsa bile kefalet miktarını ödeyemeyecek olması, ikinci olarak da kefil olma konusundaki iradesini özgürce şekillendirme imkanından yoksun olmuş olmasıdır. Genellikle aile bireyleri tarafından duygusal gerekçelerle verilen ve kefil olanın işlemde hiçbir kişisel çıkarının söz konusu olmadığı, ayrıca kefalet miktarının da orantısız şekilde yüksek olduğu hallerde ahlaka aykırılık butlanına hükmedilmektedir. 1993 yılında Alman Anayasa Mahkemesinin, Federal Mahkemenin, bu şartlarda üstlenilmiş bir kefaletin geçerliliğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararını düzeltilmesiyle (BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, çeviri için bkz. *Atamer*, İHFM C. LV – S.3 (1997), 419) başlayan bu uygulamaya ilişkin tartışmalar bugüne kadar dinmemiştir (bkz. *Horn*, “Übermäßige Bürgschaften mittellose Bürger: wirksam, unwirksam oder mit eingeschränktem Umfang?”, WM 1997, 1081-1089; bu içtihat hakkında Türkçe bir inceleme için bkz. *Kocaman*, Arif, “Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlaka Aykırılığı Sorunu”, Ali Bozer’e Armağan, 371-388 ve *Elçin Grassinger*, 70vd.)

<sup>70</sup> Bu konuda mukayeseli bir inceleme için bkz. *Kötz*, 198vd.

<sup>71</sup> bkz. ileride § 10 II 3 a

<sup>72</sup> *Oftinger*, FS Zepos, 535,549

<sup>73</sup> *Oftinger*, FS Zepos, 535,549; aynı yönde *Lörtscher*, 211; *Baudenbacher*, AGB, 272 (yazara göre BK 21 ile BK 20 arasında lex generalis/lex specialis ilişkisi yoktur ama BK m.21'in anlamını yitirmesini engellemek için edimler arası dengesizliklerde BK m.20'ye aykırılığın ancak ek bazı unsurların varlığı halinde kabul edilmesi gerekir); *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.205; *Bürgi*, 37; *Kamm*, 182 ve 203; *Schwenzer*, N.32.32; *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 39 N.34-35; *Sungurbey*, 59; Alman hukuku için bu yönde *Hönn*, 146; *Larenz/Wolf*, 755; *Fastrich*, 19. RGZ 150, 1.5. Bu hallerde ahlaka aykırılığın söz konusu olamayacağı görüşünde *Bucher*, AT 258-259; *Gauch/Schluiep/Schmid*, N.676 ve 756; *Gauch*, recht 1989, 91,99; *Buol*, N.343; *Hatemi*, 243; *Guhl/Merz/Koller*, 41; *v.Tuhr/Peter*, 260. Ancak *Gauch/Schluiep* son basıda sadece kefalet akdi için, Alman hukukunun da etkisinde kalarak bu tür bir ahlaka aykırılığın kabul edilebileceği görüşünü savunmuştur (*Gauch/Schluiep/Schmid*, N.676a).

deral Mahkemesi bir kararında<sup>74</sup> faiz oranının aşırı olması (%26) ve normal bir faiz oranını önemli ölçüde aşması hali için bu tür bir ahlaka aykırılığı kabul etmiştir, ancak genelde mahkemenin çizgisi edimler arası dengesizliğe, sözleşme özgürlüğü mülahazaları ile müdahale etmeme yönündedir<sup>75</sup>.

Ahlaka aykırılığın takdir edilmesinde sözleşmenin tümü değerlendirilmede dikkate alınacaktır<sup>76</sup>. Dolayısıyla tek başına ahlaka aykırı olarak nitelendirilemeyen bir hükmün diğer hükümlerle beraber ele alınması sonucu ahlaka aykırı sayılması mümkündür<sup>77</sup>. Bu değerlendirmeyi yaparken sözleşmenin akdi anının dikkate alınması gerekir<sup>78</sup>. O anda ahlaka aykırı olmayan bir hükmün daha sonra, değişen ahlaki değer yargıları nedeniyle ahlaka aykırı hale gelmesi kural olarak mümkün olmamalıdır. Aynı şekilde başlangıçta ahlaka aykırı olan bir sözleşme daha sonra değişen ahlaki değer yargıları nedeniyle sıhhat kazanmaz<sup>79</sup>.

- b) Genel işlem şartları kullanımının ahlaka aykırılık oluşturması  
aa) Alman doktrin ve uygulaması

İmparatorluk Mahkemesi, GİŞ sorununu ilke defa ele almaya başladığında, sözleşmelerin GİŞ kullanılarak akdedilmesine ek olarak sözleşmelerden birinin ekonomik iktidarını ve özellikle monopol durumunu kötüye kullanmış olması halinde ahlaka aykırılık gerekçesiyle sözleşmeye müdahale imkanının mevcut olduğunu savunmuştur. Taraflardan birinin sözleşme koşullarını adeta karşı tarafa dikte etme imkanına sahip olması halinde mahkemeye göre bu imkanın kötüye kullanılmaması gerekir. "Monopol-içtihadı" 1906 yılında İmparatorluk Mahkemesi tarafın-

<sup>74</sup> BGE 93 II 189,191. Yargıtay da 1974 yılında verdiği bir kararında cezai şartın tacirler arasında kararlaştırılmış olması halinde TTK m.24 uyarınca tenkisin mümkün olmasına rağmen, meblağın, borçlunun ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıracak düzeyde olması halinde BK m.20 uyarınca ahlaka aykırı sayılabileceğine hükmetmiştir (YHGK 20.3.1974, 1053/222, YKD 1977/1, 11,17vd.; aynı yönde Y13HD 3.10.1988, 2765/4383, Karahasan, 614); bkz. Arkan, 137.

<sup>75</sup> Mahkeme 1989 yılında verdiği bir kararında edim ve karşı edim arasındaki dengesizliğin BK m.21'de nihai olarak düzenlenmiş olduğunu, dolayısıyla bu alanda hiçbir şekilde ahlaka aykırılık yaptırımına başvurulamayacağını kabul etmiştir (BGE 115 II 232,236; aynı şekilde BGE 95 II 55, 58). Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi karz akitlerinde edim ve karşı edim arasındaki göze batan bir dengesizliğin varlığı ve ödünç verenin ödünç alanın daha zayıf olan ekonomik durumunu bilinçli olarak kendi çıkarına kullanması halinde ahlaka aykırılıktan bahsedilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir. Bkz. BGH NJW 1979, 805,807 ve BGH NJW 1979, 808.

<sup>76</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.180; *Schwenzer*, N.32.19; BGE 39 II 541,546

<sup>77</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 138 N.24; *Lörscher*, 207

<sup>78</sup> *Zufferey-Werro*, 189

<sup>79</sup> *Hatemi*, 115; *Larenz/Wolf*, 751



dan başlatılmış<sup>80</sup> ve ancak 1956 yılında Alman Federal Mahkemesi bu içtihattan vazgeçmiştir<sup>81</sup>

Aslında âkit taraflardan birinin kendi menfaatlerini koruması ahlaki düzenin ihlali olarak nitelendirilemez<sup>82</sup>. Nitekim bu yüzden mahkeme genel işlem şartları kullanımını başlı başına (*per se*) ahlaka aykırı olarak nitelendirmemiş, buna ek olarak GİŞ kullananın bir monopol durumunda bulunması ve bu ekonomik üstünlüğünü, sözleşmeye adil olmayan ve karşı tarafı mağdur eden hükümler sokmak için kötüye kullanmasını aramıştır<sup>83</sup>. Ancak İmparatorluk Mahkemesi “monopol” nitelendirmesini yapabilmek için muhakkak ekonomik anlamda bir monopol aramamıştır; Mahkemeye göre fiilen o işletme ile sözleşme akdetme mecburiyetinin var olması halinde de bir monopol söz konusudur<sup>84</sup>. İmparatorluk Mahkemesinin monopol içtihadı özellikle sorumsuzluk kayıtları alanında gelişmiştir. BGB § 276’nın her türlü ihmali için sorumluluğun tamamen kaldırılmasını kural olarak kabul etmesi nedeniyle, mahkeme, işletmenin yönetici kadrolarının ağır ihmali ve kastlarından doğan sorumluluğunun kaldırılmasını ahlaka aykırı olarak nitelendirmek ihtiyacını hissetmiştir<sup>85</sup>. Genelde İmparatorluk Mahkemesinin sorunu ekonomik iktidar sorunu olarak algıladığı ve sadece rekabetin bozulduğu “patolojik” hallerde müdahale edip, bozulan düzeni yeniden kurduğu söylenebilir<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> RGZ 62, 264,266 (Davaya konu olan olayda devletin işlettiği bir kanaldan geçen gemilerin zorunlu olarak aldıkları kılavuz kaptanın ihmali nedeniyle meydana gelecek zararlardan işletmenin sorumlu tutulamayacağına ilişkin kayıtların geçerliliği tartışma konusu olmuş; İmparatorluk Mahkemesi, müşterilerin başka bir işletmeyle çalışma imkanlarının olmaması nedeniyle kendilerine dayatılan bu hükümlere boyun eğmek zorunda kalmaları olgusunu ahlaka aykırı olarak nitelendirmiştir); aynı yönde RGZ 99, 107,109; 161, 76, 81; 170, 233, 242)

<sup>81</sup> BGHZ 22, 90,97; 33, 216,218; 38, 183,185; BGH NJW 1962, 1195,1196; BGH, NJW 1963, 99,100. Henüz İmparatorluk Mahkemesi döneminde verilmiş ve BGB § 242’nin (MK m.2) genel işlem şartları sınırı olarak uygulanabileceği hakkında bir karar için bkz. RGZ 168, 321,329

<sup>82</sup> *Auer*, 19; *Fastrich*, 20

<sup>83</sup> *Raiser*, Forum, 3,5; *Schuler*,147. Ancak bu şekilde vurgu sözleşmenin içeriğinden, GİŞ’in işletme tarafından nasıl sözleşme içeriği yapıldığı sorununa kaydırılmıştır (*Raiser*; AGB, 283; *Auer*, 20; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 162). Yargıtay’ın 1981 yılında verdiği bir kararın gerekçesi de kısmen bu yöndedir. Mahkemeye göre araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya teslim süresini uzatma yetkisinin tanınmış olması, özellikle firmanın bir tekel oluşturması nedeniyle de hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilecektir (Y13HD 7.4.1981, 1045/2514, YasaHD 1981/I, 658). Yine 1980 yılında verilmiş olan bir kararda tekel teşkil eden işletmeler için “bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi gerekli şartları haiz ise) sözleşme yapmaktan kaçınmaz ve hele *tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartlar ileri süremez* (vba)” ifadesi kullanılmıştır (Y4HD 20.3.1980, 1671/3675, YKD 1981, 826,827).

<sup>84</sup> RGZ 115, 218, 220; karşı.*Baudenbacher*, AGB, 245

<sup>85</sup> RGZ 62, 264, 266; 102, 396, 397; bkz. *Raiser*, Forum, 3,7

<sup>86</sup> *Baudenbacher*, AGB, 256



Ancak Alman doktrini baştan beri bu içtihada pek sıcak bakmamıştır. Öncelikle ahlaka aykırılığın monopol durumunun kötüye kullanılmasında görülmesi buna karşılık sözleşme içeriğinin hiçbir şekilde değerlendirilmeye katılmaması eleştiri konusu yapılmıştır<sup>87</sup>. Ayrıca monopol durumunda olmayan işletmelerin kullandığı GİŞ karşısında da tüketicinin korunması ihtiyacının artması<sup>88</sup>, genel işlem şartlarının her olayda ahlaki değerler düzenine uygunluğunun araştırılmasının, ahlaka aykırılık kavramının zamanla aşınmasına yol açması gibi gerekçeler de bu içtihadın doktrinde eleştirilmesini beraberinde getirmiştir<sup>89</sup>. Nitekim Alman doktrininde o dönemde ahlaka aykırılık kavramı çerçevesinde kamu düzeninin de incelenmesi, hatta ahlaka aykırılığı da kapsayacak şekilde kamu düzeninin üst kavram olarak teklif edilmesine sık rastlanılmaktadır<sup>90</sup>. Bu şekilde ekonomik hayatın gelişmelerini, ne kadar yanlış da olsalar, sürekli ahlaklı/ahlaksız olarak nitelendirme gereğinden sıyrılmak istenmiştir<sup>91</sup>.

#### bb) Türk-İsviçre doktrin ve uygulaması

İsviçre Federal Mahkemesi ahlaka aykırılığın ancak sözleşmenin içeriğine veya sözleşenlerin amacına ilişkin olarak ortaya çıkabileceğini kabul etmiş, buna karşılık sözleşmenin akdedilme sürecinin özelliklerinin veya âkitlerden birinin konumunun ahlaka aykırılık değer yargısına izin vermeyeceğini öngörmüştür<sup>92</sup>. Bu gerekçeyle mahkeme, GİŞ kullanılarak akdedilmiş olan bir sözleşmeyi ahlaka aykırı olarak nitelendirmekten kaçınmıştır<sup>93</sup>.

İsviçre doktrininde özellikle *Lörtscher* GİŞ içinde yer alan sorumsuzluk anlaşmaları açısından ahlaka aykırılığın sözleşme sınırı olarak kullanılmasından yana görüş beyan etmiştir<sup>94</sup>. Yazara göre bunun kabulü

<sup>87</sup> *Raiser*, AGB, 283vd.; *Kötz*, DJT A31; *Bauer*, 62

<sup>88</sup> *Simitis*, 28

<sup>89</sup> *Raiser*, Forum, 3,6; *Grunsky*, JurA 1969, 87,95; bkz. *Schuler*,147-148

<sup>90</sup> *Simitis*, 197; *Esser*, ZHR 135 (1971), 320, 335vd.

<sup>91</sup> *Kramer*, ÖJZ 1973, 505,506

<sup>92</sup> BGE 84 II 13, 27 (üstlenilen yükümlülükler, yapılan tasarruflar, kararlaştırılan şartlar vs. bir sözleşmenin içeriğini belirler ve ancak bunların ahlaka aykırılığı BK m.20 anlamında denetlenebilir); 94 II 197,207; ayrıca bkz. 77 II 154,158. Mahkemenin bu değerlendirmede özellikle BK m.20/I'in Fransızca ve İtalyanca metinlerinden yola çıktığı konusunda bkz. *Baudenbacher*, AGB, 262vd.

<sup>93</sup> BGE 94 II 197,208. Aynı görüşte *Schuler*, 149; *Bürgi*, 29; *Auer*, 20. Federal Mahkeme istisnai olarak, sigorta genel işlem şartları içinde yer alan ve sigortalının, zarar görene karşı kusurlu olduğunu kabul etmesi veya onunla sulh sözleşmesi yapması halinde sigortacının her türlü sorumluluktan kurtulmuş sayılacağına ilişkin hükümleri ahlaka aykırı olarak nitelendirmiştir (BGE 57 II 588, 594)

<sup>94</sup> *Lörtscher*, 205vd.; aynı görüşte *Kamm*, 175vd.; *Sungurbey*, 64; *Hatemi/Serozan/Arpacı*, 30 (yazarların yedek hukuk kurallarından sapılmasını ahlaka aykırı olarak nitelen-

için taraflardan birinin üstün bir konumda olması, ikinci olarak da bu üstün konumunu kötüye kullanması söz konusu olmalıdır. Bu üstün konumun varlığını kabul edebilmek için muhakkak monopol durumunda olması aranmaz<sup>95</sup>. Piyasada o alanda her işletmenin aynı sözleşme koşullarını kullanıyor olması da bu tür bir üstün konumun göstergesidir. Diğer yandan bu üstün konumun kötüye kullanılması, yani üstün konumda olanın sözleşme özgürlüğü kurumundan tek yanlı olarak kendi lehine faydalanması, diğer tarafı ise bu yoldan sömürmesi gerekir<sup>96</sup>. Bu hallerde bir ahlaka aykırılık kabul edilecektir. Tarafların edimleri arasında aşırı bir dengesizliğin olması ise aranmaz; sadece normal şartlarda birbirine denk iki sözleşme tarafının karşı karşıya gelmesi halinde kabul edilmeyecek olan bir sözleşme içeriği söz konusu olmalıdır<sup>97</sup>. Bu şekilde sözleşmenin akdedilme şekli ahlaka aykırılığı beraberinde getirirken, yazara göre, GİŞ kullanımı nedeniyle edimler arasında aşırı bir dengesizlik oluşması da başlı başına ahlaka aykırılığa sebep olabilir. Burada sözleşme içeriği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Ancak yazarın kendisinin de belirttiği gibi sadece bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı yeterli değildir. Ayrıca sözleşme içeriğine bakıldığında bu kayıt nedeniyle edimler arasındaki dengenin aşırı şekilde bozulmuş olması aranır<sup>98</sup>.

İlginç bir şekilde, Borçlar Kanununun bazı maddelerinde sözleşme içeriğini denetlemek açısından monopol düşüncesine başvurulmuştur. Nitekim *Sticher*'e göre BK m. 99/II ve 100/III'ün yasama tarihinde İmparatorluk Mahkemesinin içtihadına paralellik tespit etmek mümkündür<sup>99</sup>. Her ne kadar bu maddede daha sonra "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrası" aranmış ve böylelikle monopol durumu zorunlu unsur olmaktan çıkarılmışsa da, o dönemlerde hükümet imtiyazları verilen işletmelerin büyük ölçüde monopol teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>100</sup>. Örneğin Federal Mahkemenin 71 II 239 sayılı kararında iki tren işletmesi arasındaki sözleşmede sorumsuzluk kaydı bulunması BK m.100/III'e aykırı sayılmamış ve bu durum, ilgili maddenin sadece monopoller karşısında *bireyi* korumak amacı güttüğü gerekçesi ile açıklanmıştır. Ancak doktrinde *Stockar101* tarafından ileri sürülen ve BK

---

dirmesine, bu olgunun kamu düzenine aykırılık oluşturduğunun kabul edilmesi gerektiği düşüncesi ile katılmıyorum, bkz. ileride § 10 II 6).

<sup>95</sup> *Lörtscher*, 206

<sup>96</sup> *Lörtscher*, 207; *Kamm*, 179

<sup>97</sup> *Lörtscher*, 208

<sup>98</sup> *Lörtscher*, 212

<sup>99</sup> *Sticher*, 71

<sup>100</sup> *Sticher*, 72

<sup>101</sup> *Stockar*, 52. Aynı eğilimde *Erten*, 247vd. GİŞ kullanan her işletmeyi BK m.99/100'e tâbi tutmak yerine bu maddelerde kullanılan "imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrası" kavramını geniş yorumlamak düşüncesi ise gerek Federal Mahkeme gerekse Yargıtay kararlarında yaygın kabul görmüştür (bkz. ileride § 11 II 1 a)

m.99/100'ün kıyasen GİŞ kullanan her işletme için uygulanması teklifi kabul görmemiştir<sup>102</sup>.

### c) Değerlendirme

GİŞ'in ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi sorununu bazı örneklerle canlandırmaya çalışacak olursak: Bir vestiyerde ilan edilmiş olan "hafif ihmâl sonucu ortaya çıkan kayıplardan sorumluluk kabul edilmez" kaydı, banka kredi sözleşmesinde yer alan "çekte sahtecilik yapılması sonucu doğan zararlardan müşteri sorumludur" veya "ihtilafların çözümü konusunda Beyoğlu Mahkemesi yetkilendirilmiştir" şeklindeki kayıtların ahlaka aykırılığını tartışmamız gerekir. Dikkati çeken, her üç kaydın da başlı başına "ahlaka aykırı" ve etik değer yargılarımızı ihlal edici olarak nitelendirilememesi ve hatta bugünkü hukuk düzenimiz açısından kararlaştırılmalarında kural olarak hiçbir yasal engel bile olmamasıdır. BK m.99, TTK m.724 ve HUMK m.22'de bu kayıtları engelleyen bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla bu sözleşmelerin buna rağmen ahlaka aykırılığını iddia edebilmek için, işletmecinin âkidine karşı kınanabilir bir tutum içinde olması gibi *ek bazı unsurların* varlığına ihtiyaç vardır<sup>103</sup>. Ancak GİŞ kullanmanın başlı başına ahlaka aykırı bir davranış olamayacağı, aksine bazı haklı menfaatlere cevap verdiği yukarıda ele alınmıştı<sup>104</sup>. İşletmecinin kendi ekonomik menfaatlerini koruyarak ahlaka aykırı davrandığı söylenemez<sup>105</sup>. Zira bütün özel hukuk sistemimiz bu düşünce üzerine kuruludur. Hakkaniyete uymayan bir kuralı sadece GİŞ içinde düzenlendiği için ahlaka aykırı saymak mümkün değildir<sup>106</sup>.

Bu açıdan ahlaka aykırılık ölçütünün, sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğüne çok geniş bir sınır çizdiği<sup>107</sup> ve sadece tarafların aşmalarına izin verilmeyen en uç noktayı saptadığı kabul edilmelidir. Bu düzeyin altında kalan bir sözleşme içeriği ise Borçlar Kanunu açısından kural ola-

<sup>102</sup> Stöckli, 157; Schuler, 149; Kamm, 148-149

<sup>103</sup> bkz. yukarıda dn.60civarı. Diğer yandan ahlaka aykırılığın kabulü için işletmenin monopol durumu, ekonomik üstünlüğü gibi kriterler öne sürmek de kalıcı bir çözüm sağlayamaz (Schönenberger/Jaggi, Art.1 N.512; Berner Kommentar/Kramer, Art.19-20 OR N.276) zira bunların olmaması halinde de GİŞ karşısında koruma ihtiyacı mevcuttur. Ayrıca monopollere karşı koruma gereği de GİŞ sorunundan tamamen bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun en önemli görevlerinden biri pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesidir. Yani her alanda piyasanın monopoller karşısında korunması ihtiyacı mevcuttur, sadece GİŞ karşısında değil.

<sup>104</sup> bkz. yukarıda § 3 I; ayrıca bkz. Sticher, 60

<sup>105</sup> Sticher, 65; aynı yönde Stöckli, 157; Simitis, 28

<sup>106</sup> Soyer, 147; Nordmann, 99

<sup>107</sup> Wolf, Rechtsgeschäftliche, 38; Lukes, FS Hueck, 459,479; Flume, Privatautonomie, 135,170; Nordmann, 99; Schmidt-Salzer, NJW, 94; Fastrich, 20

rak geçerlidir<sup>108</sup>. Ahlaka aykırılık kriteri, sözleşme adaletinin, tarafların özgürce sözleşme akdetmesi halinde kendiliğinden gerçekleşeceğine inancın geçerli olduğu dönemler için yeterli bir denetim kriteridir. Oysa bugün için etik değer yargılarını ayaklar altına almayan bir sözleşme içeriğinin söz konusu olduğu hallerde de, zayıf olanın korunması düşünceyle sözleşmeye müdahale bir ihtiyaç oluşturmaktadır<sup>109</sup>. Ahlaka aykırılık ile sosyal adaletsizlik örtüşen kavramlar olmadığı için<sup>110</sup> bu müdahalenin başka şekilde gerekçelendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Standart sözleşmede sorun, adalet terazisinde ahlaka aykırı olarak nitelendirilecek kadar ağır basmayan hükümlerin mevcut olması, ancak bunların sözleşme içeriği oluş şeklinde göze batan bir olumsuzluğun varlığıdır<sup>111</sup>.

Bir büyük çemberin içinde küçük bir çember düşünülecek olursa, küçük çemberin içeriği yedek hukuk kurallarına ve dolayısıyla yasa koyucunun adalet anlayışına uygun olan sözleşme düzenlemeleridir. Buna karşılık büyük çemberin dışında olanlar ahlaka aykırı nitelendirilecek hükümlerdir. Bu iki çemberin arasında kalan bölüm ise ahlaka aykırı olmamakla beraber yedek hukuk kurallarından sapan ve GİŞ içinde düzenlenmiş olmaları halinde yasa koyucunun adalet anlayışına aykırı olan hükümlerdir<sup>112</sup>. Ahlaka aykırılık dıştan bir sınır çizerken, GİŞ için değerlendirme merkezden uzaklaşmaları oranında yapılmalıdır.

Nitekim bugün Avrupa ülkelerinde, GİŞ denetiminde kullanılan maddelere göz atıldığında ahlaka aykırı sayılmayacak hükümlerin de denetime tâbi tutulduğu görülecektir. Gerek Alman GİŞ-yasası § 9, gerekse AB-yönergesi m.3 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı şekilde müşteriyi ölçüsüz şekilde mağdur eden veya onun aleyhine hak ve borçlarda önemli bir dengesizlik yaratan hükümler geçersizdir. Bugün AGBG § 9 ile, ahlaka aykırılığı düzenleyen BGB § 138'in işlevleri, uygulama şartları ve hukuki sonuçları açısından birbirinden ayrıldığı Alman doktrininde büyük çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>113</sup>. Buna göre ahlaka aykırılık, irade özerkliği ilkesinde temelini bulan, sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün en dış sınırını çizmektedir. Oysa GİŞ-yasası, sözleşmenin tek taraflı kaleme alınması suretiyle taraflardan birinin ölçüsüz şekilde mağdur edildiği her hali denetler. Ölçsüzlük kriterinin ise ahlaka aykırılığa nazaran çok daha önce devreye gireceği genel kabul görmektedir<sup>114</sup>. Bū-

<sup>108</sup> *Fastrich*, 20

<sup>109</sup> aynı yönde *Nordmann*, 99; *Fastrich*, 18

<sup>110</sup> *Fastrich*, 20; aksi görüşte *Schwenzer*, N.32.18

<sup>111</sup> *Sticher*, 60

<sup>112</sup> *Brandner*, AcP 162 (1963), 237,247

<sup>113</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.34; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.13-21; *Münch-Komm/Kötz*, Vor § 8 AGBG N.7; *Palandt/Heinrichs*, Vorbem. v. AGBG § 8 N.17

<sup>114</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.34; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 N.32; *Palandt/Heinrichs*, Vorbem. v. AGBG § 8 N.17

tün ahlaka aykırı hükümler per se ölçüsüzdür, ama bütün ölçüsüz hükümler ahlaka aykırı değildir<sup>115</sup>. Kuşkusuz GİŞ içinde de ahlaka aykırı hükümlerin bulunması mümkündür, ancak aynı hükümler bireysel sözleşmeler içinde olsa da ahlaka aykırı sayılacaktır, dolayısıyla bu denetim GİŞ'e özgü bir denetim sayılamaz ve GİŞ'i bireysel sözleşmelerden ayıran noktayı yakalamaya elverişli değildir<sup>116</sup>.

Son olarak, ahlaka aykırılık kavramının, GİŞ içeriğinin denetimi için somut bir ölçü vermekten de çok uzak olduğunu vurgulamak gerekir. Kavramın kendisini somutlaştırmak konusunda yaşanan tartışmalar bir yana genel işlem şartları içinde yer alan *hangi* hükümlerin ahlaka aykırı sayılabileceği konusunda bir tutamak bulmak adeta imkansızdır. Para karşılığı cinsel içerikli edim vaat edilmesinin ahlaka aykırılığını tereddütsüz kabul ederiz, zira bir etik değer yargısını ihlal etmektedir. Oysa GİŞ içinde yetkili mahkeme tayin edilmesinin ahlaka aykırılığını neye göre ölçeceğimiz tamamen belirsiz kalmaktadır. Bu açıdan Türk hakimine ahlaka aykırılık yoluyla GİŞ denetimi yapmasını önermek, ister istemez in-di kararlar verilmesine kapı aralamak sonucunu doğurur<sup>117</sup>.

### 3. Gabin

#### a) Genel olarak

1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun, liberal öğretilerin etkisinde kalarak yasada yer vermediği gabin düzenlemesi, 1911 tarihli yeni İsviçre Borçlar Kanununun hazırlanmasında nispeten daha fazla sosyal kaygılar güdüldüğünün somut göstergelerinden biri olarak bu yasanın 21. maddesinde ele alınmıştır<sup>118</sup>. Maddenin düzenlediği konu, tam iki taraflı sözleşmelerde, sözleşmenin geçerli olması için, iki tarafın mübadele ettiği edimin değerinin birbirine denk olması gerekip gerekmediği soru-

<sup>115</sup> Schmidt-Salzer, NJW, 94. Nitekim bu yüzden Alman İmparatorluk Mahkemesi GİŞ'in ahlaka aykırı sayılabilmesi için ayrıca monopol durumu gibi ek unsurlar aramıştır (bkz. yukarıda dn.80 ve 83; Fastrich, 18). Aynı şekilde edimler arası dengesizlik de ancak bunun aşırı olması halinde dikkate alınmaktadır (Fastrich, 19).

<sup>116</sup> Bürgi, 30; Sticher, 87

<sup>117</sup> Nitekim Yargıtay da 1971 yılında verdiği bir kararında bu hususa çok güzel parmak basmıştır: "Ferdin kişiliğini ahlaki anlayışlarla bağdaşmayacağı biçimde fiziki, ahlaki, iktisadi bakımdan tehlikeye veya halele uğratan sözleşmeler geçerli olmaz. Eskiden ölçü olarak daima değişen ahlak, gelenek ve görenek, çoğunluğun yerleşmiş inancı gibi yönleri benimsemek eğilimi vardı. Sonraları, vazgeçilen hürriyet için karşı tarafın elde ettiği yararın çok büyük, çok geniş kapsamlı olması gibi öneriler ortaya atılmıştır. Ancak bu öneriler objektif bir ölçü olmaktan uzak bulunmaktadır (vba). Çünkü bu ölçüler durum ve koşullara, tarafların durumuna göre değişebilir." Y4HD 12.3.1971, 12928/3376, Karahasan, 622,623)

<sup>118</sup> Berner Kommentar/Kramer, Art.21 OR N. 4-5

nudur; yani insanlık tarihi kadar eski bir sorun<sup>119</sup>. Yasa koyucu ortalama bir çözüm benimsemiştir: Sadece edimler arası bir dengesizlik yeterli sayılmamış, ancak buna bazı subjektif unsurların eklenmesi halinde sözleşmeyi iptal etme imkanı gabine uğrayana verilmiştir. Gabine ilişkin düzenleme, *Kramer*'in ifadesi ile, m.19/20'de yer alan içerik sınırlarına ilişkin düzenleme ile irade bozukluklarına ilişkin m.23vd. hükümleri arasında bir köprüdür. Zira gabinin varlığı için hem sözleşmenin içeriğine ilişkin objektif eksikliklerin, hem de taraflardan birinin irade özerkliğini etkileyecek subjektif bir eksikliğin var olması aranır<sup>120</sup>.

Sözleşme içeriğine ilişkin olarak yasanın aradığı *objektif unsura* göre tarafların edimleri arasında açık bir nispetsizlik olmalıdır. Edimlerin sadece birbirine eşit olmaması değil, bunun ötesinde dengesizliğin herkes için “göze batacak şekilde” olması gerekir<sup>121</sup>. Böyle bir dengesizliğin var olup olmadığını hakim takdir eder<sup>122</sup>. Bunun için sözleşmenin kurulması anında kararlaştırılan edimlerin hangileri olduğuna bakacak ve bu edimlerin o andaki objektif değerlerini tespit ederek bunları karşılaştıracaktır<sup>123</sup>. Ancak karşılaştırmada sadece asli edim yükümlerinin mi dikkate alınacağı yoksa genel olarak bütün sözleşme koşullarının birlikte mi değerlendirmeye katılacağı tartışmalıdır. Bugün İsviçre hukukunda genelde kabul edildiği üzere maddenin geniş yorumlanması ve bütün sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilerek eşitsizliğin tespit edilmesi gerekir<sup>124</sup>. Zira bir tarafın çok az ödemesine rağmen önemli sözleşme ri-

<sup>119</sup> *Gauch*, recht 1989, 91,92. Yasaya benzer bir düşünce ile alınmış olan diğer iki hüküm, fahiş cezaı şartın hakim tarafından tenkis edilebilmesi ve tellallık ücretinin tenkisine ilişkin hükümlerdir (BK m.161/III, m.409), bkz. *Oftinger*, FS Zepos, 535, 537; aynı görüşte *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 39 N.35

<sup>120</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.21 OR N. 5; aynı yönde *OR/Huguenin Jacobs*, Art.21 N.1; *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 39 N.2

<sup>121</sup> BGE 53 II 483,488; BGE 46 II 55.60; *Oftinger*, FS Zepos, 535,539; *Gauch*, recht 1989, 91, 95; Yargıtay da devamlı içtihatlarında nispetsizliğin açık, aşıkır olmasını aramaktadır: karş. Y3HD 21.12.1961, 7454/7361 (*Olgaç*, 103); Y1HD 21.11.1974, YKD 1975/1, 50)

<sup>122</sup> Roma hukukunda gelişen ve taraflardan birinin ediminin diğerinin yarısı oranında veya daha az olması halinde karşı tarafa sözleşmeyi hükümsüz kılma imkanı veren *laesio enormis* ilkesi (bu konuda bkz. *Kötz*, 199) İsviçre Borçlar Kanunu'na aktarılmamıştır. Bu şekilde bir sabit oranın yasaya alınması uygun görülmemiştir. Buna karşılık Avusturya Medeni Kanunu § 934/935'de bu ilkeyi aynen muhafaza etmektedir (bu konuda bkz. *Deixler-Hübner*, 68). Benzer oranlara Fransız Medeni Kanunu'nda da rastlamak mümkündür (Ccf Art.887/1674vd.). Bu kuralın gelişimi hakkında bkz. *Mayer-Maly*, “Renaissance der laesio enormis”, FS Karl Larenz, München 1983, 395-409. Yargıtay tarafından gabinin kabulü için aranan nispetsizlik oranları hakkında bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.7.

<sup>123</sup> BGE 123 II 292,303; 109 II 347,349; farklı akit türlerine göre edimlerin değerini tespit ederken çıkabilecek güçlükler hakkında bkz. *Stark*, FG Bundesgericht, 377, 378vd.

<sup>124</sup> *Merz*, Abhandlungen, 313,334; *Stark*, FG Bundesgericht, 377,378; *Giger*, AGB, 80; *Lörtscher*, 229; *Oftinger*, FS Zepos, 535,549; *A.Koller*, N.1283; *Berner Kommentar/Kra-*



zikolarını üstlenmiş olması imkanı olduğu gibi, edimlerin nispeten birbirine yakın olmasına rağmen, taraflardan birinin bütün sorumluluklarından sıyrılmış olması nedeniyle ediminin “değerinin” önemli ölçüde artması da mümkündür<sup>125</sup>. Dolayısıyla hakim *grosso modo* iki tarafın asli edim yükümleri ile sözleşmede kararlaştırılan yan yükümler arasında bir karşılaştırma yapacaktır<sup>126</sup>. Ne de olsa amaç kesin iki değer tespit etmek değil, iki değer arasında aşikar bir dengesizliğin var olup olmadığını tespit etmektir.

İkinci unsur *gabine uğrayan tarafın sübjektif bir özelliğine* ilişkindir<sup>127</sup>. Gabinden bahsedebilmek için bu kişinin bir zayıflığı söz konusu olmalıdır. Yasa üç türlü zayıflık hali tespit etmiştir<sup>128</sup>: zor durumda olma, hafiflik ve tecrübesizlik. Zor durumda olmadan bahsedebilmek için, ilgili sözleşme tarafının, mukayese edildiğinde daha kötü olarak nitelendirilebilecek bir duruma düşmemek için kendisi için çok elverişsiz olan bu sözleşmeyi akdetmeyi kabul etmesi söz konusu olmalıdır<sup>129</sup>. Hafiflik ise, somut sözleşmede dikkatsiz ve düşüncesiz davranma halinde vardır<sup>130</sup>. Ancak bu durumun patolojik bir hal almış olması ve ilgilinin bu tür bir hayat tarzı sürüyor olması aranmaz. Sadece somut sözleşme açısından bu şekilde hareket etmiş olması yeterlidir. Tecrübesizlik ise bilgi yetersizliği olarak kendini gösterir. Tecrübesiz taraf, akdedeceği somut sözleşmeyi doğru değerlendirmek ve edimler arasındaki dengesizliği fark etmek için gerekli olan bilgiye sahip olmayan taraftır. İsviçre Federal Mahkemesi ilk kararlarında kişinin genel olarak tecrübesiz olmasını, yani sadece somut işlem açısından değil genel olarak bütün bu tür işlemler açısından tecrübesiz olmasını aramış<sup>131</sup> dolayısıyla maddenin uygulama alanını daraltmıştır. Ancak daha sonraki yıllarda büyük ölçüde bu yaklaşımı terk etmiştir. Buna göre sözleşme tarafının sadece ilgili sözleşme açısından tecrübesiz olması yeterli sayılmış, bunun dışında aslında işlem ha-

---

mer, Art.21 OR N.18; *Gauch*, recht 1989, 91,96; *OR/Huguenin Jacobs*, Art.21 N.5; *Kamm*, 199.

Alman hukuku açısından bu görüşü savunmak daha da kolaydır, zira BGB § 138/II, BK m.21'den farklı olarak edim ile karşı edim arasındaki dengesizliği değil, edim ile karşılığında elde edilen bütün malvarlığı menfaatleri arasındaki dengesizliği aramaktadır (bkz. *Nordmann*, 91).

<sup>125</sup> *Lörtscher*, 230; *Kamm*, 200

<sup>126</sup> *Giger*, AGB, 80

<sup>127</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. *Kocayusufoğlu*, *Tendances*, 69, 74vd.

<sup>128</sup> Ancak yasada öngörülen bu hallerin sınırlayıcı olmadığı, gabine uğrayanın benzer bir zayıflık hali içinde bulunması halinde de bu maddenin uygulanabileceği yaygın görüştür (*Gauch*, recht 1989, 91,97; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.21 OR N. 35; *A.Koller*, N.1278; *OR/Huguenin Jacobs*, Art.21 N.10).

<sup>129</sup> *Gauch*, recht 1989, 91, 96; ayrıca bkz. *Gauch*, recht 1998, 55,61vd.

<sup>130</sup> *Karahasan*, 263

<sup>131</sup> BGE 41 II 571,579; hâlâ bu yönde BGE 85 II 402,413



yatında tecrübeli olup olmadığı dikkate alınmamıştır<sup>132</sup>. Özellikle gelişen pazarlama teknikleri, arz edilen malların değerinin karşılaştırılmasının adeta imkansızlaşması ve akdedilen sözleşmelerin içeriğini kavramanın çok zorlaşması gibi gerekçelerle, mahkemenin bu içtihadı, doktrinde geniş kabul görmüştür<sup>133</sup>.

Son olarak *karşı âkidin sübjektif bir özelliği* gabinin gerçekleşmesi için aranır. Buna göre gabine uğrayanın zayıflığını sömürme amacının diğer âkitle olması gerekir<sup>134</sup>. Önemli olan karşı tarafın zayıflığından haberdar olma ve bundan faydalanma amacı ile sözleşmeyi kurmaktır. Sözleşmenin kurulmasını muhakkak sömürenin teşvik etmiş olması aranmadığı gibi, karşı âkidi ekonomik açıdan mahvetmek gibi bir kastın da var olmasına gerek yoktur<sup>135</sup>.

Gabin söz konusu olan hallerde bir düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur<sup>136</sup>. Gabine uğrayan tarafın, sözleşmenin kurulması anından itibaren işleyecek bir yıllık süre içinde sözleşmeyi iptal etme imkanı mevcuttur (BK m.21/I-II). Aksi takdirde sözleşme baştan itibaren geçerli sayılır. İptal hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin tümel olarak geçersiz sayılmasının, gabine uğrayan için olumsuz sonuçlar doğurmasını engellemek amacıyla doktrinde farklı teorik temellere dayanılarak (BK m.20/II'nin kıyasen uygulanması, MK m.1 uyarınca hakimın hukuk yaratması veya BK m.21'in amaca uygun sınırlandırılması [teleolojik reddüksiyonu] yoluyla) sözleşmenin kısmen ayakta kalması teklif edilmektedir<sup>137</sup>. Yani ya çok düşük olan edimin yükseltilmesi ya da çok yüksek

<sup>132</sup> BGE 61 II 31,36; BGE 92 II 168,175-176

<sup>133</sup> Merz, Abhandlungen, 313,335; Stark, FG Bundesgericht, 377, 389; Gauch/Schlu ep/Schmid, N.737; Berner Kommentar/Kramer, Art.21 OR N.40; Oftinger, FS Zepos, 535, 544; Gauch, recht 1989, 91,96 dn.64; Lörtscher, 234; Kamm, 202-203; Kocayusu fpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 39 N.15; Karahasan, 263. Buna karşılık Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında tecrübesizlik çok dar yorumlanarak şu şekilde tanımlanmıştır: "Tecrübesizlik genel olarak delikanlılık çağında olup hayata yeni atılmış bulunan ve henüz yeteri kadar görgü ve bilgi edinmek fırsatını elde edememiş olan kişilerin yararlanabilecekleri bir durumdur. Bunun dışında, yetişme tarzı, sosyal ve mesleki durumu itibarıyla yaptığı muamelenin mahiyet ve ehemmiyeti bakımından acemi sayılabilecek kimseler için pek istisnai şekilde tecrübesizlikten bahsedilmesi mümkün olabilir." (YHGK 30.9.1972, 1-229/765, Karahasan, 637-640)

<sup>134</sup> Kocayusu fpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 39 N.21

<sup>135</sup> Gauch, recht 1989, 91, 98; Kocayusu fpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 39 N.21

<sup>136</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusu fpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 36 N.63vd., özellikle N. 69

<sup>137</sup> bkz. Gauch, recht 1989, 91,100; aynı yazar recht 1998, 55,56; Gauch/Schlu ep/Schmid, N.754; Guhl/Merz/Koller, 46; OR/Huguenin Jacobs, Art.21 N.16; Hürlimann, 102; Berner Kommentar/Kramer, Art.21 OR N.49; Lörtscher, 236; Oftinger, FS Zepos, 535, 552; SPIRO, ZBJV 1952, 449, 513vd.; Merz, Länderbericht, 67,104; Schwenzler, N.32.55; Kocayusu fpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 39 N.28; Kamm, 442. Buna karşılık Federal Mahkeme bu konuda uzun yıllar kesin görüş bildirmemiş, ilk defa 1997 yılında verdiği ilke

olan edimin düşürülmesini talep imkanı gabine uğrayana verilmektedir. Aynı şekilde gabine uğrayanın bir tazminat talebinin olup olmayacağı konusunda da yasa koyucu susmaktadır. Ancak karşı tarafın zayıflığından faydalanma, onu sömürme kastı her halde, temelini MK m.2'de bulan bir culpa in contrahendo sorumluluğunu doğurmaya elverişli kabul edilmelidir<sup>138</sup>.

Tümel olarak değerlendirildiğinde yasa koyucunun başlı başına edimler arası dengesizliği bir yaptırıma bağlamak istemediği ve fakat bu dengesizliğin oluşma şeklini dikkate aldığı söylenebilir<sup>139</sup>. Dolayısıyla hem edimlerin mümkün olduğu kadar denk olması yoluyla denkleştirici adaletin gerçekleşmesine hizmet etmek, hem de dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde sözleşmenin kurulmasına sebep olanı korumamak madenin amacıdır.

#### b) Genel işlem şartları kullanımının gabin oluşturması

Genel işlem şartlarının denetlenmesinde elverişli bir kıstas olarak gabin hükümlerine başvurulabileceği zaman zaman doktrinde ileri sürülmüştür<sup>140</sup>. Nitekim gabinin varlığını kabul için aranan şartların doktrinde yumuşatılması ile birlikte, GİŞ kullanımının, gabin olgusuna uyumu olanağı artmıştır. Her şeyden önce sadece asli edimlerin değil, bunun yanı sıra bütün sözleşme koşullarının ve yan edimlerin birlikte değerlendirmeye katılması, genel işlem şartlarının, bir tarafın ediminin de-

---

kararında kısmi butlanın kıyasen uygulanmasına bir engel olmadığını belirtmiştir (BGE 123 III 292,297; BGE 84 II 107,112'de sorun henüz açık bırakılmıştı)

BK m.20/II'nin kıyasen uygulandığı kabul edilirse, tarafların, sözleşmeyi, bu bölümü olmaksızın da akdetmek isteyecekleri yönünde varsayılabilecek iradeye sahip olduğunu ispatlamaya gerek olmamalıdır. Zira bu fıkradan kıyasen faydalanılıyor olması, onun ancak, kurumun bünyesi ile çelişmeyen bölümünü kullanmayı gerektirir. Oysa bu şekilde karşı tarafı sömürme her halde sözleşmenin sona ermesini sağlama imkanı verilmemelidir (*OR/Huguenin Jacobs*, Art.21 N.16; aynı yönde *Berner Kommentar/Kramer*, Art.21 OR N.53; *Oftinger*, FS Zepos, 535, 552; *Stark*, FG Bundesgericht, 377,396vd.; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 39 N.29; aksi yönde *A.Koller*, N.1287). Ayrıca BK m.161/III ve m.409'da da hakimin, tarafların iradesini dikkate almadan tenkisi gerçekleştirildiği de unutulmamalıdır. Ayrıca bkz.aşağıda § 10 IV 1

<sup>138</sup> *Gauch*, recht 1989, 91, 100; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.21 OR N.61; *OR/Huguenin Jacobs*, Art.21 N.18; *A.Koller*, N.1288; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 39 N.31; *Karahasan*, 267. Kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmemesi halinde en azından culpa in contrahendo tazminatını, gabine uğrayanın fazla ödemiş veya eksik almış olduğu semen miktarında tutarak yine kısmi hükümsüzlüğe paralel bir sonuca varılabileceği konusunda bkz *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 240 dn.56; *Kocayusuşpaşaoğlu*, *Tendances*, 69,83

<sup>139</sup> *Gauch*, recht 1989, 91, 92

<sup>140</sup> *Merz*, *Abhandlungen*, 313,334; *Oftinger*, FS Zepos, 535,547; kısmen bu yönde *Giger*, *AGB*, 84; *Kamm*, 202; *Bahtiyar*, YD 1996, 76,92. Açıkça ifade etmemekle birlikte, ekonomik açıdan kuvvetli olanın sömürüsüne karşı gabin hükümlerinin, mahkemeler tarafından, genişletici yorum yoluyla uygulanması yönünde *Stark*, FG Bundesgericht, 377, 387vd.

ğeri önemli ölçüde artırdığı gerçeğini dikkate alma imkanı vermiştir<sup>141</sup>. Bu sayede bir tarafın GİŞ kullanımını sayesinde kendisine sağladığı avantajlar “edim” kavramı içinde ele alınacak ve dengesizliğin açık, göze batan tarzda olması halinde gabinin objektif şartı gerçekleşmiş olacaktır.

Diğer yandan “tecrübesizlik” kavramının gittikçe geniş yorumlanması ile birlikte müşteriye ilişkin sübjektif şartın da gerçekleşmesi kolaylaşmıştır. Gerçekten de birçok tüketici genel işlem şartları çerçevesinde sözleşme akdetmekle birlikte, bunların içeriği hakkında ve kendi sözleşmesini nasıl etkileyeceği konusunda tamamen bilgisizdir. Ayrıca sözleşmenin yapılması anında zaman baskısı altında olması ve yukarıda ifade edildiği gibi psikolojik bir zaaf içinde bulunduğu da kabul edildiğinde, somut sözleşmeye ilişkin tecrübelerinin olmadığını kabul etmekte hiçbir sakınca olamaz<sup>142</sup>. Aynı şekilde GİŞ kullanan kişi açısından bu tecrübessizlikten faydalanma kastının varlığını kabul etmek mümkündür. Zira işletme, önceden GİŞ metni hazırlayarak müşteriye bunu aynen kabul ettirme niyetiyle yola çıkmakta, onun hukuki bilgisinin yetersiz olması nedeniyle şartların içeriğine itiraz etme imkanının olmamasından faydalanmak istemektedir.

Son olarak BK m.20/II’de düzenlenen kısmi hükümsüzlüğün gabin halinde de uygulanma olanağının doktrinde kabul görmesi, GİŞ kullanılarak yapılan sözleşmenin, sadece müşteri aleyhine GİŞ’ler iptal edilerek ayakta tutulması imkanını da vermektedir.

### c) Değerlendirme

BK m.21’in bu şekilde geniş yorumlanmasına rağmen, GİŞ denetimi açısından kalıcı bir çözümün bu madde üzerinden elde edilmesi kanımca mümkün değildir. Her şeyden önce müşterinin gabine uğradığını, sözleşmenin akdinden itibaren 1 yıl içinde ileri sürmesi gerekir ki böyle bir kısıtlama GİŞ denetiminin amacına uygun değildir<sup>143</sup>. Daha da önemlisi müşterinin iptal beyanında bulunması sözleşme denetiminin ön koşulu; yoksa hakimin resen dikkate alacağı bir butlan sebebi söz konusu değildir. Oysa GİŞ denetimini etkin kılabilmek için hakimin resen sözleşmeye müdahale edebilmesi bir zorunluluktur. Son olarak edimler arasında ancak açık bir nispetsizlik olması halinde bu maddenin uygulanacağı unutulmamalıdır. Her ne kadar GİŞ içinde yer alan birçok hüküm müşteri açısından elverişsiz olmakla beraber tek başına böyle bir açık orantısızlığa sebep olacak türden olmayacaktır. Örneğin müşteri aleyhi-

<sup>141</sup> Merz, SJ 1975, 193,202

<sup>142</sup> Merz, Abhandlungen, 313,334; aynı yazar, SJ 1975, 193,203; Akman, Yargı,13,18; Altop, Finansal Kiralama, 136; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 164; Gezder, 151

<sup>143</sup> Nordmann, 72

ne ispat külfetinin yer değiştireceğinin kabul edilmesi, işletmenin sözleşmeden doğan hak ve borçlarını bir üçüncü kişiye nakledebileceğinin kararlaştırılması, yetkili mahkemenin GİŞ yoluyla belirlenmesi gibi hallerde gabin olgusunun gerçekleştiğinden bahsetmek hayli güçtür<sup>144</sup>. Unutulmamalıdır ki gabinin varlığını kabul edebilmek için sözleşmenin tümü, global olarak değerlendirilmek zorundadır, oysa GİŞ denetimi tek tek şartlar üzerinden yapılmaktadır<sup>145</sup>.

#### 4. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık

##### a) Genel olarak

MK m.2 bir yandan herkes için, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifade dürüstlük kuralına uyma yükümünü getirirken (f.1), diğer yandan da hakların açıkça kötüye kullanılmasının hukuken himaye görmeceğini ifade etmektedir (f.2). İsviçre-Türk hukukunda yerleşmiş ve *Merz* tarafından geliştirilmiş olan bir görüşe göre<sup>146</sup>, MK m.2'nin bu iki fıkrası farklı amaçlara hizmet etmektedir. Birinci fıkrada ifadesini bulan dürüstlük kuralı (Treu und Glauben) hukuki bir ilişki içinde olan kişilere, karşılıklı olarak birbirini gözetme yükümü getirmektedir. Burada *karşılıklılık* ön plandadır. İkinci fıkrada yer alan hakkın kötüye kullanılması (Rechtsmissbrauch) yasağı ise ileri sürülmesi açıkça bir adaletsizlik doğuracak bir hakka dayanmayı yasaklamaktadır. Hak şeklen vardır ancak bunun kullanılmasının beraberinde getireceği sonuçları yasa koyucunun istemiş olması düşünülemez, bu nedenle de hakimin müdahalesine ihtiyaç doğmaktadır.

Fıkraların bu farklı hedefleri nedeniyle cevap verdikleri ihtiyaçlar da doğal olarak ayrışmaktadır. MK m.2/1'in uygulandığı hallerde hakim kandan doğan hak ve yükümlülükleri, hukuki işlemleri ve özellikle sözleşmeleri yorumlamak ve tamamlamak, sözleşmeleri gerektiğinde yeni şartlara uydurmak ve sözleşme taraflarının uyması gereken yan yükümlülükleri tayin etmek gibi işlevleri yerine getirmektedir. Buna karşılık MK

<sup>144</sup> aynı yönde *Soyer*, 153; *Nordmann*, 72

<sup>145</sup> *Stöckli*, 159; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.292

<sup>146</sup> *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.17vd.,22, 24; *Merz*, SJ 1975, 193,203; *Giger*, AGB, 84-85,101; *Auer*, 41; *Lörtscher*, 238; *Kamm*, 205; *Hardegger*, 98; *Tuor/Schnyder/Schmid*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11.Aufl., Bern 1995, 49vd.ve 52; *Deschenaux*, Henri, Schweizerisches Privatrecht/II, Basel 1967, 147-148; *Zeller*, *Ernst*, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich 1981, 409vd; *Serozan*, Giriş, § 5 N.19; *Akyol*, 21; *Edis*, 290vd, 324vd.; *Giritlioğlu*, *Necla*, Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989, 48; *Tekinay*, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.bası, İstanbul 1992, 171; aksi fikirde *Oğuzman*, Giriş, 145

m.2/II'nin uygulandığı hallerde, var olan bir hakkın sınırlarını belirlemek söz konusudur. Hak doğrudan yasadan kaynaklandığı hallerde bu sınırın belirlenmesinde yasanın yetersiz kalması söz konusudur. Hak, yasal sınırları içinde kullanılmasına rağmen hakim yasayı düzelterek sınırları değiştirmektedir (amaca uygun sınırlandırma/teleolojik redüksiyon)<sup>147</sup>. Hak sözleşmeden doğduğu hallerde ise hakimin sözleşmeye müdahale ederek hakkın kullanım çerçevesini belirlemesi gerekmektedir.

Fıkralar arasındaki bu işbölümü benimsendiğinde sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması MK m.2/I yoluyla olurken, içeriğinin denetlenmesi ise MK m.2/II üzerinden olmaktadır<sup>148</sup>. Bu durumda ancak hakkın kötüye kullanılması için aranan daha ağır şartların gerçekleşmesi halinde bu denetim imkanı vardır, yoksa dürüstlük kuralına aykırı düşen her olayda hakime sözleşmeye müdahale olanağı verilmiş değildir<sup>149</sup>. Nitekim bu olanağın mevcut olduğu başlıca haller, sınırlı sayıda olmakla birlikte, doktrinde beş temel olgu çerçevesinde somutlaştırılmaktadır<sup>150</sup>: (1) hakkın kullanımında yarar yokluğu (2) yararlar arasında aşırı oransızlık bulunması (3) hakkın karşı tarafı gözetici şekilde kullanılmaması (4) çelişkili davranılması (5) adil olmayan bir yoldan kazanılmış hakkın ileri sürülmesi.

Alman hukukuna bakıldığında ise dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme kabul edilen BGB § 242'nin hem sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması için hem de sözleşmeye müdahale için yasal dayanağı oluşturduğu dikkati çekmektedir<sup>151</sup>. Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin asıl düzenleme olması gereken BGB § 226'nın, bir hakkın kullanılmasını, "yalnızca bir başkasına zarar vermek amacını gütmesi" halinde caiz saymaması, bu maddenin bugün neredeyse hiç uygulanmaması sonucunu doğurmuştur<sup>152</sup>. Zira zarar verme kastının varlığı, dürüstlük kuralına aykırı ve bunun yanı sıra ahlaka da aykırı bir fiilin varlığı anlamına gelir ve doğrudan buna ilişkin maddelerin devreye girmesi söz ko-

<sup>147</sup> *Caroni*, Einleitungstitel, 192-193. Örneğin şekle aykırılık, butlan yaptırımını beraberinde getirirse de buna dayanmak bazı özel koşulların varlığı halinde hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelebilir (bu konuda bkz. *Serozan*, Giriş, § 5 N.14vd., N.16).

<sup>148</sup> *Giger*, AGB, 85; *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.24

<sup>149</sup> *Merz*, Länderbericht, 67,99; *Kamm*, 206; *Lörtscher*, 241; *Hardegger*, 98. *Merz'e* göre salt dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesi ile sözleşmeye müdahale edilebilecek olması irade özerkliği ilkesini tartışma konusu yapmak anlamına gelir (*Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.32; aynı görüşte *Fastrich*, 66).

<sup>150</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.58 ve 303vd.; *Edis*, 332vd.

<sup>151</sup> bkz. *Larenz*, Schuldrecht<sup>14</sup>, 130vd.; *MünchKomm/Roth*, § 242 N. 95-102; *Soergel/Teichmann*, § 242 N.11-12 (yazar, İsviçre hukukunu da örnek göstererek dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının iki farklı kurum olduğu görüşünü Alman hukuku için de vurgulamaktadır, ayrıca bkz. N.274)

<sup>152</sup> *Staudinger/Schmidt*, § 242 N.272; *Soergel/Teichmann*, § 242 N.125

nusu olur<sup>153</sup>. Hakkın kötüye kullanılmasının dürüstlük kuralının uygulama alanlarından biri olarak kabul edilmesi<sup>154</sup> ise, İsviçre-Türk hukukunda aranan hakkın “açıkça” kötüye kullanılması sınırlamasının Alman hukukunda düşmesi anlamına gelmektedir<sup>155</sup>.

Ancak özellikle Alman hukukunda geliştirilen bir öğretiyeye göre sadece hakların değil kurumların da kötüye kullanılması mümkündür. *Biedenkopf* ve *Raiser*'in çalışmalarında sözleşme özgürlüğü kurumu için geliştirilen bu görüşe göre<sup>156</sup> özel hukukun görevi sadece bireylerin hukuki alanlarının sınırını belirlemek değil aynı zamanda hukuk kurumları yaratmaktır<sup>157</sup>. Özel hukuk sistemimizin sadece sübjektif haklar üzerine kurulu olduğundan yola çıkılması doğru değildir. Bunun ötesinde, özel hukuk sistemi, toplumsal hayatımıza hakim olan evlilik, mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, rekabet<sup>158</sup> gibi doğrudan bir hakkın konusu olmayan kurumların korunması ve geliştirilmesi amacına da hizmet etmektedir<sup>159</sup>. Dolayısıyla sadece “hakların” kötüye kullanılması değil “kurumların” kötüye kullanılması da mümkündür<sup>160</sup>. Bunun tespiti için, uygulanacak normun yorumlanması ve bu norma dayandırılan davranışın o normun amacı kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir<sup>161</sup>. Ekonomik ve sosyal yaşantımızı düzenleyen bu kurumlar da kendi içinde bir hiyerarşi oluşturmakta ve Anayasa içinde en üst düzeyde ifadesini bulmaktadır. Gerek haklardan gerekse kurumlardan faydalanırken anayasaya uygun hareket zorunluluğu bulunduğu gibi bu hakların ve kurumların içeriği tespit edilirken de anayasal ilkeler göz ardı edil-

<sup>153</sup> *Soergel/Teichmann*, § 242 N.12; *Barlas*, İHFM 1997/3, 191,198; *Auer*, 31

<sup>154</sup> *Soergel/Teichmann*, § 242 N.11

<sup>155</sup> *Auer*, 47-48; aynı görüşte *Kamm*, 206; *Lörtscher*, 241. Alman hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenlenme yöntemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Barlas*, İHFM 1997/3, 191vd.

<sup>156</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1vd.; aynı yazar, DJT, 101vd.; aynı yazar, Institutionenschutz, 145vd.; aynı yazar, Zukunft, 13vd., 24vd.; *Biedenkopf*, FS Böhm, 113vd; aynı yönde *Zweigert*, FS Rheinsteine, 493,501; *Mestmäcker*, JZ 1964, 441,443; *Brandner*, AcP 162, 237,248; *Soergel/Teichmann*, § 242 N.14; *MünchKomm/Roth*; § 242 N.260; *Kramer*, Krise, 52vd; *Oğuz*, 17. Bu görüşün eleştirisi için bkz. *Singer*, 21-26

<sup>157</sup> *Biedenkopf*, FS Böhm, 113,132vd.; *Raiser*, Institutionenschutz, 145,148

<sup>158</sup> *Niederhauser*'e göre rekabet, sosyolojik bir olgu olmanın yanı sıra hukuki bir kurumdur ve sosyo-politik değer yargılarının ekonomi alanındaki taşıyıcısı bu kavramdır (*Niederhauser*, 83).

<sup>159</sup> *Niederhauser*, 34

<sup>160</sup> *Stockar*, 107 vd.; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.114; *Niederhauser*, 34; karşı. BGE 94 I 659, 667

<sup>161</sup> *Soergel/Teichmann*, § 242 N.14. Bir kurumun kötüye kullanılması konusunda verilen en klasik örnekler, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının yanı sıra tüzel kişilik kurumunun kişisel sorumluluktan kurtulmak için kullanılması veya üçüncü kişinin finans ettiği satımda, ayıplı ifa edilen satım sözleşmesinin karz akdinden bağımsız olduğunun ileri sürülmesidir.



mez<sup>162</sup>. Dolayısıyla her hakkın ve hukuk kurumunun amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı tespit edilirken bir değer yargısında bulunulacaktır. Öncelikle var olan değerler hiyerarşisi tespit edilecek daha sonra buna uygunluk incelenecektir<sup>163</sup>.

Kurumların kötüye kullanılması çerçevesinde iki durumun ele alınması mümkündür<sup>164</sup>: birincisi özel hukukun bireylere akdetme imkanı verdiği sözleşme türlerinin, bu sözleşmenin amacı ile bağdaştırılmayacak amaçlar için kötüye kullanılması. Örneğin birden fazla kişinin bir ortaklık kurarak rekabeti ortadan kaldırmayı veya başka bir işletmeyi boykot etmeyi hedeflemeleri. Bu hallerde ortaklık sözleşmesi amacı dışında kötüye kullanılmaktadır. İkincisi ise bütün özel hukuk düzenimizin temelini oluşturan, toplumsal ve ekonomik hayatın çerçevesini belirleyen ve dolayısıyla bireyin de bu hayata dahil olması halinde tâbi olduğu yapısal elemanların (*Ordnungsgefüge*) kötüye kullanılmasıdır, yani rekabet, sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği gibi kurumların kötüye kullanılması.

Çeşitli hukuk kurumlarını genel hukuk düzeni içindeki görevleri çerçevesinde değerlendiren kurumlar teorisi bu işlevsel bakışı sayesinde aynı zamanda bu kurumların sınırlarını da belirler. *Raiser*'in kuramı ikili bir sistem üzerine kuruludur ve özgürlükçü tezler ile sosyal tezler adeta tez ve antitez şeklinde diyalektik bir süreç içinde kaynaştırılmaktadır<sup>165</sup>. Bu yaklaşım özellikle herhangi bir hakkın söz konusu olmadığı, dolayısıyla kötüye kullanılmasının da söz konusu olamayacağı alanlarda asıl işlevine sahiptir.

b) Genel işlem şartları kullanımının hakkın kötüye kullanılması ya sağına aykırılık oluşturması

Alman Federal Mahkemesi, henüz İmparatorluk Mahkemesi zamanında bazı kararlarda<sup>166</sup> içerik denetimi için kullanılmaya başlanmış olan BGB § 242'nin uygulama alanını, özellikle BGB § 138'in kullanımına karşı yoğunlaşan eleştiriler nedeniyle gittikçe yaygınlaştırmıştır<sup>167</sup>. 1956 yılında verdiği ilke kararında<sup>168</sup> mahkeme, yeni imal edilip satılmış olan mobilyalar için her türlü tekeffülün GİŞ yoluyla kaldırılmış olmasını BGB § 242'ye aykırı bulmuştur. Mahkeme, GİŞ içinde yer alan bir so-

<sup>162</sup> *Raiser*, Institutionenschutz, 145,166; *Niederhauser*, 34-35

<sup>163</sup> *Niederhauser*, 47

<sup>164</sup> *Raiser*, Institutionenschutz, 145,164vd.; aynı yönde *Stockar*, 111vd.

<sup>165</sup> *Singer*, 21

<sup>166</sup> örn. RGZ 168, 329

<sup>167</sup> örn. BGHZ 20,164,167; 33,216,219; 37,94,98; 38,183,185; 41,151,153; ayrıntılı bilgi için bkz. *Auer*, 24vd.

<sup>168</sup> BGHZ 22, 90vd.



rumсуzлuk anlaşmasının, bireysel sözleşmede yer alan bu türden kayıtlarla aynı şekilde değerlendirilemeyeceğini ve yedek hukuk kurallarından bir tarafın aleyhine olarak GİŞ yoluyla sapılması halinde bu kuralların farklı bir denetime tâbi tutulacağını ifade etmiştir. Mahkeme, BGB § 476'nın genel olarak bu tür rumsuzluk kayıtlarına olanak tanıdığını kabul etmekle birlikte, bu maddenin ardında yatan anlayışın 19. yüzyılın ekonomik ilişkileri olduğunu ifade etmiş ve özellikle GİŞ kullanılan sözleşmeler için ihtiyaca cevap vermediğini vurgulamıştır. Buna göre ancak müşteriye tamiratı talep hakkının tanınması ve ayrıca tamiratın gereği gibi yapılamaması halinde de müşterinin bütün haklarının yeniden doğacağını kararlaştırılmış olması halinde ilgili GİŞ hükmünün geçerli kabul edilebileceğine hükmedilmiştir.

Bu kararlar mahkeme, sadece somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir hakkın kötüye kullanımını tespit etmekten vazgeçmiş BGB § 242'nin sözleşme içeriğine ilişkin genel bir sınır çizdiği görüşünü savunmaya başlamıştır<sup>169</sup>. Mahkeme bunu yaparken denetim ölçütü olarak yedek hukuk kurallarını uygulamıştır. Buna göre, yedek hukuk kurallarının eşyanın tabiatından kaynaklanan bir adalet içeriğine sahip olması halinde, genel işlem şartları yoluyla bu düzenlemeden sapabilmek için, bu adil çözümü somut olay için tartışmalı kılacak ve ondan sapmayı haklı gösterecek sebeplerin var olması gerekir. Yasa koyucunun saptadığı yedek hukuk kurallarının adalet içeriği farklı düzeylerde olabilir<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> Auer, 34. Bu içtihadını mahkeme zamanla sağlamlaştırmıştır. Örneğin 1962 yılında verdiği bir kararda bir ardiyede depolanan mala gelen zarar için borçlunun ve yönetici kadrolarının sorumlu tutulamayacağına ilişkin kaydın bireysel anlaşma içinde değil GİŞ içinde yer alması nedeniyle BGB § 242'ye aykırı olacağına hükmetmiştir (BGHZ 38,183,185). Yine 1964 yılında bir karara konu olan olayda bir ardiyeye eşyalarını teslim eden kişi daha sonra bunların hasarlı olarak kendisine iade edilmesi üzerine kalan borcunu ödememiştir. Sözleşmeye ilişkin genel işlem şartları içinde mala herhangi bir hasar gelmesi halinde bunun muhafaza edenin veya yardımcı kişilerinin kusurundan dolayı meydana geldiğini ispat yükünün malı teslim edende olduğu yazılıdır. Mal sahibi elindeki belgelerle malı hasarsız teslim ettiğini ispatlayabilmiş; ancak bunun ötesinde hasarın nasıl meydana geldiği ve kimin kusurlu olduğu ispatını getirememiştir. Mahkemeye göre bu şekilde ispat külfetinin değiştirilmesi belki bireysel anlaşmalarda mümkündür; ancak genel işlem şartları içinde yer alan böylesi bir düzenleme dürüstlük kuralına aykırıdır. BGH, özellikle yedek hukuk kurallarının adalet içeriğinin artması ile doğru orantılı olarak, genel işlem şartları ile bunlardan sapılması için de daha ağırlıklı gerekçelerin var olmasını aramıştır (BGHZ 41, 151).

<sup>170</sup> BGHZ 54, 106, 109-110 (hakkı sebeple hizmet akdinin feshi halinde ancak o ana kadar yapılan işle orantılı bir ücret talep edilebileceği, yoksa tüm ücretin istenemeyeceği hakkında BGB § 628); aynı yönde BGHZ 63, 256, 258 (Borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının tazminat talebine hak kazanması halinde, kararlaştırılmış olan cezai şartın zarara mahsup edilmesi hakkında BGB § 340/II); BGHZ 72, 222, 226 (Akdin kötü ifası halleri için cezai şart kararlaştırılmış olan hallerde alacaklının ifayı ihtirazi kayıt olmadan kabul etmesi halinde cezai şart talebinin düşeceğine ilişkin hüküm ise bu tür bir adalet içeriğine sahip kabul edilmemiştir BGB § 341/III).

Ancak arttığı oranda, genel işlem şartları yoluyla bu yedek hukuk kuralından sapma olanağı sınırlandırılmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi daha çok bir hakkın kötüye kullanılması olgusundan yola çıkmakla beraber<sup>171</sup> bazı kararlarında da açıkça sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılmasından da bahsetmiştir<sup>172</sup>. Dolayısıyla bu kuralın uygulanmasında netleşmiş bir dogmatik temelin varlığından bahsetmek mümkün olmasa da, GİŞ yasasının 1977 yılında yürürlüğe girmesine kadar ki dönemde BGB § 242 uygulamada asli denetim normu olarak kalmış ve çıkan kararlar, yasanın şekillenmesinde de yadsınamayacak bir etki icra etmiştir<sup>173</sup>.

Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesinin, gerek hakkın kötüye kullanılması, gerekse bir hukuk kurumu olarak sözleşmenin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle, ZGB Art.2'ye (MK m.2) dayanarak GİŞ kullanılan sözleşmelerin içeriğini denetlediği hiçbir karara rastlanmamıştır<sup>174</sup>. Hatta mahkeme 1989 yılında verdiği bir kararında<sup>175</sup> açıkça MK m.2'nin, BK m.19/20 ve MK m.23'den farklı olarak sözleşme özgürlüğüne bir sınır getirmediğini vurgulamış ve şu ifadeyi kullanmıştır:

“ ... Ne dürüstlük kuralı ne de hakkın kötüye kullanılması yasağı genel olarak sözleşme adaletini temin etmek için mevcut değildir (vba). Kaynağını MK m.2'de bulan sözleşmeye sadakat ilkesi sadece sözleşme içeriğinin hukuk düzeninin temel ilkeleri ile çatışması (BK m.19/20), irade oluşumunda sakatlık olması veya edimler arasındaki aşırı dengesizliğe ek olarak gabinin sübjektif koşullarının da var olması halinde sözleşmenin butlanına veya tek taraflı bağlamazlığına karar verilmesine imkan tanır.”

Oysa Yargıtay bu konuda çok ileri sayılabilecek adımlar atmıştır. Mahkemenin 1981 yılında verdiği bir kararında<sup>176</sup> bu düşünce özellikle belirgindir:

“... Yanlar arasındaki “taahhütname” günü 8.5.1975'den başlayarak davacı taksitleri yatırmaya devam etmesine karşın kuranın kendisine isabet etmesi ise bir rastlantıya bırakılmıştır. Öyle ki, davacıya otomobil, çok uzun sayılabilecek bir süre geçtikten sonra 11.3.1978'de isabet etmiştir. Akıp giden zaman içinde kuranın

<sup>171</sup> BGHZ 33, 216, 219; 48, 264,269; 60 377,380

<sup>172</sup> bkz. BGHZ 51, 55,59; 63, 256,258; 70, 304,310; BGH NJW 1976, 2345,2346

<sup>173</sup> *Staudinger/Schmidt*, § 242 N.279. Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi 1993 yılında açıkça BGB § 242'nin sözleşmeye içkin bir sınır oluşturduğunu ve sözleşmelerin içerik denetimi konusunda mahkemeleri yetkilendirdiğini kabul etmiştir (BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 39; tercüme *Atamer*, İHFM C: LV – S 3 (1997), 419,427)

<sup>174</sup> *Caroni*'ye göre sözleşmelerde maddi açıdan eşitlik sağlamak için MK m.2 genel bir ilke olarak kullanılamaz, zira dönemin medeni kanunları bu düşüncüyü tamamiyle dışlamışlardır (*Caroni*, Einleitungstitel, 214).

<sup>175</sup> BGE 115 II 232, 236vd.

<sup>176</sup> Y13HD 18.11.1981, 6416/7369 (aktaran *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*, 163 dn.19)

isabet ettiği güne değin artan fiyatların dışında bir de teslimde gecikmenin yol açtığı fiyat artışlarını davacının omuzlarına yüklemek, hakseverlik ve denkseverliğe aykırı olduğu gibi ... MK m.2'de yer alan kurullarla da apaçık çelişir. Basılı hükümlerin "iştirakçiler" aleyhine yorumlanmasını haklı gösteren bir neden yoktur. Burada MK m.2 asla göz ardı edilemez."

Ancak daha çok MK m.2/I üzerine kurulu olduğu anlaşılan bu karar dışında, Yargıtay'ın vermiş olduğu ve MK m.2/II'ye dayanan bütün kararlarda aslında doğrudan sözleşmenin içeriği denetlenmemiş, sadece sözleşmede GİŞ kullanana verilmiş olan tek taraflı yetkilerden faydalanılmasında MK m.2'nin gözetilmesinin gerektiği sık sık tekrarlanmıştır<sup>177</sup>. Açıktır ki bu gibi hallerde MK m.2/II'nin GİŞ'e özgü farklı bir uygulama şekli söz konusu değildir, sadece var olan sözleşmesel bir hakkın kullanım sınırları belirlenmektedir<sup>178</sup>.

Bu üç ülkedeki mahkeme uygulamasından doktriner gelişmelere geçecek olursak, ilk dikkati çeken gerek İsviçre'de gerekse Almanya'da GİŞ denetiminde, kurumların kötüye kullanılması görüşünün yaygın olarak savunulmuş olmasıdır<sup>179</sup>. GİŞ'i sözleşmeye dahil edebilmek için işletmenin arkasına sığındığı sözleşme özgürlüğü bir "hak" olmadığı ve dolayısıyla bir "hakkın" kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceğine göre *Raiser*'in yaklaşımı sayesinde kurumların kötüye kullanılması olgusu ile sözleşmeye müdahale açısından yeterli bir temel yaratılmış olmaktadır<sup>180</sup>. Tutarlı bir şekilde *Raiser* kendi görüşünün dayanağını BGB § 242'de görmemektedir<sup>181</sup>. İsviçre'de *Stöckli* ise MK m.2/II'de düzenlenen

<sup>177</sup> Araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya teslim süresini uzatma yetkisinin tanınmış olmasına ilişkin koşulun tüketici aleyhine kötüye kullanılamayacağı (Y13HD 7.4.1981, 1045/2514, YasaHD 1981/I, 658); bankanın tek taraflı olarak faiz oranlarını artırabileceğine dair yetkinin kötüye kullanılamayacağı (Y19HD 25.11.1994, 6472/11467, BATTİDER 1994/4, 157, aynı yönde Y19HD 4.2.1997, 3416/831, YKD 1997, 963); PTT abonelik sözleşmesinde tek yanlı olarak yapılabilecek değişikliklerin ancak MK m.2 çerçevesinde gerçekleştirilebileceği (YHGK 4.12.1996, 717/850, YasaHD 1998, 50).

1972 yılında Ticaret Dairesinin fiyat karteli oluşturmaya yönelik bir sözleşmeyi batıl kabul ederken gerekçe olarak "... *akit serbestisinin başkalarına zarar veren, kötüye kullanılması da kanunen korunmaz*" ifadesini kullanması (YTD 12.12.1972, 3117/4316, RKD 8/1973, 127) aslında Mahkemenin kurumların kötüye kullanılması görüşüne iltihak edeceği izlenimini vermiş olmasına rağmen bu gerekçelendirmeye daha sonraki kararlarında bir daha rastlanmamıştır.

<sup>178</sup> aynı yönde *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 24 N.18

<sup>179</sup> Alman hukuku için bkz yukarıda dn.156; İsviçre hukukunda: *Bauer*, 72vd; *Niederhauser*, 30vd.; *Schuler*, 165vd.; *Stöckli*, 165vd. (özellikle genel iş koşulları açısından). Türk hukukunda bu konuda yazılmış olan sınırlı sayıda eserde, MK m.2/II'nin, bir hakkın veya bir kurumun kötüye kullanıldığı gerekçesi ile GİŞ denetiminde kullanılması bugüne kadar teklif edilmemiştir.

<sup>180</sup> *Wolf*, Rechtsgeschäftliche, 40

<sup>181</sup> *Raiser*, Forum, 3,7. Ancak yazar mahkemelerin bu normu dayanak olarak kullanmalarının da kabul edilebileceği görüşündedir.

bir *hakkın* kötüye kullanılması yasağının aslında hakların karşılıklı doğumunu engelleyecek şekilde sözleşme özgürlüğü *kurumunun* kötüye kullanılması durumunda evleviyetle uygulanması taraftarıdır<sup>182</sup>.

Sözleşme özgürlüğü genel hukuk düzeni ile çatıştığı ölçüde sınırlandırılır. Bu şekilde sözleşme özgürlüğü sınırlandırılarak dolaylı olarak GİŞ'in içeriğine ilişkin olarak da bir sınır getirilmektedir<sup>183</sup>. *Raiser*'in ifade ettiği gibi GİŞ içinde yer alan yetkili mahkemeye veya ispat düzenine ilişkin hükümlerde söz konusu olan bir "hakkın" kötüye kullanılmış olması değildir. Burada hukuk düzeninin taraflara tanımış olduğu sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılması söz konusudur<sup>184</sup>. Dolayısıyla kötüye kullanım sadece somut olaydaki karşı taraf açısından değil aynı zamanda sözleşme özgürlüğüne yüklenen anlamda kamunun menfaati de dikkate alınarak değerlendirilir. Sözleşme özgürlüğü hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan bahşedilmiş, doğal hukukun kişiye tanıdığı bir özgürlük olarak nitelendirilemez. Aksine, bu özgürlük içkin sınırları olan bir iktidardır ve ancak liberal sözleşme modelinin ön koşullarının var olduğu ortamlarda kullanılabilir. Birey, sözleşme özgürlüğünü, kurumun işlevine zarar vermeyecek ve sosyal anlamına ve toplumsal işlevine yabancılaştırmayacak şekilde kullanmak zorundadır<sup>185</sup>. Özel hukuk kurumlarının piyasaya hakim olmak için kullanılması bunları özel hukuk sistemi içindeki yerlerinden koparır ve artık bu düzen tarafından gerekçelendirilmeleri imkanı kalmaz<sup>186</sup>. Bu açıdan sözleşme özgürlüğü kurumu, temsil ettiği sübjektif hakların hem kaynağı hem de, aynı zamanda, sınırır<sup>187</sup>.

Buna karşılık İsviçre'de özellikle *Giger* tarafından savunulan<sup>188</sup> diğer bir görüşe göre GİŞ kullanımının MK m.2/II altında ele alınan "klasik" olgular çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Buna göre sözleşmeyi tek taraflı olarak şekillendirme imkanına sahip olan işletmenin bu üstünlüğünden faydalanırken karşı tarafı gözetme yükümü vardır. Oysa karşılıklı hak ve borç dağılımında önemli dengesizlikler doğuran genel iş-

<sup>182</sup> *Stöckli*, 167

<sup>183</sup> *Lukes*, FS Hueck, 459,468

<sup>184</sup> *Raiser*, Forum, 3,7

<sup>185</sup> *Schuler*, 168. Buna karşılık işletmenin, GİŞ içinde yer alan ve yedek hukuk kurallarından sapan düzenlemelere müşterinin dikkatini çekmiş olması halinde artık sözleşme içeriğinin denetlenemeyeceğini ileri süren yazara katılmak mümkün değildir (bkz. *Schuler*, 170). § 7 IV'de de ifade edildiği gibi, ancak taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın varlığının kabul edilebildiği hallerde denetim ihtiyacı ortadan kalkar. Müşterisini bu hükümler konusunda uyaran ama içeriğini değiştirmeye yanaşmayan bir işletmeyi korumanın gerekçesi anlaşılacaktır.

<sup>186</sup> bkz. *Kramer*, Krise, 54

<sup>187</sup> *Baudenbacher*, AGB, 284

<sup>188</sup> *Giger*, AGB, 101vd.

lem şartlarını sözleşmeye dahil ederek tam da bu gözetme yükümüne aykırı davranmaktadır. Bu durum *Giger*'e göre, MK m.2/II çerçevesinde ele alınan, adil olmayan yollardan hak kazanılması olgusunu gerçekleştirmektedir, zira karşı tarafı koruma ve kollama yükümüne aykırı davranan hukuka aykırı davranmış sayılacaktır<sup>189</sup>.

### c) Değerlendirme

İçerik denetimi sözleşmesel bir hakkın belirli bir içerikle geçerli olarak doğup doğmadığı sorununa ilişkindir. Örneğin emredici hukuk kurallarına veya ahlaka aykırı bir sözleşme hükmünden bir hak doğmaz, o hüküm hiç sözleşme içeriği olmamış sayılır. Buna karşılık MK m.2/II'ye dayanan hakkın kötüye kullanımı denetiminde, geçerli olarak doğmuş olan bir hakkın belirli bir şekilde ileri sürülmesi, doğurduğu hakkaniyete aykırı sonuçlar nedeniyle engellenmektedir. Burada hakkın kendisi tartışma konusu yapılmaz, sadece belirli, atipik koşullar altında kullanımı kabul edilmez<sup>190</sup>. Buna karşılık söz konusu hakkın tanınmasının altında yatan gerekçeye uygun olarak kullanılması halinde artık o hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Oysa içerik denetiminin amacı, kullanımı atipik olsun veya olmasın sözleşmeden doğan hakkı tümüyle bertaraf etmektir. Dolayısıyla içerik denetimi ve hakkın kötüye kullanılması denetimi farklı işlemlere sahip denetim yöntemleridir. İçerik denetiminden geçmiş olan bir hakkın kullanımı yine de MK m.2/II'ye aykırı olabileceği gibi, hakkın kötüye kullanılmamış olması o hakkın geçerli olarak doğmuş olduğu anlamına gelmez.

Bu nedenle işletmeye bir takdir hakkı tanıyan birçok GİŞ açısından MK m.2/II'nin uygulanması hiç kuşkusuz söz konusu olacaktır<sup>191</sup>. Örneğin faizi dilediği gibi artırma<sup>192</sup> veya istediği zaman ifa etme hakkının tanındığı hallerde<sup>193</sup> bu hakkın işletme tarafından ancak MK m.2/II çerçevesinde kullanılabilmesi açıktır. İçerik denetimi genel olarak faiz artırımı hükmünün, akdedilen türden bir sözleşmede müşteriyi aşırı ölçüde mağdur edip etmediğini incelerken, MK m.2/II uyarınca denetim, bu normun geçerli kabul edilmesi halinde faizin somut olayda %50'den %150'ye yük-

<sup>189</sup> *Giger*, AGB, 104; ayrıca bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku § 23 N.18

<sup>190</sup> *MünchKomm/Roth*, § 242 N.255; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.39; *Lukes*, FS Hueck, 459,467; *Raiser*, AGB, 282; *Simitis*, 31; *Fastrich*, 24-25; *Nordmann*, 115; *Soyer*, 150; aynı yönde, *Buol*, N.350; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.18

<sup>191</sup> *Merz*, Abhandlungen, 313,336; aynı yönde BGB § 242 için: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.27 ve 117; *Soergel/Teichmann*, § 242 N.127. Ayrıca sözleşmenin GİŞ çerçevesinde kurulmasında, içeriğinin tayininde, özellikle belirsizlik kuralının uygulanmasında ve sözleşmenin yorumunda hep MK m.2'den faydalanıldığı da unutulmamalıdır.

<sup>192</sup> Y19HD 4.2.1997, 3416/831, YKD 1997,963; bkz. ileride § 11 I 2 c

<sup>193</sup> Y13HD 7.4.1981, YasaHD 1981,658; bkz. ileride § 11 II 1 b aa

seltilmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip gelmediği sorunu ile ilgilidir<sup>194</sup>. Veya GİŞ içinde kararlaştırılmış olan ihbarlara ilişkin şekil şartının, daha önce şekilsiz yapılan ihbarların kabul edilmesine rağmen bir anda yeni bir ihbar için uygulanmak istenmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Bu örneklerin de gösterdiği gibi söz konusu olan GİŞ için getirilmiş özel bir denetim kriteri değildir<sup>195</sup>. Gerek bireysel sözleşme gerekse GİŞ içinde yer alan bu hükümlerin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı düşüp düşmediği aynı şekilde inceleme konusu olur. Yani GİŞ'e özgü olarak geliştirilmeye çalışılan farklı denetim kriterleri burada söz konusu değildir<sup>196</sup>.

İşlevleri ve uygulama alanları açısından farklılık gösteren içerik ve hakkın kötüye kullanılması denetimi, kullandıkları ölçüt açısından da farklılaşmaktadır<sup>197</sup>. İçerik denetimi genel bir ölçüt kullanarak yedek hukuk kurallarından sapma olgusunu veya ahlak kurallarından sapmayı dikkate alır. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılması denetimi bireysel bir ölçüt kullanarak somut olayda belirli bir davranışın hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmasını engellemeye çalışır. Son olarak uygulanan hukuki yaptırım da iki denetim türünde farklıdır. Birinde hak tamamıyla batıl sayılarak sözleşmenin bir parçası olmaktan çıkarken, diğesinde hakkın sadece somut olayda kullanılması imkanı verilmemektedir. Farklı bir çerçevede aynı hakkın kullanılması ise mümkündür<sup>198</sup>.

Nitekim bu özellikler nedeniyle Alman öğretisinde, yukarıda açıklanmaya çalışılan, kurumların kötüye kullanılması görüşü geliştirilmiştir. Bu görüşün temelde çok doğru tespitlerde bulunduğu özellikle bugün rekabet ve kartel hukuku alanında sahip olduğu rol dikkate alındığına yadsınamaz<sup>199</sup>. Bilhassa özel hukukun sadece bireysel hakları korumak

<sup>194</sup> *MünchKomm/Roth*, § 242 N.478. Sorumsuzluk anlaşmaları açısından hakkın kötüye kullanılması olgusunu gerçekleştirebilecek örnekler için bkz. *Buol*, 352vd.

<sup>195</sup> *Buol*, N.3; aynı görüşte *Kamm*, 209; *Kramer*, SJZ 1985, 17,24, dn.52

<sup>196</sup> Nitekim MK m.2'nin, hakların kullanımının sınırlandırılmasında en son çare (*ultima ratio*) olması düşüncesi hakkın "aşıkarak" kötüye kullanımının aranması sonucunu doğurmuştur ki bu gereğin yerine gelmesi GİŞ açısından, bireysel sözleşmeden farklı olarak, kesinlikle aranmamaktadır. Bu açıdan da MK m.2 GİŞ denetimi için uygun bir dayanak değildir (bkz. *Berner Kommentar/ Kramer*, Art.19-20 N.232)

<sup>197</sup> *Lukes*, FS Hueck, 459,468; *Larenz*, Schuldrecht<sup>11</sup>, 74 dn.2; *Fastrich*, 26;

<sup>198</sup> *Fastrich*, 27; ayrıca bkz. *Nordmann*, 107. Örneğin sürekli borç ilişkilerinde taraflardan birinin fesih hakkını belirli bir anda kullanması bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip engellenebilir. Oysa bu onun aynı hakkı başka bir tarihte kullanmasına engel değildir. Buna karşılık içerik denetiminde o fesih hakkı artık tümüyle batıldır ve bir daha kullanılamaz.

<sup>199</sup> bkz. *Hönn*, 109vd.; *Kramer*, ZSR 1979, 49, 61. Ancak kurumların kötüye kullanılması görüşünün kamu düzenine aykırılık başlığı altında incelenmesi de kuşkusuz mümkündür. Nitekim kamu düzenini sözleşme içeriğinin sınırı olarak gören bazı İsviçre yazarları hukuk düzenimizin temel kurumlarının amacından saptırılmasını aslen bir kamu düzeni sorunu olarak görmektedir (bkz. *Stockar*, 109vd.; *Berner Kommentar/Kramer*,



ve geliştirmek düşüncesiyle sınırlı bir işlevinin olmadığını, bunun yanı sıra bazı kurumlar çevresinde yoğunlaşan objektif değer yargılarının sisteme içkin olduğunu göstermek açısından hiç kuşkusuz değerli tespitlere ön ayak olmaktadır. Ancak, özellikle sözleşme özgürlüğünün *sınırlandırılması* açısından bu “kurumun” başlı başına nasıl bir denetim kriteri sunabileceği sorunu çözülmüş değildir. Sözleşme kurumunun içeriğini tespit etmek için yeterli hukuki veri olmadığı için genelde çok farklı sosyo-politik bakış açılarının her biri, boş bir kalıp olan bu kavramı doldurmak için kullanılabilir<sup>200</sup>. Diğer yandan sık sık somut olayda elde edilmek istenen sonuçtan yola çıkılarak kurumun içeriğine ilişkin tespitlerde bulunulması kaçınılmazdır. Bunun sonucunda da özel hukuk sistemine ilişkin global değer yargılarımıza ilgili kurum içinde hayat vererek somut olay için dogmatik sonuçlara varmak, *Fastrich*'in çok haklı olarak ifade ettiği gibi<sup>201</sup>, doğru olamaz. Zira bu şekilde hakimin hukuk yaratması faaliyeti tamamıyla dışlanarak, hakkın kötüye kullanılması yasağı öne sürülerek, görünüşte sistemin desteklediği çözümler geliştirilmekte ve fakat aslında hukuk güvenliği zedelenmektedir<sup>202</sup>.

##### 5. Sözleşmeye Dayanan Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisinin Sınırlandırılması

###### a) Alman öğretisinde ve uygulamasında BGB § 315 kuralı uyarınca genel işlem şartları denetimi

Alman Medeni Kanunu § 315 uyarınca, bir sözleşmede taraflardan birine edimi tek başına belirleme yetkisinin verilmiş olması halinde ilgili taraf bu yenilik doğuran hakkını hakkaniyete uygun bir şekilde kullanmak zorundadır<sup>203</sup>. Bu maddeye göre, eğer tek taraflı belirleme hakkı

---

Art.19-20 OR N.160 ve 232; aynı yönde *Hardegger*, 104 dn.75; *Mathys*, 116). Kanımca bu nitelendirme İsviçre hukuku açısından daha uygundur. Alman hukukunda kamu düzenine bir sözleşme sınırı olarak yer verilmemiş olması nedeniyle ahlaka aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması yasakları mümkün olduğu kadar geniş yorumlanmaktadır. Oysa bu ihtiyacı doğuran sorunların çoğunu kamu düzenini bağımsız bir sözleşme sınırı olarak değerlendirerek çözmek mümkündür. Nitekim *Raiser* de kurumların kötüye kullanılması kuramı ile elde edilen sonuçlara ulaşmak açısından kamu düzenine aykırılık kavramının elverişliliğini ifade etmektedir (*Raiser*, Richterliche Kontrolle, 123,136). Ayrıca bkz. aşağıda dn.246'ya ait metin.

<sup>200</sup> *Fastrich*, 50

<sup>201</sup> *Fastrich*, 50. Hukuk sistemimizin temelinde yatan ilkelerin doğrudan somut olaya uygulanabilen ilkeler olmadığı, bunların ancak hukuk yaratırken hakime yol gösterebileceği konusunda bkz. *Larenz/Canaris*, 240.

<sup>202</sup> Nitekim bugün İsviçre öğretisinde MK m.2'ye dayanılarak GİŞ denetimi yapılması çoğunluk tarafından reddedilmektedir. Bkz. *Auer*, 47vd.; *Lörtscher*, 240vd.; *Merz*, *Abhandlungen*, 313,336; aynı yazar, *Länderbericht*, 67,99; *Nordmann*, 115; *Kamm* 208-209; *Hardegger*, 99 *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.232-233

<sup>203</sup> Bir yenilik doğuran hakkın söz konusu olduğu hakkında bkz. *Soergel/Wolf*, § 315 N.31



hakkaniyete uygun kullanılmamışsa tespit edilen hüküm bağlayıcı sayılmayacak<sup>204</sup> ve hakim, yerine, taraf menfaatlerini dengeleyen bir hüküm koyacaktır<sup>205</sup>, ancak sözleşme ayakta kalacaktır.

BGB § 315'in genel işlem şartlarının denetimi için de kıyasen kullanılabileceği düşüncesi ilk defa *Larenz* tarafından ileri sürülmüş<sup>206</sup> ve bu düşünce Alman öğretisinde kısa süreli de olsa kabul görmüştür<sup>207</sup>. BGB § 315'in, § 242'ye nazaran daha elverişli olarak değerlendirilmesi, özellikle bu maddenin zaten sözleşmeyi şekillendirme hakkına bir sınır çizmesinden ve dolayısıyla dogmatik açıdan soruna daha uygun bir temel oluşturmasından kaynaklanır. Ayrıca bu maddenin uygulanma koşulları dürüstlük kuralının ihlaline nazaran daha somut bulunmuştur. Burada zaten sözleşmenin tek tarafı olarak şekillendirilmesi (edimin tek tarafı olarak belirlenmesi) gibi bir olgu aranmaktadır ve dolayısıyla tek tarafı olarak kaleme alınan genel işlem şartları açısından bir denetim mümkün gözükmemektedir. Bu görüş taraftarlarına göre dürüstlük kuralına dayanıldığında, bireysel sözleşmelerden farklı olarak GiŞ kullanımında denetim çitasının daha aşağı indirilmiş olmasını açıklamak güçtür<sup>208</sup>.

*Lukes*'e göre BGB § 315'in temelinde yatan düşünce, irade özerkliğinin sınırlandırılmasıdır. Her ne kadar sözleşme taraflarından ikisi de irade özerkliği ilkesi çerçevesinde sözleşme içeriğini belirleme yetkisine sahipse de taraflardan birinin bu yetkisini karşı âkidin kullanmasını kararlaştırması mümkündür. Ancak bu şekilde ilgili kişinin irade özerkliğinden kaynaklanan yetkilerini devretmesi ile bunların tükendiği kabul edilemez. Aksine, kendisine devredilen kişinin de bunları yine irade özerkliğine getirilen sınırlar içinde, yani hakkaniyete uygun şekilde kullanması gerekir. BGB § 315'in koruma amacı bu şekilde belirlendiğinde bu düşünceyi GiŞ denetimi için kullanmak da *Lukes*'e göre kolaydır<sup>209</sup>. Zira orada da söz konusu olan, sözleşme taraflarından birinin irade

<sup>204</sup> Burada bir butlan sebebi yoktur. Aynı bir hükümsüzlük türü olarak bağlayıcı olmamadan (Unverbindlichkeit) bahsedilmektedir (*Palandt/Heinrichs*, § 315 N.16; *Larenz, Schuldrecht*<sup>14</sup>, 81)

<sup>205</sup> *Larenz, Schuldrecht*<sup>11</sup>, 73; *Flume, Privatautonomie*, 135,170

<sup>206</sup> *Larenz, Schuldrecht*<sup>7</sup>, 1964, § 8

<sup>207</sup> aynı yönde *Lukes*, NJW 1963, 1897vd; *Flume, Rechtsgeschäft*, 670vd.; aynı yazar, FS DJT, 170; BGH, NJW 1963, 99,100 (Davaya konu olan olayda bir ardiye sahibi ağır ihmal nedeniyle meydana gelebilecek zararlar için sorumluluğunu genel işlem şartları yoluyla sınırlanmış, Federal Mahkeme ise, her ne kadar ardiye sahibi monopol durumunda olmasa bile bu tür bir sınırlamanın, genelde vedia sözleşmesi akdedenlerin menfaatleri dikkate alındığında, hakkaniyete aykırı kabul edilmesi ve batıl sayılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu sonucun BGB § 315'de ifadesini bulan koruma amacının bir yansıması olduğu görüşündedir. Ayrıca bak *Schmidt-Salzer*, AGB, 68, 265; *Bydlinski, Privatautonomie*, 214ff; *Medicus, JuS* 1965, 210 N.11

<sup>208</sup> *Flume, Rechtsgeschäft*, 671; *Auer*, 57; *Schuler*, 151

<sup>209</sup> *Lukes*, NJW 1963, 1897,1899

özerkliği çerçevesinde kendisine verilen bir yetkiden, yani sözleşmeyi şekillendirme yetkisinden feragat etmesidir.

Hakkaniyete uygun olmamanın tespitinde *Flume*'ye göre esas alınacak olan yedek hukuk kurallarıdır. GİŞ yoluyla bunlardan sapılması halinde kural olarak hakkaniyete aykırı bir davranış söz konusudur<sup>210</sup>. Ayrıca *Larenz*, somut sözleşmede özel bir rizikonun varlığına, müşterinin feragat ettiği haklar karşılığında dengeleyici olarak elde ettiği menfaatlere ve genel olarak taraf menfaatlerinin ne ölçüde dikkate alınmış olduğuna bakılmasını da aramaktadır<sup>211</sup>.

b) İsviçre-Türk öğretisince önerilen BK m.70 kuralı uyarınca genel işlem şartları denetimi

BGB § 315'de yer alan düzenlemenin aynısı İsviçre-Türk hukukunda yoktur. Ancak BK m.70 (OR 71) uyarınca çeşit borcunun ifasında seçim hakkını kural olarak borçlunun kullanacağı ve buna yaparken de orta vasıftan aşağı mal veremeyeceği belirlenmiştir. İsviçre hukuku açısından *Auer*, bu maddenin de temelinde, sözleşenlerden birinin tek taraflı olarak sözleşme içeriğini belirleme hakkına sahip olması halinde, bu hakkın sınırlarını çizmek düşüncesinin yattığını savunmaktadır. Bu nedenle yazar, yasanın ruhunun bu konuda genel bir ilke çıkarmaya elverişli olduğu kanaatinde. Taraflardan birine sözleşmeyi şekillendirme hakkı tanındığında bunun hakkaniyete uygun şekilde kullanılması gerektiği bir ilke olarak kabul edilecek ve GİŞ denetiminde de bu madde uygulanacaktır<sup>212</sup>. Buna göre hakim öncelikle, tek taraflı sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğüne getirilmiş olan sınırların aşılmış olup olmadığını inceleyecek, bunların aşıldığını tespit etmesi halinde ise ilgili şartın butlanına hükmedecektir<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> *Flume*, Privatautonomie, 135,169,170

<sup>211</sup> *Larenz*, Schuldrecht<sup>11</sup>, 74; aynı yönde *Auer*, 55

<sup>212</sup> *Auer*, 59; Ayrıntıya girmemekle beraber geliştirilebilir bir düşünce olduğu görüşünde *Hausheer*, ZSR 1976, 225, 287; *Berner Kommentar/Merz*, Art.2 ZGB N.178; *Merz*, Abhandlungen, 313,341; *Akman*, Yargı, 13,17; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 164; *Altop*, Finansal Kiralama, 135.

<sup>213</sup> *Auer*, 60. Bu açıdan *Oğuz*'ün hem BK m.70/II'yi GİŞ denetiminin kıstası olarak görmesi hem de yapılan işlemi içerik denetimi olarak değil de kısmen yürürlük denetimi kısmen de yorum sorunu olarak görmesini anlamak mümkün değildir (karş. *Oğuz*, 108vd.) Örneğin yazarın "Genel işlem şartlarının içerik kontrolünün ilişkilendirme anlaşmasının yorumu yoluyla yapılması kanımca meselenin maddi yapısına en uygun çözümdür" şeklindeki ifadesi (113) üç farklı düzlemin nasıl birbirine karıştırıldığını göstermektedir. GİŞ'in sözleşme içeriği olup olmadığı daha önce de ifade edildiği gibi bunların adil olup olmadığı ile hiçbir şekilde ilişkili değildir (§ 8 V 1). Bu noktada sadece güven kuramı belirleyicidir ve güven kuramı da ancak çok şaşkıncu ve beklenmeyen hükümlerin sözleşme içeriği olmaması yönünde filtre görevi görür, yoksa her türlü adil olmayan hüküm

Türk hukukunda *Soyer* de bu maddede yer alan “orta kalite” kavramının hakime MK m.4 uyarınca bir takdir hakkı verdiği ve bu düşünceyle hareketle GİŞ kullanan tarafın hakkaniyete uygun davranıp davranmadığının da denetlenmesinin bu madde çerçevesinde mümkün olduğu görüşündedir<sup>214</sup>. Zira yazara göre çeşit borcunun ifasında edimi tek taraflı olarak belirleme konusunda yasa, sözleşene, keyfi biçimde hareket etme serbestisi tanımadığını ifade etmiş, kendisine hakkaniyet sınırları içinde hareket zorunluluğu getirilmiştir<sup>215</sup>.

### c) Değerlendirme

Gerek BGB § 315 gerekse BK m.70’in GİŞ denetimi için doğrudan uygulama alanına sahip olduğunu iddia eden bir yazar yoktur. Söz konusu olan *kıyasen* bu normun uygulanmasıdır. Bu durumda öncelikle kıyasın şartlarını ele almak ve bu noktada kıyas yapılmasına imkan olup olmadığını incelemek gerekir.

Bir yöntem sorunu olarak ele alındığında kıyas (Analogie), (A) olgusu için yasada belirlenmiş olan kuralın, yasada ele alınmamış olan, fakat (A) olgusuna çok benzeyen (B) olgusuna da uygulanması anlamına gelir. Bu aktarmanın temelinde yatan düşünce, olguların, hukuki açıdan önem taşıyan noktalardaki benzerliği nedeniyle, aynı değerlendirmeye tâbi tutulması gereği, yani adalet idesinden doğan eşit olana eşit davranma ilkesidir<sup>216</sup>.

BGB § 315’de düzenlenen olguya bakıldığında genel işlem şartları sorunundan farklı birçok nokta dikkati çekmektedir<sup>217</sup>. Her şeyden önce, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte taraflardan birine *ileride* edimi belirleme yenilik doğuran hakkının verilmesi ile, GİŞ sorununda olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasından *önce* taraflardan birinin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak belirlemesi arasında fark vardır<sup>218</sup>. İlkinde tek ta-

---

güven kuramına takılamaz. Aynı şekilde sözleşmenin yorumu da içeriğin denetlenmesi sorununda devreye giremez. Yorumun amacı sadece GİŞ metnine açıklık kazandırmaktır, yoksa bunların sözleşme içeriği olmasına engel oluşturmak değildir.

<sup>214</sup> *Soyer*, 160-161

<sup>215</sup> *Soyer*, 161

<sup>216</sup> *Larenz/Canaris*, 202; *Caroni*, Einleitungstitel, 113; *Schuler*, 154; *Serozan*, Hukuka Giriş, § 5 N.11; *Edis*, 143 vd.

<sup>217</sup> BGB § 315’in edimlerin belirlenmesine ilişkin olması, buna karşılık GİŞ sorununun her zaman sözleşmenin diğer şartlarına ilişkin olması bu maddenin kıyasen uygulanmasını engellemez. Zira Alman doktrininde, taraflardan birine sözleşmenin diğer koşullarını belirleme hakkının verilmesi halinde de, bu hakkın ancak BGB § 315 çerçevesinde kullanılacağı kabul edilmektedir (*Lukes*, NJW 1963, 1897,1898; *MünchKomm/Gottwald*, § 315 N.10)

<sup>218</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.43; *Stockar*, 101; *Nordmann*, 117; *Soyer*, 155

raflı yenilik doğuran hak doğrudan sözleşmeden kaynaklanmakta, ikincisinde ise taraflardan biri, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilen üstünlüğü nedeniyle sözleşme koşullarını belirleme imkanına sahip olmaktadır. GİŞ sorununda, sözleşmenin kurulmasından sonra artık belirlenmesi söz konusu olan bir husus mevcut değildir. Sözleşmenin kurulmasından önce kaleme alınmalarına bağlı olarak GİŞ, her ne kadar tek taraflı olarak belirlenmekteyse de, ancak iki tarafın da uyuşan irade beyanları ile sözleşme içeriği olabilir<sup>219</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra tek tarafa tanınmış bir yenilik doğuran hak söz konusu değildir. Ayrıca bu madde sadece bir yorum kuralı getirmektedir. Maddede açıkça “tereddüt halinde” edimin hakkaniyete uygun olarak belirleneceği ifade edilmiştir. Oysa ifa modaliteleri zaten GİŞ yoluyla önceden belirlenmiştir. Bu yüzden daha sonra yorumlanması söz konusu olabilecek bir husus yoktur ortada. BGB § 315’in bir yorum kuralı olması nedeniyle tarafların aksine bir düzenleme yapması halinde, yani taraflardan birinin diğerine hakkaniyete uygun olmayan bir edim belirleme hakkını vermiş olması halinde artık hakimin müdahalesi söz konusu olamaz<sup>220</sup>. Bu hallerde ancak Alman Medeni Kanununda yer alan genel sözleşme sınırları (ahlaka aykırılık, gabin vs.) devreye girebilir<sup>221</sup>. İşte bu durum daha çok GİŞ sorununa benzemektedir. Zira yasa koyucu tarafların iradelerine, Borçlar Hukukunun her alanında olduğu gibi burada da öncelik tanımış, ve aksine irade uyuşması halinde BGB § 315’in uygulanamayacağını belirlemiştir. Dolayısıyla bu maddeden genelleştirilebilecek bir kural, BGB’ye hakim bir ilke çıkarmak güç gözükmemektedir<sup>222</sup>.

BGB § 315’e aykırılık halinde uygulanan yaptırım da içerik denetiminden farklılaşmaktadır. Zira bu hallerde aslında bir butlan sebebi yoktur. Takdir hakkının gereği gibi kullanılmamış olması halinde sadece ilgili tarafın takdir hakkını bu sefer onun yerine hakim kullanır. Daha önce yapılan belirleme ise (örn. edime ilişkin) diğer sözleşen için bağlayıcı olmaktan çıkar o kadar<sup>223</sup>.

<sup>219</sup> *Soyer*, 155

<sup>220</sup> *Schuler*, 158; *Fastrich*, 16; *Soergel/Wolf*, § 315 N.2

<sup>221</sup> *MünchKomm/Gottwald*, § 315 N.15; bunun yanı sıra Alman GİŞ kanunu da kuşkusuz uygulanacaktır. *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.44

<sup>222</sup> Oysa *Soyer*, bu maddenin kıyas yoluyla GİŞ sorununun çözümünde de kullanılabileceği görüşündedir (*Soyer*, 156 dn.167). Bu maddeye dayanılması özellikle *Raiser* tarafından eleştirilmektedir; zira maddenin uygulama alanı çok özel bir hale ilişkindir ve BGB’yi hazırlayan liberal düşüncenin ancak çok sınırlı hallerde mümkün gördüğü sözleşmeye müdahale imkanlarından birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla buradan kıyasla hareket etmek, BGB’nin çok farklı şekilde yorumlandığı günümüz açısından doğru sayılamaz. Yazara göre sözleşme içeriğine müdahale için hakime bu tür bir dayanak aramaya gerek kalmamıştır; hatta bugün için bir gerileme anlamına gelmektedir (*Raiser*, Forum, 3, 8).

<sup>223</sup> *Soergel/Wolf*, § 315 N.47vd.; *Palandt/Heinrichs*, § 315 N.15vd.

BK m.70 (OR 71) açısından bakıldığında ise farklılık daha da fazla göze batmaktadır<sup>224</sup>. Zira bu madde taraflardan birinin edimi belirlemesine ilişkin değil, sadece edimin kalitesini belirlemesine ilişkindir. Söz konusu olan, borçlunun takdirini hakkaniyet ölçüleri içinde kullanması ilkesidir. Bu kadar sınırlı bir uygulama alanına sahip bir normun GİŞ'in denetimi gibi çok yönlü bir konuda yeterli temel oluşturması mümkün değildir. *Stockar*'ın değimi ile BK m.70 bu "ağırlığı kaldırmak" için yeterli olamaz<sup>225</sup>. Nitekim Alman hukukunda BK m.70'i kelime kelime karşılayan ayrı bir maddenin olduğu (BGB § 243/I), oysa bu maddeye dayanılarak GİŞ denetimi yapmanın hiçbir zaman ileri sürülmediği de göz ardı edilmemelidir.

Öte yandan BK m.70'in temelinde yatan düşüncenin MK m.2 ile çıktığı haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>226</sup>. Buna göre borçlunun takdir hakkını sınırlayan hakkaniyet düşüncesi ile dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü arasında bir fark görülemez<sup>227</sup>. Ancak kıyasın ön koşullarından biri benzer olguların varlığı ise diğeri de yasada yer alan somut düzenlemenin genelleştirilmeye elverişli bir düşünce içermesidir<sup>228</sup>. Bu durumda BK m.70'in temelinde MK m.2'nin yattığı ifade edildikten sonra kanımca artık bu maddeyi uygulamak için herhangi bir gerekçe kalmamaktadır, doğrudan genel ilkeyi tespit eden MK m.2'nin öncelikli uygulanması gerekir.

Ayrıca BK m.70 de BGB § 315 gibi bir yedek hukuk normudur ve tarafların aksine düzenleme yapmaları her zaman mümkündür<sup>229</sup>. Nitekim iki normun da amacı edimin belirlenmesine ilişkin doğabilecek tereddütleri gidermek, edimin belirlenmemiş olması nedeniyle sözleşmenin geçersiz sayılabilmesi tehlikesine karşı önlem almaktır, yoksa asli amaçları taraflardan birinin irade özerkliğini sınırlamak değildir<sup>230</sup>. Sonuç olarak, başvurulabilecek daha elverişli denetim normlarının varlığı nedeniyle BK m.70'in GİŞ denetiminde devreye sokulmaması daha uygun gözükmektedir.

## 6. Kamu Düzenine Aykırılık

### a) Genel olarak

BK m.19/II'de sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak anılan kamu

<sup>224</sup> Nordmann, 118; Giger, AGB, 92

<sup>225</sup> Stockar, 101

<sup>226</sup> Kocayusufoşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 23 N.18

<sup>227</sup> Kanımca burada MK m.2/II'nin bir uygulama alanını görmek daha doğrudur. Zira taraflardan birine verilmiş olan, ifa edilecek çeşit borcunu seçme hakkının kötüye kullanılmasını engellemek söz konusudur.

<sup>228</sup> Caroni, Einleitungstitel, 113

<sup>229</sup> Soergel/Wolf, § 315 N.2

<sup>230</sup> Schuler, 156-157; Fastrich, 15; Soergel/Wolf, § 315 N.1

düzeninden ne anlaşılması gerektiği günümüzde doktrininde tartışmalıdır. Bu görüşleri iki başlık altında toplamaya çalışırsak, ilk grubun, kamu düzenini, aynı maddede anılan hukuka aykırılık kavramı altında ele aldığı dikkati çeker<sup>231</sup>. Bu yazarlar, BK m.19/II'de anılan “emredici hükümlerin” iki türlü söz konusu olabileceği kanaatindedir. Bir yanda yasa koyucunun açıkça emredici olarak nitelendirdiği hükümler, diğer yanda ise bu hususun açıkça ifade edilmediği ancak niteliği gereği emredici olması gereken hükümler. İşte bu ikinci kategori emredici hükmü tayin etmek için kamu düzeni kavramına başvurulur ve ihlal edilmeleri kamu düzenini de ihlal edecek olan hükümlerin emredici olduğu kabul edilir. Dolayısıyla bu yazarlar, kamu düzenine aykırılığı, sadece hangi hükmün emredici nitelikte olduğunu tespit etmeye yarayan bir yorum yardımcısı (*Interpretationshilfe*) olarak görmektedir. Bu yazarlara göre başlı başına kamu düzenine aykırılık sözleşme içeriğinin sınırı olamaz; sadece başka bir hükmün varlığı halinde bunu emredici hüküm katına çıkarmak açısından kamu düzeninin bir işlevi vardır<sup>232</sup>.

Buna karşılık tercih edilmesi gereken ikinci görüşe göre, kamu düzeni kavramı bağımsız bir denetim işlevine sahiptir<sup>233</sup>. Buna göre kamu düzeni kavramı sadece yasalarda yer alan emredici hukuk kurallarına atıf yapmakla kalmamakta, ayrıca yedek hukuk kurallarına ve hatta yasalarda hiç ifadesini bulmamış olan veya yeterince somutlaştırılmamış olan, ancak hukuk düzenimizin temel taşlarını oluşturan değer yargılarına da atıf yapmaktadır<sup>234</sup>. Bu kavram sayesinde, hukuk düzenimize içkin olan ilkelere aykırı bir sözleşme içeriği, açıkça bir yasa hükmünü ihlal etmese dahi denetime tâbi tutulabilecektir. Bu şekilde sözleşme içeriğine getirilen sınırları genişleten bu görüş, yasa koyucunun, aynı madde içinde hem emredici hukuk kurallarından hem de kamu düzeninden ayrı ayrı bahsetmiş olmasını da, bu kavramlara iki farklı uygulama alanı tanıyarak daha tutarlı şekilde açıklamaktadır<sup>235</sup>. *Baudenbacher*'in haklı olarak ifade ettiği gibi: “Var olan işlevsel ve kişisel koruma ihtiyacı dik-

<sup>231</sup> Lörtscher, 196-199; Giger, AGB, 90; Bucher, AT, 250; Gauch/Schluemp/Schmid, N.648; Oğuzman/Öz, 71; Eren, 296; Şenocak, 251

<sup>232</sup> Lörtscher, 198; Giger, AGB, 90; Hatemi, 39vd.; Kamm, 170vd.; Keller, 143; Buol, N.349; aynı yönde Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746,748; Y11HD 11.12.1978, 5246/5544, BATİDER, c.X/4 (1979), 1027,1029

<sup>233</sup> Stockar, 60vd.; Berner Kommentar/Kramer, Art.19-20 OR N.156; Broggin, “Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero” in: Festgabe Schönenberger, 1968, 1,93vd. (aktaran Stockar, 64 dn.77); Hardegger, 105.; Toller, Wirtschaftsrecht, 51,70; Perrin, SJ 1973, 209,216. Farklı gerekçelerle olmakla birlikte Zufferey-Werro, 116.

<sup>234</sup> Perrin, SJ 1973, 209,216. Buna karşılık Zufferey-Werro kamu düzeni kavramına sadece, devletin ve kurumlarının gereği gibi işleyebilmesi için konulmuş olan kuralların altlanabileceği görüşündedir (Zufferey-Werro,117, 124).

<sup>235</sup> Berner Kommentar/Kramer, Art.19-20 OR N.156; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, 73 dn.111.



kate alındığında, kamu düzeninin doğrudan, aracısız uygulama alanına sahip bir sözleşme özgürlüğü sınırı olarak değerlendirilmesi çok daha anlamlı sonuçlara götürmektedir. Tarihsel ve sistematik gerekçeler, ekonomik açıdan bir zorunluluk oluşturan bu yorum karşısında ikinci planda kalmalıdır. Normun metni ise bu yönde bir yoruma hiçbir şekilde engel teşkil etmemektedir.”<sup>236</sup> Aksine, *Kramer*’in de işaret ettiği gibi<sup>237</sup>, yasa koyucunun aynı cümle içinde iki *ayrı* kavram ile aslında *aynu* şeyi ifade etmek istemiş olduğunu kabul etmek için bir gerekçe bulmak güçtür.

“Kamu”dan anlaşılması gereken toplumdur. Kamu düzenine aykırılıkları engellemedeki amaç birey karşısında toplumun menfaatlerini korumaktır<sup>238</sup>. “Düzen” ise devlet içinde var olan hukuk düzeni olarak anlaşılmalıdır. Amaç bir bütün olarak hukuk düzenini korumaktır<sup>239</sup>. Bu açıdan emredici hukuk kurallarına aykırılığın<sup>240</sup> yanı sıra, bazı hallerde, yedek hukuk kurallarına aykırılık da kamu düzeni ihlalleri araştırılırken dikkate alınacaktır<sup>241</sup>. Zira bu kurallar keyfi bir şekilde yasa koyucu tarafından vazedilmemiştir. Aksine bu kuralların taraflar arasında en adil dengeyi saptadıkları ve bu açıdan hem özel hem de kamusal çıkarlara hizmet ettiği kabul olunur<sup>242</sup>. Bunun yanı sıra yazılı olmayan hukuk normları ve hatta hukuk düzenimizin temel değer yargıları da bu kavram çerçevesinde ele alınır<sup>243</sup>. Dolayısıyla kastedilen hiçbir şekilde pozitif

<sup>236</sup> *Baudenbacher*, AGB, 293; aynı yönde *Hardegger*, 107

<sup>237</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.156

<sup>238</sup> *Stockar*, 56

<sup>239</sup> *Stockar*, 59. Yargıtay bazı kararlarında kamu düzenini “kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni” olarak tanımlamakla beraber (Y13HD 30.5.1996, 5075/5380, YKD 1996,1261,1262; Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746, 748) 1990 yılında verilmiş olan bir Hukuk Genel Kurulu kararında çok daha kapsamlı bir ifadeye yer vermiştir: “... Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun az önce sözü edilen kararında belirtildiği üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir.” (YHGK 12.12.1990, 990/3-527, *Karahasan*, 232-233)

<sup>240</sup> Bundan anlaşılması gereken kamunun korunması amacıyla konulmuş olan emredici hukuk normlarının tümüdür. Varlığı toplumun menfaatine olan hukuk normlarının tümü kamu düzenine dahildir (*Lörtscher*, 196). Örneğin Yargıtay, MK m.2’nin kamu düzenine ilişkin bir norm olduğunu kabul etmiş, bu nedenle irade beyanları ve hakların içeriğinin “objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı” olamayacağını benimsemiştir (YHGK 22.1.1958, 1/7, *Olgaç*, m.80-81). Aynı şekilde TTK m.1466’da düzenlenmiş olan ve içeriği yasal haddi aşan sözleşmelerin yasal had üzerinden yapılmış sayılacağına dair hüküm de kamu düzenine ilişkin sayılmıştır (Y11HD 23.5.1978, 2652/2717, *Karahasan*, 598-600)

<sup>241</sup> *Nordmann*, 41; *Simitis*, 177-178; *Schenk-Engeler*, 109; *Perrin*, SJZ 1973, 209,217

<sup>242</sup> *Bucher*, FG Deschenaux, 249; *Stauder*, Les clauses abusives, 279,290; *Caroni*, Einleitungstitel, 141; *Hönn*, 190; *Schmidt-Salzer*, Bilanz, 10; *Simitis*, 177; *Oechsler*, 139

<sup>243</sup> *Stockar*, 61; *Baudenbacher*, AGB, 293; *Hardegger*, 105, 108 dn.87; *Simitis*, 172vd.



tif hukukla sınırlı bir düzen değildir. Anayasal normların da, kamu düzeni kavramı yoluyla dolaylı olarak özel hukuk alanında uygulanması mümkündür<sup>244</sup>. Örneğin anayasada yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi (AY m.2/5), eşitlik ilkesi (AY m.10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (AY m.48), tüketicilerin korunması (AY m.172) gibi ilkeler bu yoldan özel hukuk kişileri arasında aktive edilebilecek ve sözleşme içeriğinin bir sınırını oluşturacaktır<sup>245</sup>. Bunların yanı sıra bir hukuk kurumu<sup>246</sup> olarak sözleşme, evlilik, özel mülkiyet, vasiyetname, rekabet; Temel ilkeler olarak da irade özerkliği, güven ilkesi, eşya hukukuna hakim ilkeler ve kişiliğin

<sup>244</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.163; *Simitis*, 180vd.; *Stockar*, 73; *Kocayusufoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.17. Anayasa normlarının özel hukuk ilişkilerine dolaylı olarak uygulanması bugün genel kabul gören bir yaklaşımdır. Bu konuda bkz. *Tanör*, 249-282; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 213vd.; *Dural*, 99-100; *Tandoğan*, 12-13; *Soyer*, 175vd. (yazar doğrudan ve dolaylı etki görüşlerinin bir karması benimsemiştir); *Akınal*, 9,16; *Sungurbey*, 11'deki not; *Caroni*, Einleitungstitel, 199-200; *Gauch/Schluep/Schmid*, N.679; *Canaris*, "Grundrechte und Privatrecht", AcP 184 (1984), 201-246; *Canaris*, „Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts“, JuS 1989, 161-172 (yazar Alman Anayasasının özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını ayrıntılı olarak örneklemiştir); İsviçre hukukunda son yıllarda bu alanda yaşanan tartışmalar için bkz. *Bucher*, Eugen, „Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zum ‚Streikrecht‘ und ‚Drittwirkung‘ i.s. von BGE 111 II 245-259“, SJZ 83 (1987), 37vd.; *Sandoz*, Suzette, "Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion", SJZ 83 (1987), 214vd.; *Saladin*, Peter: „Grundrechte und Privatrechtsordnung – zum Streit um die sog. ‚Drittwirkung‘ der Grundrechte“, SJZ 84 (1988), 373vd. BGE 111 II 245,255 ve 111 II 330,337'de bu konuda görüş bildirmekten kaçınılmıştır.

Anayasa normlarının özel hukukta doğrudan etkili olacağı görüşünün öncülüğünü yapan *Nipperdey*'e göre temel haklar, bireyin yalnızca devlete karşı ileri sürebileceği kamusal haklar olmakla kalmayıp objektif normlar olarak özel hukuk düzeni içinde de doğrudan bağlayıcı olmaktadır (bkz. *Soergel/Teichmann*, § 242 N.44; *Staudinger/Coing* (1995), Einl. zum BGB N.192; *Singer*, JZ 1995, 1133,1135; *Tanör*, 251). Ancak anayasa normlarına bu kadar geniş bir uygulama alanı tanınması Alman doktrininde genelde kabul görmemiştir, zira bu şekilde özel hukuk alanındaki özgürlüğün fazlasıyla sınırlandırılacağı ve bunun da yine anayasal değer yargılarına uygun düşmeyeceği ileri sürülmüştür (*Staudinger/Coing* (1995), Einl. zum BGB N.194). Örneğin anayasanın en temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesini özel hukukun her alanında hayata geçirmek düşünülemez (*Flume*, Rechtsgeschäft, 22). Bunun kabul edilmesi aslında irade özerkliği kavramından da vazgeçmek anlamına gelir. Dolayısıyla anayasa normlarının doğrudan değil, dolaylı yoldan özel hukukta etki doğurabileceği görüşü bugün yerleşmiştir. Buna göre hakim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket edecektir (ilk olarak BVerfGE 7,198,205 ("Lüth" kararı); *Soergel/Teichmann*, § 242 N.45; *Staudinger/Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241ff. N.541).

<sup>245</sup> Örneğin bir işyerinde kadın ve erkek çalışanlar için cinsiyete dayalı olarak farklı sözleşme koşullarının saptanmış olması halinde, AY m.10'un kamu düzeni çerçevesinde hüküm aracılığıyla özel hukuk kişileri arasında da etki doğurmasından faydalanarak, sözleşme hükümlerini batıl saymak mümkün olacaktır. Aynı şekilde yukarıda dn.7'de verilmiş olan acente örneğinde de, 10 yıllık çalışma yasağını, kamu düzeni ve AY m.48 aracılığıyla batıl saymak mümkün olacaktır.

<sup>246</sup> Kamu düzeni ile MK m.2 çerçevesinde hukuk kurumlarının kötüye kullanılması arasındaki ilişki için bkz. dn.179.

korunması ilkeleri kamu düzeni kavramının somutlaştırılmasında devreye girebilir<sup>247</sup>.

Sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni kavramı ile sınırlandırılabilmesi için kamunun bir menfaatinin tehdit altında olması ve bu menfaatin daha üstün bir menfaat olarak belirmesi gerekir. Sözleşme özgürlüğünden faydalanma şeklinin hukukumuzun diğer bir ilkesini veya kurumunu tartışmalı hale getirmesi, onu özünden zedelemesi söz konusu olmalıdır<sup>248</sup>. Bireyin sözleşme özgürlüğü ile kamunun, var olan düzenin korunmasındaki menfaatinin çatışması halinde hangisinin tercih edileceğini belirlerken hakim özellikle hangi kamusal değerlerin ihlal edildiğine bakacaktır<sup>249</sup>. Sözleşme özgürlüğü ile denk tutulabilecek ve onun gibi özel hukuk sistemimizin temelini oluşturan değerlerden birinin ihlal ediliyor olması halinde karşılıklı menfaatlerin tartılması ve dengelenmesi gerekecektir. Bu temel değerlerden bazıları zaten ahlaka aykırılık ve kişilik haklarının korunması çerçevesinde özel bir düzenlemeye sahiptir. Ancak bunun dışında özellikle mevcut ekonomik düzenin korunması da başlı başına kamu düzeninin korunmasının bir gereğidir<sup>250</sup>. Bizim ekonomik düzenimiz liberalizm ve onun temel taşı olarak da rekabet özgürlüğüdür. Bu özgürlüğün kısıtlanması kadar irade özerkliğinin sınırlandırılması da serbest pazar ekonomisinin temel taşlarından birini tehdit etmektedir. Hukuk düzenimizin üstüne kurulu olduğu bu ilkeleri ve hukuki kurumları tehdit eden bir sözleşmenin var olması halinde ise bu sözleşmeye geçerlilik tanınmayacağı açıktır<sup>251</sup>.

#### b) Genel işlem şartları kullanımının kamu düzenine aykırılık oluşturması

Son yıllarda özellikle İsviçre hukukunda, genel işlem şartlarının denetimi için, kamu düzenine aykırılık kavramından faydalanmak görüşü çok sayıda taraftar toplamış ve baskın görüş haline gelmiştir<sup>252</sup>. *Kramer'e*

<sup>247</sup> *Stockar*, 70; *Hardegger*, 108; *Toller*, *Wirtschaftsrecht*, 51,68

<sup>248</sup> *Stockar*, 67; *Hardegger*, 107

<sup>249</sup> Sorumsuzluk şartları açısından bkz. *Erten*, 86-87

<sup>250</sup> *Schluemp*, "Kartellrechtliche Grenzen von warenzeichenrechtlichen Abgrenzungsverträgen (besonders nach Art.85 EWGV)", *GRUR Int.*1985, 534,536; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.159 ; *Toller*, *Wirtschaftsrecht*, 51,69

<sup>251</sup> *Hardegger*, 107; *Stockar*, 69

<sup>252</sup> *Stockar*, özellikle 75vd.; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.158 ve 291; *Baudenbacher*, *AGB*, 292; aynı yazar, *Ansätze*, 17,60; *OR/Bucher*, Art.1 N.65; *Huguenin Jacobs*, *recht* 1995, 85,88,93; *Stauder*, *Les clauses abusives*, 279, 290; *Schenk-Engeler*, 208vd; *Hardegger*, 104vd.; *Toller*, *Wirtschaftsrecht*, 51, 69; *Mathys*, 116; *Weber*, *SAG* 1984, 150,156; *T.Koller*, *recht* 1999, 43,49. GİŞ yasasından önce Alman hukuku için aynı yönde *Simitis*, 177; *Esser*, *ZHR* 135 (1971), 320,335

göre GİŞ içinde yer alan hükümlerin kamu düzenine aykırılığı farklı şekillerde gerekçelendirilebilir. Bir yandan yedek hukuk kurallarının dengeleyici sisteminin tümüyle ve kitlesel bir şekilde bertaraf edilmesi başlı başına kamu düzenine aykırı sayılmaktadır. Ayrıca yasal düzenin açıkça ihlal edilmiş olması aranmaz<sup>253</sup>. Bunun yanı sıra, sosyolojik bir değerlendirme yapıldığında, GİŞ yoluyla, anayasal meşruluk temeli olmayan bir “yasa koyucunun” ortaya çıkması da yazara göre kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilebilir<sup>254</sup>. Aynı şekilde GİŞ aracılığıyla işletmenin taşınması gereken rizikoların tümüyle müşterilere yansıtılması, rekabet ortamında bir çarpıklığa yol açacağından ekonomik kamu düzeninin bozulduğu da ileri sürülebilecektir<sup>255</sup>. Müşterilerin, hangi GİŞ’in daha elverişli olduğunu değerlendirmesi mümkün olmadığından, müşteriye daha fazla sömüren GİŞ de piyasada kullanılabilecek ve işletmeye haksız bir avantaj sağlayacaktır<sup>256</sup>. Bu nedenle rekabetin piyasadan eleme işlevi de önemli ölçüde zedelenmiş olacaktır.

GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelerin sayısı dikkate alındığında yedek hukuk kurallarının bu şekilde kitlesel ve sistematik olarak bertaraf edilmesi özel hukuk düzenimizde gerçekten de eşi görülmemiş bir fenomendir. *Kural olarak* uygulanması gereken yedek hukuk kaideleri sadece *istisnai* durumlarda, günlük hayatta nakit para karşılığında yapılan işlemler ile sınırlı olarak uygulanır olmuştur<sup>257</sup>. Yasa koyucunun adeta sadece, aksine sözleşme hükmü koyulmasının mümkün olduğunu ifade edebilmek için kural kaleme almış olması düşüncesi ise pozitif hukukun düzenleme fonksiyonu ile bağdaşamaz. Hukuk normları ve gerçekler arasında böylesi bir uçurumun var olması düşündürücüdür<sup>258</sup>. Zira yedek hukuk kurallarının, sadece taraflar arasında herhangi bir düzenleme yapılmayan alanlarda devreye girerek sözleşme boşluğunu doldurmakla sınırlı bir işlevi yoktur.

Bu normların sadece hukuk güvenliği ve işlem hayatında kolaylık olsun diye getirildiği kabul edilirse kuşkusuz GİŞ içinde bunların tümünün aksine düzenlemelere yer verilmesinde rahatsız edici bir yan olmazdı<sup>259</sup>. Oysa yedek hukuk kurallarının haklı, adil ve her iki sözleşenin menfaatlerini dengeleyici bir içeriğe sahip oldukları kabul edilir<sup>260</sup>. Söz-

<sup>253</sup> Kramer, SJZ 1985, 17,24

<sup>254</sup> Berner Kommentar/Kramer, Art.19-20 OR N.158

<sup>255</sup> Toller, Wirtschaftsrecht, 51,68; Nordmann, 43

<sup>256</sup> Toller, Wirtschaftsrecht, 51,69; Sack, 113,139

<sup>257</sup> Rehbinder, AGB, 9; Pflug, 8; Bauer, 71; Forstmoser, Festgabe Kummer, 99; Stauder, Unfair Contract Terms, 9,10

<sup>258</sup> Löwe, FS Larenz 1973, 373, 376

<sup>259</sup> Stockar, 72

<sup>260</sup> Akman, 71; Berner Kommentar/Kramer, Art.19-20 N.277; Bürgi, 20; Nordmann, 41

leşme hukukuna ilişkin yedek kurallar, bir “düzen işlevine” (*Ordnungsfunktion*) sahiptir<sup>261</sup>. Her ne kadar yedek olmalarından bahsediyorsak da bu kurallar da nihayetinde “hukuk” kurallarıdır, dolayısıyla bir değer yargısını temsil etmektedirler<sup>262</sup>. Yedek hukuk kuralları da ancak sınırlı bir oranda “yedektir”<sup>263</sup>. Yasa koyucunun bunları “yedek” olarak nitelendirmesindeki amaç taraflara, aralarındaki sözleşmeye en uygun içeriği tespit etme olanağı vermek istemesidir. Yoksa taraflardan sadece birine sözleşmeyi dikte etme şansı tanımak amaç değildir<sup>264</sup>.

Dolayısıyla ancak eşitler arasında akdedilen ve bu nedenle adil bir içeriğe sahip olacağı farz edilebilen sözleşmelerde yedek hükümler göz ardı edilmelidir. Bu düzenden kural olarak ancak iki tarafın da pazarlığı sonucu oluşan sözleşmeler ile sapılması mümkün olmalıdır, yoksa tek tarafın belirlediği GİŞ yoluyla değil<sup>265</sup>. *Biedenkopf*’un ifadesi<sup>266</sup> ile “aralarında fırsat eşitliği olan taraflar açısından aksine bir düzenleme yapılması mümkün olan normlar, üstün konumda olan taraf açısından asgari normları oluşturmaktadır”. Yedek hukuk kurallarından GİŞ yoluyla ayrılması halinde, sözleşmenin, bu farklı düzenlemeyi gerekçelendirecek, telafi edecek bir içeriğe sahip olması gereklidir<sup>267</sup>.

Nitekim Yargıtay da 1995 yılında verdiği bir kararında<sup>268</sup>, açıkça kamu düzenine aykırılıktan bahsetmemekle birlikte GİŞ denetiminde yedek hukuk kurallarının işlevini vurgulamıştır:

“...Ayrıca *tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme fonksiyonu*(vba), hakkaniyete uygunluk gibi esaslar göz önünde tutularak, genel işlem şartları içinde vasıflandırabileceğimiz sigorta genel şartlarında yer alan bazı kuralların da geçersiz sayılacağı kabul edilebilecektir.”

Hangi hükümlerin adalet içeriğinin, bunlardan GİŞ içinde sapılması halinde özel bir denetimi gerektirecek kadar yoğun olduğu konusunda

<sup>261</sup> *Bucher*, FG Deschenaux, 249; *Schmidt-Salzer*, Bilanz, 10; *Stauder*, Les clauses abusives, 279,290; *Caroni*, Einleitungstitel, 141; *Hönn*, 190; *Bydlinski*, FS Kastner, 45, 62-63; *Simitis*, 177; *Hauss*, 7,14; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.277

<sup>262</sup> *Raiser*, AGB, 293; *Bauer*, 72

<sup>263</sup> *Sack*, 113,142; *Kramer*, ÖJZ 1973, 505, 506

<sup>264</sup> *Simitis*, 177; *Becker*, 77. Alman Federal Mahkemesinin yedek hukuk kurallarını emredici katına çıkardığı kararlar için bkz.: BGHZ 41,151,154; 54,106,110; 63,238,239; BGH NJW 1965, 246; NJW 1967,1225,1226; NJW 1975, 647

<sup>265</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.277; *Mathys*, 115; *Perrin*, SJ 1973, 209,216; *Bauer*, 71; *Giger*, AGB, 105; *Schmidt-Salzer*, Bilanz, 10; OR/*Bucher*, Art.1 N.64; *Kaplan*, BATİDER 1991, 49,62; aynı yönde *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 N.508; ayrıca bkz. BGHZ 41, 151,154; *Raiser*, AGB, 295

<sup>266</sup> *Biedenkopf*, FS Böhm, 113,135; aynı görüşte *Kramer*, ÖJZ 1973, 505,506; *Weber*, SAG 1984, 150,157; *Perrin*, SJ 1973, 209,217

<sup>267</sup> *Schapp*, DB 1978, 621

<sup>268</sup> Y11HD 14.4.1995, 1993/3369, YKD 1995, 1407,1411

*Bucher* bazı örnekler vermektedir: buna göre borçlunun kural olarak bizzat ifa yükümü altında olmaması (BK m.67), yabancı para borçlarında borçlunun isterse ülke parası ile tediyede bulunabilmesi (BK m.83/II), cezai şart kararlaştırılan hallerde ancak cezai şartın veya borcun ifasının istenebilecek olması, yoksa kural olarak ikisinin de ifasının istenemeyeceği (BK m.158/I) gibi kurallar bu tür bir adalet içeriğine sahip olan hükümlerdir<sup>269</sup>. Hukuk normlarının bu niteliği araştırılırken sadece soyut olarak ele alınmalarını, aksine tüm sistem içindeki yerleri itibarıyla değerlendirilmeleri doğru olacaktır<sup>270</sup>. Özellikle yedek hukuk kuralının adalet içeriği arttıkça daha sıkı bir denetim yapılmasına ihtiyaç olduğu açıktır<sup>271</sup>.

### c) Değerlendirme

*Esser*'in ifadesiyle kamu düzeni, bir anlamda hukuk düzenimizin "arkasında" durduğu için, adeta onun "omurgasını" oluşturduğu için çok daha içeriği belirlenebilir ve objektif olma garantisi taşıyan bir kavramdır<sup>272</sup>. Bu kavramın üstünlüğü, gerek ahlaka aykırılık gerekse hakkın kötüye kullanılması yasağının yoksun olduğu kesinliğe büyük ölçüde sahip olmasında yatmaktadır. Sözleşme içeriğinin denetlenmesinde soyut bir ahlak anlayışından yola çıkmak yerine yasa koyucunun tercihlerini açıkça ifade ettiği yedek hukuk kurallarından, anayasal ilkelerden ya da, yasalardan tümevarım yöntemi ile elde edilen belirli değer yargılarından yola çıkmak her zaman yeğ tutulması gereken bir çözümdür. Aynı şekilde bir hakkın dahi var olmadığı hallerde bunun kötüye kullanıldığını ileri sürmektense kamu düzeninin çeşitli hukuksal kurumları, hukuk düzeninin temel taşları olarak koruduğunu ileri sürmek de daha tutarlı bir yaklaşımdır. Özellikle GİŞ sorunu için yedek hukuk kurallarının taşıdığı önemi ortaya koyması açısından kamu düzenine aykırılık görüşünün işlevi büyüktür. Gerçekten de, yedek hukuk kurallarının sürekli olarak bazı sözleşme türleri açısından adeta yürürlükten kaldırılmış olmasının kamu düzenine bir aykırılık oluşturacağı görüşüne tereddütsüz katılmak gerekir.

Ancak bir çerçeve normun uygulanmasında ortaya çıkan somutlaştırma ihtiyacı burada da kendisini göstermektedir. Zira "yedek hukuk kurallarının GİŞ yoluyla kitlesel olarak bertaraf edilmesi kamu düzenine aykırıdır" tespiti ne kadar doğru olsa da hakime somut olarak hangi ge-

<sup>269</sup> *Bucher*, FG Deschenaux, 249,260-261. Alman hukukunda bu tür normlara örnek için bkz. *Schmidt-Salzer*, Bilanz,13-20

<sup>270</sup> *Niederhauser*, 42

<sup>271</sup> *Kötz*, A 50; BGHZ 41, 151,154

<sup>272</sup> *Esser*, ZHR 135 (1971), 320,335

nel işlem şartlarını denetleyeceği konusunda çok sınırlı bir tutamak noktası vermektedir; o da yedek hukuk kurallarından sapılması olgusudur. Oysa yasada düzenlenmiş sözleşmeler için dahi her konuya ilişkin bir yedek hukuk kuralı bulmak mümkün olmadığı gibi hiç düzenlenmemiş sözleşme türleri açısından da bu denetim kriteri havada kalmaktadır. Ayrıca yedek hukuk kurallarından GİŞ yoluyla sapılmasının her zaman kamu düzenine aykırı olduğu da kabul edilemez. Zira somut sözleşme açısından bu farklı düzenlemenin yerinde olması ihtimali de mevcuttur. Oysa salt kamu düzenine aykırılık tespiti, bir değerlendirmeye dayanan bu ayırımı yapmak açısından elverişli değildir. Dolayısıyla, GİŞ sorununun çözümünde tutamak noktasını bulmuş olmamıza rağmen bunun hakim tarafından somutlaştırılması gerektiği açıktır. Tespit edilmesi gereken, *hangi* genel işlem şartlarının kamu düzenine aykırı olduğudur.

Nitekim İsviçre öğretisinde kamu düzenine aykırılık görüşünün GİŞ denetimi açısından yaygın kabul görmesinin sebebi, kanımca, 1988 yılında yürürlüğe giren Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunda yer alan, GİŞ sorununa özgülenmiş 8. maddedir. Zira bu madde GİŞ sorununa haksız rekabet olgusu çerçevesinde bir çözüm üretmeye çalışarak çok eleştirilen bir düzenleme getirmekle beraber, GİŞ'in içerik denetiminde uygulanabilecek kriterleri açıkça ifade etmesi açısından önemli bir işleve sahiptir. Bugün m.8 doğrudan uygulanmak suretiyle içerik denetiminde pek bir önem arz etmese de en azından kamu düzeninin bir parçası sayılarak BK m.19 çerçevesinde GİŞ denetiminde devreye sokulabilmekte ve bu şekilde hangi GİŞ'in denetlenmesi gerektiği tespit edilebilmektedir<sup>273</sup>.

Bu açıdan aşağıda ilk önce İsviçre hukukunda kamu düzenine aykırılık yoluyla işlevsel kılınan İsvHakRK m.8 incelenecektir. Zira bu maddenin GİŞ sorununu düzenleme tarzı Türk hakimi için yol gösterici olabilecek bazı yönler ihtiva etmektedir. Daha sonra yine GİŞ kullanımının ne zaman kamu düzenine aykırı düştüğü konusunda Türk hukuku açısından önem taşıyabilecek olan 19 numaralı Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği m.47/III ele alınacaktır. Ancak bu incelemeden sonra, III. bölümde, kamu düzenine aykırılık çerçeve normunun nasıl somutlaştırılabileceği ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### 7. *İsviçre'de Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunu m.8 Kuralı Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi*

#### a) Düzenlemenin kapsamı

İsviçre'de yürürlükte bulunan Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkın-

<sup>273</sup> İsvHakRK m.8'den bu şekilde faydalanılması yönünde *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.294; *Schenk-Engeler*, 209; *OR/Bucher*, Art.1 N.65; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,127; *Toller*, Wirtschaftsrecht, 51,70vd.



da Kanununun 8. maddesi aşağıdaki gibidir<sup>274</sup>:

Madde 8: Kötüye kullanılabilir sözleşme şartları kullanmak

“Sözleşme taraflarından biri aleyhine yanılıcı şekilde

- a. doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya
  - b. sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngören,
- önceden kaleme alınmış genel işlem şartları kullananlar haksız rekabet etmiş sayılırlar.”

Bu madde uyarınca GİŞ kullanımının bir haksız rekabet olgusu yaratabilmesi için GİŞ'in sözleşme taraflarından biri aleyhine sonuç doğurması ve bu sonucun, yasal düzenden veya sözleşmenin doğasına uygun düşecek olan hak ve borç dağılımından önemli surette sapılması nedeniyle ortaya çıkması gerekir. *Sözleşme koşullarının anılan yasal düzenden sapma gösterip göstermediği* sözleşmenin yorumu yoluyla saptanacaktır. Burada dikkate alınacak olan yasal düzen hem emredici, hem de yedek hukuk kurallarını kapsar<sup>275</sup>. Zira madde ayırım yapmadan yasal düzenlemeden bahsetmektedir. İsviçre yasa koyucusu yedek hukuk kurallarının düzen işlevini ve bunların bir sözleşmede menfaatlerin makul bir dengede olması için örnek teşkil ettiğini bu şekilde açıkça kabul etmiştir<sup>276</sup>. Hatta öğreti ve içtihatlar yoluyla geliştirilmiş, hukukun genel ilkelerinin de bu kapsamda ele alınacağı maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır<sup>277</sup>. Kıyas yoluyla uygulanacak hukuk dendiğinde kastedilen ise özellikle yasada düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelere uygulanması düşünülecek olan hukuktur<sup>278</sup>.

Sadece yasal düzenden sapılmış olması değil, *sözleşme türünün doğasına önemli ölçüde aykırı bir hak ve borç dağılımı öngörülmüş olması* da maddeye başvurulmasına imkan verir. Yine özellikle isimsiz sözleşmeler düşünülerek bu düzenlemeye gidilmişse de, yasada düzenlenmiş olmasına rağmen bazı konulara ilişkin boşluk bulunan sözleşmeler için de madde uygulama alanı bulacaktır. Bu kriter, hakime, söz konusu olan sözleşme tipine göre taraflar arasındaki hak ve yükümlülük dağılımının sözleşme amacını gerçekleştirmeye gerçekten elverişli olup olmadığını değerlendirme imkanı verir<sup>279</sup>. Örneğin sözleşmenin amaçladığı ekono-

<sup>274</sup> Bu maddenin kabul süreci hakkında bkz. yukarıda § 4 III

<sup>275</sup> BGE 117 II 332,333

<sup>276</sup> *Stauder*, Reiseveranstalter, 139,160; *Schenk-Engeler*, 205; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.283

<sup>277</sup> *Dessemontet* (Hrsg), UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, 444; *Gauch*, BR 1987, 51,54; *Baudenbacher*, Ansätze, 17,53

<sup>278</sup> *Pedrazzini*, 194; *Hardegger*, 169

<sup>279</sup> *Hardegger*, 170. Bu kavramın belirsizliği ve (a) bendi ile örtüştüğü konusunda bkz. *Dessemontet*, Contrôle judiciaire, 57,76



mik sonucun sadece sınırlı ölçüde gerçekleşmesine imkan tanıyan bir sorumsuzluk kaydı sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dağılımına aykırı bir düzenlemedir<sup>280</sup>.

Yalnızca yasal düzenden veya sözleşmenin doğasından sapılmış olması değil, aynı zamanda bu *sapmanın önemli surette olması* gereklidir. Bu husus tayin edilirken yedek hukuk kurallarından sapmanın taraflar arasındaki dengeyi hissedilir şekilde bozması aranacaktır<sup>281</sup>. Bu şekilde GİŞ'in en azından rasyonelleşme amacına hizmet etmesi nedeniyle ekonomik düzende bir işlev sahibi olduğu ve dolayısıyla yasal düzenden gerçekleşen her sapmanın a priori hukuka aykırı olamayacağı belirtilmek istenmiştir<sup>282</sup>. Önemli surette sapmanın ayrıca *sözleşme tarafı aleyhine etki* doğurması gereklidir. Bunu değerlendirirken sözleşmenin tümü göz önünde tutulacak, özellikle semen ve sözleşme şartları arasındaki ilişki dikkate alınacaktır<sup>283</sup>. Eğer sözleşmede müşteri lehine bir denge sağlanmışsa, örn. yasal düzenlemeden saparken, bu, müşteri lehine gerçekleşmişse kuşkusuz m.8 uygulanmayacaktır.

Zarar gören tarafın tüketici olması gereğinden maddede bahsedilmemektedir. Bu nedenle tacirler de aynı şekilde maddenin korumasından faydalanabilirler<sup>284</sup>. Nitekim Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanununun 1. maddesinde, yasanın amacının, adil bir rekabeti bütün ilgililer için temin etmek olduğundan bahsedilmiş olduğu düşünülürse bu yaklaşım kendi içinde tutarlı da gözükmemektedir<sup>285</sup>.

Madde 8 son olarak taraflardan biri aleyhine *yanıltıcı şekilde hareket edilmiş olması* gereğini aramıştır. Bu durum, yasadaki veya sözleşmenin doğasından önemli ölçüde sapılmış olması olgusunu gizlemeye elverişli genel işlem şartlarının varlığı halinde söz konusu olacaktır<sup>286</sup>. Örneğin muğlak ve zor anlaşılır şekilde kaleme alma veya uzun bir metin içine yerleştirme gibi unsurlar bu anlamda âkid tarafı yanıltmaya elverişli sayılmaktadır<sup>287</sup>. *Dessemontet*'nin yanıltıcı olma konusunda verdiği bir

<sup>280</sup> Buol, N.480. Euro-çeklerin kaybı ve kötüye kullanılması hallerinde sorumluluğun müşteride olmasını mahkeme sözleşmenin doğasına önemli surette aykırı bir hak ve borç dağılımı olarak görmemiştir (BGE 122 III 373,379)

<sup>281</sup> *Dessemontet*(Hrsg), UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, 445; *Baudenbacher*, Ansätze, 17,51. MK m.2'de kullanılan "aşıkâr" kavramı yerine önemli surette bir sapmadan bahsedilmesi denetim sınırının aşağı çekilmiş olduğunun bir göstergesi olarak kabul edilmektedir (*Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.283) .

<sup>282</sup> *Hardegger*, 170;

<sup>283</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,53

<sup>284</sup> *Koller-Tumler*, 109; *Pedrazzini*, 192; *Huguenin Jacobs*, recht 1995, 85,90; *Dessemontet* (Hrsg), UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, 444

<sup>285</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,53

<sup>286</sup> *Mülbert*, AJP 1995, 723,727

<sup>287</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,55; *Buol*, N.482; *Merz*, Vertragsschluss, N.96a

örnek ise, “garanti” başlığının kullanıldığı bir hükmün aslında bütün ayıba karşı tekeffül hükümlerini bertaraf ederek sadece malın bozuk parçalarının değiştirileceğini ve bundan doğan masrafların da müşteriye ait olduğunu bildirmesi halidir<sup>288</sup>. Ayrıca yanılma kastı aranmadığı gibi, âkid tarafın gerçekten yanılmış olup olmadığı da önemli değildir<sup>289</sup>.

#### b) Kötüye kullanılabilir sözleşme koşullarının geçersizliği

Yasaklanan tarzda GİŞ kullanan kişinin haksız rekabet yaptığı ve hukuka aykırı davrandığı aşıkardır. Ancak hakim görüşü uyarınca bu olgu tek başına ilgili sözleşme koşullarının borçlar hukuku açısından da geçerli olmadığı sonucuna varmaya imkan vermez<sup>290</sup>. İsviçre HaksRK m.8'in ihlali, var olan hukuka aykırılığa rağmen, İBK m.20 anlamında butlanı gerektirmez. Çünkü haksız rekabet oluşturan ve bu anlamda hukuka aykırı olan, yasadan veya sözleşme tipinden önemli surette ayrılan bir sözleşme içeriği tespit edilmiş olması değil, bunların *yanıltıcı* GİŞ yoluyla tespit edilmiş olmasıdır. Hukuka aykırılık sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak değil, sözleşme içeriğinin belirlenmesi yöntemine ilişkin olarak vardır<sup>291</sup>. Hakim görüşüne göre butlan yaptırımının istenmesi halinde yasadaki bunun açıkça yer alması gerekirdi. Buna karşılık *Baudenbacher*, butlan yaptırımının, sözleşmenin meydana gelme tarzına bağlı olarak da ortaya çıkabileceği ve bu yüzden İsvHaksRK m.8'e aykırılığın da hakim tarafından re'sen dikkate alınacak bir butlan sebebi olduğu görüşündedir<sup>292</sup>.

Butlan yaptırımı kabul edilmese bile bu, müşterinin elinde hiçbir imkan olmadığı sonucuna götürmez. Onun yapacağı, Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanununun sunduğu imkanlardan faydalanmaktır. Öncelikle İsvHaksRK m.9/I uyarınca hakimden mevcut ihlalin giderilmesini ta-

<sup>288</sup> *Dessemontet*, SAG 1987, 110; aynı görüşte *Buol*, N.483

<sup>289</sup> *Hardegger*, 170; *Buol*, N.482; Bu açıdan söz konusu kavram BK m.28'de ele alınan hile kavramından ayrılmaktadır, bkz. *Dessemontet*, *Contrôle judiciaire*, 57,71; *Guyet*, 49,63. *Mülbert*'in haklı olarak ifade ettiği gibi burada Alman hukukunda geliştirilmiş olan saydamlık kavramından (bkz. ileride § 10 III 2 b) faydalanmak mümkündür. Saydam olmayan bir kuralın yanıltıcı olduğu kabul edilecektir (*Mülbert*, *AJP* 1995, 723,728)

<sup>290</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,57; *Rammstein*, AGB, 7; *OR-Bucher*, Art.1 N.55; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.288; *Schenk-Engeler*, 206; *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,165; *Toller*, *Wirtschaftsrecht*, 51,65; aksi görüşte *David*, N.245; *Baudenbacher*, *Ansätze*, 17,56; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N.1156. *T.Koller*, *recht* 1999, 43,47. Federal Mahkeme 1993 yılında verdiği bir kararında açıkça bu soruna ve tartışmaya değinmekle beraber herhangi bir görüş bildirmekten kaçınmıştır (BGE 119 II 443 = Pr.83 Nr.229). Bu karar hakkında bkz. *Favre-Bulle*, SJ 1994, 637,648; *Kramer*, *AJP* 1994, 637,640

<sup>291</sup> *Spoendlin*, SAG 1987, 109,112; *Stauder*, *Les clauses limitatives*, 95,126

<sup>292</sup> *Baudenbacher*, *Ansätze*, 17,56; aynı yönde *A.Koller*, N.1616; *Linder*, 157; *Guhl/Merz/Koller*, 112

lep edebilir. Burada giderim isteminin bir iptal davası olarak şekilleneceği kabul edilmektedir<sup>293</sup>. Netice-i talep ilgili genel işlem şartlarının geçersizliğine hükmedilmesidir. Davanın kabul görmesi halinde müşteri aleyhine sonuç doğuran hükümler hakim kararıyla (ex tunc) iptal edilecektir. İBK m.21 ve 31'den farklı olarak bir hak düşümü süresinin belirlenmiş olmaması bu konuda önemli bir avantaj sayılmalıdır.

Yanılıcı GİŞ'in kullanılması nedeniyle hakim iptal kararı vermişse, müşterinin ayrıca uğramış olduğu zararları BK hükümleri uyarınca tazmin ettirme imkanı da vardır. Burada akla ya haksız fiil hükümlerinin uygulanması ya da culpa in contrahendo'ya başvurulması gelmektedir<sup>294</sup>. İptal davası açılması ihmal edilmişse bile müşterinin uğradığı zararları tazmin ettirmesi BK m.31/II çerçevesinde kabul edilebilir<sup>295</sup>.

Kuşkusuz İsvHaksRK m.8'e aykırılık nedeniyle kendiliğinden bir butlan yaptırımının uygulanması mümkün olmasa bile, yukarıda da ifade edildiği gibi, bu maddenin, kamu düzenine aykırılığın somutlaştırılmasında kullanılarak GİŞ'in kamu düzenine aykırılık nedeniyle batıl sayılması sık sık teklif olunmaktadır<sup>296</sup>.

### c) Yasaya yöneltilen eleştiriler

İsvHaksRK m.8 İsviçre doktrininde neredeyse istisnasız eleştiriyeye uğramıştır<sup>297</sup>. Bunun en önemli sebebi kuşkusuz, yasada, GİŞ kullanımının "yanılıcı şekilde" taraflardan biri aleyhine sonuç doğurmasından bahsedilmiş olmasıdır. Yasa koyucu bu şartın gerçekleşmesini, klasik haksız rekabet olgularından yola çıkılması nedeniyle aramış, ancak bu şekilde GİŞ-denetimini sadece bir yürürlük denetimi ile sınırlandırmıştır. Doktrinde de kabul edildiği gibi yanılma sadece sözleşmenin akdi tarzına veya kabul ettirilen genel işlem şartının kaleme alınış şekline ilişkin

<sup>293</sup> Gauch, BR 1987, 51,57; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.288; *Buol*, N.484; *Toller*, *Wirtschaftsrecht*, 51,67. *Mülbert* ise burada bir iptal davasının bile söz konusu olamayacağını sadece müşterinin isterse dayanabileceği bir definin mevcut olduğunu ileri sürmektedir (*Mülbert*, *AJP* 1995, 723,732).

<sup>294</sup> Gauch, BR 1987, 51,58

<sup>295</sup> Gauch'a göre BK m.20 uyarınca butlanın varlığı kabul edilebilse bile bu tazminat talepleri aynen var olacaktır (BR 1987, 51,58)

<sup>296</sup> bkz yukarıda dn.273

<sup>297</sup> *Merz* yasa değişikliğinin amacına ulaşamadığından, *Kramer* önemli bir yasama ayıbının var olduğundan, *Stauder* yasakoyucunun gafından bahsetmiş, *Rehbinder* ise göz göre göre hükmün etkisizliğe mahkum edildiğini ve komşu ülkelerde var olan tüketicinin korunması düzenlemeleri karşısında utanç duyulacak bir sonuç elde edildiğini ifade etmiştir; *Merz*, *Vertragsschluss*, N.96a; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.286; *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,163; *Rehbinder*, *recht* 1990, 129,132; *Schenk-Engeler*, 205vd.; *Neunayer*, *FS Keller*, 727,734vd.; *Hardegger*, 175vd.; *Bucher*, *recht* 1997, 41, 54; *Favre-Bulle*, *L'abus de droit*, 139,153

olabilecek ve klozun açık seçik ve yanlış anlamaya mahal vermeyecek şekilde düzenlenmiş olması halinde maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>298</sup>.

Aslında maddenin a ve b bentleri, içerik denetimi yapılmasına son derece elverişli düzenlemeler içermesine rağmen, bunların uygulanması “yanıltıcılık” şartı nedeniyle adeta imkansızlaşmaktadır. Zira bu şekilde yürürlük denetimi ile içerik denetimi birbirine karıştırılmış ve hem içeriğin müşteri aleyhine bir düzenleme içermesi hem de bu düzenlemenin yanıltıcı şekilde sözleşme içeriği olması aranarak çifte sınırlama getirilmiştir<sup>299</sup>. GİŞ kullanımının yanıltıcı olması sorunu sadece yürürlük denetimi açısından önem taşıyabilir<sup>300</sup>. Bu engeli aşmış olan bir GİŞ açısından da, her ne kadar içeriği yasal düzenlemeden önemli surette ayrılabilir bile artık denetim imkanı kalkar çünkü yanıltıcılık şartı yoktur. Sonuçta o iki bendi m.8’e yazmanın aslında bir anlamı olmamıştır. Halbuki yürürlük denetimi zaten büyük ölçüde Federal Mahkeme tarafından yapılmaktaydı ve bu tür yanıltıcı hükümlerin “beklenmez” olarak nitelendirilerek sözleşme içeriği yapılmaması pek muhtemeldi. *Baudenbacher*’in ifadesi ile “HaksRK m.8’in hedeflediği alan hukuk politikası açısından zaten sorun yaratmayan alandır. Buna karşılık hukuk politikası açısından sorunlu olan alan m.8 aracılığıyla çözümlenemez.”<sup>301</sup> Ayrıca *Spoendlin*’in de ifade ettiği gibi yanıltma söz konusu olan hallerin bir çoğunda zaten güven kuramı çerçevesinde bir irade uyuşmasının gerçekleşmediğinden de bahsedilebilecektir<sup>302</sup>.

Nitekim maddenin ifadesindeki bu zaaf nedeniyle öğretilerde “yanıltıcı olma” unsurunun geniş yorumlanması teklifleri getirilmiştir<sup>303</sup>. Örneğin *Sack* tarafından teklif edilen müşteri aleyhine olan GİŞ’i per se yanıltıcı olarak nitelendirmektedir<sup>304</sup>. Bu sayede bir genel işlem şartının içerik denetimine tâbi tutulması yanıltıcı olmadığı gerekçesi ile engellenemeyecektir. Eğer ilgili GİŞ a veya b bendinde anılan denetim kriterlerinden birine aykırı şekilde müşteri aleyhine sonuç doğuruyorsa yanıltıcı hareket de gerçekleşmiş olacaktır<sup>305</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi’nin geçmişte içe-

<sup>298</sup> *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,163; *Huguenin Jacobs*, *recht* 1995, 85,86; *Schenk-Engeler*, 206; *Baudenbacher*, *SAG* 1987, 109,114; *Guhl/Merz/Koller*,112

<sup>299</sup> *Neumayer*, *FS Keller*, 727,734; *Schenk-Engeler*, 204,206; *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,163; *Toller*, *Wirtschaftsrecht*, 51,64; *Favre-Bulle*, *SJ* 1994, 637,647; *karş.* *BGE* 117 II 332,333

<sup>300</sup> *Hardegger*, 178

<sup>301</sup> *Baudenbacher*, *ZBJV* 1987, 505,526; aynı yönde *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 OR N.287

<sup>302</sup> *Spoendlin*, *SAG* 1987, 109,113

<sup>303</sup> *Sack*, 113,145

<sup>304</sup> *Sack*, 113,150

<sup>305</sup> aynı görüşte *Favre-Bulle*, *SJ* 1994, 637,647; *Stauder*, *Les clauses limitatives*, 95,126

rik denetimi yapma konusundaki çekingenliği düşünülduğünde böyle bir yoruma pek taraftar olmayacağı beklenirken<sup>306</sup>, mahkemenin 1993 yılında verdiği bir karar bu konuda ümit vaat edici olmuştur<sup>307</sup>. Mahkeme bu kararında dava konusu sigorta sözleşmesi hükmünün sadece yasal düzenlemeden fazlasıyla sapmasını müşteri açısından yanıltıcı sayılması için yeterli bulmuştur<sup>308,309</sup>.

### 8. Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği m.47/III Kuralına Aykırılık

Daha önce § 4 V'de de açıklandığı gibi Ekim 1998 içinde, Sermaye Piyasası Kurulunun seri:V/19 "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği"nin<sup>310</sup> 47. maddesinde yapılan değişiklik<sup>311</sup> ile aşğıdaki düzenleme getirilmiştir.

Dşk. m.47/III: "Çerçeve sözleşmesinde Kurul düzenlemelerine ve borsa mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere (vba) ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Bu fıkra hükmü

<sup>306</sup> *Schenk-Engeler*, 208; *Baudenbacher*, Ansätze, 17,58. Nitekim mahkemenin 1991 tarihli bir kararında m.8'in uygulanabilmesi için hem a ve b fıkralarındaki olgulardan birinin varlığı hem de yanıltıcı olma unsurunun birlikte aranması gerektiği açıkça ifade edilmiştir (BGE 117 II 332,333).

<sup>307</sup> Aksi görüşte *Baudenbacher*, SZW 2/96, 83,84

<sup>308</sup> BGE 119 II 443 = Pr.83 N.229 (Olayda davalı bir araba kiralamış ve tam kasko sigortası için de ek bir ücret ödemeyi kabul etmiştir. Ancak davalının imzaladığı GİŞ içinde yer alan "sorumluluk" başlıklı hüküm davalının ihmali ile sebep olduğu kazalardan şahsen mesul olacağını öngörmekteydi. Oysa yapılan sigorta sözleşmesinin asli amacı bu tür kazaları da kapsamaktır. Mahkeme bu hükmün şaşırtıcılık vasfı nedeniyle sözleşme içeriği olmayacağına hükmetmiş ancak bunun yanı sıra İsv. HaksRK m.8'e aykırılığı da ele almıştır). Ayrıca bkz. *Favre-Bulle*, SJ 1994, 637,648

<sup>309</sup> Bunun yanı sıra eleştirilen hususlardan bir diğeri sadece bir genel hüküm belirlemekle yetinilmiş olması, buna karşılık yasak hükümlerin bir listesinin verilmemiş olmasıdır (*Berner Kommentar/ Kramer*, Art.19-20 OR N.284; *Schenk-Engeler*, 205; *Hardegger*, 175; *Stauder*, Reiseveranstalter, 139,161; *Favre-Bulle*, L'abus de droit, 139,171). *Kramer'e* göre bir "kara liste" verilmemiş olması nedeniyle yine sadece hakimin takdirini belirleyici olacaktır ve İsviçre hakiminin bu konudaki çekingenliği tüketici lehine sonuçlar doğurmayacaktır. Ayrıca tüketicilerin de yasak olan GİŞ hükümleri hakkında açık bir bilgi sahibi olmaları, hiç kuşkusuz onları bir dava açmak konusunda motive edici etkiye sahip olacaktır. Diğeryandan, hükmün açık bir sınırlama içermemesi nedeniyle, tacirlere de uygulanacak olması eleştiri konusu yapılmıştır (*Kramer*, SJZ 1985, 17,36-37; *Schenk-Engeler*, 205).

<sup>310</sup> RG 1 Mart 1995, sy.22217, 6-26

<sup>311</sup> Sermaye Piyasası Kurulunun seri:V n.19 Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG 8 Ekim 1998, sy.23487, 9

aracı kuruluşlar ile müşterileri arasında düzenlenecek halka arza aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo ve ters repo, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi sözleşmeleri ile Kurul düzenlemeleri çerçevesinde müşteriler ile yapılabilecek diğer sözleşmelere ve portföy yönetim şirketleri ile müşterileri arasında düzenlenecek portföy yöneticiliği sözleşmelerine de uygulanır.”

Sermaye Piyasası Kanununa tâbi olan aracı kuruluşlar, sermaye piyasası araçlarının ihracına veya halka arz yoluyla satışına ve daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık ile menkul kıymetlerin geri alım veya satım taahhüdüyle alım satımı, yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği alanlarında faaliyet gösterirler (Tebliğ V/19 m.4). Bu işlemler arasında yer alan, alım satım aracılık faaliyetinin yapılabilmesi için öncelikle müşteriyle aracı kuruluş arasında yazılı bir sözleşme yapılması zorunluluğu getirilmiş (Tebliğ V/19 m.46), bu çerçevede sözleşmenin içermesi gereken asgari hususlar da saptanmıştır (Tebliğ V/19 m.47/II). İşte bu çerçevede sözleşmelerin (ki bunların içeriği de pazarlık konusu olmadığı ölçüde genel işlem şartları sayılır<sup>312</sup>) içerdiği hükümlerin, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümler içermemesi gerekir<sup>313</sup>. Oysa uygulamanın aksi yönde geliştiğini aşağıdaki birkaç örnekten hemen anlamak mümkündür.

... Bireysel Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi/Madde 10<sup>314</sup>: Menkul Kıymet İşlemleri: “Müşteri, menkul kıymetler borsalarının işleyiş düzeni, seans sürelerinin yetersizliği ya da resmi mercilerin, özellikle SPK'nın alacağı kararlar nedeniyle emirlerinin yerine getirilememesi ve *yerine getirilen bir emre ait sözleşmenin maddi hata veya başka nedenlerle iptal edilmesi*(vba) halinde bankaya hiçbir hukuki, cezai, mali sorumluluk yüklemeyecektir.” (10.7) “Müşteri ... bankanın komisyon ve kurtaj oranlarını tek taraflı olarak artırabileceğini ve tarafına ihbar edilmesine gerek olmaksızın oranlara uyacağını ve *oran değişiklikleri ne miktarda olursa olsun bunu göze aldığı*(vba) ve bu bapta ileride herhangi bir indirim talebinde veya bu sonucu doğuracak sair bir hukuki talepte bulunmayacağını kabul ve taahhüt eder.”(10.9) “... Banka aracılığı ile gerçekleştirilen menkul kıymet alım satım işlemleri sonucunda herhangi bir

<sup>312</sup> Ancak çerçeve sözleşme ile genel işlem şartları kavramı bire bir örtüşmez. Zira çerçeve sözleşmelerin pazarlık konusu edilmiş olması mümkün olduğu gibi, genel işlem şartlarının da, çerçeve sözleşmelerden farklı olarak, sürekli borç ilişkisi doğurmayan sözleşmelerde kullanılması mümkündür.

<sup>313</sup> Kuralın uygulama alanı, portföy yönetim şirketleri ile yapılan portföy yöneticiliği sözleşmelerini de kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur (Tebliğ V/19 dşk. m.47/III, son cümle). Bkz. Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Faaliyette Bulunacak Portföy Yönetim Şirketlerine İlişkin Esaslar Tebliği (seri:V no:29), RG 19.12.1996 sy. 22852, 15

<sup>314</sup> Tebliğ V/19 aracı kuruluşların tanımını verirken bununun SPK'dan yetki belgesi almış aracı kurum ve bankaları ifade ettiğini açıklamıştır (m.2)



nedenle yatırım hesabında meydana gelebilecek borç bakiyeleri *bir ihbara gerek kalmaksızın*(vba) müşteri tarafından defaten ödenecektir. Aksi takdirde müşteri borcuna banka tarafından belirlenen en yüksek cari kredi faiz oranının %50 fazlası üzerinden hesaplanacak faiz+gider vergisi+fon ile birlikte ödeyeceğini kabul ve beyan eder.”(10.12)

... Yatırım ve Menkul Değerler A.Ş. Sermaye Piyasası Araçları Alım Satımına Aracılık Çerçeve Sözleşmesi/Madde 6: Gerçekleşmeyen Emirler: “... Yatırım emrin kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesinden, gerçekleştirilen emirlerde karşı tarafın sermaye piyasası araçlarını teslim etmemesinden ya da bedeli ödememesinden, elinde olmayan nedenlerden, muhabirlerin, üçüncü kişilerin kusurundan, *gecikmesinden, unutmaya veya yanılmaya, ihmalden ve elinde olmayan sair nedenlerden dolayı sorumlu değildir*(vba).”

Görüldüğü gibi çerçeve sözleşmelerde yer alan bu türden düzenlemeler aracı kurum ve bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmakta, onlara diledikleri şekilde müşteriyi borçlandırma imkanını vermekte ve hatta bu borçlardan haberdar dahi etmeden bunları muaccel sayıp temerrüt faizi yürütmeyi de mümkün kılmaktadır. Bu tür hükümlerin ise müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici olduğu ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağladığından şüphe edilemez.

Tebliğ'in (V/19), çerçeve sözleşmede yer alan bir hükümle *aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü hakların tanınmış olmasını* araması, sözleşmede karşılıklı hak ve borç dengesinin önemli surette bozulmuş olmasını araması anlamına gelir ki bu açıdan hem Alman GİŞ yasası § 9/II,2 hem de İsviçre düzenlenmesinin (b) bendinin ana fikirlerine paralel bir düzenleme getirmektedir<sup>315</sup>. Örneğin aracı kuruluşun sözleşmeye aykırı davranışı halinde sorumlu tutulmayacağı tarzında bir hüküm hiç kuşkusuz bu tür tek taraflı hükümlerdendir. Ancak bu hükmün aynı zamanda *müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici olması* da aranmalıdır. Zira ilgili aracı kurumun, müşteri lehine, örneğin bir sigorta yaptırım yoluyla haklarının ciddi şekilde zedelenmesini engellemesi her zaman mümkündür. Bu açıdan maddeyi tersten okuyup öncelikle GİŞ kullanan “*lehine tek taraflı olağanüstü hakların tanınmış olması*” aranacak, ardından da bu durumun “*müşterinin haklarını ciddi şekilde zedeleyici*” olup olmadığına bakılacaktır<sup>316</sup>.

Bu maddeye aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususu ise açık değildir. Dşk. madde 47/III sadece bu tür hükümlere sözleşme içinde yer verilemeyeceğinden bahsetmekle yetinmiştir. Bu hükmü emredici olarak kabul etmek ve bu şekilde aykırılığın yaptırımını BK m.20 anlamında butlan olarak görmekte kanımca bir engel olmamalıdır, zira yukarıda da

<sup>315</sup> bkz. ileride § 10 III 1

<sup>316</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. § 10 III



ifade edildiği gibi<sup>317</sup>, emredici hükümler yürürlükteki hukukun tümü dikkate alınarak saptanır; muhakkak bir yasa normunun ihlal edilmiş olması aranmaz. Ancak her halde bu normun ihlalinin aynı zamanda kamu düzeninin de ihlali anlamına geleceği kabul edilebileceğinden bu yoldan da butlan yaptırımına ulaşmak mümkündür<sup>318</sup>.

Son olarak, bu maddenin uygulanması açısından tacir/tüketici ayırımının yapılmamış olduğuna da dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla aracı kurumlara başvuran gerçek kişi ve tüzel kişi tacirlerin de, haklarını ciddi şekilde zedeleyen hükümlerin butlanına hükmedilmesini talep etmesi mümkündür. Ancak bu durumda hakim, yukarıda anılan sebeplerden ötürü, daha çekingen davranmasında fayda vardır<sup>319</sup>.

### 9. Varılan Sonuç: Kapsamlı Bir Denetim İçin Kamu Düzenine Aykırılık Görüşüne Üstünlük Tanınması Gereği

Genel işlem şartlarının içerik denetiminde yararlanılabilecek hukuki olanakların incelendiği bu bölümde varılan en önemli sonuçları kısaca özetleyecek olursak:

1. Emredici hukuk kuralları genel işlem şartlarının da içerik sınırını belirler; Bu hükümlere aykırılık halinde ilgili GİŞ batıl sayılır.
2. GİŞ içinde yer alan bazı hükümlerin ahlaka aykırı sayılmayı gerektirecek kadar etik değer yargılarımızı ayaklar altına alması mümkündür. Bu durumda ilgili denetim kriterini uygulamak kuşkusuz mümkündür. Ancak kural olarak ahlaka aykırılık, GİŞ denetimi için fazla geniş ve soyut kalan bir kriterdir.
3. Kendisine GİŞ dikte edilen müşterinin gabine uğradığından bahsetmek, gabinin varlığı için aranan şartların geniş yorumlanması halinde mümkün olabilir. Ancak müşterinin sadece iptal hakkını kullanması halinde korunması ve bunun için sadece bir yıllık bir süresinin olması amaca uygun olmadığı gibi, gabinin tespiti için sözleşmeyi bir bütün olarak değerlendirmeye katma gereğinin olması, oysa GİŞ denetiminin tek tek sözleşme kayıtlarından yola çıkması bu kriterin elverişsiz sayılması sonucuna götürmüştür.

<sup>317</sup> bkz. § 10 II 1 a

<sup>318</sup> V/19 numaralı tebliğe eklenen geçici madde 3 ile aracı kuruluşlar ve portföy yönetim şirketlerine, müşterileri ile yaptıkları çerçeve sözleşmeleri düzeltmeleri için üç aylık bir süre tanınmıştır. Bu süre 8 Ocak 1999 tarihi itibarıyla dolmuştur. Bu şirketlerin gerekli değişiklikleri yapmalarını halinde SPK'nın, SerPK m.46 uyarınca bazı yaptırımlar uygulanması gündeme gelecektir.

<sup>319</sup> Bkz. § 5 II

4. MK m.2/II'nin "klasik" uygulama alanı olan, bir hakkın kötüye kullanılması, GİŞ içinde taraflardan birine bir takdir hakkının tanınmış olması halinde bunun kullanım sınırlarını belirlemek açısından hiç kukusuz işlev sahibi olacaktır. Nitekim bu durum Yarığıtay kararlarına da sık sık yansımıştır. Ancak başlı başına müşteri aleyhine GİŞ saptama, müşterisini bu yoldan mağdur etmek MK m.2/II kapsamında ele alınamaz, zira ortada kötüye kullanılmış olan bir "hak" yoktur. Alman hukukunda geliştirilmiş olan, sözleşme kurumunun kötüye kullanılması görüşü her ne kadar bu engeli aşmaya yarıyorsa da, kanımca, özel hukuk düzenimizin temelini oluşturan hukuk kurumlarının amacı dışında kullanılması, kamu düzenine aykırılık çerçevesinde ele alınması gereken bir olgudur. Alman hukukunda kamu düzeninin, sözleşmenin bağımsız bir sınırı olarak yasa da yer almaması burada BGB § 242'ye başvurulması gereğini doğurmuştur. Oysa Türk hukukunda buna ihtiyaç yoktur.
5. BK m.70 çerçevesinde GİŞ sorununa çözüm üretmek kanımca mümkün değildir. Maddenin istisnai ve GİŞ sorunundan çok farklı bir durumu düzenliyor olması ne geniş yorumlanması suretiyle ne de kıyas yoluyla içerik denetiminde bu maddeden faydalanılmasına olanak vermemektedir.
6. GİŞ kullanımının birçok halde kamu düzenine bir aykırılık oluşturduğu ise kanımca hiç tereddütsüz kabul edilebilir. Zira yasa koyucunun sözleşenler arasında adil bir denge kurmak amacıyla getirmiş olduğu yedek hukuk kurallarını bir kül olarak uygulama dışı bırakan bu kadar yaygın bir fenomenin mevcut özel hukuk düzenimizin temel ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir. Diğer yandan sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün taraflardan birinin elinden tamamen alınması olgusu da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Ancak GİŞ kullanımının kamu düzenine aykırı olabileceğini tespit etmiş olmak yeterli değildir, çünkü bu şekilde tek tek genel işlem şartlarını denetlerken bunların butlanına nasıl karar vereceği konusunda Türk hakiminin eline herhangi bir ölçüt vermiş olmayız. Sözleşme adaletini sağlamak amaç olduğuna göre taraflar arasındaki dengenin ne zaman bozulmuş olduğunu saptayacak bir kriter bulmak gereklidir. Zira ancak bu dengiyi bozan hükümlerin hakim tarafından denetlenmesi mümkündür. Hem İsvHakRK m.8 hem de Tebliğ V/19 m.47/III bu konuda yön göstermekteyse de bu soruyu daha ayrıntılı olarak ele almak ve kamu düzenine aykırılık çerçeve normunu somutlaştırmak zorunluluğu vardır.

Bu açıdan *Egger*'in şu ifadesi aydınlatıcıdır: "(çerçeve hükümler) fazla geneldir ve ihtiyaç duyulan yönergeleri içermezler. Bu yüz-

den hakimin boşluk doldurucu, tamamlayıcı kurallar yaratması gerekir. Kuşkusuz bu faaliyetini icra ederken yasal çerçeve içinde kaldığı ve bir şekilde yasanın kendisine arka çıktığı doğrudur. Ancak hakimin bu hallerde de isabetli bir karara ulaşmak için daha önce var olmayan kurallar koyması gerektiği; bu kuralların ise kendi yaratıcılığının, kendi faaliyetinin ürünü olduğu kabul edilmezse ona haksızlık edilmiş olur. Bu kuralları yasa koyucu nasıl saptayacak idiye, o şekilde saptayacaktır.”<sup>320</sup>

Kamu düzenine aykırılık da bir çerçeve norm olarak nitelendirilmek gerektiğinden, bu normun somutlaştırılması ve hakimin bu noktada yasa koyucu gibi hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Çerçeve normların bir hüküm içi boşluk mu oluşturduğu<sup>321</sup> yoksa bunları somutlaştıran hakimin “sadece” yorum faaliyetinde mi bulunduğu<sup>322</sup> tartışmasına burada girmeye gerek yoktur. Zira hakimin yorum yapmak suretiyle yasa normlarını somutlaştırdığı hallerde de aslında kısmen hukuk yarattığı kabul edilecek olursa arada yöntem açısından bir fark olmadığı kabul edilmek gerekir. Söz konusu olan sadece aynı düşünsel faaliyet türünün farklı basamaklarıdır<sup>323</sup>.

Her halde bir sözleşmenin sadece soyut bir kamu düzeni idesine aykırılık nedeniyle batıl sayılması mümkün değildir<sup>324</sup>. Hakimin, yedek hukuk kuralları, anayasa normları, hukukun temel ilkele-ri ve hatta mukayeseli hukuk verilerinden faydalanmak suretiyle ilgili “düzen”i somutlaştırdığı ve denetlenen sözleşmenin de bu düzene aykırı düştüğünün anlaşıldığı hallerle sınırlı olarak sözleşme içeriğine müdahale edilebilir.

<sup>320</sup> Egger, August, Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, Rektoratsreden, Berlin 1913, 64 (aktaran Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951, 64)

<sup>321</sup> Bu yönde *Berner Kommentar/Meier-Hayoz*, Art.1 ZGB N.266

<sup>322</sup> Bu yönde *Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964, 26vd.; *Edis*, 132 (yazar bir yorum boşluğundan bahsetmektedir)

<sup>323</sup> *Larenz/Canaris*, 187; *Meier-Hayoz*, Arthur, “Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts”, *JZ* 1981, 417,419; Yasaların somut ve genel ifade tarzı nedeniyle değişen günlük ihtiyaçlara cevap veremez duruma düşmesi tehlikesine karşı adeta bir supap niteliği taşıyan çerçeve normların, yasaların adapte edilmesinde önemli bir işlevi vardır. *Larenz/Wolf*un da ifade ettiği gibi 19. yüzyıl sonunda var olan sosyal ve ekonomik koşullar dikkate alınarak yazılmış olan yasaların günümüzde halen uygulanabilmelerinin önemli gerekçelerinden biri, çerçeve normlar sayesinde bunların esneklik kazanmış olmasıdır (*Larenz/Wolf*, 83).

<sup>324</sup> Bu açıdan yukarıda kamu düzenini sözleşme özgürlüğünün bağımsız bir sınırı olarak kabul ederken her olayda bu somutlaştırmanın hakim tarafından yapılacağından yola çıkmıştır (bkz. § 10 II 6 a)

### III. Kamu Düzenine Aykırı Genel İşlem Şartlarının Saptanması

#### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartları kullanımının birçok halde kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği tespit edildikten sonra, tek tek genel işlem şartlarının butlanına hükmedebilmek için hakimın yapacağı değerlendirmede esas alabileceği ölçütü belirlemek ihtiyacı doğmaktadır. Bir klozun kamu düzenine aykırılığından bahsedebilmek için, GİŞ içinde yer almasına ek olarak, o düzenin adil olarak kabul ettiği durumdan sapması da gerekir. Bu da taraflar arasındaki sözleşme için en uygun hak ve borç dağılımının nasıl olabileceği konusunda *bir model tespit edilmesi* ihtiyacını doğurur. Ancak bundan sonra somut sözleşmede bu modelden sapma olup olmadığına ve bu sapmanın düzeyine bakılabilir. Hakimın sadece somut olayı dikkate alarak, taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulup bozulmadığını incelemekle yetinmesi, ister istemez, denetim sonucunun öngörülmesine imkan vermeyen, kazuist bir içtihadı beraberinde getirecek ve hiçbir kurala bağlı olmayan bir hakkaniyet denetimi için kapı aralanmış olacaktır<sup>325</sup>. Bu nedenle iki aşamalı bir denetim yöntemi benimsemek ve denetim sırasında önce, aynı türden olayların tümü için geçerli olabilecek adalet içeriğine sahip normu tespit etmek, sonra da bu normdan sapmanın somut olay için etkilerini incelemek daha doğrudur.

Nitekim, gerek Alman GİŞ-yasası § 9/II gerekse İsvHaksRK Art.8 bu konuda hakime açıkça yol göstermektedir. Buna göre bir GİŞ kaydının denetlenebilmesi için, “*doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal*

<sup>325</sup> Fastrich, 280. Örneğin Yargıtay’ın “Sözleşenlerin karşılıklı çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun olarak denkleştirmeyen, müşterinin çıkarlarını girişimci (müteşebbis) yararına kısıtlayan şartlar geçersiz olmak durumundadır” şeklindeki görüşü (Y3HD 22.1.1996, 14823/3463, YKD 1996, 710,711; YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 50,51) her ne kadar temelde doğruysa da denkliğin hangi hallerde kabul edilebildiği konusunda bir açıklama vermekten yoksundur. Yine aynı şekilde, Adalet Bakanlığı Komisyonu tasarısında öngörülen içerik denetimi normu da kanımca bir kriter vermekten uzaktır. Madde 18f uyarınca: “Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerde, karşı tarafa *dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde zarar verici nitelikte* (vba) olanlar batıldır.” Madde, neyin dürüstlük kuralına aykırı olduğu konusunda hakimlere en ufak bir tutamak noktası vermemektedir. Oysa mukayeseli hukuk alanında yapılan araştırma, ilgili yasaların, hem bir yasak normlar listesi öngördüğünü hem de çerçeve normu çok daha somut kaleme aldıklarını göstermiştir. GİŞ sorununu Borçlar Kanunu içinde düzenlemek tercih edildiğinde, yasama tekniği açısından, bir yasak norm listesi verme imkanının ortadan kalktığı açıktır. Bu durumda en azından çerçeve normun, kanımca, daha kesin denetim kriterleri vermesi gerekirdi. Örneğin Teoman tarafından teklif edilen ve Alman hukukundan esinlenmiş olan denetim normu bu açıdan daha elverişlidir: “1Genel işlem şartlarında yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde aşırı zarara uğratan kayıtlar geçersizdir.2Tarafların genel işlem şartı ile ayrıldıkları yasal düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmayan ya da sözleşmenin niteliğinden doğan hak ve yükümleri, sözleşmenin amacını gerçekleştirme tehlikeye düşürecek biçimde sınırlandıran kayıtların varlığı durumunda bunların karşı tarafı zarara uğrattığı kabul edilir.”

düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” veya “sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngören” (İsvHaksRK Art.8), “sapılan yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılması mümkün olmayan”<sup>326</sup> veya “sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak veya borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak derecede sınırlandıran” (AGBG § 9) bir içeriğe sahip olması gerekir<sup>327</sup>. Bunun değerlendirilebilmek için de öncelikle “uygulanacak yasal düzenlemeyi (sapılan yasal düzenlemeyi)”, veya “sözleşmenin doğasına uygun olanı” tespit etmek gerekir. Ancak bundan sonra ilgili genel işlem şartının bu norm ile karşılaştırılması yapılabilir<sup>328</sup>. Fakat mukayeseli hukuktan verilen bu örneklerin de gösterdiği gibi hakimin en adil çözüm olarak tespit ettiği çözümden gerçekleşen her sapma müşteriye mağdur etmez (*de minimis non curat praetor*). Sapmanın çok sınırlı kalması veya sapmanın olumsuz sonuçlarının sözleşmede telafi edilmiş olması imkanı her zaman vardır. Dolayısıyla ikinci aşamada model çözümden sapmanın düzeyi ve bunun müşteriye mağdur edip etmediği incelenecektir. Nitekim yukarıda aktarılan SPK Tebliğinin ilgili maddesinin de bu iki basamaklı denetime elverişli olduğu görülmüştü<sup>329</sup>.

Kullanılan genel işlem şartlarının içeriğine ilişkin denetim ölçütünün yanı sıra AB-yönergesinde açıkça ifade edilmiş (m.4/5) ve Alman öğreti ve uygulamasında da büyük çoğunlukla kabul görmüş olan bir de biçimsel denetim ölçütü vardır. Buna göre GİŞ’in saydamlık gereğine (*Transparenzgebot*) uygun kaleme alınmış olması gerekir. Yani müşterinin hak ve borçlarının ne olduğunu anlamasına imkan vermeyen, muğlak, karışık genel işlem şartları kullanılması halinde de içerik denetimi yapma imkanı mevcuttur.

## 2. Denetim Ölçütü

### a) İçeriğe ilişkin denetim ölçütü

#### aa) Mevcut hukuki düzenleme

GİŞ’in hangi kurallardan sapması halinde taraflar arası dengenin

<sup>326</sup> Bu düzenlemelerin kaynağında Alman Federal Mahkemesinin 1950’lerden itibaren uyguladığı ve yasal düzenlemeden müşteri aleyhine sapılması halinde GİŞ içeriğinin denetleneceğine ilişkin içtihadı yatmaktadır (*Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 N.42 ve 129. Örneğin bkz. BGHZ 22,90, 97; 41,151,154; 54,106,109; 60,377,380; 63,238,239; 89,206,211)

<sup>327</sup> AB-yönergesinin belirli bir ülkede uygulanmak üzere doğrudan kural koymaması nedeniyle belirli bir “yasal düzenden” sapmayı denetim ölçütü olarak getirememiştir. Ancak yönerge ikinci kıstası büyük ölçüde aynen kullanılmaktadır. Buna göre: “dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borçları arasında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratan hükümler” kötüye kullanılabilir hükümlerdir (m.3).

<sup>328</sup> *Stauder*, Reiseveranstalter, 139,174-175; *Hardegger*, 111

<sup>329</sup> bkz. yukarıda § 10 II 8

bozulacağı sorusuna ilk cevap kuşkusuz mevcut hukuki düzen içinde aranacaktır. Yani ilgili genel işlem şartı olmasaydı uygulanacak olan düzenlemenin; genel işlem şartının bertaraf ettiği normun hangisi olduğu tespit edilecektir<sup>330</sup>. Hem ilgili sözleşme ilişkisine doğrudan, hem de kıyas yoluyla uygulanabilecek olan her hukuk normu bu bağlamda ele alınabilir<sup>331</sup>. Öncelikle somut sözleşmenin yasada düzenlenmiş olan sözleşme türlerinden birine altlanması imkanı araştırılacaktır<sup>332</sup>. Bunun söz konusu olduğu hallerde ilgili sözleşmeye ilişkin emredici kurallar zaten kendiliğinden devreye girdiği gibi buna ek olarak yedek hukuk kuralları da hakimin aracılığı ile denetim normları olarak işlev sahibi olacaktır. Taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengelediği ve bir adalet değeri taşıdığı farz edilen bu normlar en önemli denetim ölçütünü teşkil etmektedir<sup>333</sup>. Sözleşmenin yasada düzenlenmemiş bir tip olması halinde ise birçok defa yasadaki benzer bir sözleşme türü için getirilmiş olan çözümü kıyasen uygulamak mümkün olacaktır<sup>334</sup>. Borçlar hukuku genel bölümü ise zaten her türlü sözleşme tipi için uygulama alanına sahip olduğundan sürekli olarak göz önünde bulundurulmayı gerektirir<sup>335</sup>.

<sup>330</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.179; *Soergel/Stein*, § 9 AGBG, N.36

<sup>331</sup> *Becker*, 91

<sup>332</sup> Bunun için önemli olan, ilgili yasal sözleşme tipinde aranmış olan belirleyici unsurların somut sözleşmede de var olduğunun saptanmasıdır (*Becker*, 94)

<sup>333</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,54; *Baudenbacher*, AGB, 291; *Hardegger*, 111vd.; *Kramer*, ÖJZ 1973, 505,507; *Wolf*, *Rechtsgeschäftliche*, 170. Ancak hakimin her zaman ilgili yedek hukuk kuralının bugünün ihtiyaçlarına hâlâ cevap verip vermediğini de incelemesi gerekir. Yedek hukuk kurallarının her şartta uygulanması gereken en doğru çözüm olarak ele alınması doğru değildir. Günümüzün değişen ihtiyaçlarına uygun olmayan ve "adil dengeyi" artık saptamayan bir kuralın amacına uygun olarak sınırlandırılması yöntemi (teleolojik redüksiyonu) aracılığıyla, hakimin yaratacağı bir kuralla tamamlanmasında sakınca olmamalıdır (bu yönde *Hardegger*, 113; *Serozan*, JBl 1983, 561,571; *Dessemontet*, *Contrôle judiciaire*, 57,75; *Baudenbacher*, AGB, 291; *Brandner*, JZ 1973, 613,615; *Schapp*, DB 1978, 621,624). İçerik denetiminin amacının müşteriye, GİŞ olmasaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma sokmak olmadığı gerekçesi ile bu fikre karşı çıkılmasına (*Becker*, 192; *Fastrich*, 281 ve 310) kanımca katılmak mümkün değildir. Zira yedek hukuk kuralları, tarafların bir konuda düzenleme yapmaması halinde sözleşmeyi tamamlamak için devreye giren kurallardır; bunların sözleşmenin bünyesine uygun olmaması halinde ilgili kural yerine başka bir kural ile hakimin sözleşmeyi tamamlamasına bir engel olamaz. Dolayısıyla GİŞ kullanılmamış olsaydı da hakim bu kurallara mahkum olmayacaktı (ayrıca bkz. ileride § 10 IV 3).

<sup>334</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,54. Atipik sözleşmelere uygulanacak kuralların tespitinde izlenecek yol için bkz. *Hatemi/Serozan/Arpacı*, 40

<sup>335</sup> bkz. *Dessemontet*, *Contrôle judiciaire*, 57,72. Alman hukukundan bazı örnekler vermek gerekirse: borcun ne zaman muaccel olacağına karar verme hakkının GİŞ-kullanana verilmiş olması zamanaşımının temelinde yatan düşünce ile çelişir (BGH NJW 1986, 1608,1609); turistik gezi düzenleyen sorumluluğunun, borcun, ilgili ülkede "olağan" kabul edilen standarda uygun ifasını kapsayacak olması, bu standardın ortanın altında seyretmesi halinde, BGB § 243 (BK m.70) ile çelişir (BGH NJW 1987, 1931,1935); Semene, henüz sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihten itibaren faiz yürütüleceği hükmü, faizin kural olarak temerrüt halinde ya da vadeden itibaren yürütüle-



Bunun dışında maddi ve şekli anlamda yasa niteliğini taşıyan her hukuki düzenleme hakim tarafından dikkate alınabilir. Bunların özel hukuka veya kamu hukukuna ilişkin olması önem taşımaz. Yedek hukuk kurallarının bir çeşidi olan yorum kurallarının da, GİŞ kullanılan sözleşmeler açısından adil ve dengeli bir çözümün göstergesi olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar bu hükümlerin aslen, tarafların sözleşme hükmünü açık ve net bir şekilde kaleme almamış olmaları halinde devreye gireceği söylenebilirse de bu alternatifin sadece bireysel sözleşme hükümleri için kabul edilmesi gerekir. GİŞ açısından bu hükümler de adil dengeyi tespit eder<sup>336</sup>.

Yazılı hukuk kurallarının yanı sıra, pozitif hukuka içkin hukuki ilkeler değerlendirmede dikkate alınabileceği gibi<sup>337</sup> yabancı hukuk düzenlerinde bu konuda yaşanan gelişmeler de önemli bir yol gösterici olabilecektir. Bu hukuk düzenlerinde yasaklanmış olan genel işlem şartlarının yüksek bir adalet içeriği olduğu yönünde Türk hakimi açısından kanımca bir karine vardır<sup>338</sup>. Özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliğine girmeyi hedeflediği bir dönemde, hukukumuzun AB mevzuatı ile uyumlu olarak uygulanmasında hiç tereddüt edilmemelidir<sup>339</sup>.

---

ceği düşüncesi ile çelişir (BGH NJW 1986, 1805, 1806); asıl borçlunun kullandığı bir iptal hakkına dayanmayı kefil açısından yasaklayan hükümler, kefilin asıl borç ilişkisine ait defileri ileri sürebileceği düşüncesi ile çelişir (BGH NJW 1986,43,44, ayrıca bkz. *Elçin Grassinger*, 41vd.); iki tarafın anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi halinde de cezai şart ödeneceğinin öngörülmüş olması cezai şartın, akdin icra edilmemesi veya eksik icra edilmesi halinde ödenecek olması düşüncesine aykırıdır (BGH NJW 1985,57).

<sup>336</sup> *Becker*, 102

<sup>337</sup> *Schmidt-Salzer*, Bilanz, 11; *Soergel/Stein*, § 9 AGBG N.33; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 N.137; *Dessemontet*, Contrôle judiciaire, 57,73; *Guyet*, 49,64

<sup>338</sup> Alman ve AB- hukukunda GİŞ içinde kullanılması yasak olan hükümlerin tercümesi için bkz. Ek 1-2.

<sup>339</sup> 6 Mart 1995 tarihinde Türkiye-AT 36. Ortaklık Konseyi Toplantısında alınan İlke/Tavsiye Kararında, taraflar arasında işbirliğinin genişletilmesi kabul edilmiş ve tüketicinin korunması alanındaki işbirliğinin "Türkiye ile Toplulukta tüketicinin korunmasıyla ilgili mevcut sistemlerin birbiriyle uyumlaştırılması hedefini taşıyacak" olduğu belirtilmiştir. "Bu amaçla ve iki tarafın da ortak menfaati muvacehesinde, mevzuat uyumu ve Türkiye'deki tüketiciciyi koruma sisteminin Topluluk sistemi ile yakınlaştırılması yönünde gayret sarf edilecektir." Kanımca Konsey kararında ifade edilen bu hukuk uyumlaştırması niyeti aynı zamanda yargı organları için de bağlayıcıdır ve yargıya, AB'nin tüketicinin korunması alanında kabul ettiği yönergeleri göz önünde tutma görevini yükler. Nitekim İsviçre hukukunda da AB-yönergesindeki ve Alman GİŞ-yasasındaki yasak hükümler listesinin, İsvHaksRK m.8'i somutlaştırmak için kullanılması görüşü çok yaygındır: *J.Schmid*, Auswirkungen, 243,258; *Jetzer/Zindel*, SJZ 1994, 432, 435; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,125; *Giger*, AGB, 101; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.295; *Schwenzer*, N.46.08. Alman hakimi için milletlerarası metinlerin yol gösterici olduğu yönünde *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.174; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.66.



bb) Sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı

Özellikle yasada düzenlenmemiş sözleşme ilişkilerinde GİŞ kullanılması halinde ölçüt teşkil edecek kuralı bulmak içinse, sözleşmesel riskleri en adil şekilde paylaştran, menfaatlerden de bu risklerle orantılı olarak faydalanma imkanı veren dağılımı tespit etmek gerekir. Bu tür bir çözümlü, yasada düzenlenmiş bir kuralı kıyasen uygulamak yoluyla bulabiliyorsak zaten yukarıdaki alternatif söz konusudur. Oysa birçok isimsiz sözleşmeye yasadaki kuralları kıyasen uygulamak mümkün olmadığı için ilgili kuralı hakimnin, sözleşmenin doğasına dayanarak yaratması gerekecektir<sup>340</sup>. Aynı şekilde yasada düzenlenen türden bir sözleşmenin düzenlenmemiş bazı unsurları için de hakimnin bu faaliyeti göstermesi gereklidir<sup>341</sup>.

Sözleşmenin doğasına neyin en uygun olduğunu saptarken her halde ilgili isimsiz sözleşmenin işlem hayatında yerleşmiş olan tipik düzenlemesinin örnek alınması mümkün değildir. Zira bu sözleşmeleri uygulamada yerleştiren ve şekillendiren zaten GİŞ kullananlardır. Dolayısıyla bu anlayışı değerlendirmede esas alırsak amaçlanana aykırı sonuçlara ulaşmış oluruz<sup>342</sup>. Hakimnin ilgili sözleşme türü için adil sayılacak kuralları yasa koyucunun yerine geçerek (*modo legislatoris*) koyması gerekir<sup>343</sup>. Özellikle uygulamanın yargısal kararlarla şekillenmiş olması, bazı atipik sözleşmeler için kuralların mahkeme kararları yoluyla yerleşik hale gelmiş olması veya öğretinin bu kuralları geliştirmiş olması halinde bunlardan ve hatta mukayeseli hukuk alanında yaşanan gelişmelerden faydalanılabileceği açıktır<sup>344</sup>. Bu tür hiçbir veriye dayanma imkanı yoksa ve doğrudan kıyas yöntemine de başvuramıyorsa, benzer ilişkileri düzenleyen yasal sözleşme tiplerinde getirilmiş olan çözümleri ve yasa koyucunun burada yansıttığı değer yargılarını kuşkusuz dikkate alabilecektir. Bunun dışında iki tarafın da bu sözleşme ile güttükleri amaç, özellikle sözleşmenin ekonomik amacı ve koruma beklentileri, işlemin konusu ve türü, sözleşmenin yapısı, yani ani edimli veya sürekli edimli, tek taraflı veya iki taraflı borç doğuran bir sözleşme olması, dürüstlük kuralı uyarınca ilgili müşteri çevresinin haklı kabul edilebilecek beklentileri gibi

<sup>340</sup> Baudenbacher, AGB, 291; Weber, SAG 1984, 150,157; Hardegger, 113. Yedek hukuk kurallarının atipik sözleşmeler için de kendiliğinden bir adalet değerine sahip olacağı düşüncesi doğru gözükmemektedir. Bu sözleşmelerde tarafların farklı ihtiyaçları dikkate alınmak zorundadır (Oechsler, 139-140; Atipik sözleşmelerde içerik denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aynı yazar 296vd.).

<sup>341</sup> Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.196

<sup>342</sup> Becker, 174-175; Stauder, Reiseveranstalter, 139,173

<sup>343</sup> Raiser, AGB, 296

<sup>344</sup> Stauder, Reiseveranstalter, 139,174; Gauch, BR 1987, 51,55; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N. 201

unsurlar da sözleşmenin doğasından kaynaklanan en adil hak ve borç dağılımını tespit etmede hakime yardımcı olacaktır<sup>345</sup>.

Hak ve borçların dağılımından bahsedildiğinde söz konusu olan, özellikle, asli edim yükümleri ve tarafların taşımaları gereken rizikoların dağılımıdır<sup>346</sup>. Ancak sözleşme aracılığıyla müşterinin vücut bütünlüğüne ve malvarlığına zarar verme olasılığının artması halinde tarafların karşılıklı korunma menfaatleri bu değerlendirmeye dahil edilir. Yan edim yükümlerinin de bazı sözleşmelerde asli edim yükümü gibi önem kazanması mümkündür<sup>347</sup>. Bu durumda bunların da dağılımında bir denge sağlanmış olması aranır.

İlgili sözleşme tipi için en adil çözümü ararken hakimin sürekli olarak göz önünde bulundurması gereken sözleşmenin amacıdır. Yani tarafların o işlemi yaparken ulaşmak istedikleri meşru menfaatin ne olduğudur. Bu çatışan iki menfaati en iyi dengeleyen, iki tarafı da amacına en uygun sonuca götüren çözüm en adil çözümdür<sup>348</sup>. Alman Federal Mahkemesinin verdiği bazı örneklerle somutlaştırmaya çalışırsak: Bir banka aracılığıyla yapılan havaleye ilişkin GİŞ'de bankanın, havale yapanın borçlarını kapatmak üzere bu parayı istediği hesaba aktarabileceğinin yazılı olması havale işleminin asli amacına aykırıdır - burada bankanın bir havale komisyonu alma hakkı vardır ama onun ötesinde işlem, bankaya alacaklarını tahsil etme imkanı vermek için yapılmamaktadır<sup>349</sup>. Turistik gezi düzenleyen, gidilen yabancı ülkeye giriş koşulları hakkında bilgi verme yükümünün olmadığını GİŞ'de ifade etmesi ve bu yüzden

<sup>345</sup> *Gauch*, BR 1987, 51,54; *Soergel/Stein*, § 9 AGBG, N.42; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 N.145; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.206. Alman hukukunda örnekler vermek gerekirse: üçüncü kişi tarafından finanse edilmiş satım sözleşmelerinde ödünç alan kişinin satım sözleşmesinden doğan defî hakkını elinden alan hükümler (BGH NJW 1982, 1694, 1695); yine finanse edilmiş satımlarda kredinin somut bir malı satın almak için verilmesine rağmen, bankaya bu krediyi, kendisine olan başka bir borcu kapatmak için kullanma hakkı verilmesi (BGH NJW 1986, 43,44); .

<sup>346</sup> Alman uygulaması tarafından GİŞ yasanın çıkmasından önce geliştirilen ve sözleşmenin asli edim yükümlerinin (*Kardinalpflichten*) özellikle sorumsuzluk anlaşmaları yoluyla etkisiz hale getirilmesini engellemeyi hedefleyen içtihatların AGBG § 9/II.2'nin kaleme alınmasında etkisi büyüktür (*Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.82; bkz. BGHZ 38,183,186; 50, 200,206; 71, 167,173; BGH NJW 1971, 1036; *Brandner*, JZ 1973, 613,615. İsviçre hukuku için bu görüşten faydalanılabileceği yönünde *Stauder*, *Les clauses limitatives*, 95,124).

<sup>347</sup> *Locher*, 147; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.208

<sup>348</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Oechsler*, 319vd.

<sup>349</sup> bkz. BGH NJW 1986, 2428,2429. Türk bankalarının GİŞ'inde bu tür hükümlere istisnasız rastlamak mümkündür. Örneğin: "Bankanın müşteriye herhangi bir ihbarda bulunmaksızın banka merkez ve tüm şubelerinde müşterisine ait bulunan ve ileride bulunabilecek bilcümle alacağı, özellikle mevduat tutarlarını, nakit, esham ve tahvillerle ... veya adına gelmiş veya gelecek havaleler ile sair her türlü hak ve alacağı virman, taksas ve mahsup işlemlerine tabi tutmaya hakkı bulunduğunu..."

müşterinin vize almadığı için ilgili ülkenin sınırından geri dönmek zorunda kalması halinde sözleşmenin amacına ulaşmasını büyük ölçüde engelleyen bu GİŞ geçersiz sayılır<sup>350</sup>. Tek satıcılık sözleşmesine ilişkin GİŞ içinde, üreticiye, istediği gibi kendi adına, aynı çevrede aynı markayı satabilme yetkisi verildiği takdirde bu hüküm sözleşmenin amacına ulaşmasını imkansızlaştırmaktadır<sup>351</sup>.

#### b) İçeriğin şekillendirilmesine ilişkin denetim ölçütü

Taraflar arasındaki dengenin bozulması, sadece genel işlem şartlarının müşteri aleyhine olan içeriklerinden değil sık sık bunların kaleme alınmış tarzından da kaynaklanabilir. Müşterinin haklarının neler olduğunu sözleşmenin çok farklı yerlerinde ve anlaşılabilir şekilde yansıtan ve bu şekilde müşterinin yasal haklarını kullanmasını engelleyen, faizin hesaplanması yöntemlerini bir uzman dışında kimsenin anlayamayacağı biçimde kaleme alan, kendisine sınırları belirlenmemiş bir takım takdir hakları tanıyan işletme de müşterisi aleyhine bazı sonuçlara sebep olmaktadır. GİŞ'i tek taraflı olarak kaleme alan kişinin, bunları, karşı taraf için açık ve anlaşılır bir içerik taşıyacak şekilde düzenleme yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde bu hüküm hiç sözleşme içeriği olmayabileceği gibi (yürürlük denetimi)<sup>352</sup>, bu engeli aşmışsa içerik denetimine tâbi tutulabilir. Nitekim bu yüzden AB-yönergesi GİŞ hükümlerinin "açık ve anlaşılabilir" kaleme alınmış olması gereğini ifade etmiş (m.4-5), Alman doktrini ise saydamlık kuralını, yürürlük denetimine ilişkin § 2 ve belirsizlik kuralına ilişkin § 5'den türetilen ve içerik denetiminde de başvurulabilecek genel bir ilke olarak benimsemiştir<sup>353</sup>. Buna göre işletmenin, genel işlem şartlarını şekillendirirken, hukuk bilgisi olmayan ortalama müşterisinin anlayacağı bir dil ve tarzda GİŞ'i kaleme alması gerekir<sup>354</sup>.

Bu kavram sayesinde tüketicilerin gereği gibi bilgilendirilmesi zo-

<sup>350</sup> BGH NJW 1985, 1165, 1166. Turistik gezi sözleşmesine uygulanacak hükümler hakkında bkz. *Oktay*, 52vd. Avrupa Birliğinin 1990 yılında çıkarmış olduğu bir yönerge, turistik gezi sözleşmelerinde tüketicileri korumak için ulusal hukuklarda yapılması gereken düzenlemeleri tespit etmiştir (bkz. 90/314/AET, ATRG 23.6.1990, L158/59). 1993 yılında bu yönerge büyük ölçüde aynen İsviçre hukukuna aktarılmıştır (Bundesgesetz über Pauschalreisen SR 944.3).

<sup>351</sup> BGH NJW 1994, 1060vd.

<sup>352</sup> Bkz. yukarıda § 8 II 2

<sup>353</sup> *Palandt/Heinrichs*, AGBG § 9 N.15; *Soergel/Stein*, § 9 AGBG, N.21; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.121vd.; *Brandner*, FS Locher, 317vd.; *Fastrich*, 322; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.143; *Locher*, 143vd.; *Heinrichs*, NJW 1996, 1381, 1385

<sup>354</sup> *Palandt/Heinrichs*, AGBG § 9 N.16. Gerekli açıklık ve anlaşılabilirlik düzeyi tespit edilirken dikkate alınacak olan ortalama müşterinin beklentileri ve bilgi düzeyi olacaktır. İşletmenin GİŞ hazırlarken ancak bu beklentilere cevap verebileceği aşıkardır. Bunun ötesinde somut müşteriye dikkate alarak GİŞ kaleme alamaz (*Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.130)

runluluğu bir yaptırıma kavuşmaktadır<sup>355</sup>. Her ne kadar tek başına işletmelere yüklenen bilgilendirme yükümlülüğü tüketicileri korumak için yeterli olmasa da bu şekilde bir yaptırıma bağlanması sayesinde bilgilendirme modeli ile yargısal denetim modeli uzlaştırılmaktadır<sup>356</sup>. Kural olarak GİŞ'lerin karşılaştırılması ve en elverişli olanın bulunması pek müşterilerin davranış şablonlarına uymuyorsa da, en azından bunların içinde yer alan, edim-karşı edim, faiz oranı, sözleşme ile bağlılık süresi gibi unsurlar her müşteri tarafından karşılaştırılır. Dolayısıyla bunların GİŞ içinde, anlaşılabilir şekilde kaleme alınmış olması veya başka hükümler arasında gizlenmiş olması saydamlık kuralına aykırılık nedeniyle geçersizlik yaptırımını beraberinde getirmelidir<sup>357</sup>.

Amaç, müşterinin hem hukuki durum hakkında hem de sözleşmenin kendisine getirdiği maddi külfet hakkında gereği gibi aydınlatılmasıdır<sup>358</sup>. Hukuki durum hakkındaki saydamlık, müşterinin, haklarının çevresini tayin edebilmesi ve gerekli hukuki adımları atabilmesi amacıyla hizmet eder. Örneğin kiralayanın evi ısıtma borcunun, kiracı tarafından "özellikle" kullanılan odalarla sınırlı olarak kabul edilmesi<sup>359</sup>; borcunun ileride alacağı ücretleri ve diğer alacaklarının tümünü önceden bankaya temlik etmesi ve bunların bankanın "alacakları" için teminat teşkil etmesi; işletmenin sözleşme ile bağlılık süresinin, sözleşmenin kendisi açısından "gelir getirici" olduğu süre ile sınırlandırılması<sup>360</sup> gibi hallerde müşteri, hangi odaların ısıtılmasını isteyebileceği, bankanın hangi alacaklarının teminat altına alınmış sayılabileceği veya işletmenin ne zaman sözleşmeyi feshedebileceği konusunda bilgi sahibi olamamaktadır<sup>361</sup>. Bunun yanı sıra müşteri için elverişsiz olan hükmün, metin içinde bağlamı dışında bir yere konulması, adeta bu şekilde gizlenmesi, işletmeye yeterince somutlaştırılmamış takdir hakları tanınması, örneğin acentenin faaliyet bölgesinin veya fiyatın "dilendiğinde" değiştirilebilecek olmasına

<sup>355</sup> Bu konuda bkz. yukarıda § 2 III

<sup>356</sup> *Kiendl*, JBl 1995, 87,91

<sup>357</sup> Örneğin Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir karara konu olan olayda, bankadan alınan bir kredinin geri ödenmesinde, her 3 ayda bir yapılan ödeme ile faiz hesabına konu olacak anaparanın düşeceği (yani ödemelerin önce faiz borcuna, daha sonra anapara mahsup edilmeyeceği) kararlaştırılmıştır. Buna karşılık faizin hesaplanmasına ilişkin hükümde, ödemelerin 3 ayda bir yapılmasına karşılık faiz hesabına esas alınacak anaparanın bir önceki yılın sonundaki değer olacağı öngörülmüştür. Bu şekilde aslında 3 ayda bir düşmesi gereken anapara miktarı ancak yıldan yıla düşürülmüş olacak ve faize ilişkin yapılması gereken indirim vaktinde yapılmayacaktır. Mahkeme bu tür bir hükmün faizin gereği gibi hesabını müşteri açısından imkansız kıldığı ve bu açıdan saydamlık kuralına aykırı düştüğü için AGBG § 9 uyarınca geçersiz saymıştır (BGHZ 106,42,49= NJW 1989,222,223).

<sup>358</sup> *Locher*, 143

<sup>359</sup> BGH NJW 1991, 1750,1753

<sup>360</sup> BGH NJW 1983, 159,161

<sup>361</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.134

ilişkin hükümler<sup>362</sup> veya işletmeye bazı hakların “yasaya uygun olduğu ölçüde” tanınması<sup>363</sup> hep saydamlık ilkesine aykırı kabul edilmiştir. Müşterinin borçlarının ne kadar “saydam” kaleme alındığı konusunda bir örnek de Türk bankacılık uygulamasından verilecek olursa:

“Müşteri bankaya herhangi bir nedenle borçlu bulunduğu takdirde; herhangi bir surette müşteriye fazla bir ödeme yapıldığının veya vadesiz tasarruf mevduat/ vadesiz döviz tevdiat/vadesiz alacaklı cari hesabından yapılan virmanlar nedeniyle ya da hesabı çekle işlediği takdirde, bu hesap üzerine keşide edeceği çeklerin karşılıksız ya da kısmen karşılıklı olmaları nedeniyle vadesiz tasarruf mevduat/vadesiz alacaklı cari hesabının borç bakiyeye döndüğünün bankaca anlaşılması halinde; müşteriye verilen banka kartının kullanımından oluşacak borçları, vadesiz tasarruf mevduat/vadesiz döviz tevdiat/vadesiz alacaklı cari hesabının karşılanmaması halinde; borç bakiyenin doğduğu tarihten itibaren hesaplanacak borç adada, ayrıca hesapta provizyonsuz ödemeler ve buna benzer nedenler sonucunda valör itibariyle oluşacak borç adada, mevzuatın tecviz ettiği bankanın bu dönemde en yüksek faiz oranı uyguladığı kredi türünün faiz oranı üzerinden hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi ve Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu kesintisi uygulamaya başlayacağını, meblağın ödenmesi için Bankaca gönderilecek ihtarnamede belirtilen şekilde faiz, Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi ve Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu kesintisi yürütülen meblağ, ihtar tarihinde bankaca faizleri 31 mart, 30 Haziran, 30 Eylül ve 31 Aralık tarihlerinde tahsil edilip borç cari hesap şeklinde çalıştırılan kredi türlerinden en yüksek faiz oranı uygulanan yıllık bileşik (mürekkep) faiz oranının gecikme faizi olarak uygulanmaya başlanacağını kabul ve taahhüt ederim.” (Bir bankanın cari hesap ve bankacılık hizmetleri genel sözleşmesi m.4.1)<sup>364</sup>.

Maddi külfetlere ilişkin saydamlık ise fiyatın saydamlığının sağlanması amacına hizmet eder ve müşterinin piyasadaki alternatifleri değerlendirememesi sonucunu doğuran hükümleri engeller<sup>365</sup>. Fiyatı belirleyebilecek bazı unsurların GiŞ içinde saklanmasını ve bu şekilde, serbest piyasa ekonomisinde yegane rekabet parametresi olan fiyatın, bu işlevini yerine getirememesini önlemeye yarar<sup>366</sup>. Bu şekilde aslında denetim dışı olan edim/karşı edim dengesinin<sup>367</sup> denetime tâbi tutulduğu düşünülmemelidir. Zira burada sadece edim ve karşı edimin ne olduğunun müşteri tarafından gereği gibi anlaşılıp anlaşılmadığı sorunu dikkate alınmaktadır<sup>368</sup>. Dolayısıyla saydamlık gereği, içerik denetimi gibi pazara

<sup>362</sup> örn. bkz. BGHZ 89,206,211; 94, 335,340; *Brandner*, FS Locher, 317,321

<sup>363</sup> BGH NJW 1993, 1061,1062

<sup>364</sup> Bu metnin ilgili kredi sözleşmesi formüllerinde 8 puntodan dahi küçük yazılmış olduğu da değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

<sup>365</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.125

<sup>366</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.143

<sup>367</sup> Bkz. aşağıda § 10 III 5 b

müdahale eden değil, pazarın daha iyi işlenmesini destekleyen bir kuraldır<sup>369</sup>.

### 3. Denetim Ölçütünden Sapma

İlgili GİŞ hükmünün karşılığını oluşturan yasal düzenleme veya en makul hak ve borç dağılımı bulunduğundan sonra bundan sapma olup olmadığı tespit edilirken, hakimin sadece iki hükmü karşı karşıya koyması ve genel işlem şartının ilgili değerler düzeninden ayrılıp ayrılmadığını incelemesi gerekir. Bu açıdan tamamen nesnel bir faaliyet göstermektedir, her hangi bir değer yargısında bulunması söz konusu değildir. Kural olarak denetim normundaki hak/borç/riziko dağılımından bir sapmanın tespiti ile müşterinin de aleyhine bir durumun doğduğu karine olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde ilgili GİŞ'in kullanıldığı müşteri çevresinde haklı kabul edilebilecek saydamlık beklentilerine cevap vermeyen bir kaydın da karine olarak müşteriyi mağdur ettiği varsayılır.

### 4. Denetim Ölçütünden Sapmanın Müşteriyi Mağdur Etmesi

Gerek Alman gerekse İsviçre yasalarındaki tanımlarda da görüldüğü gibi sadece denetim normundan sapma değil bu sapmanın yoğunluğu da önem taşımaktadır. Yasal düzenlemeden “önemli ölçüde” ayrılmak, sözleşmenin doğasına “önemli ölçüde aykırı” bir hak ve borç dağılımı öngörmek, tarafların hak ve borçları arasında “önemli ve haksız bir orantısızlık” yaratmak “müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedelemek” denetimi gerektirir. İçerik denetiminin başlı başına taraflar arası her türlü dengesizliği ortadan kaldırmak gibi bir görevi yoktur. Belirli bir dereceye kadar, irade özerkliği ilkesini işlevsiz bırakmamak ve hukuk güvenliğini sarsmamak için dengesizlikleri kabul etmek bir mecburiyettir<sup>370</sup>. Diğer yandan tarafların sapmaya rağmen menfaat dengesini farklı şekilde kurmuş olması da her zaman mümkündür. Sözleşmenin öznel koşulları sapmanın önemli ölçüde olmasına rağmen bunun başka şekilde dengelenmiş olması sonucunu doğurabilir<sup>371</sup>. Yani denetim normundan sapmaya ek olarak bu sapmanın önemli ölçüde ve müşteri aleyhine olması, hakimin içerik denetimi yapabilmesinin diğer ön koşullarıdır<sup>372</sup>. Dolayısıyla burada hakimden beklenen iki tarafın menfaatlerini tartarak içerik de-

<sup>368</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 N.104; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.126

<sup>369</sup> Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.145; Brandner/Ulmer, BB 1991, 701, 705; Schmid, Klauselkatalog, 49,54

<sup>370</sup> Fastrich, 325; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.71; Soergel/Stein, § 9 AGBG, N.13

<sup>371</sup> Stockar, 87; BGH NJW 1991, 2414,2415

<sup>372</sup> Stauder, Reiseveranstalter, 139,177vd.



netiminin gerekliliğine karar vermesidir<sup>373</sup>. Denetim ölçütüne aykırılığın tespitinde yapılmayan değerlendirme bu aşamada hakim tarafından yapılacaktır<sup>374</sup>.

Önemli ölçüde bir sapmanın ne zaman söz konusu olduğunu hakim saptarken öncelikle sapılan normun adalet içeriği belirleyici olacaktır<sup>375</sup>. Nitekim Alman GİŞ yasası § 9'un ifade tarzı bunu açıkça göstermektedir: Önemli olan, sapılan yasal düzenlemenin “temelinde yatan asli düşünce” ile bağdaştırılamayan veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan “temel hak ve borçları” sınırlandıran GİŞ kullanılmış olmasıdır. İlgili normun eşitlik anlayışını zedeleyen şartlara hakim müdahale edecektir<sup>376</sup>. Sapılan yasal normun adalet içeriği arttığı oranda işletmenin bu normlardan sapmasını gerekçelendirecek sebeplerin de o oranda önemli olması gereklidir<sup>377</sup>. Görüldüğü gibi yargıcın sadece GİŞ olmasa uygulanacak olan hükümü bulması yeterli olmayıp ayrıca bu hükümde ifadesini bulan değer yargısını, taraf menfaatlerini dengeleme tarzını ve tarafların korunma ihtiyacını da tespit etmesi gerekir<sup>378</sup>. Bu nedenle yedek hukuk kuralları GİŞ denetiminde ayırimsız emredici kategorisine sokulmamakta, onların bir yönerge teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>379</sup>. Bu şekilde aynı zamanda

<sup>373</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.74; *Teoman*, 111; *Schmidt-Salzer*, NJW, 96. Taraf menfaatlerinin tartılması gerektiği BK m.99/II'de düzenlenen takdirde butlan yaptırımında da kendisini göstermektedir. Burada da hafif ihmalden sorumsuzluk her halde batıl sayılmamakta, hakim sözleşme ile sağlanan menfaatler arası dengeyi takdir ederek karar vermektedir (*Akman*, 70 vd.). Genel olarak menfaatlerin tartılması suretiyle hakim hüküm vermesi hakkında bkz. *Larenz/Canaris*, 223vd.

<sup>374</sup> Alman hukukunda hakim görüş, taraf menfaatlerinin tespitinde somut sözleşmeyi dikkate almaksızın, genelleştirici bir bakış açısı ile hareket edilmesi yönündedir. Bu doğrultuda, söz konusu hukuki işlemin tarafını oluşturan müşteri çevresinde kural olarak var olan menfaatleri gereği gibi dikkate almayan bir genel işlem şartı geçersiz sayılır (*Ulmer/Brandner/Hensen*, § 9 N.78vd.; *Locher*, 141). GİŞ kullanan, ancak, genel olarak muhatap olacağı müşteri çevresinin beklentilerini dikkate alarak bu GİŞ'i formüle edeceğine göre kendisinden ayrıca ilgili sözleşmedeki partnerinin de özel menfaatlerini dikkate almış olması beklenmemektedir. Aynı GİŞ'in birden farklı müşteri çevreleri ile akdedilen sözleşmeler için kullanılması halinde her bir müşteri çevresinin menfaatlerine göre GİŞ değerlendirmesi de farklı bir sonuca götürebilir (BGH NJW 1990,1601,1602). Buna karşılık AB-yönergesi m.4/II'de, taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmeler için genelleştirici değil, somut olayın özelliklerini dikkate alan bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir. Buna göre sözleşme konusu olan malın veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kurulmasında mevcut olan koşullar ve sözleşmenin diğer bütün hükümleri değerlendirilmede esas alınır (bu konuda bkz. *Stauder*, *Schwerpunkte*, 11,29; *Kapnopoulou*, 118; *Kiendl*, JBl 1995, 87,90). Nitekim Alman GİŞ yasasına eklenen m.24a'da, tüketici sözleşmeleri açısından sözleşmenin kurulması anındaki etkenlerin de dikkate alınacağını ifade etmek zorunluluğu doğmuştur.

<sup>375</sup> *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,179

<sup>376</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.183

<sup>377</sup> *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,179

<sup>378</sup> *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,175; *Becker*, 127

<sup>379</sup> *Baudenbacher*, AGB, 309; *Stauder*, *Reiseveranstalter*, 139,175; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.168



adalet içeriği daha yoğun olan ve olmayan yedek hukuk kuralları arasında ayırım yapmak da mümkün olmaktadır<sup>380</sup>. Sadece yasa koyucunun adil olarak kabul ettiği dengeyi sarsan, yerine buna tekabül edebilecek bir denge oturtmayan sözleşme hükümleri batıldır<sup>381</sup>.

Örneğin satımda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin temelinde yatan düşünce alıcıyı sağlam bir mal sahibi yapmaktır. Alıcı ayıpsız, hasarsız bir mal aldığı düşüncesi ile bu sözleşmeyi yapmaktadır. Oysa mal ayıplı ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de tümü bertaraf edilmişse sözleşmelerden birinin asli beklentisine cevap verilemediği gibi yasanın bu düzenlemesinin temelinde yatan düşünceye de aykırı davranılmış olur. Buna karşılık akdedilen satım sözleşmesi, kullanılmış bir mala ilişkinse artık aynı sonuca varmak mümkün değildir. Zira alıcı "ayıplı" bir mal aldığı bilincindedir, zaten o malın bazı unsurlarının eksik olduğunu bilecek bu sözleşmeyi akdediyordur<sup>382</sup>. Dolayısıyla böyle bir sözleşmede ayıp hükümlerinin bertaraf edilmesinin menfaatler dengesini bozduğu söylemeyecektir<sup>383</sup>.

Bunun yanı sıra korunacak hukuki değerlerin önemi de (vücut bütünlüğü, mülkiyet, malvarlığı zararları)<sup>384</sup> ilgili denetim normundan sapmanın ölçüsüz sayılması sonucunu doğurabilir. Özellikle doktor, avukat, mali müşavir gibi belirli bir güven ilişkisi üzerine kurulu sözleşmelerde GİŞ içinde yer alan hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı bu şekilde değerlendirilir<sup>385</sup>. BK m.98 uyarınca kural, her türlü kusurdan sorumluluk olduğu için bu tür sözleşmelerde menfaatler dengesi hafif ihmal için sorumsuzluk anlaşmasına dahi izin verilmemesini gerektirir<sup>386</sup>. Ayrıca işletme tarafından müdahale edilen müşteri haklarının niteliği de dikkate alınmak gerekir<sup>387</sup>. Yetkili mahkeme, ispat yükü, sorumluluk kuralları gibi özel bir adalet içeriği olan kurallardan sapılmış olması halinde genel-

<sup>380</sup> bkz. Akman, 71 dn.73

<sup>381</sup> Staudinger/Coester , AGBG § 9 N.168

<sup>382</sup> Burada kastedilen BK m.197 anlamında ayıpların hepsinden haberdar olmak değil, genel olarak kullanılmış malın bazı özelliklerden yoksun olduğunu bilmektir. Sorumsuzluk anlaşması yapma gereği yine de vardır, zira alıcının kullanılmış malın her ayıbından bu anlamda haberdar olması söz konusu olmayacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4/VI hükmü de BK m.197'ye paralel bir düzenleme içermektedir.

<sup>383</sup> Becker, 66; Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 N.82

<sup>384</sup> Staudinger/Coester , AGBG § 9 N.114; Wolf, Rechtsgeschäftliche, 163. Nitekim AB-yönergesinin ekinde yer alan kötüye kullanılabilir hükümler listesinde "tüketicinin, işletmecinin bir davranışına bağlı olarak hayatını kaybetmesi veya cismani zarara uğraması hali için işletmecinin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümler" de anılmıştır (m.1/a), bkz. Schmid, Klauselkatalog, 49,57

<sup>385</sup> Locher, 144

<sup>386</sup> ayrıca bkz. ileride dn.415

<sup>387</sup> Staudinger/Coester , AGBG § 9 N.79

de müşterinin haklarının ağır bastığı kabul edilir<sup>388</sup>. Kuşkusuz bunlara denk düşen, işletmenin rasyonalizasyon ve malvarlığını koruma menfaatleri de değerlendirmede göz ardı edilmeyecektir<sup>389</sup>. Bunun dışında üçüncü kişilerin menfaatleri kural olarak GİŞ'in geçerliği denetlenirken dikkate alınmaz. Zira GİŞ yoluyla üçüncü kişilerin menfaatlerinin ihlal edilmesi olasılığı bireysel sözleşmelere nazaran daha fazla değildir<sup>390</sup>.

Özellikle risk alanlarının tek taraflı olarak kaydırılmasına ilişkin birçok GİŞ'in taraflar arasındaki dengeyi bozmaya elverişli olduğu açıktır. Yani ekonomik açıdan daha zayıf olan tarafın normalden daha fazla risk üstlenmek zorunda kalması halinde adil olmayan bir hükmün varlığı çok sık kabul edilebilecektir<sup>391</sup>. Bu bağlamda rizikoya daha yakın olan ve onu en az masraflı şekilde denetleme imkanına sahip olan sözleşme tarafının kim olduğunun saptanması gerekecektir<sup>392</sup>. Ayrıca risk dağılımına ilişkin düzenlemelerde sigorta imkanının kimin açısından var olduğu da menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur<sup>393</sup>. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, bir kredi kartı kurumunun GİŞ'inde yer alan ve üye kuruluşlar tarafından kredi kartının kötüye kullanılması hallerinde sorumluluğun müşteriye ait olacağını öngören hükmü geçersiz saymıştır. Mahkemeye göre müşterinin, satın aldığı malın karşılığını ödemek için üye şirketin çalışanına kartını teslim etmek zorunda ol-

<sup>388</sup> Schmidt-Salzer, NJW, 96-97

<sup>389</sup> Soergel/Stein, § 9 AGBG, N.16-17

<sup>390</sup> Fastrich, 306vd. Edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi uyarınca üçüncü kişinin de sözleşmesel bir tazminat talebinin olması halinde temel sözleşmedeki sorumluluk anlaşmasının bunu nasıl etkileyeceği konusunda bkz. Akman, 101vd.; Atamer, "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini", YD 1996, sy.1-2, 99,122

<sup>391</sup> Sticher, 22; Weber, SAG 1984, 150,157

<sup>392</sup> Behrens, 159; Locher, 142; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.119; Wolf, Rechtsge-  
schäftliche, 169; Kötz, 225vd.; Becker, 71; BGHZ 77, 126, 133

<sup>393</sup> Behrens, 159; MünchKomm/Kötz, § 9 AGBG, N.8. Özellikle bankaların sahtecilik sonucu yetkili olmayan kişilere ödemedede bulunması ve bu konuda müşterinin bir kusurunun olmaması halinde bunun zararının kimin tarafından taşınacağı bu noktada bir örnek olabilir. Bankalar GİŞ yoluyla fiilen bu rizikoyu müşteriye aktarmaktadır. Oysa bu tür sahteciliğe karşı bankanın kendisini sigortalama imkanı olduğu gibi bu sigorta primlerini yine müşterilerine yansıtacağı için aslında uzun vadede zarar bütün hesap sahiplerine yansıtılacaktır. Her banka için zorunlu bir masraf olması açısından rekabette bir dezavantaj da söz konusu olmayacaktır. Bu hallerde tercih daha çok tek bir müşteriyi bir seferde büyük bir meblağ ile karşı karşıya bırakmak ile zararı banka aracılığıyla sosyalleştirmek arasında olacaktır. Kuşkusuz tercih edilmesi gereken ikinci çözümdür (bu yönde Bucher, recht 1984, 97,102; aynı yazar, recht 1997, 41,45vd.; Fritcker, AJP 1996, 1164,1166). Soruna iktisadi açıdan yaklaşıldığında bankanın zararın oluşmasını en kolay engelleyebilecek kişi olduğu (cheapest cost avoider) aşikardır. Gerek imzaların denetiminde daha büyük bir özen gösterme olanağının olması gerekse bu alanda sigortalanma yoluna gidebilmesi, zararın onun malvarlığında kalmasını haklı kılmaktadır (bkz. ileride § 11 III 1)

ması nedeniyle o anda kötüye kullanım rizikosunu denetlemesi mümkün değildir<sup>394</sup>. Hem üye şirketi denetlemek hem de bu kötüye kullanım rizikosunu sigortalama imkanı olan kredi kartı şirketinin olayın sonuçlarına katlanması en adil çözümdür<sup>395</sup>.

Bir taraf aleyhine dengesizliğin başka yollardan telafi edilmiş olup olmadığı incelenirken, sözleşmenin bütün hükümlerinin birbirleriyle karşılaştırılması ve elverişsiz bir hükme karşılık müşteri açısından elverişli bir hükmün tanınmış olup olmadığına bakılması gerekir<sup>396</sup>. Ancak bu hallerde müşteriye tanınan menfaat ile onun aleyhine olan düzenleme arasında işlevsel bir bütünlük olmalı ve iki hüküm tek bir soruna ilişkin kabul edilebilmelidir<sup>397</sup>. Örneğin finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin her türlü ayıptan sorumluluğu bertaraf etmesi, buna karşılık satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını da kiracıya temlik etmesi<sup>398</sup>; hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması yapılmasına karşılık müşteriye sigorta koruması sağlanması gibi<sup>399</sup>. Kuşkusuz sağlanan menfaatin, değer itibarıyla, aleyhte düzenlemeyi dengeleyecek nitelikte olması da gerekir<sup>400</sup>. Örneğin sorumsuzluk anlaşmasına karşılık verilen sigorta koruması, kapsam itibarıyla çok dar tutulmuşsa bu tür bir denge kurulmuş sayılamayacaktır.

Genel olarak sözleşmede kararlaştırılan semenin düşüklüğünün elverişsiz GİŞ'i gerekçelendirmeye yetmeyeceği daha önce de ifade edilmiştir<sup>401</sup>. Bir yandan bu iki olgu arasındaki nedensellik bağının ekonomik açıdan ispatlanmasının mümkün olmaması, diğer yandan bu tür bir değerlendirilmenin, kural olarak içerik denetimine kapalı bir alana, yani fiyat denetimi alanına girmesi, bu tür bir yaklaşıma engel oluşturur<sup>402</sup>. Ancak müşteriye birden fazla fiyat tarifesi arasında seçim hakkının tanınmış olduğu hallerde fiyatın istisnai olarak değerlendirmede dikkate

<sup>394</sup> BGH BB 1984, 1897,1898

<sup>395</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, euro-çeklerin kaybı ve kötüye kullanılması hallerinde sorumluluğun müşteride olmasını sözleşmenin doğasına önemli surette aykırı bir hak ve borç dağılımı olarak görmemiştir (BGE 122 III 373,379). Bu nedenle 32 adet euro-çek ve bunlara ilişkin kimlik kartını birlikte arabada bırakan kişiye karşı bankanın, sadece GİŞ içinde yazılı üst sınır ile sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

<sup>396</sup> Becker, 70; Locher, 141; Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 N.85; BGHZ 114,238,242

<sup>397</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 9 N.78; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.91; Fastrich, 302

<sup>398</sup> BGH NJW 1987, 1072,1073. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Altop, Finansal Kiralama, 159vd.

<sup>399</sup> Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olan bir diğer örnek ise, hastane yönetiminin hastalarla yaptığı sözleşmede yer alan ve unutulmuş eşyaların kayıptan bir sorumluluk taşınmayacağına ilişkin GİŞ hükmünün, hastaların şahsi eşyalarını unutmaları için gerekli uyarıların yapılması ve çok değerli eşyalar için özel önlemler alınması halinde geçerli sayılmasıdır (BGH NJW 1991, 761,764).

<sup>400</sup> Fastrich, 303vd.; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 N.134; Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.93

<sup>401</sup> Bkz. yukarıda § 3 I

<sup>402</sup> Staudinger/Coester, AGBG § 9 N.94

alınması mümkündür<sup>403</sup>. Özellikle bir sigorta sözleşmesi akdederken, sigortalanacak rizikonun kapsamına göre müşterinin farklı sigorta türlerinden birini seçmesi halinde artık buna ilişkin sözleşme hükmü bireysel anlaşma niteliğindedir ve denetim konusu olamaz. Diğer yandan stand-by uçak biletlerinde de aynı gerekçe devreye girecektir. Zira müşteri teyit edilmiş bir bilet almak yerine, özellikle ucuz olması nedeniyle işletmenin uçuş tarihini saptayacağı bir bileti almaktadır.

### 5. Denetim Dışı Kalan Genel İşlem Şartları

Genel işlem şartlarının içerik denetimi çerçevesinde göz ardı edilmesi gereken bir diğer soru ise bütün genel işlem şartlarının denetime tâbi olup olmadığıdır. Gerek Alman (AGBG § 8) gerekse AB-hukukunda (Yönerge m.1/II, m.4/II) GİŞ içeriği olmasına rağmen özellikle iki çeşit hüküm türünün denetim dışı kaldığı dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki hukuki bir düzenlemeyi aynen GİŞ içine aktaran kayıtlar<sup>404</sup>, ikincisi de edim/karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtlardır.

#### a) İlgili hukuki düzenlemeyi tekrarlayan genel işlem şartları

GİŞ'in içerik denetiminin temelinde yatan düşünce, sözleşenlerden birinin sözleşme içeriğini şekillendirme imkanını hiçbir şekilde kullanamaması ve bunun sonucunda kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu kabul edilen yasal düzenden sapan hükümler benimsemek zorunda kalmasıdır. Zaten bu yüzden GİŞ'i, ilgili hukuk düzenini kriter olarak denetlemekteyiz. Oysa benimsemek zorunda kaldığı hükümlerin aynen bu yasal düzeni tekrarlama halinde artık denetim ihtiyacı da ortadan kalkmaktadır<sup>405</sup>. Ayrıca GİŞ denetimi aracılığıyla mahkemelerin dolaylı yoldan yasaları denetlemesi de bu şekilde engellenmek gerekir<sup>406</sup>. Ne Alman GİŞ yasası ne de AB-yönergesi mevcut yasaları tartışma konusu yapmak istememişlerdir<sup>407</sup>. Alman hukukunda, § 8'de yer alan "yasa hükümleri" ifadesinden gerek pozitif hukuk gerekse bütün yazılı olmayan hukuk kurallarının anlaşılması gerektiği yaygın görüştür<sup>408</sup>. Bunların örf ve adet hukuku kuralı veya bu mertebeye ulaşmamış hakimin yarattığı bir hukuk kuralı olması önem taşımaz<sup>409</sup>.

<sup>403</sup> Becker, 70

<sup>404</sup> Yasal bir düzenlemeyi aynen GİŞ içine aktaran bir sözleşme hükmünün ne ölçüde GİŞ olarak nitelendirilebileceği konusunda bkz. § 7 II 1

<sup>405</sup> Larenz/Wolf, 798-799

<sup>406</sup> Dylla-Krebs, 65vd.

<sup>407</sup> AB yönergesi için bkz. Kapnopoulou, 97; Stauder, Unfair Contract Terms, 9,15

<sup>408</sup> Joost, ZIP 1996, 1685,1691; Staudinger/Coester, AGBG § 8 N.7

<sup>409</sup> Dylla-Krebs, 70-73

Ancak herhangi bir hukuk kuralının aynen GİŞ içine aktarılması hiçbir şekilde denetim yapılamayacağı anlamına da gelmez. Zira bu kural aslında o hukuki ilişkiye hiç uygulanmayacak bir kuralsa burada da bir sapma vardır ve denetim zorunluluğu doğar<sup>410</sup>. Örneğin bir eser sözleşmesine satıma ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmışsa kuşkusuz denetim imkanı mevcuttur. Zira cevaplanması gereken soru hep aynıdır: “GİŞ olmasaydı hangi hüküm uygulanırdı?” Kuşkusuz eser sözleşmesinin ayıp hükümleri. Diğer yandan ilgili normun eksik veya bazı eklemelerle GİŞ içine aktarılmış olması halinde de denetim imkanı mevcuttur (tipik örnek ayıp halinde sadece satılanı değiştirme hakkının verilmiş olmasıdır).

Özellikle yasada taraflara açıkça tanınmış olan bir sapma imkanından veya yasada düzenlenmiş bir kurumdan faydalanılmış olmasının denetimi hiçbir şekilde bertaraf etmediği ise sürekli olarak göz önünde tutulmalıdır<sup>411</sup>. Örneğin GİŞ içinde yer alan bir sorumsuzluk anlaşması hafif ihmal için yapılmış olsa bile denetim ölçütüne aykırıdır, zira bu konudaki temel hukuki düzenleme BK m.98'dir ve buna göre “borçlu umumiyet itibariyle **her** kusurdan mes'uldür”<sup>412</sup>. Aksine bir düzenlemeye hafif ihmal açısından imkan tanınmış olması (BK m.99), sadece bu noktada BK m.98'in “yedek” bir kural olduğunu gösterir ki, yukarıdan beri açıklanmaya çalışıldığı gibi, bu yedek kural GİŞ kullanıldığında aslen emredici hale gelir<sup>413</sup>. Dikkate alınacak olan norm, GİŞ hükmü hiç olmasa uygulanacak olan normdur<sup>414</sup>, bu da örneğimizde borçlunun her kusurdan sorumlu tutulacağına ilişkin BK m.98'dir<sup>415</sup>. Aynı şekilde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunda temel norm BK m.100/I'dir. Yani kural, yardımcı kişilerin bütün kusurlu davranışları için borçlunun sorumlu tutulacak olmasıdır. Aksine düzenlemelerin GİŞ içinde yer alması halinde yine ölçüt norm ihlal edilmiş demektir. Aynı şekilde sadece yasada imkan tanınmış olan bir kurumun somut sözleşmeye alınmış olması da denetimi engellemez. Örneğin cezai şart kararlaştırma veya temlik yasağı getirme gibi bir imkanın yasada verilmiş olması, bunların GİŞ yoluyla kararlaştırılması halinde artık denetlenemeyeceği

<sup>410</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.181

<sup>411</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 8 AGBG, N.2; *Teoman*, 99

<sup>412</sup> Bu konuda bkz. *OR/Wiegand*, Art.99 N.4vd.

<sup>413</sup> BK m.99/II'nin uygulanabileceği hallerde, GİŞ sorunundan bağımsız olarak hakime, yedek hukuk kurallarını emredici hale getirip borçlunun hafif ihmali için sorumsuzluk anlaşmasını batıl sayma imkanı verildiği hakkında bkz. *Akman*, 71

<sup>414</sup> *Dylla-Krebs*, 30

<sup>415</sup> Kuşkusuz somut sözleşmenin özelliklerinin, hafif ihmalden sorumsuzluğun müşteriye mağdur etmediği sonucuna götürmesi mümkündür (bkz. yukarıda § 10 III 4). Ayrıca GİŞ-kullanan tüm kusurdan sorumlu tutulsa dahi hakimin her zaman BK m.98/II atfı dolayısıyla m.43/44'e dayanarak tazminatta indirim yapma imkanı olduğu da unutulmamalıdır.

anlamına gelmez<sup>416</sup>. Zira bu kurumlar GİŞ düzenlemesi olmasa ex lege sözleşme içeriği olabilecek kurumlar değildir<sup>417</sup>. Yine yasanın tanıdığı bir yenilik doğuran hakkın kullanılma tarzına ilişkin düzenlemeler de dene-timden geçerler<sup>418</sup>.

Ancak yasada yer alan bir düzenlemenin eksiksiz olarak GİŞ içine aktarılmış olmasına rağmen bazı hallerde taraflar arasında önemli bir dengesizlik doğması da mümkündür. Örneğin tüketici kredilerinin geri ödenmesinde BK m.84'ün (BGB § 367) uygulanması nedeniyle böyle bir durumla karşılaşılmaktadır. Muaccel para borcunun kısmen ifa edilme-si halinde bunun önce faize daha sonra anaparaya mahsup edileceği ku-ralını getiren bu düzenleme bankalar için büyük bir avantaj sağlamak-tadır<sup>419</sup>. Nitekim bu yüzden Alman Tüketici Kredileri yasasında<sup>420</sup> kredi verenin bölümsel ifayı kabul etmek zorunda olduğu ve mahsubun da ön-ce anaparaya yapılacağı kuralı getirilmiştir. Oysa BK m.84'ü aynen GİŞ içine alan bir bankanın, ilgili kuralın yasada yer alması nedeniyle, dene-timden kurtulma imkanı olacaktır. Kanımca bu gibi durumlarda yine so-runu, ilgili yasa hükmünün somut olayda uygulanacak olan yasa hük-mü olup olmadığını tespit ederek çözüm bulmak mümkündür. Tüketici kredileri açısından bu hükmün "ilgili" yedek hukuk kuralı olduğu redde-dilerek ve bu hükmün uygulama alanı amacına uygun sınırlandırılarak (teleolojik redüksiyon), hakimin, tüketici kredileri için daha uygun olan yedek hukuk kuralını yaratması gerekir<sup>421</sup>. Bu da, yapılan kısmi ödemeler-in önce anaparaya daha sonra faize mahsup edileceği kuralıdır<sup>422</sup>.

<sup>416</sup> Becker, 114; Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 N.33; Teoman, 99

<sup>417</sup> Staudinger/Coester, AGBG § 8 N.37

<sup>418</sup> Bu bağlamda saydamlık gereğinin işlevi için bkz. yukarıda § 10 III 2 b.

<sup>419</sup> bkz. Serozan, Borçlar Hukuku, § 8 N.10

<sup>420</sup> 1990 tarihli Tüketici Kredisi Kanunu §11/III (BGBl. I 2840)

<sup>421</sup> bkz. Dylla-Krebs, 80; Staudinger/Coester, AGBG § 8 N.35; MünchKomm/Kötz, § 8 AGBG, N.1; ayrıca yukarıda dn.333

<sup>422</sup> Yine tüketici kredilerinde sorun doğuran bir diğer düzenleme olan BK m.80 kuralı ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.10/III yoluyla bertaraf edilmiştir. Bu şekilde borçluya hem vadesinden önce ifa etme hem de bir faiz indirimi talep etme imkanı verilmiştir (aynı şekilde Tüketici kredilerine ilişkin AB-yönergesi m.8, 22.12.1986, 87/102/AET, ATRG 12.2.87, L42/48; İsviçre'de 1993 tarihli Tüketici Kredisi Hakkında Federal Kanun m.12, SR 221.214.1). Ancak yasa koyucunun bölümsel ifanın öncelikle anaparaya mahsubu yoluyla yine dolaylı yoldan faizin düşmesi sonucunu doğuracak bir imkanı vermemiş olması kanımca tutarsız olmuştur (bkz. Serozan, Borçlar Huku-ku, § 8 N.10). Gezder'in TKHK m.10/III'ü incelerken, Avrupa ülkelerinde getirilen dü-zenlemenin ve bu arada BGB § 367 ve VerbrKrG § 11/III'ün vadesinden önce ifa halin-de mahsubun nasıl yapılacağına ilişkin olduğundan bahsetmesi ise yanlış olmuştur. Zi-ra sorun vadesinde yapılan bölümsel ifada mahsubun nasıl yapılacağıdır, yoksa vade-sinden önce ifa halinde BK m.80'den ayrı olarak faiz indirimi isteme imkanının varlığı değildir (karş. Gezder, 133).



## b) Edim veya karşı edimi belirleyen genel işlem şartları

İkinci olarak, edim ve karşı edim yükümlerini saptayan genel işlem şartları da denetim kapsamı dışında kalırlar. Zira serbest piyasa ekonomisi kurallarının hakim olduğu bir ortamda edimler arası dengede objektif adaletin yerini “piyasa adaleti” alır<sup>423</sup>. Fiyatlar bazı istisnalar dışında mevcut anayasal sistemde denetim konusu olamazlar<sup>424</sup>. Olmaları da düşünülemez zira “doğru fiyatı” tespit etmek için herhangi bir hukuksal ölçüt mevcut değildir<sup>425</sup>. Ancak bir sözleşmede sık sık asli edimlerin, edim=X TL gibi basit bir şekilde ifade edilmediği, özellikle GİŞ içinde yer alan birçok hükmün fiyatın oluşumuna veya sunulacak mal veya hizmetin kapsamına etkisi olduğu aşıkardır. Bu durumlarda ise denetim konusu olabilecek ve olamayacak hükümler arasında sınırı çizmek gibi çok önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle edim yükümlerine ilişkin olarak zaten yasada bir düzenleme bulunması halinde (örneğin belirli fiyat tarifeleri) bundan sapmanın denetime tâbi olacağı unutulmamalıdır<sup>426</sup>. Bu hallerde artık yasa koyucu menfaatlerin dengelenmesi konusunda bir tercih beyan etmiştir ve tarafların da buna uyması gerekir. İkinci olarak yukarıda açıklanan saydamlık gereği de (*Transparenzgebot*) her türlü GİŞ açısından aranır. Zira müşteri açısından anlaşılır bir şekilde ifade edilmiş olma gereği edimi belirleyen hükümler açısından özel bir önem taşımaktadır. En elverişli fiyatların piyasada oluşabilmesi için semen karşılığı sunulan hizmetin kapsamı, hangi hallerde ek bir ödemenin talep edileceği gibi hususların müşteri açısından anlaşılabilir ve diğer arz edilen mal/hizmetlerle karşılaştırılabilir olması gerekir<sup>427</sup>. Aksi takdirde zaten piyasada fiyat oluşumunun ön koşulları ortadan kalkmış olur<sup>428</sup>. Bu nedenle gerek asli edimlerin (*essentialia negotii*) gerekse yan edimlerin hepsi saydamlık denetiminden geçecektir<sup>429</sup>. Yürürlük denetiminde, şaşırtıcı hükümler açısından, bunların neye ilişkin bir düzenleme getirdiği ayırımı yapılmadığı gi-

<sup>423</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 8 N.2. Ayrıca çok sık edim ve karşı edimin, taraflar arasında pazarlık konusu edilmiş olması nedeniyle bireysel anlaşma olarak nitelendirileceği de unutulmamalıdır (*Larenz/Wolf*, 799)

<sup>424</sup> *Dylla-Krebs*, 157; *Joost*, ZIP 1996, 1685, 1687; *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 701,705. Fiyat denetiminin yapıldığı alanlardan en önemlisi hiç kuşkusuz kira hukukudur. Yargıtay’ın bu alandaki denetim faaliyeti hakkında geniş bilgi için bkz. *Hatemi/Serozan/Arpacı*, 173vd.; *Yavuz*, 245 vd.

<sup>425</sup> *Brandner*, FS Hauss, 1,9; *I.Koller*, FS Steindorff, 667,675; aksi fikirde *Dylla-Krebs*, 130. Ancak gabin veya ahlaka aykırılığın varlığının kabul edilebildiği hallerde edim/karşı edim dengesi denetlenebilir.

<sup>426</sup> *Joost*, ZIP 1996, 1685,1688

<sup>427</sup> *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 701,705

<sup>428</sup> *Staudinger/Coester*, AGBG § 8 N.15; *I.Koller*, FS Steindorff, 667,676

<sup>429</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 8 N.8a; *Palandt/Heinrichs*, AGBG § 8, N.1; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.143; *Staudinger/Coester*, AGBG § 8 N.15; *Larenz/Wolf*, 801



bi, saydamlık denetiminde de böyle bir ayırım yapılamaz. Edime ilişkin hükümlerin içerik denetimine tâbi tutulmamasının ön koşulu bunların saydam bir içerik sahibi olmasıdır.

Saydamlık denetimi aşamasının geçilmesi halinde ise artık genel işlem şartlarının neyi düzenlediklerine bakılması gerekecektir. “Asli edim”i düzenleyen, yani tarafların değiş tokuş konusu yapmak istedikleri şeyi saptayan ve bu şekilde kurulmak istenen sözleşmeye damgasını vuran hükümler denetim konusu olamazlar. Yani satılmak, kiralanmak istenen mal, alınmak istenen kredi miktarı, otobüs yolculuğunun nereye yapılacağı gibi konular denetim dışıdır<sup>430</sup>. Aynı şekilde daha karmaşık edimlerin ifasında, örn. bir mimarlık sözleşmesinde ne tür bir edimin taahhüt edildiği de denetim konusu olamaz. Ancak bu edimin nasıl, ne zaman, nerede ifa edileceği gibi hususların, edimin tek taraflı olarak miktarını, niteliklerini veya konusunu değiştirme yetkilerinin kuşkusuz hepsi denetime tâbidir<sup>431</sup>.

Asli ve yan edimlerin karşılığını oluşturan para değeri de denetim dışı tutulacaktır<sup>432</sup>. Bir malın fiyatı kadar, onun nakliyesi, sigortalanması, paketlenmesi, teslim edilmesi, gerekli yerde kurulması için ödenecekler ve KDV’si de hep denetim dışı kalan hususlardır<sup>433</sup>. Sadece fiyatın bir bütün olarak değil de tek tek masraf kalemlerini sayarak tespit edilmiş olması bir denetim imkanı vermemelidir<sup>434</sup>. Buna karşılık fiyatın öngörülemez şekilde her an değişmesi sonucuna götüren hükümler, borcun muaccel olmasına ve ödeme koşullarına ilişkin düzenlemeler, önce ifa kayıtları, mahsup düzenlemeleri, dövizle ödeme kayıtları hep denetime tâbidir<sup>435</sup>.

Hakimin bu konuda karar verebilmesi için *doğrudan edim yükümünü belirleyen hükümler* ile *dolaylı olarak edim yükümünü belirleyen hükümler* arasında bir ayırım yapması en tutarlı çözüm olarak gözükmektedir<sup>436</sup>. Bunlardan dolaylı olanları hiç istisnasız içerik denetimine de konu olurlar. Her türlü hükmün bir yerde fiyatın belirlenmesine dolaylı olarak etkisi olduğu kabul edilmek gerekir. Buna karşılık doğrudan fiyatı belirleyen hükümler açısından sadece saydamlığı sağlayarak piyasa mekanizmasının işlemesine katkıda bulunmak mümkündür.

<sup>430</sup> Soergel/Stein, § 8 AGBG, N.6

<sup>431</sup> Larenz/Wolf, 799-800

<sup>432</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 N.14; Teoman, 96vd.

<sup>433</sup> Soergel/Stein, § 8 AGBG, N.10

<sup>434</sup> Staudinger/Coester, AGBG § 8 N.25

<sup>435</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf/Horn/Lindacher, § 8 N.16vd.

<sup>436</sup> Staudinger/Coester, AGBG § 8 N.19. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşlerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Dylla-Krebs, 111vd. Alman içtihatları için bkz. Joost, ZIP 1996,1685, 1687vd.

## IV. Genel İşlem Şartlarının Hükümsüzlüğünün Sonuçları

### 1. Genel Olarak Kısmi Hükümsüzlük

İçerik denetimi bahsi altında ele alınmak istenen son konu, sözleşmenin bir parçası olan genel işlem şartlarından birinin veya bazılarının batıl olması halinde sözleşmenin geri kalanının ne olacağı sorunudur. BK m.20/II,c.1 uyarınca bir sözleşmenin sadece bazı bölümlerinin batıl olması halinde bu durum sözleşmenin tümünün butlanını kural olarak beraberinde getirmez (*utile per inutile non vitiatur* / geçersiz olan geçerli olanı sakatlamaz). Kural, sözleşmenin batıl hükümler olmaksızın ayakta kalmasıdır. Yasa koyucu sözleşmeye en asgari ölçüde müdahale etmeyi ve tarafların ortak iradelerini yansıtan sözleşmeyi mümkün olduğu kadar ayakta tutmayı ilke haline getirmiştir. Nitekim kısmi butlan ilkesinin temelinde “*favor contractus/favor negotii*” düşüncesinin yattığı bugün genel kabul görmektedir<sup>437</sup>. Yasanın varsaydığı, tarafların ilgili hüküm olmadan da sözleşmeyi ayakta tutmak isteyecekleridir.

Ancak tarafların iradesinin aksi yönde belirmesi, yani batıl olan bu hüküm olmasaydı bu sözleşmeyi aslında yapmayacak olduklarının anlaşılması da mümkündür. Bu durumda onları bu farazi iradelerine rağmen sözleşme ile bağlı tutmak uygun olmayacaktır. Nitekim yasa koyucu irade özerkliğine saygı göstermek için koymuş olduğu bu kuralın istisnasını belirterek taraflardan birinin, farazi iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlaması halinde sözleşmenin tümüyle batıl sayılacağını öngörmüştür (BK m.20/II,c.2)<sup>438</sup>.

Görüldüğü gibi kısmi butlanın söz konusu olabilmesi için iki şartın varlığı aranacaktır: butlan sadece sözleşmenin belirli kısımlarına ilişkin olmalıdır (objektif şart) ve somut olayda tarafların batıl kısım olmadan da sözleşmeyi yapacak oldukları kabul edilebilmelidir (sübjektif şart).

BK m.20/II açıkça “akdin muhtevi olduğu şartlardan” bahsetmektedir. Mevzuatın Almanca metninde akdin *bölümlerinden* (Teile), Fransızca metninde ise *hükümlerinden* (clauses) bahsedilmektedir. Ancak bu terim farklılığı varılan sonuçlara yansımamaktadır. Söz konusu olan, tarafların, sözleşmenin bir boyutuna ilişkin olarak getirdikleri bağımsız düzenleme, bu konuda uyuşan irade beyanlarıdır<sup>439</sup>. Örneğin bir

<sup>437</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.326; *Gauch/Schluerp/Schmid*, N.693; *Hürlimann*, N.11; *Başpınar*, 4. Bu kuralın Roma hukukunda, müşterek hukukta ve mukayeseli hukuktaki gelişimi hakkında bkz. *Hürlimann*, 7vd.

<sup>438</sup> Buna karşılık Alman hukukunda *kural*, sözleşmenin tümüyle batıl olması, ancak tarafların farazi iradelerinin aksi yönde olduğunun ispatlanması halinde kısmi hükümsüzlüğün geçerli olmasıdır (BGB § 139, ayrıntılı bilgi için bkz. *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 139 N.29)

<sup>439</sup> bkz. *Kocayusufoğlu*, Kaneti Armağanı, 25,30.

satım sözleşmesinde malın teslim yerine, ifa tarihine veya cezai şart ödenmesine ilişkin olarak yapılan tek tek bütün anlaşmalar o sözleşmenin hükümlerini oluşturur ve her biri ayrı ayrı bir butlan sebebi içermeleri halinde kısmi butlan sonucunu doğurabilir<sup>440</sup>.

**Kural**, sözleşmenin kısmen ayakta kalması olduğu için aksini iddia eden tarafın bunu ispatlaması gerekir<sup>441</sup>. İspat edilmesi gereken husus, sözleşmenin akdi anında tarafların ilgili hükmün batıl olduğunu bilmiş olmaları halinde sözleşmeyi yapmayacak olduklarıdır. BK m.20/II bir yedek hukuk kuralı olduğu için tarafların sözleşmede bir düzenleme yaparak tümel hükümsüzlüğü kural haline getirmiş olmaları veya sözleşmenin her halde ayakta kalacağını kararlaştırmaları mümkündür<sup>442</sup>. Bu durumda bir ispat sorunu doğmayacaktır, zira tarafların farazi iradelerini araştırarak olan hakimin onların beyan edilmiş olan iradelerini dikkate alması gerektiği doğaldır. Bu şekilde bir açıklık olmaması halinde en azından sözleşme görüşmelerinden, hükümlerin kaleme alınmış tarzından veya ilgili hükmün sözleşmenin bütünü içindeki yerinden bu hükmün taraflardan biri için dahi olsa büyük önem arz ettiği anlaşılabilen hallerde kural olarak tümel hükümsüzlük kabul edilecektir<sup>443</sup>. Eğer bu yönde bir delil de bulunamazsa artık tespit edilmesi gereken mantıklı makul düşünen kişiler olarak tarafların neyi istemiş olabilecekleridir<sup>444</sup>. Bugün doktrinde hakim görüş farazi iradenin tespitinde objektif bir kriterin uygulanmasından yanadır<sup>445</sup>.

## 2. Genel İşlem Şartları Kullanılan Sözleşmede Kısmi Hükümsüzlük

GİŞ kullanılarak akdedilen bir sözleşmenin sadece bazı hükümlerinin batıl sayılması, bu tezde ileri sürülen denetim mekanizmalarının ka-

<sup>440</sup> Ancak sözleşmenin bir hükmünü de ayrıca tekrar "batıl bölüm" "batıl olmayan bölüm" şeklinde ikiye ayırmanın mümkün olup olmadığı çok tartışmalı bir konudur. Örneğin yasal faiz haddini aşan bir sözleşme hükmünün, bu haddi aştığı oranda batıl, bu haddin altında kaldığı oranda da geçerli olduğu ileri sürülebilecek midir? Bu sorunun cevabı aşağıda sadece GİŞ kullanılan sözleşmeler açısından incelenecektir (dn.479'a ilişkin metin). Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hürlimann*, N.160-162; *Başpınar*, 62vd.; *Neumann*, 42-44

<sup>441</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.329; *Hürlimann*, N.229

<sup>442</sup> *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.695; *Hürlimann*, N.170vd.; *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.330; *Larenz/Wolf*, 852.

<sup>443</sup> *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.363-365

<sup>444</sup> *Larenz/Wolf*, 853. Hakimin tarafların farazi iradesini tespit ederken ne sözleşmeyi yorumladığı ne de psikolojik bir olguyu tespit ettiği, aksine taraf menfaatlerini saptayıp bunları tartarak bir sonuca vardığı hakkında bkz. aynı yazarlar, 853.

<sup>445</sup> *Hürlimann*, N.213; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.700; *Kramer*, Tandoğan Armağanı, 155,163; *v.Tuhr/Peter*, 227; *Başpınar*, 101; aynı yönde BGE 107 II 419,424vd.; aksi görüşte *OR/Huquenin Jacobs*, Art.19/20 N.63; *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 139 N.24. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşler için bkz. *Hürlimann*, N.210-223; *Başpınar*, 94-101.

bulü halinde son derece sık karşılaşılan bir sonuç olacaktır. Bu hallerde kısmi hükümsüzlüğün objektif şartı gerçekleşmiştir, zira sözleşmenin bağımsız bir hükmü batıl sayılmıştır. Ancak sübjektif şart açısından sorun doğabilecektir. Zira GİŞ kullanan taraf farazi iradesinin, ilgili hüküm olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmamak yönünde olduğunu iddia edecek ve bunu ispatlamaya çalışacaktır<sup>446</sup>. Oysa bu ispatın getirilerek sözleşmenin tümüyle geçersiz kılınabileceğini kabul etmek müşterileri korumak açısından son derece elverişsiz bir çözümdür. Burada bir yanda batıl sayılan GİŞ hükmünün aleyhine sonuç doğurduğu müşteri ve onun, bu hüküm olmasa da *sözleşmeyi akdedeceği yönündeki farazi iradesi* ile diğer yanda, GİŞ kullanan işletmenin, ilgili hüküm olmaksızın *sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki farazi iradesi* karşı karşıya gelmektedir. Hâkimin bunlar arasında bir seçim yaparken tercihini zayıftan yana koymasını savunulmalıdır<sup>447</sup>. Zayıf olan sözleşme tarafının korunması, sözleşme özgürlüğünün korunması karşısında öncelik sahibidir; zira aksi takdirde sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmış olmasının anlamı kalmayacaktır. GİŞ denetimi ile amaç zaten irade özerkliği sınırlandırmaktır, dolayısıyla bu denetimin hukuki sonuçları açısından da irade özerkliği, korunması gereken tarafın menfaatleri karşısında ikinci planda kalmalıdır<sup>448</sup>. Özellikle müşterinin GİŞ'in içeriğini şekillendirirken hiç söz sahibi olmadığı ve sadece işletmenin, bunların içeriğinin yasal sınırlar içinde kalmasını belirleme imkanı olduğu düşünülürse, bu görevini yerine getirmeyen işletmeye sözleşmeyi tümüyle batıl kılarak yükümlülüklerinden kurtulma imkanı vermek için bir gerekçe olmadığı görülecektir<sup>449</sup>.

<sup>446</sup> Örneğin bir kartel üyesi olan işletmenin önceden belirlenmiş GİŞ-metnini kullanma taahhüdü altında olması veya ancak fiyat artırım halinde ilgili hükmün çizilmesini kabul edecek olduğu hallerde farazi iradenin aksi yönde olduğu kolaylıkla ispat edilebilecektir.

<sup>447</sup> Nitekim Çorlu Asliye Ticaret Mahkemesinin 3.5.1994 tarihli kararında bir bankanın kredi sözleşmesinde yer alan ve faizlerin banka tarafından dilediğince artırılabilmesi yönündeki hükmü ahlaka aykırı ve batıl sayılmış; Buna karşılık bankanın, bu hükmün geçersizliği halinde bütün sözleşmenin "iptal edilmesi" gerektiği yönündeki iddiası dikkate alınmamıştır. BK m.20/II tarafların farazi iradesi araştırılmaksızın uygulanmıştır (kararın metni için bkz. *Sungurbey*, 75-79). Aynı yönde *Stockar*, 90; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 211

<sup>448</sup> *Canaris*, Gesetliches Verbot, 32; *Fastrich*, 329; *Schwenzer*, N.46.09. Burada söz konusu olan BK m.20/II'nin amaca uygun sınırlandırılmasıdır (teleolojik redüksiyon). Yasa kuralının fazla geniş tutulmuş olması nedeniyle ortaya çıkan örtülü boşluk MK m.2/II yoluyla doldurulmaktadır (*Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.322. BK m.20/II'nin Alman hukukundaki karşılığını oluşturan BGB § 139'un uygulanması açısından aynı yönde *Larenz/Canaris*, 214; *Fastrich*, 329. Örtülü boşlukların doldurma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, Giriş, § 5 N.14vd.)

<sup>449</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 6 AGBG, N.1. Nitekim Federal Mahkeme de gabinli sözleşmelerde iptalin tümel etkisini reddederek bu hallerde de BK m.20/II'nin uygulanacağını kabul etmektedir: "Sözleşme hukukundaki gelişme, şekli sözleşme özgürlüğünün maddi sözleşme adaleti tarafından bastırılması yönündedir. Özellikle kira ve iş hukuku, tüketicinin korunması veya genel işlem şartları alanında bu dikkati çekmektedir. Günümüz

Nitekim Alman GİŞ-yasası § 6'da<sup>450</sup>, BGB § 139'a bir istisna getirilmiş ve genel işlem şartının batıl olmasına rağmen sözleşmenin ayakta kalacağı kuralı açıkça benimsenmiştir<sup>451</sup>. Aynı şekilde Avrupa Birliği yönergesinde de genel işlem şartlarından bazılarının geçersiz olması halinde sözleşmenin geri kalanının ayakta kalması için gerekli düzenlemeleri yapmaları konusunda üye devletler görevlendirilmiştir (m.6/1)<sup>452</sup>. Hatta Almanya'da GİŞ-yasasının yürürlüğe girmesinden önce dahi BGB § 139'un genel işlem şartlarının butlanı halinde uygulanmayacağı gerek doktrin gerekse uygulama tarafından kabul edilmekteydi<sup>453</sup>.

Bugün İsviçre-Türk doktrininde bir sözleşme şartının, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl olması halinde BK m.20/II,c.2'nin kural olarak uygulanmayacağı zaten yaygın kabul görmektedir<sup>454</sup>. Emredi-

---

hukuk anlayışı, geçersizlik veya geçerlilik ikilemi üzerine kurulu bir siyah/beyaz yaklaşımdan öte, hakimin, hükümsüz sözleşmelerin içeriğini denetlemesi suretiyle daraltıcı yorumu ön plana çıkaran gri bir alana kaymıştır. Günümüz beklentilerine cevap veren yaklaşım hakimin sözleşme içeriğini şekillendirmesi olanağın kabul eden yaklaşımdır. Bunu hukuk uygulaması da görmezlikten gelemez. Bu açıdan gabinli sözleşmelerin sadece kısmen hükümsüz olması zamanımızın temel yaklaşımlarına en uygun olan çözümdür." (BGE 123 III 292,297)

<sup>450</sup> Bu maddeye göre: "(1) Genel işlem şartları, tamamen veya kısmen sözleşme içeriği haline gelememişse veya geçersizse sözleşmenin geri kalan kısmı geçerliliğini korur. (2) Kayıtlar sözleşme içeriği olamadığı veya geçersiz sayıldığı ölçüde sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. (3) Sözleşmenin ayakta kalması, fıkra 2'de öngörülen değişiklikler de dikkate alındığında taraflardan biri için kendisinden beklenemeyecek sonuçlar doğurması halinde sözleşme geçersiz sayılır". Görüldüğü gibi madde sadece BGB § 139'daki karineyi aksine çevirmekle yetinmemekte (yani BK m.20/II'ye paralel olarak sözleşmenin kural olarak geçerli ancak aksine farazi iradenin ispatlanması halinde tümüyle geçersiz olduğunu kabul etmemekte); BK m.20/II'yi aşarak, sözleşmenin tümüyle batıl sayılması için sözleşme taraflarından biri açısından sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesini aramaktadır (bkz. *Medicus*, Rechtsfolgen, 83,84). AGBG § 6 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Schmidt*, Harry, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg, 1986, passim.

<sup>451</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Roth*, 3 vd.; *Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.1

<sup>452</sup> Bkz. Ek 2

<sup>453</sup> BGHZ 22,90,93; 51,55,57; *Raiser*, AGB, 323; *Schmidt-Salzer*, NJW, 92; karşı. *Münch-Komm/ Kötz*, § 6 AGBG, N.1. Aynı şekilde bugün de gerek ortaklıklar hukuku gerekse iş hukuku alanında zayıfın korunmasını gerektiren hallerde BGB § 139'un uygulanmayacağı, GİŞ-yasası § 6'nın genelleştirilebilecek bir ilke olarak bu hallere de ışık tutması gerektiği ileri sürülmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. *Fastrich*, 326vd.; ve özellikle *Beckmann*, Roland Michael, Nichtigkeit und Personenschutz - Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, Tübingen 1998)

<sup>454</sup> *Kocayusufoşaoğlu*, Kaneti Armağanı, 25,30; *Oğuzman/Öz*, 133; *Başpınar*, 155; Sorumsuzluk anlaşması açısından bkz. *Akman*, 109; *Erten*, 274; *Şenocak*, 256; *Zeyneloğlu*, Taşıma Hukuku, Ankara 1993, 148; *Eriş*, Taşıma Hukuku, 181; *Bucher*, ZSR 1983, 251,295; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N.710; *Hürtimann*, N.286vd.; *Giger*, Rechtsfolgen, 128-129; *v.Tuhr/Peter*, 228; *Kamm*, 451; *Schönenberger/Jäggi*, Art.1 N.510; *Stockar*, 90, 131; aksi görüşte *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.355. Alman hukuku için bkz. *Hönn*, 136vd.; *Hauss*, 7,16. *Kaplan*'ın emredici hükümlere aykırılık halini de kap-

ci hükümlere aykırı sözleşme hükmü olmaksızın sözleşme ayakta kalır ve taraflara varsayımsal iradelerinin aksi yönde olduğunu ispatlama olanağı verilmez. Ancak emredici hükümlere aykırılık olmamasına rağmen, GİŞ'in kamu düzenine aykırı olması halinde de yine işletmenin aksine farazi iradesinin varlığı nedeniyle sözleşmenin bütünüyle batıl sayılmasını sağlayabileceği kabul edilmemelidir<sup>455</sup>. Butlan normunun amacının taraflardan birini korumak olduğu her durumda tümel hükümsüzlüğe hükmetme imkanı kural olarak ortadan kalkar. Nitekim TTK m.1266/II de bu esas üzerine kuruludur. Buna göre sigorta şartlarının ilgili bakanlıkça tasdikine veya bu şartların baskısına ilişkin kurallara uyulmaması halinde müşteri aleyhine olan GİŞ hükümleri yerine yasal düzenleme uygulanır ve sigorta şirketine sözleşmenin tümünü batıl kılma imkanı verilmmez<sup>456</sup>.

Yine aynı gerekçelerle GİŞ içinde yer alan ve sözleşme hükümlerinden birinin batıl olması halinde sözleşmenin geri kalanının da batıl olacağına ilişkin hükümler de geçersiz sayılmak gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi bireysel sözleşmelerde hakime yol gösterici olarak nitelendirilebilecek bu tür hükümler GİŞ içinde yer aldığı anda işletmenin tek yanlı menfaatlerini korumak dışında bir anlam ifade etmezler; hakim bunları dikkate almadan sözleşmenin geri kalan kısmı ile ayakta kalmasına hükmetmesi beklenir<sup>457</sup>.

### 3. Kısmi Hükümsüzlük Nedeniyle Doğan Sözleşme Boşluğunun Dolandırılması

Genel işlem şartlarının hükümsüz sayılmasını gerektiren hallerin

---

sayacak şekilde GİŞ kullanan tarafa aksine farazi iradesini ispatlama olanağı tanımamasına katılmak mümkün değildir (karş. BATİDER 1991, 47,66).

Kuşkusuz burada söz konusu olan emredici hukuk kuralı, sözleşme taraflarından birinin istismar edilmesini, sömürülmesini engelleme amacı güden bir emredici normdur. Yoksa bu tür bir amacı olmayan, örn. genel olarak bir mala ilişkin ithal yasağı koyan bir norma rağmen sözleşmenin ayakta kalması düşünülemez (ayrıntılı bilgi için bkz. *Canaris*, *Gesetzliches Verbot*, 21vd.; aynı yönde *Larenz/Wolf*, 854; *Neumann*, 49). Yine aynı şekilde, normun amacının taraflardan birini korumak olmaması halinde emredici hukuk kuralına aykırı kayıt olmadan sözleşmeyi kurmayacak olduğunu ilgili tarafın ispatlamasına da imkan tanımak gerekir.

<sup>455</sup> GİŞ kullanımında kısmi hükümsüzlük halinde sözleşmenin ayakta tutulması gerektiği yönünde *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 165; *Kocayusuflupaşaoğlu*, *Borçlar Hukuku*, § 24 N.20; *Altop*, *Finansal Kiralama*, 137. Ekonomik açıdan güçlü sözleşen lehine öngörülmüş olan dönme hakkını saklı tutma kaydı ve dönme hakkından feragat için aynı görüşte *Serozan*, *Sözleşmeden Dönme*, 216 ve 445. Buna karşılık *Lörtscher*, GİŞ içinde yer alan sorumsuzluk kayıtları açısından da tümel hükümsüzlüğü ileri sürmenin mümkün olduğunu savunmaktadır (*Lörtscher*, 227).

<sup>456</sup> Bu hükmün kıyas yoluyla GİŞ kullanımı halinde de uygulanması yönünde *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 165; *Gezder*, 153

<sup>457</sup> *Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.23; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 6 N.13; *Roth*, 8; *Kohlegger*, FS Broda, 137,154



bazılarında sözleşmede ayrıca bir boşluk oluşmaz ve geri kalan kısmı ile sözleşmenin icrası herhangi bir sakınca doğurmaz<sup>458</sup>. Örneğin bir satım sözleşmesine ilişkin GİŞ'de satıcının hiçbir sebep göstermeksizin sözleşmeden dönebileceğine ilişkin bir hükmün yer alması ve bunun batıl sayılması halinde sözleşmede herhangi bir boşluk doğmayacaktır. Ya da müşterinin, işletmenin temerrüdü halinde sözleşmeden dönmesi halinde bir cezai şart ödeme vaadi de yerine başka bir hüküm getirilmeksizin batıl sayılacaktır. Aynı şekilde tüketici kredilerinde kredi sözleşme şartlarının tüketici aleyhine değişebileceğini öngören bir genel işlem şartı TTK m.10/I uyarınca batıl olacak, yerine de herhangi bir hüküm koymak ihtiyacı olmayacaktır.

Buna karşılık diğer bazı hallerde, örn. tüketicinin, satıcının ihtiyarına kalmış teslim tarihindeki fiyatı ödeyeceğine ilişkin bir taahhüdünün, sözleşmenin ancak GİŞ kullanan tarafından feshedebileceğine veya alıcıya sadece tamirat hakkının tanındığına ilişkin bir hükmün butlanı ile fiyata, fesih olanaklarına veya müşterinin haklarına ilişkin sözleşmede hiçbir açıklık kalmayacaktır. Oysa ihtilafın çözümü için sözleşmede var olan bu boşlukların<sup>459</sup> doldurulması gerekmektedir.

Aslında kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen BK m.20/II sadece iki alternatiften yola çıkmaktadır: ya sözleşme batıl olan hüküm olmadan geriye kalan kısmı ile geçerliliğini sürdürecektir ya da tümüyle batıl sayılacaktır. Bunun dışında üçüncü bir alternatif maddede anılmamaktadır<sup>460</sup>. Ancak yasa koyucunun bu konudaki suskunluğunu üçüncü bir alternatifin olamayacağı şeklinde (*tertium non datur*) anlamak zorunluluğu yoktur. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kurumlarını özel hukukun temelini koyan anlayışın bir uzantısı olarak hakimin sözleşmeye müdahalesi de en azda tutulmak istenmiş, dolayısıyla kısmi hükümsüzlük halin-

<sup>458</sup> Roth, 50

<sup>459</sup> Kaplan'ın BK m.20/II uyarınca kısmi butlanın var olduğu hallerde sözleşme boşluktan bahsedilemeyeceği görüşüne katılmak mümkün değildir (karş. Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, 84). Tarafların baştan itibaren bir konuyu düzenlememiş olmaları ile hakimin hükmü sonucu geriye etkili olarak baştan hükümsüz sayılan bir düzenleme üzerine ortaya çıkan boşluk arasında kural olarak herhangi bir fark görmek mümkün değildir. *Canaris*'in haklı olarak ifade ettiği gibi eğer batıl olan hüküm taraflarca hiç kararlaştırılmamış olsaydı hakimin sözleşmede bir boşluğun varlığını kabul edip bunu tamamlayacağı kabul edilebiliyorsa o hükmün batıl sayılmasından sonra da sözleşme boşluğunu hakimin doldurabileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık ilgili hüküm olmasa hakim sözleşmede hiçbir boşluğun var olmadığını kabul edeceği hallerde ancak istisnai olarak hakimin sözleşmeye müdahalesi düşünülebilir. Bu da, tarafların edimleri arasındaki dengenin bozulması sonucu adeta işlem temelini çöktüğünün varsayılacağı, batıl sayılan hükme rağmen sözleşmenin ayakta tutulması halinde taraflardan birinin büyük zarar göreceği hallerde söz konusu olacaktır (bkz. *Canaris*, FS Steindorff, 519,540,555-563).

<sup>460</sup> Guhl/Merz/Koller, 43; Gauch/Schluep/Schmid, N.702



de hakimin sözleşmede oluşan boşluğu doldurması düşünülmemiştir<sup>461</sup>. Oysa günümüz hukuk düzeninde hakimin sözleşmeye müdahalesi adeta olağan hale gelmiştir. İşlem temelinin çökmesi üzerine hakimin sözleşmeyi uyarlaması veya tahvil gibi uç iki alternatifin anılması bunu göstermek için yeterli olacaktır<sup>462</sup>. Bu tezin konusunu oluşturan genel işlem şartlarının denetlenmesi ve bunun bir parçasını oluşturduğu tüketicinin korunması sorunu da hakimin sözleşmeye müdahalesini zorunlu kılan en önemli alanlardan biridir. Bu müdahalede amaç sözleşmeyi yeniden şekillendirmektir. Bozulmuş olan edimler arası dengeyi yeniden kurmaktır. GİŞ alanında da hakim öncelikle taraflar arasındaki dengeyi bozan hükmü kaldırarak, ancak daha sonra da gerekiyorsa sözleşmeyi tamamlayıcı düzenlemeler yapacaktır<sup>463</sup>.

Yukarıda GİŞ denetiminin basamakları açıklandığında hakimin öncelikle denetim ölçütünü bulup ardından bundan sapmanın derecesine bakacağı ifade edilmişti. Bu inceleme çerçevesinde zaten büyük ölçüde sözleşme boşluğunun doldurulması için en uygun düşen kuralın ne olduğu da saptanmış olacaktır. Ölçüt norm ilgili sözleşme için hak ve borç dağılımını en adil şekilde belirlediğinden kısmen hükümsüz kalan sözleşmenin doldurulmasında da yine bu norma başvurulması doğaldır. Dolayısıyla sözleşme boşluğu kural olarak öncelikle yasada var olan emredici veya yedek hukuk kuralları vasıtasıyla doldurulacaktır<sup>464</sup>. Emredici hükümler açısından mutlak olarak geçerli olan bu çözüm, yedek hukuk kuralları açısından bazı sınırlandırmaları gerektirir. Özellikle somut olayda sözleşmenin düzenleniş şeklinin yasadaki sözleşme tipinden ayrılması, çok farklı bir menfaat dağılımı öngörmesi veya amaç olarak bundan farklılaşması halinde ilgili yedek hukuk kurallarının buna rağmen ölçüt norm olarak alınmayacağı yukarıda ifade edilmişti<sup>465</sup>. Bu hallerde

<sup>461</sup> Batıl kısmın yerini emredici veya yedek hukuk kuralının alması kanundan doğan bir sonuç olduğu için ayrıca maddede anılmamış olması normaldir (*Kocayusuşpaşaoğlu, Kaneti Armağanı, 25,26, Başpınar, 175*)

<sup>462</sup> Hakimin sözleşmeye müdahale ederek içeriğini belirlemesine izin veren açık yasal düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin fahiş cezai şart miktarının azaltılmasına ilişkin BK m.161/III veya iş sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmelerine aracılık halinde kararlaştırılan fahiş tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin BK m.409 buna örnek gösterilebilir.

<sup>463</sup> İsviçre-Türk hukukunda BK m.20/II'nin, sözleşmenin, hakimin koyacağı kural ile doldurulmasına engel olmadığı görüşünde: *Gauch/Schluemp/Schmid, N.703; Hürlimann, N.252 vd.; Guhl/Merz/Koller, 43-44; Kocayusuşpaşaoğlu, Kaneti Armağanı, 25,26; Başpınar, 177; BGE 107 II 216,218.*

<sup>464</sup> *Hürlimann, N.276-295; Kramer, Tandoğan Armağanı, 155,157; Schwenzler, N.32.42 Kocayusuşpaşaoğlu, Kaneti Armağanı, 25,26; Başpınar, 155vd.* Buna karşılık *Serozan* hakimin yaratacağı hukuka öncelik verilmesi gerektiği kanaatindedir, zira yazara göre yedek hukuk kurallarının zayıfı yeterinde koruyacağından yola çıkmak mümkün değildir (*Serozan, JBl 1983, 561,571*).

<sup>465</sup> yukarıda dn.333

artık sözleşmede var olan boşluğun hakimın bulacağı kural ile doldurulacağı kabul edilmelidir<sup>466</sup>. Aynı çözüm yasada hiç düzenlenmemiş sözleşme türleri için evleviyetle geçerlidir. Ancak ilke, boşluğun doldurulmasında yedek hukuk kuralının önceliğidir<sup>467</sup>.

Bireysel sözleşmelerde, uygun bir yedek hukuk kuralının var olması halinde sözleşme boşluğunu dolduracak olan hakimın prensip olarak tarafların varsayımsal iradesini dikkate alması gereklidir. Yani tarafların koymuş oldukları kuralın batıl olduğunu bilmeleri halinde yerine nasıl bir kural koymuş olacakları incelenecektir<sup>468</sup>. Dolayısıyla batıl olan hükme en yakın sonucu veren, ancak yasal sınırlar içinde kalan çözüm bulmak ve bu şekilde sözleşme boşluğunu doldurmak hakimın görevidir<sup>469</sup>. Ancak irade özerkliğinin iki taraf için de geçerli olduğu sözleşmeler için kayıtsız koşulsuz kabul edilebilecek bu ilke (yukarıda BK m.20/II.c.2'nin uygulanması açısından olduğu gibi) GİŞ kullanılarak akdedilen sözleşmelerde anlamını yitirmektedir. Zira bu sözleşmelerin hükümleri, tarafların iradelerine en uygun çözümü belirtmek açısından hakime yol göstermezler. Aksine, bu hükümler sadece işletmenin iradesinin ne yönde olduğunu belirlemek açısından önem taşır. Oysa müşterinin iradesi tamamen kendisi aleyhine olan bu hükümlere en yakın olan çözümü benimsemek yönünde olmayacaktır.

Bir örnek vermek gerekirse: GİŞ içinde yer alan bir sorumsuzluk kaydının işletme tarafından kast ve ağır ihmali de kapsayacak şekilde ge-

<sup>466</sup> Alman hukukunda da baskın görüş, GİŞ'in hükümsüzlüğü nedeniyle ortaya çıkan kısmi butlan halinde hakimın sözleşmeyi bizzat koyduğu kuralla tamamlayabileceği yönündedir: Schmidt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.34; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 6 N.15; *Fastrich*, 342; *Larenz/Wolf*, 815; *Neumann*, 154; *Roth*, 53; *MünchKomm/Kötz*, § 6 AGBG, N.14; BGHZ 90, 69,75vd.

<sup>467</sup> Bu çözüm, tamamlayıcı hukuk kurallarına koşulsuz öncelik tanımak ile, öncelikle tarafların farazi iradeleri doğrultusunda sözleşme boşluğunu tamamlamak şeklindeki iki zıt görüşü bağdaştırmaktadır. Bu sayede yedek hukuk kurallarının uygulama alanının önemli ölçüde daraltılması, sadece tarafların farazi iradelerinin hiç saptanamadığı hallerle sınırlı olarak uygulanmaları önlenmiş olmaktadır (*Larenz*, NJW 1963, 737vd.). Diğer taraftan tamamlayıcı hukuk kurallarının sözleşmenin bünyesine uygun düşmemesi halinde ise, hakime, ilgili sözleşme boşluğunu tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurma imkanı tanınmaktadır. Bugün Almanya'da hakim görüşün bu yönde olduğunu söylemek mümkündür: *Larenz*, NJW 1963, 737vd.; *Ulmer*, NJW 1981, 2025, 2026; *Lindacher*, BB 1983; 154,158; *Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.29-30; *Neumann*, 132; İsviçre-Türk hukuku için aynı yönde *Hürlimann*, N.298; *Kaplan*, Sözleşmeye Müdahale, 90; *Başpınar*, 171. BGE 107 II 216,218'de Federal Mahkeme de aynı görüşe taraftar gözükmektedir; öncelikle taraf iradelerinin esas alınacağı yönünde *Merz*, Länderbericht, 67,104.

<sup>468</sup> Bu araştırma aslında, taraflar ilgili hükmün batıl olduğunu bilselerdi sözleşmenin ayakta kalmasını isterler miydi araştırmasının (yukarıda § 5 l) devamı niteliğindedir (aynı görüşte *Hürlimann*, N.256). Zira, "evet sözleşmenin ayakta kalmasını isterlerdi, ama ne şekilde?" sorusuna cevap aranmaktadır.

<sup>469</sup> *OR/Huquenin Jacobs*, Art.19/20 N.65

nel olarak kaleme alınmış olması halinde bu hükmün denetim ölçütüne aykırılık nedeniyle batıl sayılacağı yukarıda ifade edilmişti (BK m.98)<sup>470</sup>. Her türlü sorumluluğun bertaraf edilmesi müşteriyi hiç kuşkusuz mağdur edeceği için kuralın tümü geçersiz sayılır. Ancak bu durumda bir sözleşme boşluğunun doğduğunu kabul ederek işletmeyi en azından hafif ihmalden sorumlu tutmamak, dolayısıyla da işletmenin çıkarına uygun olan çözümü mü kabul etmek doğrudur yoksa hiçbir boşluğun doğmadığından yola çıkıp işletmeyi artık her halde bütün kusurlarından sorumlu tutmak mı doğrudur? Kanımca bu durumda da sözleşmenin taraf menfaatlerini nasıl dengelediği dikkate alınmalıdır. GİŞ içinde “hafif ihmalden sorumlu değilim” kaydının kural olarak batıl ancak müşteriyi mağdur etmemesi halinde geçerli kabul edilebileceği yukarıda ifade edilmişti<sup>471</sup>. Aynı yaklaşımla burada da, “hiçbir kusurundan sorumlu değilim” kaydını tümüyle batıl saymakla beraber sözleşmede taraflar arasındaki denge dikkate alınarak gerekirse boşluğu hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı ile doldurmak hakimnin takdirine bırakılmalıdır. Bu tür bir denge mevcut değilse işletme her türlü kusurundan sorumlu tutulmasına katlanmak zorunda olmalıdır<sup>472</sup>.

Dolayısıyla GİŞ kullanılan sözleşmelerde ortaya çıkan sözleşme boşluğunun hakimnin koyacağı kural ile doldurulması gereken hallerde hakimnin adil bir sözleşmenin gereklerinden yola çıkması gereklidir. Hakimden beklenen ileride çıkacak bu tür ihtilaflarda da örnek oluşturabilecek bir çözüm geliştirmesidir<sup>473</sup>. Kuşkusuz amaç müşteriye hiç beklemediği bir menfaat sağlamak, serbest piyasada bulamayacağı derecede elverişli şartlarda bir sözleşme sunmak değildir<sup>474</sup>. Ancak amaç işletmenin koymuş olduğu kurala en uygun çözümü bularak bu şekilde işletmenin menfaatlerini korumak da değildir<sup>475</sup>. Aslında *Fastrich*'in haklı olarak be-

<sup>470</sup> Örneğin ... A.Ş. Sermaye Piyasası Araçları Alım Satımına Aracılık Çerçeve Sözleşmesi / madde 6: Gerçekleşmeyen Emirler: “... Yatırım, emrin kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesinden, gerçekleştirilen emirlerde karşı tarafın sermaye piyasası araçlarını teslim etmemesinden ya da bedeli ödememesinden, elinde olmayan nedenlerden, muhabirlerin, üçüncü kişilerin kusurundan, gecikmesinden, unutma veya yanılmasından, ihmalden ve elinde olmayan sair nedenlerden dolayı sorumlu değildir.”

<sup>471</sup> Bkz. yukarıda § 10 III 4

<sup>472</sup> Her türlü kusurdan sorumsuzluğa ilişkin GİŞ kayıtlarının denetimi için ayrıca bkz. *Berner Kommentar/Kramer*, Art.19-20 N.358 ve 377; *Hürlimann*, N.275; *Stauder*, Les clauses limitatives, 95,132. Bu açıdan Akman, Erten ve Şenocak'ın, *sözleşmenin türüne göre herhangi bir ayırma gitmeksizin*, genel bir sorumsuzluk kaydının her halde hafif kusurdan sorumsuzluğu kabul edecek şekilde kısmen geçerli sayılması gerektiği yönündeki görüşüne katılmıyorum (karş. *Akman*, 100; *Erten*, 213; *Şenocak*, 255).

<sup>473</sup> *Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.32, N.37; *Roth*, 62

<sup>474</sup> *Roth*, 58

<sup>475</sup> Örneğin ahlaka aykırılık nedeniyle batıl sayılan hükümler sonucu doğan sözleşme boşluklarının doldurulmasında yasanın önleme amacını (Präventionsfunktion), yani bu tür hükümlerin tekrar sözleşmelere alınmasını engelleme amacını da göz ardı etmemek ge-

lirttiği gibi hakimin faaliyeti ilgili sözleşme tipine uygulanabilecek tamamlayıcı hukuk kuralları yaratmaktan ibarettir<sup>476</sup>. İki tarafın menfaatlerini en iyi şekilde dengelemek ve ilgili sözleşmeye ilişkin olarak hukuk düzeninin değer yargılarını somutlaştırmak hakimden beklenmektedir. Bu açıdan hakimin ölçüt normu tespit etmek için gösterdiği faaliyet ile çakışma mutlak ve çok sık bu norm aynı zamanda sözleşme boşluğunu da doldurmaya yarayacaktır.

Ancak genel işlem şartları içinde yer alan ve belli bir konuya ilişkin düzenleme getiren bir hükmün yanı sıra, o hükmün batıl sayılması halinde doğacak boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin bir düzenlemenin de bizzat GİŞ içinde mevcut olması mümkündür. Örneğin bir genel işlem şartının hükümsüz sayılması hali için işletmeye tek taraflı olarak ilgili boşluğu doldurma yetkisinin önceden verilmiş olması veya doğrudan yasal düzenlemenin en esnek yorumu ile elde edilebilecek sonucun yedek hüküm olarak saptanmış olması mümkündür. Acaba böyle bir “yedek hükmün” GİŞ içinde yer alması halinde sözleşmenin emredici veya tamamlayıcı yedek hukuk kuralları veya hakimin koyacağı hüküm ile doldurulması söz konusu olmayacak mıdır? Kanımca bu hallerde de yedek hükmün içeriği belirleyici olacaktır. Eğer tarafların menfaatini gereği gibi dengeleyen bir hüküm söz konusu ise hakimin bunu uygulamasına bir engel düşünülemez<sup>477</sup>. Buna karşılık müşteriyi sadece *daha az* mağdur eden bir alternatif hüküm söz konusu ise artık bunun da batıl sayılarak hakimin boşluğu gereği gibi doldurmasını engellemek mümkün olmamalıdır<sup>478</sup>.

Bu çerçevede gerek Almanya’da gerekse İsviçre’de savunulan ve batıl olan sözleşme hükmünün de kendi içinde butlan sebebinin etkisinde kalan ve kalmayan bölüm olarak ikiye ayrılmasını ve bu şekilde en azından ilgili hükmün kısmen geçerliliğini korumasını savunan görüş incelenmelidir (*geltungserhaltende Reduktion*). Örneğin yasal faiz haddini

---

rektiği konusunda bkz. *Canaris*, FS Steindorff, 519,523vd; *Krampe*, AcP 194(1994), 1,30vd. Yazar bu gerekçe ile, ödünç sözleşmesinde aşırı faiz oranlarının ahlaka aykırılık nedeniyle batıl sayılmasına, ancak yerine “normal” bir faizin dahi talep edilemeyeceğine hükmeden Alman Federal Mahkemesi kararlarını (BGH NJW 1962,1148,1149; 1983,1420,1422) desteklemektedir. Nitekim özellikle tüketici kredilerine ilişkin yeni yasa faaliyetlerinde tüketiciyi koruyucu hükümlerin ihlal edilmesi halinde bu tür yaptırımlarla sık sık karşılaşmaktadır. Örneğin İsviçre Tüketici Kredisi Yasası m.11, kredi sözleşmesinin butlanı halinde (sadece ahlaka aykırılık nedeniyle değil), tüketicinin, ödünçü, kredi sözleşmesinde kararlaştırılmış olan sürenin sonuna kadar geri ödeyeceğini ancak ne faiz ne de masraf ödeme borcu altında olmadığını açıkça kabul etmiştir (*OR/Koller-Tumler*, Art.1 KKG N.12) .

<sup>476</sup> *Fastrich*, 339-343; aynı yönde *Canaris*, FS Steindorff, 519,555

<sup>477</sup> aynı yönde *Neumann*, 106.

<sup>478</sup> Alman hukuku için bu yönde Schmidt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.39; *Münch-Komm/Kötz*, § 6 AGBG, N.12; *Roth*, 65

aşan bir faiz hükmü, sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğüne yol açmakla kalmayacak, bu görüş çerçevesinde, ilgili faiz düzenlemesi de tekrar bölünerek yasal haddin altında kalan kısmıyla geçerli, bunu aşan kısmıyla batıl sayılacaktır. Bu şekilde kısmi hükümsüzlük sadece sözleşmenin tümü açısından değil tek tek sözleşme hükümleri açısından da kabul edilmektedir. Bu görüşün kabulü halinde kestirme bir şekilde, bir sözleşme boşluğuna mahal vermeden ve taraf iradelerine en uygun şekilde butlanın etkilerinin en aza indirilmesi mümkün görülmektedir<sup>479</sup>.

Ancak GİŞ kullanılarak akdedilen sözleşmeler açısından bu görüşü savunmak hiç yerinde olmayacaktır<sup>480</sup>. Zira hakimin bu şekilde, tek taraflı olarak, GİŞ kullanan işletmenin menfaatlerini korur duruma düşmesi engellenemeyecektir. İşletme batıl olduğunu bildiği bir hükmü GİŞ içine almakta her hangi bir kaygı gütmeyecektir, çünkü bu hükmün dava konusu olması halinde zaten mahkemenin kendisi için en elverişli olan had üzerinden hükmü değiştireceğini bilecektir<sup>481</sup>. Dava konusu olmayan bütün haller için de kazançlı çıkacaktır. Her ne kadar bu çarpık durumu engellemek için özellikle Alman öğretisinden hakimin yasaya uygun en üst sınıra değil, iki tarafın da menfaatlerini gözetken daha alt bir sınıra da batıl hükmü indirebileceği savunulmaktaysa da<sup>482</sup> bugün hakim görüş GİŞ kullanımı halinde bu tür bir müdahalenin yapılamayacağı ve hükmün bütünüyle batıl olacağı yönündedir<sup>483</sup>. Daha sonra, hakimin gerekli görmesi halinde, doğan sözleşme boşluğu iki tarafın menfaatini dengeleyecek şekilde doldurulacaktır.

TTK m.1466'da yer alan ve "Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salâhiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır..." hükmünü de bu şekilde anlamak mümkündür. Öncelikle maddenin ifadesi, bura-

<sup>479</sup> İsviçre hukukunda indirim görüşü lehine ileri sürülen gerekçeler için bkz. *Spiro*, ZBJV 1952, 449, 459vd. Eleştiriler konusunda bkz. *Hürlimann*, N.270-275; *Bucher*, ZSR 1983, 251,296; *Keller*, 151

<sup>480</sup> Aynı görüşte, *Hürlimann*, N.274-275; *Schwenzer*, N.46.09

<sup>481</sup> *Ulmer*, NJW 1981, 2025,2028; *Neumann*, 68; *Sambuc*, NJW 1981, 313,315. Nitekim Federal Mahkeme de kesin görüş bildirmemekle beraber, gabinli sözleşmelerde edimler arası dengenin sağlanması sürecinde bu tehlikenin varlığına işaret etmektedir (BGE 123 III 292, 305)

<sup>482</sup> *MünchKomm/Kötz*, § 6 AGBG, N.8; *Roth*, 35; *Canaris*, FS Steindorff, 519,550 (Ancak yazar eskiden indirimin sadece yasal sınıra kadar yapılabileceği görüşündeydi karşı. *Canaris*, Gesetzliches Verbot, 30)

<sup>483</sup> *Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.14; *Fastrich*, 331; *Larenz/Wolf*, 816; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 6 N.29; *Staudinger/Coester*, AGBG § 9 N.31; *Neumann*, 58vd, 81; *Ulmer*, NJW 1981, 2025,2029; *Lindacher*, BB 1983, 154,156; *Hensen*, FS Brandner, 231,237; BGHZ 84, 109,114vd.; 90,69,73; NJW 1998, 177; farklı görüşte *MünchKomm/Kötz*, § 6 AGBG,N.8

da söz konusu olanın bir indirim olmadığına, aksine, ilgili batıl hükmün bütünü itibariyle batıl sayılıp yerini en yüksek had üzerinden yapılmış yeni bir hükmün aldığına işaret etmektedir<sup>484</sup>. Her ne kadar boşluğun, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılarak doldurulacağı ifade edilmişse de, maddeyi, bu haddin altında kalan bir değer ile boşluğun doldurulmasına engel olarak görmek mümkün değildir. TTK m.1466 sadece yol gösterici bir hüküm olarak kabul edilmeli ve hakimın somut olayın şartlarına göre dilerse azami had üzerinden, dilerse daha düşük bir değer üzerinden sözleşme boşluğunu doldurabileceği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>485</sup>.

Burada değinilmesi gereken bir diğer görüş de, gerek İsviçre’de gerekse Türkiye’de son yıllarda taraftar toplayan *değişik kısmi hükümsüzlük görüşü*<sup>486</sup>. Bu görüşe göre bir sözleşmenin sakat olan kısmının yerine ikame bir kuralın geçirilmesi suretiyle ilgili sözleşmenin ayakta tutulması halinde *değişik kısmi hükümsüzlük* söz konusu olmaktadır. Bu ikame kural öncelikle kanunun emredici ve yedek hukuk kurallarından alınmakta, bu konuda kanunda bir açıklık olmaması halinde ise hakimın yaratacağı kural ile sözleşme doldurulmaktadır. Bu kuram vardığı sonuçlar itibariyle aslında yukarıda savunulan sonuçlardan hiçbir farklılık göstermemektedir. Özellikle tek tek sözleşme hükümlerinin de kısımlara ayrılarak batıl sayılmasını reddetmesi, sözleşme boşluğunun doldurulmasında önceliği yasal düzenlemeye vermesi ve bunların yokluğu halinde hakime sözleşmeyi tamamlama yetkisi vermesi açısından çakışma mutlaklıdır. Buna rağmen bu tezde *değişik kısmi hükümsüzlük görüşünü* savunmak uygun görülmemiştir. Zira, kanımca bu yeni kavram bazı yanlış anlamaları beraberinde getirmeye elverişlidir. Adeta yeni bir hükümsüzlük türü olarak sunulan bu kavram, aslında sorunun temelinde yatan noktayı perdelemektedir. Sorun, sözleşmede kısmi butlan nedeniyle oluşan boşluğun doldurulup doldurulamayacağı, bunun kabul edilmesi halinde de hangi hüküm ile doldurulacağıdır. BK m.20/II’nin butlan nedeniyle doğan boşluğun doldurulmasını engellemediği bugün zaten tartışma götürmemektedir. Sözleşme boşluğunun nasıl doldurulacağı sorunu ise kanımca hükümsüzlük sorunundan ayrı ele alınmak gerekir.

<sup>484</sup> *Kocayusuşpaşaoğlu*, Kaneti Armağanı, 25,32; *Başpınar*, 169. BK m.161/III ve m.409’da da aynı durumun söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz. *Hürlimann*, N.294. Yazara göre bu durumda gerek cezai şarta gerekse tellallık ücretine ilişkin sözleşme hükmü tüümüyle batıldır ve yerini hakimın uygun göreceği bir değer alır.

<sup>485</sup> Yargıtay’ın, satış bedelinin en yüksek had üzerinden tayin edilmiş sayıldığı bir kararın için bkz. Y11HD 11.12.1978, 5246/5544, BATİDER 1979/4, 1027,1028

<sup>486</sup> bkz. *Hürlimann*, 74vd; *Gauch/Schluemp/Schmid*, 703; *Zufferey-Werro*, 345; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Kaneti Armağanı, 25vd.; *Başpınar*, 152vd.; İsviçre’de “modifizierte Vertragsnichtigkeit” kavramı kullanılmakta (bkz. *Hürlimann*, 74), Türk hukukunda ise “değiştirilmiş kısmi butlan” kavramı da teklif edilmektedir (bkz. *Başpınar*, 152).

Gerek yedek hukuk kuralları gerekse hakimin yaratacağı normlar yoluyla sözleşme boşluğunun doldurulacağı kabul edilse de çok istisnai bazı durumlarda sözleşmenin arta kalan haliyle bağlı kalmanın taraflardan biri için çekilmez olması mümkündür. Hakimin müşteri lehine sözleşmeye müdahale edeceği düşünülürse bu genelde GİŞ kullanan taraf olacaktır. Alman GİŞ yasası § 6/III'de bu durumda sözleşmenin bütünüyle batılacağı öngörülmüştür. Anılan bu imkanın İsviçre-Türk hukukunda da varlığını kabul etmekte herhangi bir sakınca olamaz, zira temelinde yatan düşünce işlem temelinin çökmesi kurumunun<sup>487</sup> temelinde yatan düşünce ile örtüşmektedir. Hakimin sözleşmeye müdahalesi suretiyle edimler arasındaki dengenin kurulamaması halinde son çare (*ultima ratio*) sözleşmenin çözüleceğini kabul etmektir<sup>488</sup>.

---

<sup>487</sup> Bu konuda bkz. *Serozan*, Borçlar Hukuku, § 20; *Burcuoğlu*, 4vd.

<sup>488</sup> Kuşkusuz işletmenin sözleşmeyi haklı sebeple feshetme imkanının olduğu hallerde bu tür bir müdahaleye de gerek olmayacaktır (*Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 6 N.44).



## § 11. Özel Olarak: Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Genel işlem şartları sorununun teorik olarak nasıl ele alınması gerektiği incelendikten sonra özellikle uygulamada karşılaşılabilecek şartlardan bazılarının denetlenmesi imkanlarını araştırmak, sunulan çözüm yollarının uygulanabilirliğini ölçmek açısından doğru gözükmiştir. Kuşkusuz burada ele alınan genel işlem şartları sadece örnek mahiyetindedir, tüketici bir sayım iddiası yoktur<sup>1</sup>. Ancak seçim yapılırken özellikle Alman GİŞ-Yasası §§ 10-11'de ve AB-Yönergesinin ekinde yasaklanması uygun görülmüş olan genel işlem şartlarını incelemek tercih edilmiştir. Yöntem, yukarıda da ifade edildiği gibi<sup>2</sup>, genel işlem şartlarına konu olan olaylara aslen uygulanması gereken hukuki düzenlemeyi tespit etmek, bunun var olmadığı hallerde, sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımını araştırmak, ardından da, GİŞ yoluyla bu düzenlemeden gerçekleşen sapmanın müşteriye ne ölçüde mağdur ettiğini, menfaatler dengesine ne kadar aykırı düştüğünü anlamaktır. Tespit edilen denetim ölçütünden sapma önemli ölçüde ise bu GİŞ kaydının kamu düzenine aykırı ve dolayısıyla batıl olduğuna hükmetmek gerekecektir. Bazı hallerde ise hükmün kendisi geçerli sayılmakla birlikte, bu hükümde işletmeye tanınan takdir hakkının sınırlandırılması ihtiyacı doğacaktır.

Esas alınan iki yasak katalogunda olduğu gibi, burada verilen örneklerde de, sadece tacir olmayanlara karşı GİŞ kayıtlarının kullanıldığı varsayımından hareket edilmiştir<sup>3</sup>. Tacirlere karşı kullanım halinde de kısmen bir butlan yaptırımının uygulanması kuşkusuz mümkündür, an-

<sup>1</sup> Ağırlıklı olarak bankacılık sektöründe kullanılan genel işlem şartlarının incelenmiş olması, hem en yaygın GİŞ kullanımının bu alanda söz konusu olması hem de denetlenmek açısından en "elverişli" hükümlerin bu şartlar içinde bulunmasından kaynaklanmaktadır.

<sup>2</sup> § 10 III

<sup>3</sup> Alman GİŞ-yasasında, § 10 ve § 11'de anılan yasak hükümler katalogunun tacirler açısından kıyasen uygulanacağı, en azından gayri adil olduğu konusunda bir emare bulunduğu görüşü yaygındır (bkz. BGHZ 90, 273,278; Lutz, 23vd, özellikle 28vd.; Baudenbacher, JA 1987, 217, 221; Eckert, WM 1993, 1070,1071; Ulmer/Brandner/Hensen, §

cak bu alanda uygulanacak kıstasların farklı olduğu yukarıda açıklanmış<sup>4</sup>; tezin odak noktasının GİŞ karşısında tüketicinin korunması yollarını araştırmak olması nedeniyle tacirler kapsam dışı bırakılmıştır.

## I. Sözleşmenin Kurulması Ve İfası Aşamasına İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları

### 1. Genel İşlem Şartlarının Uygulama Alanına İlişkin Kayıtlar

Genel işlem şartlarının taraflar arasında akdedilen sözleşmenin parçası sayılabilmesi için hangi gereklere uyulacağı yukarıda ele alınmıştı<sup>5</sup>. Bankalarla akdedilen çerçeve sözleşmelerde yer alan aşağıdaki türden hükümlerin bu şartlara uygunluğu ise sorun doğuracaktır:

“Müşteri ile banka arasında ayrıca bir sözleşmeye bağlanmamış olan ilişkilerde bu sözleşme cari hesap, kredi ve rehin sözleşmesi hüküm ve özelliğine sahip olacaktır. Müşteri o çeşit ilişkilerde de bu sözleşmenin uygulanacağını ve bankanın bu sözleşmeden doğan bütün hak ve yetkilerini kullanabileceğini kabul eder. Aynı bir sözleşmeye konu olmuş ilişkilerde, o sözleşmede açıklık bulunmaması hallerinde, müşteri, bankanın bu sözleşme hükümlerine başvurma hakkına sahip olduğunu da kabul eder ve üstlenir.”

Sorun bir yürürlük denetimi sorunudur, yani GİŞ'in taraflar arasında akdedilen hangi sözleşmelere uygulanabileceği saptanmak gerekir. Yapılan işlem, taraflar arasında ilk başta akdedilmiş olan çerçeve sözleşmede belirtilmiş bir işlem türüne giriyorsa, çerçeve sözleşme ve bunu şekillendiren GİŞ o işleme uygulanır<sup>6</sup>. Buna karşılık belirtilen işlem türlerinden biri söz konusu değilse artık ayrı bir sözleşme mevcuttur ve çerçeve sözleşme hükümlerinin bu ilişkiye uygulanması mümkün olamaz<sup>7</sup>. Bankanın, iki ayrı sözleşme akdettiği müşterisinden, bu sözleşmelerin hükümlerinin birbirlerine de uygulanacağını bilmesini beklemekte dürüstlük kuralı uyarınca korunabilecek bir güveni yoktur. Bu tür hükümler global kabul halinde şaşırtıcı olarak nitelendirilir ve hiç sözleşme içeriği olamaz.

### 2. Sözleşme Koşullarının Değiştirilmesine İlişkin Kayıtlar

#### a) Maddi olmayan edimi sonradan tek taraflı değiştirme yetkisi

Kural olarak sadece edime uygun ifa borcu sona erdirir. Yani sözleş-

24 N.15; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 24 N.13; aksi görüşte *Schmidt-Salzer*, NJW 1995, 1641,1643)

<sup>4</sup> § 5 II

<sup>5</sup> § 8 II

<sup>6</sup> § 8 II 1 b cc

<sup>7</sup> *Schwarz*, Richtlinie, 127,139

mede tam olarak ne borçlanılmışsa onun ifa edilmesi gerekir<sup>8</sup>. Farklı bir şeyin ifa edilmesi halinde alacaklının bunu reddetme ve sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurma imkanı vardır. Ancak sık sık GİŞ içinde, edimi ifa edecek olan tarafa bu edimin bazı özelliklerini veya tamamen konusunu değiştirme hakkı verilmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcıya malın miktarını, adedini, rengini, modelini, hammaddesini vb. değiştirme imkanı verilmesi veya tümünden bir *aliud* ifasına imkan tanınması halinde bu durumla karşılaşılmaktadır. Bu şekilde hem ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hem de ifa etmeme hükümlerinin tümünü bertaraf eden bir sonucun doğması dikkat çekicidir<sup>9</sup>.

Borçlar hukuku sistemimizin borçlanılan edimin aynen ifa edilmesi ilkesi üzerine kurulu olduğu ise, hem bu ilkeye aykırılık halinde uygulanacak çok çeşitli yaptırımların ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olmasından (ayıp hükümleri), hem de borcun kısmen tediyesine dahi kural olarak izin vermeyen BK m.68/c.1'den çıkarılabilir. Bu durumda GİŞ içinde yer alan ve borçluya edimi *dilediği gibi* değiştirme hakkı veren bir hüküm, sapılan hukuki ilkenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir hüküm olarak batıldır<sup>10</sup>.

Ancak bir mobilya satımında belirli bir model seçilmiş ve ardından teslim edilen mobilyanın renginin kaçınılmaz olarak bir ölçüde asıl renkten saptığı anlaşılmışsa, GİŞ içinde yer alan ve bu tür küçük çaplı değişiklikleri yapma hakkını işletmeye tanıyan bir hüküm geçersiz sayılmaz. Bu hallerde MK m.2 dikkate alınacak ve menfaatler dengesini zedelemeyen değişikliklere izin verilecektir. Kuşkusuz, yapılan değişikliğin müşteri açısından tahammül edilebilir sınırdan olduğunu ispat etmek işletmeye düştüğü gibi<sup>11</sup>, değişiklik yapma hakkının da sadece belirli hallerde hasredilmiş olması gerekir.

Nitekim gerek AB-yönergesi gerekse Alman GİŞ-yasası, edimi tek taraflı değiştirme yetkisinin GİŞ kullanana verilmiş olması durumunda bunun ancak önemli bir sebebin varlığı halinde (*triftiger Grund/valid reason*, AB -yönergesi, Ek m.1/j-k)<sup>12</sup> veya müşteri için önemli bir külfet olmaması halinde (*zumutbar*, AGBG § 10 Nr.4) geçerli sayılabileceğini öngörmüştür.

#### b) Maddi edimi sonradan tek taraflı değiştirme yetkisi

Sözleşmenin kurulması tarihi ile borcun ifa edileceği tarih arasında

<sup>8</sup> Serozan, Borçlar Hukuku, § 1 N.4

<sup>9</sup> Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr.4 N.3

<sup>10</sup> Bu hallerde kişilik haklarının ihlali nedeniyle butlanın söz konusu olabileceği yönünde Gauch/Schluep/Schmid, N.345; Schmid, Klauselkatalog, 49,77

<sup>11</sup> Palandt/Heinrichs, § 10 Nr.4 N.23

<sup>12</sup> bkz.Schmid, Klauselkatalog, 49,77

belirli bir sürenin geçtiği sözleşmelerde, sunulacak olan edimin değerinde artış olma olasılığı nedeniyle semenin de artırılması imkanını getiren hükümlere rastlamak mümkündür. Örneğin bir turistik gezi sözleşmesinin GİŞ'inde:

“... Tours, masraflar arttığı oranda fiyatları buna göre ayarlama hakkını saklı tutar”,

veya belirli bir vadede teslim edilecek bir arabanın satışına ilişkin sözleşmede:

“Teslim tarihine kadar fiyatlarda gerçekleşen artışlar müşteriye yansıtılır.”

şeklinde bir ibare yer alması halinde bunların nasıl değerlendirileceği sorun yaratacaktır. Sözleşme hukukuna hakim olan *pacta sunt servanda* ilkesi uyarınca kural, değişen koşullara rağmen sözleşmenin ilk başta tayin edilen içerikle ifa edilmesidir. Daha sonra fiyatın dilendiği gibi değiştirilebileceği hükmü sözleşme hukukundaki “denklik ilkesi” (*Äquivalenzprinzip*) ile de çelişir; yani bir sözleşme kurulduğunda edim ve karşı edimin belirli bir denge içinde olduğu, dolayısıyla bu dengenin bozulmayacağı varsayımına da aykırı düşer bu hüküm<sup>13</sup>.

Borçlar Kanununun genel hükümleri içinde fiyat artışlarına ilişkin olarak ne emredici ne de yedek bir düzenleme tespit etmek mümkün değildir. Buna karşılık eser sözleşmesine ilişkin BK m.365/I, götürü pazarlık edilmiş olması halinde, eserin meydana getirilmesinde beklenenden fazla masraf yapılmış olmasına rağmen fiyatın artırılmasına imkan tanımaz. İstisnai olarak BK m.365/II, önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan haller nedeniyle ilgili fiyat üzerinden edimin ifasının büyük güçlükler doğuracak olması durumunda hakime fiyatı uyarlama veya sözleşmeyi fesih hakkı vermektedir<sup>14</sup>. Nitekim bu maddeden genel bir ilke türetilerek “işlem temelinin çökmesi” öğretisi doktrinde geliştirilmiştir<sup>15</sup>.

Ancak burada dikkate alınması gereken husus, BK m.365'den farklı olarak, tarafların aralarındaki sözleşmede fiyatın artırılabilmesi konusunda anlaşılıp, aralarından birine bu uyarlamayı kendi başına yapma hakkını baştan vermiş olmalarıdır. Yani iki tarafın elinde olmayan sebeplerle fiyatın artması halinde rizikoyu müşterinin taşıyacağı baştan kararlaştırılmış olmaktadır. Bu açıdan aralarındaki durumu fiyatın takribi olarak tespit edilmiş olduğu BK m.367/I'e benzetmek daha uygundur.

<sup>13</sup> BGH NJW 1982, 331,332

<sup>14</sup> bkz. Tandoğan, ÖBİ II, 234vd.

<sup>15</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Borçlar Hukuku, § 20; Oğuzman/Öz, 432vd.; Burcuoğlu, passim; eser sözleşmesi açısından, Erman, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979

Müteahhidin kusuru olmaksızın, tespit edilen fiyatın işin bitiminde çok aşımış olması halinde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı veren bu madde<sup>16</sup> taraf menfaatlerini en uygun şekilde dengelenmekte ve kanımca bu tür GİŞ kayıtlarının denetlenmesi için doğru ölçütü vermektedir. Zira hem tarafların müdahalesi olmadan fiyatın artması halinde uyarılma imkanı verilmekte<sup>17</sup> hem de bu uyarılma sonucu artık sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır<sup>18</sup>. Dolayısıyla anılan GİŞ kayıtları ancak fiyat artırımını müşteriye herhangi bir tazminat ödemedenden dönme hakkı vermeleri koşuluyla geçerli sayılabilecektir. Dönme hakkının tanınabilmesi için artışın belirli bir yoğunlukta olmasını aramak doğru olacaktır.

Bu tür GİŞ kayıtlarının saydamlık gereğine cevap verebilmesi içinse fiyat artırımının hangi hallerde yapılabileceği konusunda bir açıklık getirilmesi aranmalıdır<sup>19</sup>. Kuşkusuz işletmenin, indi bir şekilde, piyasada herhangi bir değişiklik olmadan fiyatı artırması bu hükümler çerçevesinde mümkün değildir<sup>20</sup>. *Clausula rebus sic stantibus* ilkesi ancak değişen koşullarda uygulama alanı bulur.

Alman GİŞ-yasası § 11/I,1 uyarınca, sözleşmenin kurulmasından itibaren 4 ay içinde ifa edilecek mal veya hizmetlerin bedelinin artırılmasını öngören bir hüküm batıldır (Sürekli borç doğuran sözleşmeler açısından bu düzenleme uygulanmaz). Buna göre 4 aydan uzun bir ifa süresi olan sözleşmelerde kural olarak fiyat artırımını yapılabilir. Ancak Alman Federal Mahkemesi ifa süresi 4 aydan uzun olan araba satış sözleşmelerinde fiyatın artırılmasına imkan tanımakla birlikte müşteriye de sözleşmeden dönme hakkının verilmesini müstakar içtihat haline getirmiştir<sup>21</sup>. Aynı şekilde bir turistik gezi sözleşmesinde uçak fiyatları, vergiler ve harçlar alanında gerçekleşen artışların müşteriye yansıtılacağı hükmü de geçerli sayılmış ancak müşterinin bu şartlar altında sözleşmeden dönmesine imkan tanınmıştır<sup>22</sup>.

AB-yönergesi uyarınca da, bir mal satan veya bir hizmet sunan kişiye, edimin ifası anında fiyatı tespit etmek veya yükseltmek imkanı veren hükümler kötüye kullanılabilir hükümlerdir. Meğerki, sözleşmenin başında tespit edilmiş olan fiyat ile nihai fiyat arasındaki farkın fazla

<sup>16</sup> bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 280vd.

<sup>17</sup> Başlı başına bu artırımın da MK m.2 uyarınca denetimden geçebileceği konusunda tereddüt edilmemelidir.

<sup>18</sup> Gezi sözleşmesi açısından aynı yönde *Oktay*, 198-199

<sup>19</sup> Bkz. yukarıda § 10 III 2 b; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 11 Nr.1 N.36

<sup>20</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr.1 N.15; *Oktay*, 198

<sup>21</sup> BGH NJW 1982, 331vd.; BGH NJW 1983, 1603vd.; BGHZ 90, 69,78vd.; Ayrıca bkz. *Locher*, 101

<sup>22</sup> OLG Frankfurt, NJW 1982, 2198

yüksek olması nedeniyle tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı verilmiş olmasının (Ek m.1/1)<sup>23</sup>. Ancak yönerge Ek m.2/c'de getirdiği istisna ile, menkul değerler veya finansal araçlar gibi, fiyatı borsa endeksine veya sermaye piyasalarındaki kur oynamalarına bağlı olarak değişebilen hizmet ve ürünlere ilişkin işlemleri hariç tutmuştur<sup>24</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sadece sunulan edimin fiyatındaki değişikliklerin maddeden istisna edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla bankanın bu işlemler için aldığı ücretin bu istisna kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Oysa bankacılık sözleşmelerinde çok sık, müşterinin bazı edimler karşılığı ödemesi gereken masraf, komisyon, kurtaj gibi bedellerin tek taraflı artırılması imkanının bankaya verildiğine rastlanmaktadır. Ekonomik gerekçelerle böyle bir artışın haklı sayılabileceği hallerde hüküm başlı başına batıl sayılamaz. Ancak yukarıda varılan çözüm ışığında, menfaatler dengesini kurmak üzere, müşteriye derhal haberdar etme ve ona sözleşmeyi feshetmek için münasip bir süre vermek gereklidir. Dolayısıyla bir bankanın bireysel bankacılık hizmetleri sözleşmesinde yer alan:

“... Bankanın komisyon ve kurtaj oranlarını tek taraflı olarak arttırabileceğini ve tarafına *ihbar edilmesine gerek olmaksızın oranlara uyacağını ve oran değişiklikleri ne miktarda olursa olsun bunu göze aldığı* (vba) ve bu bapta ileride herhangi bir indirim talebinde veya bu sonucu doğuracak sair bir hukuki talepte bulunmayacağını kabul ve taahhüt eder”

şeklindeki bir hükmünü geçerli kabul etmek mümkün değildir.

### c) Faiz oranını sonradan tek taraflı değiştirme yetkisi

Bankalar tarafından tüketicilere verilen kredilerin geri ödenmesinde anaparaya ek olarak faiz ödemesinde bulunulacak olması normaldir. Bu faiz oranı taraflarca serbestçe kararlaştırıldığı gibi<sup>25</sup> sözleşmenin devamı süresince faiz oranının değiştirilmesi hakkı da aynı sözleşmelerde bankalara neredeyse istisnasız tanınmaktadır:

Bir bankanın Genel Kredi Taahhütnamesi m.4/I uyarınca: „... Bankanız bu faiz oranlarını, herhangi bir ihbar ve ihtara gerek gör-

<sup>23</sup> Maddede aslında bir çelişki vardır. Zira hem fiyatın ifa anında saptanacağı hem de ifa anına kadar yükseltilebileceği durumlarda *başlangıçtaki* fiyat ile nihai fiyatın mukayesesi öngörülmüştür. Oysa başlangıçta bir fiyat tayin edilmemişse kıyaslanmanın yapılamayacağı açıktır (aynı yönde *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr.1, N.20).

<sup>24</sup> bkz. *Schwarz*, Richtlinie, 127,152; *Wolf/Horn/Lindacher*, Anh. RiLi N.279

<sup>25</sup> Halen yürürlükte olan 30.6.1987 tarih ve 87/11921 sayılı Bakanlar Kurulu kararı bankaların uygulayacakları kredi faiz oranlarını serbest bırakmıştır (RG 1 Temmuz 1987, sy. 19504, 34). Ayrıca bkz. *Reisoğlu*, Banka, 489 vd.

meksizin dilediği zaman tek taraflı olarak artırmaya yetkilidir...". Bir diğer bankanın Genel Kredi Sözleşmesi m.8'de ise şu ifadeler kullanılmaktadır: I: „Müşteriye bildirimde bulunmaksızın Banka, işbu sözleşme gereğince açılacak kredi ve hesaplar ile birlikte diğer her türlü kredi ve güvencelere, yetkili merciler tarafından tespit olunan veya sonradan değiştirilecek olan azami hadleri geçmemek kaydıyla Bankanın tayin edeceği oranlarda, yahut faiz hadlerinin serbest bırakılması halinde Bankanın saptadığı veya saptayacağı faiz, komisyon (...) ve gider vergisi uygulayacaktır. Müşterinin ileride bu yönde hiçbir iddia, itiraz ve şikayet hakkı olmayacaktır...” XII: “Faiz oranlarında yetkili merciler veya banka tarafından değişiklik yapılması halinde değişiklik tarihinden itibaren, ayrıca ihtara gerek olmaksızın yeni faiz oranının uygulanmasını müşteri hiçbir önkoşul ileri sürmeksizin kabul eder...”

GİŞ içinde yer alan bu tür hükümlerin geçerli sayılıp sayılmayacağı ve geçerliyse hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan uygulama alanı bulup bulamayacağı burada incelenmek gerekir<sup>26</sup>. Öncelikle, bir mal veya hizmetin satın alınması amacıyla verilen tüketici kredileri açısından olaya yaklaşıldığında kesin bir yasakla karşılaşılmaktadır: TKK m.10/I uyarınca sözleşme şartlarının daha sonra değiştirilmesi mümkün değildir, bu nedenle faiz oranının artırılması da söz konusu olamayacaktır<sup>27</sup>. Dolayısıyla yukarıda anılan tarzda bir sözleşme hükmü emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl sayılacaktır<sup>28</sup>. Buna karşılık özellikle kredili mevduat hesapları ve kredi kartı sözleşmeleri<sup>29</sup> gibi sabit bir faiz oranının olmadığı sözleşmeler açısından olaya nasıl yaklaşılacağı meçhuldür.

<sup>26</sup> 3095 sayılı “Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun” uyarınca taraflar sözleşmede faiz oranlarını serbestçe tayin edebilirler. Kanun bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Sadece tarafların sözleşmede bir düzenleme yapmamış olması halinde faiz oranı 1.1.2000 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden hesap edilir. Dikkati çeken bir nokta Yargıtay'ın, kredi sözleşmelerinde faiz oranının gösterilmemiş olduğu hallerde, bu kanuni faiz oranı yerine, kredinin kullanıldığı tarihte bankanın aynı nitelikteki kredilere uyguladığı faiz oranının uygulanmasına hükmetmesidir (Y19HD 25.11.1994, 6472/11467, BATİDER 1994/4,157,158)

<sup>27</sup> *Reisoğlu*, Banka, 374; *Kayar*, GHFD 1997/2, 82,91; ayrıntılı bilgi için bkz. *Gezder*, 110 vd.

<sup>28</sup> Ancak belirli bir süre ve amaçla bankadan alınan kredinin geri ödeme koşulları, özellikle aylık taksitler ve tabii ki faiz oranı taraflar arasında tek tek saptandığından burada bireysel sözleşme hükmünün var olduğu ve bunun karşısında zaten faiz artırımına ilişkin GİŞ hükmünün sözleşme içeriği olmadığı da ileri sürülebilir (bkz. yukarıda § 9 I 2 a).

<sup>29</sup> Kredi kartı verilmesi suretiyle bir kredi sözleşmesinin (nakdi veya gayri nakdi) doğup doğmadığı Türk hukukunda tartışmalıdır. Karş. *Teoman*, Kredi Kartı, 225vd.; *Reisoğlu*, Banka, 388vd.; *Kuntalp*, “Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 5-6 Nisan 1996, 273, 278vd.; *Kostakoğlu*, 106



AB-yönergesi Ek m.1/j'de, işletmenin, sözleşmede sayılmış olan önemli sebeplerden biri gerçekleşmeksizin sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebileceğine ilişkin hükümlerin kötüye kullanılabilir hükümler olduğu belirtilmiştir. Ancak Ek m.2/b'de buna bir istisna getirilmiş ve finans sektöründe, tüketicinin ödeyeceği veya tüketiciye ödenecek faiz oranının, geçerli bir sebebin varlığı halinde (valid reason/in begründeten Fällen) önceden bir ihbara gerek olmaksızın değiştirilebileceği kabul edilmiştir. Bu tür hükümlerin geçerliliği ise bankanın müşteriye bu artıştan *derhal* haberdar etmesi ve ayrıca müşteriye sözleşmeyi bu değişiklik nedeniyle feshetme hakkının tanınmış olmasına bağlıdır<sup>30</sup>. Türk hukuku açısından yönergenin çözümüyle tamamen örtüşen bir çözüm teklif eden *Kostakoğlu*'na göre, müşteriye ihbar yapılmadan faizin dilendiği zaman ve miktarda artırılmasına ilişkin sözleşme kayıtları, bankanın *daha sonra* müşteriye artıştan haberdar etmeyeceği ve kendisine hesabı kapatma imkanı vermeyeceği anlamında yorumlanmamalıdır<sup>31</sup>. Sözleşme koşullarının ağırlaştırılması sonucunu doğuran tek taraflı bir değişikliğin bildirilmesi yazar tarafından MK m.2'nin bir gereği olarak kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır<sup>32</sup>.

Aynı şekilde Alman hukukunda da faiz intibak hükümleri, AGBG §§ 10 ve 11'de sayılan yasak hükümler arasında yer almazlar. Bu tür hükümlerin, refinansman masraflarındaki sürekli değişiklik nedeniyle gerekli olduğu kabul edilmektedir. Ancak AGBG § 9'da yer alan genel hüküm uyarınca gerektiğinde denetlenmeleri mümkündür, ki bunun için piyasa koşullarındaki değişikliğin, ilgili sözleşme türünde faiz artışını haklı göstermemesi gerekir<sup>33</sup>. Ayrıca Türk hukukunda kabul edilen çözüme paralel olarak müşteriye bu sebeple sözleşmeyi sona erdirmeye imkanının da tanınması zorunludur<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Schwarz, Richtlinie, 127,153; Wolf/Horn/Lindacher, Anh. RiLi N.251vd.

<sup>31</sup> Kostakoğlu, 65-66; aynı görüşte Kayar, GHFD 1997/2, 82,89

<sup>32</sup> Y19HD 26.10.1994, 10147/10028 (*Kostakoğlu*,69); Yüksek mahkeme bildirim yükümünün yerine getirilmemesi halinde ancak sözleşmede kararlaştırılan faizin veya „yasal en yüksek had olan TTK'nun 1461/2. maddesindeki mahallindeki iskonto haddi üzerinden faiz tahakkuk ettirilebileceğine” hükmetmiştir. Yine aynı şekilde Yargıtay'ın 1986 tarihli bir kararında “... bankanın, uygulamak istediği faiz oranını belli bir süre vererek müşteriye bildirmesi ve müşteriden muvafakat alınmadan veya sesini çıkarmaması halinde bu faiz oranını uygulayabilir. Zira verilen süre sonunda müşteri bu faiz oranını kabul etmeyerek borcunu kapatabilir” ifadesi kullanılmıştır (Y11HD 18.6.1986, 2945/3631, *Kostakoğlu*, 75-76)

<sup>33</sup> Wolf/Horn/Lindacher, Anh RiLi N.259

<sup>34</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 9-11 N.282. Alman Bankalar Birliği tarafından en son 1993 yılında gözden geçirilen genel işlem şartları uyarınca, değişen faiz oranlarının kendisine bildirilmesinden itibaren müşterinin 1 ay içinde sözleşmeyi feshetme hakkı vardır (*Wolf/Horn/Lindacher*, § 23 N.722). Ayrıca BGB § 609a uyarınca değişen faiz oranlarının uygulandığı karz akitleri her an, 3 aylık bir feshi ihbar süresine uyularak feshedilebilirler (bkz. *Palandt/Putzo*, § 609a N.14-16).

Kanımcı da bu tür hükümlerin, artıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve kendisine sözleşmeyi fesih hakkının tanınması koşuluyla baştan geçersiz olmadığı kabul edilmelidir. Belirsiz süreli sözleşmelerde, ekonomik ortamdaki değişiklikler nedeniyle zaman zaman faiz uyarlaması yapılması bankaların haklı bir ihtiyacına cevap vermektedir<sup>35</sup>. Ancak faiz artışının ne ölçüde yapılabileceği hususu üzerinde de durmak gereklidir. Yargıtay ve doktrin bu hakkın kullanılmasında dürüstlük kuralına uygun davranılması gerektiği görüşündedir, yani bankanın faizi, fahiş bir oranda artırması mümkün değildir<sup>36</sup>. Yine aynı şekilde Alman hukukunda da BGB § 315'den faydalanarak bu sonuca varılmaktadır. Taraflardan birinin edimi tek taraflı olarak belirleme yetkisinin olması halinde bunu ancak hakkaniyet kurallarına uyararak kullanabileceğini ifade eden bu hüküm uyarınca mahkemeler faiz intibak hükümlerinin uygulanmasını denetlemektedirler<sup>37</sup>. Alman mahkemesinin bu gerekçesine çok paralel olan Yargıtay'ın şu ifadeleri dikkate değerdir:

"... Sözleşenlerin, sözleşmenin kurulmasından sonra edimi (tarafardan birisinin) tek yönlü bir irade beyanı ile belirleyebilmesi hususunda anlaşmaları her zaman olanaklıdır. Bundan amaç, aralarında kurdukları hukuksal işlemin içeriğini belirlemek ve daha önemlisi açığa kavuşturmaktır. Bu belirlemenin nasıl yapılacağı hakkında (uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi) sözleşmede herhangi bir açıklık bulunmuyorsa belirleme yetkisi tamamen serbest olmayıp bunun adil, objektif iyi niyet ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması gerekir(vba). Davalı kuruluşun Amme Alacakları Tahsil Usulü Yasasına göre belirlediği gecikme zammı, sözleşenlerin çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun olarak denkleştiren ... bir yöntemdir."<sup>38</sup>

Her halde yapılacak faiz değişikliğinin ancak ileriye doğru uygulanması mümkündür; Geriye doğru da yeni ve yükseltilmiş faiz oranının geçerli olacağına ilişkin bir hüküm batıldır<sup>39</sup>. Diğer yandan finans piyasa-

<sup>35</sup> Aynı görüşte Kayar, GHFD 1997/2, 82,87. *Sungurbey*'in bir ayırım yapmadan, faiz artışına imkan veren her hükmü ahlaka aykırı ve ekonomik özgürlüğü aşırı sınırlayıcı olarak değerlendirmesine (*Sungurbey*, passim) katılmak mümkün değildir. Bu gerekçe kanımcı sadece sabit bir faiz oranı ile ve belirli bir süre için akdedilmiş olan kredi sözleşmeleri için geçerli olabilir. Nitekim TTK da sadece bu tür tüketici kredileri için emredici bir düzenleme getirmiştir.

<sup>36</sup> Aynı görüşte *Kostakoğlu*, 28; Kayar, GHFD 1997/2, 82,89. Y19HD 30.10.1997, 5007/9024, YKD 1998, 1513, 1515; Y19HD 4.2.1997, 3416/831, YKD 1997,963; Y19HD 26.3.1996, 6/2976, YKD 1996,1113,1115; Y19HD 25.11.1994, 6472/11467 (BATİDER 1994/4, 157). Bu düşüncenin pek açık ortaya çıkmadığı kararlar için bkz. Y11HD 26.2.1996, 693/1142, YasaHD 1997, 284; Y11HD 25.2.1997, 112/1094, YasaHD 1998, 665

<sup>37</sup> BGH NJW 1986, 1803,1804; aynı görüşte *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. § 9-11 N.282

<sup>38</sup> Y3HD 22.1.1996, 14823/3463, YKD 1996, 710, 711; aynı: YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 1998, 50, 51

<sup>39</sup> 30.6.1987 tarihli kararname (bkz dn.25) m.6/II uyarınca kredi faiz oranları açılmış ve açılacak kredi hesaplarına ilan tarihinden itibaren uygulanır. Dolayısıyla tarafların an-

larında yaşanan değişikliklerin faiz oranında bir indirim imkan tanıdığı hallerde bu sefer müşteri lehine bu indirimin yapılması zorunluluğu da kayıtsız kabul edilmelidir. Zira bu GİŞ hükmünü geçerli saymanın amacı bankayı değişen koşullar karşısında mağdur etmemektir; yoksa ona hak etmediği bir menfaat sağlamak değil<sup>40</sup>.

Faizin artırımı konusunda bankaya bir takdir hakkının tanınmış olmasının başlı başına saydamlık kuralının ihlali olarak görülmesi ise kural olarak mümkün değildir. Zira bu hükmün haklı ekonomik gereklerle dayandığı açıktır<sup>41</sup>. Ancak en azından ilgili hükümlerde bu artırımın, ekonomik koşullardaki önemli değişimlere bağlı olarak yapılacağını aramak doğru olacaktır. Zira bu koşullarda hiçbir değişim olmadan, yani sözleşme koşullarını “uyarlama” ihtiyacı doğmadan bu yetkinin bankaca kullanılması kabul edilemez.

### 3. Temsil Yetkisine İlişkin Kayıtlar

Bankalarla akdedilen sözleşmelerde sık sık, müşterinin yetkilendirdiği temsilcilerin yetkilerinin kapsamının değiştirilmesi veya sona erdirilmesi halinde bu durumun bankaya yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu getirilmektedir. Yazılı bildirim yapılmadığı sürece, temsilcinin yaptığı işlemlerle müşterinin bağlı olacağı öngörülmektedir.

Genelde banka çerçevede sözleşmesi akdedilirken müşterinin kimi, hangi işlemler için yetkilendirdiği bankaya bildirilmektedir. Bu hallerde banka, kendisine yapılan bu bildirim BK m.33/II uyarınca güvenmekte haklıdır. Dolayısıyla BK m.34/III uyarınca müşteri, temsil yetkisinin sona erdiğini bankaya bildirmedeği sürece temsilcinin yaptığı işlemlerle bağlı tutulur. Ancak ilgili fıkra, temsil yetkisinin geri alındığının bildirilmesi için bir şekil şartı öngörmemiştir<sup>42</sup>. Bu durumda yasanın bu çözümden, şekil şartı aranmak suretiyle sapılmasının müşteriyi mağdur edip etmediği üzerinde durulması gerekir.

Doktrinde geri alma bildirimini yetkilendirmeden haberdar etme bildirimini eşdeğer bir yoldan yapılması aranmaktadır<sup>43</sup>. Örneğin sirkü-

---

laşmaları halinde bile faizin geriye etkili uygulanması mümkün değildir (bkz. *Reisoğlu*, Banka, 490). Ayrıca bkz. Y19HD 24.10.1994, 9676/9893 (*Kostakoğlu*, 68); Y19HD 26.10.1994, 10147/10028 (*Kostakoğlu*,69); *Sungurbey*, 53; *Kayar*, GHFD 1997/2, 82,89

<sup>40</sup> Bkz. BGH NJW 1986, 1803,1804; *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. § 9-11 N.282

<sup>41</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 8 N.98

<sup>42</sup> *Guggenheim*, 202

<sup>43</sup> *Kocayusufoğlu*, Necip, “Bir yetki belgesi ile kanıtlanan temsil yetkisinin geri alınmasında üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması açısından BK m.33/II, 34/III ve 37 karşısında BK m.36/II'nin uygulama alanının belirlenmesi”, Tandoğan Armağanı, Ankara 1990, 207,210; *Esener*, Turhan, Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, 202; *Guggenheim*, 202

ler yoluyla yapılmış olan bir bildirim daha sonra gazete ilanı ile geri alınması kural olarak kabul edilmez. Zira üçüncü kişinin bundan haberdar olduğu ispatlanamayacağı gibi, haberdar olması gerektiği de iddia edilemez (MK m.3). Buna karşılık bankaya yapılan yazılı bildirim daha sonra bizzat müşteri tarafından sözlü olarak geri alınmış olduğu hallerde, bankanın, sadece bildirim yazılı yapılmadığı için, iyi niyetli sayılması mümkün olmamalıdır. Temsil yetkisi kendisine beyan edilmiş olan bankanın BK m.34/III uyarınca korunmasının onun iyi niyetli olması halinde mümkün olduğu düşünülürse<sup>44</sup>, müşterinin, bankanın yazılı olmayan bir bildirimle ve hatta üçüncü bir kişiden, temsilcinin yetkisinin sona erdiğini öğrenmiş olduğunu ispatlayabilmesi gerekir. Bu ispatın uygulamada çok zor gerçekleşeceği açıktır. Ancak mümkün olduğu hallerde, bilgi sahibi olmasına rağmen temsilci ile işlem yapmaya devam eden bankanın korunmaya layık olduğu kabul edilemez<sup>45</sup>.

Diğer yandan BK m.35/I'de sayılan hallerden birinin gerçekleşmiş olması (iki taraftan birinin ölmesi, gaipliğine karar verilmesi, temyiz kudretini yitirmesi veya iflası) halinde temsil yetkisi yasa gereği sona ermektedir. Dolayısıyla bir banka kredi sözleşmesinde yer alan ve:

"Müşteri, vekaletin sona erdirildiğini kendisi veya ölümü halinde mirasçılardan yazılı olarak bankaya bildirilmediği sürece (vba), vekil tarafından yapılan işlemlerin bağlayıcı olduğunu kabul eder"

hükmünü geçerli kabul etmek mümkün değildir. Her ne kadar BK m.35 tarafların aksini kararlaştırmasına olanak veremekteyse de GİŞ yoluyla kararlaştırma, yasanın aradığı "iki tarafça" kararlaştırma gereğini yerine getirmez<sup>46</sup>.

Son olarak ticaret siciline yapılan kaydın herkes tarafından bilindiği faraziyesi (TTK m.39) karşısında bu tür hükümlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği de incelenmek gerekir. Örneğin,

"... Bankaya yazılı bildiri olmaksızın Ticaret Sicili Gazetesinde veya herhangi bir yayın organında yapılabilecek ilan bankayı bağlamaz."

kaydı geçerli sayılabilecek midir? Doktrinde bazı yazarlar sicilin olumlu etkisinin emredici bir düzenlemeye dayandığı gerekçesiyle, aksine bir hükme sözleşmede yer verilemeyeceği görüşündedir<sup>47</sup>. Ancak sicilde ilan suretiyle temsil yetkisinin sona erdirildiğini bildirecek olanın bir tacir olduğu düşünülürse burada daha farklı bir sonuca ulaşmak mümkün ola-

<sup>44</sup> Kocayusufoğlu, dn.43'de anılan eser, 207,209

<sup>45</sup> Hardegger, 36-37; Guggenheim, 203; Zäch, Berner Kommentar, in: Band VI, Kommentar zu Art.32-40 OR, Bern 1990, Art.34 N.57 ve 59

<sup>46</sup> aynı görüşte Hardegger, 37

<sup>47</sup> Hardegger, 38; Guggenheim, 202

bilmelidir. Tacirin, sicilini kendisi lehine olan bu etkisinden vazgeçerek ayrıca yazılı bir bildirimde bulunma yükümü altına girmesi kanımca kabul edilebilir<sup>48</sup>. Bu durumda sicil kaydına dayanarak bankanın temsil yetkisinin kaldırılmış olduğunu bilmesi gerektiği ileri sürülemeyecektir. Ancak bankanın başka yollardan bu bilgiyi fiilen edinmiş olduğunu ispatlama hakkı tacir açısından da kanımca mevcuttur.

#### 4. Müşteri Hakkında Bilgilerin Üçüncü Kişilere Aktarılmasına İlişkin Kayıtlar

Özellikle bankaların kredi sözleşmelerinde sık sık aşağıdaki türden hükümlere rastlamak mümkündür:

**“Bilgilerin aktarılması:** Üye ve/veya ek kart hamilleri kendilerine ait kartın iptal edildiğine dair bilgiler ile Banka ile arasındaki kredi kartlarından doğan, kredi ilişkilerine dair bilgilerin, Banka tarafından uygun görülen kişi ve/veya kuruluşlara aktarılmasına muvafakat ettiklerini şimdiden ve gayri kabili rücu olarak beyan ve kabul ederler.”

Bankaların sır saklama yükümünü açıkça düzenleyen bir yasa hükmü Türk hukukunda yoktur. Sadece Bankalar Kanununda, banka görevlilerinin müşterilere ait sırları açıklamaları bir cezai yaptırıma tâbi tutulmuştur (BankK m.22/Nr. 8)<sup>49</sup>. Buna rağmen doktrinde bugün bankaların bu tür bir yükümlülüğü olduğu genel kabul görmektedir<sup>50</sup>. Özellikle kişiliğin ve özel hayatın korunmasını öngören Anayasa hükümleri (AY m.17/20), Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda yer alan çeşitli hükümler (MK m.23-24-24a; BK m.49) ve ilgili Bankalar Kanunu hükmü bu konuda dayanak oluşturmaktadır. Ancak müşterinin sırlarının açıklanması halinde sadece bir haksız fiil talebinin olacağı düşünülmemelidir. Taraflar arasındaki güven ilişkisi henüz sözleşme görüşmeleri ile birlikte edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin<sup>51</sup> kurulması ve bunun sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da devam etmesi anlamına

<sup>48</sup> bu görüşte *Tekinalp*, Banka Hukuku, 284; *Thalmann*, 125,146. Özellikle yetkilendirmenin tek tek tacirin iş ilişkisi içinde bulunduğu kişilere bildirilmiş olması halinde, yetkinin kaldırılmasının sadece ticaret siciline bir ilan ile bildirilmesi mümkün olmamalıdır. Zira bu hallerde yaratılmış olan hukuki görünüşün aynı yöntemlerle, yani tek tek bildirimle sona erdirilmesi gerekir. Bu durumlarda da sicil etkisi yeterli sayılmayacaktır (hukuki görünüşe güvenin sicil kaydına rağmen korunacağı haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Canaris*, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 22. Aufl. 1995, 63vd.)

<sup>49</sup> Bankaların sır saklama yükümlülüğü açısından ayrıntılı bilgi için bkz. *Altop*, Banka Bilgileri, 40vd.; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 295vd.

<sup>50</sup> *Altop*, Banka Bilgileri, 42vd.; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 295vd.; *Kaplan*, Banka Hukuku, 51vd.

<sup>51</sup> Kavram hakkında bkz. *Canaris*, Claus-Wilhelm: “Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen”, *JZ* 1995, 475vd.; *Koçayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 2 N.14; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 253vd.

gelir. Bu nedenle müşteri, kendisi hakkındaki sırları açıklayan bankaya karşı doğrudan sözleşmenin müspet ihlali gerekçesi ile bir tazminat talebi yöneltebilecektir<sup>52</sup>.

Bankanın sırların açıklanmasından dolayı sorumlu tutulmaması için iki olasılık vardır: ya sözleşmede bu konuda açık bir yetkilendirme vardır, ya da bankanın yasal olarak bilgi verme mecburiyeti söz konusudur. Tacir olmayan bir kişinin de, bankanın kendisi hakkında bilgileri üçüncü kişilere aktarmasına onay vermesi mümkündür<sup>53</sup>. Ancak burada sorun, GİŞ içinde yer alan bu yönde bir kaydın okunmadan, bir global kabul yoluyla sözleşme içeriği olup olamayacağı ve bu sayede bankanın sır saklama yükümüne aykırı davranıştan sorumlu tutulmasını engelleyip engellemeyeceğidir. Kanımca banka ile iş ilişkisine giren herhangi bir tüketici, kendisi hakkındaki bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmasında, bir tacirden farklı olarak, hiçbir menfaat sahibi değildir. Tacirlerin bu tür kayıtlar yoluyla bankayı yetkilendirmeleri mümkün sayılabilirken, kanımca, tüketicilerle akdedilen sözleşmeler açısından bu tür bir hükmün şaşırtıcı sayılması ve hiç sözleşme içeriği olmadığını kabul edilmesi gerekir. Banka ile tüketici arasındaki işleme yabancı bir unsur olan bu kaydın sözleşmeye dahil olduğu konusunda bankanın korunmaya layık, haklı bir güveninden bahsedilemez. Ancak koyu punto ile yazılma, müşteriye sözlü olarak ikaz etme gibi yöntemlerle bu hükümlerin şaşırtıcılığının bertaraf edilebileceği dahi kanımca kabul edilmemelidir. Nitekim *Altop* da tacir olmayan müşterinin baştan vereceği global kabul beyanının geçerli sayılabilmesi için kendisinin bu konuda açıkça uyarılmasını ve verdiği onayın sonuçları hakkında aydınlatılmasını aramaktadır. Özellikle müşterinin, verilecek bilgilerin, kendisi hakkında olumsuz sonuçlar doğurabileceği hakkında da bilgilendirilmesi gerekmektedir<sup>54</sup>. Kanımca bu sonuç amaca uygundur. Zira bu sayede sadece şaşırtıcılık unsurunun bertaraf edilmesiyle yetinilmemekte; aslında taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın varlığı aranmaktadır<sup>55</sup>. Tüketicinin kendisi hakkında çok özel bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmasına ancak bireysel sözleşme ile onay verebileceğinin kabul edilmesi daha doğru gözükmektedir<sup>56</sup>.

Bankanın yasal olarak bilgi verme yükümü altında olması ise farklı

<sup>52</sup> *Altop*, Banka Bilgileri, 59; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 299; *Kaplan*, Banka Hukuku, 60

<sup>53</sup> Müşterinin, kendisi hakkındaki banka bilgilerinin aktarılmasını sözleşme ile geçerli olarak kabul ettiği hallerde, bankanın bu bilgiyi aktardığı kişilere karşı sorumluluğu konusunda bkz. *Altop*, Banka Bilgileri, 65vd; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 302vd.;

<sup>54</sup> *Altop*, Banka Bilgileri, 56

<sup>55</sup> Bu konuda bkz. yukarıda § 7 III

<sup>56</sup> Nitekim Alman Federal Bankalar Birliği tarafından hazırlanmış olan GİŞ'de de tacir olmayan müşterilerin banka bilgilerinin aktarılmasına açıkça onay vermesi aranmış; bu alan genel işlem şartları dışına alınmıştır (bkz. *Wolf/Horn/Lindacher*, § 23 N.639)



durumlarda ortaya çıkabilir<sup>57</sup>. Örneğin Bankalar Kanunu m.22/Nr. 8'e göre: "Kredilerin takip ve kontrolü için, ana faaliyet konuları para ve sermaye piyasaları ile sigortacılık olan ve bu konularda özel kanunlarına göre alınan izin ve ruhsat ile faaliyet gösteren mali kurumlar arasında müşterileri ile ilgili olarak doğrudan doğruya veya en az on kurum tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla<sup>58</sup> yapılacak bilgi alışverişi bu hükmün dışındadır."<sup>59</sup> Dolayısıyla kredi ilişkilerine dair bilgiler kural olarak müşterinin izni olmadan dahi mali kurumlar arasında aktarılabilecektir. Burada müşterinin, özel hayatına ilişkin bilgilerin gizli tutulması konusundaki kişilik hakkı ile mali kurumların, güvenilir olmayan kişilere kredi vermemek için bilgi alışverişinde bulunma menfaati karşı karşıya gelmektedir.

Ancak yukarıda aktarılan GİŞ hükmü, bilginin kime aktarılacağı konusunda (*uygun görülen kişi/kurum*) herhangi bir sınırlama getirmemesi açısından kanımca yine de yasal düzenlemeye aykırıdır. Zira bu şekilde bilgilerin kime aktarılacağı hususu kişilik haklarına aykırı şekilde bankanın ihtiyarına bırakılmaktadır. İkinci olarak hüküm, bilginin aktarılması konusunda, müşterinin ve kredi verenin menfaatlerinin tartılması sonucu her somut olayın özelliklerini değerlendirmeye katmaya elverişli bir hüküm de değildir. Oysa hiçbir istisna olmaksızın bu hükümler yoluyla *her türlü* bilginin aktarılması çok yerinde bir kararla Alman Federal Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Alman hukukunda BankK m.22/Nr. 8'e paralel bir düzenleme mevcut olmasına ve dava konusu olayda GİŞ hükmünün, bilgilerin sadece kredi kurumlarına dair bilgi merkezine aktarılacağını öngörmesine rağmen, mahkeme, her somut olayda menfaatlerin tartılması sonucu bilgi aktarımına imkan olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşünü savunarak bu hükmü geçersiz saymıştır<sup>60</sup>. Kanımca kişilik hakkının korunması gereği, Bankalar Kanunu 22/Nr. 8'i de bu şekilde okumayı gerektirir. Yani ancak ilgili müşteri hakkında verilmesi zaruri olan bilgiler kredi kurumları arasındaki alışverişe konu olabilmelidir.

## II. İfa Engellerinden Ötürü Sorumluluğu Düzenleyen Bazı Genel İşlem Şartları

### 1. Genel İşlem Şartları Kullananın Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar

Borçlunun sorumluluğu, kendi edimini hiç veya gereği gibi ifa etme-

<sup>57</sup> Yasal olarak bankalardan bilgi talep etme hakkı olan kurumların bir dökümü için bkz. *Reisoğlu*, Banka, 845vd.; *Altop*, Banka Bilgileri, 47vd.

<sup>58</sup> Nitekim *Reisoğlu*'nun verdiği bilgiye göre bugün 10 banka ve 2 sigorta şirketi "Kredi Kayıt Bürosu Anonim Şirketi" adı altında örgütlenmiştir (bkz. *Reisoğlu*, Banka, 874).

<sup>59</sup> Eski Bankalar Kanunu m.83/II'de yer alan paralel düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Reisoğlu*, Banka, 873vd.

<sup>60</sup> BGH NJW 1986, 46vd.; bkz. *Dylla-Krebs*, 76; *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. §§ 9-11 N.287



mesi veya geç ifa etmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu durum, borçlunun temerrüde düşmesi, kusuruyla ifanın imkansızlaşmasına veya sözleşmenin müspet ihlaline sebep olması halinde ortaya çıkar. Bu hallerde uygulanacak yaptırımlar özellikle BK m.96 ve devamı hükümlerinde genel olarak bütün sözleşmeler için düzenlenmiş, birçok sözleşme tipi içinse ayrıca ilgili bölümlerde düzenlemeler yapılmıştır.

Borçlunun, sorumlu tutulmasını engellemek için başvurduğu çareler ise çeşitlidir. Bu çerçevede ilk akla gelen hükümler hiç kuşkusuz borçlunun genel olarak kusurundan veya kusurunun çeşitli derecelerinden sorumlu olmayacağına ilişkin hükümlerdir. Nitekim BK m.99/100 bu düşünce üzerine kuruludur. Ancak bunun yanı sıra borçlunun hiç ifa etmemeden, gereği gibi veya zamanında ifa etmemeden sorumlu olmayacağı (sorumluluk sebebi) veya bu hallerde müşterinin sahip olduğu dönme, gecikme tazminatı, faiz vs. gibi hakların (sorumluluk sonucu) kaldırıldığı veya genel olarak sorumluluğun sadece belirli bir meblağa kadar veya borçlunun belirli bir malvarlığı ile sınırlı olarak<sup>61</sup> kabul edildiği de (sorumluluk kapsamı) GİŞ içinde ifade edilmiş olabilir. Ayrıca, borçlunun temerrüde düşmesi için tanınması gereken mehilin çok uzun bir süre olarak tespit edilmesinin ve bu şekilde temerrüde düşmenin geciktirilmesinin veya temerrüde düşürülmesi için belli şekil şartlarının aranmasının veya ifa tarihini borçlunun serbestçe tayin edeceğinin kabulü ile temerrüde düşme olasılığının tamamen bertaraf edilmesinin veya ispat yüküne yer değiştirilerek borçlunun kusurunu alacaklının ispatlamak zorunda bırakılmasının da (sorumluluk modaliteleri) borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yaradığı açıktır.

Bu hallerin hepsinde teknik anlamda bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığından bahsetme ve dolayısıyla BK m.99/100'ü uygulama imkanı olup olmadığı tartışmalıdır<sup>62</sup>. Ancak bu tartışmanın, tezde teklif edilen<sup>63</sup> denetim mekanizmasının benimsenmesi halinde, GİŞ denetimi açısından pek bir önem taşıdığı söylenemez. Zira yedek hukuk kurallarından sapan her GİŞ, kural olarak batıl sayılacağından, borca aykırılık halleri için yasanın müşteriye tanıdığı imkanların hepsine yeniden hayat verilmesi mümkün olacaktır. Bu kurallar adeta hiç bertaraf edilmemiş sayılacaktır. Meğerki taraflar arasındaki menfaat dengesi hakimi aksine bir çözüme götürsün. Ancak teklif edilen çözümün benimsenmemesi halinde, en azından genel işlem şartları içinde yer alan sorumsuzluk anlaşmaları için BK m.99/100'de getirilen kapsamlı sınırlamalardan faydalan-

<sup>61</sup> bkz. Akman, 27

<sup>62</sup> Bu yönde Buol, N.32-145; Lörtscher, 18-89; Stauder, Les clauses limitatives, 95,99; aynı anlamda Baudenbacher, 183-192; Kusuru ispat külfetini alacaklıya yükleyen kayıtlar ve sorumluluğu miktar itibarıyla sınırlandıran kayıtlar açısından Akman, 20 ve 23.; Alman hukuku için aynı yönde Soergel/Wolf, § 276 N.200; Larenz, Schuldrecht<sup>14</sup>, 553. Sorumsuzluk kayıtları için ayrıca bkz. yukarıda § 10 II 1 b.

<sup>63</sup> § 10 III

mak, bunları hem dolaylı hem de dolaysız sorumsuzluk anlaşmalarına<sup>64</sup> uygulamak ve “hükümet tarafından verilen imtiyaz” kavramını geniş yorumlamak<sup>65</sup> kuşkusuz hakime önemli bir denetim imkanı verecektir.

Aşağıda örnek oluşturabileceği düşünülen ve işletmelerin sorumlu-

<sup>64</sup> *Lörtscher* tarafından yapılan ayrıma göre (*Lörtscher*, 23vd) sorumluluk sınırlarını üç türlü tasnif etmek mümkündür: i. gerçek-dolaysız sorumluluk sınırları (eigentliche-unmittelbare): kusurlu imkansızlık halinde tazminat yükümünün kaldırılması veya belirli bir limitin saptanması; temerrüt halinde zararı karşılama yükümünün kaldırılması, temerrüt faizi ödemeye yükümünün kaldırılması, kazadan sorumluluğun kaldırılması, dönme hakkının kaldırılması veya sadece dönme hakkının kullanılabilmesinin (tazminat olmaksızın) kararlaştırılması, tazminat miktarına bir üst sınır konulması; ayıp halinde sorumluluğun kaldırılması, sorumluluğun tazminatı talep hakkı ile sınırlandırılması, yasal haklardan sadece bazılarının tanınması gibi şartlar. ii. gerçek-dolaylı sorumluluk sınırları (eigentliche-mittelbare): temerrüt ihtarı, mehil tayini ve seçimlik hakkını kullanmasında bazı şekil koşullarının getirilmesi, mehilin baştan çok uzun bir süre olarak tespit edilmesi, ayıp ihbarının süresinin çok kısa tutulması, belirli şekil şartlarına bağlanması, ayıptan sorumluluk için geçerli zanaatçı süresinin kısaltılması gibi şartlar. iii. gerçek olmayan sorumluluk sınırları (uneigentliche): teslim süresinin bağlayıcı olmadığı kararlaştırılması (teslim tarihini borçlunun serbestçe tayin edebilecek olması gibi); belirli olayların gerçekleşmesi halinde ya sorumlu olmaksızın sözleşmenin geç ifa edilebilmesi ya da hiç ifa edilmeyecek olması (Burada bir sorumsuzluk anlaşması olmadığı yönünde *Tandoğan*, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, 454; *Akman*, 19-20.). Bu hallerde alacaklı açısından borçluyu temerrüde düşürme imkanı ortadan kaldırılmıştır. Doğrudan bir sorumluluk sınırlandırması olmamakla birlikte temerrüde düşmediği için sorumluluk da yoktur.

Borçlu için, sorumluluğun hafif ihmal için kaldırılmasından çok daha kötü sonuçlar doğurabilecek bu tür kayıtları BK m.99/100 sınırlamasına tâbi tutmamak için bir sebep bulmak güçtür. Örneğin borçlunun “ağır ihmalin sonuçlarından sorumlu değilim” şeklinde bir kayıt kullanması halinde bu kayıt denetime tâbi tutulacak, buna karşılık “borcun geç ifasından sorumlu değilim”, “ifa gerçekleşmezse, sadece alacaklının ödediği meblağ geri ödenir; ayrıca faiz talep edilemez”, “borcun ifasını engelleyen yangın, su basması, iş makinelerinin veya nakliye araçlarının çalışmaması gibi haller mücbir sebep sayılır”, “ifa tarihi geçirildikten sonra borçlunun, tazminat ödemeksizin 4 haftalık bir ek ifa süresi vardır”, “garanti süresi 6 aydır”, “ayıp ihbarları noter kanalıyla ve malın tesliminden itibaren en geç 2 gün içinde yapılmak gerekir” şeklinde kayıtlar denetimden kurtulacaktır. Bunun haklı bir gerekçeye dayandığını söylemek mümkün değildir. Bu anlamda sorumsuzluk anlaşması, kusuruyla bir başkasına zarar verenin sorumluluğunun kısmen veya tamamen dışlanması ve hatta zarar görenin sorumluluk durumunun herhangi bir şekilde kötüleşmesi sonucunu doğuran her şarttır (*Buol*, N.21).

Bu durumda anılan bütün hallerde sorumsuzluk anlaşması sadece hafif ihmal nedeniyle borca aykırılık durumu ortaya çıkmışsa geçerli sayılacak, ağır ihmal ve kast hallerinde ise miktar, süre, şekil sınırlamaları ve diğer her türlü sınırlama BK m.99 uyarınca geçersiz sayılacaktır. Borçlar hukuku özel bölümde yer alan diğer sorumluluğu sınırlandırma imkanları ise hep BK m.99/100 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir (*Buol*, N.271 ve özellikle N.276vd.). Özellikle satımda ayıp hükümleri açısından bu kabul edilmelidir (*Buol*, N. 280vd.; *Kamm*, 160; *Lörtscher*, 144vd.; *Akman*, 107. Federal Mahkeme bu konuda kesin görüş bildirmemiştir, bkz. BGE 107 II 161,166).

<sup>65</sup> BK m.99/100'e, dn.64'de teklif edilen tarzda geniş bir uygulama alanı yaratılmasına rağmen, yine bu maddelerin gerek borçlu için hafif ihmalden (m.99/I) gerekse yardımcı şahıslar için her türlü kusurdan (m.100/II) sorumluluğun bertaraf edilebilme imkânını vermesi, doktrinde diğer bazı çözüm arayışlarını beraberinde getirmiştir. Bunlar-

luklarını sınırlandırırken en çok başvurduğu kayıtlar ele alınacak; bunlar içinde bazıları ise özellikle menfaat dengesinin en iyi nasıl kurulabileceğini gösterebilmek için daha ayrıntılı olarak yansıtılacaktır.

a) Yasal düzenlemeden genel işlem şartları yoluyla sapılmasına örnekler

aa) Kusurlu sonraki imkansızlık halinde sorumluluk

Yasal düzenleme: BK m.96/98 uyarınca borçlu kusuruyla ifayı im-

dan en önemlisi BK m.99/I ve m.100/II'de verilen imkanları sınırlandıran m.99/II ve m.100/III'ü geniş yorumlamaktır. Yani "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın" varlığını, gerçek bir imtiyaz olmasa da kabul etmek söz konusudur. Özellikle bankalar, sigorta şirketleri gibi kurumların, avukat, doktor, vergi danışmanı gibi topluma belirli bir güven telkin eden kişilerin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi teklif edilmektedir (*Akman*, 67; *Erten*, 236 vd.; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 292; *Tandoğan*, Türk Hukukunda Bankacının Sorumluluğu, İstanbul 1973, 111,112, aktaran *Erten*, 239 dn.91; *Tandoğan*, ÖBİ II, 433; *Kaplan*, BATİDER 1991, 49,76; *İnan*, 141; *Serozan*, Borçlar Hukuku, § 21 N.3; *Altop*, Finansal Kiralama, 130 dn.174; *Özlan*, 119; *Şenocak*, 247-248; *Stockar*, 25vd; *Lörtscher*, 162; *Forstmoser*, Bankverkehr, 11,26; *Kamm*, 129; İsviçre hukukunda *Buol* maddenin uygulama alanının bu şekilde genişletilmesine karşıdır, *Buol*, N.297. Oysa *Buol*'ün tezinin genel çizgisinin her noktada İBK m.100/101'i geniş yorumlama yönünde olduğu düşünülürse, bu konuda getirilen sınırlamayı anlamak mümkün değildir ve tutarlı olmaktan da uzaktır. Türk hukuku için bankaların bu kapsamda ele alınamayacağı görüşünde *Reisoğlu*, Banka, 296). Bu kurumların ancak bir idari izinle faaliyete geçebilmesi ve m.99/100'ün temelinde yatan ratio dikkate alınarak bu maddenin geniş yorumlanması sayesinde yardımcı kişilerin hafif kusuru dışında bütün haller için sorumsuzluk anlaşmaları batıl sayılabilmektedir (*Weber'e* göre yardımcı kişinin ihmalden dolayı sorumsuzluk anlaşmalarına da imkan tanımamak gerekir, *Weber*, SAG 1984, 150,155). Nitekim Federal Mahkeme de 1986 yılında verdiği bir kararında bankalar açısından bu görüşe katılmış (BGE 112 II 450,455). Yargıtay da aynı yönde görüş bildirmiştir (Y11HD 7.10.1994, 4651/7229 (BATİDER 1994, sy.4,154); YHGK 14.6.1995, 11-425/616, İKİD1996, 11961). En son, sigorta şirketleri açısından da Yargıtay bu tür bir imtiyazın varlığından yola çıkmıştır:

"... BK'nun 99/2. maddesindeki hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt eden hallerde sözleşmeye konulan sorumluluktan kurtulma şartının geçerli olup olmayacağı dava konusu olay bakımından tartışılmalıdır. Yasadaki sanatın icrası hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilme hali gerek uygulamada, gerekse doktrinde geniş bir biçimde yorumlanmaktadır. Yani maddedeki imtiyaz hali sadece idare hukuku anlamında bir imtiyaz sözleşmesi olarak dar bir biçimde yorumlanmamaktadır. Bu görüşlere göre, icrası resmi bir ruhsat veya izne bağlı olan meslek faaliyetleri yürütenlerin yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmaları da bu kapsamda kabul edilerek yargıcın takdirine bağlı sayılması gerekir. Zira, bu durumdaki meslek sahibi, hükümetçe verilen bir imtiyaza sahip kişi kadar güçlü ve üstündür. Nitekim dairemiz uygulaması da bankalar açısından müstekar bir biçimde bu yoldadır" (Y11HD 25.12.96, 6699/9192). Yargıtay'a göre, "Doktrinde de değinildiği üzere, anılan maddedeki istisnai durumların değerlendirilmesi sırasında sorumsuzluk anlaşmasının temelinde genellikle sosyo-ekonomik dengesizliğin yattığı, bu yasal sınırlamaların bu çerçeğin ışığı altında değerlendirilmesi gerektiği, sorumsuzluk anlaşmasının uygulama ve geçerlik alanını sınırlayan görüş ve çözümler, diğer hukuki esaslara aykırı düşmedikçe hoşgörü ile karşılanması ve genellikle kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir." (yayınlanmamış bu kararın sağlanmasındaki yardımlarından ötürü Prof.Dr. Ünal Tekinalp'e teşekkür ederim). Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. *Tekinalp*, Ünal, "Türk hukukunda acentanın 'portföy açkasi' talebi", Ali Bozer Armağanı, Ankara 1998, 1-17.

kansızlaştırmışsa tam tazminat ödemekle yükümlüdür. Sorumluluğun doğumu kusur derecesinden bağımsızdır. Kusurlu olmadığını borçlunun ispatlaması gerekir.

GİŞ içindeki muhtemel düzenlemeler: Kusurlu imkansızlık için sorumluluğun tamamen kaldırılması; sorumluluğun sadece kast veya ağır ihmali için kabul edilmesi; sorumluluğun belirli bir meblağ ile sınırlandırılması; mücbir sebep sayılmayacak olayların borçlunun sorumluluğunu sona erdirmesi; ispat külfetinin yer değiştirmesi.

Sınır: Yasada alacaklı lehine tanınmış olan hakların GİŞ yoluyla bertaraf edilmesi müşteriyi ölçüsüz mağdur eder. İlgili GİŞ hükümleri kural olarak batıl sayılır ve yerini yasal düzenleme alır.

#### bb) Borcun geç ifa edilmesi halinde sorumluluk

Yasal düzenleme: BK m.102 uyarınca temerrüde düşen borçlu, kusurlu olması halinde temerrütten doğan zararı<sup>66</sup>, kusurdan bağımsız olarak da kazadan doğan zararı tazmin etmekle sorumludur. Karşılıklı akitlerde bu taleplere ek olarak alacaklının, münasip bir mehil tayin etmek yoluyla<sup>67</sup> ifadan vazgeçip veya sözleşmeden dönüp zararının tazminini istemesi mümkündür (BK m.106). Borçlu her türlü kusurdan sorumludur, kusur karinesi mevcuttur. Alacaklının bu haklarını kullanmak için herhangi bir şekil şartına uyması gerekmez.

GİŞ içindeki muhtemel düzenlemeler: Temerrüt halinde kazadan sorumluluğun ve/veya gecikme tazminatının bertaraf edilmesi; mücbir sebep sayılmayacak bazı sebeplerden ötürü ifanın gecikmesi hali için dönme hakkının ve/veya gecikme tazminatının bertaraf edilmesi; sorumluluğun belirli bir meblağa kadar kabul edilmesi; mehilin baştan münasip olmayan bir süre olarak tespit edilmesi; ihtar, mehil tayini ve seçim hakkının kullanılması için ağır şekil koşulları getirilmesi; ifa gününün baştan borçlunun ihtiyarında olması veya saptanmasına rağmen borçlunun bununla bağlı olmadığını ifade edilmesi.

Sınır: GİŞ içinde yer alabilecek bu düzenlemelerin hepsinin yedek hukuk kurallarından saptığı aşıkardır. Bu nedenle kural olarak hepsi batıldır ve yerine yasal hüküm uygulama alanı bulur.

#### cc) Satım hukukunda ayıptan doğan sorumluluk

Yasal düzenleme: Borçlu/satıcı kusurundan bağımsız olarak, satı-

<sup>66</sup> Taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerde, GİŞ kullananın asli edim yükümlülüğünün para borcu olması söz konusu olamaz.

<sup>67</sup> Mehil tayinine ihtiyaç olmayan haller için bkz. BK m.107

lan maldaki ayıplardan sorumludur. Alacaklı, malın yenisi ile değiştirilmesi, fiyatın tenzili veya sözleşmeden dönmek alternatiflerine sahiptir. TTK m.4 açıkça, malın tamirini talep etme hakkını da tanımıştır. Satıcının kusurlu olması halinde ayrıca dolaylı zararlarını tazmin ettirmesi de mümkündür. Bu haklardan faydalanabilmek için alıcının herhangi bir şekilde tâbi olmayan bir ayıp ihbarında bulunması gerekir (aleni ayıplarda münasip bir muayene ve ihbar süresi içinde, gizli ayıplarda ortaya çıkar çıkmaz en kısa sürede) ve bu ihbarın en geç 1 yıllık zamanaşımı süresi içinde yapılması gerekir (TTK m.4 uyarınca 2 yıl).

GİŞ içindeki muhtemel düzenlemeler: ayıp ihbarının çok kısa sürelerle bağlanması ve bu şekilde özellikle gizli ayıplar için 1 yıllık zamanaşımı süresinin kullanılmasının engellenmesi; ihbar için belirli şekil koşullarının aranması; zamanaşımı sürelerinin kısaltılması; ayıp halinde doğan müşteri haklarının tümünün bertaraf edilmesi; tamiri isteme dışında tüm hakların bertaraf edilmesi; haklardan bazılarının bertaraf edilmesi; tazminat hakkının kaldırılması veya sınırlanması; kusurun sadece bazı dereceleri için sorumluluğun kabul edilmesi.

Sınır: GİŞ için klasik sayılabilecek bu sınırlamaların da hepsi batıl olacaktır. Ancak tüketici satımları açısından yedek hukuk kurallarına gitmeye dahi gerek kalmayabilir. Zira TTK m.4 örn. seçim hakkının sınırlanmasına imkan vermemektedir, ihbar süreleri belirlenmiştir, hile hali dışında zamanaşımının kısaltma veya ayıptan doğan sorumluluğu bertaraf etme imkanı da olmamak gerekir, yasa koyucunun bu konuda açık bir hüküm getirmemesini bu şekilde yorumlamak gerekir<sup>68</sup>.

b) Bazı hallerin özel olarak incelenmesi

aa) İfa tarihinin belirsiz olması

GİŞ içinde yer alan ve işletmenin ifa yükümlülüğünün “en kısa zamanda”, “imalatçı teslim ettiği anda”, “ticaret hayatında normal olan sürede” doğacağına ilişkin hükümler bu bağlamda ele alınabilir. Ya da sözleşmede bir ifa tarihinin tespit edilmiş, ancak bunun bağlayıcı olmadığı kararlaştırılmış olması da mümkündür. Bu şekilde işletmenin temerrüde düşmesi ve müşterinin BK m.106’da anılan haklarından faydalanması engellenmektedir<sup>69</sup>. Bir Yargıtay kararına konu olan<sup>70</sup> şu GİŞ de aynı çerçevede ele alınabilir:

<sup>68</sup> Nitekim *Zevkliler* de sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalara m.4 açısından imkan olmadığı kanaatindedir (*Zevkliler*, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, 46)

<sup>69</sup> Borcun ne zaman muaccel olacağına karar verme hakkının GİŞ-kullanana verilmiş olmasının ayrıca zamanaşımının temelinde yatan düşünce ile de çeliştiği yönünde: BGH NJW 1986, 1608,1609

<sup>70</sup> Y13HD 7.4.1981, 1045/2514, YasaHD 1981, 658-659

“İşbu sipariş mektubunda belirtilen teslim tarihi imalatçı firmanın ve MAIS'in normal üretim ve pazarlama programına göre saptanmıştır. Bu program dahilinde yetkili satıcıya tahsisi ve sevki öngörülen otomobillerin süresi içinde verilmemesi halinde, yetkili satıcısı teslim tarihini uzatabilir” (Olayda teslim tarihi “Ağustos/Eylül 1979” olarak tespit edilmişti).

Soruna farklı açılardan yaklaşmak mümkündür. Öncelikle sözleşmede ifa tarihi açıkça bireysel sözleşme yoluyla saptanmış ise doğrudan bu bireysel sözleşmenin uygulama alanı bulacağı<sup>71</sup> ve ilgili günde temerrüde düşüleceği unutulmamalıdır (BK m.101). Yani GİŞ içinde ifa tarihini geciktirme imkanı veren bir GİŞ'e rağmen yukarıdaki olayda “3 Eylül ifa günüdür” şeklindeki bir taraf anlaşması yapılmışsa artık GİŞ hükmüne dayanma imkanı kalkar<sup>72</sup>. Tespit edilen böyle kesin bir ifa günü yoksa ve GİŞ hükmü esas alınacaksa, müşteri için ifa tarihinin saptanabilir olup olmadığına bakılmak gerekir. Verilen örneklerdeki gibi tarihin sadece işletmenin etki alanında veya bilgisi dahilinde bulunan unsurlara bağlanması halinde sorumluluğun sınırlandırılması sonucunu doğuran bu hüküm batıl sayılır. Saydamlık gereğine uygun olarak müşterinin de muacceliyet tarihini saptama imkanı olan hallerde veya doğrudan ifa tarihinin müşterinin bir davranışına bağlı olduğu hallerde ise hüküm geçerli sayılmak gerekir.

Nitekim AB-yönergesi EK m.1/c de, müşterinin ifa yükümü altında olmasına rağmen, işletmenin, edimin ifasını, gerçekleşmesi sadece kendisine bağlı olan bir şarta tâbi tutması halinde ilgili hükmün kötüye kullanılabilir olduğunu öngörmüştür<sup>73</sup>. Paralel bir şekilde Alman GİŞ-yasası § 10 Nr.1 edimin ifası için ölçüsüz derecede uzun veya yeterince kesin olmayan sürelerin saptandığı GİŞ hükümlerinin batıl sayılabileceğini öngörmektedir. Hakim burada iki tarafın menfaatini tartarak karar verir.

Yargıtay kararına konu olan olayda yetkili satıcının, fabrikaların üretim kapasitesi hakkında gerekli bilgileri temin etmesi mümkündür. İfayı gerçekleştirilmeyeceği bir tarihte ifayı taahhüt ederse, hem temerrüde düşer hem de gecikme nedeniyle bir tazminat ödemek zorunda kalır. Dolayısıyla müşterinin, arabanın fiili teslim tarihindeki yüksek değerini ödemek şöyle dursun<sup>74</sup> geç ifaya ek olarak tazminat isteme imkanı var-

<sup>71</sup> Bkz. yukarıda § 9 I 2 a ve dn.3

<sup>72</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 10 Nr.1 N.34; *Schmidt in:Ulmer/Brandner/Hensen*, § 10 Nr.1 N.11

<sup>73</sup> bkz.*Schmid*, Klauselkatalog, 49,65

<sup>74</sup> Yukarıda ele alınan ve vadenin ilerideki bir tarihte olması halinde işletmenin aradaki masrafları isteyebilecek olmasından farklı olarak burada hiçbir vade saptanmamıştır. Müşteri işletmeye, istediği zaman ifa etme ve fiyatı da ona göre ayarlama hakkını vermektedir ki bunun menfaatler dengesini aşırı bozduğunda şüphe edilmemelidir (bkz. §11 I 2b).



ken Yargıtay'ın sorunu MK m.2 çerçevesinde çözmeye çalışması kanımca yanlış olmuştur. Yetkili satıcı ancak, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyen hallerde tazminat yükümünden kurtulabilir, ki bunu önce ispat etmesi gerekir.

bb) Kötü ifa halinde sorumsuzluğa ilişkin kayıtlar

aaa) Bankaya verilen talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi

“... manuel veya elektronik ortamlarda vereceğim havale talimatlarımda yanlışlık, eksiklik gibi nedenlerle doğabilecek aksaklık ve hak kayıplarından bankanızın sorumlu olmadığını, havalelerin herhangi bir nedenle ulaşmamasından, kaybolmasından, gecikmesinden doğan sorumluluğun tamamen tarafıma ait olduğunu... bundan doğabilecek sonuçlardan bankanızı sorumlu tutmayacağımı beyan, kabul ve taahhüt ederim.”

Bu hüküm ele alındığında dikkati çeken, bankanın kendisine verilen bir talimatın yanlış yerine getirilmesine rağmen sorumlu tutulamayacak olmasıdır. Madde, kusurun derecesine göre bir ayırım dahi yapmamaktadır. Oysa BK m.390 uyarınca vekil, işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tâbidir. Bankanın da, bu tür işlemlerde bir vekil gibi hareket ettiği kabul edilecek olursa<sup>75</sup>, işlemlerini ihtimam göstererek ifa etmesi gerekir (BK m.321). Ayrıca m.390/II uyarınca vekilin vekaleti sadakat ve özenle de ifa etmesi beklenir<sup>76</sup>. Buna aykırı davranılmış olan her halde bankanın BK m.96 uyarınca sorumluluğu söz konusu olur. Dolayısıyla ilgili hükmün yasal düzenlemeden saptığı ve batıl olduğu açıktır<sup>77</sup>. Bankanın kusurunun az olması halinde bu oranda tazminat yükümünün de indirilmesi mümkün olduğu gibi (BK m.43), BK m.44 uyarınca zarar görenin kusuru halinde de tazminat yükümü indirilir.

İsviçre Bankalar Birliğinin kullandığı matbu sözleşme koşullarında, bir müşterinin talimatlarının (borsa işlemleri hariç) hiç yerine getirilmesi veya eksik yerine getirilmesi halinde doğan zararlardan bankanın

<sup>75</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 425vd.; *Hardegger*, 144

<sup>76</sup> Maddenin almanca metninde yer alan “getreue und sorgfältige Ausführung” kavramları esas alınmıştır (İBK m.398)

<sup>77</sup> Doktrinde kuvvet kazanan ve özellikle bireysel sözleşmeler için önem taşıyabilecek bir görüş uyarınca, vekilin, ne kendi hafif ihmali için (BK m.99/I) ne de yardımcı kişilerinin kusuru için (BK m.100/II) bir sorumsuzluk anlaşması yapamaması gerekir. Uzmanlık gerektiren işlerde (örn. doktor, avukat, mimar gibi meslek sahipleri veya bankacılık sektörü) güven unsurunun ön plana çıkması bir sorumsuzluk anlaşması yapılması düşüncesiyle bağdaşmaz (*Tandoğan*, ÖBİ II, 433, *Yavuz*, 600; *Berner Kommentar/Gautschi*, Art.398 N.25a/b; *Bucher*, 348 dn.77; *OR/Wiegand*, Art.100 N.6; *Schwenzer*, N.24.07; aksi yönde *Akman*, 10)



sadece faiz kaybı oranında sorumlu olacağı öngörülmüştür. Ancak istisnai olarak bankanın daha büyük bir zararın doğabileceği konusunda uyarılmış olması halinde tam tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu kabul edilmiştir<sup>78</sup>. Özellikle bankacılık işlemlerinde zarar rizikosunun büyük olması nedeniyle müşteriden bu tür bir rizikonun varlığı halinde bankayı uyarmasını beklemek taraf menfaatleri tartıldığında haklı gözükmemektedir. GİŞ hükmü ele alınacak olursa, kural olarak, banka kanalıyla yapılan bir ödemede gecikme nedeniyle temerrüt faizi ödeme yükümü doğarsa veya müşterinin kendisi bir faiz kaybına uğrarsa bankadan bunu talep etmek mümkün olacaktır. Ancak bunun ötesinde banka işleminin vaktinde yapılmaması, bir sözleşmenin sona ermesi veya cezai şartın düşmesi veya ödenmesi gibi daha önemli sonuçları da beraberinde getirebilir. Bu hallerde ise müşteri işlemin önemi hakkında bilgi sahibidir ve bu konuda bankayı uyarmasını kendisinden beklemek riziko dağılımı açısından kabul edilebilir bir düzenlemedir<sup>79</sup>. Zira bankanın ilgili işlemin ne ölçüde önem taşıdığı konusunda bir bilgi sahibi olması mümkün değildir. Kuşkusuz bu yönde bir bilgisi olmuşsa, örn. müşteri kendisini uyarılmışsa veya başka kanallardan bu bilgiye ulaşmışsa buna rağmen gerekli özeni göstermemesi sorumlu olmasını gerektirir. Aynı şekilde müşterinin ikaz görevini yerine getirmemesine rağmen bankanın ağır ihmalden bahsetmek mümkünse yine bankanın sorumlu olması gerekecektir<sup>80</sup>. Kanımca Türk hukuku açısından da bu tür bir bildirim yapılmayan hallerde müşterinin ortak kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılabilmelidir (ayrıca bkz. TTK m.786)<sup>81</sup>.

Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, sadece bankanın işlemin rizikoları hakkında bilgi sahibi olmadığı ve olamayacağı hallerde böyle bir indirimin yapılabilir olmasıdır. Oysa sermaye piyasası işlemlerinde kötü ifa sonucunda, ortaya çok yüksek zararların çıkabileceğini işlemin iki tarafı da bilmektedir. Özellikle zaman unsuru bu tip sözleşmelerde büyük önem taşımaktadır<sup>82</sup>. Bu açıdan bu tür işlemlerde sorumluluğu anılan şekilde sınırlandırmak mümkün değildir. Aşağıdaki tarzda GİŞ hükümleri hiç tereddüt edilmeksizin batıl sayılmalıdır.

“... A.Ş. Sermaye Piyasası Araçları Alım Satımına Aracılık Çerçeve Sözleşmesi/ Madde 6: Gerçekleşmeyen Emirler: “... emrin kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesinden, gerçekleştirilen emirlerde

<sup>78</sup> bkz. *Thalman*, 125,147

<sup>79</sup> Sözleşmeye aykırılık halinde sorumluluk kapsamının sadece hesaba katılabilecek, önceden görülebilecek rizikolarla sınırlı tutulmasının hukukun ekonomik analizi kuramı çerçevesinde de en doğru çözüm olduğu konusunda bkz. *Behrens*, 169.

<sup>80</sup> *Guggenheim*, 49; *Hardegger*, 150; Avusturya hukuku için aynı yönde *Kramer*, ÖJZ 1973, 505,509

<sup>81</sup> *Hardegger*, 146

<sup>82</sup> *Hardegger*, 147

karşı tarafın sermaye piyasası araçlarını teslim etmemesinden ya da bedeli ödememesinden, *elinde olmayan nedenlerden, muhabirlerin, üçüncü kişilerin kusurundan, gecikmesinden, unutmaya veya yanılmasından, ihmalden ve elinde olmayan sair nedenlerden dolayı sorumlu değildir(vba.)*”

Nitekim SPK Tebliği uyarınca da bu tür hükümlerin batıl sayılması gerekeceği açıktır, zira ortada aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar tanıyan bir düzenleme mevcuttur<sup>83</sup>.

bbb) Elektronik bankacılık olanaklarından faydalanırken talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi

“İşbu taahhütname kapsamında kullanımına açılacak her türlü enstrüman ile gerçekleştirilecek işlemlerde teknik arıza nedeniyle işlemlerin yapılamaması, kısmen yapılması, iptal edilmesi, kaybolması ve sair durumlardan bankanızın hiçbir sorumluluğu olmadığını kabul ve beyan ederim.”

Bu hükmün uygulanacağı hallerde ise bankanın kendisinin kurmuş olduğu elektronik bankacılık ağından müşterinin faydalanması aşamasında bir sorun çıkmaktadır. Örneğin müşteri bir havale yapmak istiyor, ancak otomatik vezne makinesindeki (ATM) bir arıza nedeniyle havale yanlış kişiye gidiyor, zamanında gitmiyor veya talimat verilmesine rağmen işlem hiç yapılmıyor. İlgili GİŞ uyarınca banka, ortaya çıkabilecek zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Burada cevaplanması gereken soru, bankanın elektronik ağı içinde yer alan ATM'nin hukuken ne sayılacağıdır. Bugün Türk doktrininde de savunulmaya başlanan, Alman ve İsviçre hukuklarında yaygın olan görüş uyarınca bu tür makineler de borçlunun yardımcı kişisi sayılırlar<sup>84</sup>. Eğer bilgisayar hatası, ilgili makinelere gereği gibi bakılmadığı, en yeni teknoloji kullanılmadığı veya yanlış programlandıkları için ortaya çıkıyorsa zaten borçlunun yardımcı kişisi sayılmasında tereddüt edilmeyecek insanların davranışına bağlı olarak bir zarar doğmuş olur<sup>85</sup>. Buna karşılık kusurlu bir insan davranışına bağlanamayan, sadece teknolojinin düzeyinin genel yetersizliği nedeniyle bu zarar kaçınılmaz olarak ortaya çıkmışsa bunu kimin taşıyacağı bir sorun teşkil eder. Ancak burada da BK m.100'ü uygulamakta tereddüt edilmemelidir, zira ilgili makineleri, insan yerine ikame eden, bu şekilde hizmet sunma imkanlarını genişleterek müşteri kazanan, onları de-

<sup>83</sup> bkz. yukarıda § 10 II 8

<sup>84</sup> Şenocak, 106vd.; Serozan, Borçlar Hukuku, § 23 N.11; Spiro, Karl, Die Haftung für Erfüllungshilfen, Bern 1984, 209vd.; Soergel/Wolf, § 278 N.25; aksi görüşte OR/Wiegand, Art.101 N.9

<sup>85</sup> Şenocak, 106

netleme ve doğabilecek zararları sigortalama imkanına sahip olan hep bankadır<sup>86</sup>.

Bankaların elektronik bankacılık hizmetleri sunmak için faydalandıkları ağın sebep olduğu zararlar için BK m.100 uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği kabul edildikten sonra GİŞ içinde yer alan yukarıda aktarılan türden hükümlerin yasal düzenden saptığı için batıl olduğu sonucuna varılacaktır. Banka kural olarak bütün zararlar için sorumludur. Ancak burada da hakimin BK m.43/44'ü uygulayabileceğini kabul etmekte bir sakınca yoktur. Örneğin çok önemli bir işlemi bu yoldan yapan bir kişinin daha sonra ortaya çıkan zararın doğumunda müterafik kusuru olduğu savunulabilir. Zira böylesi bir işlemi banka şubesinden ve gerekli uyarılarda bulunarak yaptırmak müşteriden beklenebilir bir davranıştır.

## 2. Müşterinin Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar

### a) Alacaklıya ek teminat isteme olanağı verilmiş olması

“Bankanın ... her zaman teminatların değiştirilmesini, yeni veya ilave olarak teminat verilmesini, nakit yatırmamızı talep edebileceğini ... kabul beyan ve taahhüt ederiz.”

Banka ve müşterisi arasında kurulmuş olan sürekli borç ilişkisinin herhangi bir aşamasında, müşterinin ödeme güçlüğüne düşmesi tehlikesi karşısında bankaların kendilerini güvenceye almak için başvurdukları bu önlemin bu haliyle açık bir hukuki dayanağı yasa da yoktur. Bir sözleşme yapıldığı kadar tarafların teminat taleplerini dile getirmeleri ve sözleşmenin kurulmasını bu şarta bağlamaları normalken, bir kez sözleşme kurulduktan sonra ek teminat verilmediği için sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı kural olarak yoktur<sup>87</sup>. Ancak BK m.82, taraflardan birinin önce ifa borcu altında olduğu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sonra ifa edecek olanın aciz haline düşmesi<sup>88</sup> durumunda, önce ifa edecek olana ifadan kaçınma imkanı tanımaktadır. Bu hallerde def'i hakkını kullanan taraf, karşı taraf yeterli teminat gösterene kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Hatta tanınmış olduğu süre içinde bu teminat verilmese sözleşmeden dönme imkanı da vardır. Benzer bir düzenleme

<sup>86</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Şenocak*, 108-109; *Soergel/Wolf*, § 278 N.25

<sup>87</sup> Taşınmaz rehinde rehin konusunun, borçlunun kusuru veya kusuru olmadan değer kaybetmesi halinde uygulanacak hükümler hakkında bkz. *Oğuzman/Seliçi*, Eşya Hukuku, İstanbul 1997, 707vd.

<sup>88</sup> Aciz halinden kastedilen, iflas etmiş olmak, semeresiz kalan haciz, ödemelerin tatili, ticari işletmenin kapatılması, çek, poliçe, bono niteliğindeki senetlerin protesto edilmesi ve benzeri durumlardır (bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*, 834; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 358)

karz akdinde de getirilmiştir. BK m.310 uyarınca, ödünç konusu henüz teslim edilmeden karşı tarafın aciz haline düşmesi durumunda, ödünç veren borcunu ifadan kaçınabilir<sup>89</sup>. Buna karşılık ödünç konusu bir kez ifa edilmişse BK m.310'un uygulanması artık mümkün değildir. BK m.261, m.346 ve m.384/III bir adım daha atarak sözleşmenin ifasına başlanmış olması durumunda da kiralayan, işçi ve yayınlayana, alacaklarının tehlikeye düşmüş olduğu hallerde teminat talep etme ve aksi takdirde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımıştır. Bütün bu yasa maddelerinden bir genel kural türetme imkanı olup olmadığı<sup>90</sup> burada çerçeveyi aşan bir tartışma gerektireceğinden sadece banka sözleşmeleri için bir çözüm üretmekle yetinilecektir.

Gerek AB-yönergesi, gerekse Alman GİŞ yasası bu konuda açık bir yasak normu içermemektedir. Hatta Alman Bankaları Federal Birliği tarafından en son 1993 yılında yeniden düzenlenen banka genel işlem şartları uyarınca, bankanın müşteriye karşı var olan alacaklarının sözleşmenin kurulması anına nazaran daha yüksek bir risk sınıfına dahil olduğu hallerde, bankanın her zaman ek teminat talep etme imkanı vardır<sup>91</sup>. Özellikle müşterinin ekonomik durumunun kötüleşmiş olması veya böyle bir tehdidin var olması veya verilmiş olan teminatların değerinin düşmesi hali için benimsenmiş olan bu çözüm yargı ve öğretide geçerli kabul edilmiştir<sup>92</sup>. Ancak taraf menfaatlerini dengelemek için, bankanın elindeki teminatların, müşteriye karşı var olan alacaklarının tümünün değerini aşması halinde bankaya bazı teminatları serbest bırakma yükümü yüklenmiştir (m.16). Gerekli teminatların verilmemesi halinde bankanın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vardır (m.19/III)<sup>93</sup>.

Taraf menfaatlerini en uygun şekilde dengeleyen hak ve borç dağılımı kanımca da bankanın ek teminat isteyebilmesini gerektirir. Ancak bu, yukarıda aktarılan GİŞ maddesindeki gibi indi ve sınırsız bir yetki olamaz. Öncelikle müşterinin borçlarının banka için arz ettiği rizikonun önemli surette değişmiş olması aranacak (kuşkusuz ispat yükü bankada olacaktır), ikinci olarak da bu rizikonun azalması halinde bankanın elindeki fazla teminatı serbest bırakması gerekecektir<sup>94</sup>. Rizikoda hiçbir değişiklik olmamasına rağmen, müşterinin ödeme yeteneği hakkında güven-

<sup>89</sup> Yavuz, 376

<sup>90</sup> Bu konuda bkz. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 357 vd.; *Seliçi*, 215; *Gauch*, Dauerverträge, 96vd. Karş. BGE 100 II 345,350

<sup>91</sup> Örneğin bkz. *Dresdner Bank AGB Art.13*; *Deutsche Bank General Business Conditions*, Art.13

<sup>92</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. §§ 9-11 N.661a; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 23 N.727vd.

<sup>93</sup> Bu konuda bkz. ileride sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin GİŞ hakkında § 11 IV

<sup>94</sup> bkz. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 364; aynı yazar, *Borçlar Hukuku*, § 6 N.9

nilir bilgi almadan ek teminat isteyen bankanın talebini reddetmekte müşteri haklı sayılmalıdır.

b) Alacaklıya vadesi gelmemiş borçları muaccel kılma olanağının verilmiş olması

Yine bir bireysel bankacılık hizmetleri sözleşmesinden örnek vermek gerekirse:

“Müşteri ve garanti verenler bu sözleşmeden doğmuş ve doğacak borçlarından *herhangi birisini(vba)* gününde ve tam olarak ödemediği ve/veya taahhütlerinden herhangi birini gününde ve tam olarak yerine getirmediği takdirde *tüm borçların(vba)* herhangi bir ihbara gerek kalmaksızın kendiliğinden muaccel olacağına ve ihtara gerek kalmaksızın muacceliyet anında temerrüde düşmüş sayılacağını ve bu durumda bankanın belirlediği cari en yüksek kredi faizinin %50 fazlası oranında temerrüt faizi ... ödemeyi taahhüt eder.”

Ek teminat istenmesine ilişkin hükümlerde olduğu gibi bu tür hükümlerle de bankalar, müşterinin ödemede sorun çıkarmaya başlaması ve ileride ödeme aczine düşmesi ihtimali karşısında kendilerini güvenceye almak istemekte; her an bütün müaccel borçları muaccel kılma yetkisini ellerinde tutmaktadırlar. Oysa kural olarak BK m.101 uyarınca vadesi gelmiş olan bir borç için borçlunun temerrüde düşürülmesinin, aynı alacaklıya karşı var olan diğer borçlar açısından herhangi bir etki doğurması düşünülemez<sup>95</sup>. Bu konuda sadece bazı istisnai düzenlemeler vardır ki bunlar da taksitle satım sözleşmelerine ilişkindir. BK m.224 uyarınca ancak satıcının açıkça saklı tutması kaydıyla, alıcının art arda iki taksiti ödemede temerrüde düşmüş olması ve bu taksitlerin toplamının, semenin en az onda birini oluşturması halinde satıcının tüm borçları muaccel kılma yetkisi vardır<sup>96</sup>. Yine TTK m.6/II uyarınca da satıcının bu hakkını saklı tutması kaydıyla, taksitlerden birinin ödenmemiş olması, bunun üzerinden en az dört haftanın geçmiş olması ve satıcının en az bir haftalık bir ek süre vermesi ile bütün alacaklarını muaccel kılma imkanı vardır<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Arkan, Sabih, Tüketici Kredisi ve Uygulaması, BATİDER 1989/1, 19,33

<sup>96</sup> İsviçre Borçlar Kanunundaki yeni düzenleme (İBK m.226h) uyarınca, satıcının bu hakkını açıkça saklı tutmuş olması kaydıyla, semenin en az %10'unu teşkil eden iki veya daha fazla taksitin veya semenin %25'ini teşkil eden tek bir taksitin ödenmesinde temerrüde düşülmüş olması halinde muacceliyet kayıtları geçerli sayılır. Aynı gerekler alıcının temerrüdü halinde sözleşmeden dönmek için de aranır. Avusturya hukuku için bkz. Avusturya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu § 13.

<sup>97</sup> Bu iki hüküm hakkında ayrıntılı bilgi ve bağdaştırılmaları sorunu hakkında bkz. İnceoğlu, Murat, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998, 39vd.

Alman Tüketici Kredisi Yasası § 12, taksitler halinde geri ödenecek tüketici kredilerinde, tüketicinin temerrüde düşmesi durumunda, ancak bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak bütün kredi borcunun muaccel olmasına izin vermiştir. Buna göre ancak art arda iki taksitin ödenmesinde temerrüde düşülmesi, bunun tutarının borcun en az yüzde onunu (üç yıldan uzun süreli kredilerde yüzde beşini) oluşturması ve müşteriye, durum açıklanarak, iki haftalık bir ödeme süresinin verilmesi halinde bütün borcun muaccel olması mümkündür. Hatta bir adım daha atılarak, en geç ihtarın yapıldığı anda müşteriye, borcun ödenmesi için makul bir düzenlemenin yapılabilmesi için, banka ile bir görüşme teklif edilmesi de gerekmektedir<sup>98</sup>. Buna karşılık ülkemizde yürürlükte olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bu konuda hiçbir düzenleme getirmemiş ve m.10/I,g tüketicinin temerrüde düşmesi halinde uygulanacak hükümlerin serbestçe taraflar arasındaki sözleşmede tayin edilmesine imkan tanımıştır<sup>99</sup>.

Kanımca sabit taksitlerle belirli bir süre içinde geri ödenmesi gereken ve özellikle belirli bir mal veya hizmetin satın alınması için kullanılan bütün tüketici kredilerinde buna rağmen TTK m.6 ve BK m.224'deki sınırlandırmaların kıyasen uygulanması düşünülmelidir. Sadece taksitle satımdan farklı olarak, satıcının değil de bir üçüncü kişinin kredi vermesi nedeniyle tüketicinin kendisini koruyan hükümlerden faydalanamaması bu şekilde engellenmiş olacaktır. Zira aynı koruma ihtiyacının var olduğu iki durumu ayrı ele almak için hiçbir makul gerekçe bulmak mümkün değildir<sup>100</sup>. Bu durumda tüketici kredileri açısından yukarıda anılan türden GiŞ hükümleri batıl sayılacaktır. Buna karşılık kredili mevduat hesabı veya kredi kartı sözleşmesi gibi belirli bir meblağın, belirli bir süre için ödünç alınmadığı sözleşmelerde bu tür muacceliyet kayıtları kanımca bir sorun doğurmayacaktır. Zira ileride görüleceği gibi taraflar arasında kurulmuş olan bu tür sürekli borç ilişkilerinin, olağan ve olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi ve müşterinin borçlarının talep edilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu hallerde bankaya, var olan alacaklarını muaccel kılma yetkisinin verilmesinin, taraflar arasındaki hak ve borç dağılımında müşteriye mağdur edecek bir dengesizlik yaratmadığı kabul edilebilir.

Ancak her halde bu yetkinin yukarıda aktarılan GiŞ'de olduğu gibi indi bir şekilde kullanılması mümkün değildir. Özellikle müşteriye bir ih-

<sup>98</sup> Bu hüküm aynı zamanda sözleşmenin feshi için de ön koşulları tespit etmektedir. § 12'nin uygulandığı hallerde bütün taksitlerin muaccel olması üzerine alacaklının sözleşmeyi feshetmesi halinde, müşterinin ödeyeceği meblağdan fesihten sonraki döneme ilişkin faiz borçları oransal olarak düşülür (VerbrKrG § 12/II)

<sup>99</sup> Bu konuda bkz. *Gezder*, 203vd.

<sup>100</sup> Nitekim Alman tüketici kredisi yasası da taksitle satımı ve tüketici kredilerini aynı yasa içinde düzenlemiştir.

bar dahi yapılmadan var olan tüm borçlarının muaccel olacağı ve borçlunun temerrüde düşeceği kabul edilebilecek bir çözüm değildir. BK m.101/I uyarınca kural, alacaklının ihtarı ile borçlunun temerrüde düşmesidir. Vadesinden önce bazı alacakların muaccel olması halinde işin niteliği gereği alacaklının bir ihtarına gerek olacaktır. Diğer yandan muacceliyet kaydının uygulama alanını da sınırlandırmak gerekir. Örneğin banka ile müşteri arasında akdedilmiş olan kredi kartı sözleşmesinde, son ödeme tarihinde ödenmesi gereken asgari tutar ödenmediği için bütün borcun muaccel hale gelmesi halinde, aynı müşteri ile akdedilmiş olan kredili mevduat hesabı sözleşmesinin de bütün borçlarının muaccel hale geleceği kabul edilemez<sup>101</sup>.

### c) Özel olarak: Kefilin sorumluluğunun genişletilmesi

Bankacılık uygulamasında sözleşmelerin büyük çoğunluğu ancak bir üçüncü kişinin müşteriye kefil olması koşuluyla akdedilmektedir. Bu açıdan müşterinin sorumluluğunu genişleten, onun durumunu ağırlaştırıcı hallerin yanı sıra kefilin durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin de bu çerçevede ele alınması gereklidir. Uygulamadan bazı örnekler verilecek olursa:

“Kefil, Borçlar Kanununun 490. maddesindeki kendisine tanınan haklardan feragat ettiğini ve banka alacağı için işlemiş ve işleyecek faizlerin tamamından sorumluluğu kabul eder.

Kefil, Borçlar Kanununun 493 ve 494. maddelerindeki kefaletten kurtulma imkanını veren haklardan vazgeçtiğini beyan ve bu maddelere dayanarak bankaya karşı hiçbir istemde bulunmamayı kabul eder.

Kefil, borcun müşteri için her ne nedenle olursa olsun muaccel olması halinde kendisine herhangi bir bildirimde bulunmaksızın kefalet borcunun da muaccel olacağını, bu gibi durumlarda bankadan borçlu aleyhine takibata geçilmesini ve kefaletten kurtarılmalarını talep etmeyeceklerini ve bu haklardan vazgeçtiklerini kabul ve beyan eder.

Banka, kefil olunan borçlar hakkında tam bir hareket serbestisine sahip olup, kefilin bu yüzden durumunun ağırlaştığını ileri sürerek, bankaya karşı hiçbir iddia ve istek hakkı yoktur. Bankanın, müşterinin yükümlülüklerini bir veya birçok defa temdit etmesi, borcu taksitlendirmesi, borç için verilmiş rehinleri kısmen veya tamamen geri vermesi, çözmesi, elden çıkarması, azaltması veya her ne suretle olursa olsun değersiz hale gelmesine sebep olması yahut rehinli senetlerin zamanaşımına uğraması, delilleri elden çıkarması hallerinde kefil bunları şimdiden uygun gördüğünü ve

<sup>101</sup> Bu durum olsa olsa müşterinin ödeme güçlüğüne düştüğüne işaret ettiği hallerde, ileride görüleceği gibi, bir olağanüstü fesih sebebi doğurabilir (bkz. ileride § 11 IV).



bunlardan dolayı bankaya bütün haklarından vazgeçtiğini beyan ve kefaletin aynen devam edeceğini şimdiden kabul eder.”

Görüldüğü gibi kefilin korumak için yasa koyucu tarafından getirilmiş olan bütün düzenlemeler birer birer GİŞ yoluyla bertaraf edilmektedir. Hatta sözleşme hükümlerinde tek tek hangi haklardan vazgeçildiği madde numaraları ile ifade edilmektedir. Örneğin kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu tutulabilmesi için kendisine zamanında haber ve alacaklıya ödemede bulunabilmesi için münasip bir süre verilmesi gerektiği hakkında BK m.490/II<sup>102</sup>; sorumlu olduğu sözleşmesel faiz miktarının geçmiş bir yıllık faiz ile sınırlandırılmış olmasına ilişkin m.490/II-1<sup>103</sup>; asıl borcun, borçlunun iflas etmesi sebebiyle muaccel hale gelmesine rağmen (İİK m.195) kefilin borcunun muaccel olmayacağına ilişkin BK m.491,c.1<sup>104</sup>; muacceliyeti ihbara bağlı borçlarda bu ihbarın yapıldığının kefile bildirilmemesi halinde kefalet borcunun muaccel olmayacağına ilişkin BK m.491,c.2<sup>105</sup>; belirli süreli kefalet akdinde alacaklının alacağını kefalet akdinin süresinin dolmasından sonra en geç bir ay içinde takip etmemesi veya başlamış takibe uzun süre ara vermesi halinde kefalet akdinin sona ereceğine ilişkin BK m.493<sup>106</sup>; belirsiz süreli kefalet akdinde, alacağın muaccel olmasından sonra kefilin alacaklıya başvurarak bir ay içinde alacağını takip etmesini isteyebilmesine ve alacak takip edilmez veya takibe uzun süreli ara verilirse kefalet akdinin sona ereceğine ilişkin BK m.494/I; asıl borcun muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlı olan hallerde, kefalet akdinin kurulmasından itibaren 1 yıl içinde kefilin alacaklıdan bu ihbarda bulunmasını ve borç muaccel olduktan sonra bir ay içinde takibata geçmesini isteyebilmesine ilişkin BK m.494/II<sup>107</sup>; asıl borç için verilmiş olan şahsi veya aynı teminatların değerinin azaltılması veya kefil aleyhine elden çıkarılması veya alacağın takibi için gerekli belgelerin ve delillerin saklanmaması halinde alacaklının kefile karşı sorumlu olacağına ilişkin BK m.500/I<sup>108</sup> genel işlem şartları yoluyla bertaraf edilen kefilin haklarından sadece bazılarıdır.

Kefalet akdinde taraflar arasında adil bir denge kurmak için yasa koyucunun öngördüğü yedek hukuk kurallarının tümü bu şekilde banka tarafından uygulama dışı bırakılmakta ve adeta ikinci bir borçlu yaratılmaktadır. Ölçüt norm olan yedek hukuk kurallarından bu sapmaya rağmen bunun “ölçüsüz” ve “müşterinin haklarını ciddi şekilde zedeleyici” olmadığı, hak ve borç dağılımında “önemli ve haksız bir orantısızlık”<sup>109</sup>

<sup>102</sup> bkz. *Reisoğlu*, Kefalet, 163

<sup>103</sup> bkz. *Reisoğlu*, Kefalet, 164

<sup>104</sup> bkz. *Elçin Grassinger*, 187

<sup>105</sup> bkz. *Elçin Grassinger*, 188vd.

<sup>106</sup> bkz. *Elçin Grassinger*, 143vd.

<sup>107</sup> bkz. *Elçin Grassinger*, 150vd.

<sup>108</sup> bkz. *Elçin Grassinger*, 193vd.

<sup>109</sup> Bu konuda bkz. yukarıda § 10 III 4

yaratmadığı söylenebilir mi? Kanımca buna karar verirken hakimin somut olayda kefaletin neden ve kimin tarafından verildiğini dikkate alması gerekir<sup>110</sup>. Söz konusu olan, bir tüketici kredisi için yine kendisi de tüketici olan birinin kefil olması ise bu sözleşmeyi ayrı değerlendirmek gerekecek; buna karşılık bir ticari işletmenin aldığı kredi için ortaklarından birinin kefil olması durumu ayrı değerlendirilecektir. Hiçbir karşılık beklemezsizin, özgeci bir tavırla akdedilen kefalet sözleşmelerinde<sup>111</sup> kefilin bu şekilde kısıvrak bağlanması, bu sözleşme tipinin amacına aykırı ve kefil ölçüsüz derecede mağdur edici olarak batıl sayılmak gerekir. Bertaraf edilen normların adalet içeriği düşünüldüğünde kanımca bu sonuç doğru gözükmektedir. GİŞ yoluyla bertaraf edilen tüm yedek hukuk kuralları bu şekilde yeniden uygulama imkanına kavuşturulmalıdır. Nitekim ilgili yedek hukuk kurallarının büyük çoğunluğunda bankanın kendine düşen bir özen yükümünü yerine getirmemesi nedeniyle doğacak olumsuz sonuçların ele alındığı ve bunların GİŞ yoluyla kefile yıkıldığı düşünülecek olursa varılan bu sonucun desteklenmesi daha da kolay olacaktır.

Ancak kefil aleyhine, yedek hukuk kurallarından GİŞ yoluyla sapılmanın yanı sıra, uygulamada, kefalet sözleşmesi yerine doğrudan bir garanti sözleşmesi akdedilmesi ve bu şekilde kefalet akdine ilişkin yedek hukuk kurallarının tümünün bertaraf edilmesine rastlamak da mümkündür. Örneğin bir bankanın *bireysel bankacılık hizmetleri* sözleşmesinde şu hükümlerle karşılaşmaktadır:

“m.12: Garanti verenin sorumluluğu: Bu sözleşmenin altında garanti veren sıfatıyla imzası bulunan kişi ve kişiler, müşterinin bankaya bu sözleşmeden veya her ne sebeple olursa olsun, gerek yalnız olarak gerekse diğer kişilerle birlikte borçlandığı ve borçlanacağı bütün meblağları zamanında, tam ve gereği gibi tediye edeceğini tüm taahhütlerini harfiyen yerine getireceğini garanti veren sıfatıyla taahhüt eder ve aksi durumda bankaya karşı bizzat ve şahsen/aslen sorumlu olduğunu ve bankanın kendisine yapacağı ilk ihbarda garanti ettiği tutarı bir itiraz ileri sürmeksizin bankaya ödemeyi kabul eder.”

Teminat amacıyla akdedilen garanti sözleşmeleri, kefalet sözleşmesinden farklı olarak ferî nitelikte, yani geçerli bir temel borcun varlığına

<sup>110</sup> Nitekim Alman Anayasa Mahkemesinin 1993 yılında vermiş olduğu, geliri ve malvarlığı olmayan aile bireylerinin kefaletine ilişkin kararında da bu ayırım yapılmış, kefilin bu sözleşmeyi akdetmede hiçbir menfaatinin olmaması, hatta genelde anne, baba, kardeş gibi yakınlarına yardımcı olmak için akdettiği kefalet sözleşmelerinde borçlanılan meblağın yüksekliği ahlaka aykırılık butlanına gerekçe kabul edilmiştir (BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, çeviri için bkz. *Atamer*, İHFM C. LV – S.3 (1997), 419); bilgi için bkz. *Elçin Grassinger*, 70vd.; *Bydlinski*, recht 1994, 249,253

<sup>111</sup> Özellikle aile ve arkadaş çevresi içinde kefil olunması halinde bu söz konusu olacaktır, bkz. *Bydlinski*, recht 1994, 249,250

bağlı değildir. Dolayısıyla da bu temel borca ilişkin hiçbir itiraz veya definin garanti borçlusu tarafından ileri sürülmesi mümkün değildir. Garanti veren temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak borçlunun edimi için sorumlu olmayı üstlenmektedir<sup>112</sup>. Nitekim bu önemli farklılık, garanti ve kefalet sözleşmelerinin ayırt edilebilmesi için çok çeşitli kıstaslar geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur<sup>113</sup>.

Öncelikle taraflarca kullanılan terimlerin sözleşmenin nitelendirilmesinde önem taşımadığı kabul edilmelidir<sup>114</sup>. “Kefalet”, “garanti”, “tekeffül” gibi kavramlar genelde birbirinin yerine kullanılabilir. Bu açıdan ilgili GİŞ içinde her ne kadar bir garantiden bahsedilmekteyse de kast edilenin bir kefalet sözleşmesi mi olduğu hakim tarafından incelenmek gerekir. Özellikle yine aynı GİŞ içinde,

“... garanti verenler: a) Kendilerine kanunen tanınan haklardan peşinen feragat ettiklerini ... c) Bankanın, müşterinin borçlarını bir veya birçok defa temdit edebileceğini, borcu taksitlendirebileceğini, borç için verilmiş olan sair teminatı kısmen veya tamamen geri verebileceğini, garanti vermesi söz konusu olan diğer kimsele-  
rin taahhütlerini almaktan daha baştan vazgeçebileceğini, diğer garanti verenlerden birini veya tümünü veya mirasçılarını ibra edebileceğini; bu takdirde dahi kendi garantisinin tüm hükümleriyle geçerli olmaya devam edeceğini kabul, beyan ve taahhüt eder.”

şeklinde ibarelerin yer alması aslında burada bir kefaletin düşünüldüğünü göstermeye elverişlidir. Zira garanti veren için yukarıda anılan türden yasadandan doğan “haklar” zaten söz konusu değildir<sup>115</sup>. Özellikle BK m.500/I hükmü düşünülerek konulmuş olan (c) fıkrası, garanti alanın böyle bir sorumluluğu olmaması<sup>116</sup> nedeniyle anlamsız kalmaktadır. BK m.18/I’de hakimin, sözleşmelerin yorumunda taraflarının kullandıkları lafza bağlı kalmadan asıl maksatlarını tespit etmesi gerektiği (*falsa demonstratio non nocet*) açıkça kabul edilmiştir<sup>117</sup>. Bu açıdan MK m.2/I çerçevesinde garanti veren olarak sözleşmeye imza atan kişinin gerçekten

<sup>112</sup> Bu sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 804vd.; kefalet sözleşmesi ile karşılaştırması için bkz. *Reisoğlu*, Kefalet, 78vd.

<sup>113</sup> *Reisoğlu*, Kefalet, 81vd.; *Tandoğan*, ÖBİ II, 820vd.; *Barlas*, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, 33vd.; BGE 113 II 434,436vd.

<sup>114</sup> bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 32 N.21; *Reisoğlu*, Kefalet, 81; *Barlas*, dn.113’de anılan eser, 38; BGE 113 II 434,438 (“unlimited guaranty” teriminin zorunlu olarak garanti sözleşmesi anlamına gelmeyeceği hakkında)

<sup>115</sup> Sadece BK m.110/II’de belirli bir süre için verilmiş olan garantilerde sürenin bitimine kadar garanti verene yazılı olarak başvurulmaması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir (bu konuda bkz. *Reisoğlu*, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 3.bası, Ankara 1997, 127vd.).

<sup>116</sup> *Reisoğlu*, dn.115’deki eser, 57

<sup>117</sup> Bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 32 N.2vd.

de bağımsız, asli bir borç altına girme iradesi olup olmadığı incelenmek gerekir<sup>118</sup>.

Ancak bankaların bu yorum sonucunu engellemek için genel işlem şartlarını daha net kaleme alacakları ve kesin kavramlar kullanacakları konusunda tereddüt edilmemelidir. Bu açıdan GİŞ yoluyla garanti sözleşmeleri akdedilmesi halinde müşteriye korumanın başka yolları da aranmalıdır. Akla iki çözüm gelmektedir: ya taraflar arasındaki sözleşme bir kefalet sözleşmesine tahvil edilecek, ya da atipik bir sözleşme olan garanti sözleşmesine kefalet hükümleri kıyasen uygulanacaktır. İlk sonuca ulaşmak için taraflar arasındaki garanti sözleşmesinin batıl olduğu kabul edilmek gerekir. Kanımca garanti verenden farklı olarak, teminatın verilmesinde genelde hiçbir kişisel menfaati olmayan, belli bir sonucu elde etmek değil, sadece belirli bir kişiye yardım etmek amacını güden birinin fer'i olarak borç altına girmek istediği kuraldır<sup>119</sup>. Bu açıdan bankaların GİŞ yoluyla, yasa koyucunun fer'i olarak borç altına giren kefilini korumak için getirdiği hükümleri dolanmak niyetiyle ilgili kişiyi garanti veren konumuna sokmaları ekonomik kamu düzenine (ve hatta ahlaka) aykırı kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki burada da GİŞ kullanımının kamu düzenine aykırı nitelendirilmesinin temelinde yatan düşünce, yani yedek hukuk kurallarından tek taraflı olarak, karşı akidin menfaatlerini hiç gözetmeden sapma olgusu aynen mevcuttur. GİŞ karşısında (bu kez manevi gerekçelerle) pazarlık gücünden yoksun olan müşteri, kendisine sunulan sözleşme tipini hiçbir itiraz ileri süremeden kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Batıl bir hukuki işlemin başka bir hukuki işleme tahvili için onun gereklerini yerine getirmesi aranır<sup>120</sup>. Kefalet sözleşmesi açısından önemli olan, yazılı şekil şartına uyulmuş olması ve kefalet miktarının belirtilmesidir (BK m.484). Banka sözleşmelerinde bu şartlara çoğunlukla uyulmuş olacağı için kanımca bu noktada bir sorun doğmayacaktır. İkinci olarak, kendisine tahvil edilen işlemin tarafların varsayıli iradelerine uygun olması aranır<sup>121</sup>, ki bu da olayımızda kabul edilebilir. Zira bir bankanın tümünden şahsi teminatını kaybetmek yerine bir kefalet sözleşmesi akdetmeyi tercih edeceği açıktır. Müşteri ise kişisel teminat verme iradesine temelde zaten sahiptir, ancak bu irade fer'i bir teminat vermek yönündedir. Bu şekilde taraflar arasında bir kefalet sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılması mümkündür.

<sup>118</sup> Serozan'ın da ifade ettiği gibi, bir bankanın teminatı garanti olarak nitelendirilebilir de, bireyin teminatı ancak kefalet sayılabilir (*Hatemi/Serozan/Arpacı*, 51)

<sup>119</sup> Bu yönde *Reisoğlu*, Kefalet, 86-87

<sup>120</sup> *Kaneti*, Selim, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972, 142vd.

<sup>121</sup> *Kaneti*, dn.120'deki eser, 151vd.

Diğer yandan yasada düzenlenmemiş atıpkı bir sözleşme olan garanti sözleşmesine hangi hükümlerin uygulanacağı araştırılarak da kamıca bir sonuca varılabilir. İlke, yasada düzenlenmiş benzer sözleşme türlerinin kurallarını kıyas yoluyla uygulamaktır<sup>122</sup>. Buradan hareketle kuşkusuz garanti sözleşmesine her halde kefalet hükümlerini aynen uygulamak söz konusu olamaz. Ancak “garanti verenin” kefinden farksız olduğu, sadece eşine, arkadaşına yardım etmek için teminat verdiği hallerde kefil koruyucu hükümlerin tümü kıyas yoluyla bu ilişkide de uygulanmalıdır<sup>123</sup>. Aksi takdirde Borçlar Kanununda düzenlenen ilgili normların tümünün boşa dönmesine seyirci kalmak gerekecektir<sup>124</sup>.

### III. Risk Alanlarının Belirlenmesine İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları

#### 1. Sahtecilik Halinde Risk Dağılımı

Özellikle bankacılık işlemlerinde sık karşılaşılan bir durum üçüncü kişilerin bir banka müşterisinin hesabı üzerinde yetkileri olmaksızın tasarruf etmeleridir. Sahtecilik genelde iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Ya müşterinin hiçbir talimatı olmaksızın bankaya sahte vekaletname, sahte çek veya sahte talimat ile gidilerek para çekilmektedir, ya da müşterinin düzenlediği çek üzerinde oynanarak meblağ değiştirilmekte, talimat tahrif edilerek başka bir alıcıya yönlendirilmekte ya da vekaletname değiştirilmektedir. İşte genelde bu durumlardan bazıları için bankalar genel işlem şartları içine hükümler koymakta ve sorumluluğu müşterinin taşıyacağını öngörmektedir<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, 51. Kıyas hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Larenz/Canaris, 202 vd.

<sup>123</sup> aynı yönde Bydlinski, recht 1994, 249,250. Yazar, Avusturya Temyiz Mahkemesinin 1993 yılında verdiği bir kararında, doktrindeki eleştirileri de dikkate alarak, garanti sözleşmelerinde kefaletin şekil şartlarına uyulmasını aramaya başladığını ifade etmektedir (bkz. aynı yerde dn.10)

<sup>124</sup> Kefalet sözleşmesi akdetmek yerine, birlikte borç üstlenilmesi veya müteselsil borçlu sıfatının kabul edilmesi halinde de benzer bir muhakemeye ihtiyaç olacaktır.

<sup>125</sup> Örneğin: “Bankanız, vekaletnamenin tahrif edilmiş olmasından veya sahteliğinden dolayı uğradığımız zararlardan sorumlu olmayacaktır”. (...Bankası Genel Kredi Taahhütnamesi m.22/V); “Müşteri (...) çeklerin rızası dışında herhangi bir şekilde elden çıkması halinde (kaybolma, çalınma, zorla alınma gibi) veya çekte sahtekarlık ve tahrifat yapılması durumunda bu hususu çeklerin alındığı şubeye (...) gecikmeye yer vermeksizin en çabuk vasıtayla bildirecek ayrıca gerek bu çeklerin iyi muhafaza edilmemesi veya rıza dışında elden çıkması, gerekse bu hususları yukarıda sözü edilen şubelere derhal bildirmemesi veya hiç bildirmemesi halinde her türlü sorumluluk müşteriye ait olacak ve bu yüzden banka herhangi bir şekilde zarara uğradığı veya ödemede bulunduğu takdirde bu zararı tazmin edecek veya ödemeyi karşılamayı yüklenecektir)...”(... Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi m.20). “Çekin ödenmesi sırasında banka hamilin kimliğini araştırmaya yetkilidir. Bankaca ödenen çeklerin bedelleri, çekin veya hamilin

Bu hükümlerin akıbetini belirlemek için de öncelikle uygulanacak yasal düzenleme ne olurdu ona bakılmalıdır. Bu bağlamda müşterinin bankada para bulundurması, yani bir hesap sahibi olmasını hukuken nitelendirmek gerekecektir. Müşterinin vadesiz bir mevduat sözleşmesi açması halinde, yani istediği an parasını çekebileceği hallerde BK m.472'de düzenlenmiş olan usulsüz tevdi ilişkin hükümlerin uygulanması akla gelir. Buna karşılık vadeli mevduat sözleşmelerinde müşterinin aynı zamanda faiz alıyor olması, karz akdi niteliğinin ağır basması ve bu hükümlerin kıyasen uygulanmasını gerektirir<sup>126</sup>. Ancak bankanın bu hesaba ilişkin olarak müşteriye sunacağı çok farklı hizmetler düşünülecek olursa vekalet sözleşmesinin unsurlarını görmek de pekala mümkündür. Nitekim doktrinde bu sözleşmenin nitelendirilmesi birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Burada bu tartışmalar yansıtılmadan sadece doktrinde en çok kabul gören karz, usulsüz tevdi ve vekalet sözleşmesi nitelendirmesinin olayımız açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı üzerinde durulacaktır.

Müşterinin bankaya yatırdığı para nedeniyle aralarında karz veya usulsüz tevdi sözleşmesinin olduğu kabul edilebilen hallerde paranın bir üçüncü kişi tarafından, müşterinin hiçbir talimatı olmaksızın "çalınması", müşterinin hesabına bu meblağı borç kaydetme imkanı bankaya vermez<sup>127</sup>. Kendisine ödünç verilen meblağın tamamıyla veya kısmen kaybı, banka kusursuz da olsa, onu sorumluluktan kurtarmaz, yani bu parayı geri ödemekten kaçınma imkanı doğmaz<sup>128</sup>. Nitekim usulsüz tevdiyi düzenleyen BK m.472 bu durumu açıkça ifade de etmektedir ("Müstevdiin tevdi olunan meblağı aynen iadeye mecbur olmaksızın mislen iade etmesi sarahaten veya zımnen mukarrer ise, o meblağın nefi ve hasarı kendisine ait olur"). Aynı şekilde TTK m.724 (İBK m.1132) de sahte bir çekin ödenmesinden dolayı doğan zararın muhataba ait olacağını beyan etmektedir<sup>129</sup>. Dolayısıyla olay tamamıyla bankanın malvarlığına yönelik bir haksız fiil olarak nitelendirilecektir<sup>130</sup>. Bankanın bu olayın meydana

---

kimlik belgesinin sahte veya tahrif edilmiş olması ile ilgili olmaksızın müşteri hesabının borcuna geçer. Banka bu nedenle ağır kusuru dışında herhangi bir kusurundan sorumlu tutulmayacak ve ağır kusur iddiası halinde bunun ispatı müşteriye ait olacaktır..."([...Bankası Cari Hesap ve Bankacılık Hizmetleri Genel Sözleşmesi m.5.12)

<sup>126</sup> farklı görüşler için bkz. *Tekinalp*, Banka Hukuku, 311; *Tandoğan*, ÖBİ I/2, 329vd.

<sup>127</sup> *Berner Kommentar/Gautschi*, Art.398 N.36b

<sup>128</sup> bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 427

<sup>129</sup> Sahte ve tahrif edilmiş çek hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *İnan*, 100vd.; *M.Tekil*, 74vd. Çekin çalınması, ancak üzerinde herhangi bir tahrifat yapılmaması halinde (örn. hamile yazılı olması nedeniyle) sorumluluk rejimine ilişkin olarak bkz. *İnan*, 82vd. Ayrıca çekteki sahtecilik ya da tahrifattan keşidecinin zarar görmediği hallerde TTK m.724'ün uygulanmayacağı hakkında bkz. *İnan*, 119vd., 136; *M.Tekil*, 77 dn.65

<sup>130</sup> Hesaptan yetkisi olmaksızın para çeken kişiyi bankanın tespit etmesi ve doğrudan ona karşı dava açması üzerine, karşı tarafın, bankanın henüz asıl müşteriye ikinci kez öde-



gelmesinde kusurlu veya kusursuz olması, yani imzanın taklit edilmiş olmasını veya vekaletnamenin sahteliğini anlayabilecek durumda olup olmaması kural olarak önem taşımaz<sup>131</sup>.

Bankanın müşterisine sunduğu bilumum bankacılık hizmetleri nedeniyle bir vekalet sözleşmesi özelliklerinin ağır bastığı düşünülecek olursa soruna yine farklı şekilde yaklaşmak mümkün olmayacaktır. Her ne kadar vekil BK m.394 uyarınca vekaletin icrası nedeniyle yapmış olduğu masrafları ve uğramış olduğu zararların tazminini istemeye yetkiyse de, örneğin, sahte veya tahrif edilmiş bir havale talimatı<sup>132</sup> vesilesiyle bankanın bir üçüncü kişiye ödemede bulunması halinde<sup>133</sup> aslında müşterinin bu yönde bir irade beyanı yoktur ve dolayısıyla vekaletin icrası nedeniyle ortaya çıkmış olan bir zarar söz konusu değildir<sup>134</sup>. Dolayısıyla BK m. 394/II'ye dayanarak bankanın bu zararı tazmin ettirmesi mümkün olmamalıdır. Bu maddenin uygulanması ancak vekaletin gereği gibi icra edilmiş olması halinde mümkündür. Eğer “var olmayan” bir talimat sonucu banka yanlış kişiye ödemede bulunuyorsa, kendi malvarlığından ödemede bulunmaktadır ve bu meblağı müşterisine karşı borçlu kalmaya devam eder. Dolayısıyla müşterinin bankaya yönelteceği da-

---

mede bulunmaması nedeniyle zararının doğmadığına ilişkin savunmasını Yargıtay haklı olarak reddetmiştir. Yargıtay'a göre: "...mevduat, ödünç (karz) ile usulsüz vedia aktilerinin karışımı, kendine özgü niteliği bulunan bir sözleşme türü olmaktadır. Bankalar kabul ettikleri mevduatları sadece saklamak yükümlülüğü altında bulunmamakta ayrıca, bu parayı ticari hayatta kredi olarak kullanarak kendi gelirlerini sağlamak yetkisine de sahip bulunmaktadırlar. Bu nedenle, yani bankaların hesap sahibince bankaya yatırılan paranın bu mevduat hesabında kaldığı sürece bu parayı **kullanma yetkisi** (vba.) bulunduğundan, bu paranın haklı bir nedene dayanılmadan üçüncü kişiler tarafından hesaptan çekilmesi halinde onlardan istirdatını talep etmekte hukuki yararını bulunduğu kabulü gerekir." (Y11HD 17.6.1988, 4712/4063, YKD 1988, 1242, 1243). Görüldüğü gibi yüksek mahkeme doğru sonucu benimsemekle birlikte, aslında o paranın artık bankanın mülkiyetinde olduğu dolayısıyla bir sebepsiz zenginleşme veya haksız fiile dayanan tazminat davası açabileceğini ifade etmekten kaçınmıştır.

<sup>131</sup> *Reisoğlu*, Banka, 301. Oysa Yargıtay'a göre: "...keşidecinin imzasının tahkik edilmeden tediyede bulunulması davalı için ağır kusur teşkil eder ve Türk Ticaret Kanununun 1. maddesi yolu ile Borçlar Kanununun 99. maddesi uyarınca borçlunun ağır kusuru halinde dıñar olacağı mesuliyetten iptidaen beraatini tazammun eden her şart batıldır" (YT D 20.12.1963, 2626/4855, *Olgaç*, 814-815). Yine Yargıtay'ın 1990 tarihli bir kararında, müşterinin nüfus cüzdanını kullanan bir üçüncü kişiye, hesap cüzdanı olmaksızın yapılan ödemelerde bankanın gerekli özeni gösterip göstermediği sorunu üzerinde ayrıntılı şekilde durulmuş ve ancak banka kusurlu bulunduğu için müşterinin ifa davası kabul edilmiştir (Y11HD 11.12.1990, 2305/7988, YKD 1991, 380)

<sup>132</sup> Tek tek talimatların hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bunlar hem havale emri (BK m.457vd.) hem de vekaletin icrası için verilen talimatlar (BK m.389) olarak nitelendirildiği gibi, başlı başına vekalet sözleşmeleri olarak da nitelendirilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. *Kilgus*, 133)

<sup>133</sup> bkz. BGE 108 II 314

<sup>134</sup> *Kilgus*, 138; *Hardegger*, 120; *Tandoğan*, ÖBİ II, 582 ve 600; *Berner Kommentar/Gautschi*, Art.398 N.36b; *Guggenheim*, 247



va, bankanın para borcuna (çeşit borcuna) ilişkin bir ifa davası olacak (yoksa tazminat davası değil) ve borçlunun da kusurlu olup olmaması (BK m.99/100) bu noktada hiçbir önem taşımayacaktır<sup>135</sup>.

Bankanın sahtecilik sonucu yapmış olduğu yanlış ödemeyi kendi malvarlığından yaptığı kabul edildiğinde<sup>136</sup> müşterinin bu gelişmelerdeki rolü olsa olsa hesap numarasının öğrenilmemesi, çek defterinin kaybolmaması, bankaya yolladığı talimatların güvenilir şekilde bankaya ulaşması için gerekli olan özeni gösterip göstermediği noktasında olabilir<sup>137</sup>. Banka ile müşteri arasındaki sözleşme (nasıl nitelendirilirse nitelendirilirsün) müşteriye, bankanın zarara uğramasını engellemek üzere bir özen yükümü yükler. Yetkili olmayan üçüncü kişilerin banka hesabı ile ilgili bilgileri edinmemeleri için müşterinin gerekli özeni göstermemesi ise onun bu yükümüne aykırı davranmış olması nedeniyle sözleşmenin müspet ihlali uyarınca bir tazminat yükümü doğurur<sup>138</sup>. Bu şartlar altında banka, müşterinin hesabındaki paraya ilişkin ifa talebine karşılık kendi tazminat talebini ileri sürebilecektir<sup>139</sup>. Keşideci ve muhatabın kusur oranları saptanacak ve ona göre zarar paylaşılacaktır<sup>140</sup>.

Yasal durum bu olmasına rağmen bankalar, GİŞ içinde yer verdikleri hükümlerle kendi malvarlıklarında meydana gelen zararı müşteriye aktarmakta ve genelde sadece imza taklidi ve tahrifat gibi olguların tes-

<sup>135</sup> *Berner Kommentar/Gautschi*, Art.398 N.36c; aksi fikirde *İnan*, 139

<sup>136</sup> Bu yönde *Reisoğlu*, Banka, 300-301; *Tandoğan*, ÖBİ II, 582; *Berner Kommentar/Gautschi*, Art.398 N.36b; *Hardegger*, 119; *Kilgus*, 140; *Bucher*, recht 1997, 41,42; aynı yazar recht 1984, 97,99; *Weber*, SJZ 1985, 85,87; *Guggenheim*, 249; BGE 111 II 263,265; 112 II 450,454. *Tekil*'in sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinde zarara uğrayanın keşideci olduğu yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir (karş. *M.Tekil*, 76 dn.63)

<sup>137</sup> *Bucher*, recht 1984, 97,103; *Hardegger*, 119

<sup>138</sup> *Guggenheim*, 247; Bu konuda bkz. *Serozan*, Borçlar Hukuku, § 18 N.5

<sup>139</sup> *Hardegger*, 119. Sahtecilik nedeniyle zarara uğrayanın banka olması nedeniyle, müşteriye, **BK m.44** uyarınca ortak kusuru oranında başvurulabileceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Ortak kusur sorunu ancak **kendisi** haksız fiil mağduru olan kişi açısından söz konusu olabilir. Müşteri ise yukarıda ifade edildiği gibi doğrudan bir zarara uğramamaktadır. Kendisi sadece sözleşmenin müspet ihlalden dolayı sorumlu tutulacak veya üçüncü kişi ile birlikte hareket etmesi halinde BK m.50 uygulanacaktır. Bu açıdan haklı olarak zararın, bankanın malvarlığında doğduğunu kabul eden *Reisoğlu*'nun, daha sonra BK m.44'ün uygulanabileceğinden bahsetmesi doğru gözükmemektedir (karş. *Reisoğlu*, Banka, 301). Yargıtay ise zararın kimin malvarlığında doğmuş olduğu sorunu ile hiç ilgilenmeksizin BK m.44'ü uygulamaktadır (bkz. YTD 20.12.1963, 2626/4855, *Olgaç*, 814-815; Y11HD 25.5.1998, 1003/3822, YasaHD 1998, 1197; aynı yönde *Kaplan*, Banka Hukuku, 103)

<sup>140</sup> Y11HD 23.9.1994, 4389/6675 (*Eriş*, Çek Hukuku, 164); karş. *Eriş*, Çek Hukuku, 161, *İnan*, 127vd.; *M.Tekil*, 85; *Doğanay*, m.724, 1957; BGE 111 II 263,266vd. Nitekim bankanın ne ölçüde kusurlu olduğunun tespit edilmesi sadece bu noktada önem taşır, yani bankanın sorumluluğunun ihdası için değil, müşterinin de kusurlu olması halinde zararın nasıl paylaşılacağına belirlenmesi için bu inceleme yapılır.

pit edilmemesinde ağır ihmalli olmaları halinde sorumlu tutulacaklarını öngörmektedirler. Banka, GİŞ vasıtasıyla, bir sahtekarlık nedeniyle **ken-di** malvarlığından yanlışlıkla yaptığı bir ödemeyi müşterisinin hesabına aktarmanın hukuki dayanağını yaratmaktadır. Yani kendi malvarlığında doğan bir zarardan kurtulmak için bu genel işlem şartına ihtiyaç duymaktadır<sup>141</sup>. Amaç sorumluluğu sınırlandırmak değil riziko dağılımını tespit etmektir<sup>142</sup> ve kanunda bunu engelleyecek herhangi bir emredici hüküm mevcut değildir<sup>143</sup>. Her ne kadar doktrinde çek sahteciliğini müşterinin taşıyacağına ilişkin hükmün bertaraf edilmesi halinde en azından BK m.99'un devreye gireceği ifade edilmekteyse de<sup>144</sup> aslında söz konusu olaylarda BK m.99'un şartları mevcut değildir. Zira banka müşteriye karşı var olan bir "borcunu" ifa etmemektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bankanın hiç olmayan bir talimat veya tahrif edilmiş bir talimat veya çek üzerine ödemede bulunması bankanın bir borcunu yerine getirmiş olduğu anlamına gelemez. BK m.99/100 ancak, başkasının malvarlığında doğan bir zarar nedeniyle var olan sorumluluğu kaldırma olanağını ve bunun sınırlarını ele alır, yoksa kendi malvarlığında doğmuş olan bir zarar için kişinin kendi kendine sorumsuzluk anlaşması yapması düşünülemez<sup>145</sup>. Nitekim Federal Mahkeme de bu tespiti yapmış ancak en azından BK m.99/II'nin kıyasen uygulanmasının düşünülebileceğini ifade etmiştir<sup>146</sup>.

Ancak bu tezde teklif edilmiş olan denetim mekanizması zaten BK m.99'a başvurmayı gerektirmemektedir. İlgili GİŞ düzenlemesi yasanın öngördüğü riziko dağılımından önemli surette sapmakta ve müşteriye

<sup>141</sup> *Bucher*, recht 1984, 97,99; *Hardegger*, 122; *Wiegand*, 129,154; *Schwaibold*, 223,239; *Kilgus*, 157.

<sup>142</sup> Federal Mahkeme ilk defa 1986 yılında verdiği bir kararda (BGE 112 II 450) konuya bir riziko dağılımı sorunu olarak yaklaşmış ve daha önce sergilediği tutumu terk etmiştir. Örneğin 1960 yılında verdiği bir kararda bir Türk olan Cemal Okçuoğlu İsviçre'deki bir bankada bulunan hesabından çeşitli havaleler yapılması konusunda talimatlar vermiş, ancak bu mektupları bankaya ulaşmadan eline geçiren biri, talimatlara eklemeler yapmak suretiyle büyük meblağda parayı kendi hesabına aktarmıştır. Okçuoğlu'nun tazminat talebi, taraflar arasında geçerli olan GİŞ uyarınca reddedilmiştir. Bankanın ağır ihmali olmadığı sürece sorumlu tutulamayacağı hükmünü İsviçre Federal Mahkemesi, MK m.23'e aykırı bulmadığı gibi BK m.99 ile de uyum içinde olduğuna hükmetmiştir (yayınlanmamış olan bu kararın geniş bir özeti için bkz. *Schwaibold*, 223,232vd. Aynı yönde BGE 108 II 314vd.; BGE 109 II 116; Bu kararların ayrıntılı bir analizi için bkz. *Kilgus*, 93vd.; ayrıca bkz. 116 II 459)

<sup>143</sup> *Hardegger*, 123; *Thalmann*, 125,144; TTK m.724'ün (İBK m.1132) yedek olduğu konusunda bkz. *Eriş*, Çek Hukuku, 161; *Öztan*, 1116; *İnan*, 139; *Perrin*, SJ 1973, 209, 212; *Poroy/Tekinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 13.bası, İstanbul 1998, 289; BGE 122 III 26,32

<sup>144</sup> *Eriş*, Çek Hukuku, 161; *Öztan*, 1118;

<sup>145</sup> *Bucher*, recht 1984, 97,99; *Fricker*, AJP 1996, 1164,1166

<sup>146</sup> BGE 112 II 450,455; aynı yönde *Kilgus*, 157; *Hardegger*, 125;

mağdur etmektedir<sup>147</sup>. Sahtecilik rizikosunu en iyi denetleyebilecek olan tarafın banka olduğundan tereddüt edilemez, aynı şekilde bu rizikoya karşı sigortalanma imkanı da sadece bankadadır<sup>148</sup>. Dolayısıyla bu tür hükümler batıl sayılmalıdır.

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise kredi kartlarının bir üçüncü kişi tarafından çalınarak kullanılması halinde bunun zararlı sonuçlarını kimin taşıyacağıdır. Bilindiği gibi tüketici, kredi kartını aldığı kurumun üyesi olan işyerlerinden, bu kartını göstermek ve kendisi adına düzenlenen harcama belgesini imzalamak suretiyle alışveriş yapmak imkanına sahiptir. Müşterinin adı, soyadı ve imzasının örneği kartın üstünde bulunmaktadır. Üye işyerinin, kartı kullananın gerçek sahibi olup olmadığını kontrol etme imkanı ise kimlik kontrolü, harcama belgesi üzerindeki imzanın kontrolü, kredi kartı kurumunun gönderdiği yasaklanmış kartlar listesi ile mukayese ve genel olarak kartın tahrif edilmiş olup olmadığını denetlemek suretiyle mümkündür. Ancak buna rağmen bir kartın çalınması ve sahte bir kimlikle, imza taklidi sayesinde kullanılması nispeten kolaydır. Bu nedenle kredi kartı genel işlem şartlarında neredeyse istisnasız bu rizikoyu tümüyle müşterinin taşıyacağı öngörülmektedir.

Acaba soruna, sahte talimat, vekaletname ve çek açısından varılan çözümden farklı bir çözüm geliştirme ihtiyacı var mıdır? Menfaat dengelerinin daha farklı olduğunu, bankanın yine kendi malvarlığında doğmuş olan bu zararı müşteriye yüklemekte haklı olduğunu söylemek mümkün müdür? Kanımca hayır. Her ne kadar kredi kartlarının müşteriye, cebinde nakit taşımadan alışveriş yapma ve bunların karşılığını daha ilerideki bir tarihte ödeme imkanı vermesi açısından bir avantaj sağladığı söylenebilirse de sadece bu gerçek, ona, kartın kötüye kullanımından doğan bütün rizikoyu yüklemenin gerekçesi olamaz<sup>149</sup>. Unutulmamalıdır ki kredi kartı kurumları özgeci bir yaklaşımla bu kartları dağıtmamakta; gerek müşteriden aldıkları ödenti ve faizler, gerekse üye kurumlardan aldığı komisyon ve yıllık ödentiler<sup>150</sup> sayesinde büyük kazançlar sağlamaktadırlar. Bunun ötesinde ilgili rizikoyu en elverişli şekilde sigortalama imkanı da yine bu kurumlardadır. Günümüzde yaş, meslek, ekonomik durum, ödeme gücü konusunda ayırım yapmaksızın bütün toplum kesimlerine kredi kartlarını adeta dayatan<sup>151</sup>, bunların kullanım alanlarını git-

<sup>147</sup> Bankayı kayıran bu risk dağılımını uygun gören kararlar için bkz. BGE 108 II 314,316; 122 III 26,32

<sup>148</sup> Bkz. yukarıda § 10 III 4 dn.69 ve ona ilişkin metin; ayrıca *Guggenheim*, 249; *Behrens*, 159

<sup>149</sup> BGHZ 114, 238, 246; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N. K56

<sup>150</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Teoman*, Kredi Kartı, 140vd, 171 ve178vd.

<sup>151</sup> Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, muhtelif bankaların bir hukuk fakültesinin akademik kurul toplantıları öncesinde toplantı salonu önüne stant kurarak, herhangi

tikçe çeşitlendiren<sup>152</sup> bu kurumların, kötüye kullanımın sonuçlarını taşıması kanımca en adil çözümdür<sup>153</sup>.

Kuşkusuz müşterinin kartının çalınmasında kusurlu olması ve ayrıca vaktinde bankayı bu durumdan haberdar etmeyerek zararın çoğalmasına sebep olması halinde yine sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle bankaya karşı sorumlu olması söz konusu olacaktır. Zira müşterinin kartını özenle saklama ve kaybedince bildirme yükümlülüğü vardır. BK m.96 uyarınca zaten müşteri sözleşme ihlalinin kusuruna dayanmadığını ispat zorunda olacaktır. Ancak bunu ispatladıktan sonra artık zararı banka taşır. Dolayısıyla müşterinin bankaya haber verene kadar her zarardan sorumlu olacağı şeklinde kesin bir kuralın varlığından hareket edilemez<sup>154</sup>.

Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesinin 1991 tarihli bir kararından<sup>155</sup> alıntı yapmakta fayda vardır. Karara konu olan olayda, bir mağaza zinciri olan kredi kartı kurumunun genel işlem şartları uyarınca, kartın kaybı konusunda kurumun bilgilendirilmesi anına kadar müşteri rizikoyu taşıyacak; müşterinin ağır ihmali ve kastı söz konusu olan hallerde bildirimden sonra dahi müşteri sorumlu kalacaktır. Mahkemeye göre bildirime kadar müşteriyi ancak kusuru varsa sorumlu tutmak mümkündür, bildirimden sonra ise ancak kastı bir davranış söz konusu ise:

“2)... aa) Kart sahibine sınırsız şekilde rizikonun aktarılması, özellikle davalının (kredi kartı kurumu) kötüye kullanma rizikosunu yaratmış olması nedeniyle düşündürücüdür... Davalının, kredi kartı sistemini kurmak suretiyle kötüye kullanılmaya önemli surette açık bir sistem yaratmış olması ve bu sistemin şekillendirilmesi konusunda müşterinin herhangi bir müdahalesinin söz konusu olmama-

---

bir talep olmaksızın tek tek herkes adına önceden hazırlanmış ve sadece bir tek imza karşılığı teslim alınabilecek kredi kartları dağıtması bir dayatma olarak nitelendirilmiştir.

<sup>152</sup> Bu konuda özellikle internet yoluyla yapılan alışverişler örnek gösterilebilir. Müşterinin bir imzasına dahi gerek olmadan sadece kredi kartı numarasını vermek suretiyle ödemede bulunmasını kabul eden bankalar bu süreçte yaşanabilecek sahteciliklerin sonuçlarını da taşımalıdır (Taupitz, NJW 1996, 217,223).

<sup>153</sup> Alman Federal Mahkemesinin bu görüşü benimseyen kararı için bkz. BGHZ 114,238vd.; aynı fikirde Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band III, München 1993, 87; Taupitz, NJW 1996, 217,219; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 N. K56; Hatemi/Serazan/Arpacı, 53

<sup>154</sup> Türk hukukunda hakim görüş aksi yöndedir: ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, Kredi Kartı, 188vd.; Reisoğlu, Banka, 391; Kuntalp, Erden, “Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 1996, Ankara 1996, 273, 287-288; Nitekim bu yönde Y19HD, 2.6.1994, 5800/5618 (YKD 1995, 1797); Y19HD, 18.4.1994, 4373/ 3904 (Kostakoğlu, 447); Y19HD, 12.7.1994, 6656/7631 (Kostakoğlu, 450)

<sup>155</sup> BGHZ 114,238vd.

sı belirleyici olandır. ... bb) Sorumluluk klozu aleyhine diğer bir gerekçe, kart sahibine aktarılan rizikonun boyutu hakkında, herhangi bir meblağ ile sınırlandırılmaması nedeniyle, müşterinin hiçbir fikir sahibi olamamasıdır. ... cc) Kötüye kullanma rizikosunun dağılımının ve buna bağlı olarak müşterinin içinde bulunduğu hukuki konumunun uygun olup olmadığı tespit edilirken, istinaf mahkemesinin de vurguladığı gibi, davalının rizikoyu yansıtmaması ve rizikonun sigortalıması imkanı da dikkate alınmak gerekir. ... dd) Rizikonun müşteriye aktarılması nedeniyle ortaya çıkan olumsuz durum, kendisine başka menfaatlerin sunulması suretiyle bertaraf da edilmektedir. ... Müşteriye tanınan farklı ödeme imkanları, objektif bir değerlendirmede, onun açısından önemli bir menfaat teşkil etmemektedir. ... İstinaf mahkemesinin de ifade ettiği gibi, müşteri kredi kartının ihdas edilmesi aslında çok daha fazla davalının menfaatine hizmet etmektedir. Kredi kartı hem fazladan alışveriş yapmaya teşvik etmekte hem de davalının mağazalarına daha kuvvetli bir bağlılık yaratmaktadır. ... 3) ... Kayıp bildirimini yapılması sayesinde davalı, müşterinin ağır ihmali ile önceden yaratılmış olan tehlikeyi nötrleme imkanı bulmaktadır. Kartın gecikmeden yasaklanması suretiyle kötüye kullanımı engelleme imkanı tamamen davalının elindedir. ... Buna rağmen bir kötüye kullanım gerçekleşmişse, bu sonuca müşterinin önceki ağır ihmali değil davalının yükümüne aykırı davranması sebep olmuştur.”

## 2. Ehliyetsizlik Halinde Risk Dağılımı

“Müşterinin ya da bir üçüncü kişinin ehliyetsizliğinden doğan bütün sonuçlardan müşteri sorumludur. Ehliyetsizlikle ilgili hususlar ...Yatırım'a yazılı olarak ulaştırılmış olmadıkça ...Yatırım'a bu yüzden hiçbir sorumluluk düşmeyecektir. Özellikle ehliyetsizliğin ilan edilmiş ya da yayın organlarında yayınlanmış olması da ... Yatırım'ı, özel yazılı bildirim olmadıkça bağlamayacaktır. ...Yatırım, anılan özel yazılı bildirim bulunmadıkça müşteriyi ya da onun temsilcilerini tam ehliyetli ve her türlü tasarruf yetkisini haiz saymaya yetkili olup bu yüzden sorumlu tutulamaz.”

Banka veya yatırım şirketinin bu tür bir GİŞ hükmüne dayanabilmesi için her şeyden önce müşterinin çerçeve sözleşmenin akdi anında tam ehliyet sahibi olması gerektiği açıktır. Aksi takdirde zaten temel sözleşme hükümsüz sayılacağı için GİŞ'in geçerliliği tartışması hiç doğmayacaktır<sup>156</sup>. Buna karşılık sözleşmenin kurulmasından sonra müşterinin fiil ehliyetini kaybetmesi nedeniyle yapılan işlemlerin akıbeti sorun doğuracaktır. İsviçre-Türk hukukunda kural olarak ehliyetsiz kişiyle işlem

<sup>156</sup> Forstmoser, Bankverkehr, 11,25

yapanın güveni korunmaz (MK m.15)<sup>157</sup>. Dolayısıyla böyle biriyle işlem yapmanın sonuçlarına ilgili kişi, yani olayımızda banka katlanır<sup>158</sup>. Örneğin temyiz kudreti olmayan birinin verdiği talimatları yerine getiren banka ikinci bir ödemede bulunma riskini taşır<sup>159</sup>. GİŞ'de bahsedilen üçüncü kişiler ise müşterinin yetkilendirdiği şahıslardır. BK m.35/I uyarınca temsil yetkisi ehliyetsizlik halinde kural olarak kendiliğinden sona erer. Bu durumda da asıl olan bankanın yetkisiz kişi ile işlem yapmaktan doğan zararı taşımasıdır. En azından temsil olunan kişi ehliyetsizlikten ve dolayısıyla temsil yetkisinin sona ermiş olmasından haberdar olmadığı sürece bu sonuca varmak gerekir<sup>160</sup>.

GİŞ içinde yer alan aksine bir düzenlemenin geçerliliği incelenirken kanımca farklı açılardan bakmak gereklidir. Ehliyetsiz duruma düşen müşterinin kendisi ise, ya temyiz kudretini kaybetmiştir ya da bunun dışında bir kısıtlama sebebi söz konusudur. Temyiz kudreti yitirilmiş ise müşteriyi buna rağmen yaptığı işlemlerle bağlı tutmak Medeni Kanunun temel ilkelerinden birine aykırılık oluşturur<sup>161</sup>. Zira yasa koyucu bu hallerde karşı tarafın güveninin korunmayacağını kabul etmiş; burada kişinin kendi risk alanının sorumluluğunu taşıması gerektiği düşüncesine itibar etmemiştir (MK m.15/I)<sup>162</sup>. Bu açıdan banka, temyiz kudreti olmayan müşteri ile işlem yapmanın sonuçlarına katlanacaktır. Eğer müşterinin temyiz kudretinden yoksunluk dışında bir nedenle kısıtlanması söz konusu ise bu durumda MK m. 360/II, c.2 uygulama alanı bulur. Bu hallerde kısıtlama kararının ilanına kadar bankanın iyi niyet iddiasında bulunması ve işlemin geçerli sayılması mümkündür. İlandan sonra ise yine bu iddia dinlenemez<sup>163</sup>. Buna karşılık temyiz kudretinden yoksun olan müşterinin temsilcisi ise farklı bir sonuca varmak mümkündür. Özellikle bu hallerde müşteri tarafından hakim olunabilecek bir rizikonun söz konusu olması, kendisine bu şekilde bir yazılı bildirimde bulunma külfetinin yüklenmesini anlaşılır kılar. Fakat bankanın başka yollardan temsilcinin durumu hakkında bilgilenmiş olması ve buna rağmen onunla işlem yapması halinde korunmaya muhtaç olduğu kuşkusuz iddia edilemez. Temyiz kudretinden yoksun temsilci ile yapılan işlemin kendisi ise geçerli sayılmamalı, sadece bildirimde bulunmayı taahhüt

<sup>157</sup> *Dural*, 69 ve 90; *Arpacı*, 40vd.

<sup>158</sup> *Guggenheim*, 204; *Hardegger*, 133

<sup>159</sup> Kuşkusuz BK m.54'ün uygulama alanına giren hallerde temyiz kudreti olmayanın tazminat sorumluluğu doğabilir. Bir sınırlı ehliyetsizin söz konusu olduğu hallerde ise izin veya icazet verilmemişse MK m.395/II'nin uygulanması düşünülecektir.

<sup>160</sup> *Hardegger*, 134

<sup>161</sup> aynı yönde BGH NJW 1991, 2414,2415; *Schmidt-Salzer*, NJW, 98; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 N.V16; *Tekinalp*, Banka Hukuku, 283-284

<sup>162</sup> bkz. YİBK 28.7.1941, RG sy.4871, 1442

<sup>163</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuzman/Dural*, Aile Hukuku, 2.bası, İstanbul 1998, 455



eden müşterinin bankanın zararlarını tazmin yükümünün doğduğu kabul edilmelidir<sup>164</sup>.

### 3. Haberleşme Aksaklıklarında Risk Dağılımı

“Posta servisleri, telgraf, telefon, teleks veya diğer iletişim sistemlerinin ya da taşıma ve ulaştırma araçlarının kullanılmasından ve özellikle iletişim ya da taşıma sırasında kaybolma, gecikme, hata, yanlış anlama, anlamı saptırma ya da çift (veya daha fazla) bildirim yapılmasından ileri gelen tüm zararlardan ve bunların sonuçlarından ... banka sorumlu değildir.”

Bu genel işlem şartı incelenirken bir ayırım yapılması gerekir. Beyanda bulunanın müşteri olduğu durumlar ile beyan sahibinin banka olduğu durumları aynı şekilde değerlendirmek mümkün değildir. Asıl olan, iki tarafın da beyanlarına dürüstlük kuralı uyarınca bir anlam verilmesidir<sup>165</sup>. Karşı taraf, beyanı dürüstlük kuralı uyarınca nasıl anlamakta haklı ise o anlam esas alınır<sup>166</sup>. Bu durumda müşteri beyanını aktarırken teleks, telgraf gibi iletişim imkanlarından faydalanmışsa ve beyan yanlış aktarılmışsa onun BK m.27 uyarınca hata hükümlerine başvurması gerekecektir<sup>167</sup>. Posta hizmetlerini ifa eden kurum bu durumda müşterinin habercisi sayılır ve meydana gelen aksaklıklar onun riziko alanına dahil kabul edilir. Hata kusurlu bir davranıştan kaynaklanıyorsa ayrıca karşı tarafın uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi gerektiği açıktır (BK m.26).

Buna karşılık bankaya müşterinin beyanı doğru şekilde ulaşmış fakat bankanın organizasyonu içindeki bir aksaklığa bağlı olarak beyan çarpıtılarak yerine varmışsa artık müşterinin bundan dolayı sorumlu olacağı kabul edilemez. Örneğin müşterinin telefonla verdiği talimat ihmalkar bir memur tarafından yanlış kaleme alınmış veya ilgili birime yanlış aktarılmış ise bu, bankanın sorumluluk alanına dahil bir sonuçtur ve müşteriye yansıtılamaz<sup>168</sup>. Aynı şekilde bankanın müşteriye yönelttiği bir beyanın yanlış aktarılması halinde (örn. posta hizmetlerindeki bir aksaklık halinde) de bankanın sorumluluk kabul etmemesi BK m.27 ile getirilen yasal düzenlemeyi müşteri aleyhine değiştirmekte-

<sup>164</sup> Tekinalp, Banka Hukuku, 284

<sup>165</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, Hata, 5vd.

<sup>166</sup> Bu genel ilkedен sapan şu genel işlem şartları batıl sayılmalıdır: “...Banka, müşterinin emir, talimat ve bildirimlerini kendi görüş ve anlayışına göre uygulamakta serbest olup bu nedenle hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz; müşterinin emir, talimat ve bildirimlerinin yorumunun sorumluluğu, hasarı ve sonuçları münhasıran müşteriye aittir”.

<sup>167</sup> bkz Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 36 N.46

<sup>168</sup> Hardegger, 138 ve 140



dir ve bu açıdan batıl sayılmalıdır. Bankanın, yasa gereği kendisinde ait olan bir rizikoyu bu şekilde müşteriye aktarması kabul edilemez<sup>169</sup>.

İlgili GİŞ'de sadece bir beyanın yanlış aktarılması değil, geç veya hiç aktarılmamasının sonuçları da müşteriye yüklenmektedir. Yani bu şekilde varması gerekli bir beyanın, gönderilme tarihi beyanın hüküm ifade ettiği an olarak kabul edilmekte ve varmama veya geç varma rizikosunu müşteriye aktarılmaktadır. Oysa bugün doktrinde hakim görüş irade beyanlarının varma anında hüküm ifade edeceğidir<sup>170</sup>. Dolayısıyla varma anına kadar gerçekleşen tehlikeler beyan sahibine, bu andan sonra doğacak tehlikeler ise beyan muhatabına ait sayılmaktadır<sup>171</sup>. Taraflar arasında adil bir riziko dağılımının ancak bu şekilde sağlanabildiği açıktır. Bu nedenle GİŞ içinde yer alan aksine bir düzenleme batıl sayılmalıdır<sup>172</sup>.

#### IV. Sözleşmenin Sona Ermesine İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları

Bankacılık sözleşmelerinde karşılaşılan ve bankalara tek taraflı olarak sözleşmeyi dilediği zaman sona erdirme hakkı veren,

“Banka bu krediyi limiti içinde tamamen veya kısmen kullanarak kullandırmama, ... veya kredinin tamamını her an kesme yetkisine kayıtsız şartsız sahiptir.” “Banka dilediği anda, noter aracılığıyla veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla, bu sözleşmeye dayanan cari hesaplarının bir kısmını veya tamamını kesebilir yahut sözleşmeyi feshedebilir.” (... Bankası Genel Kredi Taahhütnamesi m.3/II, m.11)

şeklindeki hükümler bu bağlamda ele alınabilir. Öncelikle taraflar arasındaki işleme hangi sözleşme hükümlerinin uygulanacağı tespit edilmeli ikinci olarak da tek tek bu sözleşmelerin sona erdirilmesi rejimi saptanmalıdır. Bir bankada başkasının hesabına para yatırmak veya bir çeki paraya çevirmek gibi tekil işlemlerin yapılması dışında kural, müşteri ile banka arasında sürekli bir borç ilişkisinin doğmasıdır. Bu ilişki ise ya bireysel bankacılık hizmetlerinde olduğu gibi belirsiz sürelidir; ya da genelde bankanın bir kredi vermesi durumunda olduğu gibi belirli süreli- dir. Bilindiği gibi belirsiz süreli sürekli borç ilişkileri, taraflardan birinin

<sup>169</sup> aynı şekilde *Tekinalp*, Banka Hukuku, 288; *Weber*, SAG 1984, 150,158

<sup>170</sup> *Gauch/Schlupe/Schmid*, N.196; *v.Tuhr/Peter*, 168; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 15 N.6. Varmadan ne anlaşılması gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 15 N.7vd. aksi görüşte *Oğuzman*, 111. BGB § 130/I bu konuda açık bir düzenleme içermektedir.

<sup>171</sup> *Merz*, Vertragsschluss,113

<sup>172</sup> Aynı fikirde *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 23 N.19; aksi fikirde *Tekinalp*, Banka Hukuku, 288

fesih beyanı ile her zaman sona erdirilebilirler. Kural olarak bir fesih öneline uyularak iki taraf da sözleşmeye son verme imkanına sahiptir (olağan fesih). Bunun yanı sıra haklı bir sebebin varlığı halinde yine iki taraf bir fesih süresine dahi bağlı kalmaksızın sözleşmeyi feshedebilir (olağanüstü fesih)<sup>173</sup>. Belirli süreli borç ilişkilerinde ise kural olarak iki tarafın da sadece olağanüstü fesih hakkından faydalanması mümkündür<sup>174</sup>. Her ne kadar Borçlar Kanununun genel bölümünde sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi konusunda açık bir düzenleme bulunmuyorsa da, özel bölümde yer alan sözleşme tiplerine ilişkin düzenlemelerden kıyas yoluyla faydalanarak veya doğrudan dürüstlük kuralına dayanarak bu konuda genel bir ilke türetmek mümkündür.

Banka ile müşteri arasında bir cari hesap sözleşmesinin varlığı kabul edilebilen hallerde ve bunun belirsiz süreli olması durumunda iki tarafın da olağan fesih hakkına sahip olduğu TTK m.96/b.2'de açıkça ifade edilmiştir. Fesih süresi kanunda bildirilmediği için burada ihbarın karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade edeceği doktrinde ileri sürülmektedir<sup>175</sup>. Ancak fesih sürelerinin amacının karşı âkidin bir sürprizle karşılaşmaması ve kendisini sözleşmenin bitimine ayarlayabilmesi olduğu düşünülürse<sup>176</sup> bu hallerde de makul bir önelin verilmesini kabul etmek, en azından bankaya bu yükümü yüklemek, daha uygun düşebilir. Hatta *Arslanlı*'nın ifade ettiği gibi tarafların hesap devreleri tespit etmiş olması halinde ancak bu devrelerin sonuna feshi ihbarın yapılabileceği kabul edilmelidir<sup>177</sup>. Belirli süreli bir cari hesap sözleşmesinin varlığı halinde ise ancak haklı sebeple olağanüstü fesih mümkündür. Nitekim TTK m.97, taraflardan birinin ölümü ve hacir altına alınmasını bu tür bir haklı sebep saymıştır<sup>178</sup>. Ancak kanun burada bir fesih öneli getirmiş, on gün önceden feshin ihbarını öngörmüştür. Bu durumda diğer haklı sebeple fesih halleri için de bu maddenin esas alınması gerekir<sup>179</sup>.

Taraflar arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gereken hallerde BK m.396 devreye girecektir. Bu madde uyarınca da tarafların ikisinin her zaman sözleşmeyi sona erdirme imkanı vardır<sup>180</sup>. Taraflar arasında belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisi olan hallerde, sona erdirme, olağan fesih hakkının kullanılması anlamına ge-

<sup>173</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Seliçi*, 132vd. ve 156vd.

<sup>174</sup> İstisnalar için bkz. *Seliçi*, 140vd.

<sup>175</sup> *Arkan*, 348 dn.1; *Poroy/Yasaman*, N.361; *Karayalçın, Yaşar*, Ticaret Hukuku, 3.bası 1968, 590

<sup>176</sup> *Seliçi*, 150

<sup>177</sup> *Arslanlı*, 274

<sup>178</sup> Ölüm ve fiil ehliyetinden yoksunluğun bütün sürekli borç ilişkilerinde haklı sebep sayılabileceği konusunda bkz. *Gauch*, Dauerverträge, 66vd.

<sup>179</sup> *Arslanlı*, 274

<sup>180</sup> Bu fesih imkanının sınırlandırıldığı haller için bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 627vd.

lır, ancak belirli bir önel yasada öngörülmemiştir<sup>181</sup>. Vekalet sözleşmesinin üzerine kurulu olduğu özel güven ilişkisi nedeniyle belirli süreli bir vekalet sözleşmesinde de olağan feshin mümkün olduğu kabul edilmek gerekir<sup>182</sup>. Ancak iki tarafın da uygun olmayan zamanda istifa/azil nedeniyle karşı tarafın zararlarını tazmin etme borcu doğar<sup>183</sup> (BK m.396/II).

Taraflar arasındaki ilişkiye usulsüz tevdi sözleşmesinin hükümlerini uygulamak gereken hallerde, ki vadesiz mevduat hesaplarında bu söz konusu olacaktır, tevdi edenin her an tevdi ettiği şeyi geri alma hakkı vardır. Taraflar arasında belirli süreli bir akit olsa bile bu çözüm geçerlidir (BK m.466/I)<sup>184</sup>. Ancak bu durumda tevdi edilenin yapmış olduğu masrafların ödenmesi gerekecektir. Belirsiz süreli bir akdin varlığı halinde tevdi edilenin de sözleşmeyi her an olağan olarak feshetme imkanı vardır, buna karşılık belirli süreli sözleşmede fesih hakkı, haklı bir sebebin varlığına bağlıdır (BK m.467). Bunlar özellikle değişen koşullar nedeniyle tevdi edilen şey için bir tehlikenin doğması veya akdin devamının tevdi edilen açısından bir zarar doğurma tehlikesi barındırmasıdır.

Son olarak taraflar arasındaki ilişkiye karz akdinin hükümlerinin uygulanması düşünülen haller incelenmelidir. Belirsiz süreli bir karz akdinin varlığı halinde BK m.312 uyarınca kural, 6 haftalık bir fesih öneline bağlı kalınarak fesih imkanının kullanılmasıdır<sup>185</sup>. Her ne kadar BK m.312 taraflara, iade borcunun “istenildiği zamanda muacceliyet kesbedeceği”ni kararlaştırma imkanını tanımışsa da, kanımca sözleşmede yer alan bu tür hükümler ancak bir bireysel anlaşma konusu olmuşsa geçerli sayılabilmelidir. GİŞ içinde yer alan bu hüküm “taraflarca” kararlaştırılmış sayılamaz. Ayrıca haklı sebeplerin varlığı halinde iki taraf için de olağanüstü fesih imkanı kuşkusuz mevcuttur. Belirli süreli karz sözleşmelerinde ancak haklı bir sebebin varlığı halinde fesih söz konusu olur. Yukarıda GİŞ’in yorumlanması bahsinde de ifade edildiği gibi, taraflar arasında, sözleşmenin belirli süreli olacağı konusunda bireysel bir anlaşma yapıldığı kabul edilebilen hallerde bu hüküm öncelikli olarak uygulanır ve GİŞ içinde yer alan olağan feshine ilişkin hükümler sözleşme içeriği olmamış sayılır<sup>186</sup>. Bu sözleşmelerde sadece olağanüstü fesih imkanı vardır. Örneğin kredili mevduat hesabına ilişkin sözleşmelerde bu

<sup>181</sup> Seliçi, 135

<sup>182</sup> Seliçi, 142

<sup>183</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tandoğan*, ÖBİ II, 634vd.

<sup>184</sup> Nitekim Bankalar Kanunu m.10/Nr. 3 de mevduat sahiplerinin mevduatlarını diledikleri an çekebilmelerine imkan tanımaktadır.

<sup>185</sup> Faiz kararlaştırılmış olan belirsiz süreli ödünç akdinde, ödünç alanın da 6 haftalık süreye uyarak fesih imkanını kullanabileceği konusunda bkz. *Seliçi*, 155 dn.159; *Gauch*, Dauerverträge, 50 dn.3.

<sup>186</sup> bkz. yukarıda § 9 I 2 a; ayrıca BGE 70 II 212,214; *Hardegger*, 43

yasal rejimin uygulanması mümkündür. Ancak tüketici kredileri bu bağlamda ele alınacak olursa kanımca farklı bir sonuca varmak gerekir.

Yukarıda muacceliyet kayıtları incelenirken ifade edildiği gibi<sup>187</sup>, bu kayıtların geçerliliği için aranan ön koşullar bugün birçok ülkede taksitle satım sözleşmesinden dönmek için de aranmaktadır (İBK m.226<sup>b</sup>/VerbrKrG § 13). Hatta aynı koşullar bir mal veya hizmetin temini için alınan kredi sözleşmelerinde yer alan muacceliyet kayıtlarına ve fesih imkanına da uygulanmaktadır (VerbrKrG § 12). Kanımca TKK m.10 kapsamında ele alınabilen tüketici kredileri için de böyle bir kısıtlama getirilmesi zorunludur. Yukarıda da ifade edildiği gibi taksitle satım ve tüketici kredisi gibi aynı ihtiyaçlara cevap veren ve aynı tehlikeleri barındıran sözleşmeleri farklı hükümlere tâbi tutmamak gerekir. Dolayısıyla TTK m.6 ve BK m.224 muacceliyet kayıtlarının yanı sıra tüketici kredisi sözleşmelerinin feshi kayıtlarına da kıyasen uygulanmalıdır.

Bu hayli karmaşık tablodan taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengelediğine inandığımız bazı genel ilkeler türetmeye çalışırsak kanımca şu sonuçlara varabiliriz<sup>188</sup>:

- Banka ile müşteri arasındaki ilişki belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisi oluşturuyorsa kural, iki tarafın da makul bir fesih süresine uyarak sözleşmenin feshini ihbar etmeleridir<sup>189</sup>. Müşterinin bir fesih süresi tanınmasında bankanın çoğunlukla hiçbir menfaati olmayacağı için bu gerekten vazgeçilebilirse de, banka açısından bir önel tayin etmeden fesih imkanına GİŞ içinde yer verilmiş olması yasanın temel ilkelerine aykırı sayılmalıdır<sup>190</sup>. Taraflar ancak hak-

<sup>187</sup> bkz. yukarıda § 11 II 2 b

<sup>188</sup> Bu sonuçlar özellikle AB-yönergesinde finans hizmetleri sunanlar için getirilmiş düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bkz. Yönergenin eki m.2/a ve ayrıca *Schwarz*, Richtlinie, 127,153. Ayrıca Alman Federal Bankalar Birliği tarafından hazırlanmış olan GİŞ'de teklif edilen çözümlere de paraleldir (örn. bkz. *Dresdner Bank AGB Art.19*. Ayrintılı bilgi için *Wolf/Horn/Lindacher*, § 23 N.764-776)

<sup>189</sup> "Davada uyuşmazlık konusu edilen *vadesiz kredi sözleşmelerindeki*, bankanın dilediği zamanda kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek yetkisinin bankaya tanınmasına ilişkin hüküm, ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabul edilemez. Nitekim, vadesiz kredi sözleşmelerine dayanılarak açılan ve cari hesap şeklinde işletilen vadesiz krediyi kullanan kredi müşterisinin, kullandığı kredinin bir kısmını veya tamamını dilediği zamanda bankaya iade edip, tekrar limiti içinde kullanması ve cari hesabını sıfırlaması yahut kapatması hakkına sahip olması karşısında, kredi kullandıran bankanın da aynı hakları sözleşme ile sağlamasında *yararlar dengesi* yönünde bir sakıncası görülemez. Meğerki, banka tarafından bu hakkın kullanılmasında MK m.2'deki objektif iyi niyet ve 2/II. maddesindeki hakkın kullanılmasının suiistimal edilmemesi kurallarına aykırı davranılmamış olsun" (Y19HD 25.11.1994, 6472/11467, BATİDER 1994/4, 157,159) şeklindeki Yargıtay kararını kanımca ancak bir feshi ihbar süresinin tanınması kaydıyla geçerli kabul etmek mümkün olabilir.

<sup>190</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 D42. Kredi kartı sözleşmelerinde, haklı bir sebep olmaksızın dahi, önel vermeden sözleşmenin feshedilebileceğine ilişkin genel işlem şartlarının batıl olduğu konusunda bkz. BGHZ 125, 343,349

lı bir sebebin varlığı halinde bu şekilde süresiz fesih hakkını kullanabilirler.

- İki tarafın da olağan fesih hakkı, hakkın kötüye kullanılması ya sağı ile sınırlandırılmıştır<sup>191</sup>. Aksine genel işlem şartları batıldır.
- Belirli süreli sürekli borç ilişkilerinde kural olarak sözleşme ya sürenin sonunda ya da haklı sebeple fesih halinde sona erer.
- Haklı sebep özellikle borçlunun maddi durumunun kötüleşmesi, maddi durumu hakkında yanlış bilgiler vererek bankayı kararlarında yanıltması veya bankanın haklı teminat taleplerini reddetmesi gibi sebeplerdir<sup>192</sup>.
- Bir mal veya hizmetin temini için önceden belirlenmiş bir süre için verilen tüketici kredilerinde haklı sebebin varlığı halinde dahi ancak BK m.224 ve TTK m.6/II'nin koşullarına uyularak fesih mümkün olmalıdır.

## V. Usul Hukukuna İlişkin Bazı Genel İşlem Şartları

### 1. Yetkili Mahkemenin Tayini

“Bu sözleşmeden doğabilecek tüm uyuşmazlıkların çözümünde İstanbul (Sultanahmet/Merkez) mahkeme ve icra dairelerinin yetkili olduğunu taraflar kabul etmişlerdir.”

şeklinde kayıtlara banka genel işlem şartları içinde neredeyse istisnasız rastlamak mümkündür. Türk hukukunda HUMK m.22 uyarınca tarafların yetki sözleşmeleri yapmalarına bir engel yoktur. Bu sözleşmeler adi yazılı şekle uymaları, belirli bir uyuşmazlığa ilişkin olmaları ve belirli bir mahkemeyi yetkilendirmeleri kaydıyla kural olarak geçerli sayılırlar<sup>193</sup>. Bu sayede kanunen genel veya özel yetkili mahkemeler dışında yeni bir mahkeme, aslında yetkili olmamasına rağmen yetkilendirilmektedir<sup>194</sup>. Adi yazılı şekle uygun olmaları için yetki sözleşmelerinin yazıya dökülmesinin yanı sıra her iki tarafça da imza edilmiş olmaları gerekir (BK m.13). Eğer bir sözleşme metni içinde bir yetki kaydı yer alıyorsa sözleşmenin altına imza atılmış olması aranacaktır. Örneğin Yargıtay, bir konşimentonun ön yüzünün imzalanmış olmasını arka yüzünde yer alan

<sup>191</sup> *Seliçi*, 148vd.

<sup>192</sup> *Schwarz*, Richtlinie, 127,153

<sup>193</sup> *Üstündağ*, 212 ve 217; *Kuru*, 359vd.

<sup>194</sup> Yetki sözleşmesinin o uyuşmazlık için yetkili olan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf edip etmediği doktrinde tartışmalıdır. Münhasır yetki sözleşmeleri lehine *Üstündağ*, 217vd.; aleyhine *Kuru*, 364vd.; Y13HD 31.1.1974, 120/225 (YKD 1976/2, 233-235).

GİŞ içinde bulunan yetki kaydının geçerliliği için yeterli bulmamıştır<sup>195</sup>. *Kuru* ayrıca GİŞ içinde yer alan bu tür kayıtların zahmetsizce okunacak şekilde kaleme alınmış olmasını aramakta, aksi takdirde TTK m.1266'nın kıyasen uygulama alanı bulacağını savunmaktadır<sup>196</sup>.

Genel işlem şartları içinde yer alan yetkili mahkeme kaydına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin "beklenmezlik" içtihadı yukarıda ele alınmıştır<sup>197</sup>. Buna göre ilgili kayıtların hem müşterinin görebileceği bir yerde, göze batan şekilde kaleme alınmış olması (şekli şart) hem de etkilerinin müşteriye açıklanmış olması (maddi şart) gereklidir<sup>198</sup>. Aksi takdirde bu kayıt yürürlük denetimine takılarak hiç sözleşme içeriği olmayacaktır. Alman hukukunda ise taraflardan birini bir tüketicinin oluşturduğu yetki sözleşmeleri doğrudan batıl sayılmıştır (ZPO § 38). Bunların GİŞ içinde yer almasına bile gerek yoktur<sup>199</sup>.

Kanımcı İsviçre uygulamasında yapıldığı gibi yetkili mahkeme klozları için yürürlük denetimi yolunu tercih etmek doğru değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi<sup>200</sup>, işletmelerin GİŞ'lerini her zaman mahkemelerin aradığı yeni koşullara uyarlaması mümkündür. Bunları büyük punto ile, imzanın hemen üzerinde yazmaları ve müşteriye de bu hükmün etkileri hakkında bilgilendirmeleri halinde artık ilgili hükmün sözleşme içeriği olmadığından bahsedilemez. Bu açıdan içerik denetiminin yollarını aramak gerekir.

Usul Hukuku sistemimiz genel yetkili mahkeme olarak davalının ikametgahı mahkemesini öngörmüştür (HUMK m.9). Banka ve müşterileri arasında çıkabilecek ihtilaflarda buna ek olarak sözleşmenin ifa yeri mahkemesi ile davalı veya vekilinin davanın açılması zamanında orada bulunması koşuluyla sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesi de özel yetkili mahkeme olarak devreye girebilecektir (HUMK m.10)<sup>201</sup>. İlgili GİŞ kaydı ise bu düzenden saparak bankaya, müşteriye doğal hakiminden (AY m.32) başka bir mahkeme önüne çıkarma yetkisi vermektedir<sup>202</sup>. Amaç, müşterilere karşı yürütülecek bütün davaları bir mahkemede toplamak ve bu şekilde ilgili işletmenin rasyonelleşme ihtiyacına cevap ver-

<sup>195</sup> TD 12.11.1959, 2336/439, BATİDER 1961/2, 280 (*Kuru*, 360 dn.456'dan naklen)

<sup>196</sup> *Kuru*, 360. Ayrıca bkz yukarıda § 8 II 2

<sup>197</sup> § 8 V 4

<sup>198</sup> Ayrıntılı olarak BGE 104 Ia 278

<sup>199</sup> *Baumbach/Lauterbach*, Zivilprozessordnung, 56. Auflage, München 1998, § 38

<sup>200</sup> § 8 VIII

<sup>201</sup> Müşterinin bankaya karşı açacağı davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması söz konusu olacaktır (HUMK m.17). Ancak Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi yetki sözleşmesinin genel ve özel yetkili mahkemenin yetkisini kaldırmadığı düşünülecek olursa müşterinin bu mahkemede dava açması zaten engellenemeyecektir.

<sup>202</sup> *Kuru*, 357

mektir. Kanımca iki tarafın çatışan menfaati tartıldığında, müşterinin anayasal güvence altında olan doğal hakim önünde dava edilme hakkının ve buna bağlı menfaatinin ağır bastığı, dolayısıyla yasal düzenden sapan bu GİŞ kayıtlarının kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmelidir<sup>203</sup>. Sadece taraflar arasında bir bireysel anlaşmaya konu olmuş olan yetki sözleşmeleri geçerli sayılabilmelidir.

## 2. Delil Sözleşmeleri

“Müşterinin bu sözleşmeden doğacak uyumsuzluklarda Banka defter ve mikrofilm, mikrofiş, teleks, faks ve bilgisayar vs. kayıtlarının ... ses kayıtları ve müşteri talimatlarının geçerli, bağlayıcı ve kesin delil olacağını, banka defter ve kayıtlarının bilgi işlem kayıtlarına müstenit tutulması halinde bunlara karşı her türlü itiraz ve defii haklarından ve dava halinde banka defterlerinin usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif haklarından peşinen feragat ettiklerini kabul ve beyan eder. Her türlü banka kayıtları ... HUMK 287. maddesi uyarınca münhasır delil olup başkaca delil ikame edilemez. Sözleşmenin bu maddesi yazılı delil sözleşmesi niteliğindedir.”

HUMK m.287 uyarınca taraflar arasında delil sözleşmeleri yapılması mümkündür. Bu sözleşmelerin, anılan GİŞ’de olduğu gibi münhasır delil sözleşmesi niteliğini taşıması, yani bir hususun yalnızca kararlaştırılan delillerle ispatlanacağı, başka delil sunma imkanının olmadığı da sözleşmede kural olarak şart koşulabilir<sup>204</sup>.

AB-yönergesinin ekinde yer alan yasak hükümler listesinin 1/q maddesi uyarınca “tüketicinin ... gösterebileceği delilleri ölçüsüz şekilde sınırlandıran” GİŞ hükümleri kötüye kullanılabilir hükümlerdir ve geçersiz sayılırlar. Tüketicinin haklarını dava yoluyla ileri sürmesini tamamen veya kısmen kısıtlayan, kendisinden beklenemeyecek külfetler üstlenmesini gerektiren delil ikamesi sınırlamaları ölçüsüz sayılırlar<sup>205</sup>. Alman GİŞ yasası § 11/b.15 uyarınca da GİŞ kullananın, ispat yükünü müşteri aleyhine değiştirdiği her hüküm batıl sayılır. Ancak burada ispat yükü kavramı geniş anlaşılmakta müşterinin ispat pozisyonunun değişmesi sonucunu doğuran her GİŞ batıl sayılmaktadır<sup>206</sup>. Yani yasal düzenden

<sup>203</sup> *Tekinalp* de GİŞ içinde yer alan yetkili mahkeme kayıtlarının, sözleşme taraflarından birinin tüketici olması halinde daha sıkı bir içerik denetimine tâbi tutulması gerektiği görülmüştür (*Tekinalp*, Banka Hukuku, 286)

<sup>204</sup> Delil sözleşmeleri hakkında bilgi için bkz. *Üstündağ*, 652vd.; *Kuru*, 1976vd.; *Ateş, Mustafa*, “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri”, YD 1995/3, 244vd. Manyetik bant, teleks gibi teknik delillerin yazılı delil başlangıcı niteliğini taşıyıp taşımadığı konusunda bkz. *Konuralp*, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, 92vd.

<sup>205</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, Anh. RiLi N.215

<sup>206</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr.15 N.8; özellikle ispat sözleşmeleri için bkz. N.11



ayrılmanın müşteriye mağdur etmesi şartı dahi aranmaksızın her halde bu kayıtlar geçersizdir.

Yargıtay ise bu tür kayıtları farklı bir noktadan denetlemektedir. Buna göre “uyuşmazlık halinde banka kayıtları esas alınır” tarzında bir hüküm delil sözleşmesi olarak nitelendirilemez, zira bu kayıt belirli bir hususun belirli bir delil ile ispatına ilişkin bir sözleşme olarak yorumlanamaz. Ancak mahkeme bu noktada da durmamış ve bu tür hükümlerin delil sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde dahi ancak banka kayıtlarının düzgün şekilde tutulması durumunda geçerli olabileceğine hükmetmiştir<sup>207</sup>:

“Bir güven kuruluşu olan ve tedbirli bir tacir gibi davranmak zorunda bulunan davalı bankanın, uyuşmazlık halinde banka kayıtlarının esas alınacağı şartına dayanarak, kayıtlarında yetkili kişilerince verilen banka cüzdanının içeriğine aykırı biçimde tek taraflı düzeltme yaparak bunların davacıyı bağlayacağını ileri sürmesinin **hakkaniyet ve güven prensiplerine** (vba) de aykırı olduğu kuşkusuzdur”.

Türk hukuku açısından ilginç bir düzenleme ise Sermaye Piyasası Kurulunun “Aracılık Faaliyetinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliği”nde (seri:V no:6) yer almaktadır<sup>208</sup>. Bu tebliğ 1998 yılında değiştirilmiş ve m.17/II’de şu düzenleme getirilmiştir<sup>209</sup>:

“Müşterilerden telefon ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sözlü olarak da emir alınabilir. Aracı kuruluşlar bu tür emirleri, müşteri imzası aranmaksızın yazılı hale dönüştürürler. Bu emirlerde ispat yükü aracı kuruluşu aittir. **Ancak müşteri mutabakatını içermeyen aracı kuruluş kayıtları tek taraflı delil oluşturamaz** (vba).”

Görüldüğü gibi gerek anılan Yargıtay kararının, gerekse SPK tebliğinin temelinde yatan düşünce, tek taraflı olarak düzenlenmiş olan kayıtlara, karşı taraf aleyhine dayanılabilmesini denetlemektir. Sorun, müşterinin hiçbir şekilde müdahale edemediği, düzenlemesine katılmadığı, denetleyemediği kayıtların onun aleyhine delil teşkil etmesidir. Bu kayıtlar üzerinde her zaman oynama, düzeltme ve değişiklik yapma imkanı olması açısından ne ölçüde güvenilir oldukları ise şüphelidir. Nitekim ticari defterlerin bunları düzenleyen lehine delil teşkil etmesi de aynı düşünce ile bir dizi koşulun varlığına tâbi tutulmuştur (TTK m.82, 83/I, 85, 86)<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> YHGK 14.6.1995, 11-425/616 (İKİD 1996, 11961). Mahkeme, ispat sözleşmesine ilişkin bu kararda, bankaların BK m.99/II’ye tâbi olmasından bahsederek bu hallerde de aslında bir sorumluluk sınırlandırması kabul ettiği intibamı vermektedir (bkz. yukarıda dn.62 civarı).

<sup>208</sup> RG 31.1.1992, sy.21128; değişiklik için bkz. RG 8.10.1998, sy.23487

<sup>209</sup> Bu tebliğdeki ispat düzenlemeleri hakkında bkz. *Konuralp*, 97vd.

<sup>210</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. *Arkan*, 331vd. Defterlerin lehte delil sayılabilesinin ön koşulla-

Ancak bir kimsenin kendi hakimiyet alanında düzenlemiş olduğu belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesinin çarpıklığı bir yana<sup>211</sup> bununla da yetinilmeyip, ispatın münhasıran bu belgelerle yapılacağıın GİŞ içinde kararlaştırılması kanımca yasal düzenden sapan ve müşteri-yi aşırı derecede mağdur eden, dolayısıyla kamu düzenine aykırı bir hükümdür<sup>212</sup>. Mukayeseli hukuk verilerinin de bu konuda mutlak bir yasağa işaret ettiği dikkate alınırca, taraflardan birinin tüm savunma haklarını ortadan kaldıran bu hükümler batıl sayılmalıdır. *Konuralp*'in haklı olarak ifade ettiği gibi “delil sözleşmesi hükümleri dava ve savunma hakkının kullanılmasını esaslı olarak zedelediği ölçüde geçersiz sayılmalıdır”<sup>213</sup>. Müşteri, iddiasını ispatlamak için yasanın kendisine tanıdığı her türlü imkandan faydalanabilmeli, delil sözleşmesinin münhasır olmadığı kabul edilmelidir<sup>214</sup>.

### 3. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

#### a) Genel olarak

İspat yükünden anlaşılması gereken, davanın taraflarından hangisinin muhakemeye getirilmiş olan bir vakıayı ispat yükü altında olduğudur<sup>215</sup>. MK m.6 uyarınca genel kural, bir vakıadan kendi lehine sonuçlar çıkarmanın bu vakıaları ispat yükünü taşımasıdır. Ancak bu kuralın yetersiz kaldığı hallerde ispat yükünün dağıtılmasında başka ölçülere başvurulması da söz konusu olabilir<sup>216</sup>. Örneğin hayatın olağan akışına uygun düşen vakıanın ispatı zorunluluğunun olmaması, dürüstlük kuralı uyarınca ispat yükünün yer değiştirebilmesi gibi<sup>217</sup>.

Dolayısıyla, bu ilkeler gereği aslında işletmelere düşen ispat yükünün genel işlem şartları yoluyla müşterilere yüklenmesi halinde bu ka-

---

rından bir tanesi iki tarafın da defter tutma yükümüne tâbi olmasıdır. Bu şekilde tacir olmayan tarafın bu tür bir delile başvurma imkanı olmadığı için mağdur olması engellenmek istenmiştir (bkz. *Arkan*, 332). *Ülgen*'e göre burada, usul hukukundaki “tarafaların eşitliği” ilkesinin bir görünümü söz konusudur (*Ülgen, Hüseyin*, “Ticari Defterlerle İspat”, BATİDER 1968/II, 86,87).

<sup>211</sup> Bkz. *Arkan*, 331

<sup>212</sup> aynı yönde *Konuralp*, 65vd. Bankaların akdettiği bu tür delil sözleşmelerini geçerli sayan bir görüş için bkz. *Tekinalp*, Banka Hukuku, 287

<sup>213</sup> *Konuralp*, 65

<sup>214</sup> Delil sözleşmelerinin ne ölçüde, delillerin değerlendirilmesinin bir sınırı oluşturabileceği konusunda bkz. *Yıldırım*, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, 255vd.

<sup>215</sup> *Üstündağ*, 613; *Yıldırım*, dn.214'de anılan eser, 74vd.

<sup>216</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Üstündağ*, 616vd.

<sup>217</sup> Bu konuda özellikle bkz. *Arslan*, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, 89

yıtların nasıl değerlendirileceği sorununa burada cevap aranmak gerekir. Yine bir bankanın genel işlem şartlarından örnek verilebilir:

“Dağıtım kanallarının personelinin kendisine düşen dikkat ve ihtimamı gösterdiği karine olarak kabul edilir. Bunun aksini iddia eden müşteri ispat yükümü altındadır.”

Öncelikle mukayeseli hukuk verilerinden faydalanacak olursak: AB-yönergesi eki m.1/q'da “tüketiciye, ... mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafa terettüp eden ispat külfetini yükleyen” kayıtlar kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilmiştir. Aynı şekilde Alman GİŞ-yasasında da, § 11 Nr.15 uyarınca “GİŞ kullananın, ispat yükünü müşteri aleyhine değiştirdiği her hüküm” batıl sayılır. Maddenin bu konuda verdiği bir örnek “müşteriye, GİŞ-kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükünün yüklenmesi”dir. İspat yükünü düzenleyen kuralın yasada yer alması veya hakim tarafından yaratılmış olması değerlendirmede önem taşımamaktadır. Adalet içeriğine sahip olan genel ve özel her türlü ispat kuralı bu bağlamda değer kazanır<sup>218</sup>.

İsviçre hukukunda, ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran genel işlem şartlarının batıl sayılması doktrinde savunulmaktadır. *Kummer*, yasada yer alan ispat yüküne ilişkin düzenlemelerin taraf pazarlığına konu edilebilecek basit yedek hukuk kuralları olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını, bu hükümlerin, menfaatleri en doğru şekilde dengeleyen bir adalet içeriğine sahip olduğu görüşünü savunmaktadır. Yazara göre, ispat yükünü üstlenen taraf, aynı zamanda davayı kaybetme konusunda çok daha yüksek bir rizikoyu üstlenmekte ancak bunun sonuçlarını hiçbir şekilde takdir edememektedir<sup>219</sup>. Özellikle genel işlem şartları yoluyla bu düzenlemelerden sapılması halinde bir butlan sebebi söz konusudur<sup>220</sup>. Aynı şekilde *Mathys*'e göre, gerek yasadandan kaynaklanan gerekse mahkemelerin geliştirmiş olduğu ispat külfetine ilişkin kurallardan tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartları içinde ayrılmak mümkün değildir<sup>221</sup>. Alman GİŞ-yasasını örnek alan yazara göre müşteri aleyhine ispat külfeti değiştirilemez.

Kanımca iki yazarın görüşüne tereddütsüz katılmak gerekir. İspat külfetine ilişkin yasal düzenden sapan her türlü GİŞ'in sözleşmedeki menfaat dengesini müşteri aleyhine önemli surette bozduğu ve bunun, işletmenin haklı bir menfaatine tekabül etmediği kabul edilmek gerekir<sup>222</sup>. Özellikle, tarafların kendi sorumluluk alanında gerçekleşen olay-

<sup>218</sup> *Wolf/Horn/Lindacher*, § 11 Nr.15 N.7

<sup>219</sup> *Berner Kommentar/Kummer*, Art.8 ZGB N.376

<sup>220</sup> *Berner Kommentar/Kummer*, Art.8 ZGB N.377

<sup>221</sup> *Mathys*, 136

<sup>222</sup> Ayrıca bkz. *Tuluay*, M. Delil Anlaşmaları, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1986, passim. Yazar şu görüşü ifade etmektedir: “Taraflar dava malzemesinin yürüyen usule

lar için ispat külfetini taşımaları ilkesi göz ardı edilmemelidir. Örneğin Alman GİŞ yasasının kabulünden önce Federal Mahkemenin kararına konu olan bir olayda, depolanan malın hasara uğraması halinde bu durumun, muhafaza edenin veya yardımcı kişilerinin kusurundan dolayı meydana geldiğini ispat yükünün malı teslim edende olduğu genel işlem şartları içinde ifade edilmiştir. Mal sahibi, elindeki belgelerle malı hasarsız teslim ettiğini ispatlayabilmiş; ancak bunun ötesinde hasarın nasıl meydana geldiğini ve kimin kusurlu olduğu ispatını getirememiştir. Federal Mahkeme, müşteriye, kendi etki alanında gerçekleşmemiş bir hususu ispat yükünün aktarılmasını BGB § 242'ye aykırı bulmuştur<sup>223</sup>.

b) Özel olarak bazı ispat düzenlemelerinin incelenmesi

aa) Genel işlem şartları kullananın bir beyanının varlığına ilişkin kayıtlar

“... Yatırımın yapacağı her türlü bildirim, müşterinin ... Yatırıma bildirmiş olduğu en son adrese gönderilmek üzere postaya verildikten 2 gün sonra müşteriye ya da yetkili temsilcilerine teslim ve tevdi edilmiş sayılacaktır.”

Görüldüğü gibi bu tür kayıtlar, bir beyanının varlığını ispatlama külfetini beyan sahibine yükleyen kuraldan saparak, beyan muhatabını, bu beyanın kendisine varmadığını ispatlamak zorunda bırakmaktadır. Bu şekilde ispat yükünde bir değişiklik meydana getirilmektedir<sup>224</sup>. Alman GİŞ-yasası § 10 Nr.6 uyarınca bu tür hükümler hakimın takdirine göre batıl sayılabilecektir. Madde mutlak bir yasak öngörmemektedir, zira bazı durumlarda düzenlemenin haklı bir menfaate cevap vermesi de mümkündür. Özellikle yukarıdaki GİŞ'de de ifade edilmiş olan, beyanın, bildirilen en son adrese gönderilmesi hali buna örnek verilebilir. Gerçekten de bankaya, sürekli olarak müşterilerinin adres değişikliklerini takip etme mükellefiyeti yüklenemez, dolayısıyla ilgili yere varma ile beyanın müşteriye de ulaştığı öngörülebilir<sup>225</sup>. Ancak bu tür istisnalar dışında il-

---

ithali ve dermeyan ettikleri vakıaların ispat edilmesi hususunda mutlak bir serbestiyi haiz olduklarına göre, tarafların akdettikleri ispat yükünün tek yanlı yüklenilmesini hedef alan anlaşmanın muteber sayılmaması, bizce ispat yükünü bölüştüren kuralların kamu menfaatinin himayesi için kılavuzluk eden kurallar olmaları gerekçelerinden ziyade, 'zayıf tarafın himayesi' fikrinin bir neticesi olan 'taraflar arasındaki usuli eşitliğin' bozulmasını hedef alan anlaşmaları muteber saymamak fikri ile izah edilebilir. Gerçekten her hal için, ispat yükünü tek taraflı olarak taşıyan taraf aleyhine, usuli denge bozulmuş olmaktadır" (104)

<sup>223</sup> BGHZ 41, 151; aynı yönde *Akman*, 21. Bu karar hakkında bkz. *Hart, Dieter*, "Umkehrung der Beweislast durch Allgemeine Geschäftsbedingungen", NJW 1966, 1205

<sup>224</sup> Aynı zamanda, haberleşme aksaklıklarından doğan rizikonun karşı tarafa aktarılması sonucunu doğuran bu hüküm § 11 III 3 altında da ele alınabilir.

<sup>225</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 10 Nr.6 N.5

gili GİŞ hükmü, yasal düzenden müşteri aleyhine sapması ve onu bu şekilde ölçüsüz mağdur etmesi nedeniyle batıl sayılmak gerekir<sup>226</sup>. Özellikle ülkemizde şehir içi mektupların bile 2 günden çok daha uzun sürede yerlerine ulaştığı düşünülecek olursa bankanın, doğrudan müşterinin malvarlığına ilişkin sonuçlar doğurabilecek beyanlarının bu anda hüküm ifade edeceğini kararlaştırması kabul edilemez. Bankalar gibi uzman kuruluşlardan muhaberatını iadeli taahhütlü mektupla veya özel kurye ile yapmalarını beklemek ve bu şekilde varmayı ispat etmelerini istemekte kanımca bir sakınca olamaz.

#### bb) Müşterinin bir irade beyanında bulunduğuna ilişkin kayıtlar

“... Hesap kesim tarihinden son ödeme tarihine kadar hesap özeti üyeye ulaşmaması durumunda, üyenin hesap kesim tarihinden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde, yazılı olarak bankadan hesap özeti talep etmesi gerekir; aksi takdirde, *üye, hesap özeti almış ve içeriğini kabul etmiş sayılır*. Hesap özeti, İcra ve İflas Yasası'nda belirtilen kesin belgelerden biri kabul edilir<sup>227</sup> ve ödemenin yapılmadığı durumda Banka, üyeye hiçbir bildirimde bulunmaksızın diğer talep ve hakları saklı kalmak kaydı ile sözleşmeyi fesih ve kart veya kartları iptal edebilir.”

Görüldüğü gibi banka öncelikle, göndermediği hesap bildirim cetvelinin vardığı faraziyesini ihdas etmekte (bkz. yukarıda aa) ikinci olarak da eline geçmemiş olan bu cetvelin içeriğini müşterinin kabul ettiği faraziyesine yer vermektedir.

Kural olarak kişinin susması herhangi bir irade beyanı olarak nitelendirilemez<sup>228</sup>. Yani susmuş olmasını ne olumlu ne de olumsuz olarak

<sup>226</sup> aynı fikirde *Mathys*, 132-133

<sup>227</sup> Maddenin metninden İcra İflas Kanununda belirtilen belgelerden hangisinin kast edildiği hiçbir şekilde anlaşılammaktadır. Dolayısıyla bu tür bir ibarenin güven kuramı uyarınca hiç sözleşme içeriği olmadığı kabul edilmelidir (bkz yukarıda § 8 II 2). Kastedilenin İİK m.68b'de anılan ve itirazın kesin olarak kaldırılmasına yarayan belgeler olduğu kabul edilecek olursa bu hükmün yine bir anlam ifade etmesi mümkün değildir. Zira ilgili maddede krediyi kullandıran tarafın, borçlunun adresine, hesap döneminin sonunu takip eden 15 gün içinde noter aracılığı ile hesap özeti bildirmesi ve süresi içinde aldığı hesap özeti içeriğine müşterinin, alındığından itibaren 1 ay içinde itiraz etmemiş olması gereği aranmaktadır. Ancak bu şekilde itiraz edilmemiş hesap özetleri İİK m.68/I'de anılan belgelerden sayılır ve itirazın kesin olarak kaldırılmasına yarar. Bu şekilde müşteri, itiraz etmediği hesap özeti içeriğindeki belgelerdeki imzaları kabul etmiş sayılır ve ancak borcunu ödedikten sonra hesap özeti içeriğine aykırılığını dava edebilir (m.68b/II). Müşteriye 1 aylık itiraz süresini tanımayan, hatta müşterinin eline hesap özeti geçmesini dahi aramayan bu hükmün, hesap özeti İİK m.68b anlamında bir belge niteliği kazandırmayacağı açıktır. Bu konuda ayrıca bkz. *Üstündağ, Saim*, İcra Hukukunun Esasları, 6.bası, İstanbul 1995, 142vd; *Kuru, Baki*, İcra ve İflas Hukuku, 8.bası, Ankara 1995, 157

<sup>228</sup> *Kocayusufoğlu*, Borçlar Hukuku, § 14 N.5

yorumlamak mümkün değildir. Ancak dürüstlük kuralı uyarınca (MK m.2) bazı hallerde kişinin susmasına rağmen bir beyanda bulunduğunu kabul etme gereği vardır. Özellikle susan kişinin muhatabı, dürüstlük kuralı uyarınca, onun, olumlu beyanda bulunmak istemeseydi cevap vereceğini düşünmekte haklı olduğu hallerde durum böyledir<sup>229</sup>. Ancak susan tarafın da, susmasına bazı sonuçlar bağlanmasına sebep olan olguları bilmesi veya en azından bilebilecek durumda olması gerekir<sup>230</sup>.

Nitekim Alman GİŞ-yasası § 10 Nr.5 de olaya daha çok bu açıdan yaklaşmış ve işletmenin iyi niyetli sayılmasının gereklerini adeta yasaya aktarmıştır. Buna göre müşterinin bir hareketi veya hareketsizliği ile belirli bir beyanda bulunduğu veya bulunmadığı sonucuna varabilmek için işletmenin, müşteriye en az bir aylık bir süre tanımış olması ve kendisini, bu bir aylık sürenin başında, davranışının sonuçları hakkında da özellikle uyarılmış olması gerekir<sup>231</sup>. Ancak buna ek olarak GİŞ kullananın bu tür bir kaydı GİŞ içine almakta haklı bir menfaatinin olması da aranacaktır<sup>232</sup>.

Yukarıda anılan GİŞ hükmünü bu çerçevede ele alacak olursak kısımca bankanın korunması icap eden “haklı” bir güveninden bahsetmek mümkün değildir: Hesap kesim tarihinin aydan aya değişmesi ve GİŞ içinde bankaya, bu tarihi kesin olarak müşteriye bildirme yükümü getirilmemesi nedeniyle, müşterinin, başlangıç tarihini bile bilmediği bir süre içinde bir hesap özeti temin etmesi gerekmektedir. Tamamıyla bankanın sorumluluk alanına giren, hesap özeti gönderme fiilinin gerçekleştirilmemesi halinde bankanın bunun sonuçlarına katlanması gerektiği açıktır. Müşteriden bu belgeyi temin etmek için çaba sarf etmesinin beklenmesi, etmemesi halinde ise içeriğini görmediği bir belgeyi bir de kabul etmiş sayılması konusunda bankanın korunmaya layık bir güveni olamaz. Bankanın, hesap bildirim cetvelini müşteriye ulaştırma görevini aksatması halinde, son ödeme günü de geçmişse, artık müşteriye münasip bir ek sürenin verilmesi gerekir. Ancak bundan sonra hâlâ ödeme yapılmamış olması durumunda müşterinin borcuna faiz yürütülmesi mümkün olabilir.

Kural olarak banka ancak varmış olan hesap özetleri açısından, müşteriye münasip bir itiraz süresinin verilmek ve bu sürenin geçmesi

<sup>229</sup> BK m.6 bu konuda kabul beyanı açısından özel bir düzenleme getirmiş ve işin doğasından veya hal ve şartlardan açık bir kabul beyanının beklenemeyeceği hallerde, icabın münasip bir süre içinde reddedilmemesi halinde, sözleşmenin kurulmuş sayılacağını öngörmüştür.

<sup>230</sup> Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 14 N.5

<sup>231</sup> ayrıntılı bilgi için bkz. Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr.5 N.12vd.

<sup>232</sup> Wolf/Horn/Lindacher, § 10 Nr.5 N.20

halinde hesap özetini kabul etmiş sayılacağı bir kez daha hatırlatılmak kaydıyla bu tür beyan faraziyelerine dayanabilir<sup>233</sup>. Nitekim *Mathys* İsviçre hukuku için aynı çözümü savunmakta, ve bugünün gelişmiş bilgisayar teknikleri karşısında bu tür ibareleri hesap özetlerine eklemenin de bir sorun çıkarmayacağını haklı olarak ileri sürmektedir<sup>234, 235</sup>.

---

<sup>233</sup> *Taupitz*, NJW 1996, 217,220

<sup>234</sup> *Mathys*, 155

<sup>235</sup> Müşteri, kendisine gönderilen hesap özetine, bu kayıtların varlığına rağmen itiraz etmemiş ve bankanın haklı güveni korunduğu için özet kesinleşmişse ne olacaktır? İlk anda bu hükümlerin yorumundan, cetvelde yanlış gösterilmiş veya gösterilmemiş olan kayıtlar (örneğin arada yapılan bir ödeme) nedeniyle müşterinin bankaya karşı her türlü talebini yitirdiği sonucuna varılabilir. Oysa burada BK m.115/II anlamında bir yenileme gerçekleşecektir (*Forstmoser*, Bankverkehr, 11,28; *Weber*, SAG 1984, 150,159; *Mathys*, 145 ve 163). Bankanın ayrı ayrı taleplerinin yerini tek bir borç almaktadır. Ancak yenileme de sadece geçerli olarak doğmuş ve sona ermemiş borçlar açısından söz konusu olabilir. Dolayısıyla hesap bildirim cetvelinin kabul edilmiş sayılması sadece bu tür borçlar için kesin bir etki doğurur. Bunun dışında sadece ispat külfeti yer değiştirir ve müşterinin daha sonra HBC'deki yanlışlıklar nedeniyle bir sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürmesi gerekir (bkz. *v.Tuhr/Escher*,186; *Oğuzman/Öz*, 420; *Taupitz*, NJW 1996, 217,220). Cari hesap sözleşmesine ilişkin TTK m. 99 uyarınca bu tür davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (ayrıntılı bilgi için bkz. *Arkan*, 344vd.).



## § 12. Sonuç

1. 19. yüzyılda hakim olan liberal ekonominin gereklerine göre şekillenen özel hukuk sistemimiz, eşit pazarlık gücüne sahip, bağımsız, bilinçli ve her işleminden azami çıkar elde etmek isteyen iki bireyin karşı karşıya geldiği bir sözleşme anlayışından hareket etmektedir. Bu sistemde rekabet sınırsızdır, dolayısıyla talep sahiplerinin, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri en uygun şartlarda sunanlarla sözleşme kurma özgürlüğünün olması esastır. Buna ek olarak taraflar, pazarlık sonucu sözleşme içeriğini birlikte belirlemek ve ikisi için uygun düşen ortak paydada sözleşmeyi kurmak imkanına sahiptir. Sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünden bireyler eşit olarak faydalanmaktadır, dolayısıyla sözleşme içeriğinin adil olduğu; sözleşme kurumunun bir adalet teminatına sahip olduğu kabul edilmektedir.
2. Ön koşulları sözleşme özgürlüğü, mutlak rekabet ve eşit bireyler olarak saptanabilen özel hukuk sistemimiz sadece sözleşme özgürlüğünü yasalarla güvence altına almış buna karşılık diğer iki sacayağını oluşturan, serbest rekabet ve sözleşmelerin eşit iktidara sahip bireyler arasında kurulması olgularının kendiliğinden gerçekleşeceğini kabul etmiştir. Oysa hukuk tarihi bunun aksinin var olduğunu göstermiştir. Herhangi bir sınır getirilmeyen sözleşme özgürlüğü kendi kendini yok etmeye başlamıştır. Bir yandan işletmeler arası birleşmelere imkan tanıyan sözleşme kurumu, bu şekilde pazarda bir tarafın gittikçe güçlenmesi için kötüye kullanılmış, diğer yandan da güçlü tarafın zayıf olana istediği sözleşme içeriğini dikte etmesinin aracı haline gelmiştir. Arz edenler arasında yaşanan bu yoğunlaşma, işbölümüne dayalı ekonomi, üretim sürecinin gittikçe karmaşıklaşması ve kitlesel üretime bağlı olarak kitlesel tüketimin körüklenmesi sonucu, tüketicilerin eşit birer sözleşme partneri olarak masaya oturması adeta imkansız hale gelmiştir. Bu gelişmenin kaçınılmaz sonucu sözleşme adaletinin taraflardan biri aleyhine önemli surette bozulması olmuştur.
3. Nitekim bu yüzden, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, hem rekabetin sınırlandırılmasını önlemek hem de pazarlık gücündeki dengesizliği bertaraf etmek için yasal önlemler geliştirilmeye başlanmıştır.

Amaç, özel hukuk sistemini yeniden düzenlemek değil, var sayılan ön koşullarına işlerlik kazandırmaktır.

4. Pazarlık gücündeki dengesizliği bertaraf etmek için getirilen yasal düzenlemeler, bir tarafın sürekli olarak sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünden mahrum olduğu tipik durumlar için zorunlu sözleşme içeriğini tespit etmek veya hakim müdahale ederek sözleşmeyi düzeltmesine imkan tanımak düşüncesi üzerine kuruludur. İş, kira, kapıdan satış, taksitle satış, turistik gezi, tüketici kredisi gibi sözleşme türleri tipik olarak taraflar arası eşitliğin bozulduğu ve bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu alanlardandır.
5. Sözleşmenin genel işlem şartları kullanılarak akdedilmesi, sözleşmenin adalet teminatının tipik olarak bertaraf edildiği diğer bir alan olarak kabul edilmek gerekir. Zira tüketicilerle akdedecekleri aynı türden çok sayıda sözleşme için işletmelerin önceden saptadığı ve genelde yazılı bir metne sokarak müşteriye aynen kabul edilmek üzere sunduğu genel işlem şartları, sözleşme içeriğinin tek belirleyicisi olmaktadır. İşletme, çıkarlarını en üst düzeyde koruyabilmek için sadece kendi lehine olan şartlar saptamakta, taraflar arasında makul bir denge kurmaya çalışan yedek hukuk kurallarının tümünü bertaraf ederek kendi sorumluluk alanına girmesi gereken sonuçları müşteriye aktarmaktadır. Tüketici ise bu şartları hiç değiştirmeden kabul etmek veya o sözleşmeyi hiç kurmamak alternatifini karşı karşıya kalmaktadır.
6. İşletmelerin pazarlığa yanaşmamasının yanı sıra, tüketicinin işletme karşısındaki psikolojik ve entelektüel zaafı, onun genel işlem şartlarını okuyup anlamasını, anlasa bile bunları değiştirmek yönünde teklifte bulunmasını adeta imkansız kılar. Tüketici, kendisine bu alanda destek verebilecek herhangi bir örgütlenmeden de mahrumdur. Ayrıca akdettiği her bir sözleşme için tek tek sayfalarca uzunlukta metinleri okuması, rakip işletmelerinki ile mukayese etmesi ve kendisi için en elverişli olanı bulmaya çalışması ekonomik açıdan rasyonel bir davranış da sayılamaz. İşletmelerin birbirine tıpatıp benzer genel işlem şartları kullanması nedeniyle zaten daha elverişli bir sözleşme içeriği elde etme imkanı fiilen yok gibidir.
7. Genel işlem şartları kullanımı karşısından tüketicinin kendisini koruma imkanından yoksun olması, buna ek olarak rekabetin de bu alanda düzenleyici bir işlevinin olmaması, bu tür sözleşmelerin yargı yoluyla denetlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Nitekim Avrupa Birliği tarafından 1993 yılında kabul edilen "Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge" özellikle genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin gerekli yasaları çıkararak üzere üye on beş devleti bağlayıcı bir düzenleme getirmiştir.

8. GİŞ kullanımını halinde sözleşme adaletinin yeniden kurulması ancak, hakimin sözleşmeye müdahalesi suretiyle mümkün gözükmektedir. Bu çerçevede hakim üç olanaktan faydalanabilecektir: genel işlem şartlarının yürürlük denetimi, yorumlanması ve içerik denetimi.
9. Yürürlük denetiminde söz konusu olan, genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığını tespit etmektir. Hakim, güven kuramını esas alarak, işletmenin, GİŞ'in sözleşme içeriği olduğunu varsaymakta haklı olup olmadığını saptayacaktır. İşletmenin bu yönde korunmaya layık bir güveninden bahsedebilmek için, tüketicinin GİŞ kullanımını hakkında sözleşmenin kurulmasından önce uyarılmış ve kendisine GİŞ metninin teslim edilmiş olması aranacaktır. Ancak bu şartlarla tüketicinin kabul beyanını GİŞ'i de kapsayacak şekilde anlamlandırmak mümkün olabilir. Yoksa banka, sigorta, nakliye şirketleri gibi işletmelerin hep GİŞ kullanarak sözleşme akdettikleri ve tüketicinin de bu yönde oluşmuş bir örf ve adet kuralı veya ticari teâmül nedeniyle GİŞ'in sözleşme içeriği olmasına katlanması söz konusu olamaz.

İstisnai olarak, ekonomik bir değer ifade etmeyen ve günlük hayatta sıkça akdedilen sözleşmeler açısından GİŞ'in ilgili işletmenin mekanlarında asılması suretiyle müşterinin haberdar edilmesi kabul edilebilir. Diğer yandan, aynı sözleşme tarafları arasında doğacak sürekli borç ilişkisinin başlangıçta akdedilecek olan bir çerçeve sözleşme ile şekillendirilmiş olması halinde GİŞ'in bunun kapsamına alınmış olması da yeterli sayılır. Bu çerçeve sözleşmeye dayanarak tarafların ileride akdedecekleri münferit sözleşmelerde GİŞ metninin tekrar tekrar karşı tarafa verilmesi aranmayacaktır.

Ancak müşterinin kabul beyanının GİŞ'i kapsadığı yönünde yorumlanabilmesi için işletmenin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğü daha vardır. O da müşteri tarafından rahatça kavranabilir genel işlem şartları kullanmaktır. Bu, hem metnin basılış tarzı hem de kaleme alınış tarzı açısından söz konusudur. Nitekim TTK m.1266 sigorta genel şartlarının okunaklı olması gereğini açıkça vurgulamaktadır ki bu hükmün kıyas yoluyla uygulama alanını genişletmek mümkündür.

Yürürlük denetiminin son basamağı, genel işlem şartları içinde yer alan beklenmeyen, şaşırtıcı hükümlerin elenmesidir. Müşterisi için olağandışı ve şaşırtıcı olduğunu bildiği hükümleri GİŞ'e ekleyen işletmecinin, müşterisinin kabul beyanını bu hükümleri de kapsayacak şekilde anlamlandırmakta korunmaya layık bir güveni olmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle sözleşme, beklenmeyen genel işlem şartları olmaksızın kurulmuş sayılacaktır.

10. Genel işlem şartlarının yürürlük denetimini aşarak sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilen hallerde ise ikinci adım bunların yorumlanması olacaktır. Hakim sözleşmenin yorumu yoluyla, genel işlem şartları karşısında öncelikle uygulanması gereken bireysel anlaşmaların olup olmadığını tespit etmeye çalışacaktır. Taraflar arasında pazarlık konusu edilmiş olan hususlar ayrıca genel işlem şartları içinde düzenlenmiş bile olsa, öncelik bireysel anlaşmadır. Bu tür bireysel anlaşmaların tespit edilemediği hallerde hakim, genel işlem şartlarını, alelde sözleşme şartları gibi yorumlayacaktır. Bu çerçevede öncelikle tarafların uyulan gerçek iradeleri araştırılacak bunun tespit edilememesi halinde ise güven kuramı uyarınca yorum gerçekleştirilecektir. Alman hukukunda kabul edilen ve genel işlem şartlarının yasalar gibi objektif ve somut olayın özelliklerinden bağımsız olarak yorumlanması ilkesi kanımca amaca uygun değildir.

Genel işlem şartlarının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorum sonuçlarından müşteri lehine olanın tercih edilmesi gerekir. GİŞ kullanarak sözleşme içeriğini şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak kullanan işletmenin, bunların anlaşılır ve birden fazla yoruma imkan tanımayacak şekilde hazırlanması konusunda özel bir sorumluluğu vardır. Buna karşılık müşteri aleyhine bir genel işlem şartının daraltıcı yoruma tâbi tutularak olumsuz sonuçlarının en aza indirilmesi yöntemine kanımca itibar edilmemelidir. Bu şekilde içerik denetiminin alanına girilmekte ve yorum faaliyeti amacından saptırılmaktadır.

11. Gerek yürürlük denetimi gerekse yorum yoluyla genel işlem şartlarının olumsuz sonuçlarının bir ölçüde yumuşatılması mümkün gözükse de, sözleşme adaletinin yeniden kurulabilmesi ancak hakim sözleşme içeriğini denetlemesi yoluyla mümkündür. Oysa Türk hukukunda, sözleşme adaletini sağlamak üzere hakime, sözleşmeye müdahale imkanı veren genel bir hüküm yoktur. Ancak sözleşme özgürlüğüne getirilmiş olan bazı sınırlamalardan bu amaçla faydalanılması kuşkusuz mümkündür. Her şeyden önce sözleşme içeriğini emredici olarak düzenleyen hükümlere aykırılık halinde genel işlem şartlarının da batıl sayılacağına tereddüt edilemez. Diğer yandan etik değer yargılarımızı ayaklar altına alan bazı genel işlem şartlarının ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi imkanı da vardır. Son olarak GİŞ içinde işletmeye tanınmış olan takdir haklarının (faiz artırımı gibi) ancak MK m.2/II sınırlaması çerçevesinde kullanılacak olduğu da unutulmamalıdır. İşletmenin bu takdir hakkını kötüye kullanması halinde hakimin müdahale imkanı mevcuttur.

Ancak her biri farklı açılardan sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlar çizen bu kıstaslar, kanımca, genel bir içerik denetimi normu katına çıkarılmaya elverişli değildir. Her genel işlem şartı ahlaka aykırı

sayılacak kadar ağır bir ihlal oluşturmadığı gibi, GİŞ içinde, her hangi bir takdir hakkı tanımayan, bir dizi hüküm mevcuttur. Oysa bu hükümlerin de denetlenmesi ihtiyacı vardır.

12. GİŞ kullanımında temel sorunun, taraf menfaatlerini dengeleyen, adil bir sözleşme içeriği öngören yedek hukuk kurallarının, hukuk düzenimize içkin temel değer yargılarının, hatta kısmen anayasal yargıların kitlesel olarak bertaraf edilmesi olduğu göz önünde tutulacak olursa, bunların denetlenmesinde, Borçlar Kanununda yer alan diğer bir kavramdan faydalanmak imkanı doğmaktadır. Bu kavram ise kamu düzenine aykırılıktır. GİŞ çerçevesinde akdedilen sözleşmelerin sayısı dikkate alındığında, yedek hukuk kurallarının bu şekilde kitlesel ve sistematik olarak bertaraf edilmesi hukuk düzenimizde eşi görülmemiş bir fenomendir. Kural olarak uygulanması gereken yedek hukuk kaideleri sadece istisnai durumlarda, günlük hayatta nakit para karşılığında seri olarak akdedilen sözleşmelerle sınırlı olarak uygulanır olmuştur. Oysa yedek hukuk kuralları da yasa koyucunun bir değer yargısını temsil etmektedir. Bunların “yedek” sayılmasındaki amaç, taraflara, kendi menfaatlerine en uygun düşen sözleşme içeriğini bulma imkanı tanımaktır; yoksa GİŞ yoluyla taraflardan sadece birine kendine en uygun düşen sözleşme içeriğini yaratma imkanı verilmek istenmemiştir. İşte kitlesel olarak karşılaşılan bu fenomeni kamu düzenine aykırı olarak nitelendirmek kanımca doğru olacaktır.
13. Ancak GİŞ kullanımının kamu düzenine aykırı olabileceğinin tespit edilmiş olması bunların içeriğinin denetlenmesinde yeterli bir tutamak noktası vermekten uzaktır. Bir çerçeve norm olan kamu düzenine aykırılığın somutlaştırılması gerekmektedir.

Bir klozun kamu düzenine aykırılığından bahsedebilmek için, GİŞ içinde yer almasına ek olarak, o düzenin adil olarak kabul ettiği durumdan sapması da gerekir. Bu da taraflar arasındaki sözleşme için en uygun hak ve borç dağılımının nasıl olabileceği konusunda *bir model tespit edilmesi* ihtiyacını doğurur. Ancak bundan sonra somut sözleşmede bu modelden sapma olup olmadığına ve bu sapmanın düzeyine bakılabilir. Sapma müşteri açısından ölçüsüzse artık hakim o hükmü batıl sayması gerekir. Demek ki hakim iki aşamada karar verecektir. Öncelikle genel işlem şartını denetlemek için esas alınacak normu tespit edecek, ikinci olarak da bu normdan GİŞ yoluyla sapılıp sapılmadığını inceleyecektir.

Sorun, yedek hukuk kurallarının kitlesel olarak bertaraf edilmesi olduğuna göre ilk denetim ölçütü hiç kuşkusuz yedek hukuk kuralları olacaktır. Bunun yanı sıra pozitif hukukumuzda içkin hukuki ilkeleri ve mukayeseli hukuk verilerini de hakimin bu aşamada dikkate

alması mümkündür. Ancak yasa da düzenlenmemiş bir hususun GİŞ içinde ele alınmış olması halinde hakimin yapması gereken, ilgili soruna ilişkin olarak bir yedek hukuk kuralı yaratmaktır. Taraflar arasındaki sözleşmenin doğasına en uygun hak ve borç dağılımını tespit ederek, hakim, ilgili sözleşme türü için adil sayılacak kuralları yasa koyucunun yerine geçerek koyacaktır.

GİŞ olmasaydı hangi norm uygulanırdı sorusunu cevaplayarak bir ölçüt norm tespit edildikten sonra, ikinci aşamada yapılması gereken, GİŞ yoluyla bu normdan gerçekleşen sapmayı değerlendirmektir. Eğer müşterinin ölçüsüz şekilde mağdur edildiği kabul edilebiliyorsa ilgili genel işlem şartı batıl sayılacaktır. Kural olarak her sapmanın butlan yaptırımını beraberinde getirdiği kabul edilemez. Hem bunun belirli bir ağırlıkta olması hem de sözleşme içinde başka yollardan telafi edilmemiş olması gerekir. Müşterinin menfaatleri bir genel işlem şartı ile ihlal edilmekle beraber sözleşmede bunun farklı yollardan dengelenmiş olması ihtimali, az da olsa, vardır. Dolayısıyla hakimin, müşteriye ek bazı hakların tanınması, bir sigorta imkanının veya çok düşük bir fiyatın sunulması gibi olguları da değerlendirmede dikkate alması gerekecektir. Bu tür bir denge kurulamamışsa ilgili kaydın butlanına hükmedilir.

14. Genel işlem şartlarından bazılarının batıl sayılması halinde sözleşmenin geri kalanının ne olacağı tespit edilirken BK m.20/II'nin dikkate alınması gerekecektir. BK m.20/II,c.1 uyarınca bir sözleşmenin sadece bazı bölümlerinin batıl olması halinde bu durum sözleşmenin tümünün butlanını kural olarak beraberinde getirmez. *Kural*, sözleşmenin batıl hükümler olmaksızın ayakta kalmasıdır. Ancak yasa koyucu, irade özerkliğine saygı göstermek için koymuş olduğu bu kuralın istisnasını da belirterek taraflardan birinin, farazi iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlaması halinde sözleşmenin tümüyle batıl sayılacağını öngörmüştür (BK m.20/II,c.2). Bu durumda kural olarak ilgili GİŞ olmadan geçerli kalan sözleşmenin, işletmenin aksine farazi iradesini ileri sürerek, tümüyle batıl sayılması tehlikesi mevcuttur.

Kanımcıca, taraf iradesine en uygun çözümü bulma amacı taşıyan BK m.20/II'nin GİŞ kullanılan sözleşmeler için uygun bir çözüm içerdiği kabul edilemez. Zira ilgili genel işlem şartının sözleşme içeriği olmasını aslında iki taraf değil sadece bir taraf istemektedir. İşletme bu hüküm olmadan sözleşmeyi yapmak istememektedir; oysa müşteri tam aksine, bu hüküm olmadan sözleşmeyi yapmak istemektedir. Çatışan bu iki menfaati değerlendirirken, hakimin, tercihini tüketiciden yana koyması doğru olacaktır. Nitekim batıl sayılan hüküm kaleme alan taraf işletmedir ve bunun sonuçlarına onun katlanması adil olandır.

Sözleşmenin bir kısmının batıl sayılması nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğunun doldurulmasında, kanımca, hakimin tespit etmiş olduğu denetim ölçütünün esas alınması en uygun olandır. Bu, ya bertaraf edilen yedek hukuk kuralı ya da taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyen hak ve borç dağılımını saptayan norm olacaktır. Bu şekilde sadece işletmenin menfaatlerini koruyan genel işlem şartları yerine, iki tarafın menfaatlerini dikkate alan bir norm koyulacaktır.

15. Her ne kadar yukarıda aktarılan yöntemlerle genel işlem şartlarının denetlenmesi konusunda önemli adımların atılması mümkün gözüküyorsa da bu alanda acil bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu bir kez daha ifade edilmelidir. Hem menfaatler dengesini önemli surette zedeleyen hükümlere ilişkin bir listenin verilmesi suretiyle hakime yol gösterilmesi hem de genel içerik denetimi normunun gereği gibi somutlaştırılabilmesi için bu zorunludur. Diğer yandan önem taşıyan başka bir gerekçe ise, sadece mağdur olan tüketicilere değil tüketici örgütlerine de dava hakkının tanınmasına büyük ihtiyaç olmasıdır. Zira her tüketicinin GİŞ'le mücadele edip dava açacağını varsaymak doğru değildir. Oysa tüketici kurumlarının bir kez kullanılmaya başlanan genel işlem şartlarının kullanımını durdurmak için somut bir ihtilaftan bağımsız olarak dava açabilmesi kabul edildiğinde, adil olmayan genel işlem şartlarının piyasadan elenmesinde önemli adımlar atılabilecektir. Bu tür bir yasal düzenlemenin hiç sorunsuz Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dahil edilmesi mümkündür.





**EK - 1**  
**ALMAN HUKUKU**

Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine  
İlişkin Yasa<sup>1</sup>

9 Aralık 1976 (BGBl. I S.3317)

**Birinci Bölüm. Maddi Hukuka İlişkin Düzenlemeler**

*1. Alt başlık. Genel Hükümler*

**§ 1. Tanım.** (1) Genel işlem şartları, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenmiş olan ve sözleşme taraflarından birinin (kullanan) diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması anında sunduğu sözleşme şartlarıdır. Bu şartların, sözleşmenin haricen ayrı bir bölümünü oluşturması veya doğrudan sözleşme belgesinde bunlara yer verilmiş olması, kapsamı, hangi yazı şekli kullanılarak kaleme alınmış oldukları veya sözleşmenin şekli önemsizdir.

(2) Sözleşme şartlarının sözleşme tarafları arasında tek tek pazarlık konusu edilmiş olduğu hallerde genel işlem şartlarının varlığından bahsedilemez.

**§ 2. Sözleşmeye dahil edilme.** (1) Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına dahil olabilmesi için, kullananın, sözleşmenin kurulması anında

<sup>1</sup> Yasanın sadece Türk hukuk uygulaması açısından önem taşıdığı düşünülen maddi hukuka ilişkin birinci bölümü tercüme edilmiştir. Yasanın ikinci bölümü kanunlar ihtilafına, üçüncü bölümü usul hukukuna, dördüncü bölümü uygulama alanına ve son bölümü de geçiş düzenlemelerine ilişkindir.

1. diğ er sözleşme tarafını açıkça veya açık bir uyarı, sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle, ancak ölçüsüz güçlüklerin göze alınması halinde mümkün gözüküyorsa, sözleşmenin akdi yerinde bunların belirgin şekilde ilanı yoluyla uyarması ve
2. diğ er sözleşme tarafına, bunların içeriğ i hakkında bilgilendirme olanağını kendisinden beklenilebilir şekilde sağlaması,

ve diğ er sözleşme tarafının da bunların uygulanmasını kabul etmesi gerekir.

(2) Sözleşme tarafları, belirli türden hukuki işlemler için belirli genel işlem şartlarının uygulanmasını, fıkra 1’de tanımlanan gereklere uyarak, önceden kararlaştırabilirler.

**§ 3. Şaşırtıcı hükümler.** Halin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alı şılmamış nitelikte olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılmaz<sup>2</sup>.

**§ 4. Bireysel anlaşmanın önceliğ i.** Bireysel anlaşmalar genel işlem şartlarına nazaran öncelikle uygulanırlar.

**§ 5. Belirsizlik ilkesi.** Genel işlem şartlarının yorumlanmasında doğabilecek tereddütler kullanan aleyhine dikkate alınır.

**§ 6. Sözleşmeye dahil olamamanın ve geçersizliğ in hukuki sonuçları.**

(1) Genel işlem şartları, tamamen veya kısmen sözleşme içeriğ i haline g elememişse veya geçersizse sözleşmenin geri kalan kısmı geçerliliğ ini korur.

(2) Kayıtlar sözleşme içeriğ i olmadığ ı veya geçersiz sayıldığ ı ölçüde sözleşmenin içeriğ i yasal düzenlemelere göre tayin edilir.

(3) Sözleşmenin ayakta kalması, fıkra 2’de öngörülen değ iş iklikler de dikkate alındığ ında taraflardan biri için kendisinden beklenemeyecek sonuçlar doğurması halinde sözleşme geçersiz sayılır.

**§ 7. Dolanma yasağ ı.** Bu yasa, farklı şekillendirme sonucu hükümlerinin dolanılması halinde de uygulanır.

## *2. Alt Başlık. Geçersiz Kayıtlar*

**§ 8. İçerik denetiminin sınırları.** §§ 9 ilâ 11 sadece, hukuki düzenlemelerden sapan veya bunları tamamlayan kayıtların öngörüldüğü genel işlem şartlarına uygulanır.

<sup>2</sup> Bu maddenin çevirisi için bkz. Teoman, 58

**§ 9. Genel hüküm.** (1) Genel işlem şartları içinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçüsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir.

(2) Bir kaydın

1. sapılan yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya,
2. sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak veya borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak derecede sınırlandırması

durumunda, kuşku halinde, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilir.

**§ 10. Takdir hakkı veren yasak hükümler.** Özellikle genel işlem şartları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersizdir:

1. (Kabul ve İfa Süreleri)

Kullananın, bir icabın kabulü veya reddi veya bir edimin ifası konusunda ölçüsüz derecede uzun veya yeterince belirlenmemiş süreleri saklı tuttuğu kayıtlar;

2. (Mehil)

Kullananın, kendisinin ifa edeceği edim için BGB § 326/I'e aykırı olarak ölçüsüz derecede uzun veya yeterince belirlenmemiş bir mehil saklı tuttuğu kayıtlar;

3. (Dönme Hakkının Saklı Tutulması)

Kullanana, madden gerekçelendirilemeyen ve sözleşmede düzenlenmemiş sebeplerle edim yükümünden kurtulma hakkı veren kayıtlar; bu hüküm sürekli borç ilişkileri açısından geçerli değildir;

4. (Değiştirme Hakkının Saklı Tutulması)

Kullanana, borçlanılan edimi değiştirme veya bundan sapma hakkı veren kayıtlar; meğerki bu değişiklik veya sapma, kullananın çıkarları dikkate alındığında, karşı sözleşenden beklenebilir olsun;

5. (Varsayımsal Beyanlar)

Kullananın karşısındaki sözleşme tarafının belirli bir davranışta bulunması veya bulunmaması halinde belirli bir beyanda bulunduğu veya bulunmadığı yönündeki kayıtlar, meğerki

- a) karşı sözleşene açık bir beyanda bulunması için uygun bir süre verilmiş olsun ve
- b) kullanan, karşı sözleşeni, sürenin başlangıcında davranışının sonuçları hakkında özellikle uyarmayı yükümlenmiş bulunsun;

#### 6. (Varma Varsayımı)

Kullananın, özel bir önem taşıyan bir beyanının karşı sözleşene varlığını öngören kayıtlar;

#### 7. (Sözleşmelerin Tasfiyesi)

Kullananın, taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi durumunda,

- a) bir maldan veya haktan veya ifa edilen bir edimden faydalanma veya bunu kullanma karşılığında ölçüsüz derecede yüksek bir karşılık talep edebileceğine veya
- b) yaptığı masraflar karşılığında ölçüsüz derecede yüksek bir tazminat talep edebileceğine ilişkin kayıtlar.

#### 8. (Kaldırıldı)

**§ 11. Takdir hakkı vermeyen yasak hükümler.** Genel işlem şartları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersizdir:

##### 1. (Kısa Vadeli Fiyat Artışları)

Sözleşmenin kurulmasından itibaren dört ay içinde teslim veya ifa edilecek mal veya hizmetlerin karşılığının artırılmasını öngören kayıtlar; bu hüküm sürekli borç ilişkileri çerçevesinde teslim veya ifa edilen mal veya hizmetler için geçerli değildir.

##### 2. (İfadan Kaçınma Hakkı)

- a) BGB § 320 uyarınca kullananın karşısındaki sözleşme tarafının sahip olduğu ifadan kaçınma hakkını bertaraf eden veya sınırlandıran, veya
- b) kullananın karşısındaki sözleşme tarafının sahip olduğu ve aynı sözleşme ilişkisine dayanan bir alıkoyma hakkını bertaraf eden veya sınırlandıran ve özellikle bu hakkı, kullananın ayıbı kabul etmesi şartına bağlayan kayıtlar;

##### 3. (Takas Yasağı)

Kullananın karşısındaki sözleşme tarafının, tartışmasız veya kesinleşmiş bir alacak ile takas hakkını bertaraf eden kayıtlar;

##### 4. (İhtar, Mehil)

Kullananı, karşısındaki sözleşme tarafını ihtar etmek ve ona bir mehil tayin etmek konusundaki yasal yükümünden kurtaran kayıtlar;

##### 5. (Tazminat Taleplerinin Götürü Tespiti)

Tazminata veya bir değer azalmasına ilişkin kullananın talep hakkının götürü olarak tespit edildiği hallerde eğer

- a) bu götürü tutar, işlerin olağan gidişine göre doğması muhtemel

olan zararı veya olağan olarak ortaya çıkması muhtemel olan değer azalmasını aşılırsa, veya

- b) karşı sözleşenin, bir zararın veya bir değer azalmasının hiç meydana gelmediğini veya götürü tutarın çok altında olduğunu ispat etme olanağı ortadan kaldırılıyorsa;

#### 6. (Cezai Şart)

Edimin hiç veya geç kabul edilmesi, ödemede temerrüde düşülmesi veya karşı sözleşenin sözleşmeden dönmesi hali için kullanana bir cezai şartın ödenmesini öngören kayıtlar;

#### 7. (Ağır İhmal Halinde Sorumluluk)

Kullananın sözleşmeyi ağır ihmali sonucu ihlal etmesinden veya kullananın yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının kast veya ağır ihmali sonucu sözleşmeyi ihlal etmesinden doğan bir zarar için sorumluluğu bertaraf eden veya sınırlandıran kayıtlar; sözleşme görüşmelerinde yükümlülüklerin ihlal edilmesinden doğan zararlar için de bu kural geçerlidir;

#### 8. (Temerrüt, İmkansızlık)

Kullananın ifada temerrüde düştüğü veya edimin onun sorumluluğunu gerektiren şekilde imkansızlaştığı haller için,

- a) diğer sözleşenin sözleşmeden dönme hakkını kaldırın veya sınırlandıran veya  
b) diğer sözleşenin tazminat talebini kaldırın veya bent 7'ye aykırı olarak sınırlandıran kayıtlar;

#### 9. (Kısmi Temerrüt; Kısmi İmkansızlık)

Kullananın ifada kısmen temerrüde düştüğü veya edimin onun sorumluluğunu gerektiren şekilde kısmen imkansızlaştığı hallerde diğer sözleşenin kısmi ifada menfaati olmaması durumunda borcun tamamının ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep etme veya sözleşmeden tümüyle dönme hakkını kaldırın kayıtlar;

#### 10. (Tekeffül)

Yeni imal edilen şeylerin teslimine ilişkin sözleşmelerde,

- a) (Kaldırılması ve Üçüncü Kişilere Gönderme)

Kullanana karşı var olan, tamirat ve yenisi ile değiştirme talepleri dahil olmak üzere tekeffülden doğan talepleri tamamen veya kısmen kaldırın, üçüncü kişilere karşı taleplerle sınırlandıran veya üçüncü kişilere yargısal yollardan başvurulmasına bağlı kılan kayıtlar;

## b) (Tamirat ile Sınırlandırma)

Kullanana karşı var olan tekeffülden doğan talepleri tamamen veya kısmen tamirat veya yenisi ile değiştirme hakkına indirgeyen kayıtlar; meğerki karşı sözleşene, tamiratın veya değiştirmenin yarar sağlamaması halinde semenin indirilmesi veya – bir inşaat ediminin tekeffül konusu olmaması kaydıyla– seçimine göre sözleşmeden dönme hakkı açıkça verilmiş olsun.

## c) (Tamirat Durumunda Masraflar)

Tekeffül yükümlüsü olan kullananın tamirat için gerekli olan masrafları, özellikle nakil, yol, çalışma ve parça masraflarını karşılama yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar;

## d) (Ayıbın Giderilmesinin Önkoşulu)

Kullananın, bir ayıbı gidermesini veya ayıpsız bir mal ile değiştirmesini semenin tamamının veya ayıbın boyutu dikkate alındığında semenin ölçüsüz derecede yüksek bir bölümünün önceden ödenmesi koşuluna bağlayan kayıtlar;

## e) (Ayıp İhbarı İçin Hak Düşürücü Süre)

Kullananın, aşikar olmayan ayıpların ihbarı için, yasadan doğan ayıp talepleri için var olan zamanaşımı süresinden daha kısa bir hak düşürücü süre öngördüğü kayıtlar;

## f) (Tekeffül Sürelerinin Kısaltılması)

Yasal tekeffül sürelerini kısaltan kayıtlar;

## 11. (Vaat Edilen Niteliklerden Dolayı Sorumluluk)

Bir satım, eser veya hizmet sözleşmesinde kullanana karşı Alman Medeni Kanunu §§ 463, 480/II ve 635'den doğan tazminat taleplerini bir nitelik vadinin mevcut olmaması nedeniyle kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar;

## 12. (Sürekli Borç İlişkilerinin Süresi)

Kullanan tarafından düzenli olarak mal teslim edilmesine veya düzenli olarak belirli hizmetlerin görülmesine veya eserlerin yapılmasına ilişkin sözleşmelerde,

- a) karşı sözleşeni iki yıldan uzun süreyle bağlayan kayıtlar,
- b) karşı sözleşeni bağlayıcı olarak sözleşme ilişkisinin zımnen bir yıldan fazla bir süre için uzamasını öngören kayıtlar,
- c) karşı sözleşen aleyhine, sözleşmenin feshi için, sözleşmenin ilk başta kararlaştırılmış olan veya zımnen uzatılmış olan süresinin



bitimine üç aydan uzun bir süre kala feshi ihbarda bulunulmasını öngören kayıtlar;

### 13. (Sözleşme Tarafının Değişmesi)

Satım, hizmet veya eser sözleşmelerinde kullanan yerine bir üçüncü kişinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri üstleneceğini veya üstlenebileceğini öngören kayıtlar, meğerki bu kayıtlarda

- a) üçüncü kişi ismen belirlenmiş olsun veya
- b) diğer sözleşene sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olsun;

### 14. (Temsilcinin Sorumluluğu)

Kullananın, sözleşmeyi diğer âkit adına kuran temsilciyi,

- a) bu durumu açıkça ve ayrı bir beyanla ifade etmeksizin, şahsen sorumlu tutacağına veya borçlu yerine sorumlu tutacağına veya,
- b) yetkisiz temsil halinde Alman Medeni Kanunu § 179'da öngörülenden daha kapsamlı bir şekilde sorumlu tutacağına ilişkin kayıtlar;

### 15. (İspat Külfeti)

Kullananın ispat yükünü diğer sözleşen aleyhine değiştirdiği kayıtlar, özellikle

- a) karşı sözleşene, kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükünü yükleyen veya,
- b) diğer sözleşene bazı vakıaları teyit ettiren kayıtlar.

Bent b, özel olarak imzalanmış olan tesellüm belgelerinde uygulanmaz;

### 16. (Bildirimlerin ve Beyanların Şekli)

Kullanana veya bir üçüncü şahsa karşı yöneltilmesi gereken bildirimleri veya beyanları yazılı şekil şartından daha sıkı bir şekil şartına veya özel bazı varma koşullarına bağlayan kayıtlar.

**EK - 2**  
**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar  
Hakkında  
KONSEYİN 93/13/AET YÖNERGESİ<sup>1</sup>

5 Nisan 1993

Madde 1:

- (1) Bu yönergenin amacı, tüketici ve meslek sahibi<sup>2</sup> arasında kurulan sözleşmelerde yer alan kötüye kullanılabilir kayıtlara ilişkin üye ülkelerin hukuki ve idari düzenlemelerini uyumlaştırmaktır.
- (2) Bağlayıcı hukuk normlarını veya üye devletlerin veya Birliğin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların –özellikle nakliye alanındaki- hükümlerini veya ilkelerini esas alan sözleşme kayıtları bu yönergenin hükümlerine tâbi değildir.

Madde 2:

Bu yönerge içinde kullanılan şekliyle:

- a) Kötüye kullanılabilir kayıtlar: Madde 3’de tanımlanan türden sözleşme kayıtlarını;

<sup>1</sup> Yönergenin başında yer alan ve ağırlıklı olarak AB hukukunu ilgilendiren gerekçe bölümü tercüme edilmemiştir.

<sup>2</sup> Yönergenin Almanca metninde “Gewerbetreibender”, İngilizce metninde “seller or supplier”, Fransızca metninde ise “professionnel” terimleri kullanılmıştır. Amaç, işi icabı bir sözleşme akdeden ile tüketiciyi ayırabilmektir. Tercümede Almanca metin esas alındığı için meslek sahibi kavramı tercih edilmiştir.

- b) Tüketici: Bu yönerge kapsamında ele alınan sözleşmelerde, mesleki faaliyeti kapsamında mütalaa edilmeyecek bir amaçla hareket eden gerçek kişiyi;
- c) Meslek sahibi: Bu yönerge kapsamında ele alınan sözleşmelerde, mesleki faaliyeti çerçevesinde, bu faaliyet kamu hukuku alanına da dahil olsa, hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

Madde 3:

- (1) Tek tek pazarlık konusu edilmemiş olan sözleşme kayıtları, dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borç dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması halinde kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilir.
- (2) Bir sözleşme kaydının, önceden saptanmış olduğu ve bu nedenle tüketicinin, özellikle önceden kaleme alınmış bir standart sözleşme çerçevesinde, içeriğine ilişkin bir müdahalesinin söz konusu olmadığı her halde pazarlık konusu yapılmadığı kabul edilir.  
Bir sözleşme kaydının bazı yönleri ile veya bazı sözleşme kayıtlarının tümüyle pazarlık konusu yapılmış olması, sözleşmenin geri kalanına bu maddenin uygulanmasını engellemez, yeter ki tümel bir değerlendirmede hâlâ, önceden kaleme alınmış bir standart sözleşmenin varlığı kabul edilebilsin.  
Meslek sahibinin, standart sözleşme hükümlerinden birinin pazarlık konusu yapılmış olduğunu iddia etmesi halinde bunu ispatlaması gerekir.
- (3) Yönergenin ekinde, yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmayan bir listede, kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilebilecek kayıtlar yer almaktadır.

Madde 4:

- (1) Bir sözleşme kaydının kötüye kullanılabilirliği, madde 7'ye halel gelmeksizin, sözleşme konusu olan mal ve hizmetlerin türü, sözleşmenin kuruluşuna eşlik eden şartlar ve ilgili sözleşmenin veya kaydın ilişkili olduğu başka bir sözleşmenin bütün kayıtları dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.
- (2) Sözleşme kaydının kötüye kullanılabilirliği değerlendirmesi ne sözleşmenin asli edim yükümüne, ne de semen ve sunulan hizmet veya mal arasındaki dengeye ilişkin olamaz; meğerki ilgili kayıtlar açık ve anlaşılabilir şekilde saptanmış olsun.

Madde 5:

Tüketicie sözleşmeyle sunulan kayıtların hepsi veya bir bölümü ya-

zıya dökülmüşse bunların açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmış olması gerekir. Bir kaydın anlamı konusunda tereddüt doğması halinde tüketici lehine olan anlam geçerli olur. Bu yorum kuralı madde 7 fıkra 2'de öngörülen usulün uygulanması halinde geçerli değildir.

Madde 6:

- (1) Üye devletler, meslek sahibinin bir tüketici ile akdettiği sözleşmelerde yer alan kötüye kullanılabilir kayıtların tüketici için bağlayıcı olmayacağını öngörür ve bunun şartlarını iç hukuka ilişkin olarak yaptıkları düzenlemede tespit ederler. (Üye devletler) ayrıca, kötüye kullanılabilir kayıtlar olmaksızın sözleşmenin ayakta kalması mümkünse, iki taraf için de aynı şartlarla bağlayıcılığını sürdürmesini öngörürler.
- (2) Üye devletler, üçüncü bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olması ve sözleşmenin üye devlet toprakları ile yakın bir irtibat içinde olması halinde, tüketicinin, bu yönerge ile elde ettiği korumayı kaybetmemesi için gerekli önlemleri alırlar.

Madde 7:

- (1) Üye ülkeler, tüketicinin ve rakip meslek sahiplerinin menfaati gereği, tüketici ile akdettiği sözleşmelerde kötüye kullanılabilir kayıtlar kullanan bir meslek sahibinin bu faaliyetine son verilebilmesi için makul ve etkin yöntemlerin varlığını temin ederler.
- (2) 1. fıkrada anılan yöntemlerin, iç hukuka göre tüketicinin korunmasında haklı bir menfaati olan kişi ve kurumların ilgili ulusal düzenlemelere uygun olarak mahkemelere veya yetkili idari makamlara başvurma ve bunlardan, genel bir kullanım amacıyla hazırlanmış olan sözleşme şartlarının kötüye kullanılabilir olup olmadığını tespit etmelerini ve gerektiğinde makul ve etkin yöntemlerle bunların kullanımına son vermelerini talep etme hakkına ilişkin hukuki düzenlemeleri de içermesi gerekir.
- (3) Ulusal hukuklar dikkate alınmak kaydıyla, aynı ekonomi sektöründe faaliyet gösteren ve aynı veya benzer genel sözleşme şartlarını kullanan veya tavsiye eden meslek sahiplerine karşı ayrı ayrı veya birlikte veya bunların mesleki örgütlenmesine karşı 2. fıkrada anılan hukuki olanaklardan faydalanmak mümkündür.

Madde 8:

Üye devletlerin bu yönergenin düzenlediği alanda, tüketiciler için daha yüksek bir koruma standardı sağlamak amacıyla, Antlaşma<sup>3</sup> ile

<sup>3</sup> Avrupa Topluluğu Antlaşması (ç.n.)

uyumlu olacak şekilde daha sıkı düzenlemeler getirmesi mümkündür.

**Madde 9:**

Komisyon, madde 10 fıkra 1’de anılan tarihten itibaren en geç beş yıl sonra Avrupa Parlamentosu ve Konseye bu yönergenin uygulanması hakkında bir rapor sunar.

**Madde 10:**

(1) Üye devletler bu yönergenin gereklerini yerine getirmek için en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar gerekli hukuki ve idari düzenlemeleri gerçekleştirirler. Bu durumdan Konseyi derhal haberdar ederler.

Bu hükümler 31 Aralık 1994’den sonra akdedilen bütün sözleşmeler için geçerlidir.

(2) Üye devletler ilgili düzenlemeleri yaparken, ya doğrudan düzenlemenin içinde ya da resmi yayında bu yönergeye atıfta bulunurlar. Üye devletler bu atfın ayrıntılarını düzenlerler.

(3) Üye devletler, bu yönerge kapsamına giren alanda gerçekleştirdikleri en önemli ulusal düzenlemelerin metnini Komisyona bildirirler.

**Madde 11:**

Yönerge üye devletleri hedef almaktadır.

Luxembourg, 5 Nisan 1993

## EK

### Madde 3 Fıkra 3’de Anılan Türden Kayıtlar

1. Aşağıda anılan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran kayıtlar (m.3/III’de anılan türden kayıtlardır):
  - a. Tüketicinin, meslek sahibinin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya cismani zarara uğraması hali için meslek sahibinin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar;
  - b. Meslek sahibinin sözleşmesel yükümlülüklerinden birini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi hali için, tüketicinin, meslek sahibine veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını meslek sahibine karşı var olan bir borcuyla

takas etme hakkı dahil, bertaraf eden veya ölçüsüz şekilde kısıtlayan kayıtlar;

- c. Tüketici bağlayıcı bir borç altına girerken meslek sahibinin, kendi ediminin ifasını, gerçekleşmesi sadece kendisine bağlı olan bir şartta bağlaması;
- d. Tüketicinin sözleşmeyi kurmak veya ifa etmekten vazgeçmesi halleri için meslek sahibine, tüketicinin kendisine ödediği bazı meblağları muhafaza etme hakkını tanıyan ancak tüketiciye, meslek sahibinin aynı türden davranışları için buna tekabül eden bir tazminat talebi tanımayan kayıtlar;
- e. Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi orantısız şekilde yüksek bir tazminatla mükellef kılan kayıtlar;
- f. Meslek sahibine, sözleşmeyi özgürce feshetme hakkını tanıyan, ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen kayıtlar ile meslek sahibine, kendisinin fesih hakkını kullanmasına rağmen henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren kayıtlar;
- g. Meslek sahibine – haklı sebeplerin varlığı dışında – süresiz bir sözleşmeyi münasip bir önel vermeksizin feshetme hakkı tanıyan kayıtlar;
- h. Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki bu iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten ölçüsüz derecede uzak bir tarih saptayan kayıtlar<sup>4</sup>;
- i. Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olmayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini öngören kayıtlar;
- j. Meslek sahibinin, sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede sayılmış olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin kayıtlar;
- k. Meslek sahibinin, teslim edilecek olan ürünün veya ifa edilecek olan hizmetin özelliklerini tek taraflı olarak ve önemli bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin kayıtlar;
- l. Bir malın satıcısının veya bir hizmeti görenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciye, nihai

<sup>4</sup> "Makul sayılmayacak derecede erken" ifadesini kullanan İngilizce metin daha anlaşılır-  
dır (unreasonably early).

fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran fazla yüksek olması hali için sözleşmeden dönme hakkı tanımayan kayıtlar;

- m. Meslek sahibine, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tayin etme hakkı veren, veya ona, bir sözleşme kaydının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren kayıtlar;
- n. Meslek sahibinin, temsilcileri tarafından üstlenilen yükümlülükleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belirli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan kayıtlar;
- o. Meslek sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin kayıtlar;
- p. Tüketici açısından teminatlarının azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, meslek sahibine, tüketicinin onayını almadan sözleşme ilişkisini devretme imkanı veren kayıtlar;
- q. Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle, onun, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş olan bir hakem heyetine müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz şekilde sınırlandıran veya ona, mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafa terettüp eden ispat külfetini yükleyen kayıtlar.

## 2. g), j) ve l) bentlerinin uygulama alanı

- a. g) bendi, finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve – önemli bir sebebin varlığı halinde – önel vermeksizin feshetme hakkını tanıyan kayıtlara engel değildir, yeter ki meslek sahibinin diğer sözleşeni veya sözleşenleri derhal bundan haberdar etme yükümü bulunsun.
- b. j) bendi, finans hizmetleri ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren kayıtlara engel değildir, yeter ki meslek sahibinin diğer sözleşeni veya sözleşenleri derhal bundan haberdar etme yükümü ve sözleşenin/sözleşenlerin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.
- j) bendi ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan kayıtlara engel değildir, yeter ki meslek sahibinin bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümü ve tüketicinin de sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.



c. g), j) ve l) fıkraları aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

- fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, meslek sahibinin mşdahalesi olmaksızın, değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer şrşn ve hizmetlere ilişkin işlemlere;
- yabancı paranın alımına veya satımına, yabancı para değerı őszerinden seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine.

l) fıkrası, hukuka uygun olmaları ve fiyat değerikliği yşnteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi kayıtlarına engel değildir.

## KARAR İNDEKSİ\*

### 1. YARGITAY KARARLARI

YİBK 28.7.1941, RG sy.4871, 1442	§ 11/162
YİBK 14.1.1948, 20/2, <i>Olguç</i> , 91	§ 10/11
YHGK 22.1.1958, 1/7, <i>Olguç</i> , 80	§ 10/240
Y3HD 21.12.1961, 7454/7361, <i>Olguç</i> , 103	§ 10/121
YTD 20.12.1963, 2626/4855, <i>Olguç</i> , 814	§ 11/131; 139
Y4HD 20.5.1965, 5051/2717, <i>Olguç</i> , 29	§ 8/103
Y4HD 19.12.1966, 8818/10789, <i>Karahasan</i> , 608	§ 10/65
Y4HD, 12.3.1971, 12928/3376, <i>Karahasan</i> , 622	§ 2/98; § 10/117
YHGK 30.9.1972, 1-229/765, <i>Karahasan</i> , 637	§ 10/133
YTD 12.12.1972, 3117/4316, RKD 8/1973, 127	§ 10/177
YHGK 24.2.1973, 969/489-110, İKİD 1973, 1992	§ 10/26
Y13HD 31.1.1974, 120/225, YKD 1976/2, 233	§ 11/194
YHGK 20.3.1974, 1053/222, YKD 1977/I, 11	§ 5/31; § 10/51; 74
Y1HD 21.11.1974, YKD 1975/1, 50	§ 10/121
Y11HD 8.12.1975, 4834/7191, <i>Karahasan</i> , 238	§ 10/59
YHGK 11.2.1976, 4-1088/209, YKD 1976, 1269	§ 10/69
Y11HD 23.5.1978, 2652/2717, <i>Karahasan</i> , 598	§ 10/240
Y11HD 11.12.1978, 5246/5544, <i>Batider</i> 1979/4, 1027	§ 10/232; 485
Y11HD 30.11.1979, 3309/5469, YKD 1980, 388	§ 8/89
Y4HD 20.3.1980, 1671/3675, YKD 1981, 826	§ 1/7; § 7/6; § 10/83
Y11HD 26.1.1981, 271/244, <i>Eriş</i> , Taşıma Hukuku, 185-186	§ 10/26
Y13HD 7.4.1981, 1045/2514, <i>YasaHD</i> 1981, 658	§ 10/83; 177; 193; § 11/70

\* (Paragraf numarasından sonra kararın yer aldığı dipnotu numarası gösterilmiştir)

YHGK 3.7.1981, 1775/563, YKD 1981, 1389	§ 10/26
Y13HD 18.11.1981, 6416/7369, <i>Tekinay</i> , 163	§ 10/176
Y11HD 18.6.1986, 2945/3631, <i>Kostakoğlu</i> , 75	§ 11/32
Y11HD 17.6.1988, 4712/4063, YKD 1988, 1242	§ 11/130
Y13HD 3.10.1988, 2765/4383, <i>Karahasan</i> , 614	§ 10/74
Y11HD 11.12.1990, 2305/7988, YKD 1991, 380	§ 11/131
YHGK 12.12.1990, 990/3-527, <i>Karahasan</i> , 232	§ 10/239
YHGK 20.11.1991, 11-482/592, <i>Kostakoğlu</i> , 76	§ 10/17
Y19HD 18.4.1994, 4373/3904, <i>Kostakoğlu</i> , 447	§ 11/154
Y19HD 1.6.1994, 5935/5535, <i>Kostakoğlu</i> , 59	§ 9/90
Y19HD 2.6.1994, 5800/5618, YKD 1995, 1797	§ 11/154
Y19HD 12.7.1994, 6656/7631, <i>Kostakoğlu</i> , 450	§ 11/154
Y11HD 23.9.1994, 4389/6675, <i>Eriş</i> , Çek Hukuku, 164	§ 11/140
Y11HD 7.10.1994, 4651/7229, <i>Batider</i> 1994/4, 154	§ 11/65
Y19HD 24.10.1994, 9676/9893, <i>Kostakoğlu</i> , 39	§ 11/39
Y19HD 26.10.1994, 10147/10028, <i>Kostakoğlu</i> , 69	§ 11/32; 39
Y19HD 25.11.1994, 6472/11467, <i>Batider</i> 1994/4,157	§ 10/177; § 11/26; 36; 189
Y11HD 14.4.1995, 1993/3369, YKD 1995, 1407	§ 9/5; § 10/268
YHGK 14.6.1995, 11-425/616, İKİD 1996, 11961	§ 11/65; 207
Y3HD 22.1.1996, 14823/3463, YKD 1996, 710	§ 8/167; § 10/5; 325; § 11/38
Y11HD 29.2.1996, 693/1142, YasaHD 1997, 284	§ 11/36
Y13HD 18.3.1996, 1734/2495, YKD 1996, 746	§ 1/7; § 2/98; § 6/3; § 7/6; § 10/232; 239
Y19HD 26.3.1996, 6/2976, YKD 1996, 1113	§ 11/36
Y11HD 15.4.1996, 2269/2960, <i>Ulaş</i> , 48	§ 8/80
Y13HD 30.5.1996, 5075/5380, YKD 1996, 1261	§ 10/239
Y11HD 28.6.1996, 3239/4799, YKD 1996,1576	§ 9/87
YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 1998, 50	§ 7/6; § 8/167; 200; § 10/5; 177; 325; § 11/38
Y11HD 25.12.1996, 6699/9192 ( <i>yayınlanmamıştır</i> )	§ 11/65
Y19HD 4.2.1997, 3416/831, YKD 1997, 963	§ 10/177; 192; § 11/36
Y11HD 25.2.1997, 112/1094, YasaHD 1998, 665	§ 11/36
Y19HD 30.10.1997, 5007/9024, YKD 1998, 1513	§ 11/36
Y11HD 1.5.1998, 10031/2995, YasaHD 1998, 1053	§ 5/33
Y11HD 25.5.1998, 1003/3822, YasaHD 1998, 1197	§ 11/139

Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140

§ 4/38; § 7/6; §  
8/137; 170; 200;  
§ 9/5; 87; § 10/5**2. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI**

BGE 34 II 638	§ 8/16
BGE 39 II 541	§ 10/76
BGE 41 II 571	§ 10/131
BGE 46 II 55	§ 10/121
BGE 47 II 160	§ 7/114; § 8/128
BGE 49 I 48	§ 8/157
BGE 49 II 167	§ 8/115; 143; 155; 161
BGE 51 II 273	§ 9/94
BGE 52 I 267	§ 8/157
BGE 53 II 483	§ 10/121
BGE 54 I 71	§ 8/16
BGE 57 II 588	§ 10/93
BGE 61 II 31	§ 10/132
BGE 64 II 355	§ 8/16; 29; 110
BGE 64 II 380	§ 8/162
BGE 67 II 128	§ 10/35
BGE 70 II 212	§ 9/5, 16; § 11/185
BGE 71 II 223	§ 8/69
BGE 72 II 79	§ 8/2
BGE 73 II 218	§ 9/14
BGE 76 I 338	§ 8/110; 137
BGE 77 II 154	§ 3/14; § 7/114; § 8/16; 77; 129; § 10/92
BGE 82 II 445	§ 9/82
BGE 83 II 522	§ 8/194
BGE 83 II 522	§ 8/130
BGE 84 II 13	§ 2/104; § 10/ 40; 92
BGE 84 II 107	§ 10/137
BGE 84 II 556	§ 8/31
BGE 85 I 148	§ 8/157
BGE 85 II 402	§ 10/131
BGE 87 II 89	§ 9/82

BGE 87 II 234	§ 8/16
BGE 87 I 48	§ 8/158
BGE 88 II 341	§ 9/5
BGE 90 II 449	§ 9/34
BGE 91 I 11	§ 8/88, 157
BGE 91 II 356	§ 8/128
BGE 92 II 168	§ 10/132
BGE 92 II 342	§ 9/82
BGE 93 I 323	§ 8/157
BGE 93 II 189	§ 10/74
BGE 94 II 62	§ 8/104
BGE 94 II 197	§ 3/14; § 7/114; § 10/92-93
BGE 95 II 37	§ 10/66
BGE 95 II 55	§ 10/35; 75
BGE 97 II 72	§ 9/82
BGE 99 II 67	§ 9/82
BGE 99 II 290	§ 9/71; 82-84
BGE 100 II 18	§ 8/64
BGE 100 II 144	§ 7/114; § 9/82
BGE 100 II 200	§ 8/16
BGE 100 II 345	§ 11/90
BGE 104 Ia 278	§ 8/159; § 11/198
BGE 107 II 161	§ 11/64
BGE 107 II 216	§ 10/463; 467
BGE 107 II 419	§ 10/445
BGE 108 II 314	§ 11/133; 142; 147
BGE 108 II 416	§ 8/137; 140; 146
BGE 109 Ia 55	§ 8/160
BGE 109 II 15	§ 10/64
BGE 109 II 116	§ 8/16; 29; 163; § 10/4; §11/142
BGE 109 II 123	§ 10/65
BGE 109 II 213	§ 8/164; §9/82; § 10/4;
BGE 109 II 347	§ 10/123
BGE 109 II 452	§ 5/20; § 8/137; 139; 148; 165
BGE 110 II 141	§ 9/82
BGE 111 II 245	§ 10/244
BGE 111 II 263	§ 11/136; 140

BGE 111 II 330	§ 10/244
BGE 112 II 450	§ 10/4; § 11/65; 136; 142; 146
BGE 113 II 49	§ 9/82
BGE 113 II 163	§ 10/42
BGE 113 II 434	§ 11/113; 114
BGE 114 II 159	§ 10/40
BGE 114 II 250	§ 8/68; 72
BGE 115 II 232	§ 10/75; 175
BGE 115 II 264	§ 9/35; 72
BGE 115 II 474	§ 8/152
BGE 116 II 189	§ 9/82
BGE 116 II 459	§ 11/142
BGE 117 II 332	§ 10/275; 299; 306
BGE 119 II 443=Pr.83/1994 Nr.229	§ 8/137; 148; 166; § 10/290; 308
BGE 122 III 26	§ 10/4; §11/143; 147
BGE 122 III 373	§ 10/280; 395
BGE 123 III 292	§ 2/60; § 10/123; 137; 449; 481
BGE 124 III 155	§ 9/36

### 3. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI

BGHZ 1, 83	§ 7/98
BGHZ 17, 1	§ 7/99
BGHZ 20, 164	§ 10/167
BGHZ 22, 90	§ 3/11; § 7/84; § 10/81; 168; 326; 453
BGHZ 24, 39	§ 9/62
BGHZ 33, 216	§ 3/12; § 8/135; § 10/81; 167; 171
BGHZ 37, 94	§ 10/167
BGHZ 38, 183	§ 8/135; § 10/81; 167; 169
BGHZ 41, 151	§ 10/167; 169; 264; 265; 271; 326; 346; § 11/223
BGHZ 48, 264	§ 10/171

BGHZ 49, 84	§ 9/4
BGHZ 50, 200	§ 10/346
BGHZ 51, 55	§ 10/172; 453
BGHZ 52, 30	§ 9/4
BGHZ 54, 106	§ 7/22; § 8/135; 170; 264; 326
BGHZ 60, 377	§ 10/171; 326
BGHZ 63, 238	§ 10/264; 326
BGHZ 63, 256	§ 10/170; 172;
BGHZ 70, 304	§ 10/172
BGHZ 71, 167	§ 10/346
BGHZ 72, 222	§ 10/170
BGHZ 77, 126	§ 3/14; § 10/392
BGHZ 84, 109	§ 10/483
BGHZ 89, 206	§ 10/326; 362
BGHZ 90, 69	§ 10/466; 483; § 11/21
BGHZ 90, 273	§ 11/3
BGHZ 94, 335	§ 10/362
BGHZ 95, 362	§ 7/14
BGHZ 106, 42=NJW 1989, 222	§ 10/357
BGHZ 108, 164	§ 7/48
BGHZ 114, 238	§ 10/396; § 11/149; 153; 155
BGHZ 125, 343	§ 11/190
BGH NJW 1962, 1148	§ 10/475
BGH NJW 1962, 1195	§ 10/81
BGH NJW 1963, 99	§ 10/81; 207
BGH NJW 1963, 1248	§ 8/171
BGH NJW 1964, 2058	§ 9/18
BGH NJW 1965, 246	§ 10/264
BGH NJW 1967, 1225	§ 10/264
BGH NJW 1968, 1718	§ 9/26; 40
BGH NJW 1970, 992	§ 9/12
BGH NJW 1971, 1036	§ 10/346
BGH NJW 1975, 647	§ 10/264
BGH NJW 1976, 2345	§ 10/172
BGH NJW 1977, 624	§ 7/81
BGH NJW 1978, 1519	§ 8/153
BGH NJW 1979, 805	§ 10/60; 75



BGH NJW 1979, 808	§ 10/75
BGH NJW 1979, 1406	§ 7/48
BGH NJW 1981, 756	§ 9/94
BGH NJW 1981, 867	§ 9/40
BGH NJW 1981, 2343	§ 7/24
BGH NJW 1982, 331	§ 11/13; 21
BGH NJW 1982, 1694	§ 10/345
BGH NJW 1982, 2243	§ 7/48
BGH NJW 1982, 2309	§ 8/136
BGH NJW 1983, 159	§ 10/360
BGH NJW 1983, 1322	§ 7/10
BGH NJW 1983, 1420	§ 10/475
BGH NJW 1983, 1603	§ 11/21
BGH NJW 1985, 53	§ 9/40
BGH NJW 1985, 57	§ 10/335
BGH NJW 1985, 1165	§ 10/350
BGH NJW 1986, 43	§ 10/335; 345
BGH NJW 1986, 46	§ 11/60
BGH NJW 1986, 1608	§ 8/30; § 10/335; § 11/69
BGH NJW 1986, 1803	§ 11/37; 40
BGH NJW 1986, 1805	§ 10/335
BGH NJW 1986, 2428	§ 10/349
BGH NJW 1987, 1072	§ 10/398
BGH NJW 1987, 1931	§ 10/335
BGH NJW 1987, 2011	§ 7/14; 69
BGH NJW 1988, 410	§ 7/17; 18; 81
BGH NJW 1988, 558	§ 7/50
BGH NJW 1989, 222=BGHZ 106, 42	§ 7/12
BGH NJW 1989, 582	§ 7/12
BGH NJW 1990, 576	§ 7/50
BGH NJW 1990, 1601	§ 10/374
BGH NJW 1990, 2313	§ 7/13
BGH NJW 1990, 2880	§ 9/39
BGH NJW 1991, 761	§ 10/399
BGH NJW 1991, 1678	§ 7/72; 74; 84
BGH NJW 1991, 1750	§ 10/359
BGH NJW 1991, 2414	§ 10/371; § 11/161
BGH NJW 1992, 1032	§ 9/39

BGH NJW 1992, 1097	§ 9/76
BGH NJW 1992, 1107	§ 7/72; 74; 81;
BGH NJW 1992, 2759	§ 7/72; 74
BGH NJW 1993, 1061	§ 10/363
BGH NJW 1994, 1060	§ 10/351
BGH NJW 1996, 1676	§ 7/84;
BGH NJW 1997, 135	§ 7/29; 36
BGH NJW 1997, 3372	§ 10/69
BGH NJW 1998, 177	§10/483
BGH NJW-RR 1987, 112	§ 8/30
BGH NJW-RR 1988, 57	§ 7/30
BGH NJW-RR 1989, 1104	§ 8/43
BGH NJW-RR 1990, 613	§ 9/3
BGH BB 1951, 456	§ 8/171
BGH BB 1952, 238	§ 8/171
BGH BB 1957, 238	§ 9/62
BGH BB 1970, 1504	§ 7/62
BGH BB 1975, 442	§ 7/50
BGH BB 1976, 157	§ 8/135
BGH BB 1984, 1771	§ 9/3
BGH BB 1984, 1897	§ 10/394
BGH BB 1988, 1841	§ 7/48
BGH DB 1973, 2135	§ 8/175
BGH DB 1977, 488	§ 7/70
BGH JZ 1987, 159	§ 7/71
BGH WM 1977, 365	§ 9/14
BGH WM 1977, 821	§ 9/62
BGH WM 1986, 643	§ 8/173
BGH WM 1990, 679	§ 9/19

#### **4. ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469	§ 2/97
BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36	§ 2/97;113; § 10/69; 173; § 11/110

## **5. ALMAN İMPARATORLUK MAHKEMESİ KARARLARI**

RGZ 13, 68	§ 8/133
RGZ 58,152	§ 8/133
RGZ 62, 264	§ 10/80; 85
RGZ 81, 117	§ 9/32
RGZ 86, 128	§ 9/12
RGZ 99, 107	§ 10/80
RGZ 102, 396	§ 10/85
RGZ 115, 218	§ 10/84
RGZ 116, 198	§ 9/54
RGZ 135, 136	§ 7/24
RGZ 150, 1	§ 10/73
RGZ 161, 76	§ 10/80
RGZ 168, 321	§ 10/81; 166
RGZ 170, 233	§ 7/97; § 9/39; § 10/80

## **6. ALMAN ALT DERECE MAHKEME KARARLARI**

OLG Frankfurt BB 1952, 871	§ 9/16
LG Berlin, NJW 1982, 343	§ 8/57; 88
OLG Frankfurt, NJW 1982, 2198	§ 11/22
OLG Schleswig, NJW 1995, 2858	§ 8/83