İSTANBUL TİCARET ODASI'NDAN İŞ DÜNYAMIZA

TİCARİ ANLAŞMAZLIKLARIN HIZLI VE KOLAY ÇÖZÜMÜ İÇİN İSTANBUL TİCARET ODASI TAHKİM SİSTEMİNE BAŞVURUN

İstanbul Ticaret Odası Tahkim Müessesesi, işadamları arasında doğan yurtiçi ve yurtdışı ticari anlaşmazlıkları devlet mahkemelerine gitmeden, 6 ay gibi kısa bir sürede ve süratle çözüme kavuşturuyor.

İstanbul Ticaret Odası Tahkim Sistemi'nden yararlanmak için tarafların sözleşmelerine **"ihtilaf halinde anlaşmazlık İstanbul Ticaret Odası Tahkim, Uzlaştırma ve Hakem Bilirkişilik Yönetmeliği uyarınca kurulacak hakem mahkemesi tarafından çözümlenecektir"** şeklinde bir madde koymaları yeterlidir.

* Hakem kararları; genel mahkeme kararları gibi icra ve infaz olunur.

* Hakem kararları kesindir. Ancak; usül ve bazı şekil şartları bakımından temyiz incelemesi yapılabilir.

Hakem listesinde; mesleki başarıyla temayüz etmiş hukukçular yer alırken, uzmanlar ve tacirler listelerinde, anlaşmazlık konusuna göre meslek grupları itibariyle uzmanlar ile tarafsızlıklarıyla tanınmış işadamları ve tacirler bulunmaktadır.

Gizlilik, sürat, tarafsızlık gözetilerek ve kolaylıkla anlaşmazlıkların çözümü için, daha ayrıntılı bilgi almak ve tahkim yönetmeliğini temin etmek üzere aşağıdaki telefon ve faks numaraları aracılığı ile İstanbul Ticaret Odası - Tahkim Bürosu'na müracaat edilmesi yeterlidir.

İSTANBUL TİCARET ODASI - Tahkim Bürosu
Tel: (0-212) 455 60 00 - 455 60 42
Faks: (0-212) 513 84 48

İSTANBUL TİCARET ODASI

TACİRLERİN GENEL İŞLEM ŞARTLARINA KARŞI KORUNMASI YOLLARI

YAYIN NO: 2001-08

İSTANBUL TİCARET ODASI

YAYIN NO: 2001-08

TACİRLERİN GENEL İŞLEM ŞARTLARINA KARŞI KORUNMASI YOLLARI

Hazırlayan
Dr.Yeşim M.Atamer

İSTANBUL 2001

Bu eserin tüm hakları İstanbul Ticaret Odası'na (İTO) aittir.

İTO'nın ve yazarının ismi kaydedilmek koşuluyla yayından alıntı yapmak mümkündür. Ancak, İTO'nın yazılı izni olmadan yayının tamamı veya bir bölümü, kopyalanamaz, çoğaltılamaz, ticari amaçlarla kullanılamaz.

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir. İstanbul Ticaret Odası'nın görüşlerini yansıtmaz.

Nisan 2001 İstanbul
ISBN 975-512-537-X

İTO Yayınları için ayrıntılı bilgi
Ticari Dokümantasyon Şubesi'nden edinilebilir.

Tel : (0212) 455 63 29
Faks : (0212) 512 06 41 - 513 88 27
E. Posta : dokumantasyon@tr-ito.com

Baskı:
Prive Grafik & Matbacılık San. ve Tic. Ltd. Şti.
Tel: (0212) 527 33 24 - 526 37 27 - 526 47 12
Faks: (0212) 511 12 01

SUNUŞ

Ülkemizde 2000 yılının Kasım sonunda yaşanan likidite krizi, o zaman IMF desteğiyle durdurulabildiği halde para piyasasında yapısal sorunlar giderilemediği için Şubat 2001'de tüm piyasaları derinden etkileyen yeni bir kriz ortamına girilmesi önlenememişti.

Kamu bankalarında büyük boyutlara ulaşan görev zararı birikimi ve dövize açık pozisyon gibi önemli sorunlara sahip bankalar sisteminde güvenin sarsılmasıyla beraber kaynak bulma ihtiyacı fevkalade yükselmiştir. Bankalararası gecelik para piyasasında bir süre için çok yüksek faizleri kontrol eden bankaların bu şekilde oluşan maliyetleri, evvelce kredi tahsis etmiş oldukları firmalara yansıtarak karşılamak istedikleri görülmektedir.

1994 yılı mali krizinde de karşılaşılan bu tutum, bankaların kullandıkları genel işlem şartı niteliğindeki kredi sözleşmelerinde yer alan kredi faizlerinin bankalar tarafından tek taraflı olarak değiştirilebileceği yetkisine dayanmaktadır. Bilhassa para piyasasında kriz yaşandığı dönemlerde firmalarımızı evvelce kullandıkları krediler için her türlü tahmin ve ekonomik kıstası aşan faiz talepleriyle karşı karşıya bırakan bu durumun, kriz ortamının daha fazla yaygınlaşmasına da yol açtığı bir gerçektir.

Bir sektörde yaygın olarak kullanılarak muhatap firmalara başka seçenek bırakmayan, tarafların menfaatlerinin tek yanlı ve dengesiz gözetilmesi nedeniyle haksızlık olarak algılanan genel işlem şartları uygulamalarının hukuki açıdan etraflı bir şekilde incelenmesinde bu bakımdan yarar görülmüştür.

Araştırmamızın ilgililere ve bilhassa bankalardan kredi kullanan firmalarımıza muhatap oldukları genel işlem şartlarına karşı korunma imkanları konusunda bilgilendirilmesine yardımcı olması dileğiyle bu çalışmayı hazırlayan Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Dr. Yeşim Atamer'e teşekkür ederiz.

Prof. Dr. İsmail ÖZASLAN
Genel Sekreter

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖNSÖZ

I. Genel Olarak Sorunun Tespit Edilmesi 7

II. Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunmasında Tüketicilere Nazaran Farklı Bir Yaklaşımın Gereği 10

III. Tacirler Arasında Kullanılan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Konusunda Yabancı Ülkelerde Mevcut Yasal Durum 12

1. Avrupa Birliği 12
2. Almanya 13
3. Avusturya 14
4. İsviçre 15
5. Diğer bazı Avrupa ülkelerindeki durum 16

a. İngiltere 16
b. Fransa 16
c. Hollanda 17
d. İtalya 17

6. Amerika 18

IV. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Yargısal Yoldan Denetimi 19

1. Genel Olarak 19
2. Yürürlük Denetimi 19
3. Genel işlem şartlarının yorumlanması sorunu 23
4. İçerik Denetimi 25

a. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık 26
b. Ahlaka Aykırılık 27
c. Gabin 29
d. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık 30
e. Kamu Düzenine Aykırılık 32
f. Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği m.47/III Kuralına Aykırılık 36

5. Tacirler Arasında Kullanılan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Konusunda Mevcut Yasal Durumun Tespiti ve Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlerin Bu Açıdan Değerlendirilmesi 37

a.Mevcut Yasal Durum 37
b.Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlerin Mevcut Yasal Durum Karşısında Değerlendirilmesi 39
aa. Faiz İntibak Hükümleri 39
bb. Bankanın Kredi Sözleşmesini Sona Erdirme Yetkisi 42

V. Genel İşlem Şartlarının Rekabetin Korunmasına İlişkin Hükümler Yoluyla Denetimi 45

1. Genel Olarak 45
2. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar 46

a.Rekabeti Sınırlayıcı Olgunun Takdimi 46
b.Bankaların Kullandığı Genel İşlem Şartlarında Rekabeti Sınırlandıran Bu Olgunun Gerçekleşmesi 48

3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması 51

a.Rekabeti Sınırlayıcı Olgunun Takdimi 51
b.Bankaların Kullandığı Genel İşlem Şartlarında Rekabeti Sınırlandıran Bu Olgunun Gerçekleşmesi 52

VI.Sonuç 53

I. Genel Olarak Sorunun Tespit Edilmesi

Genel işlem şartları (GİŞ)[1] günümüz ticaret hayatında kurulan sözleşmelerin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Ekonomik hayatın birçok alanında Borçlar Kanununun temelinde yatan "klasik" sözleşme tipi bertaraf edilmiş, yeni bir sözleşme türü yerleşmiştir. 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[2].

GİŞ kullanımında amaç, çeşitli mal veya hizmetler sunan işletmelerin[3] günbegün akdettikleri sözleşmeleri standart hale getirmek ve bu şekilde aynı tür sözleşmeler için tekrar tekrar sözleşme koşullarını yeniden saptamak gibi işletme ekonomisi açısından verimliliği düşürücü bir faktörü bertaraf etmektir[4]. Standartlaşma, rasyonel bir işletmenin adeta mecburi unsurudur[5]. Bu şekilde işletme öncelikle zaman ve masraftan tasarruf edebilmekte, sözleşme görüşmelerinde sadece esaslı noktaların *(essentialia negotii)* belirlenmesi ile yetinebilmektedir. 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. 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[6].

Diğer yandan işletmecinin riziko hesabını sağlıklı olarak yapabilmesi de standartlaşmanın beraberinde getirdiği rasyonel sonuçlardan bir diğeridir[7]. Bu şekilde işletme, bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde kendisini

---

1) Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. *Yeşim M. Atamer,* Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartları, İstanbul 1999, 61vd.-tıpkı basım 2001)
2) *Sermet Akman,* Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, 92-93; *Haluk Tandoğan,* Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977, 25
3) Metin içinde işletme kavramı genel işlem şartları kullanan taraf, müşteri kavramı ise işletme ile sözleşme akdeden taraf için kullanılmıştır.
4) 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 (*Ulmer/Brandner/Hensen,* AGB Gesetz, 8. Aufl. Köln 1997, Einleitung N.7;)
5) *Carl Baudenbacher,* Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 230; *Ida Hardegger,* Über die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Bern 1991, 3; *Ingeborg Schwenzer,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, N.44.02.
6) *Carl Baudenbacher,* "Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht", AGB – Eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991, 17,23
7) *Helmut Kliege,* Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Anaylse, Göttingen 1966, 19

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[8].

Bu haklı kaygılara cevap vermesi açısından GİŞ ne kadar meşru bir sözleşme aracı ise de içeriğinin uygulamada çok önemli sorunlar doğurduğu açıktır. Zira tek yönlü olarak sadece işletmenin menfaatleri dikkate alınarak tespit edilen genel işlem şartları yoluyla sözleşme eşitliği işletme lehine bozulmakta ve sözleşmenin akdi, ifası veya sona ermesi aşamalarında ortaya çıkabilecek ve malvarlığında zararlı sonuçlar doğurabilecek bütün rizikolar müşteriye aktarılmaktadır. Yasa koyucunun gerek tek tek bazı sözleşme türleri için, gerekse genel olarak koymuş olduğu yedek hukuk kurallarının hepsi, müşteriler ile akdedilen standart sözleşmeler yoluyla bertaraf edilebilmektedir[9]. Teorik olarak sözleşenlerin 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 yasal çözümlerden feragat etmekte bir yandan da bunun karşılığını alamamaktadır[10]. Bu yasal kuralların aynı zamanda taraflar arasında en adil dengeyi sağladığı varsayılan çözümü yansıttığı[11] düşünülecek olursa müşterinin ne kadar büyük bir hak kaybına uğradığı kendiliğinden anlaşılır. Uygulamada karşılaşılan banka kredi sözleşmelerinden bazı örnekler vermek gerekirse:

> *"Müşteriye ihbarda bulunmaksızın Banka, işbu sözleşme gereğince açılacak kredi ve hesaplar ile birlikte, diğer her türlü kredi ve teminatlara ... Bankanın serbestçe belirlediği ve ileride belirleyeceği oranlarda faiz, komisyon, fonlar, gider vergisi uygulayacaktır."*
>
> *"Banka dilediği anda noter aracılığıyla veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla, bu sözleşmeye dayanan cari hesapların bir kısmını veya tamamını kesebilir yahut sözleşmeyi feshedebilir."*
>
> *"Banka krediyi tamamen veya kısmen karz akdi şeklinde kullandırdığı takdirde, karz akdinde belli taksit vadeleri bulunsa dahi, her zaman tek taraflı iradesiyle karz akdini feshedebilir. O takdirde müşteri anapara ve faizleriyle gider vergisi ve diğer masrafları def'aten ödemeyi kabul ve taahhüt eder."*
>
> *"Banka, alacaklarından vadesi gelmiş olsun veya olmasın herhangi birini veya hepsini uygun göreceği şekilde ve müşteriye ihbarda bulunmadan müşterinin bankadan olan her türlü alacakları ... (ile) takas ve mahsup veya bu kredi hesabına matlup kaydetmeye yetkilidir."*

8) *Phillipe Nordmann*, Le contrat d'adhésion, abus et remèdes, Thèse, Fribourg 1974, 47
9) *Necip Kocayusufpaşaoğlu*, Giriş, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt (şu ana kadar yayınlanmış olan formalardan faydalanılmıştır), § 23 N.2; *Sermet Akman*, "Genel İşlem Şartları", Günümüzde Yargı, sy.35 (1979), 13,15; *Ünal Tekinalp*, Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986,119,126
10) *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.2
11) *Peter Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986, 170

GİŞ kullanımının taraflar arasında yarattığı bu büyük dengesizlik dikkate alındığında 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? Liberal ekonominin en temel unsuru olan, sözleşenlerin pazarlık yapmak suretiyle kendi menfaatlerini koruyacakları ve en ideal sözleşme içeriğini saptayacakları ve bu sürece yasal bir müdahalenin olamayacağı düşüncesi nerede zedelenmektedir? Doktrinde bu sorunun cevabına ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bunları belirli başlıklar altında toplayacak olursak:

Her şeyden önce müşterinin *psikolojik açıdan* bir zaafı (Unterlegenheit) söz konusu olabilmektedir. Özellikle tüketiciler, sözleşme akdederken genelde bir zaman baskısı altındadır, dolayısıyla bu şartları ayrıntılı şekilde inceleme imkanları fiilen yoktur[12]. Diğer yandan bu şartların incelenmesi gereği konusunda bir kanaat sahibi de olmayacaklardır. Hem sözleşmenin ifasında bir aksilik çıkabileceğini ve dolayısıyla bu şartların uygulanabileceğini düşünmemekte, hem de bunların zaten matbu hali ve her sözleşmede uygulanıyor olması nedeniyle adeta yasa benzeri bir nitelik taşıdığı ve dolayısıyla değişmez olduğu görüşü müşteride hakim olmaktadır[13]. Ayrıca işletmenin bunların değiştirilmesine yanaşacağı kanaati de kendisinde 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)*[14].

İkinci olarak *entelektüel açıdan* müşterinin bir zaafının söz konusu olduğu kabul edilmektedir; 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[15]. Dolayısıyla birden fazla aynı edimi sunan işletmenin genel işlem şartlarını karşılaştırarak kendisi açısından en elverişli olanı tercih etmesi imkanı da olmayacaktır[16].

Son olarak bir de *organizasyon açısından* müşterinin zaafı iki taraf arasındaki dengesizliği pekiştirmektedir[17]. Özellikle tüketici olan müşteriler profesyonel

12) *Günther Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982, 150
13) *Hardegger* (dn.5) 9; *Suzanne Schenk-Engeler*, Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen - İhre Bedeutung für das schweizerische Recht, Bamberg 1993, 14
14) *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, 156; *Atilla Altop*, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, 130;
15) *Peter Forstmoser*, "Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht", in: Festgabe Kummer, Bern 1980, 99,106; *Akman* (dn.2) 3; *Polat Soyer*, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, 35
16) *Schenk-Engeler* (dn.13) 12
17) *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, 96

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[18].

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 müşterinin hiçbir işlem yapmaması ve onun yerine kendisine daha elverişli koşullar sunan bir işletmeye başvurması gerekirdi[19]. GİŞ alanında rekabet sağlanabilseydi, ayrıca sözleşme denetimine başvurmadan, müşteri açısından en optimum şartların elde edilmesi mümkün olabilirdi. Oysa müşterinin bahsedilen zaafları nedeniyle öncelikle GİŞ'i anlaması ve dolayısıyla başka GİŞ ile karşılaştırması mümkün olmayacaktır[20]. Bu alanda bir mukayese asla bir fiyat veya vade mukayesesi gibi basit değildir. Aslında yasa gereği sahip olduğu hakların dahi bilincinde olmayan müşterinin bunlardan sapan GİŞ'e ilişkin olarak değerlendirmede bulunması ve bunların değiştirilmesi için pazarlık etmesi veya başka bir işletmeci seçmesi düşünülemez. Dolayısıyla GİŞ alanında rekabetin fiili imkansızlıklar nedeniyle sağlanmasının güçlüğü işletmeleri aynı yönde GİŞ kullanımına doğru itmiş ve piyasada adeta yeknesak içerikli genel işlem şartları kullanılmaya başlanmıştır.

II. Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunmasında Tüketicilere Nazaran Farklı Bir Yaklaşımın Gereği

Yukarıda aktarılan, müşterinin GİŞ karşısında çaresiz kalması sebeplerinden de anlaşılacağı üzere bunlardan bazılarının tüketiciye nazaran tacirler açısından geçerli olmadığı veya daha az bir etki doğurduğu söylenebilir. Özellikle tacirlerin işlem hayatına ilişkin çok daha tecrübeli olması bunun baş sebebidir[21]. Yani yaptıkları işlemlerde GİŞ kullanılması normal olduğu gibi bunlar sık sık içerik

18) *Meyer-Cording* (dn.17) 95
19) *Baudenbacher* (dn.6) 17,27; *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. Heidelberg 1997, § 27 N.397
20) *Johannes Köndgen*, "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht", Neue Juristische Wochenschrift 1989, 943, 946
21) *Reinhard Lutz*, AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote, München 1991, 12

olarak da tekrarlandığı için ilgili hükümler açısından bir sürpriz ile karşılaşmaları olasılığı düşüktür. Bu hükümleri bilme ve bir anlamda hazırlıklı olma tacirin kendisi için doğabilecek olası rizikoları hesaplarına dahil etme imkanını doğuracak ve bu da sigorta kurumundan faydalanılması yoluyla telafi edilebilecektir. Diğer yandan bu hükümlerden haberdar olma, bu hükümlere karşı harekete geçme, yani pazarlık aşamasında bunların değiştirilmesi konusunda karşı sözleşene baskı yapma imkanını da beraberinde getirmektedir. Büyük işletmeler açısından hiç kuşkusuz buna ek olarak bir de onların hukuk servislerinin olması sayesinde bu pazarlık daha etkin olarak yürütülebilmektedir.

Tacirler açısından bu şekilde tüketiciden farklı olarak ortaya çıkan bilgi avantajının yanı sıra ticaret hayatında yapılan işlemlerde taraflar arasındaki ekonomik denge de çoklukla sağlanmıştır. Dolayısıyla tüketici açısından kaybolan pazarlık gücü bu noktada da genelde tacirler açısından mevcuttur. Yapılan, GİŞ içinde yer alan işletme lehine düzenlemeleri müşteriye başka alanlarda sağlanan menfaatler ile dengelemeye çalışmaktadır. Yani pazarlık imkanı daha etkin olarak kullanılabilmektedir[22]. Ayrıca unutulmamalıdır ki, tacir, son kullanan ("tüketici") olmaması itibariyle GİŞ kullanılan sözleşme ile almış olduğu edimi tüketiciye aktarırken kendisinin uğradığı ekonomik açıdan zararlı sonuçları da ona yansıtma imkanına sahiptir ve fiilen de bu imkandan faydalanmaktadır.

Diğer yandan ticari hayattaki ihtiyaçlar da tüketici ile yapılan sözleşmelerden farklı bazı özellikler göstermektedir. İlişkilerin çabuk, sorunsuz ve esnek işleyişi hiç kuşkusuz tarafların ikisi için de tercihe şayandır. Bunun sağlanmasında genel işlem şartlarının rolünün büyük olduğu açıktır[23]. Sürekli olarak aralarında aynı türden sözleşmeler akdeden iki tacirin her sözleşme için tekrar tekrar sözleşme koşullarına ilişkin pazarlık yapmaları işlerin akışını sekteye uğratacak niteliktedir.

Ancak tacirlerin tüketicilere nazaran bu farklı konumuna rağmen genel işlem şartları kullanımı karşısında korunma ihtiyacı yadsınamaz. Özellikle bu bahsedilen avantajlardan faydalanamayacak durumda olunduğu hallerde, yani somut olarak pazarlık gücünün veya alternatif işletmelerle işlem yapma imkanının bulunmadığı hallerde aslında tacirin korunma ihtiyacı tüketicide olduğu kadar kuvvetli belirmektedir. Küçük ve orta büyüklükte işletmelerde bu durum genelde kabul edilebilecektir[24]. Diğer yandan belirli sektörlerde ve özellikle bankalarla akdedilen sözleşmelerde de bu avantajlı durumun sık sık ortadan kalktığı bir gerçektir. Zira bütün sektörde aynı içerikli GİŞ kullanılıyor olması tacir açısından pazarlık gücünü azalttığı gibi, alternatif arayışlarını da sonuçsuz bırakacaktır.

22) *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.3
23) *Lutz* (dn.21) 6; *Barbara Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, 43
24) *Baudenbacher* (dn.6) 17, 32; *Lutz* (dn.21) 5

Tacir ile tüketici arasında beliren bu farklılıklar nedeniyle birçok ülkede, genel işlem şartlarının denetlenmesi konusunda ikili bir ayırım yapılmakta ve kısmen tacire hiç koruma verilmemekte, kısmen bu koruma tüketicilere nazaran daha dar kapsamlı olarak verilmektedir. Aşağıda bir dizi Avrupa ülkesinde bugün geçerli olan düzenlemeler yansıtılmak suretiyle bu alandaki eğilim tespit edilmeye çalışılacaktır.

III. Tacirler Arasında Kullanılan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Konusunda Yabancı Ülkelerde Mevcut Yasal Durum

1. Avrupa Birliği

Avrupa Birliğinin genel işlem şartları kullanımı sorununa eğildiği hukuki metin 1993 yılında kabul edilmiş olan *Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 5 Nisan 1993 Tarihli Konsey Yönergesidir*[25]. Bu yönerge tüketici ile akdedilen sözleşmelerde yer alan "tek tek pazarlık konusu yapılmamış" bütün hükümlerin yargıç tarafından denetlenmesini öngörmektedir. Bu açıdan genel işlem şartları sorununu aşan bir düzenleme alanı vardır. Zira pazarlık konusu edilmemiş hükümlerin muhakkak GİŞ içinde yer alması şartına yer verilmemiştir. Pazarlık konusu edilmemiş olması kaydıyla, sözleşmede yer alan ve dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketiciyi mağdur eden her türlü hükmün hakim tarafından denetlenmesi mümkündür. Yönergenin ekinde ise tüketiciyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde mağdur edeceği kabul edilebilecek bir dizi hüküm sayılmıştır.

Bu yönerge Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 1997 tarihinde Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmeden önceki halinde yer alan m.100a ve m.129a'ya dayanılarak kabul edilmiştir. Madde 129a, "Topluluk Politikaları" ana başlığı altında yer almakta ve tüketicinin korunması başlığını taşımaktaydı (bugün aynı konu aynı başlık altında m.153'de düzenlenmektedir). Yani tüketicinin korunması AB açısından bir politika olarak belirlenmiş ve buna ilişkin hukuki tasarrufların da başta ortak pazarın yaratılması için Birliği yetkilendiren m.100a olmak üzere çeşitli maddelere dayandırılarak çıkarılabileceği kabul edilmiştir. Bu konu tanımlaması ister istemez bir sınırlama da içermektedir: Avrupa Birliği, sözleşme özgürlüğünü sınırlandırıcı düzenlemeleri ancak **tüketiciyi** korumak için yapabilir. Oysa tacirler açısından antlaşmada dayanak olmadığı için bu yetki de yoktur. Dolayısıyla 1993 tarihli yönergenin sadece tüketici açısından soruna yaklaşması bir tercih değil, antlaşmalar hukukundan doğan bir mecburiyettir. Bu nedenle Türk hukukunda

25) 93/13/AET, ATRG (1993) L 95/29. Bu yönerge hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Elissavet N. Kapnopoulou*, Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997.

tacirlerin GİŞ kullanımı karşısında korunması sorununa ilişkin bir çözümün AB-yönergesinden elde edilmesi mümkün değildir.

2. Almanya

Alman hukukunda genel işlem şartları sorunu 1.4.1977 tarihinde yürürlüğe girmiş olan genel işlem şartları yasası ile düzenlenmiştir[26]. Yasanın maddi hukuk kurallarının saptandığı birinci bölümünde hem GİŞ'in sözleşme içeriği olmasına, hem bunların yorumlanmasına hem de içeriklerinin denetlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Kural olarak genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olabilmesi müşterinin GİŞ kullanımı konusunda uyarılmasına ve kendisine, GİŞ'in içeriği hakkında bilgi sahibi olma imkanının tanınmasına bağlıdır (§ 2). Ancak bu gereklerin yerine getirilmesi sonucu GİŞ sözleşme içeriği olsa bile bunların arasında yer alan ve sözleşmenin tümü değerlendirildiğinde müşteri açısından tamamıyla beklenmez olan hükümler yine de sözleşmenin bir parçası olmuş sayılmaz (§ 3). Yasada yer alan yorum kurallarına 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).

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). 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 tanımaktadır. Üçüncü denetim normu ise (§ 9) bir genel hüküm şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre GİŞ içinde yer alan ve müşteriyi 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[27].

Her ne kadar maddi hukuka ilişkin bu birinci bölüm, genel olarak GİŞ kullanan karşısında yer alan her sözleşene koruma sağlayacak şekilde kaleme alınmış

26) Yasanın hazırlanma süreci hakkında bkz. *Ulmer/Brandner/Hensen*, (dn.4) Einl. N.12vd.; *Manfred Rehbinder*, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması – Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne" (Çeviren: Ömer Teoman), İHFM C.XLII - sy.1-4, 641vd.

27) Alman yasasının içerik denetimi konusundaki hükümlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. *Ömer Teoman*, Alman Genel İşlem Şartları Yasasının Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İTO Yayını (teksir), İstanbul 1981, 100-134; ayrıca bkz. *Horst Locher*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufig. München 1997, §§ 11- 15

olsa da yasanın uygulama alanının ele alındığı 4. bölümde yer alan m.24 bu konuda önemli bir sınırlama içermektedir. Buna göre müşterinin ticari veya bağımsız mesleki faaliyetini icra ettiği esnada sözleşmeyi kuruyor olması halinde[28] yasanın tanıdığı koruma kendisi açısından ancak sınırlı olarak uygulanabilecektir. Bu tür bir faaliyeti sırasında GİŞ kullanılan sözleşmelere muhatap olanlar açısından yasanın 2, 10 ve 11. maddeleri uygulama alanı bulmaz. Yani GİŞ'in sözleşme içeriği olması için yerine getirilmesi gereken ağır koşullar aranmadığı gibi, 10 ve 11. maddelerde sayılan mutlak ve nispi hükümsüz genel işlem şartlarına ilişkin katalog da ticari veya bağımsız mesleki faaliyetini icra edenlere uygulanmaz. GİŞ-yasasının hazırlanması aşamasında m.24 çok ciddi tartışmalara konu olmuştur. Hazırlanan ilk taslakta aslında sadece küçük ve orta ölçekte işletmeler işleten tacirler koruma kapsamına alınmışken, ikinci taslak genel olarak tacirleri koruma kapsamına sokmuştur. Sonuçta bir orta yol olarak ilgili yasanın sadece bazı hükümlerinin tacirlere uygulanması benimsenmiştir[29]. Bu şekilde ticari hayatın gereklerini de dikkate alan, ancak tacirleri tamamıyla savunmasız bırakmayan bir model tercih edilmiştir.

Sonuç olarak Alman hukukunda ticari veya bağımsız mesleki faaliyetini icra edenler § 9'da yer alan genel denetim hükmü yoluyla adil olmayan genel işlem şartlarına karşı korunmaktadır. İçerik denetimini yaparken hakim özellikle taraflar arasındaki hak ve borç dağılımına bakacak ve yasada yer alan ve sözleşme yoluyla bertaraf edilen yedek hukuk kuralını da değerlendirmede dikkate alacaktır. Eğer müşteriyi ölçüsüz derecede mağdur eden bir sözleşme hükmünün var olduğu sonucuna ulaşırsa söz konusu hüküm batıl sayılır.

3. Avusturya

Avusturya'da genel işlem şartları sorunu iki farklı yasada ele alınmıştır. Bir yandan 1979 yılında yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde tüketici ile akdedilen sözleşmelerde geçersiz sayılacak sözleşme hükümleri tek tek bir liste halinde verilmiştir[30]. Diğer yandan ise aynı kanun ile

28) 1998 yılında Alman Ticaret Kanununda yapılan köklü değişikliklere paralel olarak, maddede daha önce yer alan "tacir (Kaufmann)" ifadesi kaldırılmış ve yerine "ticari veya bağımsız mesleki faaliyetini icra eden kişi" kavramı konmuştur.

29) Tartışmalar hakkında bkz. *Locher* (dn.27) 154; *Dauner-Lieb* (dn.23) 41

30) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Astrid Deixler-Hübner,* Konsumentenschutz, Rechtsgrundlagen - Rechtsdurchsetzung, Wien 1996, 46vd; *Heinrich Mayrhofer,* "Überlegungen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", Juristische Blätter 1993, 94vd. 1997 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun § 6'da yapılan değişiklik ile AB-yönergesinin iç hukuka aktarılması için gerekli düzenlemeler yapılmıştır (BGBl. I 1997/Nr.6). 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. 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.

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[31]. Bu madde, Avusturya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinden farklı olarak, hem tacirler arasında GİŞ kullanılması halinde, hem de madde 6'da sayılmamış olan sözleşme hükümlerinin GİŞ içinde yer alması halinde tüketici/tacir arasında uygulanacaktır[32]. Aynı kanun ile Avusturya Medeni Kanunu'nda yapılan bir diğer değişiklik ise GİŞ içinde yer alan beklenmeyen, şaşırtıcı hükümlere ilişkindir (§ 864a). Bu tür hükümler, müşteri aleyhine olmaları ve müşteriden, hal ve şartlar dikkate alındığında, bu hükmü hesaba katmasının beklenemediği hallerde sözleşme içeriği olmamış sayılırlar. Ancak işletmenin, karşı sözleşenin dikkatini özellikle bu hükme çekmesi halinde aksine bir sonuca varılabilir. Bu hüküm de müşterinin bir tacir olması halinde uygulama alanı bulacaktır.

4. İsviçre

İsviçre hukukunda GİŞ sorunu ne özel bir yasaya konu olmuş ne de bir tüketicinin korunması yasası çerçevesinde düzenlenmiştir[33]. Bunun yerine 1988 yılında İsviçre'de yürürlüğe giren haksız rekabetin önlenmesine ilişkin yeni kanunun 8. maddesinde genel işlem şartları kullanımının bazı hallerde bir haksız rekabet olgusu oluşturacağı öngörülmüştür. İsviçre HaksRK'nun değiştirilmesi aşamasında Parlamentoya sunulan taslak önceleri Alman Genel İşlem Şartları Yasarı § 9'a paralel bir düzenleme içermekteydi[34]. Ancak yasama sürecinde madde daha çok haksız rekabet olgularını öne çıkaran bir ifade tarzına kavuşmuş ve bu açıdan genel işlem şartlarının içerik denetimi konusunda sahip olabileceği etkiyi yitirmiştir.

> Madde 8: Kötüye kullanılabilir sözleşme şartları kullanmak
> "Sözleşme taraflarından biri aleyhine yanıltıcı 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."

Maddede yer alan ve klasik bir haksız rekabet olgusu oluşturan "yanıltıcı şekilde" ibaresi genel işlem şartlarının içerik açısından denetlenmesini imkansız hale getirmektedir. Yanıltma sadece sözleşmenin kurulması aşamasına veya GİŞ'in

31) § 879/III ABGB: "Genel işlem şartları veya formüler 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."

32) *Deixler-Hübner* (dn.30) 64

33) İsviçre Borçlar Kanunu m.256/IIa ve 288/IIa hükümleri 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.

34) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Carl Baudenbacher,* "Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?" ZBJV 1987, 505,524vd.

kaleme alınış tarzına ilişkin olabilir. Dolayısıyla ilgili sözleşme hükmünün açık seçik ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde kaleme alınmış olması halinde artık bu madde yoluyla herhangi bir denetim icra etmek söz konusu olmayacaktır. Nitekim bu yüzden ilgili düzenleme İsviçre doktrininde istisnasız eleştirilmektedir[35].

Maddenin imkan tanıdığı hayli sınırlı alanda bir denetim icra edilebildiği hallerde ise bundan hem tüketici hem de tacir faydalanır[36]. Nitekim Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunun 1. maddesinde, yasanın amacının, adil bir rekabeti bütün ilgililer için temin etmek olduğundan bahsedilmiş olduğu düşünülürse bu yaklaşım kendi içinde tutarlı da gözükmektedir.

5. Diğer bazı Avrupa ülkelerindeki durum

a. İngiltere

İngiltere'de 1977 yılında kabul edilmiş olan *Unfair Contract Terms Act* aslında isminin çağrıştırdığının çok gerisinde kalan bir alanda denetim imkanı tanımaktadır[37]. Zira hakime genel olarak adil olmayan her türlü sözleşme kaydına müdahale imkanı vermemekte, sadece en geniş anlamıyla sorumsuzluk kayıtlarının denetimini düzenlemektedir[38]. Yasada bu denetim muhtelif sözleşme tipleri için öngörülmüş ve kısmen, sözleşme tarafının tacir veya tüketici olmasına bağlı olarak, denetimin farklı icra edileceği kabul edilmiştir. Tüketiciler açısından sorumsuzluk kayıtları dışında kalan adil olmayan sözleşme koşullarının denetlenmesi imkanı *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994 ile getirilmiştir. AB-yönergesinin iç hukuka aktarılması mecburiyeti çerçevesinde kabul edilen bu metin büyük ölçüde yönergenin içeriği ile örtüşmektedir. Ancak tacirlere karşı GİŞ kullanımı konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir.

b. Fransa

Fransa'da henüz 1978 yılından beri tüketicilerin ve "non-professionnels" olarak adlandırılan, ticari faaliyet alanı dışında hareket eden tacir ve serbest meslek sahiplerinin akdettikleri sözleşmelerde yer alan kötüye kullanılabilir hükümlere

35) *Ernst Kramer,* in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Teilband, Bern 1990, Art.19-20 OR N.286; *Schenk-Engeler* (dn.13) 205vd.; *Hardegger* (dn.5) 175vd.; *Xavier Favre-Bulle*, "Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives", Widmer/Cottier (éd.) içinde, Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, L'abus de droit, 139,153

36) *Mario M. Pedrazzini,* Unlauterer Wettbwerb/UWG, Bern 1992, 192; *Claire Huguenin Jacobs*, "Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln bei Verbraucherverträgen", recht 1995, 85,90; *François Dessemontet* (Hrsg), UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, Lausanne 1989, 444

37) *J. Beatson*, Anson's Law of Contract, 27th ed., Oxford 1998, 182; *G.H. Treitel*, The law of Contract, 9th ed. London 1995, 197

38) Bkz. *Manfred Wolf/Norbert Horn/Walter Lindacher*, Kommentar zum AGB-Gesetz, München 1999, Einleitung, N.52

karşı koruma sağlayan bir yasa mevcuttu[39]. Bu yasa 1993 yılında yürürlüğe giren ve bir dizi tüketiciyi ilgilendiren yasayı bir araya getirmekle sınırlı bir işlevi olan Tüketim Hakkında Kanun (Code de la consommation) içine aynen alınmıştır. AB-yönergesinin iç hukuka aktarılması için gerekli değişiklikler de işte bu metin üzerinde 1995 yılında gerçekleştirilmiştir. 1978 yasası, Tüketim Hakkında Kanun içine alınırken tüketici ve ticari faaliyet alanı dışında hareket eden ayırımı aynen muhafaza edilmiş, daha sonra AB-yönergesi değişiklikleri de bu ayırımın kaldırılması sonucunu beraberinde getirmemiştir. Dolayısıyla kendi ticari faaliyet alanı dışında hareket etmek kaydıyla tacirlerin de sözleşmelerde yer alan kötüye kullanılabilir hükümlere karşı koruma istemesi mümkündür[40].

c. Hollanda

1970 yılından beri kitaplar halinde yenilenen Hollanda Medeni Kanununun sözleşme hukukuna ilişkin altıncı kitabı 1992 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kitabın 231-247. maddelerinde düzenlenmiş olan genel işlem şartlarının denetlenmesi sorunu kural olarak tacir/tüketici şeklinde bir ayırım yapılmaksızın ele alınmıştır[41]. Ancak belirli bazı tacirler açısından ilgili hükümlerin uygulanması imkanı da kaldırmıştır. Bunlar sözleşmenin akdi anında 50'den fazla işçi çalıştıran işletmeler ve yıl sonu bilançosu yayınlama mecburiyeti olan sermaye ortaklıklarıdır (m.235)[42]. Görüldüğü gibi belirli bir büyüklükte olan işletmelerin koruma ihtiyacının olmayacağı düşünülerek bu düzenlemeye gidilmiştir. Koruma kapsamında olan tacirler ise kanunda yer alan genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması ve denetlenmesi konusunda hayli ayrıntılı hükümlerin korumasından faydalanacaktır.

d. İtalya

İtalyan Medeni Kanununda 1942 yılında yapılan değişiklikler sonrasında, her halde ilk defa bir Avrupa ülkesinde genel işlem şartları sorunu en azından sözleşme içeriği olma ve yorumlanma bahisleri ile sınırlı olarak bir düzenlemeye kavuşmuştur (m.1341-1342; 1370). Buna göre GİŞ kullananın sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeyebileceğine veya dilediği gibi sözleşmeden kurtulabileceğine, sözleşmenin otomatik olarak uzayacağına, yetkili mahkemenin tayinine ilişkin ve bir dizi başka kaydın sözleşme içeriği olabilmesi için tek tek

39) Bkz. *Claude Witz/Gerhard Wolter,* Frankreich: Die Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1995, 885vd.

40) Fransız temyiz mahkemesi *(Cour de cassation)* 1994 yılında verdiği bir kararında banka ile tacir arasında akdedilen sözleşmede bankaya sözleşme koşullarını daha sonra tek taraflı olarak değiştirme yetkisi veren bir hükmün geçersizliği iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre sözleşme tarafı tacir, bir banka olmasa da, bu anlamda ticari faaliyet alanı çerçevesinde hareket ediyor sayılacaktır ve kanunun korumasından faydalanamaz (Chambre commerciale, 10.5.1994, Recueil Dalloz Sirey, 1995, somm.95, aktaran *Witz/Wolter* (dn.39) 887). Ayrıca bkz. *Ferid/Sonnenberger,* Das französische Zivilrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1994, N.1F 824-825

41) *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) Einleitung N.60

42) Bkz. *Hein Kötz,* Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen 1996, 219

imzalanmış olmaları gerekir. Bunun yanı sıra tarafların yapmış oldukları bireysel anlaşmaların GİŞ'den önce uygulama alanı bulacağı ve GİŞ'in onları kaleme alan aleyhine yorumlayacağı ilkeleri de İtalyan Medeni Kanununa eklenmiştir. Bütün bu hükümlerin hem tacir hem de tüketici lehine uygulanabileceği açıktır. Buna karşılık GİŞ'in sözleşmeye dahil olduktan sonra içeriğinin denetlenmesi konusunda bir düzenlemeye ancak tüketiciler lehine, 1996 yılında Medeni Kanuna eklenen "Tüketici Sözleşmeleri" bahsi içinde yer verilmiştir. 1993 tarihli AB-yönergesinin İtalyan hukukuna aktarılması amacına hizmet eden bu kanun değişikliği büyük ölçüde yönerge hükümlerinin aynen tercüme edilmesi şeklinde gerçekleşmiştir[43].

6. Amerika

Amerikan hukukundaki durum açıklanmadan önce bazı genel bilgiler vermek gerekmektedir. Bilindiği gibi ABD'nin federal yapısına bağlı olarak merkezi yasa koyucu ancak çok sınırlı alanlarda bütün ülke için geçerli kurallar koymak yetkisine sahiptir. Sözleşme hukuku da bu alanlardan biri değildir. Bu nedenle kural olarak 50 eyalette farklı bir sözleşme hukukunun uygulandığından yola çıkmak gerekir. Ancak ülke genelinde hukuk uyumlaştırmasını sağlamak açısından yoğun bir çaba da vardır. 19.yy. sonunda kurulmuş olan *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* da bu amaca hizmet eden bir kurumdur[44]. Bu kurumun en büyük kazanımlarından biri 1956 yılında hazırlanmış olan *Uniform Commercial Code*'dur. Bu metin bütün eyaletlerde geçerli olan kuralları dikkate alarak ticari satım ve buna bağlı sorunlar için[45] yeknesak düzenlemeler getirmiş ve daha sonra eyaletlerin onayına sunulmuştur. Bugün neredeyse bütün eyaletler bu metni yasalaştırmışlardır. Dolayısıyla bu sınırlı alanda bir ortak hukuk mevcuttur.

U.C.C. § 2-302 uyarınca hakim, sözleşmenin veya sözleşmenin herhangi bir hükmünün, kaleme alındığı tarihte, taraflardan biri lehine aşırıya kaçan haklar tanıdığını tespit ettiği takdirde, sözleşmenin icrasını reddedebileceği gibi, sözleşmenin ilgili hüküm olmadan icrasını veya bu hükmün aşırı sonuçlar doğurmayacak şekilde icrasını öngörebilir. "*Unconscionability*" doktrini olarak adlandırılan ve equity hukuku çerçevesinde uzun yıllardır mahkemelerce uygulanmakta olan[46] bu denetim yöntemi, tamamen tek tarafın menfaatine olacak şekilde kaleme alınmış olan sözleşme hükümlerinin ayıklanmasını

43) İtalyan hukuku için bkz. *Giorgio Cian*, Europäisches Privatrecht aus italienischer Sicht: Die Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 über Verbraucherverträge in das italienische Recht, Jahrbuch für italienisches Recht, Band 10, 1997, 55vd.; *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) Einleitung N.55
44) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 247vd.
45) Bu kurallar çek ve poliçe, emtia senetleri, konşimento, akreditif, borç senetleri ve kredi teminatlarına (taşınmaz rehni hariç) ilişkindir, bkz. *Zweigert/Kötz* (dn.44) 247
46) Ayrıntılı bilgi için bkz. *John D. Calamari/Joseph M. Perillo*, The Law of Contracts, West Publishing 1987, § 9-38

hedeflemektedir[47]. Amaç, taraflardan birinin daha kuvvetli olması nedeniyle diğerine sözleşme içeriğini dikte etmesini engellemektir[48]. Bu bağlamda genel işlem şartları kullanımı da denetlenmek istenen hususlardan biridir[49]. Her ne kadar ilgili madde ancak U.C.C.'nin uygulama alanına giren konularda, yani ticari satımlarda uygulama alanına sahipse de bugün artık sözleşme hukukunun genel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir. Ayrıca asıl korumayı hedeflediği kitle, tüketiciler olmakla beraber bugün tacirlerin de bu madde çerçevesinde korunması kabul edilmektedir[50].

IV. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Yargısal Yoldan Denetimi

1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarının yargısal yoldan denetlenmesi kural olarak üç birbirini takip eden aşamada ele alınır. İlk aşamada, GİŞ'i sözleşmeye dahil etmek çabasının başarıya ulaşıp 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 kalınırsa 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 kullanılabilecek farklı maddelerin bulunabileceği aşağıda görülecektir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının denetimi konusunda yasal bir düzenleme getirilene kadar, müşteri aleyhine bozulan sözleşme adaletini yeniden kurmak pekâlâ mümkün olabilecektir.

2. Yürürlük Denetimi

Genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde soruna iki açıdan yaklaşılmaktadır. İlk olarak yapılan, taraflardan birinin sözleşmeye dahil etmek istediği GİŞ metninin tümü itibariyle sözleşme içeriği olup olmadığını saptamaktır. Zira uygulamada birçok halde ön koşulları yerine gelmediği için GİŞ metninin hiç sözleşme içeriği olmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu durumlarda artık ilgili genel işlem şartlarının tek tek içeriğinin denetlenmesi ihtiyacı doğmayacaktır. Yürürlük denetiminin ikinci

47) *Calamari/Perillo* (dn.46) § 9-37
48) *Calamari/Perillo* (dn.46) § 9-40
49) *Calamari/Perillo* (dn.46) § 9-38 ve 40
50) *Calamari/Perillo* (dn.46) § 9-39
51) Bu görüş hakkında bkz. *Atamer* (dn.1) 77vd.

safhasında ise GİŞ metninin sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilen hallerde bu metin içinde yer alan tek tek bazı şartların buna rağmen sözleşmenin parçası sayılıp sayılamayacağı incelenir.

Genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması, bu konuda taraflar arasında bir irade uyuşması olmasına bağlıdır. Yoksa bunların hukuki norm benzerliği nedeniyle kendiliğinden, tarafların irade beyanına gerek olmaksızın sözleşmelere uygulanacağına ilişkin görüş[51] kabul edilemez[52]. Bu metinler sözleşme içeriği haline gelmeden tek başına hiçbir etki doğuramaz.

Peki taraflar arasında genel işlem şartları kullanımına ilişkin bir irade uyuşmasının gerçekleştiği ne zaman kabul edilebilir? Türk-İsviçre hukukunda sözleşmeler, karşılıklı ve birbirine uygun iki irade beyanı ile kurulurlar (BK m.1). Bugün uygulamada ve doktrinde hakim görüş uyarınca, bu iki irade beyanının birbirine gerçekten uygun olup olmadığını tespit ederken, karşı tarafın *güven kuramı* uyarınca ilgili beyana vermesi gereken anlam esas alınır[53]. Bu çerçevede tarafların sözleşmeye dahil etmek istediği hususların ilgili beyandan anlaşılıp anlaşılmadığı güven kuramı uyarınca saptanır. Dolayısıyla sadece sözleşmenin kurulup kurulmadığı değil, sözleşmenin hangi içerikle kurulduğu da bu kuram uyarınca saptanacaktır.

Herhangi bir tartışma doğurmayacak olan alternatif, genel işlem şartları kullanan kişinin bunları sözleşmeye sokmak üzere açık bir beyanda bulunması ve bu beyanı karşı tarafın açıkça kabul etmesidir. Örneğin bankanın genel işlem şartlarını sözleşme görüşmeleri sırasında karşı âkidine vermesi ve onun da bunları imzalaması halinde GİŞ'in sözleşme içeriği olduğundan şüphe edilemez. Ancak uygulamada sık sık daha farklı durumlarla karşılaşılacaktır. Örneğin bankanın sadece sözleşme metninde genel işlem şartlarına bir atıfta bulunması fakat bunları karşı tarafın hiç görmemesi veya sadece sözleşmenin kurulduğu mekanda bunları ilan etmesi gibi. Acaba bu durumlarda banka, kendisi ile akdedilen sözleşmelerde ilgili GİŞ'in güven kuramı uyarınca karşı tarafça kabul edildiğinden hareket edebilir mi?[54]

52) *Peter Forstmoser*, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr", in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976, 14

53) *Kemal Oğuzman/Turgut Öz*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. bası, İstanbul 1998, 62; Güven kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Necip Kocayusufpaşaoğlu*, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, 5vd.

54) GİŞ metinlerinde sık karşılaşılan sorunlardan bir diğeri, bunların çok ufak bir puntoyla 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. Bu nedenle İsviçre-Türk hukuklarında GİŞ'in sözleşme içeriği olabilmesi için öncelikle bunların müşterinin okuyup algılayabileceği şekilde kaleme alınmış olması gerektiği kabul edilmektedir (*Favre-Bulle* (dn.35) 139,142; *Schwenzer* (dn.5) N.45.03; *Ali Erten*, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, 99-100; *Soyer* (dn.15) 80). Nitekim TTK m.1266 da, sigorta genel şartlarının sözleşmeye dahil olabilmesi için okunaklı olmaları gereğini açıkça ifade etmiştir. Okunaklı olmadan kastedilen büyük güçlüklerle karşılaşmadan, gözü çok zorlamadan müşteri tarafından okunabilmeleridir. 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

Bu durumlarda bir değer yargısında bulunurken Alman GİŞ yasasındaki çözümün esas alınması düşünülebilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, ilgili yasa, müşterinin tüketici veya tacir olmasına göre sözleşmenin kuruluşu açısından bir ayırım yapmaktadır. Tüketici ile akdedilecek olan sözleşmelerde işletmenin GİŞ kullanımı hakkında müşterisini açıkça uyarması, önceden genel işlem şartları metnini müşteriye vermesi veya en azından onun temin edebileceği bir şekilde hazır bulundurması zorunludur (AGBG § 2). Ancak istisnai hallerde metnin ilan yoluyla duyurulması mümkündür. Halbuki GİŞ'in sözleşme içeriği olması konusundaki bu sıkı rejim tacirlere uygulanmaz (§ 24). Tacirlerin hangi sözleşmelerde GİŞ ile karşılaşacaklarını daha iyi bilebilecekleri ve bu açıdan işletmenin GİŞ kullanımı konusunda *açık* bir uyarısı olmasa dahi bunlarla bağlı olabilecekleri kabul edilir. Nitekim İsviçre hukukunda da bu ayırım istisnasız yapılmaktadır[55]. Hatta GİŞ kullanımının ticari bir teamül[56] haline geldiği kabul edilebilen branşlarda artık GİŞ kullanan işletmenin açık veya zımni, hiç bunlara atıf yapmaması halinde de, tacirin sözleşmenin kurulmasına ilişkin kabul beyanı bu GİŞ'lerin sözleşme içeriği olmasını kabul ettiği şeklinde yorumlanabilecektir[57]. Burada özellikle Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.2'nin ifadesi esas alınmalıdır. Buna göre tarafların irade beyanlarının yorumunda ticari teamüller de dikkate alınır (TTK m.2/I)[58].

Genel işlem şartlarının güven kuramı uyarınca sözleşme içeriği olmasında tacirlerin, tüketicilere nazaran daha az korunacağı bu şekilde saptandıktan sonra, *tek tek* bazı GİŞ hükümlerinin buna rağmen sözleşme içeriği olmadığı tacirler tarafından iddia edilebilir mi sorusuna cevap vermek gerekir. Hem Almanya'da hem de İsviçre-Türk hukuklarında genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde bir yandan bunların tümü itibariyle sözleşme içeriği olup olmadığı incelenirken diğer yandan tek tek sözleşme hükümlerinin müşteri açısından beklenmez, şaşırtıcı olması nedeniyle güven kuramı uyarınca hiç sözleşme içeriği olup olmadıkları sorunu da ele alınmaktadır. Zira müşterinin kabulü global olarak GİŞ'i kapsar şekilde yorumlanabilmekle birlikte bazı hallerde GİŞ içinde

alanı dışında bütün genel işlem şartları açısından kıyasen uygulanmasında herhangi bir engel olamaz (*Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.8; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* (dn.14) s.159; *Tekinalp* (dn.9) 119,127). Alman Federal Mahkemesi bir kararında, 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 yukarıda açıklandığı üzere tacirler arasında AGBG § 2'nin uygulanması mümkün değildir.

55) *Hardegger* (dn.5) 29vd.; *Forstmoser* (dn.52) 15 vd.; *Ernst Kramer*, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Teilband, Bern 1986, Art.1 N.195vd.; *Hans Giger*, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 53.

56) Bir örf ve adet kuralının oluştuğu ve bunun kendiliğinden uygulanacağı ise kanımca iddia edilememek gerekir, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer* (dn.1) 105-106.

57) *Berner Kommentar/Kramer* (dn.55) Art.1 N.200; *Ulmer/Brandner/Hensen* (dn.4) § 2 N.83vd.; ayrıca bkz. *Atamer* (dn.1) 104vd.

58) Kuşkusuz, GİŞ'in sözleşme içeriği olmasını kabul ettiği şeklinde beyanı yorumlanan müşterinin, Borçlar Kanunu m.23 vd. uyarınca, hata hükümlerine başvurması her zaman mümkündür.

yer alan kayıtlar o kadar beklenmezdir ki bu kayıtların global kabule rağmen sözleşme içeriği olduğundan bahsedilemez. Müşterisi için olağandışı ve şaşırtıcı olduğunu bildiği hükümleri GİŞ'e ekleyen işletmeci, bunların, müşterisinin kabul beyanı kapsamına girdiği konusunda haklı bir güven sahibi olamaz[59]. Genel işlem şartları bu hükümler olmaksızın sözleşme içeriği olur[60].

Beklenmez, şaşırtıcı olmadan kastedilen ise bir hükmün somut olayda müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmez olmasıdır. 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, o işleme yabancı bir hüküm söz konusudur[61].

Bu durumda sorulması gereken soru tacirler açısından da bazı hükümlerin beklenmez olarak nitelendirilme imkanı olup olamayacağıdır. İsviçre Federal Mahkemesine 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[62]. Tacirlerin de akdettikleri bazı sözleşmeler açısında deneyimsiz olması ihtimali karşısında mahkemenin bu ayrımı işin niteliğine daha uygun düşmektedir, zira bu şekilde tacir sıfatı gibi teknik bir sıfata değil somut olayda ilgili şahsın beklenmeyen bir hükmün etkilerini değerlendirebilecek kadar deneyim sahibi olup olmadığına bakılmaktadır[63]. Nitekim Alman GİŞ-yasası da, beklenmeyen hükümlerin sözleşme içeriği olamayacağını düzenleyen § 3'ü, tacirlere uygulanmayacak hükümler arasında saymamış ve onların da beklenmez hükümlere karşı korunmasına imkan tanımıştır (bkz.AGBG§ 24)[64]. Aynı şekilde Avusturya Medeni Kanunu da, yukarıda ifade

59) *Alfred Koller,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N. 1580; *Hardegger* (dn.5) 65; *Pierre Wessner,* "Le Consommateur final face aux contrats d'adhésion: le dispositif – insuffisant – de la protection civile", dans: Défense des consommateurs: Quel Progres?, Bern 1985, 57,63; *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.11; BGE 108 II 416,418; *İbrahim Kaplan,* Banka Sözleşmeleri Hukuku, cilt 1, Ankara 1996, 84.

60) Yargıtay da bu görüştedir. 1998 yılında verilmiş bir kararı uyarınca: "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** (vurgu bana ait), münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır."

61) Bkz. BGE 108 II 416,418

62) BGE 109 II 452,457

63) *Giger* (dn.55) 122vd.; *Forstmoser* (dn.52) 19

64) *Karl Larenz/Manfred Wolf,* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, 793

edildiği gibi, hem tüketici hem de tacirler açısından uygulama alanı bulan genel bir hüküm ile GİŞ içinde yer alan beklenmeyen sözleşme koşullarının denetimi imkanını getirmiştir[65].

3. Genel işlem şartlarının yorumlanması sorunu

Yürürlük denetimini aşan genel işlem şartları metni, ikinci adım olarak yoruma tâbi tutulacaktır. Yorumun içerik denetimine nazaran öncelik taşıması gerektiği açıktır[66]. 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 uygulanacağının 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 aşağıda ele alınacak olan içerik denetimine geçilmesi mümkündür.

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. Uygulamada sık sık karşılaşılan bir durum ise, genel işlem şartları içinde zaten düzenlenmiş olan bir hususun taraflar arasında ayrıca bir bireysel anlaşmaya konu olmasıdır[67]. Bu durumda hangi hükme öncelik verilmesi gerektiği sorusu doğacaktır. Alman GİŞ-yasası bu konuda açık bir hüküm ile tercihini bireysel anlaşmadan yana koymuştur (AGBG § 4). Tarafların iradelerinin pazarlık sonucu uyuştuğu haller kanun koyucunun gözünde ağır basmıştır. Yine bu hüküm de hem tüketiciler hem de tacirler açısından uygulama alanı bulur. Bireysel anlaşmanın yazılı veya sözlü, açık veya zımni olarak yapılmış olması önem taşımaz.

Alman hukukunda açıkça saptanmış olan bu çözüm İsviçre-Türk hukuklarında da yaygın kabul görmektedir[68]. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu yönde bir yaklaşım sergilemektedir:

65) Bkz. yukarıda III/3

66) *Lorenz Fastrich,* Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992, 22; *Berner Kommentar/Kramer (dn.35) Art.19-20 OR, N.124; Larenz/Wolf (dn.64) 794*

67) Örneğin GİŞ içindeki aksine düzenlemeler var olmasına rağmen müşteriye iskonto yapılması, verginin işletme tarafından ödeneceğinin kararlaştırılması veya yeni ifa tarihlerinin saptanması gibi.

68) *Berner Kommentar/Kramer* (dn.55) Art.1 OR N.210; *Giger* (dn.55) 67; *A.Koller* (dn.59) N.1594 vd.; *Hardegger* (dn.5) 40; *Forstmoser* (dn.52) 18. İsviçre Federal Mahkemesi kararlı için bkz. BGE 88 II 341,347; BGE 70 II 212,214. Türk hukuku için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.11; *Cemal Oğuz,* Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırlaması, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1994, 83vd.; *Oğuzman/Öz* (dn.53) 21. Sigorta poliçesi şartları açısından bkz. *Mehmet Bahtiyar,* "Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırdedilmesi ve Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, 133-148

"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[69] "...genel işlem şartlarının ... uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde ... münferit sözleşmedeki hükümlere aykır olan kayıtların uygulanmayacağı ... ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.[70]

*Bireysel anlaşmaların önceliği ilkesi*nin yanı sıra, genel işlem şartları kullanımı halinde başvurulan diğer bir yorum ilkesi ise *belirsizlik ilkesi* olarak adlandırılmaktadır. Buna göre bir genel işlem şartının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde olası yorum sonuçlarından müşteri lehine olanı, yani GİŞ kullanan aleyhine olanı tercih edilir[71]. GİŞ kullanarak sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak kullanan işletmenin bunların kaleme alınmasında özel bir sorumluluğu vardır. Kendisinden, anlaşılır ve birden fazla yoruma imkan tanımayacak şekilde genel işlem şartlarını kaleme alması beklenir[72]. Henüz Roma Hukukunda geçerli olan bu ilke[73] bugün örneğin Fransız (m.1162 - bütün sözleşmeler için), Avusturya (m.915 - bütün sözleşmeler için) ve İtalyan Medeni Kanunlarında (m.1370 - özellikle GİŞ için) hükme bağlanmıştır. Alman GİŞ yasası da § 5'de aynı düzenlemeye yer vermiş ve bu hükmün de hem tüketici hem de tacir açısından uygulanacağını kabul etmiştir.

İsviçre uygulamasında belirsizlik kuralı yaygın kabul görmektedir[74]. 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[75]. Diğer yandan bu kural sadece matbu sözleşmeler içindeki belirsiz hükümler açısından uygulama alanı bulur[76]. Türk doktrininde de sıkça savunulan[77] bu ilke bugüne kadar Yargıtay kararlarına çok az yansımıştır. Ancak 1998 yılında verdiği bir ilke kararında[78]

69) Y11HD 14.4.1995, YKD 1995, 1407,1411
70) Y3HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140-1141
71) *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.13; *Oğuzman/Öz* (dn.53) 142; *Altop* (dn.14) 131; *Haluk Burcuoğlu*, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995, 54.
72) *Teoman* (dn.26) 74
73) Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est - Celsus, Digesta 34,5,26
74) 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 ödemede bulunacağı yazılıdır. Ancak nakledilen panzerler yüklemeden sonra fakat henüz gemiye bağlanmadan geminin küpeştesini 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.
75) BGE 99 II 290,292
76) 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.)
77) *Tekinalp* (dn.9) 119,141; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* (dn.14) 162; *İbrahim Kaplan*, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, 72
78) 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).

Yüksek Mahkeme 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 (...) ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır."

Genel işlem şartları içinde yer alan bir hükmün belirsizlik yaratacak şekilde iki anlamlı değil de, hiçbir anlam verilemeyecek şekilde kaleme alınmış olması halinde ise bu hükmün yürürlük denetimine takılacağı ve hiç sözleşme içeriği olamayacağı kabul edilmelidir[79]. Bu hallerde, anlam verilemeyen hükmün sözleşme içeriği olacağı konusunda işletmenin güveninin korunması mümkün değildir.

4. İçerik Denetimi

Her ne kadar yürürlük denetimi ve yorum yoluyla, adil olmayan genel işlem şartları karşısında müşterilerin korunması imkanı açılıyorsa da bunun ancak kısmi bir koruma olabileceği açıktır. Zira GİŞ konusunda irade uyuşmasının gerçekleşmediğinin ileri sürülmesini, beklenmezlik 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 hakimin bu alanda yapabileceği hiçbir şey kalmamaktadır. Bu aşamada artık son çare doğrudan sözleşme içeriğinin denetlenmesidir. Oysa Türk hukukunda genel işlem şartları kullanımı halinde hakime bu tür bir denetim imkanı veren özel bir hüküm mevcut değildir. Hatta liberal düşüncenin etkisi ile, bütün Avrupa medeni kanunlarında olduğu gibi, hakimin sözleşme içeriğini denetlemesine ilişkin genel bir norma da Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Borçlar Kanununun sözleşme içeriğine ilişkin olarak getirdiği yegane sınırlandırmalar m.19 ve 20'den çıkmaktadır. Buna göre sözleşme içeriği emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine aykırı ve imkansız[80] olamaz. Nitekim GİŞ denetiminde uygulamada en çok başvurulan da bu maddeler olmaktadır. Ancak bunun yanı sıra hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen Medeni Kanun m.2/II'nin ve gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı tanıyan BK m.21'in de bazı hallerde sözleşme içeriğine müdahale imkanı verdiği kabul edilmektedir. Son olarak, 1998 yılı içinde Sermaye Piyasası Kurulunun seri:V/19 "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği"nin 47. maddesinde yapılan değişiklik ile çok sınırlı bir alan için de olsa getirilen içerik denetimi imkanı anılmalıdır. Aşağıda sırasıyla bu imkanlar üzerinde kısaca durulacak ve GİŞ denetimindeki işlevleri incelenecektir.

79) bkz. *Thomas Honsell*, "Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders", JA 1985, 260,263; *Ulmer/Brandner/Hensen* (dn.4) § 5 N.28
80) İmkansızlık sorunu GİŞ kullanımına özgü bir sorun olmadığı için bu konu üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

a. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

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. GİŞ açısından önem taşıyabilecek bu tür emredici hükümlere örnek olarak özellikle sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin yasadaki sınırlamalar anılabilir[81]. Diğer önem taşıyabilecek bir düzenleme ise GİŞ içinde kişilik haklarını ihlal eden hükümlerin bulunması halinde bunların, emredici olan MK m.23'e aykırılık nedeniyle batıl sayılabilecek olmasıdır[82].

Kişiliğin hukuki işlem yoluyla saldırıya uğraması halini düzenleyen bu madde özellikle kişinin hak ve fiil ehliyetinden ve özgürlüğünden vazgeçemeyeceğini öngörmektedir[83]. Sözleşmeyle yaratılan bağlılık, konu itibariyle kişilik haklarını zedeleyici bir nitelik taşıyabileceği gibi, bağlılığın boyutu açısından da bu sonucu doğuruyor olabilir[84]. Örneğin kişinin vücut bütünlüğünün ihlali veya ölümü halinde herhangi bir tazminat talebinde bulunulamayacağına ilişkin GİŞ birinci grup içinde değerlendirilecektir[85]. Buna karşılık bir acentenin kendisini 30 yıllık bir sözleşme süresi ile bağlaması veya kendisine 10 yıl rekabet etme yasağı getirilmesi ve bu sözleşmelerin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi imkanının da olmaması halinde bağlılığın boyutu açısından bir sorun vardır. Özellikle tacirler arasında kullanılan GİŞ içinde rastlanabilecek bu tür hükümlerin denetlenmesinde en önemli sorun hangi eşiğin 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[86]. 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[87].

81) BK m.99, 100, 189, 196, 230, 480; TTK m.766, 782, 784; Kara Yolları Trafik Kanunu m.111
82) Örneğin Federal Mahkeme, bir kefalet sözleşmesinde kefilin, alacaklının, herhangi birisiyle 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.
83) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Mustafa Dural*, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995, 142vd; *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 N.212vd.
84) *Gauch/Schluep/Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürick 1998, N.660vd.
85) 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).
86) *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 OR N.226; *Gauch/Schluep/Schmid* (dn.84) N.663; BGE 114 II 159,162; BGE 84 II 13,23.
87) BK m.349: "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nev'i noktasından hal icabına göre münasip bir sınır dahilinde şart edilmiş ise muteberdir."

b. Ahlaka Aykırılık

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 istenmemiştir[88]. Bunların da bir ölçüde hukuki yaptırımlarla donatılması ahlak düzenine atıf yapan normlar vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Ahlaka aykırılık sınırlaması bir emniyet supabı niteliğini taşır. Bu şekilde, içeriği kural olarak hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış olan, ancak ahlaki değer yargıları ile ölçüldüğünde son derece itici gelen bir sözleşmenin batıl sayılması imkanı getirilmiştir. Ancak ortalama bireyin ahlak anlayışından sapan her sözleşmenin denetlenmesi söz konusu değildir. Amaç sadece asgari düzeyde etik bir standardın korunmasıdır[89].

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 toplumlarda artık genel geçer bir ahlaki değer yargısından bahsetmek çok güçleşmiştir. Bunun yanı sıra toplumların sabit bir ahlak anlayışına sahip olduğu da düşünülemez. Söz konusu olan sürekli olarak içeriği değişen bir kavramdır[90]. 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[91].

Ahlaka aykırılık kavramının ne ölçüde genel işlem şartlarının denetiminde kullanılabileceği ise hayli belirsizdir. Alman hukukuna bakıldığında bir dönem İmparatorluk Mahkemesinin bu yoldan bir GİŞ denetimi icra ettiğini görmek mümkündür. Ancak 1956 yılında Alman Federal Mahkemesi bu içtihadı terk etmiştir. Özellikle sözleşme hukukunda ve ekonomik hayatın gelişiminde sürekli olarak ahlaklı/ahlaksız ayırımının yapılması doğru görülmediği gibi, ahlaka aykırılığın asıl olarak sözleşme içeriğine ilişkin bir değer yargısı olması, buna karşılık genel işlem şartları sorununun, sözleşmenin akdedilmesi yöntemine ilişkin çok daha farklı bir sorun olması da bu şekilde bir içerik denetimi yapılmasından vazgeçilmesini beraberinde getirmiştir[92]. İsviçre Federal Mahkemesi de, genel işlem şartları kullanımında sorunun, sözleşmenin akdedilme sürecinin özelliklerinden veya âkitlerden birinin konumundan kaynaklanması nedeniyle bu hallerde ahlaka aykırılık kavramına başvurmaktan imtina etmiştir[93].

88) *Larenz/Wolf* (dn.64) 742
89) *Fastrich* (dn.66) 20; *Mayer-Maly* in: Münchener Kommentar zum BGB, Band I, 3.Aufl. 1993, § 138 N.1-2
90) *MünchKomm/Mayer-Maly* (dn.89) § 138 N.17; *Jean-Baptiste Zufferey-Werro*, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Fribourg 1988, 180; *Mustafa Reşit Karahasan*, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İstanbul 1996, 235
91) *Adnan Güriz*, Hukuk Felsefesi, 2.baskı Ankara 1987, 14; Ahlak kavramının atıf yaptığı sosyolojik ve moral değer ve kuralların ayrıntılı açıklaması için bkz. *Zufferey-Werro* (dn.90) 151vd.
92) Bilgi için bkz. *Atamer* (dn.1) 156vd.
93) BGE 84 II 13, 27

Gerçekten de GİŞ içinde yer alan yetkili mahkeme kayıtları, delil sözleşmeleri, sorumsuzluk klozları gibi bir dizi hüküm aslında emredici hükümlere aykırı olmadığı gibi, bunlar bireysel bir sözleşme içinde yer alsa pekala geçerli olarak da nitelendirileceklerdir. Oysa GİŞ içinde yer almaları halinde bu hükümler sadece bu yüzden denetlenmekte ve geçersiz sayılabilmektedir. Yani hakkında ahlaka aykırılık değer yargısına asla varamayacağımız hükümler denetlenmek zorundadır. Ahlaka aykırılık ölçütü, sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğüne çok geniş bir sınır çizer[94] ve sadece tarafların aşmalarına izin verilmeyen en uç noktayı saptar. Bu düzeyin altında kalan bir sözleşme içeriği ise Borçlar Kanunu açısından kural olarak geçerlidir[95]. Bu açıdan ahlaka aykırılık kriteri, sözleşme adaletinin, tarafların özgürce sözleşme akdetmesi halinde kendiliğinden gerçekleşeceğine inancın geçerli olduğu dönemler için yeterli bir denetim kriteri olarak kabul edilebilir. Oysa bugün için etik değer yargılarını ayaklar altına almayan bir sözleşme içeriğinin söz konusu olduğu hallerde de, zayıf olanın korunması düşüncesiyle sözleşmeye müdahale bir ihtiyaç oluşturmaktadır[96]. Ahlaka aykırılık ile sosyal adaletsizlik örtüşen kavramlar olmadığı için[97] 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.

Ancak bu tespit kuşkusuz genel işlem şartları içinde de zaman zaman ahlaka aykırı olarak nitelendirilebilecek kadar aşırıya kaçan hükümlerin yer almasına engel değildir. Bunlar nasıl ki bir bireysel sözleşme içinde yer alsalardı denetlenecek idiyseler aynı şekilde GİŞ içinde de denetleneceklerdir. Yargıtay, genel işlem şartları sorununa ilişkin olmamakla birlikte genel olarak bireyin iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını beraberinde getirecek olan sözleşme hükümlerini ahlaka aykırı olarak nitelendirmektedir[98]. Özellikle tacirler arasında kararlaştırılmış olan cezai şartın fahiş olması halinde TTK m.24'e rağmen bu hükümlerin BK m.20 uyarınca ahlaka aykırı ve batıl sayılmasını yüksek mahkeme kabul etmektedir[99].

94) *Manfred Wolf,* Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, 38; *Nordmann* (dn.8) 99; *Fastrich* (dn.66) 20
95) *Fastrich* (dn.66) 20
96) aynı yönde *Nordmann* (dn.8) 99; *Fastrich* (dn.66) 18
97) *Fastrich* (dn.66) 20; aksi görüşte *Schwenzer* (dn.5) N.32.18
98) İktisadi yıkımı beraberinde getiren sözleşme hükümlerinin ahlaka aykırılığı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *İsmet Sungurbey,* Türkiye'de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994, 46vd. Yazarın, faiz intibak hükümlerinin ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü aşağıda değerlendirilecektir (bkz. IV/5/b/aa).
99) YHGK 20.3.1974, 1053/222, YKD 1977, 11vd

c. Gabin

Borçlar Kanunu m.21 uyarınca, bir sözleşmede edimler arasında açık bir dengesizlik varsa ve bu durum, zarar görenin zor durumda bulunmasından, tecrübesizliğinden veya düşüncesizliğinden karşı tarafın kasten yararlanması sonucu doğmuş ise, zarar gören, sözleşmenin akdinden itibaren geçecek bir yıllık süre içinde bu sözleşmeyi iptal edebilir. Liberal ekonomik görüşe sadık olan Borçlar Kanunumuz edimler arası dengeye kural olarak müdahale etmez. Taraflar pazarlık sonucu kendileri için en elverişli sözleşme içeriğini saptama serbestisine sahiptir. Ancak bu serbestinin olmadığı istisnai durumlarda yani sübjektif olarak sömürülenin bu sömürüyü engelleyemeyecek durumda olduğu hallerde artık yasa koyucu sözleşmeden kurtulmak için ona bir imkan tanımıştır.

Genel işlem şartlarının denetlenmesinde elverişli bir kıstas olarak gabin hükümlerine başvurulabileceği zaman zaman doktrinde ileri sürülmüştür[100]. Nitekim gabinin varlığını kabul için aranan şartların doktrinde yumuşatılması ile birlikte, GİŞ kullanımının, gabin olgusuna uyması olanağı artmıştır. Her şeyden önce tarafların edimleri arasındaki dengesizliği tespit ederken sadece asli edimlerin değil, bunun yanı sıra bütün diğer sözleşme koşullarının ve yan edimlerin de birlikte değerlendirmeye katılması, genel işlem şartlarının, bir tarafın ediminin değerini önemli ölçüde artırdığı gerçeğini dikkate alma imkanı vermiştir[101]. Bu sayede bir tarafın GİŞ kullanımı 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 müşteri 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[102]. Aynı şekilde GİŞ kullanan kişi açısından bu tecrübesizlikten 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.

100) *Hans Merz,* "Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen", Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, 313,334; *Karl Oftinger,* "Betrachtungen über die Laesio im schweizerischen Recht", Festschrift Pan J. Zepos, Athen u.a. 1973, 535,547; kısmen bu yönde *Giger* (dn.55) 84; *Michael Kamm,* Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht - ein Vergleich, Köln 1985, 202; *Mehmet Bahtiyar,* "Genel işlem koşullarına karşı tüketicinin korunması", YD Ocak-Nisan 1996, sy.1-2, 76,92.
101) *Hans Merz,* "Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse", SJ 1975, 193,202
102) *Merz*(dn.100)313,334;aynı yazar(dn.101)193,203;*Akman*(dn.9)1318;*Altop*(dn.14)136; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* (dn.14) 164; *Ümit Gezder,* Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, 151

Gabin var olan bir sözleşmenin kural olarak gabine uğrayanın iptal beyanı ile geriye etkili olarak tümü itibariyle geçersiz sayılacak olması ise genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeler açısından elverişsiz bir düzenlemedir. Zira bu hallerde amaç sözleşmeyi ayakta tutmak ve sadece ilgili hükmü geçersiz kılmaktır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin 1997 yılında kabul ettiği gibi[103], BK m.20/II hükmünde öngörülen, sözleşmenin sadece bir kısmının butlanı halinde geri kalanının kural olarak ayakta kalacağına ilişkin hükmün kıyasen gabin hallerinde de uygulanacağı görüşü benimsenirse bu tereddüt de ortadan kalkacaktır.

Ancak buna rağmen GİŞ sorunu için kalıcı bir çözümün BK m.21 aracılığı ile elde edilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira hem gabine uğrayanın bunu 1 yıllık bir süre içinde ileri sürmesinin gerekmesi hem de bu geçersizlik halini hakimin resen dikkate alamıyor olması denetim imkanını önemli surette sınırlandırmaktadır. Diğer yandan bu maddenin uygulanabilmesi için asli edimler arasında açık bir orantısızlık arandığı unutulmamalıdır. Edim kavramı ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın, genel işlem şartları hükümleri sözleşmenin kurulması koşulları, ifası, ifa etmemenin sonuçları, ispat kuralları gibi bir dizi hüküm içerirler ve tek tek bu hükümler üzerinden yapılan bir değerlendirmede edimler arasında aşırı bir dengesizlik tespit etmek güç olabilecektir. Buna rağmen Türk hukukunda GİŞ denetimi konusunda genel bir düzenleme getirilene kadar mahkemelerin bu maddeden faydalanması düşünülmelidir.

d. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık

Medeni Kanun m.2 fıkra II hakların açıkça kötüye kullanılmasının hukuken himaye görmeyeceğini ifade etmektedir. Maddenin birinci fıkrasında ifadesini bulan dürüstlük kuralı, hukuki bir ilişki içinde olan kişilere, karşılıklı olarak birbirini gözetme yükümü getirirken ikinci fıkrada yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı ise ileri sürülmesi açıkça adaletsiz sonuçlar doğuracak olan 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. MK m.2/I'in uygulandığı hallerde hakim kanundan 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 m.2/II'nin uygulandığı hallerde, var olan bir hakkın sınırlarını belirlemek söz konusudur.

103) BGE 123 III 292, 297. Nitekim İsviçre öğretisinde bu görüş büyük kabul görmektedir: *Gauch/Schluep/Schmid* (dn.84) N.754; *Berner Kommentar/Kramer* (dn.55) Art.21 N.49; *Schwenzer* (dn.5) N.32.55. Ayrıca bkz. *Atamer* (dn.1) 165 dn.137.

Genel işlem şartları denetimi açısından bakıldığında başvurulacak olan fıkra Medeni Kanun m.2/II'dir. Yani hangi hallerde işletmenin bir hakkını kötüye kullandığı tespit edilecektir. Ancak sorun bu şekilde ortaya konulduğunda aslında içerik denetimi ile olan farklılık açıkça ortaya çıkmaktadır. 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[104]. 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 işlevlere 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[105]. Örneğin faizi dilediği gibi artırma[106] veya istediği zaman ifa etme hakkının tanındığı hallerde[107] bu hakkın işletme tarafından ancak MK m.2/II çerçevesinde kullanılabileceği açıktır. İçerik denetimi genel olarak faiz artırımı hükmünün, akdedilen türden bir sözleşmede müşteriyi aşırı ölçüde mağdur edip etmediğini ve dolayısıyla batıl sayılması gerekip gerekmediğini incelerken, MK m.2/II uyarınca denetim, bu normun geçerli kabul edilmesi halinde faizin somut olayda %50'den %150'ye yükseltilmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip gelmediği sorunu ile ilgilidir[108].Yani söz konusu olan, GİŞ için getirilmiş özel bir denetim kriteri değildir[109]. Gerek

104) *Roth in:* Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 3. Aufl. München 1994, § 242 N.255; *Konstantin Simitis,* Gute Sitten und ordre public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB, Marburg 1960, 31; *Fastrich* (dn.66) 24-25; *Nordmann* (dn.8) 115; *Soyer* (dn.15) 150; aynı yönde, Martina Buol, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, N.350; *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.18

105) *Merz* (dn.100) 313,336; aynı yönde BGB § 242 için: *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) § 9 N.27 ve 117. Ayrıca sözleşmenin GİŞ çerçevesinde kurulmasında, içeriğinin tayininde, özellikle belirsizlik kuralının uygulanmasında ve sözleşmenin yorumunda hep MK m.2'den faydalanıldığı da unutulmamalıdır.

106) Y19HD 4.2.1997, 3416/831, YKD 1997,963

107) Y13HD 7.4.1981, YasaHD 1981,658

108) *MünchKomm/Roth* (dn.104) § 242 N.478. Sorumsuzluk anlaşmaları açısından hakkın kötüye kullanılması olgusunu gerçekleştirebilecek örnekler için bkz. *Buol* (dn.104) 352vd.

109) aynı görüşte *Kamm* (dn.100) 209; *Ernst Kramer,* "Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven", SJZ 1985, 17,24, dn.52

bireysel sözleşme gerekse GİŞ içinde yer alan bu hükümlerin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı düşüp düşmediği aynı şekilde inceleme konusu olur. Dolayısıyla GİŞ'e özgü olarak geliştirilmeye çalışılan farklı denetim kriterleri burada söz konusu değildir[110].

Nitekim Yargıtay da müstakar içtihatlarında bu ayırımı çok doğru olarak gözetmektedir:

> *"Tacirler arasında sözleşme faiziyle temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK'nun 19/I maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı, batıl bir hüküm niteliği taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (Medeni Kanun m.2). Bu kuralın sonucu olarak Bankanın fahiş bir kazanç amacı ile, faiz oranını tek taraflı artırma yetkisine dayanarak haklı görülemeyecek bir orana yükseltmesi, hakkın suiistimalini oluşturacağından, sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK'nun 2. ve 3. maddelerinin korumasında bulunduğunun kabulü gerekir."*[111]

> *"Davacılar davalı banka tarafından faiz oranlarının fahiş olarak artırıldığını ileri sürmüşler, bilirkişi kurulu da faiz oranına ilişkin artışı BK'nun 19. ve 20. maddeleri ile MK'nın 2. maddesine aykırı bulmuşlardır. Taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinde artan faiz oranlarının uygulanacağı kabul edildiğinden bu durum BK'nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez. Ancak sözleşmenin bu maddesi ile davalı bankanın iradesine bırakılan faiz oranını artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içerisinde davranılması MK'nun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür."*[112]

e. Kamu Düzenine Aykırılık

Borçlar Kanunu m.19'da anılan diğer bir sözleşme içeriği sınırı kamu düzenine aykırılıktır. Burada "kamu"dan anlaşılması gereken toplumdur. Kamu düzenine aykırılıkları engellemedeki amaç birey karşısında toplumun menfaatlerini korumaktır[113]. "Düzen" ise devlet içinde var olan hukuk düzeni olarak anlaşılmalıdır. Amaç bir bütün olarak hukuk düzenini korumaktır[114]. Bu açıdan emredici hukuk

110) Nitekim MK m.2'nin, hakların kullanımının sınırlandırılmasında en son çare *(ultima ratio)* olması düşüncesi hakkın "aşikar" 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* (dn.35) Art.19-20 N.232)

111) Y19HD 25.11.1994, 6472/11467, YKD 1995, 86, 89. Kararda Medeni Kanun m.3'den bahsedilmiş olması yerinde değildir. Zira iyi niyet ilkesini düzenleyen bu madde, bir hakkın doğumunda var olan bir engeli bilmeme ve bilmek zorunda olmama halinde hukuki sonucun ne olacağını düzenler ve bu açıdan konuyla ilgisizdir.

112) Y19HD 30.10.1997, 5007/9024, YKD 1998, 1513, 1515. Aynı yönde Y19HD 4.2.1997, 3416/831, YKD 1997, 963.

113) *Conrad Stockar,* Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standartverträgen nach schweizerischem Recht, Basel, Stuttgart 1971, 56

114) *Stockar* (dn.113) 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* (dn.90) 232-233)

kurallarına aykırılığın[115] yanı sıra, bazı hallerde, yedek hukuk kurallarına aykırılık da kamu düzeni ihlalleri araştırılırken dikkate alınacaktır[116]. 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. Bunun yanı sıra yazılı olmayan hukuk normları ve hatta hukuk düzenimizin temel değer yargıları da bu kavram çerçevesinde ele alınır[117]. Dolayısıyla kastedilen hiçbir şekilde pozitif hukukla sınırlı bir düzen değildir. Anayasal normların da, kamu düzeni kavramı yoluyla dolaylı olarak özel hukuk alanında uygulanması mümkündür[118]. 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[119].

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[120]. Bireyin sözleşme özgürlüğü ile kamunun, var olan düzenin korunmasındaki menfaatinin çatışması halinde hangisinin tercih edileceğini belirlerken hakim özellikle hangi kamusal değerlerin ihlal edildiğine bakacaktır[121]. 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

115) Bundan anlaşılması gereken kamunun korunması amacıyla konulmuş olan emredici hukuk normlarının tümüdür. Varlığı toplumun menfaatine olan hukuk normlarının tümü kamu düzenine dahildir. 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, *Senai Olgaç*, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1969, 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* (dn.90) 598-600)

116) *Nordmann* (dn.8) 41; *Simitis* (dn.104) 177-178; *Schenk-Engeler* (dn.13) 109; *Jean-François Perrin*, "La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse", SJZ 1973, 209,217

117) *Stockar* (dn.113) 61; *Baudenbacher* (dn.5) 293; *Hardegger* (dn.5) 105, 108 dn.87; *Simitis* (dn.104) 172vd.

118) *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 OR N.163; *Stockar* (dn.113) 73; *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.9) § 23 N.17. Anayasa normlarının özel hukuk ilişkilerine dolaylı olarak uygulanması bugün genel kabul gören bir yaklaşımdır. Bu konuda bkz. *Dural* (dn.83) 99-100; *Tandoğan* (dn.2) 12-13; *Soyer* (dn.15) 175vd.; *Sungurbey* (dn.98) 11'deki not; *Gauch/Schluep/Schmid*, (dn.84) N.679.

119) Örneğin bir işyerinde kadın ve erkek çalışanlar için cinsiyete dayalı olarak farklı sözleşme koşullarının saptanmış olması halinde, AY m.10'un kamu düzeni çerçeve hükmü aracılığıyla özel hukuk kişileri arasında da etki doğurmasından faydalanarak, sözleşme hükümlerini batıl saymak mümkün olacaktır. Aynı şekilde yukarıda dn.'de verilmiş olan acente örneğinde de, 10 yıllık çalışma yasağını, kamu düzeni ve AY m.48 aracılığıyla batıl saymak mümkün olacaktır.

120) *Stockar* (dn.113) 67; *Hardegger* (dn.5) 107

121) Sorumsuzluk şartları açısından bkz. *Erten* (dn.54) 86-87

mevcut ekonomik düzenin korunması da başlı başına kamu düzeninin korunmasının bir gereğidir[122]. Bizim ekonomik düzenimiz liberalizm ve onun temel taşı olarak da rekabet özgürlüğüdür. Bu özgürlüğün kısıtlanması kadar irade özerkliğinin sınırlanması 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[123].

Nitekim bu düşüncelerledir ki 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[124]. *Kramer*'e 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[125]. Aynı şekilde GİŞ aracılığıyla işletmenin taşıması gereken rizikoların tümüyle müşterilere yansıtılması, rekabet ortamında bir çarpıklığa yol açacağından ekonomik kamu düzeninin bozulduğu da ileri sürülebilecektir[126]. Müşterilerin, hangi GİŞ'in daha elverişli olduğunu değerlendirmesi mümkün olmadığından, müşteriyi daha fazla sömüren GİŞ de piyasada kullanılabilecek ve işletmeye haksız bir avantaj sağlayacaktır[127]. 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. 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

122) *Schluep*, "Kartellrechtliche Grenzen von warenzeichenrechtlichen Abgrenzungsverträgen (besonders nach Art.85 EWGV)", GRUR Int.1985, 534,536; *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 N.159 ; *Marco Toller*, "Schuldrechtliche Folgen der Verletzung von Art.8 UWG", in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, Zürich 1995, 1,69
123) *Hardegger* (dn.5) 107; *Stockar* (dn.113) 69
124) *Stockar* (dn.113) özellikle 75vd.; *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 OR N.158 ve 291; *Baudenbacher* (dn.5) 292; *Huguenin Jacobs* (dn.36) 85,88 ve 93; *Schenk-Engeler* (dn.13) 208vd; *Hardegger* (dn.5) 104vd.; *Toller* (dn.122) Wirtschaftsrecht, 51, 69; *Bernd Stauder*, "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, 290; *Thomas Koller*, "Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung", recht 1999, 43,49.
125) *Kramer* (dn.109)17,24
126) *Toller* (dn.122) 51,68; *Nordmann* (dn.8) 43
127) *Toller* (dn.122) 51,69

arasında böylesi bir uçurumun var olması düşündürücüdür. Zira yedek hukuk kurallarının, sadece taraflar arasında herhangi bir düzenleme yapılmayan alanlarda devreye girerek sözleşme boşluğunu doldurmakla sınırlı bir işlevi yoktur. Yedek hukuk kurallarının haklı, adil ve her iki sözleşenin menfaatlerini dengeleyici bir içeriğe sahip oldukları kabul edilir[128]. Sözleşme hukukuna ilişkin yedek kurallar, bir "düzen işlevine" sahiptir[129]. Yedek hukuk kuralları da ancak sınırlı bir oranda "yedektir". 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[130].

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[131]. *Biedenkopf*'un ifadesi[132] 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 ayrılınması halinde, sözleşmenin, bu farklı düzenlemeyi gerekçelendirecek, telafi edecek bir içeriğe sahip olması gereklidir.

Nitekim Yargıtay da 1995 yılında verdiği bir kararında[133], açıkça kamu düzenine aykırılıktan bahsetmemekle birlikte GİŞ denetiminde yedek hukuk kurallarının işlevini vurgulamıştır:

> *"... Ayrıca tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme fonksiyonu, hakkaniyete uygunluk gibi esaslar göz önünde tutularak, genel işlem şartları içinde vasıflandırabileceğimiz sigorta genel şartlarında yer alan bazı kuralların da geçersiz sayılacağı kabul edilebilecektir."*

Bir klozun kamu düzenine aykırılığından bahsedebilmek için[134], 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

128) *Akman* (dn.2) 71; *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 N.277; *Nordmann* (dn.8) 41
129) *Eugen Bucher*, "Der Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen", in: FG Deschenaux, Freiburg 1977, 249; *Stauder* (dn.124) 279,290; *Hönn* (dn.12) 190; *Simitis* (dn.104) 177; *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 N.277
130) *Simitis* (dn.104) 177. 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
131) *Berner Kommentar/Kramer* (dn.35) Art.19-20 N.277; *Perrin* (dn.116) 209,216; *Giger* (dn.55) 105; *İbrahim Kaplan*, "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Koşulları", BATİDER 1991, sy.2, 49,62
132) *Kurt Biedenkopf*, "Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht", in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS Böhm, Karlsruhe 1965, 113,135.
133) Y11HD 14.4.1995, 1993/3369, YKD 1995, 1407,1411
134) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer* (dn.1) 203vd.

bundan sonra somut sözleşmede bu modelden sapma olup olmadığına ve bu sapmanın düzeyine bakılabilir. Sapma müşteri açısından ölçüsüzse artık hakimin 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 hukukumuza içkin hukuki ilkeleri ve mukayeseli hukuk verilerini de hakimin bu aşamada dikkate alması mümkündür. Ancak yasada 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.

f. Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği m.47/III Kuralına Aykırılık

Sermaye Piyasası Kurulunun seri:V/19 "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği"nin[135] 47. maddesinde 1998 yılında yapılan değişiklik[136] ile aşağıdaki 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 ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez."

135) RG 1 Mart 1995, sy.22217, 6-26
136) 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

Görüldüğü gibi aracı kuruluşlar ve müşteriler arasında akdedilen çerçeve sözleşmelerde, ki bunlar pazarlık konusu yapılmamış olduğu sürece GİŞ sayılırlar, yer alan ve müşterilerin aleyhine hükümler geçersiz sayılabilecektir. 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. 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 yaptırmak 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.

Bu tür bir zedeleyici durum ortaya çıkıyorsa yaptırımın ne olacağı açıkça düzenlenmemiş olsa da kural olarak burada da BK m.20 uyarınca butlan yaptırımının uygulanacağı kabul edilmelidir. Yani çerçeve sözleşmede yer alan ilgili hüküm geçersiz sayılacaktır.

Dikkat edilmelidir ki madde tacir ve tüketici açısından bir ayırım yapmamış ve bu şekilde aracı kurum ile işlem yapan herkesin koruma kapsamına alınacağını öngörmüştür. Bu sayede tacirler de haklarını ciddi şekilde zedeleyen hükümlerin butlanına hükmedilmesini talep edebilecektir.

5. Tacirler Arasında Kullanılan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Konusunda Mevcut Yasal Durumun Tespiti ve Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlerin Bu Açıdan Değerlendirilmesi

a. Mevcut Yasal Durum

IV. bölümde açıklandığı üzere, bugün genel işlem şartlarının denetlenmesi konusunda Türk hukukunda özel bir yasal düzenleme olmasa bile sözleşme adaletini sağlamak açısından hakimin elinde yine de çok sayıda imkan vardır. **Yürürlük denetimi** safhasında, tacirlerin bu konuda daha bilgili ve hazırlıklı olmaları nedeniyle güven kuramı uyarınca çok sık GİŞ'in sözleşme içeriği olduğu kabul edilmek gerekecekse de, en azından beklenmezlik kuralının onlar açısından da uygulama alanı bulacağı açıktır. Bu sayede, ilgili tacirin işlem hayatında hiç karşılaşmayı beklemediği hükümlerin sözleşme içeriği olması engellenebilecektir.

Diğer yandan sözleşme içeriği olmuş olan GİŞ açısından **yorum** yoluyla da sözleşme adaletinin sağlanması düşünülebilecektir. Özellikle taraflar arasında yapılmış olan bireysel anlaşmaların öncelik taşıyacağı ilkesi ve belirsiz genel işlem şartlarının işletme aleyhine yorumlanacak olması kuralları da tacirler açısından bir koruma sağlayacaktır.

İçerik denetimi açısından hakimin elindeki çeşitli imkanlar değerlendirildiğinde ise şöyle bir tablo ile karşılaşılmaktadır: **Emredici hukuk kuralları** hiç kuşkusuz tacirler açısından da aynen uygulanacaktır. Diğer yandan sözleşme özgürlüğüne en uç sınırı çizdiğini gördüğümüz **ahlaka aykırılık** olgusu da tacirler arasında akdedilmiş olan sözleşmeler açısından bir sınır oluşturur. Sözleşme tarafı kim olursa olsun ahlaka aykırılık değer yargısı hep aynı kıstaslara göre verilir ve bu açıdan tarafların kimliklerinden soyut bir değerlendirmedir. Tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde **gabin** olgusu gerçekleşebilir mi sorusu dikkatli cevaplanmak gerekir. Özellikle gabinden bahsedebilmek için ilgilide işlemi yaparken aranan tecrübesizlik ve düşüncesizlik, tacirler açısından dikkate alınamayacak unsurlardır. Her tacir TTK m.20 uyarınca basiretli bir tacir gibi hareket etmek durumundadır. Buna karşılık zor durumda olma ve karşı tarafın bunu sömürmesi hali tacirler açısından da pekala söz konusu olabilecek bir durumdur[137]. Fakat genel olarak gabin olgusunun, edimler arasında açık bir dengesizlik düşüncesi üzerine kurulu olması, GİŞ açısından bu hükmün uygulanmasını hayli zorlaştırdığı da göz ardı edilmemelidir[138]. **Hakkın kötüye kullanılması yasağı** her sözleşmede, taraflardan birine tanınmış olan bir hakkın kullanımındaki sınırı oluşturur. İlgili hakkın GİŞ yoluyla tanınmış olması bu açıdan bir farklılık arz etmez. Hakim, hakkın kullanımında bir aşırılık olup olmadığını bütün sözleşmelerde aynı şekilde denetleyecektir. Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğin 47. maddesi de tacirler açısından uygulama alanı bulur. Ancak GİŞ'in denetimi sorununa değinen bu çok sınırlı halin uygulamada büyük bir etki yaratması düşünülemez.

Kanımca, tüketicilerin korunmasında olduğu gibi tacirlerin korunmasında da, kanun koyucu bir düzenleme yapana kadar içerik denetiminde asli denetim kriteri **kamu düzenine aykırılık** kavramı olmalıdır. 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[139]. Sözleşme içeriğinin denetlenmesinde 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. Özellikle GİŞ sorunu için yedek hukuk kurallarının taşıdığı önemi ortaya koyması açısından kamu düzenine

137) Aynı yönde *Arslan Kaya*, Adi ve Ticari İşlerde Faiz, İHFM C.LIV (1994), 347, 356; *Reha Poroy/Hamdi Yasaman*, Ticari İşletme Hukuku, 8.bası, İstanbul 1998, N.193
138) Ayrıntı için bkz. *Atamer* (dn.1) 167vd;
139) *Joseph Esser*, "§ 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession", ZHR 135 (1971), 320,335

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.

b. Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlerin Mevcut Yasal Durum Karşısında Değerlendirilmesi

aa. Faiz İntibak Hükümleri

Yukarıda I. bahis altında bir örneği verilmiş olan türde faiz intibak hükümleri bugün bankaların kullandıkları bütün kredi sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu hükümlerin geçerliliğini değerlendirebilmek için öncelikle faizlerin tespiti konusunda mevcut yasal durumun ne olduğu incelenmek gerekir. Halen yürürlükte olan Mevduat ve Kredi Faiz Oranları Hakkında 30.6.1987 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile bankaların uygulayacakları kredi faiz oranları serbest bırakılmıştır (m.3)[140]. İlgili kararın 4. maddesi uyarınca bankalar, serbestçe belirledikleri kredi ve mevduat faiz oranlarını ve bunların yürürlük tarihlerini banka şubelerinde halkın görebileceği şekilde ilan etmek yükümlülüğü altındadırlar. Eğer açılmış bir kredi varken faiz oranı değiştiriliyorsa madde 6/II uyarınca bu oran ancak ilan tarihinden itibaren uygulanabilir. Yani geriye etkili olarak bir artırım yapılması mümkün değildir[141], ancak bu artırımın ileriye yönelik yapılmasına da bir engel yoktur.

Eğer taraflar arasındaki sözleşmede bir faiz oranı saptanmamışsa prensip olarak 1984 tarihli Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundaki[142] oranlar uygulamaya girer. 1999 yılında bu kanunda yapılan değişiklikler[143] sonrası bugün sözleşmesel faiz oranı kural olarak TC Merkez Bankasının bir önceki yılın 31 Aralık günü, kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranıdır (m.1). Söz konusu reeskont oranı 30 Haziran günü, önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (m.1/cümle 2). Taraflarca saptanmamış olması halinde temerrüt faizi oranı da bu oran üzerinden belirlenir (m.2). Ancak Yargıtay uygulamasında genelde faiz oranları saptanmamış kredi sözleşmelerinde, bankanın aynı nitelikteki kredilere uyguladığı cari kredi faizinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[144].

140) sy.87/11921, RG. 1.7.1987, sy.19504, 34. Bkz. *Seza Reisoğlu*, 4491 Sayılı Yasa ile Değişik Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2000, 768
141) *Reisoğlu*, banka ve müşteri arasında yeni faiz oranının geriye yürüyeceği konusunda bir anlaşmaya varılsa bile bunun mümkün olmadığını ifade etmektedir (dn.140, 771).
142) 4.12.1985, No: 3095, RG 19.12.1984, sy.18610
143) 15.12.1999, No: 4489, RG 18.12.1999, sy.23910
144) Y19HD, 24.10.1994, 9676/9893 (*Cengiz Kostakoğlu*, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 3. Bası, İstanbul 2001, 153); Y19HD, 25.11.1994, 6472/11467 (BATİDER 1994/4, 157,158)

Bankaların kredi faiz oranlarını esnek tutması ihtiyacı, özellikle ülkemizde olduğu gibi ekonomik göstergelerin çok sık ve çok aşırı derecede değişebildiği ortamlarda adeta bir zorunluluk teşkil etmektedir[145]. Aksinin kabulü, yani faiz oranlarının ilk kredi alınması tarihindeki değer üzerinden donacağı görüşü, kredi faiz oranlarının aşırı derecede yüksek tutulması sonucunu beraberinde getirir ve bu açıdan tarafların menfaatine hiçbir şekilde uygun bir çözüm oluşturamaz[146]. Nitekim bu yüzdendir ki 1987 yılında faiz oranları ve bunların artırılması serbest bırakılmıştır.

Avrupa Birliğinin genel işlem şartlarına ilişkin 1993 tarihli yönergesinde de her ne kadar işletmelerin sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebileceğine ilişkin hükümler adil olmayan hükümler olarak nitelendirilmişse de buna önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre 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 müşteriyi bu artıştan derhal haberdar etmesi ve ayrıca müşteriye sözleşmeyi bu değişiklik nedeniyle feshetme hakkını tanımış olmasına bağlıdır[147]. Geçerli bir sebepten anlaşılması gereken ise kredinin refinansmanında önemli bir artış yaşanmasıdır. Bu durumda bankanın kendisi ancak daha yüksek faiz ile kredi bulabileceği için bunu açık kredi sözleşmelerine yansıtmak zorunda olacaktır[148]. Tüketici açısından bile sabit bir faiz oranı getirilmesini Avrupa Birliği öngörmemiştir. Bu açıdan tacirler arasında GİŞ kullanımında bundan aşırıya giden bir çözümü savunmak doğru gözükmemektedir. Örneğin Almanya'da Bankalar Birliği tarafından çıkarılmakta olan ve bütün bankaların benimsediği genel işlem şartlarının 12. maddesi[149]

145) aynı görüşte *İsmail Kayar*, Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997/2, 82, 87; *Kostakoğlu* (dn.144) 148; *Kaplan* (dn.59) 115-116.

146) *İsmet Sungurbey* tarafından ileri sürülen (dn.98, 64) : "... üstün bir pozisyonda bulunan ve fiilj bir tekel oluşturan bankaların genel kredi sözleşmelerinde açılmış kredilerde kararlaştırılan faiz oranlarını sonradan tek yanlı ve geçmişe dönük olarak diledikleri kadar artırabilecekleri ve bu farklar ödenmezse asıl alacaklarını vadesinden önce muaccel kılarak artırdıkları faizleriyle birlikte kovuşturabilecekleri yolundaki kuralların" ahlaka aykırılık nedeniyle batıl olacağı görüşü ise doğru gözükmemektedir. Zira yukarıda dn.141' de yansıtıldığı gibi faiz artırımın geriye dönük olarak yapılması 1987 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca zaten yasaktır. Dolayısıyla ahlaka aykırılık değil doğrudan emredici kurallara aykırılık nedeniyle bu hükümler geçersiz olacaktır. Banka faiz oranlarını yükseltikten sonra müşteri sözleşmeyi hemen sona erdirmek isterse, bu durumda da ancak o güne kadar uygulanan faiz oranı üzerinden hesap yapılacağı açıktır. Bankaların ne oranda hakim durumda sayılabileceği konusunda bkz. ileride V/3.

147) *Jörg Schwarz*, "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, 127,153; *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) RiLi Anh Nr.2b N.251vd.

148) *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) RiLi Anh Nr.2b N.253

149) General Business Conditions 12: ... (2) "The amount of interest and charges other than for private banking shall, in the absence of any other agreement, be determined by the Bank at its reasonable discretion" (3) "In the case of variable interest rate loans, the interest rate will be adjusted in accordance with the terms of the respective loan agreement" (4) "Interest adjustments and changes in charges according to paragraph 3 will be notified to the customer by the bank. If charges are increased, the customer may, unless otherwise agreed, terminate with immediate effect the business relationship affected thereby with one month from the notification of the change. If the customer terminates the business relationship, any such increased interest and charges shall not be applied to the terminated business relationship."

uyarınca bankalar faizlerini esnek bir şekilde saptayabilirler, ancak her halde bu artıştan müşterinin haberdar edilmesi ve kendisine sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanınması gerekir[150].

Türk hukuku açısından yönergenin çözümüyle tamamen örtüşen bir çözüm teklif eden *Kostakoğlu*'na göre, faiz oranı bankalar tarafından yükseltilebilir ancak bunun her halde müşteriye ihbar edilmesi gerekir. Banka genel işlem şartları içinde yer alan ve faizin dilendiği zaman ve miktarda artırılmasına ilişkin sözleşme kayıtları, bankanın *daha sonra* bu artıştan hemen müşteriyi haberdar etmeyeceği ve kendisine hesabı kapatma imkanı vermeyeceği anlamında yorumlanmamalıdır[151]. 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[152].

Faiz artışına ilişkin hükümlerin mevcut yasal düzenleme karşısında geçersiz olmadığı saptandıktan sonra bu artışın 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[153]. Yine aynı şekilde Alman hukukunda da Alman Medeni Kanunu § 315'den faydalanarak bu sonuca varılmaktadır. Taraflardan birinin edimi tek taraflı olarak belirleme yetkisinin olması halinde bunu ancak hakkaniyet kurallarına uyarak kullanabileceğini ifade eden bu hüküm uyarınca mahkemeler faiz intibak hükümlerinin uygulanmasını denetlemektedirler[154]. Alman mahkemesinin bu gerekçesine çok paralel olan Yargıtay'ın şu ifadeleri dikkate değerdir:

> *"... Sözleşenlerin, sözleşmenin kurulmasından sonra edimi (taraflardan 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 155."*

150) *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) § 9 N. D21

151) *Kostakoğlu* (dn.144) 150; aynı görüşte *Kayar* (dn.145) 82,89

152) Y19HD 26.10.1994, 10147/10028 (*Kostakoğlu* (dn.144) 166-167); 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* (dn.144) 174)

153) Aynı görüşte *Kostakoğlu* (dn.144) 148; *Kayar* (dn.145) 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); Y19HD 11.6.1999, 3468/4115 (*Kostakoğlu* (dn.144) 158); Y19HD 6.3.2000, 7999/1769 (*Kostakoğlu*, (dn.144) 154); Y19HD 15.5.1998, 1073/3465 (*Kostakoğlu* (dn.144) 160).

154) BGH NJW 1986, 1803,1804; aynı görüşte *Ulmer/Brandner/Hensen* (dn.4) Anh. § 9-11 N.282

155) Y3HD 22.1.1996, 14823/3463, YKD 1996, 710, 711; aynı: YHGK 4.12.1996, 3-717/850, YasaHD 1998, 50, 51

Her halde yapılacak faiz değişikliğinin ancak ileriye doğru uygulanması mümkündür; Geriye doğru da yeni ve yükseltilmiş faiz oranının geçerli olacağına ilişkin bir hüküm batıldır[156]. Diğer yandan finans piyasalarında yaşanan değişikliklerin faiz oranında bir indirime 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[157].

bb. Bankanın Kredi Sözleşmesini Sona Erdirme Yetkisi

Uygulamada faiz intibak hükümleri kadar sık karşılaşılan ve sorun doğurması muhtemel bir diğer hüküm, kredi sözleşmelerinde bankaya verilmiş olan, dilediği anda sözleşmeyi sona erdirme yetkisine ilişkin hükümdür. Yine faiz intibak hükümlerinde olduğu gibi bu hükümlerin geçersiz olup olmadığı konusunda bir değer yargısına varmak için öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeyi nitelendirmek ve bunun GİŞ olmasa tabi olacağı hukuksal rejimi tespit etmek gerekir.

Banka kredi sözleşmeleri, içinde birden fazla sözleşmenin unsurlarını barındıran, çok çeşitli edimler yükleyen bir sözleşme olması itibariyle bugün çoğunluk tarafından nevi şahsına münhasır *(sui generis)* bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu sözleşme bir yönü ile karz (ödünç), bir yönüyle vekalet, bir yönüyle de bir cari hesap sözleşmesidir. Dolayısıyla ilgili sözleşmeye kural olarak temelinde yatan bu farklı sözleşmelerin hükümleri kıyasen uygulanır.

Ancak genel kredi sözleşmesinin diğer bir niteliği de bu değerlendirmede önem taşıyacaktır. O da, bunun sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasıdır. Sürekli borç ilişkileri ise ya taraflar arasında saptanan belirli bir tarihte sona erer ya da belirsiz süreli olarak akdedilmiştir. Bilindiği gibi belirsiz süreli sürekli borç ilişkileri, taraflardan birinin 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)[158]. Belirli süreli borç ilişkilerinde ise kural olarak iki tarafın da sadece olağanüstü fesih hakkından faydalanması mümkündür[159]. Aşağıda kredi sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması ve kıyasen uygulanabilecek sözleşme ilişkileri dikkate alınarak çeşitli olasılıklar yansıtılacaktır.

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. Feshin hangi sürenin sonunda etkisini doğuracağı kanunda belirtilmediği için burada ihbarın karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade edeceği doktrinde ileri sürülmektedir[160]. Ancak fesih sürelerinin amacının karşı âkidin bir sürprizle karşılaşmaması ve kendisini sözleşmenin bitimine ayarlayabilmesi olduğu düşünülürse[161] 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[162]. *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[163]. 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[164].

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. Taraflar arasında *belirsiz süreli* bir sürekli borç ilişkisi olan hallerde, sona erdirme, olağan fesih hakkının kullanılması anlamına gelir, ancak belirli bir önel yasada öngörülmemiştir[165]. Vekalet sözleşmesinin üzerine kurulu olduğu özel güven ilişkisi nedeniyle *belirli süreli* bir vekalet sözleşmesinde de olağan feshin mümkün olduğu kabul edilmek gerekir[166]. Ancak iki tarafın da uygun olmayan zamanda istifa/azil nedeniyle karşı tarafın zararlarını tazmin etme borcu doğar (BK m.396/II).

Son olarak taraflar arasındaki ilişkiye karz akdinin hükümlerinin uygulanması düşünülen haller incelenmelidir. *Belirsiz süreli* bir karz akdinin varlığı halinde

156) 30.6.1987 tarihli Bakanlar kurulu Kararı (bkz dn.140) m.6/II uyarınca kredi faiz oranları açılmış ve açılacak kredi hesaplarına ilan tarihinden itibaren uygulanır. Dolayısıyla tarafların anlaşmaları halinde bile faizin geriye etkili uygulanması mümkün değildir (bkz. *Reisoğlu* (dn.140) 771). Ayrıca bkz. Y19HD 24.10.1994, 9676/9893 (*Kostakoğlu* (dn.144) 153); Y19HD 26.10.1994, 10147/10028 (*Kostakoğlu* (dn.144) 166)
157) Bkz. BGH NJW 1986, 1803,1804; *Ulmer/Brandner/Hensen* (dn.4) Anh. § 9-11 N.282
158) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özer Seliçi*, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977,132vd. ve 156vd.

159) İstisnalar için bkz. *Seliçi* (dn.158) 140vd.
160) *Sabih Arkan*, Ticari İşletme Hukuku, 4. baskı, Ankara 1998, 348 dn.1; *Poroy/Yasaman* (dn.137) N.361; *Karayalçın, Yaşar*, Ticaret Hukuku, 3.bası 1968, 590
161) *Seliçi* (dn.158) 150
162) *Halil Arslanlı*, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1959, 274
163) Ölüm ve fiil ehliyetinden yoksunluğun bütün sürekli borç ilişkilerinde haklı sebep sayılabileceği konusunda bkz. *Peter Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, 66vd.
164) *Arslanlı* (dn.162) 274
165) *Seliçi* (dn.158) 135
166) *Seliçi* (dn.158) 142

BK m.312 uyarınca kural, 6 haftalık bir fesih öneline bağlı kalınarak fesih imkanının kullanılmasıdır[167]. 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. 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 feshe ilişkin hükümler hiç sözleşme içeriği olmamış sayılır[168]. Bu sözleşmelerde sadece olağanüstü fesih imkanı vardır[169].

Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde genel kredi sözleşmesi açısından da temel ilkeleri şu şekilde saptamak mümkündür[170]. Banka ile müşteri arasındaki ilişki *belirsiz süreli* bir sürekli borç ilişkisi oluşturuyorsa kural, iki tarafın da makul bir fesih süresine uyarak sözleşmenin feshini ihbar edebilmeleridir[171]. Banka açısından bir süre tayin etmeden fesih imkanına GİŞ içinde yer verilmiş olması yasanın temel ilkelerine aykırı ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı sayılmalıdır[172]. Ancak tanınması gereken sürenin ne kadar uzunlukta olacağı somut olayın gereklerine göre tayin edilmek gerekir. Örn. Almanya'da bankalar tarafından

167) Faiz kararlaştırılmış olan belirsiz süreli ödünç akdinde, ödünç alanın da 6 haftalık süreye uyarak fesih imkanını kullanabileceği konusunda bkz. *Seliçi* (dn.158) 155 dn.159; *Gauch* (dn.163) 50 dn.3.

168) 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 (OLG Frankfurt, BB 1952, 871).

169) İsviçre hukuku için aynı yönde bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 70 II 212,214 ve *Hardegger* (dn.5) 43

170) Bu sonuçlar özellikle AB-yönergesinde finans hizmetleri sunanlar için getirilmiş düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bkz. Yönergenin eki m.2/a ve ayrıca *Schwarz* (dn.148) 127,153. Ayrıca Alman Federal Bankalar Birliği tarafından hazırlanmış olan GİŞ'de teklif edilen çözümlere de paraleldir (örn. bkz. Dresdner Bank AGB Art.19. Ayrıntılı bilgi için *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) § 23 N.764-776)

171) "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.

172) *Wolf/Horn/Lindacher* (dn.38) § 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

kullanılan GİŞ'de de bu süre "makul bir süre" olarak adlandırılmış fakat somutlaştırılmamıştır[173]. Bu konuda hakim takdir hakkını kullanacaktır (Medeni Kanun m.4). Eğer söz konusu olan belirli süreli bir ilişki ise, kural olarak, sözleşme sürenin tamamlanmasıyla sona erer.

Ancak gerek belirsiz gerekse belirli süreli sözleşmelerde tarafların ayrıca haklı sebeple fesih imkanı da vardır. Bu hallerde, belirsiz süreli sözleşmede fesih öneli tayin etme, belirli süreli sözleşmede ise sürenin sonunu bekleme yükümlülüğü düşer[174]. Haklı sebep ortaya çıktıktan sonra sözleşme fesih beyanı ile sona erer. Bu sebepler özellikle borçlunun maddi durumunun kötüleşmesi, maddi durumu hakkında yanlış bilgiler vererek bankayı kararlarında yanıltması veya bankanın haklı teminat taleplerini reddetmesi gibi sebeplerdir[175]. Ancak hakkın kötüye kullanılması yasağının her zaman haklı sebeple fesih imkanının da bir sınırını oluşturduğu unutulmamalıdır[176].

V. Genel İşlem Şartlarının Rekabetin Korunmasına İlişkin Hükümler Yoluyla Denetimi

1. Genel Olarak

Müşteriyi mağdur eden içerikte genel işlem şartları kullanımının denetlenmesinde akla gelebilecek bir diğer yol bu alanda rekabeti kuvvetlendirmek ve bu şekilde müşteri lehine hükümlere doğru bir yönelmeyi desteklemektir. Piyasaya bakıldığında gerçekten de işletmelerin çoğunun, her biri kendi pazarında olmak üzere çok benzer genel işlem şartları metinleri kullandıkları dikkati çekmektedir. Rekabet istenildiği gibi işlememektedir. Bu durumda rekabet hukukunun yaptırımları ile bir yere varılıp varılamayacağı düşünülmek gerekir. Yani bozulmuş olan rekabeti yeniden tesis için piyasaya müdahale edilmesi imkanları araştırılmalıdır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda yer alan iki yasaklanmış olgunun GİŞ kullanımında gerçekleşmiş olma olasılığı vardır. Bunlardan ilki piyasaya mal veya hizmet sunan teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya kararların var olması (RKHK m.4) ikincisi de hakim durumun kötüye kullanılıyor olmasıdır (RKHK m.6). Aşağıda bu iki rekabeti

173) "Upon observing an adequate notice period, the Bank may at any time terminate the business relationship as a whole, or particular relationships for which neither a term nor a termination provision has been agreed. In determining the notice period, the Bank will take into account the legitimate concerns of the customer."

174) Alman bankalarının genel işlem şartlarında bu madde şu şekilde kaleme alınmıştır: "Termination of the business relationships without notice is permitted if there is reasonable cause which makes it unacceptable to the bank to continue the business relationship, after having given due consideration to the legitimate concerns of the customer."

175) *Schwarz* (dn.147) 127,153

176) *Seliçi* (dn.158) 148vd.

bozucu hal kısaca incelenecek ve her bir bölümde bankacılık sektörü özelinde GİŞ kullanımı pratiklerinin bu kapsamda ele alınmasının mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Hem bu çalışmada bankacılık sektörü uygulamalarında tacirin korunması sorununa ağırlıklı olarak eğiliniyor olması hem de çok farklı piyasalardaki GİŞ kullanımları için tek tek bir sonuca varılmasının mümkün olmaması bu örneğin seçilmesinin temelinde yatmaktadır.

2. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

a. Rekabeti Sınırlayıcı Olgunun Takdimi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti bozan, kısıtlayan veya ortadan kaldıran, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar hukuka aykırıdır (RKHK m.4). Yasa, 3. maddede teşebbüs kavramını açıklamış ve bunları *"piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler"* olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla her hangi bir ekonomik faaliyet gösteren ve bunu ekonomik açıdan bağımsız olarak gerçekleştiren her gerçek veya tüzel kişi bir "teşebbüs" sayılır[177].

İşte bu teşebbüsler arasında danışıklı bir faaliyetten bahsedilebildiği hallerde rekabetin bozulduğu kabul edilir. Bu danışıklılık, ilgili piyasada hakim olan ve söz konusu teşebbüslerin de bir parçasını oluşturduğu rekabet ortamından sıyrılmak amacıyla aralarında bir irade uyuşmasına varmaları halinde söz konusu olacaktır. Yasaya göre bu irade uyuşması özellikle fiyatların veya fiyata etki eden maliyetlerin saptanmasına, piyasaların bölüşülmesine, arz veya talep miktarının kontrolüne, boykot, eşit durumdaki kişilere farklı muamele, ticari teamüllerin haklı göstermediği edimlerin taraflara dayatılmasına ilişkin olabilir (m.4/II). Ancak yasadaki sayım sınırlayıcı değildir.

Teşebbüsler arası irade uyuşmasının dışarıya nasıl yansıyacağı konusunda yasa üç olasılık anmıştır: bunlar anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarıdır. **Anlaşma** kavramı, rekabeti bozmayı veya sınırlandırmayı hedefleyen veya bu etkiyi doğuran her türlü mutabakatı ifade etmektedir. Bu açıdan teknik anlamda "sözleşme" kavramını da kapsayan ve fakat bundan daha geniş bir kavramdır. Örn. aksine davranışın hukuki değil sadece ahlaki yaptırımlar doğurabileceği centilmenlik anlaşmalarını da (*gentleman's agreement*[178])

177) ayrıntılı bilgi için bkz. *Kerem Cem Sanlı*, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, 29 vd.

178) *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, N.266

kapsar[179]. Yazılı veya sözlü, açık veya örtülü her türlü anlaşma bu kavram çerçevesinde değerlendirilir. Bu açıdan diğer bir irade uyuşması türü olan uyumlu eylem ile kavramsal sınırlarının çizilmesi kuşkusuz çok güçtür. Ancak iki nitelendirmenin de uygulanacak yaptırım açısından herhangi bir farklılık arz etmeyecek olması bu tartışmanın önemini azaltmaktadır[180].

Uyumlu eylem kavramından kast edilen ise bir anlaşma düzeyine varmamış olsa da teşebbüsler arası bilinçli bir uygulama paralelliğidir[181]. Burada değerlendirme, rekabeti bozduğu iddia edilen teşebbüslerin eylemleri dikkate alınarak yapılacaktır. Rekabet Kurulu 2000 tarihli bir kararında uyumlu eylemi şu şekilde tanımlamaktadır:

> *"Uyumlu eylemde, 4. madde açısından önemli olan, işletmeler arasındaki uygulama paralelliği değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olmasıdır. Bu bilinç, rakipler arasında bir "işbirliğinin" sonucu olabileceğinden, yasaya aykırı görülmüştür. Ancak uyumlu eylemin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre, uyumlu eylem için; a. en az iki veya daha fazla işletme olmalı; b. bilinçli paralellik bulunmalı, c. bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı d. rekabet sınırlanmalıdır. Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylem de yoktur[182].*

Rekabet Kurulunun ifadesinden anlaşılacağı üzere uyumlu eylemin ön koşulu olarak teşebbüs davranışlarında bilinçli bir paralellik aranacaktır. Bu kavramın eylem *öncesinde* teşebbüsler arasında bir bilgi akışı olması ve bunun sonucunda eylemlerin birbirine uydurulması olarak anlaşılması gerekir[183]. Avrupa Topluluğu Mahkemesi de genelde uyumlu eylemi, "teşebbüsler arasında; anlaşma seviyesine varmayan, fakat rekabetin risklerinden kaçınmak üzere bilinçli olarak ikame edilen pratik işbirliğinden oluşan bir koordinasyon şekli[184] olarak tanımlamaktadır[185]. Yani tarafların, rekabetin risklerinden kaçınmak amacıyla yerine işbirliğini ikame etmesi söz konusudur. Bu hallerde karine, teşebbüsler arası bir uyumlu eylemin var olduğu yönündedir[186]. Ancak bu karinenin aksinin

179) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Sanlı* (dn.177) 76 vd. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulunun 26.11.1998 tarihli, 93/750-159 sayılı "LPG" kararındaki açıklamalar, s.13 (http://www.rekabet.gov.tr/93-750-159.doc), RG 09.12.2000, sy.24255. Avrupa Birliği mahkemesi Sandoz kararında, mal tedarik edenin faturalarında yer alan "ihracat yasaktır" ibaresini, bu şartlar altında tekrar mal siparişinde bulunan bir işletme ile yapılmış bir anlaşmanın varlığını kabul için yeterli saymıştır. Mahkemeye göre ulusal hukuk düzenleri tarafından geçerli ve bağlayıcı sayılan bir sözleşmeye ihtiyaç yoktur (277/87 sayılı *Sandoz/Komisyon* kararı, ATKD [1990] I-45).

180) *Tekinalp/Tekinalp*, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000 içinde Ünal Tekinalp, § 28 N.11

181) Bkz. Rekabet Kurulunun 14.12.1999 tarihli ve 99-57/614-391 sayılı kararı (http://www.rekabet.gov.tr./99-57-614-391.doc) RG 26.08.2000, sy.24152: "Dosya mevcudu bilgiler ile konuya ilişkin ön araştırma raporundan, şikayete konu Turkcell ve Telsim'in uyumlu eylem içinde olduklarına dair karine teşkil edecek herhangi bir bilinçli paralel davranış gözlenmediği anlaşılmaktadır."

182) 23.03.2000 tarihli, 00-11/109-54 sayılı "SETBİR" kararı, s.13 (http://www.rekabet.gov.tr /00-11-109-54.doc), RG 17.11.2000, sy.24233.

183) bkz. *Volker Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., München 1999, 38; *Fritz Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., Heidelberg 1995, 255.

184) Tercüme için bkz. *Sanlı* (dn.177) 81

185) örn. bkz. C-49/92 P. sayılı *Komisyon/Anic Partecipazioni SpA.* Kararı, ATKD 1999, I-4125. AB hukukunda uyumlu eylem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp* (dn.180) § 28 N.14 vd.

186) *Sanlı* (dn.177) 82. RKHK m.4/III açıkça bu karineye yer vermiştir.

ispat edilmesi mümkündür. RKHK m.4/IV uyarınca ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Aynı şekilde Topluluk Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olan kriterlere göre, rekabet kuralları, teşebbüslerin aklın gereğine uygun davranmalarını engellemez, dolayısıyla pazarın ihtiyaçlarının yöneltmesi sonucu bir dizi teşebbüsün aynı yönde, paralel hareket etmeleri kaçınılmazdır[187]. Bunun ispatı halinde artık bir uyumlu eylemden bahsedilemeyecektir.

Son olarak **teşebbüs birlikleri kararları** ele alınmalıdır. Burada kastedilen teşebbüslerin kendi aralarında oluşturdukları birliklerin ve özellikle de mesleki örgütlenmelerin kararlarıdır. Rekabet kurallarının muhatabı sadece teşebbüsler değildir. Teşebbüs birliklerinin de alacağı rekabeti sınırlayıcı kararlar bu anlamda denetime tabidir. İlgili birliğin sadece bir tavsiye kararında bulunması halinde, bu tavsiyenin bir hukuka aykırılık oluşturabilmesi için en azından bu tür tavsiyelere ne ölçüde uyulmasının beklenebileceği ve bu açıdan geçmişteki uygulama dikkate alınacaktır[188].

Bütün bu işbirliği çeşitleri dikkate alındığında yasanın aslında işbirliğinin her türlüsünü kapsamış olduğu dikkati çekmektedir. Nasıl ortaya çıkarsa çıksın **rekabeti sınırlandırma amacı veya etkisi** olan her türlü ilişki madde 4 kapsamında ele alınabilecektir. Kuşkusuz böylesi bir amaç veya etki olmadığı sürece söz konusu faaliyetlerin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir[189].

b.Bankaların Kullandığı Genel İşlem Şartlarında Rekabeti Sınırlandıran Bu Olgunun Gerçekleşmesi

Bankaların tümünün çok benzer içerikli genel işlem şartları kullanması acaba rekabeti sınırlandırıcı bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı sayılabilir mi? Bu soruyu cevaplandırabilmek için kanımca öncelikle GİŞ kullanımı alanında bir rekabetin mümkün olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere[190] genel işlem şartları fiyat veya kalite gibi mukayese edilebilecek ve piyasada sunulan farklı olanaklardan en iyisi tercih edilebilecek niteliğe pek sahip değildir. Bu anlamda GİŞ'in bir rekabet parametresi olmaya aslında uygun olmadığı sıkça ileri sürülmektedir[191]. Nitekim bu gerekçe ile Alman Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda genel işlem şartları kullanımına ilişkin anlaşma, uyumlu eylem ve kararların kural olarak izinli olduğu kabul edilmiştir

187) Özellikle oligopol piyasalarda, yani az sayıda ama genelde eş güce sahip teşebbüsün bulunduğu piyasalarda bu durumla karşılaşılır. Zira bir teşebbüsün davranışı, diğerlerinin de bir bilinçli paralellik olmaksızın aynı yönde davranmasını gerektirebilir, bkz. *Tekinalp* (dn.180) 395.
188) Bkz. *Tekinalp* (dn.180) 394; *Sanlı* (dn.177) 84
189) *Yımaz Aslan*, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997, 61
190) yukarıda dipnotu 19'a ilişkin metin
191) *Hönn* (dn.12) 264; *Behrens* (dn.11) 172; *Fastrich* (dn.66) 86; *Atamer* (dn.1) 38

(§ 2)[192]. Amaç, GİŞ kullanımını mümkün olduğu kadar yeknesak hale getirmek, bu sayede rekabetin sadece fiyat ve fiyatı belirleyen unsurlar üzerinde yoğunlaşmasını sağlamak ve piyasanın saydamlığını artırmaktır[193]. Bu tür kartellerin bildirilmesi gerekir, ancak kartel kurumunun 3 ay içinde bu başvuruyu reddetmemesi halinde geçerli oldukları kabul edilirler.

Buna karşılık Türk hukuku, Avrupa Birliği hukukunun etkisinde, bu tür kartel oluşumlarını da kural olarak yasaklamıştır. Madde 4/II,a uyarınca *"her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi"* kural olarak rekabeti sınırlandırıcı olarak kabul edilir. Avrupa Topluluğu Antlaşması m.81/I,a uyarınca bu ifadeden anlaşılması gereken aslında her türlü sözleşme şartıdır, yani sadece satım sözleşmesi şartları değildir kast edilen[194]. Dolayısıyla bankaların kullandığı GİŞ'in de bu bağlamda ele alınmaya elverişli olduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda bankalar arasında açıkça bir anlaşmanın yapılmış olduğu veya bir mutabakatın ispatlanabildiği hallerde kuşkusuz bu açıdan bir denetim mümkündür. Ancak GİŞ kullanımı konusunda bu tür bir anlaşmanın yapılması pek akla yakın gelmemektedir, zira bankalar bu tür bir anlaşmaya ihtiyaç olmaksızın zaten yıllardır aynı içerikli genel işlem şartlarını kullanmaktadırlar. Bu konudaki davranış birliği kendiliğinden oluşmaktadır. Bu durumda daha çok bu davranışın bir uyumlu eylem olması düşünülebilir ki, bunun da takdiri kanımca büyük sorunlar doğurabilecektir.

Avrupa Birliği Mahkemesinin 1981 yılında verdiği bir kararında[195], bankalar tarafından Almanya genelinde yaygın bir şekilde aynı havale ücretlerinin uygulanıyor olmasının bir uyumlu eylem olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu ele alınmıştır. Mahkemeye göre teşebbüslerin, rakiplerinin davranışlarını tahmin etme ve buna göre önlemlerini alma imkanı vardır. Ancak rekabeti engelleyici bir durumun varlığını ret için, bu rakipler arasında pazarı paylaşmaya veya sınırlandırmaya yönelik her türlü doğrudan veya dolaylı temasın dışlanabilmesi gerekir. Dolayısıyla somut olayda bankalar arasında bir bilgi alışverişi olup olmadığı ve rekabet gereği gibi tesis edilseydi havale ücretinin uygulanmakta olan ücretten farklı olup olmayacağı ilgili üye ülke mahkemesi tarafından tespit edilmek gerekir. AT Mahkemesine göre, bankalar arasında bu tür bir koordinasyon tespit edilebiliyor ve bu koordinasyon ilgili hizmet pazarında rekabeti sınırlandırmaya elverişli sayılabiliyorsa o zaman bir uyumlu eylemden bahsedilmek gerekir.

192) Gerek 1.1.1999 yılında yürürlüğe giren yeni kanunda, gerekse bundan önce uygulanmakta olan ve 1.5.1980'de yürürlüğe girmiş olan kanunda aynı maddedir.
193) *Emmerich* (dn.183) 65; *Rittner* (dn.183) 214
194) Türk hukuku için bkz. *Sanlı* (dn.177) 107, AB hukuku için bkz. *Tekinalp* (dn.180) 420.
195) 172/80 sayılı *Zuechner/Bayerische Vereinsbank* kararı, ATKD [1981] 2021

Bir uyumlu eylemin kabul edilebilmesi için, yukarıda da ifade edildiği gibi, teşebbüsler arasında anlaşma seviyesine varmayan, fakat rekabetin risklerinden kaçınmak üzere bilinçli olarak tesis edilen bir işbirliği olmalıdır. Rekabet Kurulu da denetiminde hep bu bilinçli paralelliği aramıştır. İşte bu bilinçli paralellik kanımca bankalar açısından hayli zor ispat edilebilecektir. Ayrıca GİŞ kullanımının kitlesel olarak aynı türden işlemler yapan bankalar açısından bir zorunluluk olduğu da yadsınamayacağına göre burada m.4/IV'de getirilen kurtuluş kanıtı da ileri sürülebilir. Yani bu paralel eylemin ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandığı rahatlıkla iddia edilebilecektir.

Soruna her banka genel işlem şartlarında yer alan faiz intibak hükümleri açısından bakacak olursak, burada da farklı bir çözüme ulaşmak zor görünmektedir. Özellikle AB Mahkemesinin 1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararı[196] bu konuda yol göstericidir. Başvuru, İtalyan Bankalar Birliği (İBB) tarafından üye bankalarına uygulamak üzere verilmiş olan "Yeknesak Banka Kuralları" nedeniyle yapılmıştır. Bu kurallar uyarınca cari hesap sözleşmelerinde faizin, para piyasalarındaki gelişmelere göre artırılması veya indirilmesi mümkündür ve bankanın bunu ilgili yerlerde ilan yoluyla duyurması yeterlidir. Davacı öncelikle İBB tarafından üyelerine tavsiye edilen bu yeknesak kuralların ATA m.85 (bugün m.81) uyarınca rekabeti sınırlandırıcı bir etkisinin olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, yerleşmiş içtihadı uyarınca, rekabeti sınırlandırıcı bir anlaşmanın geçersizliğine hükmedebilmek için bu anlaşma olmasaydı pazarın ne durumda olacağına bakılması gerektiğini ifade etmiştir. Kural, her ne kadar rekabeti bozucu etki doğurma potansiyeli olan kartellerin de hukuka aykırı sayılması yönünde olmasına rağmen, ilgili anlaşmanın pazarı sadece çok sınırlı bir şekilde etkilemesi halinde hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. *"Bir cari hesap kredisi, işin doğası gereği, bankanın ilk başta tespit etmiş olduğu faiz oranını belirli kriterlere ve özellikle kredinin refinansman şartlarına göre değiştirebilmesi yetkisine bağlı olarak verilmektedir. Bu yetki, her ne kadar sözleşme süresi içinde faiz oranının artması rizikosunu beraberinde getiriyorsa da, aynı şekilde faizin indirilmesi imkanını da vermektedir. Olayda olduğu gibi faizin değiştirilmesi para piyasasındaki değişiklikler gibi objektif kriterlere bağlanmış ise, faiz oranının sabit olarak belirlenmesini imkanını dışlayan bir kartel, rekabeti sınırlandırıcı önemli bir etki sahibi olamaz."* Bu gerekçe ile AB-Mahkemesi bankalar arasındaki anlaşmanın rekabeti sınırlandırıcı bir etkisi olduğunu reddetmiştir.

196) C-215/96 sayılı *Bagnasco/Banca Popolare di Novara* ve C-216/96 sayılı *Bagnasco/Cassa di Risparmio di Genova e Imperia kararları*, ATKD [1999] I-135

3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

a. Rekabeti Sınırlayıcı Olgunun Takdimi

RKHK m.3 uyarınca hakim durum *"Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü"* ifade eder. Yine aynı kanun madde 6'da *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır."* Bu tanımlar dikkate alındığında hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için çeşitli koşulların gerçekleşmiş olması gerekir[197].

Öncelikle bir veya birden fazla teşebbüs[198] bulunmalıdır ve bu teşebbüsler belirli bir pazarda faaliyet gösteriyor olmalıdır. Hakim durum ancak aynı türden faaliyet gösteren teşebbüslerin oluşturduğu pazarda söz konusu olabilir. Bu ise ilgili pazarın (relevant market) hangisi olduğunun tespitini gerektirir[199].Piyasaların çeşitliliği düşünüldüğünde bu araştırmanın çok kapsamlı ekonomik değerlendirmeler yapılmasını gerektireceği açıktır. Bir kez ilgili pazar tespit edildikten sonra yapılacak olan, teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olup olmadığını araştırmaktır. Bu araştırmada temel kriter söz konusu teşebbüsün piyasa payı ve bu payın diğerlerine nazaran oranıdır[200].

Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hakim durumun kendisini değil sadece bunun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla ilgili piyasaya hakim olduğu tespit edilen bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı da ayrıca incelenmek gerekecektir. Madde 6/II kötüye kullanma sayılabilecek bir dizi hali öngörmüştür, ancak bu sınırlayıcı bir sayım değildir. Genelde bu haller üç başlık altında ele alınmaktadır[201]. Bir grup, sömürüye dayanan kötüye kullanmalardır ki bunlarda hakim durumda olan teşebbüs sahip olduğu ekonomik gücü kullanarak kendisine haksız bir menfaat sağlamaktadır. Yani kendisi ile sözleşme yapan tarafı sömürmektedir. İkinci grupta doğrudan pazara müdahale suretiyle rekabetin işleyişine etkide bulunulmakta ve rekabet zayıflatılmaktadır. Üçüncü grupta ise rakibin ilgili veya komşu pazarda kalması veya bu pazara girmesi önlenmektedir.

197) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gamze Aşçıoğlu* Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, 146vd.; *Sanlı* (dn.177) 244vd.; *Aslan* (dn.189) 211vd. Avrupa Birliği hukukunda hakim durum için bkz. *Tekinalp* (dn.180) 434vd.
198) RKHK'nun teşebbüs tanımı için bkz. yukarıda dn. 177'ye ilişkin metin.
199) *Emmerich* (dn.183) 178vd.; *Aşçıoğlu Öz* (dn.197) 152, *Tekinalp* (dn.180) 436vd. Ayrıca bkz. 6.9.1999 tarihli, 99-41/435-274(a) sayılı "Mc Donalds" kararı, s.4(http://www.rekabet.gov.tr/199-41-435-274(a).doc) RG 11.3.2000, sy.24219
200) *Sanlı* (dn.177) 251vd.; *Aslan* (dn.189) 214vd.
201) *Tekinalp* (dn.180) 450; *Yılmaz Aslan*, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, 231vd.

b. Bankaların Kullandığı Genel İşlem Şartlarında Rekabeti Sınırlandıran Bu Olgunun Gerçekleşmesi

Bankaların kredi sözleşmelerinin kurulmasında genel işlem şartları kullanması acaba bir hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilir mi? Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında kanımca bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira bir bankanın müşterisine GİŞ kabul ettirebilmesi onun ilgili piyasada hakim durumda olmasından kaynaklanmamaktadır. Yani o bankanın diğer bankalara nazaran pazar payının daha çok olması ve piyasayı belirleyebilmesi asla önem taşımaz. Son derece ufak bir pazar payına sahip olan banka da pekala müşterisine krediyi saptamış olduğu GİŞ çerçevesinde verebilmektedir. Sorun bankalar arasındaki hakimiyet ilişkileri değil, banka karşısında müşterinin durumudur ki bu ilgili rekabet olgusu içinde incelenememektedir.

Bu bağlamda olsa olsa düşünülebilecek olan bütün bankaların bankalar birliği gibi bir örgüt içinde bir araya gelmesi halinde hakim durumda sayılıp sayılamayacağıdır. Yukarıda anılmış olan 1999 tarihli AT-Mahkemesi kararında[202]. bu sorun da tartışma konusu olmuş ancak mahkeme bu konuda görüş bildirmekten kaçınmıştır. Faiz artırımı hükmü açısından mahkemenin şu değerlendirmesi ise anılmaya değerdir: *"İtalyan Bankalar Birliğine üye bankaların ATA m.86 (bugün m.82) anlamında piyasaya hakim bir durumda olup olmadığı sorusu bir yana bırakılabilir. Zira bir cari hesap sözleşmesinde faizin artırılması hükmü, ilk sorunun incelenmesi sonucunda tespit edildiği üzere, para piyasalarındaki gelişmeler gibi objektif bir kritere bağlı olması halinde bu davranışın ATA m.86 anlamında piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılması olarak yorumlanması mümkün değildir."*

202) bkz. dn.196

VI. Sonuç

Tacirler arasında genel işlem şartları kullanımının beraberinde getirdiği sorunları ve bunların çözümü yollarını ortaya koymaya çalışan bu incelemede varılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

- Tüketicilere nazaran daha sınırlı bir alanda olmakla beraber, tacirlerin de genel işlem şartları kullanımı karşısında korunma ihtiyacı vardır. Özellikle tacirlerin de pazarlık imkanının sınırlı olduğu ve farklı GİŞ sunucularının bulunmadığı sektörlerde bu ihtiyaç daha da belirginleşmektedir.
- Bu koruma üç aşamada verilecektir. Öncelikle yürürlük denetimi yoluyla genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığı tespit edilecek; Bu bağlamda beklenmeyen genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması engellenecektir. İkinci aşamada yorum yoluyla GİŞ muhatabının korunması yoluna gidilecek ve taraflar arasında yapılmış olan bireysel anlaşmaların önceliği ve belirsizlik halinde GİŞ kullanan aleyhine yorum yöntemleri ile bir sonuca varılmaya çalışılacaktır. Ancak asıl koruma kuşkusuz içerik denetimi sayesinde gerçekleşecektir.
- Genel işlem şartlarının içerik denetimi konusunda bugün Türk hukukunda genel bir norm yoktur. Ancak Borçlar Kanunu m.19-21 yoluyla hakimin sözleşme içeriğine müdahale imkanı doğmaktadır. BK m.19'da, sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak tespit edilmiş olan kamu düzenine aykırılık bu içerik denetimini yapmak açısından bugün en elverişli kavramdır.
- Her ne kadar içerik denetimini aşmış olsa da genel işlem şartlarında işletmeye tanınmış olan bütün hakların kullanımında, Medeni Kanun m.2/II'de ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye girmesi mümkündür.
- Bankacılık sektöründe istisnasız aynı içerikli GİŞ kullanılıyor olmasının Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yasakladığı bir olgu olarak nitelendirilmesi zor gözükmektedir. Ancak bankalar arasında bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın varlığı ispatlanabildiği hallerde bir hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

Mevcut yasal düzen dikkate alındığında tacirlerin GİŞ kullanımına karşı yeterli şekilde korunduğu söylenebilir mi? Kanımca, gerek tüketiciler, gerekse tacirler açısından bu sorunun cevabı olumsuzdur. Genel işlem şartları kullanımının beraberinde getirdiği sorunların çözümü için çok acil yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılması düşünülen değişiklik ile bu sorunun tüketici açısından çözümlenmesi Ticaret ve Sanayi Bakanlığının gündemindedir[203]. Buna karşılık tacir açısından bir düzenleme düşünülmemektedir.

203) bkz. 2001 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Öngören Tasarı Taslağı m.6

Kanımca bu alanda Türk hukukunda yapılacak düzenlemelere Avusturya hukuku örnek teşkil edebilir. Bu ülkede, bir yandan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda pazarlık konusu yapılmamış olan sözleşme koşullarına karşı tüketici özel olarak korunmakta, diğer yandan Avusturya Medeni Kanununda yer alan genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hüküm ile tüketici olmayanlar da, daha sınırlı olmakla birlikte, bir korumadan faydalanmaktadır. Türk hukukunda da Borçlar Kanunu m.19/20 sonrasına eklenecek bir madde ile GİŞ sorunu genel olarak düzenlenebilir[204] ve yeni bir sözleşme sınırı bu şekilde ihdas edilebilir. Uygulamada yaşanan sorunlar düşünüldüğünde bu düzenlemeye büyük ihtiyaç olduğu açıktır.

204) Örneğin şu şekilde bir düzenleme düşünülebilir: "Genel işlem şartları içinde yer alan ve karşı tarafı ölçüsüz şekilde mağdur eden sözleşme kayıtları dürüstlük kuralına aykırıdır.

Bir sözleşme kaydının,

1. yerine geçtiği yasal düzenlemenin temelinde yatan ilkeden önemli ölçüde ayrılması veya,
2. sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dağılımından önemli ölçüde ayrılması halinde dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilir."

2000 YILI ODA YAYINLARI

2000/01 Yurtiçi Endüstri ve Sektörel Fuarlar Takvimi (2000-2001)
2000/02 Calender Of Industrial and Trade Fairs in Turkey
2000/03 Brezilya Otomotiv Yan Sanayii Pazar Araştırması
2000/04 Türkiye'de Şirket Kültürü ve İş Prensipleri
2000/05 İsveç Dondurulmuş Sebze ve Meyve İhracat Pazar Araştırması
2000/06 2000 Yılı Yurtiçi İndirimli Oteller Kataloğu
2000/07 2000 Yılı Yurtdışı İndirimli Oteller Kataloğu
2000/08 2000 Yılı İndirimli Sağlık Kuruluşları Rehberi
2000/09 İş Dünyası İnternet Rehberi
2000/10 1999 Yılı İstanbul Küçük Sanayi Kapasite Kullanım Araştırması
2000/11 1999 Yılı Sektörler İtibariyle Ankete Dayalı Ekonomik Durum Analizi
2000/12 Doğu Anadolu Kış Olimpiyatları
2000/13 Turkey The Land of Bussines Opportunities
2000/14 İTO Tahkim Uzlaştırma ve Hakem İşbirliği Yönetmeliği
2000/15 İTOTahkim Uzlaştırma ve Hakem İşbirliği Yönetmeliği (İngilizce)
2000/16 Sorularla Bağkur Rehberi
2000/17 Rakamlarla Türkiye Ekonomisi (Türkçe)
2000/18 Turkey in Figures
2000/19 Sorularla Sosyal Güvenlik Rehberi
2000/20 İstanbul'un Ekonomik ve Sosyal Göstergeleri (Türkçe)
2000/21 İstanbul'un Ekonomik ve Sosyal Göstergeleri (İngilizce)
2000/22 Dahilde İşleme Rejimi ve Tekstil Sektörüne Etkileri
2000/23 Karayolları Trafik Kanunu
2000/24 Tescil ve Sürücü Belgesi İşlemleri
2000/25 Yeni Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi
2000/26 Özel Hastaneler
2000/27 Sınır Ticaretinin Türkiye Ekonomisine Etkileri
2000/28 İstanbul Ticaret Odası Yayınları
2000/29 İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar
2000/30 Suriye Ülke Etüdü
2000/31 Doğu Anadolu Projesi ve Bölgesel Kalkınma Paneli
2000/32 Dünya'da ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme
2000/33 Türkiye'de Yapay İstihdam ve İstihdam Politikaları
2000/34 İstanbul Bölgesel Finans ve Hizmet Merkezi
2000/35 Cezayir Ülke Etüdü
2000/36 Sanayide Elektrik Enerjisinden Nasıl Tasarruf Edilir?
2000/37 Sorularla Vergi Mevzuatı ve Teşvikleri Rehberi
2000/38 Türk Sanayiinin Durumu
2000/39 Türkiye'de Seracılığın Gelişimi ve Geleceği
2000/40 Sorularla Gümrük Mevzuatı Rehberi
2000/41 Uluslararası Kuruluşlar Rehberi

2000/42 **Yurtdışı Pazarlamada Büyük Mağazacılık Modeli**
2000/43 Ekonomik Rapor
2000/44 **Economic Report**
2000/45 İnşaatçıların Deprem Hasarlarına Doğan Sorumlulukları ile Hasarlı Binaları Onarımı ve Güçlendirme Yolları
2000/46 **Tüketicinin Korunması Hakkında Mevzuat ve İstanbul Ticaret Odası'nın Bu Konudaki Uygulamaları**
2000/47 Başarılı İhracatçılar: Otex:99
2000/48 **Polonya Ayakkabı İhracat Pazar Araştırması**
2000/49 Başarılı Vergi Mükellefleri:99
2000/50 **Türk Mutfağı'nın Fastfood Karşısındaki Yeri**
2000/51 2000'li Yıllarda Dünya Turizm ve Ticaretine Yeni Bir Merkez: İstanbul
2000/52 **Tarım Kesiminde Yeniden Yapılanma**
2000/53 Yemekhanelerde ve Lokantalarda Gıda Sağlığı ve Temizliği
2000/54 **İş Dünyası Rehberi**
2000/55 Sorularla Yugoslavya Yabancı Sermaye Mevzuatı
2000/56 **Sorularla Polonya Yabancı Sermaye Mevzuatı**
2000/57 Sorularla Suriye Yabancı Sermaye Mevzuatı
2000/58 **İş Adamları ve Kobi Yöneticileri İçin Dünya Seyahat Rehberi**

2001 YILI ODA YAYINLARI*

2001/01 AB'de Bazı Üye Devletlerde ve Türkiye'de Elektronik Ticaretin Hukuksal Sorunları - Elektronik Sözleşmeler
2001/02 **Sorularla Elektronik Ticaret**
2001/03 2001 Yılı Yurtiçi İndirimli Oteller Kataloğu
2001/04 **2001 Yılı Yurtdışı İndirimli Oteller Kataloğu**
2001/05 2001 Yılı İndirimli Sağlık Kuruluşları Rehberi
2001/06 **2001 Yılı Yurtdışı Fuarlar Rehberi**
2001/07 Kalıp İmalat Sektörünün Teknik Sorunları ve Çözüm Önerileri
2001/08 **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarıda Karşı Korunması Yolları**

* Nisan ayı itibariyle