

Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri

Çağlar Özel

cozel@hacettepe.edu.tr

The Problem of General Transaction Principles and the Outcomes of the Draft of Proposed Debts Law

Abstract

Prevailing understanding of establishing contracts through offer and acceptance and mutual negotiation between parties has been abandoned. It has been replaced by the understanding of massive or formulary contracts that are composed of general transaction stipulations.

There is no common provision in Turkish Law of Obligation that rules general transaction stipulations. However, unjust stipulations in contracts are prevented through an appended clause in the Code about Protecting Consumers in 2003. In addition to this, a new draft has been prepared for modernizing Turkish Code of Obligation, and the draft includes 6 clauses ruling general transaction stipulations. In this study, the new amendments ruling general transaction stipulations in the draft are discussed.

Key Words : Turkish Code of Obligation, General Transaction Stipulations, Establishing Contracts, Unjust Stipulations in Contracts.

JEL Classification Codes : K12.

Özet

Sözleşmelerin kurulmasında egemen olan öneri (icap) ve kabul ile oluşan ve tarafların karşılıklı müzakereleri neticesinde gerçekleşen bireysel sözleşme anlayışı bu gün artık terk edilmektedir. Bu sözleşmelerin yerini, içeriğini genel işlem şartlarının oluşturduğu kütle ya da formüler sözleşme denilen sözleşmeler almaktadır.

Türk Borçlar Hukukunda genel işlem koşullarını düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' a 2003 yılında eklenen bir madde ile sözleşmelerdeki haksız şartlar hüküm altına alınmıştır. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu' nun çağdaştırılması düşüncesiyle yapılan çalışmalar neticesinde bir Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve bu tasarıda 6 madde halinde genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Makalede getirilen bu yenilikler ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler : Borçlar Kanunu Tasarısı, Genel İşlem Koşulları, Sözleşmelerin Kurulması, Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar.

1. Giriş

Borçlar hukukunun konusunu borç ilişkileri oluşturur. Borç ilişkilerinin en önemli kaynaklarından olan hukuki işlemlerin günlük yaşamımızdaki en çok karşılaşılan türü ise sözleşmelerdir. Borçlar hukuku bu anlamda” bireysel sözleşme” olarak adlandırılan, tarafların karşılıklı olarak ilettikleri icap (öneri) ve kabul beyanlarının uyuşmasıyla meydana gelen sözleşme modelini esas almış (Kocayusufpaşaoğlu, 1993; karşı. Bucher: 1988, 152; Medicus 2002, 152) ve yüz yıl öncesinin egemen anlayışına uygun olarak Borçlar Kanunu’ nun 1. ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. Ancak günümüzde, sözünü ettiğimiz “bireysel sözleşme modeli” nin yerini “kütle” ya da “formüller” sözleşme olarak adlandırılan sözleşmeler almaya başlamıştır. Özellikle bankacılık, sigortacılık, taşıma gibi alanlarda, aynı konulara ilişkin pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin içeriği, önceden tek taraflı olarak bu gibi kurumlarca hazırlanmakta ve bireysel sözleşme modelinde gerçekleştiği varsayılan müzakerelere olanak tanımaksızın sözleşmenin karşı tarafının önüne konulmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 1993: 193).

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız genel işlem koşulları, girişimcinin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraş alanına giren sözleşmelerin içeriklerini, önceden ve tek yanlı olarak belirlemesi anlamına gelir. Girişimcinin, her yönüyle kendisini güvence altına aldığı ve hemen bütün olasılıklar düşünülerek uzman hukukçulara hazırlattığı bu tür işlem koşulları, onu, gelecekteki sözleşmesine karşı güçlü bir konuma getirir.(Akman, 1979: 15). Bu tür sözleşmeler, yasa benzeri cümlelerle donatılmışlardır (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 56; Tandoğan, 1977: 25). Buna karşılık öğretide belirtildiği gibi (Akman: 1979, 14; Eren, 1998; 205; Gauch ve Schlupe, 1995: 204; Bucher, 1988: 153) genel işlem koşulları, ne kanunlar gibi objektif ne de kendine özgü bir hukuk kaynağıdır. Belirlenen şartlar ancak tarafların bunları bilerek ve isteyerek sözleşmeye soktukları takdirde bağlayıcı bir hüküm ifade eder.

Özellikle çok sayıda kimse ile sözleşme yapan kişi ve kuruluşların, her bir sözleşmenin kuruluşunda, kurulacak sözleşme koşullarının karşı tarafla görüşülmesinin getireceği zaman kaybı, sözleşmelerde yer alması gereken bir takım hükümlerin unutulma olasılığı ve iyi bir biçimde kaleme alınamaması tehlikesinin varlığı, öğretide belirtildiği gibi (Kocayusufpaşaoğlu, 1995; Eren: 1998, 204) genel işlem koşullarının varlığını kabulü zorunlu kılan nedenler olarak sayılmaktadır. Bu aşamada yapılacak şeyin ise, genel işlem koşullarına dayalı bireysel sözleşmelerin daha sıkı bir biçimde denetim altına alınması ve zayıf durumdaki karşı tarafın daha iyi biçimde korunmasından ibaret olduğu düşüncesi haklı ve geçerli bir gerekçe olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu koruma ve kayırma, tarafların her ikisinin de konularında uzman tacir veya ticari işletme olduğu durumlarda değil, ancak taraflardan birinin tacir veya işletme olmasına karşılık diğer tarafı müşteri ya da tüketicinin oluşturduğu hallerde özgü olarak gerçekleşecektir (Kocayusufpaşaoğlu, 1993: 195). Tarafların özgür iradesine bağlı olarak ortaya çıkan sözleşmeler, tarafların yasa niteliğindedir ve hukuk sistemimize egemen irade özerkliği ilkesi nedeniyle taraflar

arasında tamamen bağlayıcıdır. Bu çerçevede sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesinin tezahürünü engelleyen durumların yokluğu halinde, tüm sözleşmeler için aranan sözleşme içeriğinin hukuka uygun olması unsuru gerçekleşmiş sayılacak, buna uymayan sözleşme içeriği “dayatmaları” halinde ise genel işlem şartlarının içerik denetimi yoluyla sözleşme adaletinin gerçekleştirilmesi sağlanacaktır.

2. Genel İşlem Şartları ile Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Adaleti İlkeleri Arasındaki İlişki

Günümüzde ileri sürülen özel hukuka ilişkin bilimsel görüşlerde, sözleşme özgürlüğü ile sözleşme adaleti arasında işlevsel bir bağılılığın varlığı kabul edilmektedir. (Bu konuda bkz. Fuchs, 1996: 313–394) Sözleşme mekanizmasına, tarafların çıkar dengesinin uygun bir biçimde sağlanması görevi yüklenmiştir. Bu durum en ideal biçimde, sözleşme şartlarının tarafların özgürce sürdürecekleri pazarlıklar sonucunda tespit edilmesiyle ortaya çıkar. Bu da öncelikle tarafların, sözleşmenin kurulmasındaki amaçlarına uygunluk ve bu amacın kabul edilebilir olması biçimindeki şartları taşıdığı umulabiliyorsa gerçekleşir. Özel hukuk sistemimizin esası olan sözleşme özgürlüğü, meşruiyet temellerini, sözleşme mekanizmasının başta amaçlanan sonucu doğurmasında, yani hakkaniyete uyan çıkar dengesini gerçekleştirilmesi esasında bulur.

Ancak sözleşme taraflarının her ikisinde de kabul edilebilecek bir düzenleme kendiliğinden ortaya çıkmaz. Sözleşme özgürlüğü modelinin unsurları arasında yer alan olgulara, sözleşme taraflarının ağırlıkları arasında gerçekleşecek denge de girer. Bununla birlikte sözleşmede gerçekten özgürce oluşmuş irade serbestisi ve ilke olarak gerçekçi bir fırsat eşitliği ile ilgili olarak, taraflar arasında ağır yapısal bozukluklar varsa, güçlü olan tarafın yalnız kendi çıkarlarını kabul ettirmesi ve sözleşme özgürlüğünün ekonomik olarak daha güçlü olanın diğer tarafı bastırmak üzere kullandığı bir araç haline getirilmesi tehlikesi doğar. Sözleşme özgürlüğünün gerçekleştirilmesi sadece ve öncelikli olarak pasif (edilgen, güçsüz) tarafın korunmasının sağlanması alanında değil, aksine ve öncelikle, uygun yasal ve yargısal önlemlerle (örneğin sözleşmelerin ya da genel işlem şartlarının içerik denetlemesi) yoluyla gerçekleşir.

3. Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi

Yukarıda değindiğimiz gibi, sözleşme adaletinin gerçekleştirilmesinin bir yolu da sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının denetlenmesinden geçmektedir. Hukukumuzda ise bu konu henüz genel bir düzenleme ile ele alınmamıştır. Buna karşılık Borçlar Kanunu’ nun tümüyle gözden geçirilmesi ve güncelleştirilmesi amacıyla Adalet Bakanlığı’ nca oluşturulan komisyon tarafından bu husus adalet ve hakkaniyet düşünceleri etrafında ele alınarak yeni bir tasarı ortaya çıkarılmış ancak henüz yasalaşmamıştır. Bu konudaki mevcut en önemli düzenleme ise aşağıda da yer verilecek olan 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ da 4822 Sayılı Kanun’ la yapılan değişikliklerle eklenen “Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar” başlığını taşıyan 6. maddesidir. Bu hükmün dahi

yer almadığı daha önceki dönemlerde ise Medeni Kanun' un 2. maddesinde yer alan “dürüstlük kuralı” nın dışında, küçük harflerle, çok sık bir şekilde satır aralarındaki boşluk küçültülmüş ve özellikle basımevi tarafından silik bir biçimde yazılmış genel işlem koşullarına karşı sözleşmenin diğer yanını koruyabilecek önemli bir araç olarak Türk Ticaret Kanunu' nun 1266/II madde hükmünde yer alan düzenleme gösterilmekteydi (Hatemi, Serozanve Arpacı, 1992: 564; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 158). Bu hükme göre sigorta poliçesinde yer alan genel koşulların “zahmetsizce okunabilir” olması gerekmektedir. Bu düzenlemenin bütün genel işlem koşulları için geçerli olması gerektiği kabul edilir.

Yüksek Mahkeme kararları ile de yukarıda anlatılanlar değerlendirilmekte ve mevzuatta yer alan söz konusu eksiklikler giderilmeye çalışılmaktadır. Yargıtay, 3. Hukuk Dairesi' nin 2.6.1998 tarih ve 4263/6098 (YKD 1998, s. 1140, 1141) sayılı kararında:

“Prensip olarak Türk Hukukunda genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki (GİŞ) kayıtların kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dâhil olmaktadır. Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde genel işlem koşullarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”

denmek suretiyle hukukumuzda ve özellikle Batılı hukuklarda gerçekleşen gelişmeler dikkate alınmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi' nin (Bundesverfassungsgericht) 19.10.1993 tarihinde verdiği bir kararda da taraflardan birisine alışılmadık bir biçimde ağır yük getiren ve yapısal anlamda eşitsiz pazarlık gücünün sonucu olarak ortaya çıkan sözleşmelerin içeriklerinin denetlenmesi, böylece sözleşmedeki dengenin zarar görmesi engellenerek maddi anlamda irade özerkliğinin gerçekleştirilip sözleşmenin geçerliliğinin sağlanması gerekliliği vurgulanmıştır (Fuchs, 1994: 329, dn. 60).

4. Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ile İlgili Olarak Getirilen Düzenlemeler

4.1. Genel İşlem Koşullarının Tanımı

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında 20. madde ile ise yeni bir hüküm getirilerek

genel işlem koşulları alanında hukukumuzda var olan pozitif dayanak eksikliği giderilmeye alınmaktadır. Madde şu şekildedir:

“E. Genel işlem koşulları

I. Genel olarak

Madde 20- Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

Tasarıda genel işlem koşulları ile ilgili olarak özellikle öğretilen ileri sürülen ve mahkeme kararları ile de desteklenen görüşler çerçevesinde bir düzenleme yapıldığı dikkat çekmektedir. Gerçekten var olan büyük bir boşluğu doldurma görevini yerine getirecek olan bu düzenlemeler sayesinde, varlık sebepleri adaleti gerçekleştirmek olan yargıçların var olan hukuk kurallarını uygulamak konusundaki görevlerini yerine getirmekte ve sözleşmelerin güçsüz yanını oluşturan kişilerin (müşteriler, tüketiciler) korunması alanında büyük bir adım atılmış olacaktır. Söz konusu tasarının gerekçesinde yazımızın başında belirtmeye çalıştığımız hususlar şu şekilde formüle edilerek açıklanmaktadır:

“Borçlar hukukunun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanunu’ nun 1. ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükümünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler, bireysel sözleşmenin

kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılnalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hatta çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet, ama” deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır. Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.”

Gerekçede de belirtildiği gibi getirilecek düzenlemeler emredici niteliktedir. Buna bağlı olarak, kira sözleşmelerinde kiracının, iş sözleşmelerinde işçinin, tüketici sözleşmelerinde tüketicinin korunması amacıyla getirilmiş hükümlere benzer şekilde, sözleşmedeki haksız şartlara karşı da sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturan kişilerin korunması gerçekleştirilmiş sayılacaktır.

4.2. Genel İşlem Koşullarının Bireysel Sözleşmeye Dâhil Olması

Tasarıdaki “yazılmamış sayılma” başlığını taşıyan 21. maddenin birinci fıkrası gereğince “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış” sayılacaktır. Bu husus genel işlem koşullarının yargısal denetimi ile ilgili bir meseledir. (Kocayusufpaşaoğlu, 1993: 197). Ancak yargısal denetimin yapılabilmesi için de sözü edilen koşulların öncelikle bireysel sözleşmenin içeriğine girmiş olması gerekir. Kocayusufpaşaoğlu’ nun (1993: 196) anlatımıyla, genel işlem koşulları, kulübede bekleyen yedek oyuncu gibidir: Teknik direktörün direktifi ve hakemin izni olmadan sahaya giremez. Genel İşlem koşulları da Tasarıda belirtildiği gibi” sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul

etmesine bağlı” olarak bireysel sözleşmenin içeriğine dâhil olacaktır.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında da “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” denilerek öğretiler (örn. Medicus, 2002: 162; Akman, 1979: 16; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 162; Bucher, 1988: 156) ve mahkeme kararlarında (bkz. yukarıda anılan Yargıtay, 3.HD’ nin 2.6.1998, 4263/6098 kararı) olağan dışı (beklenilmeyen, überraschend) kayıtlar olarak nitelendirilen koşulların sözleşmeye dâhil edilmeyeceği ifade edilmiştir. Yeri gelmişken yine Kocayusufpaşaoğlu’ nun (1993: 200) verdiği bir örnekle konunun açıklanmasını kolaylaştıralım:

“Bir New York mahkemesi kararına konu olan olay hayli ilginçtir: Almanya’ da ikamet eden, Almancadan başka dil bilmeyen bir kadının, Amerika Birleşik Devletleri’ ne gidip dönmek üzere yaptığı bir seyahatle ilgili sözleşmede İngilizce olarak kaleme alınmış çok maddeli genel işlem şartları yer alıyor ve bunlar çıkacak ihtilaflarda yetkili mahkeme olarak Amerikan mahkemelerini gösteriyordu. New York Mahkemesi yerinde olarak bu hükmün uygulanmasını reddetmiştir. Öyle sanıyoruz ki, bu olayda, yetkili mahkeme kaydının olağan dışı niteliği bir yana, karşı tarafa bilmediği bir dilde yazılan genel işlem şartlarını öğrenme imkânının verilmemesi, bu sebeple de bunların bireysel sözleşmeye girmediği rahatlıkla söylenebilir.”

Buna bağlı olarak sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır (md. 22/I). Tasarıda aynı zamanda bu durumda düzenleyenin, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği (md. 22/II) belirtilmiştir. Böylece sözleşme hükümlerinin bir kısmının hukuka aykırı olması nedeniyle kısmi butlan yerine sözleşmenin tamamının batıl olması sonucunu doğuran mevcut Borçlar Kanunu’ nun, (Tasarıda da sadeleştirilerek 27/II maddede aynen yer verilen) 20/II hükmünde yer alan “Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olunur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur” kuralından ayrı kalınarak sözleşmenin yazılmamış sayılanlar dışında geçerli olarak ayakta tutulması amaçlanmıştır.

4.3. Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması

Genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmadığı veya birden çok anlama gelmesi halinde, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı, Tasarının 22. maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenleme de, hükmün amacı hakkında diğer yorum araçları ile bir sonuca varılamadığı, kuşku ve duraksamalar sürdüğü takdirde, sözleşmeyi kaleme alan taraf aleyhine olan anlama üstünlük tanınması kuralının (in dubio contra stipulatorem) bir görünümü biçimindedir. (Kocayusufpaşaoğlu, 1993: 200). Öğretilerde belirtildiği gibi yorum, güven ilkesi gereğince her olay için ayrı ayrı

değerlendirilerek gerçekleştirilmelidir. Alman Hukukundan ayrı olarak İsviçre Hukukunda nesnel (objektif) bir yorum biçimi aranmamaktadır (Bucher, 1988: 159; Kocayusufpaşaoğlu, 1993: 200).

Bu maddenin gerekçesinde de şöyle denilmiştir:

“...Maddeye göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları, düzenleyenin aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanır. Bu esaslar, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu’ nun ikinci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya neden olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Sözleşme hükümlerinin düzenleyen aleyhine yorumlanması için, düzenleyenin o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, çelişkili davranma yasağına aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem koşulları daima diğer taraf lehine yorumlanır.”

4.4. Sözleşme Koşullarının Tek Taraflı Değiştirilmesini Sağlayacak Koşulların Yasak Olması

Tasarının “değiştirme yasağı” başlığını taşıyan 24. maddesinde genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme ile ilgili madde gerekçesinde getirilmek istenen hükmün, anlamı ve uygulamadaki hangi gereksinimi gidereceği şu şekilde açıklanmaktadır: “Genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması, bunların Tasarının 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sözleşmenin kapsamına girmesi, bu sözleşmenin düzenleyen tarafından tek yanlı olarak değiştirebileceği anlamına gelmez.” Ancak, uygulamada genel işlem koşulları içinde, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki verildiği görülmektedir. Madde ile kendisinde böyle bir yetkiyi saklı tutmuş olsa bile, düzenleyenin bu yetkisine dayanarak, sözleşmeyi tek yanlı, yani dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yolu kapatılmış ve bu tür kayıtların geçersizliği hükme bağlanmıştır.

Bu tür düzenlemeler de, hukukumuzda yabancı değildir. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un 6. ve 6/A maddelerinde de sözleşmedeki haksız şartlara ilişkin düzenlemeyle tüketicileri koruyucu nitelikte benzer hükümlere yer verilmiştir. Aynı Kanun’ un tüketici kredisine ilişkin 10.u maddesinde, sözleşmede öngörülen kredi koşullarının sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği öngörülmüştür.

Uygulamada, hemen hemen bütün tip sözleşmelerde, düzenleyenlere, böyle bir yetkinin verilmiş olduğu ve uyumsuzluk hâlinde bu düzenlemelere geçerlilik tanındığı göz önünde tutulduğunda, bu madde hükmünün önemi kendiliğinden anlaşılır.

Maddedeki geçersizlik, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak değişiklik ya da yeni düzenlemelerin geçerliliği konusunda duraksamaya yer yoktur.

4.5. Dürüstlük Kurallarına Aykırı Koşulların Geçersizliği

Tasarının 25. maddesinde yer alan düzenlemeye göre genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersiz olarak nitelendirilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi getirilen bu düzenleme ile “ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır. Burada söz konusu olan geçersizlik, kısmî geçersizliktir. Bu nedenle, geçersiz olan sözleşme koşulları dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliklerini sürdürecektir ve geçersiz sözleşme hükümleri yerine kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu madde ile Alman Medenî Kanunu’ nun 307. paragrafı arasında benzerlik bulunmaktadır.”

Madde metninde ve gerekçede belirtilen hallere ilişkin bir koşulun bireysel sözleşmenin içeriğine dâhil olması durumunda, bu koşullar sanki hiç yer almamış gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu gibi durumların neler olduğu ise açıkça sayılmayıp, genel olarak düzenlenmekle yetinilmiştir. Buna karşılık yukarıda da söz ettiğimiz gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un 4822 Sayılı Yasa ile değişik “Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar” başlığını taşıyan 6. maddesinde tüketici işlemleri (4077 Sayılı yasa md.3/h gereğince tüketici işlemi deyimi, mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı- sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi kapsar) açısından getirilen düzenlemelerle, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları “haksız şart” olarak nitelendirmekte ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bağlayıcı olmadığı hükmünü getirmektedir. Bu düzenlemede haksız şart olarak nitelendirilen durumlar için belirlenen yaptırımla Tasarının 25. maddesinde belirtilen koşullara uygulanacak yaptırım arasında fark yoktur. Her ikisinde de o koşul hiç koyulmamış gibi hüküm doğuracaktır. Bu belirtilenlerin dışında sözleşmelerdeki haksız şart olarak nitelendirilmesi gereken hususlara ilişkin olarak 13.06.2003 tarih ve 25137 Sayılı Resmi gazetede yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’ e eklenen bir ek ile yol gösterici nitelikte bazı örnekler verilmiştir. Aşağıda belirtilen bu ek’ e yer verilmiştir:

EK: Beşinci Maddenin Son Fıkrasında Anılan Türden Haksız Şartlar

- a) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır:
 - 1) Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,
 - 2) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dâhil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,
 - 3) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,
 - 4) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketicie benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,
 - 5) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicieyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar,
 - 6) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce fesh etme hakkı tanıyan, ancak tüketicie aynı hakkı vermeyen şartlar ile satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,
 - 7) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi her hangi bir uyarıda bulunmaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,
 - 8) Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği

tarihten aşırı derecede uzak bir tarih saptayan şartlar,

- 9) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar,
 - 10) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden bir olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,
 - 11) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,
 - 12) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciye nihai fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran çok yüksek olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,
 - 13) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,
 - 14) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin temsilcileri tarafından üstlenilen sorumlulukları yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,
 - 15) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin şartlar,
 - 16) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketici açısından teminatların azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, tüketicinin onayını almadan, sözleşme ilişkisini devretme hakkı veren şartlar,
 - 17) Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar.
- b) (7), (10) ve (12) alt bentlerin uygulama alanı:

- 1) (Yedinci alt bent,) finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve önemli bir sebebin varlığı halinde süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun.
- 2) (Onuncu alt bent,) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir. Yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.

Onuncu alt bent ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

- 3) (7), (10) ve (12) alt bentler aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:
 - Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere.
 - Yabancı paranın alımına veya satımına, yabancı para değeri üzerinden seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine.
- 4) (Onikinci alt bent,) hukuka uygun olmaları ve fiyat değişikliği yönteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi şartlarına engel değildir.

5. Sonuç

Hep vurgulandığı gibi, zamanın değişmesi ve çağın gerekleri yaşanan ilişkilerde var olan anlayışın da değişmesi sonucunu doğuruyor. Hukuk kuralları da doğal olarak bundan nasibini alıyor. Bu bağlamda geçen yüzyılın egemen anlayışları ile günümüzde yer alan hukuksal ilişkilerin doğurduğu sorunların çözülmesi mümkün olmuyor. Metin içinde de söz etmeye çalıştığımız gibi, zorlu pazarlıkların, karşılıklı alıp vermelerin, biraz senden, biraz benden yaklaşımının doğurduğu sözleşmelerin yerini dayatmacı, “ya al ya terk et” bakışı almaya başlamıştır. Bunun sonucunda da sözleşme mekanizmasının esasını oluşturan sözleşme adaletinin ortadan kalktığı, sonuç olarak da sözleşmeyi kurmaya yönelik asli unsur olan iradenin ortadan kaldırılması tehlikesi ortaya çıkmıştır. Bu tehlikenin önemli unsurlarından birisini de, gelişen teknolojinin ortaya çıkardığı, sofistike, bir o kadar da tehlikeli, ama kullanmadan da edemediğimiz (otomobil!) sanayi ürünleri

gibi, endüstriyel sözleşmeler oluşturmaktadır. Bunlar içlerinde barındırdıkları genel işlem şartları sayesinde, karşı tarafı (tüketiciyi, müşteriye) kısıktırak bağlamakta, tamamen bunları düzenleyen emrine amade köleler niteliğine çevirmektedir.

İşte sosyal hukuk devletinin görevi bu noktada ortaya çıkmaktadır: Bu tür koşulların dayatılmasını, tek taraflı olarak belirlenmesini, içinde türlü tehlikeler barındırmasını önleyici tedbirleri almak! Türk Borçlar Kanunu tasarısı ve yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda bu tasarının genel işlem koşulları ile ilgili hükümleri bu alanda önemli bir adım olarak belirlemektedir. Ancak epeyce gecikmiştir. Biraz daha beklemeye de vatandaşın dayanma gücü yetmeyebilir. O zamana kadar mahkemeler, sözleşme adaletini bozan çarpık genel işlem koşulları ile savaşım amacıyla, var olan kuralları dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesi doğrultusunda elekten geçirmeye devam edecektir.

Kaynakça

- Akman S.G. (1979), *Genel İşlem Şartları*, Yargı, 1979/35, 13–18.
- Bucher, E. (1988), *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. erweiterte Auflage*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich.
- Eren, F. (1998), *Borçlar Hukuku*, 6. Bası, Beta Yayını, İstanbul.
- Fuchs, A. (1996), *Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht*, AcP 196 (1996), 313-394.
- Gauch, P. ve Schlupe W. (1995), *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich.
- Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1992), *Borçlar Hukuku*, Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Birinci Cilt (Şu ana kadar yayınlanmış olan formalardan yararlanılmıştır), Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Medicus, D. (2002), *Bürgerliches Recht*, 18., neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München.
- Tandoğan, H. (1977), *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*, Ankara.
- Tekinay, S.S., Akman G.S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993), *Borçlar Hukuku*, Remzi Kitabevi, İstanbul.

