

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI¹ ÇERÇEVESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Cem VEZİROĞLU²

A. "Sözleşme"nin Tarihi

Borç ilişkilerinin bir kaynağı olan hukuki işlemlerin günlük yaşamımızda en sık rastlanan türü sözleşmelerdir. Bugünkü anlamıyla, hukuki bir sonuç doğurmak üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun ifade beyanları ile uyuşmasını ifade eden "sözleşme" tarihte karşınıza farklı şekillerde ve biçimlerde çıkmıştır. Sözleşme kavramının tarihsel gelişimi, bize bugün kullandığımız bu kurumun esasını anlatmakla kalmaz, teknolojik, ekonomik ve sosyo-kültürel değişimler karşısında bu kurumun işlevini yorumaması bakımından da ışık tutmaktadır.

Durkheim, mülkiyet hakkı ile çok sıkı bağları olan sözleşmeyi tanımlarken "Sözleşme, tam anlamıyla, değişimlerin gerçekleştirilmesini sağlayan araçtır." sözünüyle hakkın doğumunun onu isteme olgusunda yatığına vurgu yapıyor. Ancak iki irade arasında aynı amaç üzerinde varılan uzlaşmanın her iki taraf için de bağlayıcı bir nitelik taşımasının açık bir gerçeği yansıtmadığını, aksine büyük bir çaba gerektirdiğini de ekliyor.

Sözleşme, ilk aşamada aynı klandan ve aileden olanların karşılıklı yükümlülükleri olarak ortaya çıkmıştır. Bunun dayanağı kişisel statülerdir; aynı tanrının parçası olmak ve kutsallığı paylaşmak. Aralarında bu tür ilişki bulunmayan iki birey ise, isteme dayalı bağlar kurarken ortak bir eser için birleşirler. Blood-covenant işlemi ile sözleşmenin tarafları önceden biraz kan aktıkları bir çanakta birkaç damla kan emerler: Bunu, uzlaşmanın bağlayıcılığını sağlayan, her türlü yükümlülüğün kaynağı olarak kabul edilen, maddi tözdeşlik yaratmak için yaparlar. Yapay bir grup yaratıkları da söylenebilir. Bu tür ilkel sözleşme biçimlerini bütün dinlerde yerini bulan yemek paylaşımı ve aynı kadehten içmek gibi olgularda da görebiliriz.

(1) Bu makale 4982 sy. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde ürettiğim başvuruma TBMM Genel Sekreterliği Kanunlar ve Kararlar Dairesi Başkanlığı tarafından 1.4.2010 tarihinde verilen "1/499 esas numaralı Türk Borçlar Kanunu tasarısının 20. ve 25'inci maddeleri TBMM Genel Kurulunun 15.10.2009, 21.10.2009 ve 4.11.2009 tarihli birleşimlerinde kabul edilmiştir." şeklinde cevap esas alınarak yazılmıştır.

(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2.sınıf öğrencisi.

(3) Durkheim, E. Sosyoloji Dersleri(I.Baskı), s.223 vd. (A.Berkay,Çev.)İstanbul:İletişim Yayınları,(Orjinal Çıktıma basım tarihi 2003.)

Statüye dayanan bu ilkel sözleşme biçimlerinden öteki ise kişilerin değil maddenin statüsüne dayanan ve roma hukukunda "reel akit" olarak bilinen somut sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmenin bağlayıcılığı, taraflardan birinin kendi edimini yerine getirmesiyle başlıyor. Teslim alanın yükümlülüğü malı teslim alma anında devreye giriyor. Günümüz hukukunda etkileri zayıf da olsa devam eden bu kurum, sözleşmelerde "pey akçesi" olarak karşımıza çıkmaktadır. Zaman içinde, alış verişe konu olan malın bir bölümü yerine Cermen hukukunda saman çöpü veya eldiven verilmesi yeterli görülmeye başlanmıştır. Ancak ne blood-covenant ne de reel akitlerde gerçek bir sözleşme vardır. Çünkü yükümlülüğün kaynağı uyuşan iradeler değildir. Bunun için bir basamağı daha aşmak gerekecektir, o da törensel sözleşmelerdir. Törensel sözleşmelerde irade beyanları belirli formüllerin tekrarı olan sözler ve ritüeller biçiminde belirir. Bu sayede söze kutsal bir atıf yapılmış olur ve taahhüt eden, yemini ile yalnızca karşısındakine değil tanrıya ve kamuya karşı da bir yükümlülük altına girmiş olur. O halde tanrılar da sözleşmenin taraflarından biriydi." Bireyler arasındaki bu hukuki manevi bağ iradelerin uzlaşmasından değil, kullanılan formüllerden doğmaktadır. Karşı tarafa verilen söz, bir nesne gibidir. Bir anlamda hukuki biçimcilik, dinsel biçimciliğin ikamesidir. Romalıların stipulatio'su da ilk kullanılışıyla bu nitelikteydi. Stipulatio kelimesinin aynı zamanda saman çöpü anlamına gelen stipula'dan türemiş olması, etimolojik bakımdan da kurumların birbirini takip ettiğini göstermesi bakımından ilgi çekicidir.

Son olarak, iradelerin uzlaşması ile bu uzlaşmayı gerçekleştirme yükümlülüğü arasına giren işlemler (blood-covenant, saman çöpü, stipulatio) silindikçe mevcut borçlar kanunumuzun "iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur." şeklinde düzenlediği rızaya dayalı sözleşme anlayışına geçilmiştir. Nitekim törensel sözleşmede ritüel ve sözün yerini geri alamaz irade beyanları alırken, somut sözleşmedeki maddi teslimatın yerini zihinsel bir teslimat almıştır. Ahde vefa ilkesi olarak ifadesini bulan bu yükümlülüğün biricik kaynağı uyuşan iradelerdir. Bunun nedeni, farklı kültürlerden olan taraflar bakımından aynı "söz"ün kutsal sayılmaması ve de bağlayıcı olmamasında yatar. Böylece kamu ve tanrı sözleşmenin tarafı olmaktan çıkmış, sözleşmelerdeki müeyyide, sözünü tutmayanın kamuya ve tanrıya itaatsizlik nedeniyle cezalandırılması değil, karşı tarafın sözleşme ile kazanılmış hakkını gerçekleştirmesinin güvencesi olmuştur.

Ancak rıza koşullara göre farklı biçimlerde verileceğinden, değerini ve ahlaki anlamını değiştiren farklı nitelikler gösterebilir. Ancak onun sözleşmenin temeli olduğu bir kez kabul edildikten sonra bu halleri ayırt

(ii) Durkheim, E. Sosyolojik Dersleri (1. Baskı), s.245. (A. Berktaş, Çev.), İstanbul: İletişim Yayınları. (Orjinal Çalışma basım tarihi 2003.)

etme, değerlendirme ve hukuki sonuçlarını tayin etmek de hukukun elindedir. Bu evrime egemen olan fikir, rızanın ancak serbestçe verilebilmesi koşuluyla gerçekten kendisi olabileceği ve razı olanı bağlayabileceğidir. Durkheim bunu "Sözleşmeyi yapanın özgürlüğünü kısıtlayan her şey sözleşmenin yaptırım gücünü azaltır." sözüyle belirtmiştir. Sözleşmenin dayandığı rızanın ancak serbest irade sonucu geçerli olduğu fikrinin ilk uygulaması Roma yılıyla 674'te, Sulla diktatörlüğünün (M.Ö. 82-M.Ö. 78) ertesinde, kendilerine zarar verebilecek taahhütleri tehdit altında akdetmeye zorlanmış olanlara, uğradıkları zararın tazminatını alma hakkı tanınmasıyla olmuştur³.

Sözleşmenin dayandığı temel ve biçimlerin geçirdiği evrimleri özetledikten sonra rızaya dayanan "bireysel sözleşme"lerin bağlayıcılığı için bir özellik daha arandığını, bunun da "hakkaniyet" olduğunu görüyoruz. Sözleşmenin rızaya bağlanması yetmemekte, adil olması da gerekmektedir. Rızanın verilmiş biçimi, sözleşmenin eşitlik derecesinin dışsal ölçütünden başka birşey değildir artık. Örneğin eğer taraflardan biri geçinebilmek öteki ise sadece daha iyi yaşayabilmek üzere sözleşme masasına oturuyorsa, ikincinin direnme gücünün birinciden üstün olacağı, çünkü istediği koşulları elde etmezse sözleşmeden vazgeçebileceği açıktır. Öteki taraf ise bunu yapamaz. Dolayısıyla teslim olmak ve kendisine dayatılanı kabullenmek zorundadır. Komisyonun⁴ "Genel İşlem Koşulları" düzenlemesinde belirttiği gerekçedeki gibi birey önüne konan sözleşmeye ya tümünden "evet" ya da tümünden "hayır" diyecek; "evet ama" diyemeyecek ve bazı hükümlerin değiştirilmesini isteyemeyecektir. Ancak bu açıklamalardan borcun konusu olan karşılıklı edimlerin mutlak eşitliği anlaşılmalıdır. Kaldı ki serbest piyasa ekonomisi dahilinde yürütülen bu ilişkilere müdahale, ancak sözleşmenin bir tarafının menfaatlerine aykırı aşırı bir dengesizliğin haksız surette yaratıldığı durumlarda söz konusu olacaktır.

Forstmoser'in 1980 yılında yayımlanan bir yazısına göre, o tarihte Almanya'da sigortacılık, bankacılık, turizm, uzaktan öğretim ve otomobil satışlarında genel işlem koşullarına dayanılarak kurulan sözleşmelerin oranı %100, inşaat, mobilyacılık ve mesken kiralarda %80, diğer bazı işlerde %50'dir.⁵ Günümüzde bu oranların çok üstüne çıktığı ve "bireysel sözleşme"nin neredeyse istisna haline geldiği açıktır. Şu durumda, hukukun yegane amacı olan adaletin sözleşmeler bakımından gerçekleşmesi için, kanunların şartlara uyum sağlaması da zorunludur. Ahlakın hukuka bir dayatımı olan "adil sözleşme"nin sağlanması genel hukuk

(3) "Sözleşme Tarihi" başlığı altındaki bilgiler Emile DURKHEİM'in "Leçons de Sociologie" adlı eserinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

(4) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu.

(5) Kocayusufpaşaoğlu, N. (2008). Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, s.226. İstanbul: Filiz Kitabevi

ilkelerine terk edilemeyecek kadar önemlidir. Bu durumun mevcut mevzuat çerçevesinde nasıl çözümlendiğini yazının ileriki kısımlarında ele alacağız.

B. Genel İşlem Koşulları

Borçlar Kanunumuzun sözleşmelere ilişkin hükümleri, esasen aynı sosyo-ekonomik konumda olan ve karşı karşıya gelip görüştüğünden sonra sözleşmeyi kurduğu farz edilen taraflar göz önünde tutularak düzenlenmiştir.^(iv) Sözleşmenin bağlayıcılığını rızaya dayayan bu kabulün benimsediği sözleşme modeline "bireysel sözleşme" denilmektedir. Ancak küreselleşen ve dinamikleşen ekonomik koşullar karşısında çok sayıda kişi ile sözleşme yapanların, her sözleşme öncesi karşı tarafla müzakereye girişmesi ile bir takım hükümlerin unutulması veya iyi düzenlenmemesi riskini göze almaları beklenemez. Bu durumda, aynı konulara ilişkin, pek çok kimse ile ilerde yapılması planlanan sözleşmelerin tabi olacağı kurallar, zaman kısıtlaması olmaksızın, uzmanlara danışarak önceden hazırladığı genel işlem koşullarında düzenlenmektedir. Bu tip sözleşmelere ise doktrinde "standart sözleşme" veya "formüler sözleşme" adı verilmektedir. Hukuk düzeninin sağladığı imkanları kendi lehine kullanarak karşı tarafa fiili müzakere imkanı tanımadan dayatılan bu sözleşmelerde menfaat dengesini yani sözleşme adaletini koruma ihtiyacı kaçınılmazdır. Burada kanunun tamamlayıcı hükümleri bertaraf edilerek veya değiştirilerek, yeni ve yalnızca bir tarafın çıkarını kollayan düzenlemeler getirilmektedir. Tabii ki taraflar anlaşıp kanunun öngördüğü yedek hukuk kurallarını aralarındaki ilişkide uygulama dışı bırakabilirler. Burada karşılıklı ödümler sonucu menfaat dengesi az çok sağlanmış olacaktır. Fakat durum böyle gelişmez, tamamlayıcı hükümler müzakere sonucu değil, tek taraflı ve önceden belirlenmiş soyut kurallarla adeta yasa benzeri cümlelerle bertaraf edilmiştir.^(v) Öteki taraf ise, ya bu koşulların varlığı veya içeriğinden haberdar olmuyor ya da tam anlayıp sonuçlarını kavrayamıyor. Kavrayabildiği durumlarda ise pazarlık gücü olmadığından zorunlu olarak kabul ediyor.^(vi)

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturan ve aynı zamanda onun meşruiyet temellerinde yer alan sözleşme adaletinin sağlanması, burada genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin yargısal denetimi yoluyla karşımıza çıkıyor. Bu denetimi TBKT'den (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı) önceki dönem ve TBKT ile uygulanmak istenen sistem olarak ikiye ayırıp inceleyebiliriz.

(iv) Kocayusufoğlu, N. (2008). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s225. İstanbul: Filiz Kitabevi

(v) Özel, Ç. *Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Ocak-Haziran 2006-1*, s.153-168

(vi) Altop, A. Prof.Dr. Ergon Çetingil ve Prof.Dr.Rayegan Kender'e Armağan

I. TBKT'den Önceki Dönem

Mart 2003'ten önce mevzuatta genel işlem koşullarına dair bir düzenlemeye TK. 1266/II (sigorta genel şartlarının zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olması gerektiğini, aksi takdirde bu şartlardan sigorta ettirenin zararına olanlar yerine kanun hükümlerinin uygulanacağını öngören hüküm) gibi istisnai münferit hükümler dışında yer olmadığından, koruma çabaları daha ziyade emredici genel hükümlere (BK m.99/II, III ve m.100/III, TTK m.1264/II ve m.766), dürüstlük kuralına, ahlaka, kişilik haklarına, Anayasa'daki sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine aykırılık ve gabin hükümleri çerçevesinde sağlanıyordu. Mevzuattaki bu eksiklik içtihat ve doktrinde, sayılan hükümler ve ilkeler doğrultusunda çözümlenmekte idi. Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 1998 yılındaki bir kararında,^{vi} Alman ve İsviçre doktrin ve içtihadındaki gelişmeler dikkate alınarak, genel işlem koşullarının idari veya yargısal denetimini öngören bir düzenleme olmamasına rağmen önüne gelen davada bu kayıtların yorumu, değiştirilmesi, tamamlanması, ve geçersiz sayılmasının hakim in görevi olduğunu belirtmiştir. Açık olmayan hükümlerin, tereddüt halinde, onları kaleme alan aleyhinde yorumlanmasını ifade eden "*In dubio contra stipulatorem*" ilkesini benimseyen bu kararda alışılmamış kayıtların geçersiz, şartıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağı belirtilmiştir.

Mart 2003'te, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen "*sözleşmelerdeki haksız şartlar*" başlıklı altıncı maddede, haksız şart, "*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*" olarak tanımlanmıştır. Haziran 2003'te 25137 sayılı "*tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar hakkında yönetmelik*"ın "*kapsam*" başlıklı ikinci maddesinde ise haksız şart, "*tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kuralına aykırı biçimde konulmuş her türlü şart*" olarak tanımlanmıştır.

Sonuç olarak 2003'te yapılan değişiklik ile tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan standart sözleşmelerde genel işlem koşullarının yargısal denetimi yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. O halde tasarı ile getirilmek istenen düzenleme, Borçlar Kanunu açısından yeni olmakla beraber, Türk Hukuku açısından tek olma özelliğinin taşınmamaktadır.^{viii}

(vi) Yarg. 3.HD., 2.6.1998, E 1998/4263

II. TBKT ile Öngörülen Düzenleme

Tasarıda, genel işlem koşulları "sözleşmelerin yorumu, danışıklı işlemler" başlıklı 19. maddeden sonra "Genel İşlem Koşulları" üst başlığı altında 6 maddede düzenlenmiştir.

Bu düzenleme öncelikle, her türlü sözleşmede kullanılan genel işlem koşulunun denetlenmesini olanaklı kılacaktır. Tüketici sıfatını haiz olmayan kişilerin taraf olduğu sözleşmeler hakkında da uygulanacak olan bu denetim, Almanya Avusturya İtalya Hollanda gibi ülkelerde olduğu gibi tüketici/tacir ayrımı yapmaksızın herkesin koruyucu hükümlerden yararlanmasına yöneliktir. Ancak "standart sözleşme"den yararlananların karşısındaki kişilerin her zaman korunmaya muhtaç olmadığı da bir gerçektir. O halde düzenlemenin öncelikli amacının, önüne koyulan koşulları incelemeyi zorunda kalanları korumaya yönelik olduğunu hatırlamakta fayda var.

Genel işlem koşullarının denetiminde üç aşamadan ilki, genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığına belirlenmesi, yani yürürlük denetimidir. Tasarı 20. maddede genel işlem koşulunun tanımına ve uygulama alanına ilişkin açıklamalara yer verdikten sonra 21 ve 22. maddelerde yürürlük denetimini düzenlemiştir. Sözleşmenin içeriğine dahil olduğu belirlenen koşulun yorum yoluyla denetlenmesi olan yorum denetimi 23.maddede ve bunun yeterli korumayı sağlamadığı durumlarda devreye giren geçerlilik denetimi ise 24 ve 25. maddelerde düzenlenmiştir.

a. Genel olarak

Madde 20 Tanım ve Uygulama Alanı

1.) Birinci fıkrada genel işlem koşulları "bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" olarak tanımlanmıştır.

Bu tanıma getirilen eleştirilerin başında, "çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacı", "önceden tek başına hazırlamak", "karşı tarafa sunmak" biçiminde üç unsura ağırlık verilip pazarlık yapma imkanı bırakılmaksızın diğer tarafa dayatılma unsurunun katılmamış olması geliyor.¹⁰ Çünkü kişi, pazarlık olanağının varlığı durumunda, aleyhine hükümleri içeren bir sözleşmeye imza atsa dahi menfaatlerine zarar verdiğini söylemek ancak "aşırı yararlanma" çerçevesinde mümkün olabilecektir. "Standart sözleş-

(viii) Kuntalp, E. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, s.25. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

(ix) Kuntalp, E. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, s.25. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

me"den yararlananların karşısındaki kişilerin her zaman korunmaya muhtaç olmadığı gerçeğini bu noktada tekrar hatırlamak gerekir.

Genel işlem koşulları, çoğu kez, bunu kullanan tarafından kaleme alınmadığından dolayı "düzenleyen" kelimesi eleştirilmiş, yerine "kullanan" ifadesinin getirilmesi ve "tek başına hazırlayarak" ifadesinin çıkarılması önerilmiştir.^x Dil bütünlüğü sağlanması bakımından ise Tasarının 1, 2, 6 ve 11. maddelerinde "sözleşmenin kurulması" ifadesi kullanılırken tanımda "sözleşme yapılırken" ifadesi tercih edilmiştir. "Sözleşme kurulurken" ifadesinin burada uygun olacağı da getirilen öneriler arasındadır.

Tanımın içeriği ile ilgili eleştirilerin yanında, genel işlem koşullarına bir tanım getirme çabası da başlı başına eleştirilen bir durum olmuştur. Tanımların zaman içinde geliştiği ve genel işlem koşullarının sosyal ve ekonomik gelişmeler sonucu ortaya çıktığı düşünülürse tanım meselesinin doktrine bırakılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür.^{xi}

Fıkranın son cümlesine göre "bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz." Bu düzenleme bakımından örnek teşkil eden Alman Medeni Kanunu'nun ilgili hükmüyle^{xii} tamamen örtüşen bu cümle çeşitli yollarla emredici yasal düzenleme dışına çıkılması çabasının önünü kesme amacındadır ve eleştirilen bir nokta olarak göze çarpmamaktadır.

II.) İkinci fıkra "aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metninin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez." hükmüyle teknolojik imkanlardan yararlanarak bu koşulların "bireysel sözleşme" haline geldiğinin ileri sürülmesinin engellenmesini amaçlamıştır. O halde sözleşme metnindeki önemsiz değişimlere rağmen birinci fıkradaki tanıma giren hükümler "standart sözleşme" durumunda kalacaktır. Alman Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemesinde^{xiii} Kanunun hükümlerini dolanma yasağının somut bir görünümü olan bu fıkranın "özdeş olmayan metinlerin aynı anlama gelmeleri gerektiği" şeklinde bir ilaveyle sınırlandırılması önerilmiştir.^{xiv}

III.) Maddenin üçüncü fıkrası "Genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların herbirinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu

(x) Atamer, Y., s.324-330; Hayriye Gonca Güngör, Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (I), Legal Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:30, Haziran 2005, s.2100-2101

(xi) Kuntalp, E. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, s.26. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

(xii) BGB.m.305/1,2

(xiii) BGB Pr.306a

(xiv) Kuntalp, E. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, s.26. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

olmaktan çıkarmaz" hükmü ile BGB Pr. 305/I,3'teki düzenlemenin aksini benimseyerek kanun hükmünü dolanma yasağının somut bir görünümünü daha oluşturur. Şayet sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların münferiden tartıştığı bir hüküm birinci fıkradaki tanıma giriyorsa genel işlem koşulu olmaktan çıkmaz. Gerçekten uygulamada "standart sözleşmeler" in çoğunluğunda bu tip kayıtlara fazlaca rastlandığından, genel işlem koşullarını kullanan tarafın bu şartlar bakımından denetim dışı kalmak için başvurduğu bu yolun engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak bu peşin hüküm ile tarafların özel olarak tartıştığı hükümlerin, bunu ifade eden bir kayda rağmen, tartışılmadıkları ve bu nedenle haksız oldukları iddialarını ileri sürmek mümkün olacaktır. Halbuki bunu "başkaca kanıtlarla doğrulanmadıkça" ibaresiyle bir karine haline getirmenin daha hakkaniyetli ve dürüst olmayan davranışların korunmasından vazgeçilmiş olacağı belirtiliyor.^{xv} Gerçekten hükmün tartışıldığını gösteren yazışmalar olabilir ve hükmün bu olguya gözünü kapaması tarafsızlığı açısından bir eksiklik teşkil edebilir.

IV.) Dördüncü fıkra "Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır." ifadesiyle, bu kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerdeki bütün hükümlerinin, 20. maddenin 1. fıkrasındaki tanıma uymasa dahi genel işlem koşulu olarak kabul edileceğini hükme bağlamıştır. Bu sözleşmeyi hazırlayanın bir kamu tüzel kişisi olmasının durumu değiştirmeyeceği maddenin gerekçesinde açıklanmış olmasına karşın maddede açıkça ifade edilmemesi eleştirilmiştir. Bunun nedeni, hükmün bahsettiği "imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşların" idare hukukunda daima özel kişiler olmasıdır. Uygulamada, sözleşmedeki genel işlem koşullarını kullanan tarafın karşısındakinin korunmaya en çok muhtaç olduğu sözleşmeleri belirtmesi bakımından bu düzenleme olumlu bulunmuştur. O halde bir GSM operatör şirketi ile pazarlık yapmış ve bireysel sözleşme akdetmiş olan dahi bu hükümlerin şemsiyesi altına alınmıştır.

b. Kapsamı

Madde 21 Yazılmamış sayılma

I. 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 imkanı sağlamasına

(xv) Kuntalp, E. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, s.26. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Genel işlem koşulunun yargısal denetiminin yapılabilmesi için öncelikle “bireysel sözleşme”nin içeriğine girdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Teknik direktörün direktifi ve hakemin izni ile oyuna girebilen yedek oyuncuya benzetilen^{xvii} bu koşulların yürürlük denetimi bu maddede düzenlenmiştir. Ancak eleştirilen nokta, Borçlar Hukukunda mevcut hükümsüzlük hallerinden (yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, nisbi etkisizlik) farklı bir ifade olan “yazılmamış sayılma”ya başvurularak kafa karışıklığına yol açacağıdır.

II.) “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” şeklinde kaleme alınan ikinci fıkra, uygulamada özellikle kredi sözleşmelerinde karşımıza çıkan bu tür koşulların önünü kesmeyi hedeflemektedir. O halde kredi kurumunun dilediği an gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceğine, ilişkiye son vereceğine dair hükümler yazılmamış sayılacaktır. Ancak “standart sözleşme”den yararlananların karşısındaki kişilerin daima korunmaya muhtaç olmadığını burada da hatırlatıyoruz. Sözleşmeye yabancı olan ancak karşı tarafça bilinen ve kabul edilen bir kaydın mutlak olarak yazılmamış sayılmasının eleştirilen bir unsur olmuştur.

Madde 22 Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi

I.) “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmünden anlaşılacağı üzere genel işlem koşulunu kullanan taraf, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20/2 hükmünün sağladığı imkandan yoksun bırakılmıştır. Düzenlemenin örnek aldığı Alman Medeni Kanunu'ndaki ilgili maddenin aksini benimseyen bu hüküm, tüketici/tacir ayrımı yapmayan bu düzenlemede dengenin genel işlem koşulunu kullananın aleyhinde bozulduğu ileri sürülerek eleştirilen bir unsur olmuştur.

c. Yorumlanması

Madde 23

Yorum denetimini düzenleyen bu hüküm “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm , açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır” ifadesiyle in dubio contra stipulatorem ilkesini benimsemiştir. Hükümün amacı hakkında öteki

xvii) Kocayusufpaşaoğlu, N. (2008). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s231. İstanbul: Filiz Kitabevi.

yorum araçlarıyla bir sonuca varılamadığı takdirde uygulanan bu ilkenin kanun maddesi haline getirilmesi tartışılmıştır. Çünkü bu düzenlemede güven ilkesi gereğince, ad hoc -her olay için ayrı ayrı- bir değerlendirmeye olanak bırakmadan objektif bir yorum biçimi adres gösterilmiştir.^{xvii} Oysa somut olayda hakkaniyete ulaşmak ve hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacı ile bu kurala hukukun genel ilkesi olarak başvurmak daha doğru olabilirdi

d. Değişirme Yasağı

Madde 24

"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 içeren kayıtlar yazılmamış sayılır." hükmünün önemi, uygulamada tip sözleşmelerde bu tür yetkiler veren hükümlerin uyumsuzluk halinde geçerli sayıldığı göz önüne alındığında anlaşılır. Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinde tüketici lehine getirilen benzer koruma, bu düzenleme ile tüketici olmayanlar için de öngörülmektedir. 20. maddenin 3. fıkrasının aldığı eleştiri bu madde için de geçerli olmakta ve gerçekten kabul edilmiş bir hükmün peşinen hükümsüz sayılmasının sakıncalarına dikkat çekilmektedir. Müşterileriyle uzun süreli sözleşme yapabilmelerine izin veren faizlere ilişkin değiştirme yetkisi, bu hüküm ile geçersiz olacak ve bankaların her yeni kredi açma durumunda zahmetli yollara girmesine neden olacaktır.^{xviii}

e. İçerik Denetimi

Madde 25

"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler koyamaz." ifadesi ile, tasarıda örnek alınan Alman Medeni Kanunu'nun Pr.308 ve 309. maddelerinde izlenen yolu benimsememiş ve haksız şart olarak nitelendirilip geçersiz sayılacak tipik genel işlem koşullarını örnek olarak göstermeyip soyut bir hükme başvurulmuştur. Madde gerekçesinden, ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, dürüstlüğe aykırı olarak nitelenen davranışların, genel işlem koşulları alanında önlenmesi amacıyla getirildiği anlaşılan hükmün 21. madde ile beraber değerlendirilmesi

(xvii) Özel, Ç. Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, *Sosyo Ekonomi Ocak-Haziran 2006-1*, s.153-168

(xviii) Kuntalp, E. (2005). *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, s.30. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları

gerekir. Düzenleme, 21. maddede, genel işlem koşulunu kullananın karşı-
sındaki kişinin açıkça bilgilendirilmesi halinde menfaatlerine aykırı
hükümün geçerli olacağını belirtirken 25. madde, bu kişi bilgilendirilse dahi
dürüslük kuralına aykırı hükümün zarar verici ve durumu ağırlaştırıcı
olması halinde geçersiz olacağını kabul etmektedir. Son olarak, madde
gereğesinde öngörülen hükümsüzlük halinin "kısmi hükümsüzlük"
olduğu belirtilmesine karşın etkisinin "yazılmamış sayılma"dan farkı
anlaşılmamaktadır. Çünkü bu halde de geçersiz olan sözleşme hükümleri
haricindekiler geçerliliklerini sürdüreceğ ve geçersiz hükümler yerine
kanun hükümleri uygulanacaktır.

ISTANBUL BAROSU DERGİSİ



CİLT: 84 • SAYI: 2010/5 • ISSN 1304-737X • EYLÜL/EKİM