

DEĞİŞTİRME YASAĞI

▪ Arş. Gör. Adem YELMEN*

Özet: Bu çalışmanın konusu, “Değişirme Yasağı”dır. Değişirme yasağı, genel işlem şartları kapsamında Türk Borçlar Kanunu’nda hüküm altına alınmış bir düzenlemedir. Bu çalışmada, ilgili maddede yer alan kullanana değişirme yetkisi veren hükümlere ilişkin incelemelerde bulunulmuştur. Bu kapsamda, öncelikle genel işlem şartları kavramı açıklanmıştır. Akabinde değişirme yasağı, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki düzenlemeler, mevcut durum ve kaynak kanun ülkesi olan Almanya uygulaması açısından incelenmiştir. Daha sonra değişirme yasağı, “zaman bakımından uygulama” meselesi açısından ele alınmıştır. Nihayet değişirme yasağının hüküm ve sonuçları izah edilerek çalışma tamamlanmıştır. Çalışma sırasında edindiğimiz kanaatler ise “Sonuç” kısmında topluca yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem şartları, değişirme yasağı, yazılmamış sayılma, zaman bakımında uygulama

Abstract: The subject of this study is “Prohibition of Changing”. Prohibition of changing is arranged within general transaction conditions in Turkish Code of Obligations No. 6098. In this study, conditions authorizing the change which located in the relevant article was examined. In this context, firstly, the concept of general transaction conditions was described. Afterwards, prohibition of changing was examined with regard to adjustments before Turkish Code of Obligations inure, current situation and Germany practice which source of this code. Later on, prohibition of changing was studied with regard to field of execution in terms of time. Finally, the terms and results of prohibition of changing was explained and the study was completed. During our investigation we have convictions are located in “Result” in a mass.

Keywords: General transaction conditions, prohibition of changing, deemed unwritten, field of execution in terms of time.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ademyelmen@gmail.com.

I. GİRİŞ

Batı hukuk sistemlerinde uzun yıllardır mevcut olan genel işlem şartları, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almış değildi. Her ne kadar doktrin ve yargı kararlarında genel işlem şartlarından söz edilmekte ise de, konu ile ilgili herhangi bir özel alana indirgenmemiş kanun hükümleri yer almamakta idi. Genel işlem şartlarının Türk pozitif hukukuna girişi, 01.07.2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile söz konusu olmuştur. Gerçekten de, genel işlem şartları, TBK. m. 20 ilâ 25. maddelerde düzenlenmiştir.

Genel işlem şartlarının bulunduğu sözleşmelerde değiştirme yasağı ise, TBK. m. 24'de hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemede, düzenleyenin, genel işlem şartlarını tek taraflı karşı taraf aleyhine değişiklik yapma veya yeni düzenleme getirme yetkisi yasaklanmaktadır. Bu yasağa uyulmamasının neticesi olarak da, söz konusu yetkiyi ihtiva eden hükmün yazılmamış sayılacağı ifade edilmiştir.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI

Genel işlem şartlarının tanımı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılmış bulunmaktadır. Gerçekten de, TBK. m. 20/I'ye göre, "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*". Bununla birlikte, söz konusu tanımda salt lafzî anlamıyla değerlendirilmemesi gereken hususlar söz konusudur. Bu itibarla, bahsi geçen madde metninde yer alan tanımdaki bazı ifadelerin açıklanması ve onlardan ne anlaşılması gerektiğinin izah edilmesi gerekmektedir.

İlk olarak, "bir sözleşme yapılırken" ifadesi ile anlatılmak istenen, sözleşmenin yazılması veya hazırlanması değil, TBK. m. 1/I anlamında "sözleşmenin kurulması"dır. Malumu üzere "sözleşmenin kurulması" teknik bir kavram olup, "sözleşmenin yapılması" kelimesi bu ifadeyi her zaman tam olarak karşılamamaktadır. Bu anlamda, söz konusu tanımda

“sözleşme yapılırken” ifadesi yerine “sözleşme kurulurken” veya “sözleşmenin kuruluşu sırasında” ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu. İkinci olarak, TBK. m. 20/I’de, genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan kişi için “düzenleyen” ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu ifade, genel işlem şartları bakımından birtakım sorunlara sebebiyet verebilir. Nitekim “düzenleyen” kavramı, kelime anlamı¹ ile değerlendirildiğinde, “genel işlem şartlarını hazırlayan, yazan, sistemli bir şekilde bir arada toplayan veya genel işlem şartlarını meydana getiren” olarak anlaşılır. Bu anlamda “düzenleyen”, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmenin tarafı ise, bu unsurun varlığı bakımından mesele yoktur. Ancak genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan, bu anlamda “düzenleyen” değil de, “kullanan” konumunda olabilir. Bu durum karşısında ise, bahsedilen unsurun varlığının kabul edilip edilemeyeceği meselesi gündeme gelir. Genel işlem şartlarının tanımının yer aldığı TBK. m. 20’nin gerekçesinde bu hususa ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Ancak genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler ve konunun niteliği göz önünde tutulduğunda, meseleyi açıklığa kavuşturmak mümkün gözükmemektedir. Nitekim bir sözleşmenin kurulması anında genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşmenin muhtevasına dâhil olmasını isteyen kişi “kullanan”dır². Önemli olan genel işlem şartlarını kaleme alan değil, karşı tarafa sunandır³. Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerde, “düzenleyen” ve “karşı taraf” ifadeleri, bir sözleşmenin tarafları için kullanılmıştır. Burada karşı taraf, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmenin pasif tarafında yer alan kişidir. Yani karşı taraf, sözleşmede kendisine genel işlem şartları sunulan taraftır. Bunun sonucu olarak, kelime olarak farklı çağrışımla-

¹ “Düzenleyen” kelimesi, “düzenlemek” fiil kökünden gelmektedir. “Düzenlemek” ise, “çeşitli unsurların meydana getirdiği ahenkli bütün oluşturma, muntazam hale getirmek, tanzim etmek, yapmak, tertib etmek” anlamlarına gelmektedir. Bkz. Doğan, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 1996, s. 315.

² BGB §. 305/(1)’de de, “kullanan, kullanıcı” anlamına gelen “Verwender” ifadesine yer verilmiştir.

³ Atamer, Yeşim M.; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 1. Bası, İstanbul 1999, s. 69; Havutçu, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 76; Atamer, Yeşim M.; Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m. 55/I-(f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 18; Ankan, Mustafa; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), s. 71.

ra sebebiyet verse de, düzenleyenin, sözleşmenin genel işlem şartlarını sunan tarafı olduğu sonucuna varmak, bu bakımdan da mümkündür. Aksi takdirde genel işlem şartlarına ilişkin hükümler çok kolay bir şekilde bertaraf edilebilir. Bu da söz konusu düzenlemelerin amacı ile bağdaşmaz. Özet olarak, “düzenleyen” ifadesini, “genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan”, “kullanan” olarak anlamak gerekir.

Son olarak, tanımda yer alan “tek başına” ifadesini de “tek taraflı” olarak anlamak lazımdır. Genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan kişi, bu hükümleri tek başına hazırlamak mecburiyetinde değildir. Kullanan, avukat veya hukukî danışmandan destek alabileceği gibi, ilgili metni tamamen uzman bir ekibe de hazırlatabilir. Burada anlatılmak istenen ve önem arzeden husus, sözleşmenin hazırlanışında karşı tarafın yer almasıdır. Bu itibarla, “tek taraflı” ifadesinin kullanılması daha uygun olur. Yukarıda yapılan açıklamalar ve konuya ilişkin vardığımız kanaatler neticesinde genel işlem şartları, “Sözleşmenin bir tarafının (kullanan) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı hazırlanmış sözleşme hükümleridir.” şeklinde tanımlanabilir.

III. KULLANANA DEĞİŞTİRME YETKİSİ VEREN ŞARTLAR

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, kullanana verilen sözleşme hükümlerindeki değiştirme yetkisi, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun kullanıldığı ölçüde geçerli kabul edilmekteydi. Nitekim Yargıtay bir kararında; “Kredi sözleşmelerinde faiz oranının artırılmasının bankanın tek taraflı iradesine bırakılmasına dair hükümler hukuken geçerli ise de, bu yetkinin bankaca MK. 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerekir.”⁴ ifadesine yer vermiştir. Yüksek Mahkeme’nin başka bir kararına göre de; “Tacirler arasında sözleşme

⁴ 19. HD., T. 23.10.1997, E. 1997/5982 ve K. 1997/9028. Karar metni için bkz. Kocaman, Arif B.; Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Ünal TEKİNALP’e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1111.

faizi ile temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK'nun 19/1 maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlâka aykırı, batıl bir hüküm taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içerisinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (MK. m. 2.) bu kuralın sonucu olarak, bankanın fahiş bir kazanç amacı ile faiz oranını tek taraflı artırma yetkisine dayanarak hakkı görülemeyecek bir orana yükseltilmesi, hakkın suiistimalini oluşturacağından, sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında, kredi müşterisinin MK. m. 2 ve 3. maddelerinin korunmasında bulunduğu kabulü gerekir.”⁵ Görüldüğü üzere, kullananın değiştirme yetkisi, karşı taraf aleyhine de olsa, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun kullanıldığı ölçüde geçerli kabul ediliyordu⁶. BGB. §. 308/4’de de; “Kullanana, vaad ettiği edimi değiştirme veya saptırma hakkı veren hükümler, kendi menfaati dikkate alındığında karşı taraf için makûl ölçüde değilse, geçersizdir.” ifadesi yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile gelen yeni düzenleme neticesinde, kullananın tek taraflı değiştirme yetkisi, karşı taraf aleyhine sonuç doğuramaz. Gerçekten de TBK. m. 24’e göre; “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 kayıtlar yazılmamış sayılır.” Söz konusu hükümde, karşı tarafın aleyhine olan bir düzenlemenin, onun için makûl ölçüde olup olmadığına yönelik bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla kullananın, tek taraflı olarak, makûl veya değil, karşı taraf aleyhine bir hükmü değiştirmesi ya da yeni bir hüküm getirmesi mümkün değildir. Hâlbuki sözleşmenin amacı doğrultusunda, hakkı kullananın değişiklikteki menfaati ile karşı tarafın

⁵ 19. HD., T. 25.11.1994, E. 1994/6472 ve K. 1994/11467. Karar metni için bkz. Kocaman, s. 1116-1117.

⁶ Konunun tek taraflı faiz artırma yetkisi veren boyutuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kayar, İsmail; Kredi Sözleşmelerindeki Bankaya Tek yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, GÜHFD., Aralık 1997, C. 1, S. 2, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, s. 82 vd.; Yalçın, Onur; Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006.s. 117 vd.

menfaatinin tartılması yoluyla çözüme gidilmesi daha isabetli olurdu⁷. Önemli bir sebebin varlığı ve tarafların menfaatlerinin dengelenmesi hususları, değişikliğin makûl ölçüde olmasına imkân tanıyabilmelidir⁸. Meselâ, alınan mobilyanın ticarî geleneklere uygun olarak yapımına ilişkin değişiklik yapma hakkı veren şartlar makûl olarak nitelenerek geçerli kabul edilmelidir⁹. Buna karşılık kullanan tarafından, uçuş noktalarının, taşıt tamirinin muhtevasının veya TV paketlerinin değiştirilebileceğine ilişkin şartları makûl olarak kabul etmek mümkün değildir¹⁰.

TBK. m. 24'te, karşı taraf aleyhine değişiklik yapma yetkisi veren şartlar bakımından “yazılmamış sayılma”ya atıf yapılmıştır. Ancak kanaatimizce bu durum, isabetli bir tercih olmamıştır. Çünkü yazılmamış sayılma, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesinde (yürürlük denetiminde) söz konusudur. Buna karşılık, kullananın değiştirme yetkisi meselesi, içerik denetiminin konusudur. İçerik denetiminin yaptırımını ise, TBK. m. 27/II uyarınca kısmî kesin hükümsüzlüktür¹¹. Bu bakımdan kanun koyucu, içerik denetimi kapsamında yer alan bir hususu yürürlük denetimi yaptırımına tâbi tutmuştur. Böyle bir sonuç ise kanaatimizce hatalı olmuştur.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da değiştirme yasağına ilişkin muhtelif düzenlemeler yer almaktadır. Bunların başında “Temel İlkeler”in düzenlendiği 4. maddenin ikinci fıkrası gelmektedir. Hükme göre, sözleşmede öngörülen şartlar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

⁷ Jauernig/Stadler, § 308 Rn 6; Aydoğdu, Murat; Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 143.

⁸ Jauernig/Stadler, § 308 Rn 6.

⁹ Jauernig/Stadler, § 308 Rn 6.

¹⁰ Jauernig/Stadler, § 308 Rn 6.

¹¹ Kısmî kesin hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 1 vd.; Kırkbeşoğlu, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 1 vd.

TKHK. m. 26'da, tüketici kredileri bakımından sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Burada, belirli ve belirsiz süreli kredi sözleşmeleri bakımından farklı sonuçlar öngörülmüştür. Gerçekten de, ilk fıkraya göre, makûl seviyede olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmelerinin şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. İkinci fıkra ise, belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılmasına yöneliktir. Bu nitelikte bir sözleşmede faiz oranında değişiklik yapılması halinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya "kalıcı veri saklayıcısı"¹² aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi mecburîdir. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.

TKHK. m. 36/(2)'de, konut finansmanı sözleşmeleri bakımından bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, sözleşmede belirtilmek suretiyle konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit veya değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen oran tarafların rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde bu yöntemin muhtemel etkileri ko-

¹² 6502 Sayılı TKHK. m. 3/(1)-f)'e göre, kalıcı veri saklayıcısı, "Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı"ni ifade etmektedir.

nusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılabilir referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir.

TKHK. m. 51/(6)'da paket tur sözleşmeleri bakımından bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi veya turun başlamadan önce iptal edilmesi hâllerinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, dönme bildirimimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunludur.

TKHK. m. 52/(4)'de, abonelik sözleşmeleri bakımından bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; tüketici, belirsiz süreli veya süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir. Süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması hâlinde de tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Fesih bildiriminin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem belirleyemez.

“Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”¹³in Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları içerisinde de değiştirme yasağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. TSHŞHY. Ek-1/(1)-h)'ye göre, sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar, haksız şarttır. Yine TSHŞHY. Ek-1/(1)-ı)'ya göre de, söz-

¹³ RG., T. 17.06.2014 ve S. 29033.

leşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar haksız şarttır.

5464 Sayılı BKKKK. m. 25’de ise, sözleşme şartlarındaki değişiklik hususunda, karşı tarafın kabulünün gerekliliğini ifade eden bir hüküm yer almaktadır¹⁴. Hükme göre, sözleşmede yapılan değişikliklerin kart hamiline bildirilmesi gerekmektedir. Kart hamili, söz konusu değişikliklerle kartını kullanamaya devam etmeye mecbur değildir. Bu durumda kart hamili, kartını iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir.

Sonuç olarak, özel düzenlemeler bir kenara bırakılıp Türk Borçlar Kanunu açısından değerlendirildiğinde, kullanan, sözleşme şartlarında karşı taraf aleyhine bir değişiklik yapmak istiyorsa, söz konusu değişikliği onun onayına sunmak mecburiyetindedir. Karşı tarafın aleyhine olup da onun kabulünü ihtiva etmeyen değişiklikler yazılmamış sayılır. Bununla birlikte, kullananın karşı tarafın lehine olarak sözleşmede değişiklik yapabileceğine ilişkin hükümler ve yapılan değişiklikler geçerlidir.

IV. 1.7.2012 TARİHİNDEN ÖNCE KURULAN SÖZLEŞMELERDE YER ALAN DEĞİŞTİRME YETKİSİNİN DURUMU

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce kurulan genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmelerde yer alan karşı taraf aleyhine değiştirme yetkisi veren hükümlerin akibetinin ne olacağı meselesi de büyük önem arz etmektedir. Bu husus, genel işlem şartlarının zaman bakımından uygulama alanı ile ilgilidir. Genel işlem şartlarının zaman bakımından uygulama alanı ile kast edilen, TBK. m. 20-25’de yer alan hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olaylara uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Kanunlar, kural olarak yürürlüğe girdikleri tarih itibarıyla gerçekleşen olay ve ilişkilere

¹⁴ Banka Kartları Ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik m. 18’de aynı doğrultuda bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. R.G., T. 10.03.2007 ve S. 26458.

uygulanır¹⁵. Bununla birlikte, zaman zaman kanunların yürürlüğe girmesinden önceki ilişkilere de uygulanacağına yönelik özel bazı düzenlemeler yapılmaktadır¹⁶. Meselâ, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da, geçmişe etkili uygulamaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır.

6101 sayılı Kanun'da genel işlem şartlarının uygulanma şekli ve zamanına yönelik herhangi bir açık düzenleme yer almamıştır. Bununla birlikte, Kanun'un 2. maddesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde, genel işlem şartlarına yönelik TBK. m. 20-25 hükümlerinin kamu düzeni ve genel ahlâkla ilgili olup olmadığı büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de, söz konusu hükümler, kamu düzeni ve genel ahlâkla ilgili değil ise, sadece yürürlük tarihinden sonraki sözleşmeler açısından uygulama alanı bulur. Aksi durumda, yani söz konusu hükümlerin kamu düzeni ve genel ahlâkla ilgili olduğunun tespiti yapılırsa, artık geçmişe etkili uygulama gündeme gelir. Bu meselenin çözümü için, TBK. m. 20-25'de yer alan hükümlerin, kamu düzeni ve genel ahlâk ile ilgili olup olmadığının tespiti yapılmalıdır.

¹⁵ Özsunay, Ergun; Medenî Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 179; Ataay, Aytekin; Medenî Hukukun Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Baskı, İstanbul 1980, s. 193; Baysal, Başak; Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 475; Hatemi, Hüseyin; İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku), İstanbul 2004, s. 17; Akyol, Şener; Medenî Hukuka Giriş, Prof. Dr. Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan, İkinci Baskı, İstanbul 2006, s. 173; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami; Medenî Hukuk, İstanbul 2011, s. 77; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya; Medenî Hukuk, İstanbul 2011, s. 12; Baysal, Başak; Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü, İÜHFİM, Y. 2012, C. LXX, S. 1, s. 225; Dural, Mustafa/Sarı, Suat; Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 117; Ayvaz, Sema Taşpınar; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 47; Sözer, Ali Naim; Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir İnceleme, Prof. Dr. Aydın Zevklier'e Armağan, İzmir 2013, s. 2477.

¹⁶ Söz konusu düzenlemeler istisnaen yer bulmaktadır. Geçmişe etkili düzenlemelerin çeşitli tehlikeleri bulunmaktadır. Bunların en başında önceye etkili kanun çıkarma, istisnalar dışında toplum hayatını derinden yaralar, toplumdaki hukukî güvenceyi ortadan kaldırır, hukukî emniyet kalmaz. Önceye etkili kanun çıkarılacağı yolunda bir tehlike bile, toplumu güvensizliğe yöneltir. Bu sebeplerle istisnalar dışında kanunların önceye etkili olması kabul edilmemelidir. İstisnalar ise sınırlı uygulanmalıdır. Akyol, s. 183-184.

Yargıtay'ın zaman bakımından uygulanmaya bakışı, Daireler arasında farklılık arz eder niteliktedir. Aşağıda yer verilen kararlar incelendiğinde bu husus açıkça görülür. Nitekim 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararına, *"Kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri andan itibaren ortaya çıkan olay ve hukuki ilişkilere uygulanır. Bununla beraber, çeşitli sebeplerle bazen yeni kanunun daha önce ortaya çıkmış olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanması söz konusu olabilir. Genellikle kamu yararının, kamu düzeninin, genel ahlâkın, zayıfların... korunmasına hizmet eden..."* ifadeleri yer almıştır¹⁷. 6. Hukuk Dairesi, kira sözleşmesindeki muacceliyet şartını kamu düzeninden saymış ve sözleşme Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenmiş olsa da Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanmasını kabul etmiştir¹⁸. Aynı şekilde, 21. Hukuk Dairesi, 6098 sayılı TBK. m. 55'i¹⁹ kamu düzenine ilişkin emredici bir hüküm olarak niteleyip, Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarının gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanacağını kabul etmiştir²⁰. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme'nin 11 ve 19. Hukuk Daireleri, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin kamu düzeni ve genel ahlâk kapsamında bulunmadığı doğrultusundaki görüşlerini kararlarında vurgulamıştır. Gerçekten de, 19. Hukuk Dairesi bir kararında, yerel mahkemenin *"... toplanan delillere göre, davaya konu banka kredi sözleşmesinin davacı banka tarafından önceden hazırlanmak suretiyle kefillere imzalatıldığı, kefillerin işlem koşullarını kabul ettiklerine ilişkin TBK'nun 21. maddesi kapsamında bir kabulünün bulunmadığı, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun geçmişe etkili olma kuralını düzenleyen 2.,3.,4., ve 7. maddeleri bir arada yorumlandığında genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemenin, ne zaman*

¹⁷ 13. HD., T. 22.11.2012, E. 2012/17865, K. 2012/26319, (KBİBB).

¹⁸ 6. HD., T. 05.03.2013, E. 2013/691, K. 2013/3827, (KBİBB).

¹⁹ TBK. m. 55: *"Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."*

²⁰ 21. HD., T., 28.03.2013, E. 2013/998, K. 2013/6065, (KBİBB).

düzenlenmiş olurlarsa olsun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanmasının gerektiği ve bu nedenle TBK'nun 20. maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak yapılmış sözleşme uyarınca davacının talebinde haklı olmadığı...” gerekçeleriyle genel işlem şartlarının kamu düzeni ve genel ahlâk ile ilgili olmadığını kabul etmiştir²¹. Yine 11. Hukuk Dairesi de, yerel mahkemeden gelen başka bir olaydaki geçmişe uygulama meselesini, “... Borçlar Kanunu ile düzenlenen genel işlem koşullarına aykırılık da, Yürürlük Kanununun 2 inci maddesi kapsamında değerlendirilemez.” gerekçesiyle kabul etmemiştir²².

Yukarıda özetlerine yer verilen kararlarda Yargıtay Daireleri, kamu düzeni ve genel ahlâka ilişkin bir tanım, bir nitelendirme veya bir açıklamada bulunmamıştır. Somut duruma göre, “bu kamu düzeni ve genel ahlâkla ilgilidir veya ilgili değildir” tespitinde bulunulmuştur. Hal böyle olunca, konu ile ilgili farklı durumların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Meselâ, 13. Hukuk Dairesi yukarıdaki kararında, geçmişe yönelik uygulama için “zayıfların korunmasına hizmet eden” ifadesine de yer vermiştir. 11. ve 19. Hukuk Daireleri ise, genel işlem şartlarına yönelik hükümlerin geçmişe yönelik uygulanmasını kabul etmediğine göre, bu durumda iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunlar, adı geçen Hukuk Dairelerinin, ya genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri zayıfların korunması kapsamında değerlendirmemeleri veya geçmişe uygulama meselesinde 13. Hukuk Dairesi ile farklı kanaat ve görüşleri paylaşmalarıdır.

Kamu düzeni kavramının, “özel hukukta”, “kamu hukukunda”²³ veya “milletlerarası özel hukukta”²⁴ farklı anlamlarda kullanıldığı görü-

²¹ 19. HD., T. 21.03.2013, E. 2013/344, K. 2013/4939, (KBİBB).

²² 11. HD., T. 22.10.2012, E. 2012/14299, K. 2012/16795. Dairenin aynı doğrultudaki diğer kararları için bkz. 11. HD., T. 06.03.2013, E. 2013/2482, K. 2013/4162; 11. HD., T. 26.11.2012, E. 2012/16385, K. 2012/19174, (KBİBB).

²³ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Köse, Gülşen; Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s. 1269-1300.

²⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ökçün, A. Gündüz; Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1997, s. 1 vd.; Dayındarlı, Kemal; Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara 2011, s. 5 vd.

lebilmektedir. Özel hukuk açısından değerlendirildiğinde kamu düzeni, belli bir toplumun güvenliği ve çıkarları göz önüne alınarak konulmuş bulunan ve toplumun temelini teşkil eden hukuk normlarından oluşan düzen olarak ifade edilmektedir²⁵. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de, "yazılış tarzından, taraf iradesiyle bertaraf edilmesi mümkün olmayıp, içtimaî ve ahlâkî bir maksadın hâkim bulunması sebebiyle her yerde tatbik zarureti bulunduğu anlaşılan hükümler kamu düzeni niteliğindedir"²⁶. Kamu düzenini ilgilendiren kurallar, toplumda bireylerin barış içinde düzenli yaşamasını amaç edinen bir görünüm arz eder²⁷.

Kamu düzeninin muhtevasını belirlemek kolay değildir. Çünkü bir toplumun menfaatleri yere ve zamana göre değişkenlik gösterebilir²⁸. Bununla birlikte bir ölçü verilmesi gerekirse, hukuk kurallarının bir kısmı sadece şahsî menfaatleri korurken; diğer bir kısmı şahsî menfaatleri korursa da, temelinde millî menfaatlerin, toplumun çıkarlarının korunması vardır²⁹.

Kamu düzenini ilgilendiren kurallar emredici nitelik taşır; fakat bütün emredici hukuk kuralları kamu düzenine dayanmaz³⁰. Bir hükmün emredici nitelikte olması da, başlı başına onun kamu düzenine ait bir kural sayılmasını gerekli kılmaz³¹. Kamu düzenine ilişkin kuralların emredici nitelikte olmaları, bunların düzenlendiği hususlarda toplumun önemli menfaatinin bulunması sebebine dayanır³². Bunun gibi, genel ahlâka ilişkin kurallar da, toplumun ahlâkî görüş ve davranışlarını yan-

²⁵ Özsunay, s. 182; Hatemi, Zaman Yönünden Yürürlük, s. 20.

²⁶ JdT 1938 490. Karar için bkz. Dayındarlı, s. 9.

²⁷ Dayındarlı, s. 1.

²⁸ Hatemi, Hüseyin; Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. m. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 43; Ökçün, s. 108 vd.; Akyol, s. 187; Köse, s. 1271; Dayındarlı, s. 2.

²⁹ Akyol, s. 187; Köse, s. 1285 vd.

³⁰ Dayındarlı, s. 1.

³¹ JdT 1975 I 142. Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 80, dipnot 80.

³² Özsunay, s. 185.

sıttığı için emredici niteliktedir³³. Genel ahlâk ise, belirli bir yerde ve zamanda o topluma veya topluluğa ait sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan, kamu vicdanında benimsenen, dürüst, namuslu, makûl insanlara ait asgarî, sosyal ve hukukî ahlâk kurallarıdır³⁴.

Toplumun temelini teşkil eden hususları koruyan klasik kamu düzeni anlayışının yanında ekonomik kamu düzeni anlayışı da bulunmaktadır. Ekonomik kamu düzeni, özellikle bir taraftan ekonomik yönden zayıf tarafı koruyucu, değer taraftan millî ekonominin belirli bir yöne gitmesini sağlayan ve buna engel olacak özel sözleşmelere karşı olan bir anlayıştır³⁵. Şu halde, sözleşme serbestisinin olduğu bir yerde, bu hürriyeti kısıtlayan sözleşmeler her zaman kamu düzeninin ihlâli sonucunu doğurur.

“Kamu düzeni ve genel ahlâk”³⁶ ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalardan, bunlarda toplumun güvenliği ve menfaatinin göz önünde tutulduğu görülür. Aynı şekilde bu tür hükümlerin, şahsî menfaatleri korusa da, temelinde millî menfaatlerin, toplumun çıkarlarının yattığı görülür. Yine kamu düzeni, zayıfların korunmasına hizmet eder. Nihayet bunlar, emredici niteliktedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, genel işlem şartlarına ilişkin TBK. m. 20-25’de düzenlenen hükümler, bir bütün olarak ele alınmak yerine, bunların üç aşaması açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Söz konusu üç aşama, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi, yorumlanması ve içerik denetimidir. Bu sebeple, kamu düzeni ve genel ahlâk meselesini, genel işlem şartlarının söz konusu üç aşaması bakımından ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetli sonuçlar doğurur. Bu açıdan bakıldığında, genel işlem şartlarının sözleş-

³³ Özsunay, s. 185; Hatemi, Ahlâka Aykırılık, s. 25 vd.

³⁴ Ateş, Derya; Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 83.

³⁵ Ateş, s. 154.

³⁶ Kamu düzeni ile genel ahlâk kuralları arasında birtakım benzerlikler ve farklılıklar bulunur. Öncelikle bu iki kavram da sözleşme hürriyetinin içerik denetiminde rol oynar. Bunlar amaç yönünden birbirlerine benzer niteliktedir. Nitekim kamu düzeni kuralları, toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruma amacına sahiptir. Genel ahlâk kuralları da, bireyin ve toplumun menfaatini sağlamak ve zararını önlemek amacını güder. Bunlarla birlikte, genel ahlâk kuralları toplumun etik temelleri ve manevî yönüyle ilgili iken; kamu düzeni, toplumun maddî temellerini oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, s. 161 vd.

me kapsamına girmesini, kamu düzeni ve genel ahlâk kapsamında değerlendirmek pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü çalışmanın ikinci bölümünde de açıklandığı üzere, burada muhtevaya yönelik bir faaliyet bulunmayıp, sadece sözleşmenin parçası olup olmamaya ilişkin bir tespit yapılmaktadır. Sadece bu tespitin ise, kamu düzeni ve genel ahlâk kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Genel işlem şartlarının yorumunun kamu düzeni ve genel ahlâkı ilgilendirdiğini söylemek ise her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü TBK. m. 23’de açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir şartın, kullanan aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı hükme bağlanmıştır. Bu anlamda, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir şart, muhteva itibariyle her zaman kamu düzeni ve genel ahlâk kapsamında yer almayabilir. Bununla birlikte, genel işlem şartlarının yorumunda somut durumun gerekleri, toplum menfaatini açısından önem arz edebilir. Bu takdirde ise, emredici nitelikte olan ve zayıfın korunmasına hizmet eden bu hükmün kamu düzeni ve genel ahlâkı ilgilendirdiği kabul edilmelidir.

Nihayet, genel işlem şartlarının içerik denetimi ise, doğrudan doğruya esasa ilişkin olup, geniş kitleleri etkileyecek niteliğe sahiptir. Çünkü Giriş kısmında da açıklandığı üzere, genel işlem şartlarının doğuşu ve bugün geldiği nokta göz önünde tutulduğunda, içerik denetiminin söz konusu etkiye sahip olduğu görülür. Gerçekten de, meselâ bir banka, milyonlarca kişiye aynı sözleşme ile kredi verebilmektedir. O sözleşmede yer alan bir şart, kitleler açısından önem taşımaktadır. Aslında genel işlem şartlarının, somut durumda toplumu etkileyip etkilememesi ikinci plândadır. Çünkü burada önemli olan, bunların toplumu etkileme potansiyeline sahip olmasıdır. Bu potansiyele sahip genel işlem şartları, toplumu etkilerse zaten bunun tespiti kolaydır. Bununla birlikte, böyle bir etki somut durum açısından söz konusu olmasa, sadece şahsî koruma görüntüsü hâkim olsa dahi, arka planda toplumun menfaati yatmaktadır. Çünkü içerik denetiminde, artık hukukî sonuç doğurmaya elverişli muhtevaya ilişkin durumlar incelenir. Bu sonuçlar ise, toplum bakımından gündeme gelebilecek etki ve niteliktedir. Bunların yanında

içerik denetimine ilişkin hüküm, zayıf tarafın korunmasına hizmet eden emredici bir düzenlemedir. Kamu düzeni, sözleşmelerin içerik denetiminde bağımsız olarak da kullanılan bir kavramdır³⁷. Söz konusu boyutu ile değerlendirildiğinde, genel işlem şartlarının içerik denetiminin kamu düzeni ve genel ahlâk ile ilgili olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁸. Çünkü sözleşme ilişkilerinde zayıf tarafı korumayı amaçlayan emredici nitelikteki hükümlerin, sırf sözleşme bu hükümler yürürlüğe girmeden kuruldu diye uygulanmayacağını kabul etmek, kamu menfaatini gözetmeyen ve eşitlik ilkesine aykırı bir yorum olur³⁹. Bu sonuca göre, içerik denetimine ilişkin kurallar, 01.07.2012 tarihinden önce kurulmuş sözleşmelerde de uygulanma imkânı bulur. Aksinin kabulü, genel işlem şartlarının niteliğine ve söz konusu kanunî düzenlemelerin mantığına aykırı düşer.

Değiştirme yasağı, içerik denetimi kapsamında değerlendirilen bir husustur. Bu itibarla, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce kurulan genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmelerde yer alan değiştirme yetkisi veren hükümlerin de TBK. m. 24'de düzenlenen yasağa tâbi olması gereği hasıl olmaktadır.

V. DEĞİŞTİRME YASAĞININ HÜKÜM ve SONUÇLARI

Değiştirme yasağının yaptırımını yazılmamış sayılma olarak ifade edilmiştir. Yazılmamış sayılma ise, yukarıda da ifade edildiği üzere genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi aşamasında gündeme gelen bir yaptırımdır. Bu kapsamda TBK. m. 21/I'e göre; *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."* Madde metnine göre, genel

³⁷ Ateş, s. 155.

³⁸ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Baysal, TBK. Yürürlüğü, s. 239; Aydoğdu, s. 158.

³⁹ Baysal, TBK. Yürürlüğü, s. 236.

işlem şartlarının, sözleşmenin kapsamına girmesinin unsurları gerçekleşmediği takdirde, bunlar yazılmamış sayılır. O halde, yazılmamış sayılma yaptırımı, ilk olarak, genel işlem şartlarının, sözleşmenin kapsamına girmesinin unsurları gerçekleşmediğinde kendisini gösterir.

TBK. m. 21/II'ye göre; *“Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”* Bu sebeple, genel işlem şartları, hangi sözleşmenin muhtevasına dâhil oluyorsa, onun niteliğine uygun hükümleri ihtiva etmelidir. Aksi takdirde, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları da, yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, genellikle karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümlerdir⁴⁰. Meselâ, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi sözleşmesindeki gizlenmiş kefalet kaydı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kabul edilebilir^{41, 42}. Yine sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartlar, genel işlem şartlarını kullananın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler şeklinde olabilir⁴³. Nihayet genel işlem şartları kapsamındaki bir hüküm, sözleşme metninin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle, bulunduğu yer bakımından da beklenemez nitelikte olabilir⁴⁴.

⁴⁰ Kaşak, Esra; Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK. m. 21/2), İÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 423.

⁴¹ Kaplan, İbrahim; Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, Y. 1991, C. XVI, S. 2, s. 61. Konu ile ilgili ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Kaşak, s. 415 vd.; Kayar, s. 82 vd.

⁴² Yargıtay da bir kararında; *“... taksitle satış ve kura sonucu teslim şartlarını belirleyen satıcı genel satış şartlarının 4. maddesinde, satıcıya aracın teslim tarihini uzatma ve teslim günündeki rayiç fiyatını talep etme yetkisi veren kaydı; davalı satıcıya teslim süresini keyfine göre uzatma ve enflasyondan doğan tüm fiyat yükselmelerini davacı alıcıya yüklemeye yetkisi tanıdığı, bunun ise doğruluk ve dürüstlük kuralı ve buna bağlı güven ilkesiyle bağdaşmayacağı, somut olayda davalı satıcının teslim yetkisini saklı tutmayı ihtiva eden bu hükmü davacının aleyhine kullanıp kullanmadığını, başka bir deyimle böyle doğruluk ve dürüstlük kuralına ve dolayısıyla güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığının tesbiti gerektiğini...”* şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararıyla alıcı aleyhine karara alınmış *“sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kaydı”* geçerli olamayacağı tesbit etmiştir. Karar metni için bkz. Kaplan, s. 60.

⁴³ Kaşak, s. 423.

⁴⁴ Kaşak, s. 423-424.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin muhtevasına girmiş değildir. Bu sebeple, bahsedilen şartlar, taraflar arasındaki ilişkide esas alınamaz. Yine bunlar, sözleşmenin muhtevasına dâhil olmadığı gibi, taraflar arasında hiçbir hüküm ve hukukî sonuç doğurmaz.

TBK. m. 22’de aynen; “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, sözleşme, yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri ile varlığını sürdürmeye devam eder. Bu durumda artık, kullanan, yazılmamış sayılan şartlar sözleşme kapsamına girmediği için, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Burada, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin, TBK. m. 27/II hükmü aracılığıyla dolanılması engellenmiştir⁴⁵. Konu ile ilgili Alman Medenî Kanunu’nda yer alan bir düzenlemeye, Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmemiştir. Nitekim BGB. § 306/(2)’de, sözleşmenin kapsamına dâhil olmayan hükümlerin oluşturduğu boşluk bakımından, kanunî düzenlemelerin geçerli olacağı ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda, bu hususa ilişkin bir düzenleme olmasa da, genel hükümlerden aynı sonuca varmak mümkündür. Çünkü Türk hukukunda, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak özel hükümler mevcut değilse, tamamlayıcı hukuk normları gündeme gelir⁴⁶. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, taraflar arasındaki ilişkiye mevzuatın konuya ilişkin hükümleri uygulanır. Gerçekten de, TMK. m. 1/I’de, kanunun sözüyle ve özüyle değindiği tüm konularda uygulanacağı hüküm

⁴⁵ Seza Reisoğlu, TBK. m. 22’yi, TBK. m. 27 hükmüne aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz. Reisoğlu, Seza; Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=genel%20i%C5%9Flem%20C5%9Fartlar%C4%B1&source=web&cd=19&ved=0CFsQFjAIOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.tbb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumlari%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc&ei=D8BQT8HRlonU4QSAxsG-qAw&usq=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FlyZDn6rTLZRlQ, (Erişim Tarihi: 07.10.2012).

⁴⁶ Bu noktada hemen ifade edilmesi gerekir ki, yazılmamış sayılan bir genel işlem şartı neticesinde, oluşan boşluk bakımından sözleşmenin tamamlanması ihtiyacı hissedilmeyebilir. Bunun gibi sözleşmenin tamamlanmasının gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme yazılmamış sayılan hüküm haricinde geçerliğini devam ettirir.

altına alınmıştır. Mevzuatta taraflar arasındaki somut duruma uygulanabilir bir hüküm yoksa, yine TMK. m. 1 çerçevesinde çözüme gidilir. Bu durumda, hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Ayrıca TBK. m. 2/II'ye göre de, ikinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa, hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar. Yargıtay da bir kararında; *“Belediyelerin EGO İşletmeleri ile tüketiciler arasında düzenlenen ‘Doğalgaz Abonman Sözleşmeleri’; Özel Hukuk Kurallarına tabi, iltihaki sözleşmelerdir. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü varsa da, tekel durumundaki İdareler, sözleşmelere, kamu yararına, kamu düzenine aykırı hükümler koyamazlar. Bu nedenle, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, ‘Doğalgaz Satış Fiyatı Kararları Tebliği’ndeki üst sınırı aşacak tarifeler ve sözleşmede bu tarifelerin uygulanmasına imkân verecek maddeler tüketiciyi bağlamayacağından, dava halinde, hâkim, sözleşmenin İdari Yargıda iptal edilmesini istemeden, yasakoyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, hukuk devleti ve sosyal adalet ilkesi gereğince tüketiciyi koruyacak şekilde, yasaya aykırı şekilde konulan sözleşme hükmünü yok sayarak, Bakanlık tebliği doğrultusunda gerçek alacak ve borç miktarını tesbit etmelidir.”* ifadelerine yer vermiştir⁴⁷. Görüldüğü üzere, kararda, yok sayılan sözleşme hükmü bakımından, hâkim ilgili mevzuata yönlendirilmiştir⁴⁸.

Sözleşmenin kapsamına girmeyen hükümler olmadan, onun akibetine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen diğer bir düzenleme de BGB. §. 306/(3)'de yer almaktadır. Burada, BGB. §. 306/(2)'e göre sözleşme kapsamına dâhil olmayan hükümlerin yerine konulacak kanunî düzenlemelerin sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Gerçekten de, BGB. §. 306/(3)'e göre; *“Sözleşmenin ayakta tutulması için, 2. fıkrada öngörülen şekilde onun içeriğinin tamamlanması halinde ortaya çıkan durum, taraflardan biri için makul olmayan sonuçlar doğuruyorsa, sözleşme bütünüyle geçersiz olur.”* Söz konusu hükümden hareketle, yazılmamış sayılan şartların yerine konulacak kanunî düzenlemelerin, taraflar için somut sözleşme ilişkisi bakımından makul sonuçlar doğurması

⁴⁷ 13. HD., T. 18.03.1996, E. 1996/1734, K. 1996/2495, (KBİBB).

⁴⁸ Sözleşmenin tamamlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 85 vd.

gerekir. Aksi halde, taraflar arasındaki sözleşme tümüyle geçersiz olur. Bu durumda, hâkimin sözleşmeyi tamamlarken, somut sözleşmedeki düzenlemelerden ve tarafların farazî iradelerinden hareketle, menfaatler dengesini göz önünde tutarak çözüme gitmesi gerekir⁴⁹.

Yazılmamış sayılan hükümler olmadan da sözleşmenin ayakta kalacağına ilişkin TBK. m. 22, c. 2 hükmü, beraberinde önemli bir meseleyi de gündeme getirmektedir. Gerçekten de söz konusu mesele, yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturduğu durumlarda hangi sonuca varılacağıdır. TBK. m. 22, c. 2 hükmüne göre, kullanan, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu hükümden hareket edildiğinde, esaslı noktalar yazılmamış sayılsa dahi, sözleşmenin ayakta tutulmasına ve devam etmesine karar vermek gerekir. Lakin bu sonucu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü TBK. m. 2/I'e göre, taraflar, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmazlarsa, sözleşme kurulmaz. Dolayısıyla, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşma, onun kurulması için mecburidir. Buradan hareketle şu sonuca ulaşmak mümkündür: "Yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulmaz." Sözleşme kurulmadığında ise, genel işlem şartlarının da taraflar arasında bir hüküm ve sonuç ifade etmesi mümkün değildir. Çünkü genel işlem şartları, sözleşmenin bir parçasıdır. Sözleşme olmadığında, parçası da olmaz.

Yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin ise, TBK. m. 2 anlamında sözleşmenin kurulması bakımından bir sorun mevcut değildir. Bu durumda ise, TBK. m. 22, c. 2 gereğince, kullanan, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu durumda ise, yukarıda da izah edildiği üzere, sözleşmenin tamamlanması meselesi gündeme gelir. Netice olarak, sözleşme, gerekli olduğu ve hakkaniyet ölçüsünde usulüne uygun olarak tamamlanır.

⁴⁹ Kaplan, Müdahale, s. 89-90.

VI. SONUÇ

Genel işlem şartları, sözleşmenin bir tarafının (kullanan) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı hazırlanmış sözleşme hükümleridir.

Genel işlem şartlarına ilişkin TBK. m. 20'deki tanımında yer alan, "bir sözleşme yapılırken" ifadesinin yerine "bir sözleşme kurulurken" veya "bir sözleşmenin kuruluşu sırasında" denilmesi kanaatimizce daha uygun olur. Yine "düzenleyen" kavramı yerine "genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan" veya "kullanan" ifadesinin kullanılması daha doğrudur. Nihayet, "tek başına" ifadesi, "tek taraflı" olarak algılanmalıdır.

TBK. m. 24 ile, genel işlem şartlarında kullanana karşı taraf aleyhine tek taraflı değişiklik yapma veya yeni düzenleme verme yetkisi ihtiva eden hükümler yasaklanmıştır. Söz konusu yasağının ihlâlinin yaptırımı ise yazılmamış sayılma olarak belirtilmiştir. Kanaatimizce söz konusu belirleme isabetli olmamıştır. Çünkü yazılmamış sayılma, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi meselesinde söz konusu olan bir yaptırımdır. Değiştirme yasağı ise, içerik denetiminin bir konusudur. İçerik denetiminin yaptırımı ise TBK. m. 27/II'de hüküm altına alınan kısmî kesin hükümsüzlüktür.

01.07.2012 tarihinden önce kurulmuş genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmelerde yer alan karşı taraf aleyhine değiştirme yetkisi veren hükümler de TBK. m. 24'e tâbi olmalıdır.

TBK. m. 24'te tarif edildiği şekilde değiştirme yetkisi veren şartlar yazılmamış sayılır. Yazılmamış sayılan bu şart(lar), sözleşmenin muhtevasına dâhil olmaz. Bu itibarla da söz konusu şartların taraflar arasındaki ilişkide hiçbir hukukî sonuç doğurma kabiliyeti bulunmamaktadır. Kullanan, bu hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bununla birlikte söz konusu şart(lar), sözleşmenin esaslı noktası niteliği teşkil ediyorsa, sözleşmenin esaslı hususlarında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmadığından sözleşme hiç kurulmaz.

KISALTMALAR CETVELİ

BATİDER.	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BKKKK.	: 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
RG.	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK.	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK.	: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu
TSHŞHY.	: Tüketicici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
Y.	: Yıl
vd.	: ve devamı

BİBLİYOGRAFYA

Akyol, Şener : Medenî Hukuka Giriş, Prof. Dr. Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan, İkinci Baskı, İstanbul 2006.

Arıkan, Mustafa : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), s. 69-74.

Ataay, Aytekin : Medenî Hukukun Genel Teorisi, Üçüncü Baskı, İstanbul 1980.

Atamer, Yeşim M. : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 1. Bası, İstanbul 1999 (Kısaltılmışı: ATAMER, Denetleme).

----- : Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m. 55/I-(f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 7-73 (Kısaltılmışı: ATAMER, Karşılaştırma).

Ateş, Derya : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007.

Ayvaz, Sema Taşpınar : Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

Başpınar, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

Baysal, Başak : Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 475-503, (Kısaltılmışı: Baysal, Zaman).

----- :Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü, İÜHFM., Y. 2012, C. LXX, S. 1, s. 221-244, (Kısaltılmışı: Baysal, TBK Yürürlüğü).

Dayındarlı, Kemal : Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara 2011.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat : Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 7. Baskı, İstanbul 2012.

Hatemi, Hüseyin : İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku), İstanbul 2004, (Kısaltılmışı: Hatemi, Zaman Yönünden Yürürlük).

----- : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. m. 65 Kuralı), İstanbul 1976.

Havutçu, Ayşe : Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya : Medenî Hukuk, İstanbul 2011.
Jauernig, Othmar/Berger, Christian/
Mansel, Heinz-Peter/Stadler, Astrid/

Stürner, Rolf/Teichmann, Arndt : Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), 14. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München 2011.

Kaplan, İbrahim : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, Y. 1991, C. XVI, S. 2, s. 47-89, (Kısaltılmışı: KAPLAN, Standart).

----- : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı Ankara 2013 (Kısaltılmışı: KAPLAN, Müdahale).

Kaşak, Esra : Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK. m. 21/2), İÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 415-430.

Kayar, İsmail : Kredi Sözleşmelerindeki Bankaya Tek yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, GÜHFD., Aralık 1997, C. 1, S. 2, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, s. 82-93.

Kırkbeşoğlu, Nagehan : Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011.

Kocaman, Arif B. : Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Ünal TEKİNALP'e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1085-1127.

Köse, Gülşen : Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s. 1269-1300.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami : Medenî Hukuk, İstanbul 2011.

Ökçün, A. Gündüz : Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1997.

Özsunay, Ergun : Medenî Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1978.

Reisoğlu, Seza : Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=genel%20i%C5%9Flem%20%C5%9Fartlar%C4%B1&source=web&cd=19&ved=0CFsQFjAIOAo&url=http%3A%2F>

%2Fwww.tbb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumlari%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc&ei=D8BQT8HRlonU4QSAxsGqAw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRlQ
(Erişim Tarihi: 07.10.2012)

Sözer, Ali Naim : Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir İnceleme, Prof. Dr. Aydın Zevkier'e Armağan, İzmir 2013, s. 2477-2534.

Yalçın, Onur : Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006.