İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 80 • Eylül 2015 • Sayı: 3 • Dört ayda bir yayımlanır • ISS N 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ
İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Aydın ÖZCAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ
Av. A. Şakir UZUN

YAYIN KURULU
Av. Mutlu ÇAKIR
Av. Hakan DİMDİK
Av. Abbas ERDOĞAN
Av. Nilay ERTEM DURLU
Av. Sinem HACIEMİNOĞLU
Av. Burcu KARAKOÇ
Av. Fatih KARAMERCAN
Av. Mehrigül KELEŞ
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Gülşen SARIBAŞ
Av. Alper UYAR
Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ
Av. Buket YALÇIN
Stj. Av. Burak KEÇECİOĞLU

YAYINA HAZIRLAYAN
Umut Fırat GEÇGİL

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Faruk ACAR	(Marmara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER	(Lefke Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa ALP	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA	(Marmara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	(Hacettepe Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN	(İstanbul Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	(Gediz Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Selma ÇETİNER	(İzmir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ	(Lefke Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ	(İstanbul Şehir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ	(İstanbul Medipol Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Serkan ODAMAN	(Dokuz Eylül Ü. İİBF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR	(Bilkent Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL	(Marmara Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL	(Dokuz Eylül Ü. İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI	(Em. İstanbul Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	(Yaşar Ü. Huk. Fak.)
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Melda SUR	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Devletler Genel-İş ve Sos. Güv. Huk.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak.Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	(Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER	(Em. Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Müslüm AKINCI	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Cenk AKİL	(İstanbul Aydın Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Doç. Dr. Mine AKKAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK	(Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Murat ATALI	(Bilkent Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

Doç. Dr. Mustafa AVCI	(Anadolu Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Serkan AYAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Özge AYAN	(Celal Bayar Ü. UBYO Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Murat AYDOĞDU	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Musa AYGÜL	(Yıldırım Beyazıt Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Herdem BELEN	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Hacı CAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Serkan ÇINARLI	(İzmir Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Rıfat ERTEN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA	(Bahçeşehir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ	(Yalova Ü. Huk. Fak. - AB Hukuku ve Çevre Hukuku)
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR	(Ankara Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA	(Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	(Yıldırım Beyazıt Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Sevtap METİN	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Suat SARI	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Muzaffer ŞEKER	(İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. İş ve Sos. Güv. - Sağlık Hukuku)
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU	(Hacettepe Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Gökçe TÜRKOĞLU ÖZDEMİR	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Roma Hukuku)
Doç. Dr. Ayfer UYANIK	(Koç Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Beşir ACABEY	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Özlem ACAR	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Eylem APAYDIN	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Ayşe ARAT	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	(Kırıkkale Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Murat AYDIN	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Gaye BAYCIK	(Ankara Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Nur BOLAYIR	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	(Kara Harp Okulu Ceza Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Ramazan DURGUT	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR	(Bilgi Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Cemil GÜNER	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Emel HANAĞASI	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI	(Anadolu Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU	(İstanbul Ticaret Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ	(Maltepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Tuba KUTOĞLU	(İzmir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Nedim MERİÇ	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Cem ÖZCAN	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR	(Dokuz Eylül Ü. İİBF Hukuk Bilimleri)

Yard. Doç. Dr. Meltem ÖZTÜRK	(İzmir Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN	(Turgut Özal Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Yard. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA	(Çankaya Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI	(İzmir Ü. Huk. Fak.i Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER	(Uluslararası Antalya Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM	(Kemerburgaz Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Av. Serkan CENGİZ	(Avrupa İnsan Hak. Mah. Yargılaması ve İnsan Hakları Huk.)
Av. Talih UYAR	(İcra ve İflas Hukuku)

İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Izmir Bar Association is being permanently indexed in

TÜBİTAK
ULAKBİM

hukuk veritabanında taranmaktadır.
law database.

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI

YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 IŞIKKENT / İZMİR
Tel: 0232 472 21 22 (Pbx) Fax: 0232 472 24 54

Baskı Tarihi

Yazı Gönderim Kuralları

1. Dergimizin"hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde"hakemli" ve"hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlemeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

7. Makalelerin en fazla 100 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

8. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, sadece yıldız ile işaretlenmeli, bununla ilgili numaralandırma yapılmamalıdır.

9.Yazar adı ve varsa ikinci adı ilk harfi kısaltılmış olarak, soyadı aynen yazılmalıdır. Tümü bold olmalıdır.

10. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının"hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

11. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **"biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk"** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir.**" yayımlanması uygundur"," yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir"," yayımlanması uygun değildir"**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında"yazar nüshası", yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

12. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul'a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

13. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgilisine en kısa sürede bildirilecektir.

14. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

15. Dergi'ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına"olur" verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

16. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

Bağımsız İdari Otoritelerin Doğuşu, Gelişimi ve Türkiye Örneği
Cengiz Ozan ÖRS 13

İnsani Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Sorunu
Arş. Gör. Neslihan ÖZKERİM GÜNER
Arş. Gör. Serdar ÇAGIRGA 69

Danıştay Dava Daireleri Arasındaki İş Bölümünün Hukuki Niteliği
Dr. Serkan KIZILYEL 101

MAKALELER

İşyeri Sendika Temsilciliği
Av. İrem PEKSÖZ 129

Olumsuz Tespit Davasında Hukuki Yarar, Olumsuz Tespit Davasının "Bekletici Mesele" Yapılması, Faturaların Delil Niteliği
Av. Talih UYAR 153

TEBLİĞLER

GENEL İŞLEM ŞARTLARI SEMPOZYUMU 179

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL 187

Genel İşlem Şartları Kavramı
Prof. Dr. A. Lâle SİRMEN 207

Tbk'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı
Yrd.Doç.Dr.İlknur SERDAR 226

Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (Giş Kullanan) İçin Getirilen Külfetler
Prof.Dr.Ayşe HAVUTCU 241

Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi
Prof. Dr. Fikret EREN 289

Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık Denetimi
Yrd. Doç. Dr.Ayşe ŞİMŞEK 324

Değiştirme Yasağı
Arş. Gör. Adem YELMEN 368

Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar
TBK. m. 21/II
Doç. Dr. Hayrünnisa ÖZDEMİR 394

Bankacılık İşlemleri ve Genel İşlem Şartları
Doç.Dr. Murat AYDOĞDU 427

Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması
Doç. Dr. Ecehan Yeşilova ARAS 207

Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri ve Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi
Prof. Dr. Meral Sungurtekin ÖZKAN 497

YARGI KARARLARI

YARGITAY DAİRE KARARLARI 545

DANIŞTAY DAİRE KARARLARI 555

DİZİN 571

Kaybettiklerimiz 575

HAKEMLİ MAKALELER

BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN DOĞUŞU, GELİŞİMİ VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

▪ **Cengiz Ozan ÖRS***

Özet: Bağımsız idari otoriteler, devletin ekonomik alandaki rolünün azaltılması anlayışı sonucu serbest piyasa ekonomisine geçilmesi ile ortaya çıkmışlardır. Bağımsız idari otoriteler, ekonomik ve kamusal yaşamın duyarlı alanlarında faaliyette bulunan, Türkiye örneği bakımından kamu tüzel kişiliğine sahip, kurul üyelerinin hiçbir etkiye tabi olmadan karar alabilmeleri anlamında bağımsız, sadece yargı ve yasama denetimine tabi özerk kuruluşlardır.

Anahtar Kelimeler: Bağımsız İdari Otoriteler, Kurul, Üst Kurul, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar, Bağımsız İdari Kurumlar, Regülasyon, Piyasa, Özerk Kurumlar.

Abstract: The independent administrative authorities have emerged as a result of the transition to a free market economy through diminishing the role of the state in the economic field. The independent administrative authorities function in the sensitive areas of the economic and public life and in Turkey, they are independent establishments with a public entity where the board members are able to make decisions without any influence and autonomous establishments which are only subject to judicial and legislative control.

Keywords: Independent administrative authorities, Board, Supreme board, Regulatory and supervisory agencies, İndependent regulatory agencies, Regulation, Market, Autonomous establishments.

* T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

GİRİŞ

Türkiye'de bağımsız idari otoriteler sermaye piyasası, bankacılık, radyo ve televizyon yayıncılığı, rekabetin korunması, enerji, iletişim, haberleşme gibi ekonomik ve kamusal yaşamın hassas alanlarında devlet adına düzenleyici, denetleyici yetkiler kullanmakla birlikte, faaliyet alanları içinde kuralların ihlal edildiğini saptadıklarında yaptırım uygulama yetkisine de sahiplerdir. Ayrıca, bağımsız idari otoriteler üyelerinin seçilme ve atanma usulleri ile kurul işlemlerinin hiçbir etkiye tabi olmaması açılarından bağımsızlığa sahip olan; sadece yasama ve yargısal denetime tabi olup yürütmenin hiyerarşik denetimine tabi olmayan; kamu tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali bakımdan özerk kuruluşlardır.

Çalışmamızda bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış ve gelişim süreçleri ile Türkiye'deki örneğini inceledik. İlk olarak, farklı ülkelerde ve Türk hukukunda bu kurumların hangi terimler ile anıldığını inceleyerek bir anlamda çalışmamıza giriş yaptık. İkinci bölümde, bağımsız idari otoritelerin amacı nedir? Faaliyetler alanları nelerdir? Faaliyet alanlarına göre nasıl bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadırlar? sorularına yanıt aradık. Üçüncü bölümde ise, bağımsız idari otoritelerin doğuşu ve gelişimi bakımından tarihçesini, "bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenleri" ile "bağımsız idari otoritelerin doğuşu ve gelişimi" şeklinde iki başlıkta inceledik. Son olarak dördüncü bölümde ise, bağımsız idari otoritelerin Türkiye örneğini anlatması açısından Türkiye'de bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerini "yapısal özellikleri" ile "işlevsel özellikleri" ayrımı yaparak inceledik. Bağımsız idari otoritelerin yapısal özellikleri, bu kuruluşların kurumsal yapısını, Türk Hukuk sistemindeki yerini, denetimini, bütçelerini, personel rejimini ifade etmektedir. İşlevsel özellikleri ise aynı zamanda yetkilerini de belirtmekte olup, düzenleme, gözetim ve denetim, yaptırım uygulama yetkileri ile danışmanlık işlevleri ve uyuşmazlık çözme işlevlerini kapsamaktadır.

I. TERİM

Bağımsız idari otoriteler gerek teorik gerekse uygulama açısından ülkeden ülkeye farklı özellikler göstermesi sebebiyle, bu kurumları belirten terim ve bu terime dayalı olarak yapılacak bir tanım üzerinde fikir birliği bulunmamaktadır[1].

Bu kurumlar Amerikan Hukukunda "*Bağımsız Düzenleyici Birimler*" (Independent Regulatory Agencies) olarak adlandırılırken; İngiliz Hukukunda "*Yarı Özerk Hükümet Dışı* Örgütler" (Quasi Autonomous Non Govermental Organizations" şeklinde adlandırılmaktadır. Fransız Hukukunda ise bu kurumlar "*Bağımsız İdari Otoriteler*" (Autorites Administratives Independentes) olarak adlandırılmaktadır[2]. Bağımsız idari otorite terimi 1978 yılında ilk olarak Fransız yasa koyucu tarafından "*Enformatik ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu*" (Commission nationale de l'informatique et des libertés) belirtmek için kullanılmıştır[3].

Türk Hukukunda bu kurumları belirtirken genellikle, Türkçeye Fransızcadan çevrilen bağımsız idari otorite terimi kullanılsa da, aslında bu kurumların adlandırılması noktasında bir terim üzerinde uzlaşma bulunmamaktadır. Gerçekten pozitif hukukta, yargı kararlarında ve öğretide herhangi bir terim birliğinin sağlanamadığı görülmektedir[4]. Kanun düzenlemelerinde bu kurumlar, "*kurul*", "üst kurul", "*kurum*", "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" olarak adlandırılmaktadır[5]. Öğreti de

[1] SOBACI, M. Zahid, "Türk İdari Teşkilatındaki "Adalar": Bağımsız İdari Otoriteler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 2, 2006, s. 159.

[2] SOBACI, s. 160.

[3] PERÇİN, Önder, "Bağımsız İdari Otoriteler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:1, 2011, s. 328. , YILMAZ, Yunus, "Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı 20, 2005, s. 38.

[4] TEKİNSOY, M. Ayhan, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı- Tartışmalar, Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 2, 2007, s. 121. , SOBACI, s. 160. , PERÇİN, s. 328.

[5] Örnek olarak 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (3/3/2001 Tarih ve 24335 Sayılı Mük. R.G.) ve 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (13/12/1994 Tarih ve 22140 Sayılı R.G.) "*kurum*" , 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (30/12/2012 Tarih ve 28513 Sayılı R.G.) "*kurul*" , 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da (3/3/2011 Tarih ve 27863 Sayılı R.G.) "üst kurul" , 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi

ise çoğunlukla "*bağımsız idari otoriteler*" ile "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir[6]. Yargı kararlarında da terim birliğinin sağlanamadığı görülmekte, Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu kurumlardan "*bağımsız idari otoriteler*" olarak bahsedildiği görülürken[7]; bir diğer kararında ise "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" olarak bahsedildiği görülmektedir[8]. Anayasa Mahkemesi kararlarına benzer şekilde, Danıştay'ın bazı kararlarında "*bağımsız idari otoriteler*" terimi kullanılırken[9], bazı kararlarında "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" terimi kullanılmıştır[10].

Sonuç olarak Türk hukukundaki kanun düzenlemelerinde bu kurumların kurul, üst kurul, kurum, düzenleyici ve denetleyici kurumlar şeklinde adlandırıldığı görülürken; öğreti ve yargı kararlarında ise bağımsız idari otoriteler ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Biz ise çalışmamızda bu kurumları ifade ederken bağımsız idari otoriteler terimini kullanacağız.

II. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN TANIMI, AMACI VE FAALİYET ALANLARI

Bağımsız idari otoriteler, ilgili oldukları sektörlerde "*regülasyon*" işlevini yerine getirmektedirler. Regülasyon ise genel olarak, belirli bir sektördeki piyasa faaliyetlerine yönelik olarak, kurallar koyma anlamındaki "*düzenleme*" ile konulan kurallara uyulup uyulmadığını gözetleme ve kuralların ihlal edilmesi durumunda yaptırım uygulama anlamındaki

ve Kontrol Kanunu'nda (24/12/2003 Tarih ve 25326 Sayılı R.G.) "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" terimleri kullanılmıştır.

[6] bkz. Kaynakça.

[7] AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

[8] AYMK. E. 2013/47 K. 2013/72 , 12.07.2013 Tarih ve 28705 Sayılı R.G.

[9] Danıştay 5. Dairesinin 07.11.2008 tarihli E. 2006/532 K. 2008/5466 sayılı kararı , Danıştay 13. Dairesinin 09.03.2007 tarihli E. 2006/1511 K. 2007/1189 sayılı kararı , Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 15.06.2006 tarihli E. 2005/1846 K. 2006/746 sayılı kararı., www.kazancı.com, ayrıca bkz. PERÇİN, s. 331.

[10] Danıştay 1. Dairesinin 08.11.2006 tarihli E. 2006/451 K. 2006/1014 sayılı kararı. , Danıştay İdari İşler Kurulunun 18.04.2007 tarihli E. 2007/1 K. 2007/2 sayılı kararı.

"*denetim*" yetkilerini kapsamaktadır. Regülasyon işlevini yerine getiren bağımsız idari otoriteler, her ülkenin değişen ekonomik ve idari yapıları ile yönetim anlayışlarına bağlı olarak ortaya çıkan farklı uygulamalar sebebiyle değişen örnekler göstermektedir. Böylece, farklı ülkelerde ortaya farklı bağımsız idari otorite örnekleri çıkmakta ve bu durum da bağımsız idari otoriteler ile ilgili değişik tanımların yapılmasına neden olmaktadır[11].

Bağımsız idari otoriteler çeşitli ülkelerde farklı uygulamalar gösterse de, bu kurumların ortak özelliği regülasyon işlevini yerine getirmek olduğundan, tüm bu bağımsız idari otoriteleri kapsayıcı genel bir tanım yapmak da mümkündür. Bağımsız idari otoriteler sermaye piyasası, rekabetin korunması, radyo ve televizyon yayıncılığı, bankacılık, enerji gibi gerek ekonominin gerekse kamusal yaşamın hassas alanlarında düzenleme ve denetleme görevini yerine getiren, devlet(idare) adına icrai karar alma yetkisine sahip olan bağımsız nitelikteki özerk kuruluşlardır[12].

Bağımsız idari otoriteler çeşitli ülkelerde farklı etmenlere dayalı olarak kurulsalar ve böylece farklı uygulamalar gösterseler bile, bu kuruluşların amacının ortak olduğu belirtilmektedir. Bağımsız idari otoritelerin amacı bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni, yeni teknolojilerin, mali piyasa enstrümanlarının ve manipülasyonların tehdit ve ihlallerine karşı korumaktır. Bir diğer ifadeyle, bağımsız idari otoriteler ile temel hak ve özgürlüklerin ve ekonomik düzenin hem devlete hem de piyasaya karşı korunması amaçlanmaktadır[13].

---

[11] TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s. 195. , KARAKAŞ, Mehmet, "Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", Maliye Dergisi, Sayı: 154, Ocak-Haziran 2008, s. 108 , PERÇİN, s. 332-333.

[12] GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2011, s. 244. , KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 4. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2011, s. 457.

[13] DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", Amme İdaresi Dergisi, 30/1, Mart 1997, s. 4. , SOBACI, s. 161. , TEKİNSOY, s. 127. , "*.... Böyle bir işlev ve ereğin gerçekleştirilebilmesi için kamusal ve özel güçlerden gelebilecek söz konusu tehlike ve zararları önleme ve yaptırımlara bağlama yetkisine sahip organların oluşturulması ve görevlendirilmesi gereği açık ve kesindir. Siyasi iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoriteler, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini,*

Yukarıda genel bir tanımı yapılarak amacı belirtilen ve her biri gerek ekonominin gerekse kamusal yaşamın hassas bir alanıyla ilgili bulunan bağımsız idari otoriteler, ancak ilgili bulundukları alanla sınırlı, yani o sektöre özgü olarak faaliyette bulunabilmektedirler[14].

Böylece her biri farklı sektörlerde regülasyon işlevini yerine getiren bağımsız idari otoriteler, esasen faaliyet alanlarına göre üç grup içinde toplanmaktadırlar. "*Birinci grupta*" bulunanların amacı piyasa ekonomisinin düzenlenmesine yöneliktir. Bunlara sermaye piyasası, rekabetin korunması, bankacılık alanları ile telekomünikasyon ve enerji sektörlerinde faaliyet gösteren düzenleyici kurullar örnek gösterilebilir. "İkinci grupta" bulunanlar ise temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını amaçlayanlardır. Bunlar özellikle iletişim ve haberleşme alanlarında faaliyet göstermektedir. Türkiye'de Radyo ve Televizyon Üst Kurulu(RTÜK) ile Fransa'daki Enformatik ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu bu kurullara örnek gösterilebilir. "Üçüncü grupta" da idarenin keyfiliğine veya bürokrasiye karşı vatandaşın korunması amacına yönelik olanlar bulunmaktadır. Bunlara, Fransa'da bir tür kamu denetçisi (ombudsman) olan "mediateur" ve İdari Belgelere Giriş Komisyonu ile Türkiye'de Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu örnek gösterilebilir[15].

III. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİLERİN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ BAKIMINDAN TARİHÇESİ

A. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Bağımsız idari otoritelerin başlıca ortaya çıkış sebebi ekonomik yaşamdaki değişimler ile devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin azal-

---

bunların müdahale, baskı ve etkileri olmadan sağlayabilir ve güvence altına alabilir". bkz. DURAN, s. 4. , Mali piyasa enstrümanları hakkında bkz. http://www.ekodialog.com/Konular/borsa_yatirim/mali_piyasalar.html, 29.05.2015.

[14] TAN, s. 194-195.

[15] TAN, s. 193. , ATAY, E. Etem, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. X, s.1,2, 2006, s. 263-264.

tılması anlayışıdır[16]. Zira serbest piyasa ekonomisine geçiş sonrasında başlayan özelleştirme uygulamaları ile devletin ekonomik yaşamdaki rolü azalmış ve niteliği değişmiştir[17]. Bir başka söylemle, planlı ekonomi ve karma ekonomi modellerinin karşısında bulunan serbest piyasa ekonomisi anlayışı, savunduğu ekonomi anlayışı çerçevesinde bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkmasını gerektirmiştir[18].

Böylece, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışı ile geniş anlamda[19] özelleştirme uygulamalarının başlaması ve ekonomik yaşamda devletçilik ilkesi çerçevesinde uygulanan politikaların yerini düzenlenmiş ser-

16 *KUTLU GÜRSEL*, serbest piyasa ekonomisinde ekonomistlerin ekonomiye müdahaleyi kabul etmediklerini belirttikten sonra haklı olarak, *"Ancak yeryüzünde ekonomiye müdahale etmeyen hiçbir sistem de yoktur"* demektedir. KUTLU GÜRSEL, Meltem, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", Prof.Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan, İzmir 2005, s. 548. , "*Ekonomik hayatı, tümüyle devlet müdahalesi dışında tutan bir sistemden örnek olarak söz etmek kanaatimizce olanaksızdır*". [Planlı ekonomi ve karma ekonomi modellerinde olduğu şekilde devletin ekonomik hayata müdahalesi (kamu kuruluşlarının ekonomik alanda faaliyette bulunması; mal üretmesi, hizmet sağlaması) söz konusu olmasa bile], "*liberal ekonomilerde dahi devlet ekonomik hayatı aldığı vergilerle, harcamalarıyla, hukuk kuralları ile yaptırımlar veya yasaklar koyarak etkileyebilmektedir*". KUTLU GÜRSEL, Meltem, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası - İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 50. , *ÖZKAN* ise, piyasa ekonomisi modelinde devletin müdahaleciliğinin nasıl ne yönde olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: "*.... Günümüzde ağırlıkla uygulanan serbest piyasa ekonomisi modelinde devletin ekonomideki rolünün niteliği değişime uğramış ve devlet, işletmeci olmak yerine düzenleyici olma eğilimi göstermiştir. Ancak serbest piyasa ekonomisinin gereği gibi işleyebilmesi için bu düzenin yasakladığı davranışların gerçekleştirilmesinin engellenmesi; gerçekleştirilmiş ise bunun sonucu oluşan piyasa aksaklıklarının düzeltilerek piyasanın eski rekabetçi haline getirilmesi, devletin müdahalesini gerektirmektedir. Bu modelde rekabet olgusunun ve piyasa yapısının korunması gerekliliğinin bir sonucu olarak devlet, iktisadi hayatın düzenlenmesine yönelik hukuk kuralları getirmek suretiyle piyasalara müdahalede bulunmaktadır. Dolayısıyla serbest piyasa ekonomisi beraberinde bir ekonomik düzen getirmiştir*". ÖZKAN, Ahmet Fatih, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, 2009,

17 TEKİNSOY, s. 87.

18 Planlı ekonomi – karma ekonomi – serbest piyasa ekonomisi karşılaştırması hakkında bkz. ÖZKAN, Ahmet Fatih, s. 79-80.

19 Geniş anlamda özelleştirme, milli ekonomi içinde devletin ekonomik ve iktisadi etkinliğinin en aza indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması amacına yönelik düzenleme ve uygulamalar bütünü olarak ifade edilmektedir. Geniş anlamda özelleştirme kavramı, devletin sahip olduğu ticari ve iktisadi teşebbüslerin mülkiyet, yönetim ve denetimlerinin kısmen veya tamamen özel kişi veya kuruluşlara devredilmesi, bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi, bazı mal ve hizmetlerin özel kesimden satın alınması dahil olarak kamusal veya yarı kamusal mal ve hizmetlerin finansmanının ya da üretiminin özelleştirilmesi, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu-özel işbirliği gibi uygulamaları kapsamaktadır. bkz. BULUT, Nihat, "Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 1999, s. 30 , RUHİ, M. Emin, "Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuksal Boyutu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 3-4, 2005, s. 236. , TAN, s. 340.

best piyasa ekonomisinin alması arasında bir koşutluk bulunmaktadır[20]. Devletin ekonomik yaşamdaki rolünün azaltılarak serbest piyasa ekonomisine geçilmesi ile devlet piyasada mal ve hizmet üreten bir teşebbüs olmaktan çıkmış, özelleştirilen piyasaları ve kamu hizmetlerini düzenleyen, denetleyen bir konuma gelmiştir[21]. Özelleştirme ve serbestleştirme uygulamaları sonucunda devlet düzenlemelerinin azalması[22] ile boş bırakılan alanların, bağımsız idari otoriteler tarafından yerine getirilecek regülasyon faaliyetiyle doldurulması ihtiyacının duyulduğu belirtilmektedir[23].

Özelleştirilen piyasalarda özelleştirme sonrasında düzenleme ve denetim ihtiyacı doğmaktadır[24]. Ekonomik yaşamın hassas alanlarından olan elektrik ve telekomünikasyon gibi piyasalarda özelleştirme sonrasında özel girişim yanında kamunun da işletici olarak faaliyetini

20 TAN, s. 189. , SOBACI, s. 161. , ATAY, s. 260.

21 *"Bu bağlamda bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışında her şeyi bizzat üstlenen ve yapan devlet anlayışı yerine, neo-liberalizmin her şeyi rasyonel ölçülerde denetleyen ve bazı istisnai şeyleri bizzat üstlenen ve yapan devlet anlayışının etkili olduğu söylenebilir"*. bkz. SOBACI, s. 161. , *"Sosyal devletin geri çekilmesi ve kamu hizmeti alanlarının artık devlet tarafından da yalnızca toplumsal faydayı sağlayacak hassas sektörler olarak pazar mekanizmaları içinde kavranması, bir yandan kamu hizmetlerinin özelleştirilmesini, bir yandan da özelleştirilen bu alanların serbestleştirilmesini, rekabete açılmasını sağlamaya yönelik düzenlemelerin yapılması sonucunu doğurmuştur"*. bkz. TEKİNSOY, s. 129.

22 Devlet düzenlemelerinin azaltılması deregülasyon olarak ifade edilmektedir. Bkz. TAN, s. 189. , *" ....Deregülasyon, pazara giriş ve pazardaki faaliyetler üzerindeki sınırlamaların kaldırılmasını ve dolayısıyla işleyişi pazar mekanizmalarına bırakmayı içermesi itibarıyla devletin yapması gereken temel faaliyeti pazar mekanizmasına aykırı kuralları ortadan kaldırmak olarak tanımlar"*. bkz. TEKİNSOY, s. 129.

23 TEKİNSOY, s. 161. , TAN, s. 189. , SOBACI, s. 162. , ATAY, s. 264. , *"Devlet kendisine biçilen yeni role göre, mal ve hizmet üretimi ile uğraşmayacaktır. Bu bakış açısına göre, devlet artık hakem rolünü oynamalıdır. Bu aşamada regülasyon kurumları devreye girmekte, piyasa aksaklıklarının olduğu alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetlerinde bulunmaktadırlar"*. bkz. KARAKAŞ, s. 103.

24 Bununla birlikte, serbest piyasa ekonomisine geçiş amacına yönelik olarak kamuya ait şirketlerin yalnızca mülkiyet özelleştirmesi ile özel kesime aktarılması piyasanın serbestleştirilmesini sağlamayabilmektedir. Özellikle özelleştirmeden önce kamu işletmesinin doğal tekel olduğu piyasalarda özelleştirmeden sonra şebeke kurulması ve işletilmesine yönelik yeni bir çerçevenin geliştirilmemesi, hakim durumdaki işletmenin bu durumunu devam ettirmesine neden olmaktadır. Başka bir ifadeyle, özelleştirmeden önce kamu işletmesi doğal tekel halindeyken özelleştirmeden sonra özel tekel söz konusu olur. Bu sebeple özellikle bu durumda regülasyon faaliyeti daha fazla önem arz etmekte olup, regülasyonla serbestleşmeye yönelik yeni kurumların oluşturulması gerekmektedir. bkz. TEKİNSOY, s. 129. , Kamu sektörünün elinde bulunan *Doğal Tekel* niteliğindeki kuruluşların özelleştirilmelerinden sonra özel tekel yaratmamaları; özel tekelin önlenmesi doğrultusunda yapılacak düzenlemelerin ise bu alanların kendine has özellikleri ve ihtiyaç duyulan uzmanlığı gerektirmesi sebebiyle özerk bir otorite tarafından yapılması gerektiği ve böylece bağımsız idari otoritelerin bu gerekçelerle kuruldukları ifade edilmektedir. bkz. KARAKAŞ, s. 117.

sürdürmesinin işletici-düzenleyici ayrımını gerekli kıldığı belirtilmektedir. Avrupa Birliği hukukunun kabul ettiği anlayışa göre devlet aynı anda hem oyuncu hem de hakem olmamalı, devlet sadece regülasyon işlevini yerine getirmelidir. Bir diğer ifadeyle, piyasalarda oyunun oynanmasını işleticilere bırakarak devletin sadece oyunun kurallarını koyması ve kurallara saygıyı sağlaması gerekmektedir[25]. Zira devletin piyasada hem hakem hem de oyuncu olması durumunda piyasa ile ilgili kararları devletin almasının söz konusu kararların haklılığı ve tarafsızlığına gölge düşürebileceği ifade edilmektedir. Bunun önüne geçilmesi içinse bu kararların siyasi irade başta olmak üzere her türlü etkiden bağımsız, tarafsız ve özerk kurumlar olan bağımsız idari otoritelerce alınması gerektiği belirtilmektedir[26].

Son olarak, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışını küreselleşme olgusu bakımından değerlendireceğiz. Zira küreselleşme olgusu devletin ekonomideki rolünün en aza indirilmesini gerektirmektedir[27]. Bu noktada özelleştirmeler de serbest piyasa ekonomisine geçişte ve küreselleşmenin sağlanmasında bir araç olarak ortaya çıkmaktadır. Kendini ekonomik, siyasal ve kültürel olarak üç temel düzeyde belli eden küreselleşme, siyasal olarak dünya çapında ekonomik bütünleşmenin sağlanmasını amaçlamaktadır. Mesele ekonomik bütünleşme temelinde incelendiğinde, küreselleşmenin gizliden gizliye küreselleştiren özne veya öznelere göndermede bulunduğu ifade edilmektedir. Bu öznenin

[25] DIRECTIVE 2009/72/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, 14.08.2009, L 211/55, (33), (34). SOBACI, s. 161. , AYAYDIN, Dilhun, "Kamu Hizmeti ve Regülasyon Kavramları Ekseninde Ülkemizde Bağımsız İdari Otoriteler", Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011, s. 71. , bkz. ERGÜN, Çağdaş Evrim, Avrupa Birliği Enerji Hukuku, 1. Bası, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2007, s. 28. Avrupa Birliği enerji piyasalarındaki bağımsız idari otoriteler için bkz. ERGÜN, s. 125 vd.

[26] TEKİNSOY, s. 131. , ATAY, s. 261. , Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenlerinin başlıcası olarak ekonominin önemli, hassas alanlarının siyasetin etkisinden çıkarılması ve objektif ölçütlerle belirlenmiş kurallar doğrultusunda idare edilmesinin güvenceye alınması olduğu belirtilmektedir. bkz. PERÇİN, s. 333. , Bu yaklaşıma benzer bir şekilde, bağımsız idari otoritelerin en önemli ortaya çıkış nedeni şu şekilde ifade edilmektedir: "*En belirgin neden, kamusal ve özel güçlerden gelebilecek teknik, mali ve siyasi baskı ve müdahalelerden temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzeni korumak üzere, bunların neden olacağı tehlike ve zararları önleme ve yaptırıma bağlama yetkisine sahip kurumlara olan gereksinimdir*" bkz. ATAY, s. 265'den GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 21.B., Ankara, 2004, s.171.

[27] ATAY, s. 265.

başlangıçta Batı uygarlığı olarak görülebileceği, fakat ekonomik bütünleşme temel alınıp daha somut bir düzeye inildiğinde ise öznenin uluslarüstü sermaye sınıfı olduğunun görüleceği belirtilmektedir[28].

Küreselleşmeye gelinen süreçte, 20. Yüzyıl sonlarına doğru liberal ekonomi sistemleri dünya genelinde hakimiyet sağlamış ve böylece şirketler ülke ekonomilerinin devlet ile birlikte en önemli aktörleri haline gelmiştir. Liberal öğreti çerçevesinde varlık nedeni ve amacı kar sağlamak olan şirketlerin faaliyetleri, ülkesel pazarların dışına taşmıştır. Böylece şirketler ulusal niteliklerinin ötesine geçmiş ve uluslararası nitelik kazanmıştır. Fakat ulusal pazarın aksine, uluslararası pazarda söz sahibi olan devlet olmadığından, uluslarüstü şirketler uluslararası pazarda baş aktörü haline gelmiştir. Bu şirketler ulusal niteliklerinin önüne geçmiş fakat bu şirketlerin yaşam alanları olan pazarlar için bu durum söz konusu olmamıştır. Başka bir ifadeyle, şirketlerin aksine pazarlar ulusal niteliklerinin önüne geçmemişlerdir. Pazarlar yine bir devletin hakimiyeti altında bulunmaya devam etmiş; bu pazarlara giriş, çıkış ve pazarlarda faaliyet gösterebilmek için ilgili ülkenin mevzuatına tabi olmak uygulaması sürmüştür. Bu durum ise uluslarüstü şirketlerin çıkarları ve onların yaşama alanları olan pazarları genişletme hedefleri ile çelişmektedir. Böylece uluslarüstü şirketler için en iyi çözüm, bu pazarlara giriş çıkışın belirli ve ortak kurallara bağlanması ile bu pazarların rekabete mümkün olduğunca açılarak, pazarın geleceğinin öngörüye müsait hale getirilmesinin temin edilmesi olmuştur. Böylece, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışındaki temel belirleyici etkenin kapitalist ideoloji çerçevesinde liberal ekonomik değerlerin güvence altına alınması olduğu belirtilmektedir[29].

[28] AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, V. Bihterin, Genel Kamu Hukuku, 8. Basım, İstanbul: DER Yayınları, 2013, s. 176-177. , Küreselleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKAD/DİNÇKOL, s. 175 vd.

[29] PERÇİN, s. 335-336. , Dolayısıyla küreselleşme sürecinin yeni bir düzene yönelik yeni bir olgu olarak sunulmasının ardında, ulusalüstü sermayenin ulus devletlerin yarattığı ulusal engelleri yıkma çabasının bulunduğu öne sürülmektedir. Böylece uluslarüstü sermayenin piyasaların ekonomik, siyasal ve toplumsal sorunların çözümünde en etkili yol olduğu anlayışını yerleştirerek ulusa dayalı siyaset anlayışını aşmak istediği belirtilmektedir. AKAD/DİNÇKOL, s. 177-180.

B. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

1. Genel Olarak

Bağımsız idari otoritelerin ilk olarak 19. Yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ortaya çıktığı görülmektedir. Kıta Avrupası'nda ise Anglo Sakson hukukuna göre güçlü bir merkezi idare ile idari yargı sistemi bulunması sebebiyle, bu kurumlar Anglo Sakson ülkelerine göre çok daha sonra ortaya çıkmıştır[30]. Gerçekten Kıta Avrupası ülkelerinde 1970'li yıllardan itibaren görsel işitsel iletişim, sermaye piyasası ve rekabetin korunması gibi ekonomik ve kamusal yaşamın hassas alanlarında bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılabilecek kurumlar ortaya çıkmaya başlamıştır[31].

2. Anglo-Sakson Hukukunda

Bağımsız idari otoritelerin Anglo-Sakson hukuk sistemindeki yeri 19. Yüzyıl sonlarına uzanmaktadır. Bağımsız idari otorilerin ilk örneği (ABD)'de 1887 yılında Eyaletler arası Ticaret Komisyonu (Interstate Commerce Commission) adıyla kurulmuştur. Komisyon, şirketler tarafından işletilen demiryollarının hizmet fiyat tarifelerine karşı oluşan yoğun tepkiler nedeniyle, dar anlamda demiryolu fiyatlarının regülasyonu amacıyla geniş anlamda ise eyaletler arası ticaret ilişkilerini düzenlemek amacıyla kurulmuştur[32]. Komisyon 1887 yılında içişleri bakanlığı

[30] "*Bağımsız idari otoritelerin anglo-sakson sisteminde çok daha eski tarihlerde ortaya çıkması ve gelişme göstermesi, bu ülkelerin hukuk ve idare sistemlerinin özelliği ile de yakından ilişkilidir. Hatta 'regülasyon' kavramının Amerikan idare hukunun 'temeli' olduğu ve bu hukuk dalının bağımsızlığını 'regülasyon etkinliği' sonucu kazandığı da belirtilmektedir*". TAN, s. 190. , " .... Amerikan federal idare hukuku açısından tartışmanın özgün yönü 'independent regulatory agencies' yani örgüt değil, regülasyonun kendisidir." TEKİNSOY, s. 127'den BERKARDA, Kemal, "Regülasyon Nasıl Kurtulur?", KHUKA, Eylül 2004, s. 3. , "*ABD'de akla gelebilecek hemen her alan ve konuda düzenleyici kurum bulunmaktadır. Düzenleyici kurumlar konusunda ABD'deki yaklaşımın her şeyden önce yararcı(pragmatik) olduğu, etkin bir şekilde faaliyet göstereceklerine inanılan her alanda düzenleyici kurum kurulabildiği görülmektedir*". Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği (2002a), Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD Yayınları, Yayın No: TÜSİAD-T/2002–12/349, Ankara, s. 85.

[31] KARAKAŞ, s. 107. , ATAY, s. 260. , TAN, s. 189.

[32] PERÇİN, 338. , KARAKAŞ, s. 108.

bünyesinde kurulmuş, 1889 yılında ise Kongre tarafından özerk statü tanınmasıyla ilk bağımsız idari otorite olarak ortaya çıkmıştır[33].

Bağımsız idari otoritelerin ABD'de yaygınlaşması ise 1929 Dünya Ekonomik Buhranı sonrasında Roosevelt'in New Deal politikası çerçevesinde çıkarılan yasalar sonucu gerçekleşmiştir[34]. Bugün ABD'de Federal İletişim Komisyonu (Federal Communications Commission), Federal Enerji Düzenleme Komisyonu (Federal Energy Regulatory Commission), Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (Securities and Exchange Commission), Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission) başta olmak üzere elliyi aşkın bağımsız idari otorite bulunmaktadır[35].

İngiltere'de 1980'li yıllardan itibaren özelleştirme uygulamalarına başlanmasıyla birlikte regülasyon işlevi önem kazanmış ve bu işlevi yerine getirmesi amacıyla bağımsız idari otoriteler kurulmaya başlanmıştır[36]. Bugün İngiltere'de bulunan bağımsız idari otoritelere İletişim

33 TEKİNSOY, s. 127. , Amerikan Kongresi'nin yaptırım gücü sağlayacak düzenlemeleri geçirmekte direnmesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yetkileri ile ilgili sınırlayıcı yorumlar nedeniyle Komisyon başlangıçta etkin bir şekilde faaliyet gösterememiştir. 1906 yılında Başkan Theodore Roosevelt döneminde çıkarılan Hepburn yasası ile bu durum değişmiş, Komisyon'un uygulama alanı demiryollarından diğer taşıma araçlarını da kapsayacak şekilde genişlemiştir. Komisyon, 1940 yılına gelindiğinde ise hava taşımacılığı dışında eyaletler arası her türlü taşımacılığı düzenler duruma gelmiştir. Daha sonra gerek yasal düzenlemelerle gerekse Yüksek Mahkeme'nin yetkilerini genişletici yorumları sayesinde Komisyon, eyaletler arası taşımacılık fiyatlarını belirlemeye başlamış, fiyat belirleyebilmesi için gereken her türlü bilgiyi toplama ve soruşturma yapma yetkileri ile donatılmıştır. Komisyon daha sonra demiryolu şebekelerinin birleştirilmesi ve ulaşım sektöründeki işçi-işveren anlaşmazlıklarında hakemlik yapma gibi işlevleri de üstlenmiştir. Komisyon'un taşıma güvenliği ile ilgili görevleri 1966 yılında kurulan Ulaştırma Bakanlığı'na devredilse de, komisyon düzenleme yapma ve tarife belirleme görevlerini yerine getirmeye devam etmiştir. Bununla birlikte, 1980 yılından itibaren yetkileri kısılmaya başlanan Komisyonun önce 1994 yılında eyaletler arası taşımacılık üzerindeki her türlü kontrol yetkisi kaldırılmış, bir yıl sonra 1995'de ise komisyon kapatılmıştır. Sahip olduğu yetkiler ise yeni kurulan Ulusal Taşımacılık Güvenlik Kurumu'na (Consumer Product Safety Commission) devredilmiştir. TÜSİAD, s. 84-85.

34 KARAKAŞ, s. 108., TEKİNSOY, s. 124. , 1929 Dünya Ekonomik Bunalımı ve New Deal Politikaları hakkında bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/1929_D%C3%BCnya_Ekonomik_Bunal%C4%B1m%C4%B1#Roosevelt_ve_.22New_Deal.22, 29.05.2015.

35 TÜSİAD, s. 85-91.

36 TÜSİAD, s. 94-96. , TEKİNSOY, s. 128. , "*... özelleştirmeleri takiben İngiltere'de düzenleyici kurumların oluşturulmaya başlandığı gözlenmektedir. Şüphesiz ki İngiltere'de düzenleyici kurumları ortaya çıkaran nedenleri tek bir koşula indirgemek ve özelleştirmeye bağlamak doğru değildir. Ancak şu da bir gerçektir ki özelleştirilen pek çok sektörde alanı düzenlemeye yönelen düzenleyici kurumlar oluşturulmuştur. Mesela, elektrik, doğal gaz, su,*

Dairesi (The Office Of Communications-OFCOM-2003)[37], Su Hizmetleri Dairesi (Office Of Water Services-OFWAT-1991), Doğalgaz ve Elektrik Piyasaları Dairesi (Office of Gas and Electricity Markets-OFGEM-1999), Finansal İşlemler Otoritesi (The Financial Conduct Authority-FCA) ve İhtiyati Düzenleme Otoritesi (The Prudential Regulation-PRA) örnek gösterilebilir[38].

3. Kıta Avrupası Hukukunda

Fransa'da güçlü bir merkezi idareye sahip olunması sebebiyle bağımsız idari otoritelerin önemi başlangıçta az olmuştur[39]. Bununla birlikte, özellikle altyapı sektörlerinde AB hukukundaki gelişmelerin etkisiyle Fransız idari sistemine hakim olan merkeziyetçi anlayış kısmen de olsa değişmiştir[40]. Fransa'da idare hukuku kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütleriyle açıklanmaktadır. Bağımsız idari otoritelerin kurulmasıyla, Fransa'da kamu hizmetinin gereklerinden değil fakat kamu gücünün gereklerinden vazgeçildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, zamanla bağımsız idari otoritelerin sayısının Fransa'da artmasının nedeni Amerika ve İngiltere'den kaynaklanan siyasal etkiler değil, yargısal ve teknik

telekomünikasyon gibi altyapı sektörlerindeki düzenleyici otoriteler, İngiltere'de özelleştirmeler sonrasında ortaya çıkmışlardır ....". bkz. EŞKİ, Hülya, "Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak", Sayıştay Dergisi, Sayı: 72, Ocak-Mart 2009, s. 72-73.

37 1984 yılında telekomünikasyon sektörünü düzenlemek amacıyla kurulan Telekomünikasyon İdaresi (Office Of Telecommunications-OFTEL), 2003 yılında kaldırılarak, yerini İletişim Dairesi'ne (OFCOM) bırakmıştır. OFCOM, içinde OFTEL'in de olduğu iletişim sektörü ile ilgili beş bağımsız idari otoritenin işlevlerini tek çatı altında toplamaktadır. Bu kurumlar, Bağımsız Televizyon Komisyonu (Independent Television Commission-ITC), Radyo Kurumu (Radio Authority-RA), Radyo İletişim Kurumu (Radiocommunications Authority-Radio Com), Radyo ve Televizyon Yayın Standartları Komisyonu'dur (Broadcasting Standarts Commission-BSC). bkz. EŞKİ, s. 75-76.

38 2013 yılının Nisan ayında Finansal Hizmetler Otoritesi (Financel Services Authority-FSA) kaldırılarak, yetkileri İhtiyati Düzenleme Otoritesi (PRA) ve Finansal İşlemler Otoritesi (FCA) arasında paylaştırılmıştır. bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Financial_Services_Authority, 29.05.2015. , ayrıca bkz. http://www.fsa.gov.uk/.

39 "İdarenin kamu yararının bekçisi olduğu kabul edilse bile, bir otoritenin idareden bağımsızlığa ihtiyacı olduğu önemli ölçüde tartışma getirir; aynı zamanda bu otoritelere yaptırım uygulama ve düzenleme yapma yetkisi vermek de tartışma gerektirir. Bu nedenle Fransız idare hukukunun geleneksel yapısı içerisinde BİO'ların varlığını kabul ettirmesi ve sayılarının yavaş artması doğal karşılanmalıdır.", YILMAZ, s. 36.

40 TÜSİAD, s. 115.

sebepler ile açıklanmaktadır. Bağımsız idari otoritelerin ekonomik ve teknik alanlarda yaptıkları denetim sayesinde, yargı denetiminin kapsayamadığı alanlarda etkili denetimin yapılması amaçlanmıştır[41].

Fransa'da bağımsız idari otoriteler, yönetim ve hukuk sistemindeki farklılığından ötürü Anglo-Sakson sistemindekine göre farklı olarak, üniter(tek) devlet[42] yapısına göre şekillenmiş ve idari sistem içine yerleşmişlerdir[43]. Fransa'da bağımsız idari otoritelerin kamu tüzel kişilikleri bulunmamaktadır. Ayrıca mali bakımdan birer bakanlıkla ilişkilendirilmeleri sebebiyle kendilerine bir bütçeleri yoktur[44].

Fransa'da yasa koyucunun bağımsız idari otorite olarak adlandırdığı Enformatik ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu'nun 1978 yılında kurulduğunu ve bağımsız idari otorite teriminin ilk defa bu kurumu ifa-

[41] KARAKAŞ, s. 109. , "*Fransa'da BİO'ların ortaya çıkış nedeni olarak, duyarlı, hassas sektörlerin ortaya çıkardığı bir ihtiyaç olduğu açıklaması kullanılmaktadır. Bu alanlarda hem hakim ekonomik gücün olumsuzluklarına karşı, hem hantal ve kötü idare biçiminin olumsuzluklarına karşı, hem de kamu özgürlüklerini tehdit edebilecek durumlara karşı idarenin düzenleyici, denetleyici bir faaliyetine ihtiyaç duyulduğu ve bu modelle giderilebileceği düşünülmüştür*". YILMAZ, s. 37.

[42] "Üniter devlette, devletin ülkesi bölünmez bir bütündür. Şüphesiz ki, üniter devletin ülkesi de "il" ve "ilçe" gibi idarî bölümlere ayrılabilir. Ancak bunlar, basit idarî bölümlemelerdir. Bunların sadece idarî yetkileri vardır. Yasama ve yargı yetkileri yoktur. Bunların hepsi aynı egemenliğe tâbidir. Bunların hepsinde aynı anayasa ve aynı kanunlar, kısacası aynı hukuk uygulanır", http://www.anayasa.gen.tr/uniter.htm, 29.05.2015. , Üniter devlet ilkesi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. DEMİR, Fevzi, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, İzmir: Birleşik Matbaacılık, 2009, s. 37, 301-302.

[43] AYAYDIN, s. 71. , "Örneğin köklü idare hukuku geçmişine sahip üniter bir devlet yapısına sahip Fransa'da dahi 1970'li yıllarda ortaya çıkan bağımsız idari otoritelerin, son yirmi yıl içinde daha da hızlı bir gelişim gösterdiği belirtilmektedir". bkz. KUTLU GÜRSEL, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası - İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme, s. 71. , "*Amerikan hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sistemi, en başta kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının kabul edilmesi bakımından farklılık göstermelerine rağmen; Kara Avrupası ülkeleri Amerikan modeli idari kurumları özellikle ekonomi ve özgürlükler alanında olmak üzere, kendi idari yapılarına 'bağımsız idari otorite' başlığı altında yerleştirmiş bulunmaktadır. Yabancı yatırımın karsı konulamaz sonuçlarına, Kara Avrupası ülkeleri kendi idari yapılarını bozmamaya çaba göstererek, kendilerine özgü bir çözüm bulmuşlardır. Örneğin Fransa, bağımsız idari otoriteleri merkezi idare içerisine yerleştirerek, üniter yapısının gücünü sergilemeye çalışmıştır. Ancak ne olursa olsun bu idareler ekonomik alanda yaşanan değişimin ve devletin ekonomik hayatta üstlendiği rolün değişiminin bir göstergesidir*". KUTLU GÜRSEL, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", s. 549.

[44] KARAKAŞ, s. 109. , "*Fransa'da BİO'ların mali özerkliği ile ilgili olarak Fransız Danıştayı tarafından hazırlanan 2001 yılı raporunda, bu tür kurumların bağımsız olabilmesi için ayrı bir bütçe ve özel gelir kaynaklarına sahip bulunmalarının gerekmediği, mali kaynakların örneğin Başbakanlık veya ilgili bakanlık bütçesine ödenek konulmak suretiyle sağlanabileceği belirtilmektedir. Nitekim Fransa'da Borsa işlemleri Komisyonu dışında diğer özerk kurumların kendine özgü mali kaynakları yok denecek kadar azdır*". YILMAZ, s. 38.

de etmek için kullanıldığını daha önce belirtmiştik. Daha sonra kurulan bağımsız idari otoritelerde ise Fransız yasa koyucunun başka terimler kullandığı görülmektedir. Bugün, Fransa'daki bağımsız idari otoritelere Telekomünikasyon Düzenleyici Otoritesi (Autorité de Régulation des Télécommunications-1996), Elektrik Düzenleme Komitesi (Commission de Régulation de L'Électricité-2000), Radyo ve Televizyon Yayın Konseyi (Conseil Supérior de L'Audiovisuel-1989), Sermaye Piyasası Düzenleme Komisyonu (Commission des Opérations de Bourse-1969), Rekabet Konseyi (Conceil de la Concurrence-1986) örnek gösterilebilir[45].

4. Türkiye Örneği

Türkiye'de bağımsız idari otoritelerin oluşum sürecine baktığımız zaman, ülkemizde bu kurumların belirlemiş olduğumuz ilkeler doğrultusunda ve öğretinin çabası sonucu değil, küresel gelişmeler[46] sonucunda ortaya çıktığı görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, Rekabet Kurumu'nun kurulmasının Gümrük Birliği süreci ile, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu ve Kamu İhale Kurumu'nun ise IMF'nin baskıları ve Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde yapılması gereken düzenlemeler olarak önümüze konmuştur[47]. Başlangıçta siyasal iktidarın

[45] TÜSİAD, s. 116-118.

[46] "*Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenleri*" bölümünde belirttiklerimiz paralelinde, Türkiye'de bağımsız idari otoriteler ülkemizde gerçekleştirilen özelleştirme uygulamaları sonucunda ortaya çıkmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, Küreselleşmenin 1980'lerden itibaren ülkemizi etkisi altına almasıyla, devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin azaltılması anlayışına dayalı olarak 24 Ocak 1980 Ekonomik Kararları kapsamında serbest piyasa ekonomisine geçiş sonrasında özelleştirme uygulamaları başlamış, özelleştirme uygulamaları ve devlet düzenlemelerinin azaltılması ile boş bırakılan alanlarda düzenleme ihtiyacını gidermek üzere bağımsız idari otoriteler kurulmuştur. Bkz. KARAKAŞ, s. 110. , Türkiye'de özelleştirme, 1980 yılından itibaren ithal ikamesi gelişme modelinin tek edilerek piyasadaki devlet kontrollerinin azaltıldığı, piyasa mekanizmasının kaynak dağılımında öncü rolü oynamaya başladığı, dış ticaret ve uluslararası sermaye akımlarının serbestleşerek serbest pazar uygulamasına geçilmeye başlandığı yeni bir ekonomi politikasına dayalı olarak gündeme gelmiştir. bkz. ATİYAS, İzak, ODER, Burak, "Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), 2008, s.1, http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/ozellestirme_hukuk_ekonomi.pdf, 31.05.2015.

[47] SOBACI, s. 163. , "*Türkiye'de bu kurumların yaygınlaşmasında IMF, Dünya Bankası ve AB'nin önemli etkisi olduğu ve piyasaların uyumlaştırılması açısından zaman zaman bunların kurulmasının dayatıldığı genellikle kabul görmüştür*". TEKİNSOY, s. 128. , "*AB özellikle 2000 yılından itibaren uygulamaya konulan yapısal reform-*

çok da arzulamadığı şekilde Türkiye'de ekonomik yaşamın siyasal etkilerden uzaklaştırılması çabaları, bağımsız idari otoriteler ile hükümetler arasında zaman zaman gerilimler yaşanmasına neden olmuştur[48].

Ülkemizde, T.B.M.M tarafından ayrı ayrı çıkarılan yasalarla kurulan dokuz tane bağımsız idari otorite bulunmaktadır. Bunlar, Sermaye Piyasası Kurulu[49] (SPK-1981), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu[50] (RTÜK-1994), Rekabet Kurumu (RK-1994)[51], Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu[52] (BDDK-1999), Bilgi Teknolojileri ve İletişim

---

larla, devletin düzenleyici yönünü öne çıkarmakta ve bir tür 'düzenleyici devlet' modeli etrafında toplanmaktadır. Düzenleyici devlete dönüşüm sürecinde, AB'nin mal ve hizmeti sunan 'işletmeci' ile oyunun kurallarını koyan ve uygulanmasını denetleyen 'düzenleyici' ayrımını yapması ve üye devletlerden bu yönde düzenleme istemesi de bağımsız idari otoritelerin yaygınlaşmasına yol açmıştır. Bağımsız idari otoriteler, düzenleyici devletin kurumsal yapısının en temel göstergeleridir." ÖZKAN, s. 87.

[48] TAN, s. 192. , BDKK eski başkanı Zekeriya Temizel bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "*Bağımsız kurulların kurulmasını isteyenler, ekonominin bağımsız kurulların gözetiminde, piyasa güçlerine terk edilerek bataklıktan çıkabileceğini, onun için de tüm ekonomik kurumları ve dolayısıyla da ekonomiyi siyasetin etki alanından çıkarmanın gerekliliğini savunuyordu. IMF'nin Türkiye'ye dayattığı yapısal değişikliklerin esasını bu düzenlemeler oluşturuyordu .... Biz de bağımsız kurullar açık bir şekilde siyasi otoriteyi ekonomik karar mekanizmalarından dışlamak için kuruldu. Siyasetin bu alanlardan dışlanması ile kararların rasyonelleşeceği temel tercih oldu. Üstelik bu tercih, siyasi otoritenin özgür siyasi tercihi de değildi ....*" Cumhuriyet Gazetesi, 16.09.2003. TAN, s. 192. , Dönemin Başbakanı Bülent Ecevit ise 2007 Nisan 2002 tarihinde İstanbul Forum konuşmasında BDDK'nın faaliyetleri özelinde şu eleştirileri yapmaktadır: "İtiraf ediyorum özerk kuruluşlarda ölçüyü kaçırdık. Pazar ekonomisinin gereği, IMF'nin isteğidir denilerek birçok kamu kuruluşu hükümetin etki ve denetim alanı dışında başına buyruk kuruluşlar haline geldi .... İşadamları karşılarında hükümeti görmek istiyor. Onun için özerkleştirme konusunda ölçüyü kaçırdığımız gibi konuyu yeniden gözden geçirmemiz ve dengeli, sağlıklı işler hale getirmemiz gerekiyor .... Özerklikle siyaset işlevleri arasında sağlıklı bir denge kurulması gerektiğine inanıyorum". Berberoğlu ise yazısında Ecevit'in bu eleştirileri üzerine yaşanan durumu şu şekilde belirtmektedir: "*Bankaları siyasetin tecavüzünden korumaya kararlı IMF, Başbakan Bülent Ecevit'in bu çıkışından çok rahatsız oldu, Devlet Bakanı Kemal Derviş'ten hesap sordu. Ecevit sözlerini bir dizi basın açıklamasıyla düzeltmek zorunda kaldı ....*" E. Berberoğlu, "Bankalı siyaset krize gebedir", Radikal Gazetesi, 19.06.2002. TAN, s. 193.

[49] Sermaye Piyasası Kurulu 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (30/7/1981 Tarih ve 17416 Sayılı R.G.) ile kurulmuştur. Bununla birlikte 2499 Sayılı Kanun 30/12/2012 tarihinde 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (30/12/2012 Tarih ve 28513 Sayılı R.G.) yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.

[50] Radyo ve Televizyon Üst Kurulu 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (20/4/1994 Tarih ve 21911 Sayılı R.G.) ile kurulmuştur. Bununla birlikte 3/2/2011 tarihinde 3984 Sayılı Kanun 6112 Sayılı Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un (3/3/2011 Tarih ve 27863 Sayılı R.G.) yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.

[51] Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (13/12/1994 Tarih ve 22140 Sayılı R.G.) ile kurulmuştur.

[52] Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (1/11/2005 Tarih ve 25983 Sayılı Mükerrer R.G.) ile kurulmuştur.

Kurumu[53] (BTK-2001), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu[54] (EPDK-2001), Kamu İhale Kurumu[55] (KİK-2002), Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'dur[56] (TAPDK-2002).

Yukarıda belirttiğimiz bağımsız idari otoriteler, 24/12/2003 tarih ve 253265018 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 3-c'de "*Düzenleyici ve denetleyici kurumlar: Bu Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumları ifade eder*" denilerek kanunda sayılmıştır. 5018 Sayılı Kanun'da, yukarıda belirttiğimiz kurumların bir farkla aynen yer aldığı görülmektedir. Kanunda yalnızca Şeker Kurumu'nun yerine Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu[57] bulunmaktadır. Böylece, Türk hukukunda tüm bağımsız idari otoriteleri düzenleyen ortak bir kanun bulunmamakla birlikte, en azından 5018 Sayılı Kanun'da bağımsız idari otoriteler "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" başlığı altında sayılmıştır.

Ülkemizde ilk bağımsız otorite olarak 1981 yılında Sermaye Piyasası Kurulu kurulsa da, Türkiye'nin gerçek anlamda bağımsız idari otoriteler 1990'lı yıllardan itibaren kurulmaya başlanmıştır. Zira 1990'lı yıllar-

[53] Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 2813 Sayılı Telsiz Kanunu (7/4/1983 Tarih ve 18011 Sayılı R.G.) ile kurulmuştur. 2813 Sayılı Kanun daha sonra 4502 Sayılı Kanun ile (29/01/2000 Tarih ve 23948 Sayılı R.G.) değişikliğe uğramıştır.

[54] Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (3/3/2001 Tarih ve 24335 Sayılı Mük. R.G.) ile kurulmuştur.

[55] Kamu İhale Kurumu 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu (22/1/2002 Tarih ve 24648 Sayılı R.G.) ile kurulmuştur.

[56] Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, 4733 Sayılı "*Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması İle Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda Ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" (09/01/2002 Tarihli ve 24635 Sayılı R.G.) ile kurulmuştur. 4733 Sayılı Kanun daha sonra 5752 Sayılı Kanun ile (15.4.2008 Tarih ve 26848 Sayılı R.G.) değişikliğe uğramıştır. Başlangıçtaki adı "*Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu*" olan kurum, 4733 Sayılı Kanun'un 5752 Sayılı Kanun ile değiştirilmesinden sonra "*Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu*" adını almıştır. Ayrıca 5752 Sayılı Kanun ile 4733 Sayılı Kanun'un adı "*Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*" olarak değiştirilmiştir.

[57] Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu 26/9/2011 tarihli ve 660 sayılı KHK'nin 32 nci maddesiyle, 5018 Sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde dokuzuncu sıraya eklenmiştir. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu ise 2/11/2011 Tarih ve 28103 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 660 Sayılı "*Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*" ile kurulmuştur.

da RTÜK, RK, BDDK gibi kurumların kurulmasının yanında, Sermaye Piyasası Kurulu'nun bağımsız idari otorite niteliği kazanmasının 2499 Sayılı Kanunu'nun 17. Maddesini değiştiren 18.12.1999 tarih ve 23910 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4487 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi ile olduğu belirtilmektedir[58].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bağımsız idari otoritelerin Türkiye'deki örnekleri incelendiğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) dışında hemen tüm bağımsız idari otoritelerin ekonomik yaşama ilişkin ve piyasa ekonomisinin düzenlenmesine yönelik oldukları görülmektedir[59]. Bu kurumlar ekonomik yaşamda faaliyette bulundukları piyasalara ilişkin olarak düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama ve uyuşmazlıkları çözme gibi yetkilere sahiptirler. Bir başka ifadeyle bu kurumlar, faaliyette bulundukları piyasalarda regülasyon işlevini yerine getirmektedirler. Bu kurumlar regülasyon işlevini yerine getirirken bağımsız olarak hareket etmekte, hiçbir kişi, kurum ve merciden emir ve talimat almamakta ve geniş bir idari ve mali özerklikten yararlanmaktadırlar[60].

[58] PERÇİN, s. 140. , 4487 Sayılı Kanun ile değiştirilen 2499 Sayılı Kanun'un Sermaye Piyasası Kurulu'nu düzenleyen 17. Maddesi:

"Bu Kanunla verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuştur. Kurul, biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere yedi üyeden oluşur. Kurul, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanır....

İlgili Bakan, Kurulun yıllık hesapları ile harcamalarına ilişkin işlemlerini denetletir; denetleme sonuçlarıyla ilgili gerekli tedbirleri alır.

Denetim sonuçları ile bunlara ilişkin işlemleri ve alınan tedbirleri gösterir bir rapor, Kurulun yıllık faaliyet raporu ile birlikte ilgili Bakan tarafından Bakanlar Kuruluna sunulur".

[59] TAN, s. 193.

[60] SOBACI, s. 163.

IV. TÜRKİYE'DE BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

A. YAPISAL ÖZELLİKLERİ

1. Kurumsal Yapı

"Bağımsız idari otorite" terimini incelediğimizde terimdeki her bir sözcük kurumun bir özelliğini yansıtmaktadır. "Bağımsız" sözcüğü gerek organik gerekse işlevsel olarak bağımsız idari otoritelerin her türlü kişi veya kurum, organa karşı bağımsızlığını ifade etmektedir. "İdari" sözcüğü, bu kurumların bağımsız olmalarına rağmen özel kuruluş olmadıklarını; devlet adına ve hesabına işlemlerde bulunan idari organ niteliğinde olduklarını belirtmektedir. Otorite ise bu kurulların danışma organı olmadıklarını, kararlarının istişari değil icrai nitelikte olduğunu, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak düzenleyici işlemler, bireysel işlemler yapıp idari yaptırımlar uygulayabildiklerini belirtmektedir[61]. İdari Özerkliğe sahip kurumlar olan bağımsız idari otoritelerin kurumsal yapısını incelerken, kurum ve kurul kavramları belirleyicilik arz etmektedir. Gerçekten ülkemizde her biri birer kanun ile kurulan bağımsız idari otoritelerin bir kısmı kurum bir kısmı ise kurul olarak kurulmuştur. Kurum, içerisinde kurulunda yer aldığı bağımsız idari otorite örgütünün tamamıdır. Bağımsızlık ve tarafsızlığa sahip olması gereken kurul ise, kurumun karar organıdır[62].

a) İdari Bağımsızlık

Bağımsız idari otoriteleri diğer kurumlardan ayıran en önemli özelliklerinin idari bağımsızlığa sahip olmaları ile regülasyon işlevleri olduğu belirtilmektedir[63]. Bağımsız idari otoritelerin organik ve işlevsel bağım-

[61] GÖZLER/KAPLAN, s. 245-246. , TAN, s. 196. , ATAY, s. 270-271. , TEKİNSOY, s. 122. , GİRİTLİ, İsmet, BİLGEN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş Beşinci Bası, İstanbul: DER Yayınları, 2012, s. 498.

[62] DÖNMEZ, Eftal, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2003, s. 58. , ATAY, s. 272. , TAN, s. 196.

[63] bkz. SOBACI, s. 164. , Bağımsız idari otoritelerin regülasyon işlevine bir sonraki bölümde değineceğimiz

sızlığının ikisi birden idari bağımsızlık olarak ifade edilmektedir. İdari bağımsızlık, bağımsız idari otoritelerin organları ve işlevleri üzerinde yürütme organı ve idarenin klasik anlamdaki idari denetim yetkilerinin uygulanmamasını ve bunların bağımsız idari otoritelere emir ve talimat verememesi anlamına gelmektedir[64].

aa) Organik Bağımsızlık

İdari bağımsızlığın ilk boyutu olan "*organik bağımsızlık*", bağımsız idari otoritelerin karar organlarında çalışanların -kurul üyelerinin- görev alanları, atanma usulleri, görev süreleri ve görevden ayrılmaları meselelerinde bazı güvencelere sahip olmalarını ifade etmektedir[65].

Kurul üyelerinin sahip olması gereken bu güvenceler aynı zamanda üyelerin bağımsızlığını sağlamanın da yöntemlerini oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, organik bağımsızlığı tanımlayan kurul üyelerinin sahip olmaları gerektiği bu güvenceler, diğer taraftan üyelerin bağımsızlığı için uygulanması gereken yöntemleri ifade etmektedir.

Kurul üyelerinin seçiminde mesleki ve teknik deneyime ağırlık vermek, yargıçlar, üniversite öğretim üyeleri gibi bağımsızlığı ve tarafsızlığı bilinen mesleklerden üye veya başkan seçmek kurulun organik bağımsızlığını sağlamak için uygulanan üye seçim usullerindendir[66]. Fransız Hukukundaki uygulamaya benzer olarak ülkemizde kurul üyeleri TBMM, Bakanlar Kurulu, Bakanlıklar, sivil toplum örgütlerinin temsilcileri tarafından belirlenmektedir. RTÜK hariç bağımsız idari otoritelerin kurul üyelerinin atanması ise Bakanlar Kurulu tarafından yapılmaktadır[67]. Şimdi, bu durumun örneklerle somutlaştırılarak daha iyi anlaşılabilmesi için bazı kurumların seçilme ve atanma usullerine değineceğiz.

---

için burada ayrıca değinmiyoruz.

64 SOBACI, s. 164.

65 DÖNMEZ, s. 60. , SOBACI, s. 166.

66 TAN, s. 208. , ATAY, s. 267.

67 ATAY, s. 277. KARAKAŞ, s. 111. , DÖNMEZ, s. 61.

RTÜK, en az dört yıllık yükseköğrenim görmüş, meslekleriyle ilgili konularda kamu kurum ve kuruluşları veya özel kuruluşlarda en az on yıl süreyle görev yapmış, meslekî açıdan yeterli bilgiye, deneyime ve Devlet memuru olma niteliğine sahip, otuz yaşını doldurmuş kişiler arasından Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilen dokuz üyeden oluşur. Seçim için, siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday gösterilir ve Üst Kurul üyeleri bu adaylar arasından her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir[68].

EPDK, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere dokuz üyeden oluşur. Kurul üyeleri; hukuk, siyasal bilgiler, idari bilimler, kamu yönetimi, iktisat, mühendislik, işletme ya da maliye dallarında eğitim veren en az dört yıllık yükseköğrenim kurumlarından mezun olmuş, kamu kurum ve kuruluşlarında ya da özel sektörde en az on yıl deneyim sahibi ve mesleğinde temayüz etmiş kişiler arasından Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu, atamayla birlikte Kurul Başkanını ve İkinci Başkanı görevlendirir. Kurul başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Görev süresi sona eren üyeler tekrar seçilebilir. Başkanlık veya üyelikler, görev süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde, boşalan üyeliklere bir ay içinde atama yapılır[69].

Rekabet Kurulu, Kurumun karar organı olup biri Başkan biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Bakanlar Kurulu; üç üyeyi Bakanlığın, bir üyeyi Kalkınma Bakanlığının, bir üyeyi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışından göstereceği ikişer aday arasından, birer üyeyi ise Yargıtay ve Danıştay'ın kendi kurumları içinden göstereceği ikişer aday arasından atar. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı kontenjanından gelecek üyelerden birisi, Kurum personeli arasından atanır. Bakanlar Kurulu, Kurul üyeleri arasından Başkan ve İkinci Başkanı atar[70].

[68] 6112 Sayılı Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 35 (3/3/2011 Tarih ve 27863 Sayılı R.G.)

[69] 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5.(3/3/2001 Tarih ve 24335 Sayılı Mük. R.G.)

[70] Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (13/12/1994 Tarih ve 22140 Sayılı R.G.) m. 22 - (Değişik: 24/10/2011-KHK-661/54 md.)

Bununla birlikte kurul üyelerinin atanma usulünün değişimi bakımından *Kamu İhale Kurulu* örneği dikkat çekicidir. 4734 Sayılı Kanun'un 53/c Maddesi değiştirilmeden önce madde hükmü şu şekildeydi: Kurumun karar organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere on üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kamu İhale Kurulu üyeleri; Maliye Bakanlığınca önerilecek iki kişi, Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca önerilecek üç kişi, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık ile Danıştay ve Sayıştay Başkanlıklarınca önerilecek birer kişi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından kamu alımları ile ilgili meslek gruplarından önerilecek birer kişi olmak üzere Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu, atanan üyelerden birini Başkan olarak görevlendirir. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır. Üyelerden biri Kurul tarafından ikinci başkan olarak seçilir[71].

53/c maddesinin değiştirilmesi ile kurul üyelerinin atanma usulünde ciddi bir değişiklik olmuştur. Değiştirilen madde hükmü gereğince, kurumun karar organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere dokuz üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kamu İhale Kurulu üyeleri Maliye Bakanının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu, atamayla birlikte Kurul Başkanını ve İkinci Başkanı da görevlendirir. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır[72].

Kurul üyelerinin tanınan güvenceler yanında onların bağımsızlığını ve tarafsızlığına sağlamanın yöntemlerinden diğerleri de üyelerin görev sürelerini uzun tutmak, üyelere yeniden seçilme olanağı tanımamak ve

[71] 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu (22/1/2002 Tarih ve 24648 Sayılı R.G.)

[72](Değişik: 24/10/2011-KHK-661/57 md.) , Her ne kadar *GÖZLER/KAPLAN* kurulların "bağımsız" nitelikteki üyelerinin Bakanlar Kurulu tarafından seçilmesinin kurulların bağımsızlığını etkilemeyeceğini belirtse de ki örnekleri vardır, KİK örneğinde madde değişikliğinin organik bağımsızlık açısından geriye gidiş olduğunu düşünüyoruz. Zira önceki düzenlemede Maliye Bakanlığı'nın yanında diğer bakanlıklar ile Danıştay ve Sayıştay Başkanlıklarınca ve Sendika Konfederasyonu'nca da üye önerilirken, değişiklikten sonra üyeleri teklif etme yetkisinin tamamen Maliye Bakanlığı'na verilmesini organik bağımsızlık bakımından oldukça geriye gidiş anlamına gelmektedir diye düşünüyoruz. Dikkat edilirse burada önem arz eden ve organik bağımsızlık bakımından olumsuzluk yaratan üyeleri Bakanlar Kurulu'nun ataması değil ki bu konuda bir değişiklik yapılmamıştır, üyeleri kimin önereceğinin değiştirilmesidir. Ayrıca düzenlemeden önce, ikinci başkan kurul tarafından üyeler arasından seçilirken, değişiklikten sonra ikinci başkanı atama yetkisi de Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bu yönden de kurul oluşumunda Bakanlar Kurulu'nun etkisi artmıştır. bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 248.

üyelerin görev sürelerini doldurmadan görevden alınmalarını çok sıkı koşullara bağlamaktır. Ayrıca son saydığımız yöntemin uygulamada bir anlam ifade edebilmesi için, görevden almanın çok sıkı koşullara bağlanması yeterli olmamakta, bu koşulların üyeleri atamaya yetkili organın mutlak takdirine bırakılmaması da gerekmektedir. Türkiye'de ise kurul üyelerinin görev süreleri uzun olmakla birlikte – genellikle 6 yıl- , üyeler yeniden seçilebilmektedir[73].

ab) İşlevsel Bağımsızlık

İdari bağımsızlığın ikinci boyutu ise "*işlevsel bağımsızlık"*tır. İşlevsel bağımsızlık, bağımsız idari otoritelerin kurullarınca alınan kararları ve uygulamaları üzerinde yürütme organı dahil hiçbir birimin etkileme, iptal etme ve değiştirme yetkisinin olmamasını ifade etmektedir[74]. Bununla birlikte, bağımsızlık, bağımsız idari otoritelerin hiçbir denetime maruz kalmadıklarını anlamına gelmez. Bağımsız idari otoriteler hukuk devleti ve devletin bütünlüğü ilkeleri uyarınca yargısal ve yasal denetimlere tabiyken oldukça sınırlı da olsa idari denetimlere de tabidirler[75]. Bununla birlikte bağımsız idari otoritelerin hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olmadıkları belirtilmektedir[76]. Bağımsız idari otoritelerin hiyerarşik denetime tabi olmadığı noktasında bir tereddüt olmasa da, bu kurumların idari vesayete tabi olmadığına katılmayan görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi RTÜK ile ilgili kararında, "*Yasa'da, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu özerk ve tarafsız bir kamu tüzelkişiliği olarak nitelendirilmekle birlikte, bu Kurulu, işlevi ve konumu itibariyle tümüyle idareden ayrı ve idari vesayet dışında düşünmek olanaklı değildir*". demektedir[77]. Bağımsız idari otoriteler Türkiye'de, kuruluş

[73] TAN, s. 210. , ATAY, s. 165. , DÖNMEZ, s. 62.

[74] DÖNMEZ, s. 60. , GÖZLER, s. 248. , TEKİNSOY, s. 122. , KARAKAŞ, s. 107.

[75] DÖNMEZ, s. 60-61. Bağımsız idari otoritelerin denetimi konusuna daha sonra değineceğimiz için burada ayrıntıya girmiyoruz.

[76] bkz. TAN, s. 197. , DÖNMEZ, s. 58. , SOBACI, s. 167. , ATAY, s. 282. , DURAN, s. 6.

[77] AYMK. E. 2002/100 K. 2004/109 , 04.08.2006 Tarih ve 26249 Sayılı R.G. , *GÖZLER/KAPLAN* ise, bağımsız idari otoritelerin bağımsız olması için merkezi idarenin bu kurumlar üzerinde hiyerarşik yetkilerinin olmaması gerektiğini belirtirken, bağımsız idari otoritelerin vesayet denetimine tabi olabileceğini öne sürmektedir. GÖZLER/KAPLAN, Fransa'da bazı bağımsız idari otoritelerin bazı işlemleri üzerinde vesayet

yasalarında Başbakanlıkla veya bir bakanlıkla ilgilendirilmekte veya ilişkilendirilmektedir[78]. Bağımsız idari otoritelerin hiyerarşik denetime tabi olmaması ise yürütme erkinin bu kurumlar üzerinde hiyerarşik bir yetkiye sahip olmaması demektir. Bu sebeple yürütme erki bağımsız idari otoritelere emir ve talimat veremez[79]. Zira bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığı ve özerkliği için merkezi idarenin bağımsız idari otoriteler üzerinde hiyerarşik yetkiye sahip olmaması gerekmektedir[80].

b) İdari Özerklik

Bağımsız idari otoriteler, idari-mali özerkliğe sahip, kamu hizmeti görmek üzere Anayasa'nın 123. maddesine[81] göre kurulmuş, denetim

denetiminin olduğunu belirtirken şöyle demektedir: "Bağımsız idari otoritelerin vesayet denetimine tabi olmadıklarının söylenmesi de 'vesayet' yetkisinin ne olduğunun tam bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. .... vesayet yetkisi, ancak kanunla öngörülmesi durumunda mevcut olan sınırlı bir yetkidir .... Kanun bu yetkiyi, aralarında kuruculuk ilişkisi olan iki tüzel kişi arasında tesis etmektedir. Yani bir kamu tüzel kişisi diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulmuş ise, kuran tüzel kişiye kurulan tüzel kişi üzerinde vesayet yetkileri verilebilir .... İşte devlet tüzel kişiliği ile bağımsız idari otoriteler arasındaki durum bundan ibarettir. Bağımsız idari otoriteler doğrudan doğruya devlet tarafından kurulduğuna göre, devletin vesayet denetimine tabi tutulabilirler. .... Ancak, devlet bu otoritelere ... şimdiye kadar, kendine bunlar üzerinde hiçbir vesayet yetkisi tanımamıştır. Ama bundan sonra da tanımayacağı ... anlamına gelmez". bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 248-249. , KALABALIK' da bağımsız idari otoritelerin vesayet denetimine tabi olduğunu şu şekilde belirtmektedir: " *Düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar, kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumu olduklarından, bunlar üzerinde idarenin bütünlüğünün sağlanması açısından, idari vesayet denetiminin uygulanması zorunludur. Özerk ve bağımsız olmaları, idari vesayet denetimini bertaraf etmemektedir*". bkz. KALABALIK, s. 461. , *YILDIRIM/YASİN/KARAN* ise "Bu kurumların üzerinde merkezi idarenin denetiminin öngörülmemiş olması, gerekli olduğunda idare vesayet denetiminin yasayla düzenlenmeyeceği anlamına gelmemektedir" diyerek bu kurumlar üzerinde vesayet yetkisinin kanun ile tanınabileceğini kabul etmektedir. bkz. YILDIRIM, Turhan, YASİN, Melikşah, KARAN, Nur Kaman ve diğerleri, İdare Hukuku, 4. Baskı, İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2012, s 274.

78 GÖZLER/KAPLAN, s. 250.

79 SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 337.

80 Bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığı organik bağımsızlık ve işlevsel bağımsızlıktan oluşmakta olup, bağımsız idari otoritelerin hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ve diğer mercilerin denetimlerinin söz konusu olmaması, başka organların onlara emir ve talimat verememesi anlamına gelmektedir. Bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığı, bu kurumların hiç kimse ve hiçbir makamın denetimine tabi olmayan ve başına buyrukluğu değil, idari özerkliğin yeni ve özel bir biçimi olarak algılanmalıdır. Bağımsız idari otoritelere sağlanan bağımsızlığın amacı, bu kurumların, kendilerine faaliyette bulunmak yetkisi verildiği sektörlerin düzenini sağlamak noktasında düzenleme(regülasyon) işlevini en iyi şekilde yerine getirmelerine yöneliktir. bkz. SANCAKDAR, s. 337-338.

81 T.C. Anayasası m. 123: "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. *İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*".

ve düzenleme görevi de üstlenebilen tüzel kişiliği haiz birer kamu kurumudurlar[82]. Bağımsız idari otoritelerin özerkliği ve tarafsızlığı bu kurumların siyasi iktidarın etkisine kapalı olmasını gerektirmektedir[83]. Bir diğer ifadeyle, "Özerklik ..., atamada, görev yürütümünde ve denetimde yürütme organından bağımsız olmayı zorunlu kılar"[84].

Bağımsız idari otoriteler kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları sebebiyle kamu kurumudurlar. Fransa'da ise bağımsız idari otoriteler Devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadığı için kamu kurumu olarak kabul edilmemektedir[85]. Bağımsız idari otoriteler idari özerkliğe sahip olsa da idareden tamamıyla bağımsız değildirler. Anayasa Mahkemesi' de TAPDK ile ilgili kararında, kurumun, Devlet Bakanlığı ile olan ilişkisi nedeniyle merkezi idareden tamamen bağımsız olmadığı, idarenin bütünlüğüne dahil edildiğinin anlaşıldığını belirtmektedir[86].

Bağımsız idari otoritelerin özerkliğinin Anayasa'nın 123. Maddesindeki "*idarenin bütünlüğü ilkesine*" aykırı olmadığı Anayasa'nın TAPDK ile ilgili kararından başka diğer kararlarında da belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi RTÜK ile ilgili kararında, "*Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun özerk ve tarafsız bir kamu tüzelkişiliği olmasına karşın, tümüyle idareden ayrı düşülmesi de olanaklı değildir*". diyerek RTÜK'ün özerk olmasına rağmen idareden tümüyle bağımsız olmadığı, idari bütünlük için yer aldığını belirtmektedir[87]. Anayasa Mahkemesi RTÜK ile ilgili bir diğer kararında ise RTÜK'ün 3984 Sayılı Kanunla idari ve mali özerkliğe sahip bir kurul şeklinde oluşturulduğunu belirttikten sonra, " *.... Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, idarenin bütünlüğü içersinde yer alan,*

[82] AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

[83] AYMK. E. 2002/100 K. 2004/109 , 04.08.2006 Tarih ve 26249 Sayılı R.G.

[84] AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

[85] GÖZLER/KAPLAN, s. 247. , DURAN, s. 6. , YILMAZ, s. 26. , Fransız Hukukunda bağımsız idari otoritelerin devletten ayrı kişiliklerinin olmaması iki temel sonuç doğurmaktadır. Bunlar, bu kurumların mali araçlarının devletçe sağlanması ve bağımsız idari otoritelerin kusurlu, hatta kusursuz işlemlerinin sebep olduğu zararları devletin yüklenmesidir. bkz. ATAY, s. 275.

[86] AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

[87] AYMK. E. 2002/100 K. 2004/109 , 04.08.2006 Tarih ve 26249 Sayılı R.G.

kamu tüzel kişiliğini haiz, radyo ve televizyon yayınları alanında kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı kalarak kamu yararı amacıyla işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, bu nedenle icra ettiği hizmet sürekli ve asli nitelikte olan bir kuruldur" diyerek kurulun genel idare esaslarına göre faaliyet gösterdiğini belirtmiş ve böylece kurulun idarenin bütünlüğü içerisinde yer aldığını bir başka şekilde açıklamıştır[88].

c) Kurul-Kurum Ayrımı ve İcrai Karar Almaya Yetkili Organ

Daha önce ifade ettiğimiz üzere Türkiye'de bağımsız idari otorilerden bazıları kurul, bazıları ise kurul olarak oluşturulmuş ve örgütlenmiştir. Kurul, kurumun karar organıdır. Kurumun karar organının kurul olduğunu göz önüne alınca, kurum olarak oluşturulmuş bağımsız idari otoritelerin yasalarında kuruma verilmiş olan görev ve yetkilerin de karar organı olan kurul tarafından kullanılması gerektiği sonucuna varmak gerekecektir[89].

Kurul başkanı aynı zamanda kurumun da başkanı olarak kurumu idare ve temsil etmektedir. Burada sorun teşkil eden kurum veya kurul başkanlarının icrai karar alma yetkisi olup olmadığı noktasındadır. Söylenmesi gereken, yasa açıkça yetkilendirmedikçe kurum veya kurul başkanlarının icrai karar alma olanaklarının olmadığıdır. Bununla birlikte, karar yetkisinin kurula tanındığı durumlarda, yasa ile de olsa kurul başkanlarına genel ve soyut yetki devri olanağı yoktur. Yasa açıkça öngörmemesine rağmen yada öngörmesine rağmen bunun genel ve soyut yetki devri anlamına geldiği durumlarda, kurul yerine başkanın icrai karar vermesi hukuka aykırı olacaktır[90].

[88] AYMK. E. 2004/55 K. 2008/119 , 05.11.2008 Tarih ve 27045 Sayılı R.G.

[89] TAN, s. 202.

[90] TAN, s. 202. , ATAY, s. 272. , DÖNMEZ, s. 59.

2. Türk Hukuk Sistemindeki Yeri

a) Anayasal Dayanak

Bağımsız idari otoriteler Anayasamızda açıkça düzenlenmemiştir. Açıkça düzenlenmemiş oluşu bağımsız idari otoritelerin anayasal dayanağının olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Bu sorunun cevaplanması bakımından Anayasa Mahkemesi'nin kararında vardığı sonuca bakmak yerinde olacaktır.

Anayasa Mahkemesi TAPDK ile ilgili kararında, " *Anayasa'nın 167. maddesi, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ilişkin olup, Devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlem alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükümlülüğü getiren bir düzenlemedir.*

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla *bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasa'nın "kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak" görevini Devlete veren 5. maddesi, "özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri" almakla görevlendiren 48. maddesi, "ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayiin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını" planlama görevi veren 166. maddesi ve Devletin "para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı önlemleri alacağını" öngören 167. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini göstermektedir.*

Bu bağlamda tütün, Tütün Mamulleri Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, Yasa'nın gösterdiği çerçevede tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Ayrıca Kurulun, söz konusu piyasa ile ilgili kamu yararı amacıyla yaptığı düzenlemeler ve sınırlamalar ise yargı denetimine tabidir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." demiştir[91]. Böylece Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 167. maddesi ve sayılan diğer madde hükümleri gereğince, devletin belirtilen yükümlülükleri çerçevesinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini, üstelik sosyal devletin ekonomik yaşama müdahaleci bir devlet olduğunu, dolayısıyla TAPDK'nın bu çerçevede piyasa ile ilgili düzenlemeler yapmada yetkili kılınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını; bir anlamda TAPDK özelinde bağımsız idari otoritelerin Anayasal dayanağını Anayasa'nın 167. Maddesinin oluşturduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararından da varılabilecek bir sonuç olarak, bağımsız idari otoritelerin Anayasada düzenlenmediği, fakat anayasal düzenleme konusu yapılmamış olmalarının da bağımsız idari otoritelerin varlık ve yetkilerine gölge düşürmeyeceği belirtilmektedir. Zira Anayasa 167. Maddesi başta olmak üzere bağımsız idari otoritelere dayanak oluşturmaktadır[92].

b) Türk İdare Sistemindeki Yeri ve Hukuki Niteliği

Daha önce belirttiğimiz üzere bağımsız idari otoriteler, Fransız Hukukundakinin aksine Türk Hukukunda kamu tüzel kişiliğine sahiptir-

91 AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

92 TAN, s. 226-227. , ATAY, s. 273. , *KUTLU GÜRSEL*, bağımsız idari otoritelerin anayasal dayanağı hakkında şu şekilde görüş belirtmektedir: "*.... Ancak hemen belirtelim ki Türk Hukuku'nda Anayasa Hukuku bakımından bu konuda yapısal açıdan bir tartışmanın gereksiz olduğunu düşünmekteyiz. Anayasa'da yer alan ve devlete bazı konularda görev yükleyen kurallar örneğin Anayasa m. 167'de olduğu gibi Devlete o konularda önlem ve karar alma yetkisi vermektedir. Devlet de bu kapsamda yetkisini kullanarak gerekli yapılanmayı oluşturmak suretiyle önlemler alabilme yetkisine sahiptir. İşte Devlet de bu yöndeki yetkisini bazı alanlarda uzmanlaşmış BİO'lar kurmak suretiyle kullanmaktadır*". KUTLU GÜRSEL, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası - İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme, s. 64.

ler[93]. Kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları sebebiyle de[94], bağımsız idari otoriteler Türk hukukunda kamu kurumu olarak kabul edilmektedir[95]. Bununla birlikte, bağımsız idari otoritelerin T.C. idari teşkilatı içindeki yeri bakımından belirsizlik ve öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bilindiği üzere T.C. idari teşkilatı başkent ve taşra teşkilatından oluşan merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşlarından oluşmaktadır. Yerinden yönetim kuruluşları ise *yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları* denilen mahalli idareler ile *hizmet yönünden yerel yönetim kuruluşlarından* –kamu kurumları- oluşmaktadır. Görüleceği üzere, T.C idari teşkilatı merkezi idare, yerel yönetimler ve kamu kurumları olmak üzere üç tür teşkilatlanmadan oluşmaktadır. Bu noktada ilk söylememiz gereken, bağımsız idari otoritelerin devletten ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olması sebebiyle bu kurumların merkezi idare kuruluşu olmadığıdır[96]. Bağımsız idari otoriteler Anayasa'nın 127. Maddesinde düzenlenen mahalli idarelerden de olamayacağına göre geriye sadece hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları yani kamu kurumları kalmaktadır. Böylece, bağımsız idari otoritelerin idare içindeki yerinin bu çerçevede incelenmesi gerekmektedir.

---

[93] Fransız Hukukundakinin aksine Türkiye'de bağımsız idari otoriteler kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları sebebiyle, tesis ettikleri işlemlere karşı kendilerine husumet yöneltilmektedir. "*Sebep oldukları zararları idarenin sorumluluğuna ilişkin kurallar çerçevesinde tazmin etmekle yükümlüdürler. İşlem ve eylemlerine karşı ilgili kanunlarında veya özel bir kanuni düzenleme bulunmadığı durumlarda, davalar idare mahkemelerinde (Örneğin RTÜK, SPK, KİK); aksi durumda (Örneğin, RK, BDDK, EPDK) Danıştay'da açılır. Danıştay 13. Dairesi hali hazırda faaliyette bulunan BİO' ların işlemlerine karşı doğrudan açılan davalarda veya idare mahkemelerinde verilen kararların temyizen incelenmesinde yetkilidir*". bkz. ATAY, s. 275.

[94] Fransa'da ise bağımsız idari otoriteler kamu tüzel kişisi olmadıkları için bir kamu kurumu olarak kabul edilmezler. Böylece Fransa'da bağımsız idari otoriteler devlet tüzel kişiliği altındadır. Bununla birlikte Fransız Hukuku'nda farklı bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre bağımsız idari otoriteler kamu tüzel kişiliğine sahip olmadıkları için bağımsız idari otorite olarak anılmaktadır. Başka bir ifadeyle, Fransa'da bağımsız idari otoritelere tüzel kişilik verilirse bunların bağımsız idari otorite olmaktan çıkacağı ve kamu kurumu haline geleceği kabul edilmektedir. bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 247.

[95] Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, SPK, " *... bir kamu kurumu olup, yaptığı hizmet de kamu hizmetidir*". Karar tarihi: 27.01.1989, E. 989/24 K.989/30, 24.12.1989 Tarih ve 20382 Sayılı R.G. , Danıştay'da SPK için "*tüzel kişiliği haiz kamu kuruluşu*" ve "*kamu kurumu*" deyimlerini kullanmaktadır. Bkz. IO.D; 25.11.1996, E. 995/6027 K.996/7741. Ayrıca bkz. TAN, s. 226. , Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu kurumların birer kamu kurumu olduğu belirtilmektedir. Örneğin, "*TAPDK ... Anayasa'nın 123. Maddesine göre kurulmuş ... tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumudur*", AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

[96] GÖZLER/KAPLAN, s. 127 vd. , SOBACI, s. 171. , TEKİNSOY, s. 123. , DÖNMEZ, s. 75-77.

İlk olarak kamu kurumlarını tanımlamak gerekirse, kamu kurumları, bir kamu idaresi tarafından kurulan ve onun vesayeti altında çalışan belli bir özerkliğe sahip ve belli uzmanlık alanlarında faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerini ifade etmektedir. Kamu kurumları, merkezi idare yani devlet veya mahalli idareler tarafından kurulurlar[97]. Daha önce belirttiğimiz üzere, mahkeme kararlarında ve öğretide bağımsız idari otoritelerin genellikle birer kamu kurumu olduğu belirtilmekle birlikte; bağımsız idari otoritelerin kamu kurumlarının bir çeşidi oluğu[98] ya da bağımsız idari otoritelerin klasik bir kamu kurumu olarak nitelenemeyeceğinin[99] ileri sürüldüğü görüşler de bulunmaktadır. Bununla birlikte, bağımsız idari otoritelerin belli bir kamu hizmetini yürütmemeleri, organlarının görev süreleri dolmadan görevden alınmalarının çok sıkı koşullara bağlanması ve oldukça sınırlı bir idari denetime tabi olmaları ile mali özerkliğe sahip olmaları nedeniyle hizmet yönünden yerel yönetim kuruluşları yani kamu kurumlarıyla aynı sınıf içine sokulamayacakları da belirtilmektedir[100].

Gerçekten bağımsız idari otoriteler aslında bir kamu hizmetini doğrudan doğruya yerine getirmeyip hizmet alanlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevlidirler[101]. Mahkeme kararları[102] ve öğretide

97 GÖZLER/KAPLAN, s. 222.

98 GÖZLER/KAPLAN, s. 244.

99 Anayasa Mahkemesi kararının karşı oy gerekçesinde, "*Ancak, 5018 sayılı Kanun'un 2. ve 3984 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin düzenlemesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, RTÜK'ü tam anlamıyla klâsik bir kamu kurumu olarak nitelemeye ve yaptığı hizmeti Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti mahiyetinde görmeye ve bunun sonucu olarak da kurumdaki asli ve sürekli görevlerin sadece memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi ve bunlara özgü personel rejiminin mutlaka RTÜK'de istihdam edilecek personele (bu arada uzman kadrosunda görev yapacaklara da) tatbiki gerektiği şeklindeki görüşü benimsemeye imkân yoktur*" denilerek bu kurumların klasik anlamda kamu kurumu olarak nitelenemeyeceği belirtilmiştir. AYMK. E. 2004/55 K. 2008/119 , 05.11.2008 Tarih ve 27045 Sayılı R.G.

100 Bu görüşe göre bağımsız idari otoriteler, mahalli idareler ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir tür yerinden yönetim kuruluşu olarak kabul edilmelidir. Bu görüş dayanak olarak hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına bir sınıflama getirilmediği için bu kuruluşların sınırlı sayıda olmadığını ve bu sebeple yeni bir tür yerinden yönetim kuruluşu oluşturulabileceğini ileri sürmektedir. bkz. TEKİNSOY, s. 123'den GÜNDAY, Metin, Bağımsız İdari Otoriteler – Panel (5Kasım 2001 Ankara), Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 76.

101 TEKİNSOY, s. 123.

102 AYMK. E. 2004/55 K. 2008/119 , 05.11.2008 Tarih ve 27045 Sayılı R.G. , AYMK. E. 2002/32 K.

bağımsız idari otoritelerin kamu hizmeti niteliğinde faaliyet gösterdiği belirtilse de bağımsız idari otoritelerin faaliyetleri kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin değildir[103]. Bir başka ifadeyle, bağımsız idari otoriteler mal ve hizmet üretmeyip, bu alandaki faaliyetler üzerinde düzenleme(regülasyon) ve denetim faaliyetlerinde bulunurlar[104]. Bağımsız idari otoriteler her ne kadar kamu hizmeti faaliyeti yürütseler de bu faaliyetin niteliği ve kapsamı ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından (kamu kurumu) ayrılmaktadırlar[105].

Bununla birlikte, bağımsız idari otoriteler özerklikleri ve bağımsızlıkları yönünden de kamu kurumlarından farklılık göstermektedirler. İlk olarak, bağımsız idari otoriteler kamu kurumları ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip tüm kuruluşlar gibi hiyerarşi denetimine tabi değildir[106]. Bağımsız idari otoritelerin vesayet denetimine tabi olup olmaması konusunda farklı görüşler olduğunu belirtmiştik. Fakat, bağımsız idari otoriteler vesayet denetimine tabi olacaksa bunun kamu kurumlarına nazaran daha da sınırlı bir vesayet denetimi olacağını kabul etmek gerekir. Bağımsız idari otoritelerin bağımsızlık ve özerklik noktasında kamu kurumlarından ayrıldığı en önemli nokta ise, kurul üyelerine özel güvenceler getirilmesi ve görevden alınmalarının çok sıkı koşullara bağlanmasıdır. Kurul üyeleri ancak kanunda açıkça düzenlenecek olan görevle bağdaşmayan durumların ortaya çıkması, atamada aranan koşulların kaybedilmesi veya suç işlenmesi durumlarında görev süreleri dolmamış olsa da görevden alınabilecekler, bu durumların dışında görev süreleri devam ederken görevden alınamayacaklardır[107].

2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G. , AYMK. E. 2002/100 K. 2004/109 , 04.08.2006 Tarih ve 26249 Sayılı R.G.

103 " *.... Bu görev ve yetkiler, idari kamu hizmeti niteliğini taşımakla beraber, belirli bir 'edim' sunmaya yönelik değildir; 'hukuki tasarruf' olarak ortaya çıkar. Söz konusu işlemler, danışma, öneri, başvuru niteliğinde olduğu gibi, kesin icrai karar ve düzenleyici işlem güç ve etkisi de taşır*" bkz. Duran, s. 5.

104 GÖZLER/KAPLAN, s. 245. , KALABALIK, s. 459.

105 TEKİNSOY, s. 123.

106 GÖZLER, s. 248.

107 DÖNMEZ, s. 62. , KALABALIK, s. 460. , DURAN, s. 7.

Yukarıda belirttiklerimizden görüleceği üzere, bağımsız idari otoriteler ile klasik anlamdaki kamu kuruluşları arasında önemli farklılıklar vardır. Bizce de bağımsız idari otoriteleri klasik anlamdaki kamu kurumu olarak kabul etmemek gerekse de, bu kurumların mevcut pozitif hukuk kuralları içinde kendine özgü olarak, bir tür hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu, yani kamu kurumu olduğunu düşünüyoruz.

3. Denetimi

Bağımsız idari otoritelerin bağımsızlık ile idari ve mali özerkliğe sahip kurumlar olduğunu daha önce belirtmiştik. Bağımsızlık ve özerklik ise bu kuruluşların hiçbir denetime muhatap olmadıkları anlamına gelmez. Bağımsız idari otoriteler yargı ve yasama denetimine tabidirler. Anayasa Mahkemesi kararında belirttiği üzere, "*Belirtilen kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumlara görevlerini kamu yararının gerektirdiği en iyi biçimde gerçekleştirmelerini sağlamak amacıyla idari ve mali yönden özerklik verilmesi TBMM denetimi dışında kalmalarını gerektirmez*"[108].

Bununla birlikte bağımsız idari otoritelerin denetimlerinin kuruluş yasalarında farklı şekillerde düzenlendiği de görülmektedir. Örneğin, 4054 Sayılı Kanun'un 33. Maddesine göre, Rekabet Kurumu'nun hesapları Sayıştay'ın denetimine tabidir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu' da 4502 Sayılı Kanun ile değişik 2813 Sayılı Kanun'un 13. Maddesine göre Sayıştay'ın denetimine tabidir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun da 5411 Sayılı Kanun'un 124. Maddesi gereğince denetimi Sayıştay tarafından yapılmaktadır.

Kuruluş yasalarındaki düzenlemelerle bağımsız idari otoritelerin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetimine tabi tutulduğu da görülmektedir. Örnek olarak, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu 4628 Sayılı Kanun'un 8. Maddesine göre Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından denetlenir. Şeker Kurumu'nun denetimi de 4634 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi uyarınca Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından yapılır.

[108] AYMK. E. 2002/31 K. 2002/58 , 14.03.2006 Tarih ve 26108 Sayılı R.G. Ayrıca bkz. TAN, s. 206-207.

Bununla birlikte, 03.12.2010 Tarihli ve 6035 Sayılı yeni "*Sayıştay Kanunu*" ile Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu kaldırılmıştır[109]. 6035 Sayılı Kanun'un Geçici Madde 4/5'e göre, "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından başlatılan denetimler, 72 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre Sayıştay tarafından sonuçlandırılır*", Geçici Madde 4/6'ya göre ise, " *.... kanunlarda Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna yapılmış olan atıflar Sayıştaya yapılmış sayılır*". Böylece artık EPDK ve Şeker Kurumu ile birlikte daha önce Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından denetlenen tüm bağımsız idari otoriteler artık Sayıştay tarafından denetlenecektir.

Ayrıca, bağımsız idari otoritelerin denetimi için özel denetim biçimi de öngörülebilmektedir. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Şeffaflık ve hesap verebilirlik" başlıklı 129. Maddesine göre, "*Yıllık faaliyet raporu, raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar Kurulun internet sitesinde yayınlanır ve ilgili Bakana gönderilir. Kurul, faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verir*". *(2) "Kurul, ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hâllerde Bakanlar Kuruluna bilgi verir*".

2002 yılında, 30.01.2002 tarih ve 4743 Sayılı "*Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" un 7. Maddesi ile yeni bir denetim sistemi getirilmeye çalışılmıştır. Getirilen düzenleme şu şekildeydi:

"Özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesapları Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetlenir.

[109] 19.12.2010 Tarih ve 27790 Sayılı R.G. , Ayrıca bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 502.

Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık rapor, her yılın Mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kurulu'na sunulur. Bu kurul ve kuruluşlar faaliyetlerine ilişkin olarak yılda bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunu bilgilendirir.

Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumlar 6245 Sayılı Harcırah Kanunu, 1050 Sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu ve 832 Sayılı Sayıştay Kanunu'na tabi değildir.

Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların kanunlarındaki ve diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümler uygulanamaz".

Fakat bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2., 160., 165. ve 108. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında, "*Anayasa'nın 160. maddesinde, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderlerinin denetimi ile kanunla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerinin TBMM adına Sayıştay'ca yapılması; 165. maddesinde de sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının TBMM'nce denetlenmesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 160. ve 165. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, hiçbir kamu kurum ve kuruluşunun gelir, gider ve mallarına ilişkin denetimin bu kapsam dışında kalmadığı görülmektedir. Böylece, parlamento denetiminin dışında herhangi bir yol ve yöntem kabûl edilmemiş, bu genel kurala aykırı bir uygulama yapılmasına kesinlikle izin verilmemiştir .... Geliri bütçeden sağlanan bütçe içi ya da bütçe dışı kamu kaynaklarından oluşan, tüzelkişiliğe sahip ve bir kamu hizmeti yapmak üzere kurulan tüm kamu kuruluşlarının Meclis'ce denetlenmesi parlamenter sistemin en belirgin özelliklerinden biridir*

.... Bu durumda, iptali istenen 7. maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ile özel yasalarla kurulmuş kamu tüzelkişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesapları-

nın denetiminin Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyona verilmesi ve böylece bunların TBMM denetimi dışına çıkarılması, Harcırah Kanunu, Muhasebe-i Umumiye Kanunu ve Sayıştay Kanunu'na tabi olmaması Anayasa'nın belirtilen maddelerine aykırılık oluşturur.

.... Özel yasalarla kurulan ve kamu tüzelkişiliğine sahip, idarî ve malî yönden özerk kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumlar Devlet Denetleme Kurulu'nun görev ve yetki alanına girmektedir. Yasa'nın 7. maddesinin son fıkrasında yer alan "bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların kanunlarındaki ve diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümler uygulanmaz" şeklindeki düzenleme ile bu kurum veya kurullar Devlet Denetleme Kurulu'nun denetim alanından çıkarılmış olmaktadır. Bu nedenle, kuralın son fıkrası Anayasa'nın 108. maddesine de aykırıdır .... Açıklanan nedenlerle, 7. maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları Anayasa'nın 2., 160., 165. ve 108. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. İkinci fıkrasına ilişkin iptal isteminin ise reddi gerekir "[110].

Yeri gelmişken önemli bir noktaya değinmekte yarar görüyoruz. Bağımsız idari otoritelerin mali işlem ve hesaplarının denetimi ile karar ve işlemlerinin denetiminin karıştırılmaması gerekir. Zira bağımsız idari otoritelerin karar ve işlemleri yalnızca yargı denetimine tabidir. Karar ve işlemlerinin yalnızca yargı denetimine tabi olması bu kurumların işlevsel olarak bağımsız olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, bu kurumların faaliyetleri hiyerarşik denetime tabi değildir[111]. Bağımsız idari otoritelerin karar ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi yasada açıkça öngörülmüşse Danıştay'da; yasada açıkça öngörülmemişse idare mahkemelerinde yapılmaktadır[112].

[110] AYMK. E. 2002/31 K. 2002/58 , 14.03.2006 Tarih ve 26108 Sayılı R.G. Ayrıca bkz. TAN, s. 206-207.

[111] DÖNMEZ, 63. , KALABALIK, s. 462. Daha önce belirttiğimiz üzere bu kurumların vesayet denetimine tabi olup olmadıkları konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, bağımsız idari otoritelerin kanunla ve oldukça sınırlı da olsa vesayet denetimine tabi tutulabileceğini düşünüyoruz.

[112] TAN, s. 208.

Bağımsız idari otoritelerin karar ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması hukukla bağlı idare ilkesinin yani hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Anayasa'nın 125. Maddesine göre, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır".

Son olarak, bağımsız idari otoritelerin karar ve işlemleri yargı denetimine tabi olmakla birlikte, bu kurumların danışma, öneri, tavsiye ve bilgilendirme niteliğindeki işlemleri iptal davasına konu yapılamaz. Bu kurumların yalnızca icrai-idari karar karakterini taşıyan kararları iptal davasına konu yapılabilir. Diğer kararları ise ancak asıl yetkili organ ve makamlarca karara dönüştürüldüğünde yargısal denetime tabi tutulabilir[113].

4. Bütçeleri

Bağımsız idari otoriteler mali özerkliğe sahip kurumlar olup, bu sebeple kendilerine özgü "*düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi*" olarak adlandırılan ve her yıl Merkezi Yönetim Bütçesi Kanunu ile belirlenen bir bütçeleri vardır. Bütçelerinin yetersizliği halinde ilişki olunan bakanlığın bütçesinden bağımsız idare otoritenin bütçesine aktarma yapılır. Düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi 5018 Sayılı "*Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*" Madde 12/5'de'de düzenlenmiş olup buna göre, *"..., özel kanunlarla kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve bu Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesidir*"[114].

Bağımsız idari otoritelerin gelirlerinin giderlerini karşılamadığı durumlarda, 6362 Sayılı Kanun Madde 130/2 gereğince SPK'nın " ... *Kurulun gelirlerinin giderlerini karşılamaması durumunda açık, genel bütçeden yapılacak Hazine yardımlarından karşılanır*". Rekabet Kurulu'nun bütçe açığı olması durumunda açık, 4054 Sayılı Kanun Madde 39/a gereğince "*bakanlık bütçesine konacak ödenek*" ile karşılanır. RTÜK'ün bütçe açığı

[113] DURAN, s. 7.

[114] 24/12/2003 Tarih ve 25326 Sayılı R.G. , Ayrıca bkz. KALABALIK, s. 463. , GÖZLER, s. 250.

olması durumunda ise açık, 6112 Sayılı Kanun Madde 41/2 gereğince " *... Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bütçesinden alınacak Hazine yardımı*" ile karşılanır.

Bununla birlikte, Fransız Danıştay'ı bağımsız idari otoriteleri ele aldığı 2000 yılı raporunda, bu kurumların bağımsızlığını sağlamak için ayrı bütçe ve özel gelir kaynaklarına sahip olmalarının gerekli olmadığını; mali kaynaklarının Başbakanlık veya ilgili bakanlık bütçesine özel bir ödenek konulmak suretiyle sağlanabileceğini belirtmektedir. Zira Fransa'da Borsa İşlemleri Komisyonu dışındaki diğer özerk kurumların kendine özgü mali kaynakları yok denecek kadar azdır[115].

5. Personel Rejimi

Bağımsız idari otoritelerin personelinin kamu görevlisi, mallarının da kamu malı olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte bağımsız idari otoritelerin personel rejimleri konusunda da birlik görülmemektedir[116]. Örneğin, 4054 Sayılı Kanun'un "*Kurum Personelinin Statüsü*" başlıklı 34. Maddesine göre, Rekabet Kurumu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen personel eliyle yürütülür. Kurum emrinde yeteri kadar uzman meslek personeli ile kariyer dışı ihtisas personeli çalıştırılabilir. Kurum personeli ücret ve mali haklar dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir. EPDK personelinin statüsünü düzenleyen 4628 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinde de buna benzer bir düzenleme getirildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "*Kurum Personeli*" başlıklı 127. Maddesine göre, 6362 Sayılı Kanun ve ilgili mevzuat ile Kurula verilen görevlerin gerektirdiği sürekli görev ve hizmetler, meslek personeli, Kurul başkanlık danışmanları ile ekli (1) sayılı listede yer alan diğer kadrolarda görev yapan personelden oluşan

[115] Rapport Public 2001, Conseil d 'Etat, Etudes et Documents, No: 52, Paris, 2001, s. 356. , Ayrıca bkz. TAN, s. 204. , YILMAZ, s. 38.

[116] TAN, s. 205.

Kurul personeli eliyle yürütülür. Meslek personeli Kurul başkan yardımcısı, daire başkanı, daire başkan yardımcısı, sermaye piyasası başuzman, uzman ve uzman yardımcısı, başuzman hukukçu, uzman hukukçu ve uzman hukukçu yardımcısı ile bilişim başuzmanı, bilişim uzmanı ve uzman yardımcılarından oluşur. Meslek personeli sıfatını daha önce kazanmış bulunan Kurul başkanlık danışmanı, grup başkanı ve müdür de meslek personeli sayılır. Kurul personeli bu Kanunla düzenlenen hususlar dışında 657 sayılı Kanuna tabidir. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 92. Maddesinde de BDKK personelinin statüsü ile ilgili farklı bir düzenleme görülmektedir.

Bağımsız idari otoritelerde görev alan personelin özerkliği diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görev alan personellere göre daha geniştir. Bağımsız idari otoritelerin kadro oluşturma ve iptal süreci ile ilgili farklı yasa düzenlemeleri bulunmakla birlikte genel olarak söz konusu süreçte yasama organı devre dışı bırakılmıştır. İstihdam konusunda genel ilke bu kurumların asli ve sürekli görevlerinin sözleşmeli personel eliyle yürütülmesidir. İstihdam biçimi ağırlıklı olarak sözleşmeli türe dayananların da personelin ücret ve mali hakları açısından 657 sayılı DMK kapsamı dışında bırakılmaları ve ücretlerinin Bakanlar Kurulunca belirlenen esaslar dahilinde kurullarca belirlenmesi yaygınlık göstermektedir. Kurum üyeleri ve kurum personeli görevleri nedeniyle işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlar açısından devlet memurlarının tabi olduğu rejime tabidirler[117].

Son olarak, 6112 Sayılı Kanunla yürürlükte kaldırılan 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4756 Sayılı Yasa ile değişik 15. Maddesinin son fıkrası ile, RTÜK'ün çalışma usul ve esasları ile teşkilat ve atama usullerinin Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükmü getirilmişti. Bununla birlikte bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, iptal kararında, "Üst Kurul uzmanlarının, uzmanlık alanları, nitelikleri, öğrenim dalları ve düzeyleri, *seçilme usulleri,*

[117] ATAY, s. 277.

tabi olacakları sınavlar, yeterliklerinin belirlenmesi ve atamanın nasıl yapılacağını içeren atama usullerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Üst Kurul'un çıkaracağı yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 2. ve 128. Maddelerine aykırıdır" demiştir[118].

B. İŞLEVSEL ÖZELLİKLERİ (REGÜLASYON İŞLEVLERİ)

Bağımsız idari otoritelerin işlevsel özellikleri denince, aslında bu kurumların yetkileri de ifade edilmektedir. Bağımsız idari otoritelerin bu işlev ve yetkileri; düzenleme yetkisi, gözetim ve denetim yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi ile danışmanlık işlevi ve uyuşmazlık çözme işlevidir. Bu noktada, bağımsız idari otoritelerin işlevsel özellikleriyle çalışmamızın önceki bölümlerinde kullandığımız regülasyon kavramı üzerinden açıklamayı gerekli görüyoruz. Aslında bağımsız idari otoritelerin birazdan inceleyeceğimiz yetkileri ve işlevleri birbiriyle belli oranda bütünlük oluşturmaktadır. Bağımsız idari otoriteler, ilgili yasaların yanında düzenleyici işlemler ile koydukları kurallarla, faaliyette bulundukları alanlara yön vermektedirler. Gözetim ve denetim yetkileriyle ise, gerek yasalarla gerekse kendi düzenleyici işlemleriyle konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemekte; yaptırım uygulama yetkileriyle de, konulan kurallara uyulmadığını saptadığı zaman idari tedbir ve idari yaptırım kararı verebilmektedirler. Görüleceği üzere bağımsız idari otoritelerin düzenleme ile gözetim ve denetim yetkileri bir bütünlük, başka bir ifade ile nedensellik bağlantısı oluşturmaktadır. Bu üç yetkinin oluşturduğu bütünlük kadar olmasa da danışmanlık işlevleri ile uyuşmazlık çözme işlevleri de bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanlarına etki ettiğinden bu bütünlüğün içine dahil edilebilir. Böylece, bağımsız idari otoritelerin düzenleme, gözetim ve denetim ile yaptırım uygulama yetkilerinin tek bir sözcük halinde "*regülasyon yetkisi*" olarak; danışmanlık ile uyuşmazlık çözme işlevlerinin de dahil olmasıyla oluşan bağımsız idari otoritelerin beş işlevsel özelliğinin ise geniş anlamda regülasyon işlevi olarak

[118] AYMK. E. 2004/55 K. 2008/118 , 05.11.2008 Tarih ve 27045 Sayılı R.G. , Ayrıca bkz. TAN, s. 205.

ifade edilebileceğini düşünüyoruz[119]. Bu sebeple, düzenleme, gözetim ve denetim ile yaptırım uygulama yetkilerini tek bir başlık altında "regülasyon yetkisi" olarak inceleyeceğiz.

1. Regülasyon Yetkileri

a) Düzenleme Yetkileri

Bağımsız idari otoritelerin klasik idari yapılanma karşısındaki özgün durumları yukarıda incelediğimiz yapısal özellikleri yanında işlevsel özelliklerinden de kaynaklanmaktadır[120]. Gerçekten, ekonomik ve toplumsal yaşamın hassas sektörlerinin kamu yararı ve kamu düzeni gereklerine uygun olarak düzenlemesini, denetimini ve gözetimini belirten bu yetki, bağımsız idari otoritelerin varlık sebebini oluşturmaktadır[121]. Bağımsız idari otoriteler görev alanlarında düzenleyici işlemler ile kurallar koymaktadırlar. Anayasa'nın "Yönetmelikler" başlıklı 124. Maddesi gereğince kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanması amacıyla ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabildiğinden, bağımsız idari otoriteler de düzenleme yetkilerini yönetmelik çıkararak kullanabilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkisini kullanırken yönetmelikler çıkarmanın yanında karar, tebliğ ve başka isimler taşıyan işlemler de yaptığı görülmektedir. Nitekim 6362 Sayılı Sermaye Piyasası

[119] Bu düşüncemizi destekleyen bir görüş olarak: "*Regülasyon, politik, ekonomik ve hukuksal yönleri, anlamları ve yöntemleri olan ve bu bütünlük içinde anlamlandırılabilecek bir kavram ve uygulamadır. Regülasyon faaliyeti genel olarak düzenleme kavramıyla karşılanmakla ve bu faaliyette bulunan kurumlar düzenleyici kurumlar olarak adlandırılmakla birlikte, bu durum idare hukuku açısından sorunlu sayılabilir. Düzenleme kavramı hukukumuzda bulunan ve uzun bir dönem içinde anlamı oturmuş teknik bir hukuksal kavramdır. Türk hukukunda her zaman için dar ve teknik anlamda düzenleyici işlem yapma yani genel, soyut, sürekli norm koyma olarak anlaşılmıştır. İdarenin düzenleme yetkisine de hep bu anlam verilmiş ve kavram bu çerçevede kullanılmıştır. Bu durumda, regülasyonu düzenleme kavramıyla karşılamak, regülasyonun norm koyma yönünü ortaya koyarken, regülasyon kurumları (otoriteleri) tarafından yerine getirilen denetleme, yönlendirme, yaptırım uygulama faaliyetlerini göz ardı etmek anlamına gelebilir*". bkz. TEKİNSOY, s. 129.

[120] TAN, s. 212.

[121] SOBACI, s. 168-169. , " *.... Zaten bu kurul ve kurumların asli varlık sebebi ve faaliyetleri ilişkili oldukları sektörlerin ikincil mevzuatını oluşturmaktır*". ATAY, s. 283. , " *.... bu yapıların temel ortak yönleri üstlendikleri işlevle açıklanabilir ki bu da ... regülasyondur. Önceki dönemden farklı bir regülasyon ihtiyacının ortaya çıkmadığı durumlarda yeni yapıların oluşturulması da gereksiz olacaktır*". bkz. TEKİNSOY, s. 128.

Kanunu Madde 128/2'de SPK'nın özel nitelikli kararlar alabileceği belirtilmiştir. Madde hükmüne göre, "*Kurul, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Kurul, kararlarının Resmî Gazete'de veya internet ortamı dâhil uygun vasıtalarla yayımlanmasına karar verebilir. Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konur*". Madde hükmüne göre düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler Resmi Gazete'de yayınlanacağına göre, "özel nitelikli kararlar"ın düzenleyici işlem olmadıkları sonucuna varılmaktadır. Burada asıl sorun özel nitelikli kararlar ile sübjektif işlemlerin yapılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira özel nitelikli kararlar alarak kamuoyunu ilgilendiren sübjektif işlemler yapılması ve bu işlemlerin SPK'nın Bülten'inde yayınlanması ile yetinilerek ilgililere tebliğ edilmemesi, bu işlemlerin iptallerine neden olmaktadır [122].

Bağımsız idari otoriteler düzenleme yetkisi ile görev alanlarında ve ilgili olduğu piyasalarda kurallar koymaktadırlar. Bununla birlikte, bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkilerinin nitelikleri bağımsız idari otoritelere göre değişmektedir. Burada öncelikle belirtilmesi gereken bağımsız idari otoritelerin iki gruba ayrıldığıdır. Birinci gruptakiler kamusal yaşamın hassas alanlarında faaliyet yürütmektedirler. Bunlara RTÜK, SPK, BDDK, KİK ve Rekabet Kurumu örnek gösterilebilir. İkinci gruptakiler ise, devlet tekelinde bulunan kamu hizmetlerinin rekabete açılmasından, bir diğer ifadeyle serbestleşmeden sonra, özel sektöründe devreye girdiği alanlarda faaliyette bulunmaktadırlar. Bunlara ise EPDK ve BTK örnek gösterilebilir[123].

Örneğin ilk gruptan Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Kanun'un 2. Maddesi doğrultusunda, "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hiz-*

[122] bkz. DÖNMEZ, s. 71. , "*Danıştay'a göre, "Dava konusu olayda işlemin davacıya bildirilmediği (tebliğ edilmediği) açık olup davalı idarece; işlemin davacının hesabının bulunduğu aracı kurumlar ile İMKB'na bildirildiği ve kurulun haftalık bülten dergisinde yayınlandığı ileri sürülse de dava konusu işlemin sübjektif nitelik taşıması ve anılan derginin de kamuoyunu ve üçüncü kişileri aydınlatmaya yönelik olması karşısında bu iddiası hukuki değildir*". Danıştay 10.D; 19.01.2000, E.1999/1800 K.2000/79, Danıştay Dergisi, sayı: 104, s. 550 vd. bkz. TAN, s. 214.

[123] bkz. KARAKAŞ, s. 110-111.

met piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik ... düzenleme ... " yetkisine sahiptir. Görüleceği üzere Rekabet Kurumu mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunmasına yönelik düzenleme yetkisini kullanmaktadır.

İkinci gruptan EPDK ise 4628 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi gereğince, serbest tüketici tanımına ilişkin limitlerdeki indirimleri belirlemek ve yeni limitleri yayımlamak; tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak; ticari sırlar ve gizli rekabet bilgileri de dahil olmak üzere, ticari açıdan hassas olan her türlü bilginin açıklanmasını engelleyecek usul ve esasları belirlemek ve uygulamak; rekabeti sağlamak için iştirakler arası ilişkilere ilişkin standartlar ve kurallar oluşturmak, uygulamak ve bu standartların, piyasa faaliyetlerinde karşılıklı iştirak, işletme ve muhasebe konularında kısıtlamalar içermesi gerektiğinde, bu kısıtlamaları belirlemek yetkilerine sahiptir. Ayrıca EPDK, faaliyette bulunma izni anlamında lisans verme; ilgili lisans hükümleri uyarınca hazırlanacak olan; TETAŞ'ın[124] toptan satış fiyat tarifesini, iletim tarifesini, dağıtım tarifeleri ile perakende satış tarifelerini incelemek ve onaylamak; İletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış için yapılacak fiyatlandırmaların ana esaslarını tespit etmek ve gerektiğinde ilgili lisans hükümleri doğrultusunda revize etmek; tüzel kişiler tarafından lisanslarla ilgili işlemler ve sair işlemler karşılığında Kuruma ödenecek bedelleri belirlemek gibi yetkilere sahiptir.

Görüleceği üzere Rekabet Kurulu'nun düzenleme yetkileri ile EPDK'nın düzenleme yetkileri arasında faaliyet alanları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bununla birlikte bazı alanlarda ki bunlar rekabetin korunmasıdır, benzer yetkilere de sahip oldukları görülmekte-

[124] Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi.

dir. Bu noktada kurullar arasında yetki çatışması söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple kurullar arasındaki ilişkiler önem arz etmektedir[125]. Bu ilişkilerin düzenlenmesi hakkında değişik öneriler bulunmakla birlikte, sektöre ilişkin teknik regülasyonun *ex ante* sektörel regülasyon kurumuna bırakılması, *ex post* regülasyonun ise tümüyle Rekabet Kurumu'na bırakılması görüşünün genel olarak kabul gördüğü belirtilmektedir[126]. Bunula birlikte, bu gibi durumlarda kurumlar arasındaki işbirliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerin de yapıldığı görülmektedir. Örnek olarak, 4502 Sayılı Kanun ile değişik 2983 Sayılı Kanun'un 7. Maddesinde Rekabet Kurulu'nun BTK'nın görüşünü ve yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alacağı belirtilmiştir. Madde hükmüne göre, "*Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır*"[127].

Düzenleme yetkisi bakımından son olarak belirtilmesi gereken, Türkiye'de bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkisi dahil görev ve yetkilerinin yasama organı tarafından çıkarılan kuruluş kanunları ile belirlendiğidir. Bu sebeple bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkisini kullanırken idarenin düzenleme yetkisine ilişkin genel sınırlama ve kurallara uyması gerekmektedir. Bu duruma ayrıca bağımsız idari otoritelere kuruluş kanunlarıyla düzenleme yetkisi tanınırken de dikkat edil-

[125] Bağımsız idari otoriteler, "*Faaliyet alanlarının kesiştiği diğer devlet organları ve üst kurul veya kurumlarla işbirliği yapmak zorundadırlar. Görevlerini ilgili mevzuat ve hükümetin genel politikaları ile uyumlu halde yerine getirecek tarzda yorumlaması ve uygulamada bulunmaları asıldır*". Bkz. ATAY, s. 289. , "*....Genelde sektör bazında kurulan kurumların yanında Rekabet Kurumu ... gibi sektörel bazda oluşturulmamış kurumlar da bulunmaktadır .... özellikle yetki alanı tüm sektörleri kapsayan Rekabet Kurumu ile diğer kurumlar arasında sorun çıkması söz konusu olabilir. Nitekim Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu [artık BTK] arasındaki ilişkiler iki kurum arasında 16 Eylül 2002'de imzalanan "Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İşbirliği Hakkında Protokol" ile düzenlenmeye çalışılmış ancak bu protokol uygulanmamıştır .... Ortaya çıkacak sorunların yargı yoluna başvurularak çözülebilecek olması ya da Danıştay'ın ... 42. Maddesindeki 'idari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan ve Başbakanlıktan gönderilen uyuşmazlıkları' inceleme görevine dayanılarak bu yolun kullanılması, bu kurumların yetki kullanma usullerinin öngörülebilir olduğu anlamına gelmez. Yasal düzeyde ilişkilerin düzenlenmemesi ve uyuşmazlık ihtimalinde sorun giderme yöntemlerinin belirlenmemesi, bağımsız idari otoriteler arasındaki ilişkiyi de belirsizleştirecektir*". bkz. TEKİNSOY, s. 127. Ayrıca bkz. TAN, s. 194.

[126] bkz. TAN, s. 195.

[127] (Ek: 27/1/2000 - 4502/16 md.)

mesi gerekmektedir[128]. Bu zorunluluk Anayasa Mahkemesi'nin TAPDK ile ilgili kararında da belirtilmiştir. İlgili karara göre, "*Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder*"[129].

b) Gözetim ve Denetim Yetkileri

Bağımsız idari otoritelerin bir diğer yetkisi, faaliyet alanına giren konular üzerinde sahip oldukları gözetim ve denetim yetkisidir. Bağımsız idari otoriteler yasalar ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara uyulup uyulmadığını takip etmek, gözetmek durumundadırlar[130]. Zira bağımsız idari otoriteler faaliyet alanları için getirilen kurallara uyulup

[128] ATAY, s. 283. , DÖNMEZ, s. 71. , SOBACI, s. 168-169.

[129] *"Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.*
Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.
Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.
Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Maddenin gerekçesinde, "İdarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzel kişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açık yetki vermesi halinde idarî işlemle kurulabileceği öngörülmektedir" denilmektedir. 4733 sayılı Yasa'yla oluşturulan Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu idarenin bütünlüğü içinde, yasayla kurulmuş kamu tüzel kişisidir. Kurumun hizmet birimlerinin de idarenin kanunîliği ilkesi gereğince yasayla kurulması gerekirken yönetmelikle düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur.
Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasayla düzenlenir. Memurların görev ve sorumlulukları ile kadro ihdasının, mutlaka yasayla yapılması önemli bir güvencedir. 4733 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde Kurum hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen personel eliyle yürütüleceği hükme bağlanmakla birlikte, idari hizmet birimlerinin nelerden oluşacağı, görev ve yetkilerinin kapsamı ve niteliği hakkında her hangi bir düzenleme yapılmamış, hizmet birimlerinin görev ve sorumlulukları, kadro unvan ve sayıları ile kurum personelinin emeklilik statülerinin belirtilmesi açısından durumlarına ilişkin düzenleme yasayla yapılmayıp yönetmeliğe bırakılmıştır.
Açıklanan nedenlerle, 4733 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin A bendinin (2) numaralı alt bendi, Anayasa'nın 7., 123. maddesinin birinci fıkrası ve 128. maddesi ikinci fıkrasına aykırıdır. Kuralın iptali gerekir". AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

[130] TAN, s. 215.

uyulmadığının denetimini ancak bu sayede yapabilirler. Bağımsız idari otoriteler bu amaçla ilgililerden gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri istemek, ilgililerin dinlemek ve gerektiğinde yerinde incelemeler yapmak yetkilerine sahiptir[131]. Örnek olarak, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*Bilgi isteme*" başlıklı 14. Maddesinde Rekabet Kurulu'nun bilgi isteme yetkisi düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır*". 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. Maddesine göre EPDK, "*Bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, konusuna ilişkin*

[131] TAN, s. 215. , KALABALIK, s. 462. , SOBACI, s. 169. , DÖNMEZ, s. 71-72. , ATAY, s. 287-288. ,
Dava dilekçesinde, Kurulun, piyasanın bir üst-kurumu da olsa bütün piyasa aktörlerinden her türlü (gizlileri dahil) bilgileri istemek yetkisi ile donatılmasının girişim özgürlüğü, rekabet ve serbest piyasa ilkeleri ve sır kavramı yok sayılarak polisiye yetkilerin tanınmasının Anayasa'nın 48. ve 167. Maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla ilgili kuralın Anayasa Mahkemesi'nce iptali istenmiştir.
Buna karşılık Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, "Özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınması siyasi iktidarların tercihine bırakılmıştır. İktidarlar uygun buldukları önlemleri, Anayasa›da yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomik politikaları çerçevesinde belirlerler. Anayasa›nın 48. maddesi ile özel teşebbüsleri ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara göre koruma ve geliştirme görevi Devlete verilmiştir. Devletin bu madde uyarınca yerine getirmesi gereken görevi, özel teşebbüsün gelişmesini sağlayacak doğrultuda ekonomik ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamaktır. Yasakoyucu, devletin üstlendiği görevleri ve istenilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için ulusal ekonomiyi zarar tarzındaki ödemelerden arındırma yetkisini kullanmasını siyasal ve ekonomik bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Devlet, bu amacı gerçekleştirme yönünde milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkilidir.
4733 sayılı Yasa'yla oluşturulan Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu'nun kuruluş amacı ve görevleri sektörün ulusal ekonominin gereklerine uygun olarak düzenlenmesi ve gelişmesi için çalışmalar yapmaktır. Bunun sağlıklı olarak gerçekleştirilmesi için Kurul, bu Yasa'nın kendisine verdiği görevleri yerine getirirken görev alanı ile ilgili konularda gerekli gördüğü her türlü bilgiyi, tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasasında mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bunların her türlü birliklerinden isteyebilir. Bu nedenle düzenleme 48. maddenin amaç ve ruhuna aykırı değildir.
Anayasa'nın 167. maddesinde ise Devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevi verilmiştir. Devletin, tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasasının sağlıklı ve düzenli işlemesi için oluşturduğu Kurulun görev alanı ile ilgili konularda piyasayla ilgili bilgi ve belgelere gereksinim duyması yadsınamaz. Bu bilgilerin en doğru olarak piyasada görev yapan kişi ve kuruluşlardan elde edilmesinin olanaklı olması nedeniyle, Yasa koyucunun piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlamak amacıyla yaptığı düzenlemede Anayasa'nın 167. maddesine aykırılık yoktur". gerekçeleriyle kurala yönelik iptal isteminin reddine karar vermiştir. AYMK. E. 2002/32 K. 2003/100 , 11.08.2004 Tarih ve 25550 Sayılı R.G.

olarak gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi, tüm kamu ve özel kuruluşlardan ve kişilerden istemek ve/veya yerinde incelemek" yetkisine sahiptir. Bununla birlikte denetimle görevlendirilecek uzmanlara istedikleri evrak ve belgelerin verilmemesi veya gösterilmemesi hallerinde ne yapılacağı bazı bağımsız idari otoritelerin kuruluş kanunlarında düzenlenmiştir[132].

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*Yerinde İnceleme*" başlıklı 15. Maddesine göre, "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:*

a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,

b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir,

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.

(Ek fıkra: 1/8/2003 - 4971/25 md.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakiminin kararı ile yerinde inceleme yapılır".

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "*Denetim faaliyetinin icrası*" başlıklı Madde 89/3'e göreyse, " *Kurul Başkanının talepte bulunması ve sulh ceza hâkiminin kararı üzerine gerekli yerlerde kolluk yardımı ile arama yapılabilir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen def-*

[132] TAN, s. 215.

terler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hâllerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir".

c) Yaptırım Uygulama Yetkileri

Bağımsız idari otoriteler görevli oldukları alanlarda idari tedbir ve idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bağımsız idari otoritelerin uygulayacağı idari tedbir ve idari yaptırımların niteliği görev alanlarına göre değişebilmekle birlikte, yaptırım uygulama yetkilerinin faaliyette bulundukları alandaki düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı olduğu belirtilmektedir[133]. Bağımsız idari otoritelerin yaptırım uygulayabilme yetkisine sahip olabilmeleri nedeniyle yargısal veya yarı-yargısal kurumlar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleri tartışmalarına bulunmaktadır[134]. Öğretide bağımsız idari otoritelerin yetkilerini kullanırken "yarı yargısal" ya da "yargısal benzeri" usuller izledikleri ve bu sebeple geniş anlamda yargı organı içinde sayılmaları gerektiğini öne süren görüşler bulunmaktadır[135]. Ayrıca bu kurumlar yargı organlarının çalışma usullerine benzeyen usullerle çalıştıklarından ve kurul üyelerinin bağımsızlığına bakılarak da bağımsız idari otoritelerin yargısal veya yarı-yargısal nitelikte olduğu öne sürülebilmektedir[136].

Bu görüşlere rağmen, bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre bağımsız idari otoriteler yargı organı, kararları da yargısal karar değildir. Bağımsız idari otoriteler tamamen bir idari kuruluş olup, kararları da idari karardır. Zira bağımsız idari otoritelerin kararları "*kesin hüküm*" oluşturmaz. Kesin hüküm gücüne sahip olmayan bir karara yargı kararı; dolayısıyla bu kararı veren kuruluşa da yargı organı denemeyeceğini düşünüyoruz[137].

---

[133] TAN, s. 216.

[134] SOBACI, s. 169.

[135] TEKİNSOY, s. 121.

[136] GÖZLER/KAPLAN, s. 246.

[137] bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 246.

Bağımsız idari otoriteler kuruluş kanunlarında öngörülen idari tedbir ve idari yaptırımları uygularlar. Bağımsız idari otoritelerin idari yaptırım uygulaması, teşebbüslerin yasalar ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara uymadığı, başka bir ifade ile bu kurallara aykırı olarak faaliyette bulundukları takdirde söz konusu olmaktadır. Bağımsız idari otoriteler uyarı, idari para cezası, faaliyeti geçici veya sürekli durdurma, faaliyette bulunma izni olan lisansı geri alma, yayının durdurulması, düzeltme hakkının kullanılmasının sağlanması gibi idari yaptırımlar uygulayabilmektedir[138].

Bağımsız idari otoritelerin birçoğuna kuruluş kanunlarında önemli idari yaptırımlar uygulama yetkileri verilmesi sebebiyle, bu yetkilerin kullanılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından bazı kurallara bağlanması ve böylece birtakım güvenceler getirilmesi gerekmektedir. Örnek olarak, yaptırım uygulanmadan önce ilgilinin uyarılması, belgeleri inceleme olanağı tanınarak sözlü ve yazılı savunma yapma olanağı verilmesi, fiil ile uygulanacak yaptırım arasında orantılılık olması, alınan kararın gerekçeli olarak duyurulması bu güvenceler arasındadır[139]. Bununla birlikte, getirilmesi gereken bu güvenceler bakımından bağımsız idari otoritelerin kuruluş yasalarında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin sözlü ve yazılı savunma yapma olanağı bakımından meseleyi inceleyecek olursak, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "İdari para cezalarının uygulanması" başlıklı 105. Maddesine göre, "İdari para cezalarının uygulanmasından önce ilgilinin savunması alınır. Savunma istendiğine ilişkin yazının tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde savunma verilmemesi hâlinde, ilgilinin savunma hakkından feragat ettiği kabul edilir". 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da da ilgilinin savunma hakkı düzenlenmiştir. 4054 Sayılı Kanun'un 45. Maddesine göre, " .... *Bu Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermeleri tebliğ edilir. Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenler 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili tarafla-*

[138] ATAY, s. 288. , KALABALIK, s. 463. , SOBACI, s. 169-170. ,

[139] TAN, s. 217.

ra bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde bu süreler bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir". 4054 Sayılı Kanun'un 46. Maddesinde ise sözlü savunma toplantısı düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, "*Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılır. Ayrıca Kurul, kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebilir*". Görüleceği üzere 6362 Sayılı Kanun'da sözlü ve yazılı savunma ayrımına girilmeden sadece savunma hakkı düzenlenirken; 4046 Sayılı Kanun'da hem yazılı hem de sözlü savunma hakkı düzenlenmiştir. Bununla birlikte elektrik, doğalgaz, petrol gibi önemli enerji piyasalarında regülasyon işlevini yerine getiren EPDK'nın kuruluş kanunu olan 4628 Sayılı Kanun'da ise savunma hakkı ile ilgili bir düzenleme olmadığı görülmektedir.

Son olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında iç hukuk açısından bağımsız idari otoriteler mahkeme niteliği taşımasa bile bu kurumlar tarafından verilen kararların da "*adil yargılanma hakkı*" çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylece AİHM, bağımsız idari otoriteler tarafından uygulanan idari yaptırımları ceza alanı içerisinde değerlendirerek, uygulanan idari yaptırım kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma ilkesine uygun olup olmadığını denetlemeye başlamıştır. İdari yaptırım kararının verilmesi sürecine katılan bağımsız idari otoritenin kurul üyesinin, soruşturma sürecinde de görev almış olmasını AİHM adil yargılanma ilkesine aykırı bulmaktadır. AİHM'in bu kararı sonrasında soruşturma ile karar aşamalarında farklı yetkililerin görev alması gerekmektedir[140].

[140] TAN, s. 218. , TEKİNSOY, s. 121-122.

2. Danışmanlık İşlevleri

Bağımsız idari otoriteler kendi alanlarında uzman kurumlar olup, görev alanları ile ilgili konularda bakanlıklara ve benzer statüdeki diğer kuruluşlara görüş bildirmek suretiyle danışma görevi de yerine getirmektedirler[141]. Örnek olarak 4054 Sayılı Kanun Madde 27/g'de "*Rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmek*" Rekabet Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. EPDK'nın kuruluş kanunu olan 4628 Sayılı Kanun'da EPDK'nın danışmanlık işlevi ile ilgili düzenleme bulunmamakla birlikte, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Madde 67/2-b'de "*Enerji ürünlerinin işlem gördüğü borsalarda işlem yapma yetkisi verilmesine ilişkin esaslar ile yetki verilenlerin yükümlülüklerinin belirlendiği yönetmelik için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun, görüşleri alınır*" denilerek EPDK'nın danışmanlık işlevi belirtilmiştir. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Kurumlararası işbirliği*" başlıklı 98. Maddesine göre ise, BDDK ile "*Para, kredi ve bankacılık politikalarının yürütülmesiyle ilgili konularda ... Hazine Müsteşarlığı, Devlet Plânlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Merkez Bankası karşılıklı mütalâa ve bilgi teatisinde bulunurlar*". Bu düzenlemenin BDKK'nın danışmanlık işlevini düzenlemenin yanında, BDDK'nın belirtilen kurumlarla olan işbirliğinin geliştirilmesine de yönelik olduğu görülmektedir.

3. Uyuşmazlık Çözme İşlevleri

Bağımsız idari otoritelerin bir diğer işlevi de uyuşmazlık çözme işlevleridir. Bağımsız idari otoritelerin faaliyette bulundukları alanların teknik ve karmaşık olması ve buna karşılık bu kurumlarda görev alanların alanlarında uzman kişiler olması sebebiyle bu kurumlara uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca yargı yoluna gitmenin uzun zaman alması da bağımsız idari otoritelere bu yetkinin tanınmasının nedenleri arasında gösterilmektedir. Son yıllarda uyuşmazlıkların yargısal olma-

[141] ATAY, s.288. , SOBACI, s. 169. , TAN, s. 215. , DÖNMEZ, s. 73.

yan yollardan çözümüne bağımsız idari otoritelerin uyuşmazlık çözme işlevleri gösterilmektedir. Böylece kendi alanlarında bazı uyuşmazlıkların çözümünde yetkili kılınmaları bağımsız idari otoritelerin bir diğer özgün yanını oluşturmuştur[142].

Örnek olarak, 4628 Sayılı Kanun'a göre, "*Lisans sahibi tarafların, iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı ve sistem kullanımına ilişkin anlaşmaların hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, ihtilafları bu Kanunun ve tarafların ilgili lisanslarının hükümlerine göre çözmek*" EPDK'nın görevleri arasındadır. Ayrıca Petrol Piyasası Kanunu'nun 10. Maddesine göre, rafinericiler ile ham petrol üreticileri arasındaki fiyat uyuşmazlıkları EPDK'nın hakemliğinde en geç otuz gün içerisinde tarafları bağlayacak şekilde sonuçlandırılır[143].

SONUÇ

Bağımsız idari otoriteler ekonomik ve kamusal yaşamın hassas alanlarında devlet adına regülasyon yetkisini kullanan bağımsız ve özerk kuruluşlardır. Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışı ile geniş anlamda özelleştirme uygulamalarının başlaması ve ekonomik yaşamda devletçilik ilkesi çerçevesinde uygulanan politikaların yerini düzenlenmiş serbest piyasa ekonomisinin alması arasında bir koşutluk bulunmaktadır. Devletin ekonomik yaşamdaki rolünün azalması sonucunda, boş bırakılan alanların bağımsız idari otoriteler tarafından yerine getirilecek regülasyon faaliyetleriyle doldurulması ihtiyacı duyulmuştur.

Bununla birlikte, Türkiye'de bağımsız idari otoritelerin oluşum sürecine baktığımız zaman, ülkemizde bu kurumların belirlemiş olduğumuz ilkeler doğrultusunda ve öğretinin çabası sonucu değil, küresel gelişmeler ve talepler sonucunda ortaya çıktığı görülmektedir. Fransa'daki bağımsız idari otoritelerin aksine Türkiye'de bağımsız idari otoriteler kamu tüzel kişiliğine sahiptirler fakat bunların tek bir hukuki rejimleri

[142] TAN, s. 219. , SOBACI, s. 170. , DÖNMEZ, s. 74.

[143] bkz. TAN, s. 221.

bulunmamaktadır. Her biri ayrı ayrı yasalarla kurulmuşlardır. Bu sebeple Türkiye'de bağımsız idari otoriteler bire bir benzerlik göstermeseler de, ortak özellikleri de bulunmakta ve böylece ortak bir incelemeye tabi tutulabilmektedirler. Ülkemizde, T.B.M.M tarafından ayrı ayrı çıkarılan yasalarla kurulan dokuz tane bağımsız idari otorite bulunmaktadır. Bunlar, SPK, RTÜK, Rekabet Kurumu, BDDK, BTK, EPDK, KİK ile TAPDK'dır.

Bununla birlikte, bağımsız idari otoritelerin yetki ve işlevleri düzenleme yetkisi, gözetim ve denetim yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi ile danışmanlık işlevi ve uyuşmazlık çözme işlevidir. Bağımsız idari otoriteler görev alanlarında düzenleyici işlemler ile kurallar koymaktadırlar. Bağımsız idari otoriteler düzenleme yetkilerini kullanırken Anayasa'nın 124. Maddesi gereğince yönetmelikler çıkarabilirler; karar, tebliğ ve başka isimler taşıyan işlemler yapabilirler.

Bağımsız idari otoriteler yasalar ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara uyulup uyulmadığını takip etmek ve gözetmek durumundadırlar. Böylece, bağımsız idari otoritelerin bir diğer yetkisini faaliyet alanına giren konular üzerinde sahip oldukları gözetim ve denetim yetkisi oluşturmaktadır. Bağımsız idari otoriteler bu yetkileri sayesinde ilgililerden gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri isteyebilmekte, ilgililerin dinleyebilmekte ve gerektiğinde yerinde incelemeler yapabilmektedirler.

Bağımsız idari otoriteler, görevli oldukları alanlarda yasalar ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara uyulmadığı takdirde, ilgililere idari tedbir veya idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bağımsız idari otoritelerin uyguladığı yaptırımlara uyarı, idari para cezası, faaliyeti geçici veya sürekli durdurma, faaliyette bulunma izni olan lisansı geri alma, yayının durdurulması, düzeltme hakkının kullanılmasının sağlanması gibi idari yaptırımlar örnek gösterilebilir.

Bağımsız idari otoriteler kendi alanlarında uzman kurumlar olup, görev alanları ile ilgili konularda bakanlıklara ve benzer statüdeki diğer kuruluşlara görüş bildirmek suretiyle danışma görevi de yerine getirmektedirler.

Bağımsız idari otoritelerin son işlevi ise uyuşmazlık çözme işlevleridir. Teknik ve karmaşık alanlarda faaliyette bulunan bağımsız idari otoritelerde görev alanların alanlarında uzman kişiler olması ve yargı yoluna gitmenin uzun zaman alması sebepleriyle, bu kurumlara uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmıştır.

Sonuç olarak, ortaya çıkış sebebi devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin azaltılması anlayışı çerçevesinde serbest piyasa ekonomisine geçiş olan bağımsız idari otoriteler, devletin ekonomik ve kamusal yaşamdan çekildiği alanlardaki boşlukların doldurulması ihtiyacına dayalı olarak kurulmuşlardır. Türkiye'de ise, bağımsız idari otoritelerin öğretinin uzlaşı ve çabası sonucu değil, küresel gelişmelere dayalı olarak önümüze konması ile ortaya çıktığı görülmektedir. Türkiye'de bağımsız idari otoriteler, gerek ekonominin gerekse kamusal yaşamın hassas alanlarında faaliyet yürütmekte olup; düzenleme, gözetim ve denetim, yaptırım uygulama yetkileri ile danışmanlık ve uyuşmazlıkları çözme işlevleri bulunan; kamu tüzel kişiliğine sahip, devlet adına icrai karar alabilen, bağımsız nitelikteki özerk kuruluşlardır.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, V. Bihterin. Genel Kamu Hukuku. 8. Basım. İstanbul: DER Yayınları, 2013.

ATAY, E. Etem. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. c. X. s.1,2, 2006.

ATİYAS, İzak, ODER, Burak. "Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi". Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), 2008. http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/ozellestirme_hukuk_ekonomi.pdf, 31.05.2015.

AYAYDIN, Dilhun. "Kamu Hizmeti ve Regülasyon Kavramları Ekseninde Ülkemizde Bağımsız İdari Otoriteler". Zabunoğlu Armağanı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011.

BULUT, Nihat. "Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek". Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: 3. Sayı: 1, 1999.

DEMİR, Fevzi, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, İzmir: Birleşik Matbaacılık, 2009.

DÖNMEZ, Eftal. "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler. Ankara Barosu Dergisi. Sayı: 2, 2003.

DURAN, Lütfi. "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler". Amme İdaresi Dergisi. 30/1, Mart 1997.

ERGÜN, Çağdaş Evrim. Avrupa Birliği Enerji Hukuku. 1. Bası. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2007.

EŞKİ, Hülya. "Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak". Sayıştay Dergisi. Sayı: 72, Ocak-Mart 2009.

GİRİTLİ, İsmet, BİLGEN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, BERK, Kahraman. İdare Hukuku. Güncellenmiş Beşinci Bası. İstanbul: DER Yayınları, 2012.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel. İdare Hukuku Dersleri. Güncelleştirilmiş 11. Baskı. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2011.

KALABALIK, Halil. İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları. 4. Baskı. Konya: Sayram Yayınları, 2011.

KARAKAŞ, Mehmet. "Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler". Maliye Dergisi. Sayı: 154. Ocak-Haziran 2008.

KUTLU GÜRSEL, Meltem. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası - İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

KUTLU GÜRSEL, Meltem. "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi". Prof.Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan. İzmir 2005.

ÖZKAN, Ahmet Fatih. "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti". Ankara Barosu Dergisi. Yıl: 67. Sayı: 4, 2009.

PERÇİN, Önder. "Bağımsız İdari Otoriteler". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt:2. Sayı:1. 2011, s. 328.

RUHİ, M. Emin. "Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuksal Boyutu". Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt:4. Sayı: 3-4, 2005.

SANCAKDAR, Oğuz. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

SOBACI, M. Zahid. "Türk İdari Teşkilatındaki "Adalar": Bağımsız İdari Otoriteler". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: 55. Sayı: 2, 2006.

TAN, Turgut. Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri. 1. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

TEKİNSOY, M. Ayhan. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı- Tartışmalar, Sorunlar". Ankara Barosu Dergisi. Yıl: 65. Sayı: 2, 2007.

Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği (2002a). Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması. TÜSİAD Yayınları. Yayın No: TÜSİAD-T/2002–12/349, Ankara.

YILDIRIM, Turhan, YASİN, Melikşah, KARAN, Nur Kaman ve diğerleri. İdare Hukuku. 4. Baskı. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2012.

YILMAZ, Yunus. "Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler". Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi. Sayı 20, 2005.

Diğer Kaynaklar:

http://www.ekodialog.com/Konular/borsa_yatirim/mali_piyasalar.html, 29.05.2015.

http://tr.wikipedia.org/wiki/1929_D%C3%BCnya_Ekonomik_Bunal%C4%B1m%C4%B1#Roosevelt_ve_.22New_Deal.22, 29.05.2015.

http://www.fsa.gov.uk/.

http://en.wikipedia.org/wiki/Financial_Services_Authority

http://www.anayasa.gen.tr/uniter.htm, 29.05.2015.

İNSANİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNU

▪ **Arş. Gör. Neslihan ÖZKERİM GÜNER***
▪ **Arş. Gör. Serdar ÇAGIRGA****

Özet: Bir devletin başka bir devlete veya devletlere insani gerekçelerle müdahale etmesi yeni bir olgu değildir. İnsani müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda çelişen görüşler mevcuttur. Son yıllarda insani müdahalenin hukuka uygunluğu sorununun bertaraf edilmesi ve müdahalelere hukuki bir zemin yaratılması amacıyla Koruma Sorumluluğu Doktrini ortaya atılmıştır. Böylelikle, kendi vatandaşlarının haklarını korumak devletin bir hakkı olmaktan çıkmış bir sorumluluk olarak yorumlanmıştır. Bu çalışmada Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın temel ilkeleri kabul edilen içişlerine karışmama ve devletlerin egemen eşitliği ilkelerinin ihlali anlamına gelen insani müdahalenin hukuka uygun olmadığı, müdahale edilecek yerler konusunda devletlerin seçici davranması sebebiyle de tartışmalı olduğu öne sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsani müdahale, koruma sorumluluğu, Birleşmiş Milletler, egemen eşitlik, içişlerine karışmama.

Abstract: That a state's intervention in another state or states for humanitarian reasons is not a new phenomenon. There are conflicting views on the legality of humanitarian intervention. To obviate the legality problem and to create a legal ground for humanitarian intervention, The Doctrine of Responsibility to Protect has been put forward. Hence, to protect its citizens' rights has been interpreted as a state's responsibility rather than its right. This work claims that humanitarian intervention is illegal based on the violation of the sovereign equality of states and non-intervention in domestic affairs which are the guiding principles of the United Nations Charter and also due to states' selectiveness where to intervene.

Key Words: Humanitarian intervention, Responsibility to Protect, United Nations, sovereign equality, non-intervention in domestic affairs.

* Çankırı Karatekin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.
** Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Günümüzde uluslararası hukuktaki gelişmelerin geldiği nokta göz önünde bulundurulduğunda, bir devletin iç ve dış ilişkilerinde tümüyle bağımsız ve tek mutlak güç olduğunu ifade eden klasik egemenlik anlayışının gerilediği veya aşındığı ve kimi devletlerin diğer devletlerin içişlerine müdahale ettiği gözlemlenmektedir. Müdahale eden devletin veya devletlerin müdahalelerinin gerekçelerini insani müdahaleye dayandırdıkları gözlemlenen bir başka olgudur. Uluslararası hukukun en temel kaynaklarından biri olan Birleşmiş Milletler Antlaşması kuvvet kullanımını bazı durumlar dışında yasaklamaktadır. Kuvvet kullanımına izin verilen durumlardan ilki, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. maddesinde düzenlenen *meşru müdafaa hakkı*; ikincisi ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüme dayanarak almış olduğu *zorlayıcı önlemler*dir. Bu iki istisna dışında ne üye devletlerin ne de bölgesel ya da uluslararası örgütlerin kuvvet kullanımına başvurması hukuka uygun kabul edilmektedir.

Bu çalışmanın amacı, insani müdahalenin hukuka uygunluğu sorununu kavramın gelişmeye başladığı tarihsel süreci göz önünde bulundurarak incelemektir. Çalışmada öncelikle, insani müdahale kavramının tarihsel gelişimi incelenecek, daha sonra Birleşmiş Milletler Antlaşması açısından insani müdahalenin hukuka uygunluğu sorununa değinilecektir. Üçüncü başlık altında, Güvenlik Konseyi'nin insani yardım amacıyla almış olduğu müdahale kararlarına yer verilecektir. Takip eden başlık altında ise insani müdahalenin hukuka uygun olduğunu savunan görüşler ile hukuka uygun olmadığını savunan görüşler incelenecek ve son olarak koruma sorumluluğu doktrinine yer verilecektir.

1- İnsani Müdahale Kavramı

"İnsani müdahale, bir devletin sınırları içinde başka devlet ya da devletler tarafından, kendi vatandaşlarını korumak amacı taşımamak kaydıyla, geniş kapsamlı ve ağır insan hakları ihlallerini önlemek veya durdurmak amacıyla müdahale edilen devletin izni alınmadan güç kul-

lanılması veya güç kullanılması tehdidinde bulunulmasıdır."[1] İnsani müdahale kavramı 1990'lardan sonra sıkça gündeme gelse de bu çalışmada kavramın geçmişi, 16. yüzyılda Amerika kıtasındaki yerli halka yapılan müdahalelere kadar uzatılarak incelenecektir. İnsani müdahale kavramının tarihi dört farklı zaman diliminde incelenebilir.

16. yüzyılda İspanya'nın Amerika'daki yerli halka yaptığı müdahaleler, kavramın tarihinin incelenmesi bakımından ilk dönemi oluşturmaktadır. Bu müdahalelerle burada var olan imparatorluklar yıkılmış, yerli halk hastalıklar ve silahlarla yok edilmiş ve yerlin halkın topraklarına el konulmuştur. Amerika kıtası sömürgeleştirilirken Sepulveda ve Las Casas arasında bugün bile önemini ve güncelliğini koruyan bir tartışma yaşanmıştır.[2] Müdahalenin meşruluğu, kim tarafından, ne zaman ve nasıl müdahale edileceği konusundaki bu tartışmada Sepulveda'nın Amerikan yerlilerine karşı verilen savaşı haklı göstermek için dört gerekçesi bulunmaktaydı. Sepuldeva'nın gerekçelerinden ilki, yerli halkın barbar ve eğitimsiz olması sebebiyle ötekiler tarafından yönetilmesi gerektiğiydi. İkincisi, yerliler putperestlik nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılmalı ve ıslah edilmeliydi. Üçüncüsü, yerlilerin masum insanlara vermiş oldukları zararların engellenmek istenmesiydi. Son gerekçe ise, Hıristiyanlığın telkin edilmesinin kolaylaştırılması ve evrensel değerlerin yayılmasıydı.

Las Casas ise Sepuldeva'nın gerekçelerine dört farklı yanıt vermiştir. İlk olarak Casas'a göre her toplumda barbarlar olabilirdi. İkincisi, putperestler işledikleri suçlar nedeniyle yargılanamazdı, çünkü Kilise topraklarında Hıristiyanlığı bilen ama Hıristiyan olmayan insanlar yargılanmıyordu. Bu sebeple Hristiyanlıktan haberi olmayan yerli halkların yargılanması söz konusu olamazdı. Üçüncüsü, masum insanları koruma gerekçesiyle yapılan müdahaleler daha çok masum insanın ölümüne se-

[1] Buchanan, Allen. "Reforming the International Law of Humanitarian Intervention", (Ed.) J.L. Holzgrefe, Robert O. Keohane, Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas, Cambridge University Press, New York, 2003, s. 130.'dan aktaran Tekin, Sagah. "**İnsani Müdahale ve Libya›nın Geleceği"**, SDE Analiz, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 7.

[2] Sepulveda ve Las Casas arasındaki tartışmanın detaylı bir açıklaması için bkz. Wallerstein, Immanuel. Avrupa Evrenselciliği İktidarın Retoriği, (Çev.) Sinan Önal, Aram Yayınları, İstanbul, 2007.

bep oluyordu. Son olarak, yerli halk Hristiyanlığı seçecek ise bunu özgür iradesi ile yapmalıydı.[3]

19. yüzyıla gelindiğinde benzer gerekçelerle Avrupa devletleri sömürge faaliyetlerinde bulunmuşlardır. Sömürgeci devletler, sömürgeleştirme faaliyetlerini yürütürken "geri kalmış halkları" uygarlaştırma amacıyla hareket ettiklerini belirtmişlerdir.[4] Sömürgeleştirme faaliyetlerinin gerekçesi adaleti, refahı, kalkınmayı ve aydınlanmayı sağlamak olarak gösterilmiştir. Amerika'daki yerli halka yapılan müdahalelerde kullanılan barbar ve medeni ayrımı, ulus devletlerin egemen olduğu 19. yüzyılda geri kalmış (ilkel) ve gelişmiş (uygar) devletler ayrımına dönüşmüştür.

19. yüzyılda yapılan müdahalelerden ikisi insani müdahaleye örnek gösterilmektedir. Bunlardan ilki, gayrimüslimlerin haklarının korunması gerekçesiyle Osmanlı İmparatorluğu'na İngiltere, Fransa ve Rusya tarafından müdahalede bulunulmasıdır.[5] Müdahalenin Osmanlı'nın Yunan isyanını bastırmak için kullandığı şiddete son vermek amacıyla yapıldığı öne sürülmüştür. Bu müdahale sonucunda, 1829 yılında Edirne Antlaşması imzalanarak Yunanistan'ın bağımsızlığı tanınmıştır. Bir diğer örnek olay ise Fransa'nın Suriye'ye müdahalesidir. 1858 yılında Osmanlı Devleti'nin egemenliği altında olan Suriye ve Lübnan'da Müslüman Dürziler ile Hıristiyan Maruniler arasında mezhep çatışmaları iç savaşa dönüşmüş, Şam'da 5000'i aşkın Hıristiyan yaşamını yitirmiştir. 1860 yılında Fransa, Suriye'de yaşayan Hıristiyanların haklarını korumak amacıyla müdahalede bulunduğunu öne sürmüştür. Bu müdahale insani müdahalenin ilk ve gerçek örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir.[6]

[3] Wallerstein, s. 20-24.

[4] Wallerstein, s. 24.

[5] Tekin, s. 8.

[6] Hancılar, Özhan. "Uluslararası Hukukta İnsani Müdahale", Çankaya University Journal of Law, Cilt: 7, No: 2, Şubat 2011, s. 107.

Sömürgecilik sonrası dönemde büyük çaplı ulusal kurtuluş hareketleri ortaya çıkmıştır. Eski sömürgeler bağımsızlıklarını ilan ederek Birleşmiş Milletler'e üye olmuş ve uluslararası hukukun süjeleri haline gelmişlerdir. Devletlerin egemen eşitliği ve içişlerine karışmama ilkeleri ile bu devletlerin bağımsızlıkları güvence altına alınmıştır. Bu dönemde Sepuldeva'nın yerli halka müdahale gerekçeleri de uygar devletlerin geri kalmış toplumları uygarlaştırma gerekçeleri de geçerliliğini yitirmişti. Artık yeni bir gerekçeye ihtiyaç vardı. Bu yeni gerekçe ise insan haklarıdır. 1970'lerde yapılan müdahalelerin baskıcı rejimleri yıkmak ve insan haklarını korumak amaçlı gerçekleştirildiği öne sürülmüştür. ABD, Avrupa devletleri, SSCB ve diğer devletler insan haklarına uymaya zorlanmıştır.

1990'da SSCB'nin dağılması ve Eski Yugoslavya'nın parçalanması ile birçok etnik kıyım ve insani kriz yaşanmıştır. Bu olayların meydana gelmesi Batının müdahalesine yol açmış; Batı, müdahale etmekte çekimser kaldığı zamanlarda ise müdahale etmesi konusunda baskıyla karşılaşmıştır. Bu dönemde, Batının egemen güçlerinin müdahale kararlarında terörizmle mücadele etmek, özgürlük ve demokrasi gerekçeleri yer almakta; devletlerin diktatörlükle değil demokratik rejimlerle yönetilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Demokratik rejimlere sahip olmayan devletler, demokratik devletler tarafından tanınmamakta ve uluslararası toplumda etkin bir şekilde var olamamaktadır. Bu durum, Sepuldeva'nın Hristiyanlığı dikte etmesi ile benzerdir.[7]

İçinde bulunduğumuz zaman diliminde ise insani müdahale ve devletlerin egemenliği arasındaki çelişki tartışma konusu olmuştur. Kendi vatandaşlarının haklarını koruyamayan devletlere müdahale edilebileceği fikrini öne süren *Koruma Sorumluluğu Doktrini* ortaya atılmıştır.

[7] Wallerstein, s. 32.

2- Birleşmiş Milletler Sistemi ve İnsani Müdahale

Yaşam tehlikesi altındaki insanların korunması amacıyla ahlaki açıdan savunulan insani müdahale hukuka aykırı kabul edilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/4. maddesine göre:

"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar."[8]

Bu madde, devletlerin toprak bütünlüklerinin ve siyasal bağımsızlıklarının korunmasının Birleşmiş Milletler sistemi açısından önemini ortaya koymaktadır. Buradan da anlaşılmaktadır ki, Birleşmiş Milletler Antlaşması devletlerin kuvvet kullanmasını ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmalarını yasaklamaktadır. Antlaşmada da belirtildiği gibi kuvvet kullanmanın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar meşru müdafaa ve Güvenlik Konseyinin VII. Bölüm çerçevesinde alacağı zorlayıcı önlemlerdir.[9] Meşru müdafaaya ilişkin düzenleme Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. maddesinde yer almaktadır. Buna göre:

"Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."[10]

[8] Antlaşma metni için bkz.: www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf

[9] Denk, Erdem. Uluslararası Örgütler Hukuku Birleşmiş Milletler Sistemi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 231.

[10] Antlaşma metni için bkz.: www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf

Meşru müdafaa hakkına saldırıya uğrayan devlet sahiptir. Saldırı sebebiyle bozulan barış ve güvenliği korumak görevi ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne aittir. Konsey devreye girdiği andan itibaren meşru müdafaa hakkını kullanan devlet Konsey'in vereceği kararlara riayet etmekle yükümlüdür.

Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm çerçevesinde müdahale kararı alması kuvvet kullanma yasağının istisnalarından diğeridir. Güvenlik Konseyi'nin barış ve güvenliğin tehdit edildiğini saptaması ve buna karşı harekete geçerek müdahale kararı alması durumunda müdahale uluslararası hukuka uygun sayılmaktadır. Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm kapsamında almış olduğu müdahale kararlarının gerekçelerinde insani yardım amaçlarının belirtilmesi sebebiyle bir kısım yazarlar bu müdahaleleri insani müdahale olarak kabul etmektedir.[11]

Ayrıca insani müdahalenin devletlerin egemen eşitliği ilkesine ve içişlerine karışmama ilkelerine aykırı olduğu kabul edilmektedir. Egemenlik kavramını bugünkü anlamı ile literatüre kazandıran Jean Bodin'e göre egemenlik, yurttaşlar üzerindeki en büyük, yüksek, mutlak ve sürekli güçtür.[12] Bu egemenlik gücü mutlak, sınırlandırılamaz, bölünemez, parçalanamaz, devredilemez ve sürekli bir güçtür. Ulusal sınırlar içerisinde yasayı yapan da uygulayan da egemen güçtür. Dolayısıyla egemenlik, devletin hukuksal olarak kendisinden başka hiçbir otoriteye bağımlı olmaması anlamına gelir.

Devletin egemenlik yetkilerini münhasıran kullanması, devletin ülkesinde bu devlet dışında başka bir otoritenin kamu gücü uygulayamayacağı ve egemenliğin devletin ülkesi ile sınırlı olması anlamına gelmektedir.[13] Ancak, devletin egemen olması onun uluslararası ilişkilerde istediği gibi hareket edebileceği ve onun kendi rızası ile taraf olduğu

[11] Keskin, Funda. "İnsancıl Müdahale: 1999 Kosova ve 2003 Irak Sonrası Durum", Uluslararası İlişkiler, Cilt: 3, Sayı: 12, 2007, s. 54.

[12] Ağaogulları, Mehmet Ali ve Köker, Levent. Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 2009, s. 27.

[13] Pazarcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 12. Bası, Ankara, 2013, s. 148-150.

antlaşmalardan doğan yükümlülüklerine uymak zorunda olmadığı anlamına gelmez. Devletler, antlaşmalar ile bir takım yükümlülükler altına girebilirler. Bu durum onların egemenlik yetkilerini zedelemez.

Devletlerin egemen eşitliği ilkesi modern uluslararası hukukun en temel ilkesidir. Birleşmiş Milletler'e üye olan her bağımsız devlet bu ilkeden yararlanır. Her devletin egemen olmasının doğal sonucu devletlerin egemen eşitliğini gerekli kılmaktadır.[14] Devletlerin egemen eşitliği ilkesinin sonucu her devletin uluslararası hukukta eşit ve aynı statüde olmasıdır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/1. maddesi bu ilkeyi *"Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur"* diyerek teyit etmektedir.

Yukarıda tanımlanan iç egemenliğe ek olarak dış egemenliğin de tanımlanması gerekmektedir. Dış egemenlik, bir devletin herhangi bir devletin veya otoritenin etkisinden bağımsız bir şekilde hareket edebilmesi yeteneğidir. Devletin bu şekilde tanımlanan kabiliyeti bağımsızlık anlamında kullanılmaktadır.[15] İçişlerine karışmama ilkesi, devletlerin egemenlik hakları ve egemen eşitliğinin doğal bir sonucudur. İçişlerine karışmama ilkesi, Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 2/7. maddesinde de yer bulmuştur. Buna göre:

"İşbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke VII. Bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez."[16]

[14] Pazarcı, s. 150.

[15] Egemen ve bağımsız devlet fikri, Vestfalya Barışı ile gelişmeye başlamıştır. Otuz Yıl Savaşları sonrasında imzalanan Vestfalya Barış Antlaşması ile din savaşları sona ermiş ve devletler, birbirlerine karşı isyancı dini grupları desteklememe kararı almışlardır. Böylece içişlerine karışmama ilkesi doğmuştur. Böylelikle Antlaşmayı imzalayan devletler birbirlerinin toprak bütünlüklerini ve bundan kaynaklı egemenlik haklarını karşılıklı olarak tanımışlardır. Kısacası bu Antlaşmayla iç işlerinde serbest ve dış müdahaleye karşı bağışık devlet anlayışı yerleşmeye başlamıştır. Daha fazlası için bkz: Sander, Oral. Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 100-101.

[16] Antlaşma metni için bkz.: www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf

İçişlerine karışmama ilkesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 21.12.1965 tarihli ve 2131 (XX) sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Bu karar doğrultusunda *Devletlerin İçişlerine Karışılmasının Reddi ve Bağımsızlıklarının ve Egemenliklerinin Korunması Konusundaki Bildiri* kabul edilmiştir.[17] Buna göre, bir devletin başka bir devletin içişlerine ve dış işlerine karışma hakkı yoktur. Hiçbir devlet başka bir devlete ekonomik ve siyasi çıkar sağlama amacıyla müdahalede bulunamaz.[18] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı karar ile de *Devletlerarası İşbirliği ve Dostça İlişkiler Bildirisi*'nde içişlerine karışmama ilkesini yinelemiştir.[19]

3- Güvenlik Konseyi'nin İnsani Yardım Amacıyla Aldığı Müdahale Kararları

Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletlerin Genel Kurul ile birlikte en önemli iki organından biridir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 24/1. maddesine göre Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumlu organdır ve bu amaçlarına ulaşmak için Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VI, VII, VIII ve XII. Bölümlerinde belirtilen yetkileri kullanır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. Bölümünde *Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler* düzenlenmiştir. Güvenlik Konseyi, devletler arasında vuku bulan bir uyuşmazlık durumunda 39. maddeye dayanarak ilgili taraflara uyuşmazlığın çözümü konusunda tavsiyelerde bulunur. Bu yolla uyuşmazlığın çözümünün mümkün olmaması durumunda 41. maddeye dayanarak ekonomik ve diplomatik önlemler alır. Konsey, bu önlemlerin de yetersiz kaldığı ya da kalacağı kanısına varırsa kuvvet kullanmayı içeren 42. maddeyi işle-

[17] Resolution adopted by the General Assembly 2131 (XX). Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, 21.12.1965, http://www.un-documents.net/a20r2131.htm, E.T.: 17.01.2016.

[18] Hancılar, s. 104-105.

[19] Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 2625 (XXV), 21.10.1970, http://www.un-documents.net/a25r2625.htm, E.T.: 17.01.2016.

tebilir. Bu bakımdan, Güvenlik Konseyi'nin şiddet tekeli ile donatıldığı ve bu bağlamda devletlerin Güvenlik Konseyi'ne yetki ve egemenlik devrinde bulunduğu görülmektedir.[20] Başka bir deyişle, uluslararası barış ve güvenliğin korunması, sürdürülmesi ve bozulması halinde gerekli tedbirlerin alınması Güvenlik Konseyi'nin yetkisindedir. Bunun sebebi, Güvenlik Konseyi'nin hızlı ve etkin hareket etmesini sağlamak ve savaş sonrası galip devletlerin ayrıcalıklı konumlarını devam ettirmek istemeleridir.[21] Birleşmiş Milletler sisteminin üzerinde yükseldiği devlet egemenliği, uluslararası barış ve güvenliğin yeniden tesisi için gözardı edilebilecektir.

Öte yandan, Antlaşma'da, uluslararası barış ve güvenlik kavramının ne olduğu konusunda açık bir tanım yapılmamıştır. Bu sebeple Güvenlik Konseyi'ne bu kavramın ne anlama geldiğini tespit etme konusunda da yetki verildiği görülmektedir.[22] Güvenlik Konseyi bu tespiti yaparken Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine uygun davranmalıdır. Ancak, Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararların Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine uygunluğunu denetleyecek bir otorite yoktur.[23] İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda galip devletlerin bir araya gelmesiyle kurulan Birleşmiş Milletler'in amacı, kurulan güç dengesinin bozulmamasını sağlamaktır. Barış ve güvenliğin bozulmamasından kasıt, kurulan güç dengesinin sürdürülmesidir.[24] Barış ve güvenliğin korunması için Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın da temelini oluşturan egemenlik, egemen eşitlik ve içişlerine karışmama ilkeleri devre dışı bırakılabilecektir. Bu husus, bu başlık altında incelenecek olan insani müdahale ve koruma sorumluluğu gerekçeleri ile alınan müdahale kararlarında da görülmektedir.

[20] Denk, Birleşmiş Milletler Sistemi, s. 228.

[21] Mengiler, Özgür. Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü, Platin Yayınları, Ankara, 2005, s. 107.

[22] Denk, Birleşmiş Milletler Sistemi, s. 245.

[23] Duran, Hasan. "Birleşmiş Milletler ve Barışın Korunması", Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 4, Sayı:1, 2002, s. 129.

[24] Denk, Birleşmiş Milletler Sistemi, s. 248.

Birleşmiş Milletler nezdinde 1945'ten 1990'lara kadar insani yardım amacıyla az sayıda müdahale kararı alındığı görülmüştür. Bunun sebebi olarak, devletlerin ABD ve SSCB'nin liderliğini yaptığı Batı Bloku ve Doğu Bloku şeklinde bölünmesidir. Bloklar etrafında kümelenen devletlerle ilgili problemler blok içi problem olarak görülmekte ve problemlerin çözümü blok içinde aranmaktaydı. Dolayısıyla müdahale kararlarının az sayıda olmasının sebebi iki kutuplu devletler sistemidir.[25]

İki kutuplu devletler sisteminde alınan müdahale kararlarınının ilk örneklerinden biri Demokratik Kongo'ya ilişkin 143 sayılı zorlayıcı önlem kararıdır.[26] Belçika'nın sömürgesi olan Kongo 1960 yılında bağımsızlığını ilan etmiştir. Ancak, Belçika ordularının Kongo'da bulunması sebebiyle bölgede iç savaş devam etmiştir. Kongo, Birleşmiş Milletler'den Belçika askeri birliğinin bölgeden çekilmesi için müdahale etmesini talep etmiştir. Bunun üzerine, ulusal güvenliğin sağlanması amacıyla Kongo'ya askeri destekte bulunulmasına karar verilmiştir. Buna karşın Kongo'ya gönderilen Birleşmiş Milletler güçlerinin hukuki dayanağı tatmin edici bir şekilde açıklanmamıştır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, harekatın kaynağını Kongo'nun talebine dayandırmış, 41, 42 ve 43. maddelere göre hareket edilmediğini belirtmiştir.[27]

1945–1990 arası dönemde alınan ikinci insani yardım amaçlı müdahale kararı, Güney Rodezya'ya ilişkindir. Güvenlik Konseyi, Güney Rodezya'da siyahi halka yapılan ayrımcılığı uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi olarak görmüştür.[28] Güvenlik Konseyi 217 sayılı kararında Birleşmiş Millletler Genel Kurulu'nun 1514 Sayılı *Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri*[29] baş-

[25] Gündüz, Aslan. Milletlerarası Hukuk, (Ed.) Reşat Volkan Günel, Beta Basım, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 154.

[26] Güvenlik Konseyi, 14 Temmuz 1960, 143 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/143(1960), E.T.: 25.12.2015.

[27] Tütüncü, Ayşe Nur. İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Basım, İstanbul, 2012, s. 36.

[28] Güvenlik Konseyi, 20 Kasım 1965, 217 Sayılı Kararı http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/217(1965) , E.T.: 28.12.2015.

[29] İlgili bildiri ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/bm/bm_38.pdf, E.T.: 30.12.2015.

lıklı kararına atıf yapmıştır. Güvenlik Konseyi, Güney Rodezya'nın daha önce sömürgesi olduğu Birleşik Krallık'ın bu kararı dikkate alarak önlem alması gerektiğini belirtmiştir. Konsey 1968'de, ırkçı azınlık rejimin uygulamalarının barış ve güvenliği tehdit ettiği gerekçesiyle 1514 Sayılı Genel Kurul kararına da yeniden atıf yaparak, 41. madde kapsamında zorlayıcı önlemlerin alınmasına karar vermiştir.[30] Konsey, 1977 yılında almış olduğu bir başka müdahale kararında Güney Afrika'daki ırkçı politikalar sebebiyle barış ve güvenliğin bozulduğunu tespit etmiş ve Güney Afrika'ya silah ambargosu uygulanmasına karar vermiştir.[31]

Konsey, hem Güney Rodezya hem de Güney Afrika örneklerinde uluslararası barış ve güvenliğin korunması kavramını açıklamadan, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 41. maddesine göre silahlı kuvvet kullanımını içermeyen tedbirler alınmasına karar vermiştir. Bu kararlarda, bölgede yaşayan halkların kendi kaderlerini tayin hakkına vurgu yapılmış, ancak 42. maddeye dayanarak silahlı kuvvet kullanmayı içeren önlemlere başvurulmamıştır. Kararların gerekçelerinde insan hakları ihlallerine yer verilmiş, ancak insani müdahale kavramına yer verilmemiştir.

SSCB'nin dağılması ve Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte güç dengelerinde değişiklikler yaşanmış, artık Bloklar da dağıldığı için Güvenlik Konseyi'nin ABD egemenliği doğrultusunda tüm bölgelerde karar alma serbestliği artmıştır. Bunun ilk örnekleri, sırasıyla insani yardım gerekçesiyle Kuzey Irak ve Somali'ye yapılan müdahaleler olmuştur. Güvenlik Konseyi, 688 sayılı kararında, Irak'taki sivil halka yapılan baskıları ve mülteci akınını uluslararası barış ve bölge güvenliğinin tehdidi olarak görmüştür.[32] Konsey, bu kararın gerekçesinde Irak'ın ve bölgedeki diğer devletlerin egemenlik, toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığını vurgulamıştır. Konsey, insani yardım operasyonu için tüm üye devletlere ve

[30] Güvenlik Konseyi, 1968, 253 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/253(1968), E.T.: 01.01.2016.

[31] Güvenlik Konseyi, 4 Kasım 1977, 418 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/418(1977), E.T.: 10.01.2016.

[32] Güvenlik Konseyi, 5 Nisan 1991, 688 Sayılı Kararı, http://www.casi.org.uk/info/undocs/gopher/s91/5, E.T.: 10.01.2016.

örgütlere çağrıda bulunmuş, ancak 42. maddeye dayanarak devletlere ya da örgütlere kuvvet kullanma izni vermemiştir. Buna rağmen, ABD Konseyin bu kararına dayanarak Irak'a müdahalede bulunmuştur.

Güvenlik Konseyi, 1992 yılında Somali'deki ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle müdahale kararı almıştır. Bu kararın alınmasında Somali'nin Birleşmiş Millletler'den yardım talep etmesinin etkisi olmuştur.[33] Konsey tarafından, VII. Bölüm çerçevesinde insani yardım amacıyla askeri güçlerin operasyon yapmasına karar verilmiştir. Somali'de diğer bir devlete yöneltilen tehdit ve saldırı bulunmamasına, çatışmaların iç savaş niteliğinde olmasına rağmen, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiğine karar vermiştir. Konseyin insani müdahale amacıyla kuvvet kullanmaya izin verme yetkisi olmadığından, karar uluslararası barış ve güvenliğin tehditi tespitine dayandırılmaktadır.[34]

Ruanda'da gerçekleşen soykırım ve insanlığa karşı suçlar karşısında Güvenlik Konseyi'nin karar almaması ise eleştiri konusu olmuştur. Ruanda'da 800.000'den fazla insan ölmesine rağmen Birleşmiş Milletler tarafından Ruanda'ya müdahalede bulunulmamıştır. 1994 yılında Konsey tarafından alınan 929 sayılı karar ile üye devletlere insancıl amaçlarla Ruanda'ya müdahale etme yetkisi verilmiştir.[35] Ancak Ruanda'ya yapılan müdahale, soykırımı engelleyememiştir.[36]

Güvenlik Konseyi, 1992 yılında aldığı kararda Bosna Hersek'te yaşanan olayların uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğini ve insani yardımların yapılması gerektiğini belirtmiştir.[37] Eski Yugoslavya'da yaşa-

[33] Güvenlik Konseyi, 3 Aralık 1992, 794 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794%281992%29, E.T.: 10.01.2016.

[34] Bozkurt, Enver., Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin. Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2012, s. 327.

[35] Güvenlik Konseyi, 22 Haziran 1994, 929 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/929%281994%29, E.T.: 10.01.2016.

[36] Sur, Melda. Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Basım, 8. Baskı, İstanbul, 2014, s. 214.

[37] Güvenlik Konseyi, 13 Ağustos 1992, 770 Sayılı Karar, http://www.un.org/en/ga/search/view_

nan olaylar ve bölünmeden sonra, Konsey 1994 tarihinde Hırvatistan'ın egemenliğini ve ülkesel bütünlüğünü vurgulayarak, Eski Yugoslavya'daki kaotik durumun barış ve güvenliği tehdit ettiği gerekçesiyle üye devletlere kuvvet kullanma izni vermiştir. Ancak buradaki müdahale kararının gerekçesinde insan hakları ihlali bulunmamaktadır.[38]

1990'ların sonuna doğru yapılan müdahalelerin gerekçeleri değişmiştir. Eski Yugoslavya'da özerk bir bölge olan Kosova'nın bağımsızlık talep etmesi nedeniyle 1998 yılında Sırp ve Kosovalı güçler arasında yaşanan savaş insani bir kriz doğurmuş, bunun üzerine NATO 1999 yılında krize müdahale etmiştir. Güvenlik Konseyi, Rusya'nın veto edeceği endişesiyle NATO'nun müdahalesi ile ilgili bir karar alamamıştır. Ancak, NATO'nun müdahalesinden sonra 1244 sayılı karar alınmıştır.[39] İlgili kararda, Kosova'da yaşayan insanların güvenliğinin tesisi yönünde hareket edildiğine vurgu yapılarak, NATO'nun Kosova'ya yapmış olduğu müdahale meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. İnsani müdahale, modern uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak kabul edilmese de, daha fazla insanın ölümünü engellediğinden ahlaki açıdan meşrulaştırılmaktadır. Güvenlik Konseyi tarafından Kosova ile ilgili olarak alınan kararda kuvvet kullanma yetkisi açıkça tanımlanmamıştır.[40]

Güvenlik Konseyi kararlarına dayanılarak yapılan bu müdahalelerin temel özelliği, etnik ve dinsel çatışmaların yaşandığı devletlerde mağdur olan insanların korunmasını amaçladığının savunulmasıdır. Bu müdahalelerin bir kısmı daha fazla insanın haklarının ihlal edilmesine engel olmuş olsa da, bazı müdahaleler daha fazla insanın ölmesine sebep olmuştur. Örneğin, Doğu Timor müdahalesinde birçok insanın hayatı

---

doc.asp?symbol=S/RES/770(1992), E.T.: 10.01.2016.

[38] Güvenlik Konseyi, 19 Kasım 1994, 958 Sayılı Kararı http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/958%281994%29, E.T.: 10.01.2016.

[39] Güvenlik Konseyi, 10 Haziran 1999, 1244 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244(1999), E.T.: 10.01.2016.

[40] Ağır, Bülent Sarper. "İnsani Müdahale Tartışmaları ve Kuvvet Kullanma Hukuku Çerçevesinde NATO'nun 1999 Kosova Müdahalesi", (Ed.) Murat Saraçlı, Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, BigBang Yayınları, Ankara, 2012, s. 231.

kurtarılmışken, Ruanda müdahalesi başarısız kabul edilmektedir.[41] Kısacası, bu müdahaleler, Güvenlik Konseyi kararlarına dayanmaları sebebiyle hukuka uygun sayılabilmektedir.

4- İnsani Müdahale Üzerine Farklı Görüşler

İnsani müdahalenin hukuka uygun olduğunu savunanların bir kısmı insani müdahaleyi meşru müdafaa çerçevesinde açıklamaktadır. Bu görüşü savunanlar, devletin vatandaşlarını ülkesi dışında korumak amacıyla kuvvet kullanabileceğini öne sürerler. Ancak bu görüşe göre, devletin kendi vatandaşlarına ülkesi dışında yapılan saldırıyı kendisine yapılmış kabul etmesi ve bu sebeple meşru müdafaa hakkına başvurması gerekmektedir. Devletin kendi vatandaşlarına zulmetmesi sebebiyle insani müdahale meşru müdafaa sebebi oluşturamayacağından, bu görüş kabul edilmemektedir.[42] Buna karşın, devletin kendi vatandaşlarına zulmetmesi durumunda meşruiyetini kaybedeceğini ve meşruiyetini kaybeden devletin uluslararası alanda egemenlik iddiasında bulunamayacağını savunan bir görüş de bulunmaktadır.[43]

İkinci olarak, insani müdahalenin uluslararası örf ve adet hukukuna dayanarak meşru olduğu öne sürülmektedir.[44] Ancak bu görüş de kabul görmemektedir. Bir kuralın örf adet hukuku kuralı olup olmadığı devletlerin uygulamalarına bakılarak anlaşılır. Devlet uygulamalarına bakıldığı zaman insani müdahale gerekçesiyle kuvvet kullanmanın hiç bir zaman bir hak olarak varlık kazanmadığı görülmektedir.[45] Her ne kadar insani müdahaleye başvurulsa da müdahalelerin hukuksal dayanağı farklıdır.

---

41 Keskin, s. 54.

42 Başeren, Sertaç Hami. Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 2003, s. 175.

43 Teson, Fernando. Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality, Transnational, New York, 1988, s. 15'den aktaran Elçin Ertuğrul, Ümmühan. "İnsani Müdahale (!)", Kuzey Afrika ve Asya Çalışmaları Uluslararası Sempozyumu 38, Ankara, 10-15 Eylül 2007, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, No: 12, Cilt: 2, Ankara, 2011, s. 661.

44 Ağır, s. 228.

45 Başeren, s. 176.

İstikrarlı ve sürekli bir uygulamanın yokluğu sebebiyle insani müdahale örf adet hukukuna dayandırılamaz.[46]

İnsani müdahalenin hukuka uygunluğunu, Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Birleşmiş Milletlerin insan hakları ile ilgili düzenlemeleriyle açıklamaya çalışan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, bir devletin kendi vatandaşlarına zulmetmesi karşısında uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiği gerekçesiyle Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm çerçevesinde karar alma yetkisi vardır. Bu görüş, insani müdahalenin hukuka uygunluğunu Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 55.ve 56. maddelerine dayandırmaktadır. İlgili maddeler ise sırasıyla şöyledir:

"Uluslararasında halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak üzere Birleşmiş Milletler:

a. Yaşam düzeylerinin yükseltilmesini, tam istihdamı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişme koşullarını,

*b. Ekonomik, sosyal alanlarla sağlık alanındaki uluslararası sorunların ve bunlara bağlı başka sorunların çözümünü, kültür ve e*ğitim alanlarında uluslararası *işbirliğini ve*

c. Irk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösteri*lmesini kolaylaştıracaktır."*[47]

*"*Üyeler, 55.maddede belirtilen amaçlara ulaşma*k için, gerek birlikte gerekse ayrı ayrı örgütle işbirliği içinde hareket etmeyi yükümlenirler."*[48]

[46] Elçin Ertuğrul, s. 662.

[47] Antlaşma metni için bkz.: www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf

[48] Antlaşma metni için bkz.: www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf

Bu maddelere dayanarak, insani müdahalenin hukuka uygun olduğunu savunanlar, devletlerin insan haklarını korumak için sadece yetkili değil aynı zamanda sorumlu olduklarını kabul etmektedirler. Ancak, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda insan haklarına yer verilmesi ve insan haklarının korunması gerektiği ibareleri ikincil derecede bir öneme sahiptir.[49] Daha önce de belirtildiği gibi Birleşmiş Milletler Antlaşması insan haklarının korunması gerekçesiyle kuvvet kullanılmasına izin vermemektedir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/4. maddesinde yer bulan kuvvet kullanma yasağı *jus cogens* nitelikte olup insani müdahale bu yasağın istisnası olarak kabul edilmemektedir.[50] Çünkü *jus cogens* nitelikte olan bir kural ancak aynı nitelikteki bir kural ile değiştirilebilmektedir.[51] Bu husus, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde de düzenlenmiştir.[52]

Son olarak insani müdahalenin hukuka uygun olduğu, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne[53] dayandırılmaktadır. Soykırım yasağı insanlığa karşı tüm suçların üstünde kabul edilen *jus cogens* bir kural olduğundan, soykırım suçunun işlenmesi halinde insani müdahale gerekçesiyle kuvvet kullanılabileceği düşünülmektedir.[54]Ancak, soykırım suçunun işlenmesi nedeniyle suç işleyenlere müdahale edilmesi konusunda devletler, soykırım fiillerinin önlenmesi için gerekli gördükleri takdirde Birleşmiş Milletlerin yetkili organlarından Birleşmiş Milletler Antlaşmasına göre hareket etmesini isteyebilirler.[55] Başka bir deyişle, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Ce-

[49] Başeren, s. 178-179.

[50] Başeren, s. 179.

[51] Denk, Erdem. "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt: 56, Sayı: 2, 2001, s. 53, 62.

[52] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 5 Aralık 1966 tarih ve 2166 sayılı ve 6 Aralık 1967 tarih ve 2287 Sayılı kararlarla toplanan Konferansın sonucunda 22 Mayıs 1969 tarihinde benimsenmiştir. Antlaşma, 34 devletin onaylaması ile 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[53] Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1948 Tarihli ve 260 A (III) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya ve onaya veya katılmaya sunulmuştur. Yürürlüğe giriş tarihi 12 Ocak 1951'dir.

[54] Başeren, s. 180.

[55] 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, m. 8.

zalandırılması Sözleşmesi, devletlere Birleşmiş Milletler'in kararı olmadan insani müdahale yetkisi vermemektedir.[56]

İnsani müdahalenin hukuka uygun olduğunu savunan görüşlerin yanı sıra, bunun hukuka aykırı olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüştekiler, insani müdahaleye daha çok insanın ölümüne sebep olması ve daha fazla insan hakları ihlallerine yol açması gerekçeleriyle karşı çıkmaktadırlar.[57] Ayrıca insani müdahalede bulunurken devletlerin seçici davranmaları bir başka karşı çıkış sebebidir. Devletlerin müdahalede bulunurken bazı insani krizlere sessiz kalmaları, buna karşın bazı durumlarda harekete geçmeleri insani müdahale konusunda bir istikrar olmadığını göstermektedir.[58]

Öte yandan, insani müdahale, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/4. maddesinde düzenlenen kuvvet kullanma yasağını ihlal etmesine rağmen, bazı durumlarda doğurduğu sonuçlar bakımından savunulmaktadır. Kuvvet kullanılmaması sebebiyle ortaya çıkabilecek ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle insani müdahale haklı gösterilmektedir. Örneğin, Kosova'ya insani müdahale gerekçesiyle kuvvet kullanılması uluslararası hukuka uygun kabul edilmese bile meşru sayılmaktadır.[59]

Avrupa Parlamentosu'nun 1994 yılında insani müdahaleye ilişkin aldığı kararda insani müdahalenin mevcut uluslararası hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir.[60] Ancak, karara göre insani müdahale gerekçesiyle

[56] Holzgrefe, Jeff L. "The Humanitarian Intervention Debate", (Ed.) Jeff L. Holzgrefe ve Robert O. Keohane, Humanitarian Intervention: Legal, Ethical and Political Dilemmas, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 44.

[57] Bu değerlendirme, insani müdahale gerekçesiyle kuvvet kullanma üzerine yapılan tartışmanın yeni bir tartışma olmadığı fikrini desteklemektedir. Nitekim bu çalışmanın başında atıf yaptığımız Sepulveda-Las Casas tartışmasında hatırlanacağı üzere, yerli halka yapılan müdahaleleri meşrulaştırmak için ileri sürülen masum insanları koruma gerekçesine daha fazla masum insanın ölmesi sebebiyle karşı çıkılmıştı. Günümüzde, insani müdahale gerekçesiyle kuvvet kullanmaya karşı çıkanlar aynı düşünceyi paylaşmaktadır.

[58] Keskin, s. 56.

[59] Janse, Ronald. "The Legitimacy of Humanitarian Intervention," Leiden Journal of International Law, Cilt: 19, No: 3, 2006, s. 669.

[60] European Parliament Resolution on the Right of Humanitarian Intervention A3-0227/94, Official Journal of European Communities No C 128/225, A3-0227/94, in EC, Law in Humanitarian Crises, Vol: 2,

kuvvet kullanmaya başvurulması için bazı kriterlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu kriterler şöyle sıralanmaktadır:

Müdahale edilecek yerde olağanüstü insan hakları ihlalleri yaşanmalı ve askeri müdahaleden başka çare olmamalı,

Birleşmiş Milletler makul zamanda müdahale edemeyecek durumda olmalı,

Kuvvet kullanma dışındaki diğer tüm yollar denenmeli ve tüketilmeli,

Müdahalenin amacı ekonomik ya da politik olmamalı, insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacıyla müdahale yapılmalı,

Başka herhangi bir bölgede uluslararası hukuka aykırı olarak müdahelede bulunan devletin bu hukuka aykırı eylemini sonlandırmadan insani müdahalede yer almasına izin verilmemeli,

Müdahale amacı ile sınırlı kalmalı,

Müdahale geçici olmalı,

Müdahale Birleşmiş Milletlere derhal bildirilmeli ve itiraz görmemeli,

Müdahale, uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye sokmamalı ve var olan durumu kötüleştirmemeli.[61]

"Access to Victims: Right to Intervene or Right to Receive Humanitarian Assistance?", Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1995, http://www.nzdl.org/gsdlmod?e=d-00000-00---off-0aedl--00-0----0-10-0---0---0direct-10---4-------0-1l--11-en-50---20-about---00-0-1-00-0--4----0-0-11-10-0utfZz-8-00&cl=CL1.3&d=HASH80329ac5344ee3d84b07fa.4.6&gt=1, E.T.: 20.02.2016.

[61] European Parliament Resolution on the Right of Humanitarian Intervention A3-0227/94, http://www.nzdl.org/gsdlmod?e=d-00000-00---off-0aedl--00-0----0-10-0---0---0direct-10---4-------0-1l--11-en-50---20-about---00-0-1-00-0--4----0-0-11-10-0utfZz-8-00&cl=CL1.3&d=HASH80329ac5344ee3d84b07fa.4.6&gt=1, E.T.: 20.02.2016.; Kurtuluş, Yıldız Tuğba. "The United Nations And Rwanda: A Case Study In Humanitarian Intervention", Bilkent Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans

5- Koruma Sorumluluğu

Daha önce de belirtildiği gibi, Soğuk Savaş döneminde devletlerarası ilişkileri düzenleyen temel normlar devlet egemenliği ve iç işlerine karışmama ilkeleriydi. Bu ilkelerin belirleyiciliği altındaki Soğuk Savaş dönemindeki uluslararası ilişkilerde az sayıda insani müdahale örneğinin olduğu gözlemlenmektedir. SSCB'nin dağılması ve iki kutupluluğun sona ermesi ile beraber dar yorumlanan uluslararası barış ve güvenliğin korunması kavramlarının insani değerleri de içerecek şekilde yorumlanması söz konusu olmuştur.[62]

Ruanda ve Bosna Hersek'teki insani krizler ve 1999 yılında NATO'nun insani gerekçelerle Güvenlik Konseyi yetkilendirmesi olmaksızın Kosova'ya müdahalesi insani müdahale kavramını yeniden tartışmaya açmıştır. Bir devlette insani bir krizin ortaya çıkması ve devletin bunu sona erdirme noktasındaki yetersizliği veya başarısızlığı, uluslararası toplumun müdahale hakkı, müdahalenin kim tarafından nasıl ve ne zaman yapılacağı sorularını beraberinde getirmiştir. Koruma sorumluluğu, "bu sorulara cevap niteliği taşıyan ve gelişmekte olan uluslararası etik bir norm"[63] olarak değerlendirilmektedir.

Koruma sorumluluğu doktrinin temeli 1980'lerin sonunda Fernando Teson'un geliştirdiği kurama dayandırılmaktadır. Bu kurama göre, devletin görevi vatandaşlarının insan haklarını korumaktır. Bunun aksi durumunda, devletin iç ve dış meşruiyetinden söz edilemez. Teson'un bu kuramına göre devlet bu işlevini yerine getiremediği zaman insani müdahale hukuka uygundur.[64]

Tezi, Ankara, 2001, s. 28-29.

62 Arsava, Füsun. "BM Güvenlik Konseyinin İnsan Haklarını Koruma Rolü ve Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 4, No: 13, 2008, s. 4.

63 Eldem, Tuba. " 'Koruma Sorumluluğu' Normunun Libya ve Suriye Krizleri Bağlamında İşlevselliği", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 11, No: 43, 2015, s. 6.

64 Keskin, s. 63.

Kanada hükümetinin öncülüğünde 2001 yılında kurulan *Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (International Commission on Intervention and State Sovereignty – ICISS)* tarafından geliştirilen koruma sorumluluğu doktrini, Komisyonun kurulduğu 2001 yılında Koruma Sorumluluğu adlı raporu yayımlamasıyla uluslararası toplumun gündemine girmiştir.[65] ICISS Raporu, devletlerin vatandaşlarının insan haklarını güvence altına almasının egemenlikten kaynaklanan bir sorumluluk olduğunu öne sürmektedir. Rapora göre, bir devletin kendi vatandaşlarını koruyamadığı veya korumada yetersiz veya isteksiz kaldığı durumlarda söz konusu sorumluluk uluslararası topluma düşmektedir. Yani koruma sorumluluğu iki temel düşünce üzerine kuruludur. Birincisi, devletin ülkesindeki insanları koruma yükümlülüğünün devletin egemenliğinden kaynaklandığıdır. İkincisi, devlet ülkesindeki insanları korumuyor ya da koruyamıyor ise uluslararası sorumluluğun devreye gireceğidir.[66] Koruma sorumluluğu doktrini, 'başarısız bir devlet'e karşı askeri bir müdahalenin ancak şu altı kriter karşılandığında söz konusu olabileceğini değerlendirmektedir.[67]

Haklı Neden: Kitlesel ölümlerin, terör eylemlerinin, tecavüz veya etnik temizliğin söz konusu olması. Söz konusu bu durumların devletin eylemlerinden, ihmalinden veya yetersizliğinden kaynaklanması.

Doğru Amaç: İnsani krizin sona erdirilmesi. Krizin sona erdirilmesi dışında sınır değişikliklerinin amaçlanmaması ve savaşçı grupların desteklenmemesi.

Son Çare: İnsani krizi sonlandırmak için tüm diplomatik ve askeri olmayan yolların denenmiş olması ve sonuç alınamaması durumunda

---

65 Eldem, s. 9.

66 Winkelmann, Ingo. "Responsibility to Protect", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, par. 1, http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1464?rskey=20AgNj&result=3&prd=OPIL, E.T.: 21.02.2016.

67 ICISS, The Responsibility to Protect The International Commission on Intervention and State Sovereignty, International Development Research Centre, Ottowa, 2001, s. 32-38.; Focarelli, Carlo. "The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention: Too Many Ambiguities for a Working Doctrine", Journal of Conflict and Security Law, Vol: 13, No: 2, 2008, s. 193-199.; Winkelmann, par. 9.

askeri yöntemlere başvurulması. Barışçıl yolların sonuç vermemesi durumunda doğrudan askeri müdahalenin söz konusu olması.

Orantılı Yöntemler: Askeri müdahalenin kapsamının, süresinin ve yoğunluğunun insani krizin sona erdirilmesi için gereken ölçüde uygulanması.

Makul Başarı Beklentisi: Askeri müdahalenin makul bir başarı şansına sahip olması. Müdahale durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel olumsuzlukların, müdahale olmadığında ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan az olması durumu.

Doğru Otorite: Askeri müdahale için Güvenlik Konseyi'nin kararının bulunması, veto nedeniyle Konseyin karar alamaması durumunda Genel Kurul ve bölgesel örgütlerin müdahale kararı alması.

ICISS'in raporu koruma sorumluluğunun tabi olacağı ilkeleri belirlemiştir. 2004 yılında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından kurulan 16 kişilik *Yüksek Kurul (High- level Panel on Threats, Challenges and Change)* Raporu bu kriterlere yer vermektir.[68] Koruma sorumluluğuna 24 Ekim 2005 tarihli Birleşmiş Milletler reformu için yapılan Dünya Zirvesi Sonuç Belgesinde de yer verilmiştir.[69] Sonuç Belgesi'nde, her devletin vatandaşlarını soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçlardan koruma sorumluluğu olduğunu ve bir devletin bu sorumluluğu yerine getirememesi durumunda uluslararası toplumun harekete geçme sorumluluğunun olduğu belirtilmiştir.[70]

---

[68] Sur, Uluslararasrası Hukukun Esasları, s. 124.; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "Report of the High Level Panel on Threats, Challenges and Change", A/59/565, 2 Aralık 2004, s. 13, https://www1.umn.edu/humanrts/instree/report.pdf, E.T.: 20.02.2016.

[69] Arsava, Füsun. "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 1, 2011, s. 106.

[70] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, ''2005 World Summit Outcome'', Genel Kurul tarafından kabul edilen belge, A/RES/60/1, 24 Ekim 2005, http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf, E.T.: 17.01.2016, s. 30.

2009 yılında 67 devletin imzasıyla Genel Kurul'un 63/308 sayılı kararı ile "Koruma Sorumluluğu Uygulama Raporu"[71] kabul edilmiştir. Bu rapora göre, koruma sorumluluğu doktrini ile ilgili üç sütun belirlenmiştir. İlki, devletlerin vatandaşlarını soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi ağır insan hakları ihlallerinden korumasıdır. İkincisi, devletlerin bu korumayı gerçekleştirememesi durumunda uluslararası topluluğun sorumluluğunun devreye girmesidir. Üçüncüsü ise, vatandaşlarını koruyamayan devletlere Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde müdahale edileceğidir.

Bu şekilde geliştirilen koruma sorumluluğu doktrini genel olarak üç aşama etrafında şekillenmiştir: önleyicilik, denetim ve gözetim, yeniden inşa. Önleyicilik, krizin nedenlerini önceden tespit edip krizi önlemeye çalışmaktır. Krizlerin nedeni kriz bölgelerindeki yoksulluk olarak görülmekte ve bu bölgelerin küresel ekonomiye dahil edilmesiyle krizin çözülebileceği savunulmaktadır.[72] Önleyicilik, kriz çıkmadan önce krizin yaşandığı bölgelerin kontrol altına alınması, Birleşmiş Milletler'in bu bölgelerde sürekli müdahil olması ve ekonomiyi yönlendirmesidir. Denetim ve gözetim, Birleşmiş Milletler güçlerinin bu bölgelerdeki ekonomik, askeri ve siyasi alanları sürekli gözetim altında tutması anlamına gelmektedir. Yeniden inşa ise, krizin olduğu bölgelerde siyasi, ekonomik ve askeri yeniden yapılanmanın Birleşmiş Milletler tarafından gerçekleştirilmesidir.[73] Sonuç olarak, koruma sorumluluğunun aşamalı bir sorumluluk olarak düşünüldüğü ve tamamlayıcı bir işlevinin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu aşamalar, sömürgeci politikaların yeniden şekillendirildiğini göstermektedir. Birleşmiş Milletler, koruma sorumluluğu ile öngörülen şartların oluşması durumunda başarısız devletlere müdahale ede-

[71] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "The Responsibility to Protect", A/RES/63/308, 7 Ekim 2009, http://responsibilitytoprotect.org/Resolution%20RtoP%283%29.pdf, E.T.: 17.01.2016.

[72] Yonucu, Deniz. "Koruma Sorumluluğu Doktrini ve Yeni Sömürgecilik", Evrensel Kültür Dergisi, Kasım 2011, http://www.academia.edu/1080843/Koruma_sorumlulu%C4%9Fu_doktrini_ve_yeni_s%C3%B6m%C3%BCrgecilik_Responsibility_to_Protect_and_Neocolonialism, E.T.: 10.01.2016, par. 7.

[73] Yonucu, par. 7.

bilecektir. Bu kapsamda Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu müdahale kararına Libya örnek gösterilmektedir. Libya'da 2011 yılında Muammer Kaddafi karşıtı protestoların hükümet güçleri tarafından şiddet kullanılarak bastırılmaya çalışılması ile ülke bir iç savaşa sürüklenmiştir. Güvenlik Konseyi, Libya'da insan hakları ihlallerinin ciddi boyutlara vardığı tespitini yaparak 1970 sayılı kararında askeri ambargo uygulanması, seyahat yasağı, mal varlığının dondurulması, yaptırım komitesinin kurulması ve insani yardım yapılması yönünde karar almıştır.[74] Konsey, 1970 sayılı kararın istenilen sonucu vermemesi ve şiddetin sona ermemesi gibi nedenlerle uçuşa yasak bölge oluşturulmasına izin veren 1973 sayılı kararı almıştır. Son karar, yaptırımların kapsamını genişletmiş ve kimlere uygulanacağını sıralamıştır. Ayrıca sivillerin korunması için VII. Bölüm kapsamında gerekli tüm tedbirlerin alınmasına karar verilmiştir.[75] Böylece Libya'ya askeri müdahaleye giden yol açılmıştır.[76] Libya'ya yönelik alınan bu kararın uçuşa yasak bölge tesisi, koruma sorumluluğu bağlamında yer alır.[77] 1973 sayılı kararda, ülkede bir yabancı işgale izin verilmemektedir. Karara dayanılarak yapılan askeri müdahale koruma sorumluluğu adı altında yapılan ilk müdahale olarak kabul edilir.[78]

SONUÇ

Bu çalışmada insani müdahalenin hukuka uygunluğu sorunu incelenmiştir. İnsani müdahale kavramı Soğuk Savaş'ın ortadan kalkması ve SSCB'nin dağılmasından sonra yapılan müdahalelerin gerekçesi olarak gösterilse de bu kavram yeni değildir. Devletlerin sömürgeleştirme faaliyetlerini yürütmek ve bu faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağla-

[74] Güvenlik Konseyi, 26 Şubat 2011, 1970 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011), E.T.: 17.01.2016.

[75] Güvenlik Konseyi, 17 Mart 2011, 1973 Sayılı Kararı http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011), E.T.: 10.01.2016.

[76] Bağbaşlıoğlu, Arif. "Nato'nun Alan Dışı Algılamasındaki Değişiminin Kuvvet Kullanma Hukuku'na Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme", (Ed.) Murat Saraçlı, Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, BigBang Yayınları, Ankara, 2012, s. 204.

[77] Sur, Melda. "Birleşmiş Milletler Örgütünün Gelişimi ve Geleceği", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C.III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 2548.

[78] Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, s. 126.

mak için gerekçelendirme çabaları her zaman olmuştur. Müdahalelerin gerekçesi 16. yüzyılda barbar toplumların eğitilmesiyken, sömürgecilik döneminde ilkel toplumların uygarlaştırılması olmuştur. Sömürge sonrası dönemde ise artık bu gerekçeler meşruiyetlerini yitirince yeni bir kavram olarak insan hakları ortaya atılmıştır.

Sömürge sonrası dönemde bağımsızlığını kazanan eski sömürge devletler Birleşmiş Milletler üyesi olmuşlardır. Bu devletler, devletlerin egemen eşitliği ve içişlerine karışmama ilkelerinden yararlanmaktadır. İnsani müdahale, bu iki ilkenin ihlal edilmesine sebep olduğu için eleştirilmekte ve hukuka uygun olmadığı savunulmaktadır. Bu soruna çözüm bulmak ve müdahalelere hukuki bir gerekçe kazandırmak amacıyla koruma sorumluluğu doktrini ortaya atılmıştır. Bu kez de müdahalelerin gerekçesi, başarısız devletlerin sorumluluklarını yerine getirememesi olmuştur. Egemenlik kavramı yeniden tanımlanmış ve vatandaşların haklarını korumak devletlerin hakkı değil sorumluluğu olarak yorumlanmıştır. Kısaca belirtmek gerekirse, insani müdahale ya da koruma sorumluluğu yeni değildir ve müdahalelerin hukuka uygun hale getirilmesi için başvurulan kavramlardır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması, insani müdahaleyi kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak kabul etmemektedir. Her ne kadar insani gerekçelere dayansa da Güvenlik Konseyi'nin kararı olmaksızın yapılan müdahaleler uluslararası hukuka aykırıdır. İnsani müdahalenin hukuka uygun olduğunu savunanlar bunu meşru müdafaa kapsamında açıklamaya çalışmaktadır. Ancak, insani müdahalede bir devletin başka bir devletin vatandaşlarını koruma amacıyla müdahalede bulunması söz konusu olduğu için meşru müdafaa savı ile insani müdahale gerekçelendirilemez. Ayrıca devlet uygulamalarına ve müdahalede bulunan devletlerin yaptığı açıklamalara bakıldığında, insani müdahale konusunda herhangi bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı oluşmadığı anlaşılmaktadır. Uluslararası toplumun dünyanın birçok yerinde meydana gelen ağır insan hakları ihlallerine sessiz kaldıkları ve insani müdahale konusunda seçici davrandıkları görülmektedir. Müdahalelerin seçimlik niteliği de insani müdahale konusunda bir örf ve adet hukuku kuralı oluşmadığını göstermektedir.

Sonuç olarak, insani müdahale içişlerine karışmama ve devletlerin egemen eşitliği ilkelerine aykırıdır. Bu ilkelere aykırı olan insani müdahaleyi hukuka uygun hale getirmek amacıyla koruma sorumluluğu doktrini ortaya atılmıştır. Bu doktrin, klasik egemenlik anlayışını değiştirmekte, egemenliği devletlerin hakkı değil sorumluluğu olarak yeniden yorumlamaktadır. Buna göre, devlet vatandaşlarının insan haklarını koruyamıyorsa bazı hukuki sonuçlar meydana gelecektir. Ancak, bu doktrin insani müdahaleden tamamen farklı değildir. Koruma sorumluluğu doktrini, son dönemdeki müdahalelere hukuki bir zemin yaratma amacı taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Köker, Levent. Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 2009.

Ağır, Bülent Sarper. "İnsani Müdahale Tartışmaları ve Kuvvet Kullanma Hukuku Çerçevesinde NATO'nun 1999 Kosova Müdahalesi", (Ed.) Murat Saraçlı, Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, BigBang Yayınları, Ankara, 2012, s. 211-234.

Arsava, Füsun. "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, 2011, s. 101-124.

Arsava, Füsun. "BM Güvenlik Konseyinin İnsan Haklarını Koruma Rolü ve Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 4, No: 13, 2008, s. 1-15.

Bağbaşlıoğlu, Arif. "Nato'nun Alan Dışı Algılamasındaki Değişiminin Kuvvet Kullanma Hukuku'na Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme", (Ed.) Murat Saraçlı, Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, BigBang Yayınları, Ankara, 2012, s. 181- 210.

Başeren, Sertaç Hami. Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 2003.

Bozkurt, Enver., Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin. Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2012.

Denk, Erdem. "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 56, Sayı: 2, 2001, s. 43-70.

Denk, Erdem. Uluslararası Örgütler Hukuku Birleşmiş Milletler Sistemi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.

Duran, Hasan. "Birleşmiş Milletler ve Barışın Korunması", Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, 2002, s. 123-138.

Elçin Ertuğrul, Ümmühan. "İnsani Müdahale (!)", Kuzey Afrika ve Asya Çalışmaları Uluslararası Sempozyumu 38, Ankara, 10-15 Eylül 2007, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, No: 12, Cilt: 2, Ankara, 2011, s. 657-672.

Eldem, Tuba. "Koruma Sorumluluğu' Normunun Libya ve Suriye Krizleri Bağlamında İşlevselliği", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:11, No: 43, 2015, s. 1-38.

Focarelli, Carlo. "The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention: Too Many Ambiguities for a Working Doctrine", Journal of Conflict and Security Law, Vol: 13, No: 2, 2008, s. 191-213.

Gündüz, Aslan. Milletlerarası Hukuk, (Ed.) Volkan Reşat Günel, Beta Basım, 7. Baskı, Ankara, 2014.

Halatçı Ulusoy, Ülkü. "Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde Koruma Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, s. 269-297.

Hancilar, Özhan. "Uluslararası Hukukta İnsani Müdahale", Çankaya University Journal of Law, Cilt: 7, Sayı: 2, Şubat 2011, s. 97-124.

Holzgrefe, Jeff L. "The Humanitarian Intervention Debate", (Ed.) Jeff L. Holzgrefe ve Robert O. Keohane, Humanitarian Intervention: Legal, Ethical and Political Dilemmas, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 15-52.

ICISS. The Responsibility to Protect The International Commission on Intervention and State Sovereignty, International Development Research Centre, Ottowa, 2001.

Janse, Ronald. "The Legitimacy of Humanitarian Intervention," Leiden Journal of International Law, Cilt: 19, No: 3, 2006, s. 669-692.

Keskin, Funda. "İnsancıl Müdahale: 1999 Kosova ve 2003 Irak Sonrası Durum", Uluslararası İlişkiler, Cilt: 3, Sayı: 12, Kış 2006-2007, s. 49-70.

Kurtuluş, Yıldız Tuğba. "The United Nations and Rwanda: A Case Study in Humanitarian Intervention", Bilkent Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001.

Mengiler, Özgür. Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü, Platin Yayınları, Ankara, 2005.

Pazarcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 12. Bası, Ankara, 2013.

Sander, Oral. Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

Sur, Melda. "Birleşmiş Milletler Örgütünün Gelişimi ve Geleceği", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C.III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 2535- 2550.

Sur, Melda. Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Basım, 8. Baskı, İstanbul, 2014.

Tekin, Segah. "İnsani Müdahale ve Libya›nın Geleceği", SDE Analiz, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2011, http://www.sde.org.tr/userfiles/file/INSANI%20MUDAHALE%20KAVRAMI%20VE%20LIBYA%20GELECEGI%20analiz.pdf, E.T.:10.01.2016.

Tütüncü, Ayşe Nur. İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Basım, İstanbul, 2012.

Wallerstein, Immanuel. Avrupa Evrenselciliği İktidarın Retoriği, (Çev.) Sinan Önal, Aram Yayınları, İstanbul, 2007.

Winkelmann, Ingo. "Responsibility to Protect", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1464?rskey=20AgNj&result=3&prd=OPIL, E.T.: 21.02.2016.

Yonucu, Deniz. "Koruma Sorumluluğu Doktrini ve Yeni Sömürgecilik", Evrensel Kültür Dergisi, Kasım 2011, http://www.academia.edu/1080843/Koruma_sorumlulu%C4%9Fu_doktrini_ve_yeni_s%C3%B6m%C3%BCrgecilik_Responsibility_to_Protect_and_Neocolonialism, E.T.: 10.01.2016

Kararlar ve Belgeler:

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "Report of the High Level Panel on Threats, Challenges and Change", A/59/565, 2 Aralık 2004, https://www1.umn.edu/humanrts/instree/report.pdf, E.T.: 20.02.2016.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 1514 (XV) sayılı 14 Aralık 1960 tarihli Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık kararı, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/bm/bm_38.pdf, E.T.: 30.12.2015.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu; "2005 World Summit Outcome", A/RES/60/1, 24 Ekim 2005, http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf, E.T.: 17.01.2016.
Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "The Responsibility to Protect", A/RES/63/308, 7 Ekim 2009, http://responsibilitytoprotect.org/Resolution%20RtoP%283%29.pdf, E.T.: 17.01.2016.

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 2625 (XXV), 21.10.1970, http://www.un-documents.net/a25r2625.htm, E.T.: 17.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 10 Haziran 1999, 1244 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244(1999), E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 13 Ağustos 1992, 770 Sayılı Karar, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/770(1992), E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 14 Temmuz 1960, 143 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/143(1960), E.T.: 25.12.2015.

Güvenlik Konseyi, 17 Mart 2011, 1973 Sayılı Kararı http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011), E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 19 Kasım 1994, 958 Sayılı Kararı http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/958%281994%29, E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 1968, 253 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/253(1968), E.T.: 01.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 20 Kasım 1965, 217 Sayılı Kararı http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/217(1965) , E.T.: 28.12.2015.

Güvenlik Konseyi, 22 Haziran 1994, 929 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/929%281994%29, E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 26 Şubat 2011, 1970 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011), E.T.: 17.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 3 Aralık 1992, 794 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794%281992%29, E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 4 Kasım 1977, 418 Sayılı Kararı, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/418(1977), E.T.: 10.01.2016.

Güvenlik Konseyi, 5 Nisan 1991, 688 Sayılı Kararı, http://www.casi.org.uk/info/undocs/gopher/s91/5, E.T.: 10.01.2016.

European Parliament Resolution on the Right of Humanitarian Intervention A3-0227/94, Official Journal of European Communities No C 128/225, A3-0227/94, in EC, Law in Humanitarian Crises, Vol: 2, "Access to Victims: Right to Intervene or Right to Receive Humanitarian Assistance?", Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1995, http://www.nzdl.org/gsdlmod?e=d-00000-00---off-0aedl--00-0----0-10-0---0---0direct-10---4-------0-1l--11-en-50---20-about---00-0-1-00-0--4----0-0-11-10-0utfZz-8-00&cl=CL1.3&d=HASH80329ac5344ee3d84b07fa.4.6&gt=1, E.T.: 20.02.2016.

Resolution adopted by the General Assembly 2131 (XX). Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, 21.12.1965, http://www.un-documents.net/a20r2131.htm, E.T.: 17.01.2016.

DANIŞTAY DAVA DAİRELERİ ARASINDAKİ İŞ BÖLÜMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

▪ **Dr. Serkan KIZILYEL***

Özet: Yargı düzeninde görev yapan mahkemeler arasında çok farklı ilişkiler gelişmektedir. Bu ilişkiler; iş dağılımı, iş bölümü ve görev olarak üçe ayrılmaktadır. Bu ilişkilerin her birinin hukuksal nedenleri ve sonuçları birbirinden farklıdır. Geleneksel olarak görev ilişkisine dayalı çalışan Danıştay dava daireleri için 6110 sayılı Kanunla iş bölümü esası kabul edilmiştir. Bu yeni ilişki türü, daha sonra kabul edilen kanunlarda da devam ettirilmiştir. İş bölümüne ilişkin kanunlardaki bu belirlemeye rağmen, daireler arasındaki ayırımın görev olarak uygulanmasına devam edilmektedir. Bu çelişkili durum, iş bölümünün idari yargılama usulünde uygulanmasının zorluğundan ve yasa koyucunun bu kavramı hukuki bağlamında kullanmamasından doğmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş Dağılımı, İş Bölümü, Görev, Danıştay, İdari Yargılama Usulü.

Abstract: Many different relationships develop between courts in judicial system. These relationships are divided into three as distribution of work, division of work and jurisdiction. Legal reasons and results of each of these relationships are different. By Law No. 6110, the principle of division for the judicial chambers of Council of State in which jurisdiction has traditionally been applied was adopted. This new type of relationship was also continued in following laws. Despite the determination of the law on division of work, jurisdiction based differentiation among chambers is still in practice. This contradictory situation stems from both implementation difficulty of division of work in administrative trial procedure and misuse of this concept by legislation in legal context.

Keywords: Distribution of Work, Division of Work, Jurisdiction, Council of State, Administrative Trial Procedure.

* Danıştay Kıdemli Tetkik Hâkimi

1. Giriş

Yargı, hukukun ne olduğu konusunda son sözü söyleme tekeline sahiptir. Bu işlevi nedeniyle o, modern devletler ve toplumlar için çok önemlidir. Bundan dolayı, yargısal faaliyetler pozitif hukukta ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Bir güvence oluşturması için de bu konular ancak yasalarda gösterilebilmektedir. Böylece tüm hukuk sistemlerinde yargılamayı konu alan kanunlar bulunmaktadır. Anayasanın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev veya yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği yolundaki hüküm bu gerçeğin bir yansımasıdır.

Yargı düzeninde pek çok mahkeme bulunmaktadır. Bu mahkemeler arasında farklı ilişkiler söz konusu olmaktadır. Bu ilişkilerin bir kısmına hukuksal bir sonuç bağlanmıştır. Görev bu ilişki türünün en iyi örneğidir. Mahkemeler arasında görevin söz konusu olduğu hallerde, kamu düzeninin bir gereği olarak hangi usulün takip edileceği kanunlarda açık bir şekilde yer almaktadır. İş dağılımı gibi bazı ilişki türlerine ise herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamaktadır.

Buna karşın, görev ve iş dağılımı kadar açık olmayan bir ilişki türü daha vardır. O da iş bölümü ilişkisidir. Usul hukukunda bu ilişki asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasında kurulmuştur. İş bölümünde, kamu düzeninden olmasa da gözetilmesi gereken bir ayırım vardır ve taraflara yargılamanın belli bir aşamasına kadar bunu itiraza konu etmeye olanak sağlanmıştır.

Danıştay dava daireleri arasında görev ilişkisi söz konusuyken 9.2.2011 tarih ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile iş bölümü esası kabul edilmiştir. Bu yeni kurum daha sonra muhtelif tarihlerde kabul edilen kanunlarla da devam ettirilmiştir. Bu düzenlemelerden sonra, Danıştay daireleri için kabul edilen bu yeni kurumun niteliği konusunda, doğal olarak, hukuki bir duraksama meydana gelmiştir.

Bu çalışma, Danıştay dava daireleri için kabul edilen iş bölümünün hukuki niteliğinin ne olduğu sorusuna cevap aramak için yapılmıştır. Bu sorunun cevabına ulaşabilmek için de iş dağılımı, iş bölümü ve görev kavramları açıklanmaya çalışılmıştır. Devamında da Danıştay'daki iş bölümünün hukuki dayanakları ile temel ilkeleri ortaya konulmaktadır. İş bölümünün uygulaması ve yargısal denetimi açıklandıktan sonra, çalışmanın en önemli kısmı olan iş bölümünün niteliğine ilişkin tartışmalara geçilmektedir. Makale ile idari yargılama hukukunun bir detay konusu ayrıntılı bir şekilde incelemeye tabi tutulmak istenmiştir.

2. Yetkili Mahkemeler Arasındaki İlişki Türleri

2.1. İş Dağılımı İlişkisi

Mahkemeler arasındaki ilişkinin ilk türünü iş dağılımı oluşturmaktadır. Aynı tür mahkemelerden bir yerde birden fazla olması halinde bu mahkemeler arasındaki ilişki iş dağılımıdır.[1] Kuşkusuz iş dağılımı ilişkisi ancak ilk derece mahkemeleri arasında söz konusu olabilmektedir. Kural olarak, daire ve kurulları bulunan yüksek yargı organlarında iş dağılımının olması mümkün değildir.

Hukuk mahkemeleri arasındaki iş dağılımını düzenleyen 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5. maddesine göre, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir.[2] Bu daireler numaralandırılır. İhtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından belirlenebilir. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır. Buna göre, aynı il veya ilçede bulunan birden fazla sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki iş dağılımıdır.

[1] Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 13. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 159.

[2] Düzenlemede geçen daire kavramından mahkemeyi anlamak gerekmektedir.

Benzer bir düzenleme 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, aynı yargı çevresinde birden fazla idare veya vergi mahkemesinin faaliyet gösterdiği hâllerde, özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, mahkemeler arasındaki iş bölümü HSYK tarafından belirlenebilir. Aynı şekilde burada Mahkemeler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır.

2576 sayılı Kanun her ne kadar idare ve vergi mahkemeleri arasındaki ilişkiye iş bölümü ilişkisi olarak nitelemiş ise de, bunun iş dağılımı olduğu kuşkusuzdur. Zira iş bölümü teknik ve özel olarak farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Bu şekilde birden fazla mahkemenin kurulmuş olmasının temel sebebi iş yükünün dağılması ve azalmasıdır.[3]

Aynı tür mahkemeden birden fazla kurulması halinde kural olarak bu mahkemeler arasında iş dağılımı sayı eşitliği esasına göre yapılmaktadır. İş dağılımı, Ulusal Yargı Ağı Sistemi (UYAP) üzerinden yapılmaktadır ve bu mahkemelere her konudan dava sayısında eşitlik sağlanacak şekilde sıralı olarak dağıtılmaktadır. Dolayısıyla, belirtilen mahkemeler aynı konulara bakmaya devam etmektedir.

Bu bölünme içe dönüktür. Tarafların bu bölünmeye bir müdahalesi söz konusu değildir.[4] Mahkemelerin kendi aralarındaki bu ilişkisinden dolayı hukuki sorun çıkmamaktadır. Çünkü bir uyuşmazlığın aynı yerdeki mahkemelerinden birinde veya ötekisinde görülmesinin herhangi bir önemi yoktur. Bu nedenle aynı yerdeki mahkeme, önüne gelen bir dava hakkında diğer mahkemenin görmesi gerektiğinden bahisle görevsizlik ya da gönderme karar veremez.[5] Benzer şekilde, taraflar da bu konuda bir itirazda bulunamaz. Aynı yerdeki idare ve vergi mahkemelerinin kendi aralarındaki ilişki de böyledir.

[3] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, s. 159.

[4] H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. baskı, İstanbul, Beta Basım, 2011, s. 79.

[5] Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 49.

30.4.2013 tarih ve 6460 sayılı Kanunla 2576 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle idare ve vergi mahkemeleri için ihtisaslaşmaya gidilmesine olanak sağlanmıştır.[6] Bu hükmün verdiği yetkiyle mahkemelerin görevinde olan davalardan bir kısmının bu mahkemelerden biri ya da birkaçı tarafından karara bağlanması konusunda bir belirleme yapılabilmektedir. Bu halde, 2575 sayılı Kanunun 6. maddesine göre genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümleri çözümlemekle görevli olan vergi mahkemelerinden bir ya da bir kaçının gümrük vergilerinden doğan davalara bakma konusunda yetkilendirilmesi mümkündür.

Bu kanuni yetki, mahkemelerin uzmanlaşmasını sağlamak amacına yöneliktir. Uzman mahkemeler, yargı sistemi içerisinde özel olarak yetkilendirilmiş ve bazen yargılama usulü ve üye kompozisyonu genel yetkili mahkemeye göre farklılaşabilen mahkeme türüdür.[7] Kural olarak uzman mahkemeler kanunla kurulmakta ve kurulduğu yerde genel görevli mahkemenin bu görevini bütünüyle almaktadır. Kanunla kurulmasa bile idare ve vergi mahkemeleri arasında ihtisaslaşmayı sağlamak üzere bazı konuların bazı mahkemelere dağıtılması sonrasında ortaya çıkan mahkeme uzman mahkeme olacaktır.[8]

Uzmanlaşmaya gidilmesi durumunda uzmanlaşan mahkemenin iş dağılımına giren bir konudaki davanın diğer aynı tür mahkemeler tarafından karara bağlanıp bağlanamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, örneğin HSYK'ca 2576 sayılı Kanunun verdiği yetki kullanılarak iş dağılımında Ankara 6. İdare Mahkemesinin imar planları konusunda yetkilendirilmesi halinde diğer idare mahkemeleri tarafından imar planı konulu uyuşmazlıkların karara bağlanıp bağlanamayacağı önemli bir sorundur.

[6] Aynı düzenleme 5235 sayılı Kanuna da eklenmiştir.

[7] Mahmut Şen, "İdari Yargıda Uzmanlaşma ve İhtisas Mahkemeleri İhtiyacı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sayı 13, 2013, s. 198-199.

[8] Şen, s. 213.

Bir görüşe göre, kural olarak görev uyuşmazlığı idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleri ya da Danıştay arasında olabilir. Ancak sınırlı durumda aynı yargı çevresinde bulunan idare ya da vergi mahkemeleri arasında da görev uyuşmazlığı çıkabilir. Şöyle ki yetki çevresi aynı olan birden çok idare ve vergi mahkemesinin bulunması ve görev bakımından aralarında bir ayırım yapılmış olması durumunda bu uyuşmazlık söz konusu olabilir.[9]

Görev bakımından bir ayırımının yapılmış olması halinde artık aynı tür mahkemeden bahsedilemeyeceği için bu görüşü, uzmanlaşma sonrasında aynı mahkemeler arasındaki ilişkinin niteliğinde bir değişim olacağı şeklinde anlamak gerekir. Buna göre, HSYK'nın iş dağılımı sonrasında bazı özel davalara bakması istenen mahkemenin diğer mahkemelerle olan ilişkisi bir görev ilişkisine dönecektir. Bu takdirde, göreve ilişkin usul kuralları geçerli olacağı için mahkemece davanın her aşamasında bu durum resen dikkate alınacak, taraflarca ileri sürülebilecek ve temyizde ya da istinafta bozma nedeni olarak kabul edilecektir.

Kanaatimizce, uzmanlaşmaya ilişkin belirleme sonrasında bile uzman mahkeme ile aynı tür mahkeme arasındaki ilişkinin niteliği iş dağılımı olarak kalmaya devam edecektir. Bu bakımdan, uzman mahkemenin bakması gereken bir uyuşmazlık önüne geldiğinde aynı tür mahkemeler davaya bakmaktan imtina edemez. Davanın taraflarınca bu yönde bir itirazda bulunulamaz ve üst yargı ortanı tarafından bu durum bozma nedeni olarak kabul edilemez.

Bunun iki temel nedeni bulunmaktadır. Birincisi, mahkemelerin ve görevlerinin kanun ile düzenlenmesi zorunluluğudur. Anayasanın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu ve görevleri kanunla düzenlenmek durumundadır. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak ihtisaslaşmaya gitmek, kanunla düzenleme şartının yerine getirilmesi olarak kabul edilemez. Bu takdirde, kanunla kurulan idare ve vergi mahkemelerinin görevleri kanunla belirlendiğine göre bu görevlerden bir kısmı-

[9] A. Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, 24. baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2006, s. 353; Ramazan Yıldırım, "Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki", *Amme İdaresi Dergisi*, cilt 29, sayı 3, 1996, s. 95.

na bakmaktan yasaklanmaları ancak açık bir kanun hükmüyle mümkün olabilir. Kanunla bir özel idare ya da vergi mahkemesinin kurulması ve özel görevlerle donatılması halinde aksi durum mümkün olabilecektir.

İkincisi, yargılamanın kanunlarda düzenlenen usuller üzerinden yapılması asıldır.[10] Buna göre, ihtisaslaşma sonrasında yetkilendirilen mahkemenin bakması gereken davalardan diğer mahkemelerin el çekmesi gerektiği konusu usul kanununda yer almadan, mahkemelerin bu yönde bir karar vermesi mümkün değildir. Kanunlarda göreve ve iş bölümüne ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi sonrasında takip edilecek usuller düzenlenmesine karşın, iş bölümü yönünden pozitif hukukun sessiz kalması bu çıkarsamayı desteklemektedir.

Bu durumda, HSYK tarafından ihtisaslaşmanın sağlanması için belirlenen iş dağılımının yaptırımının yargısal değil, idari nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Buna göre, idari olarak bu iş dağılımına mutlaka uyulması gerekir. Buna uymamanın idari olarak bir kısım yaptırımlarının olması da mümkündür. Ancak bu dağılıma dayanılarak mahkemelerin görevden el çektirilmesi mümkün değildir. İfade etmek gerekir ki UYAP tarafından bu dağılıma göre davalara bakacak mahkemeler belirleneceği için uygulamada bu nitelikte çok sorun çıkmayacağı da söylenebilir.

2.2. Görev İlişkisi

Mahkemeler arasında görülen ikinci ilişki türü görevdir. Görev ilişkisi en eski ve usul hukukunda tüm detaylarıyla belirlenmiş olanıdır. Görev, yetkili olan mahkemelerden hangisinin konusu, miktarı, değeri ve niteliği açısından bir davaya bakacağının tayin edilmesidir.[11] Diğer bir ifadeyle yargılama hukukunda görev kavramı, bir mahkemenin konusu itibarıyla bir davaya bakmaya yetkili olup olmadığını belirtmek amacıyla

[10] "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasının istenebileceği yolunda bir düzenleme bulunmadığından istemin incelenmeksizin reddine …" Bkz. Danıştay, Onikinci Daire, E:2014/49, 27.11.2014 (yayımlanmamıştır).

[11] Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 57.

kullanılmaktadır.[12] Hiç kuşku yok ki buradaki görev dar anlamda kullanılan görevdir ve aynı yargı kolu içirişinde bulunan mahkemelerden hangisinin davaya bakmak zorunda olduğunu ortaya koyan ilişkidir.

Mahkemelerin görevleri kanun ile düzenlendiğinden parlamento tarafından kabul edilen kanunlar dışında başka türlü bir düzenleyici işlem ile görevin düzenlenmesi olanaklı değildir. Görev konusu genel olarak usul kanunlarında düzenlenmektedir. Bununla birlikte, özel kanunlarda bir mahkemenin görevli kılındığı da görülmektedir.[13] Her iki halde de mahkemenin anayasaya uygun bir şekilde görevlendirildiğinden bahsetmek mümkündür.

Görev kamu düzenindendir.[14] Kamu düzeninden olması nedeniyle davanın her safhasında resen görevsizlik kararı verilebilir.[15] Bir davaya bakmakta olan mahkeme görevsizlik kararı vermediği sürece o davaya bakmanın kendi görevi içinde olduğunu kabul etmiş demektir.[16] Taraflar yargılamanın her safhasında görevsizlik itirazında bulunabilirler.[17] Yüksek yargı organları da görevsizlik konusunu resen dikkate almak durumundadır.[18] 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine göre, davanın görevsiz bir mahkemede karara bağlanmış olması bir temyiz nedenidir.

---

[12] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 532; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 214.

[13] Örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 78. maddesinin ikinci fıkrası hükmü şöyledir: "Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz."

[14] Ejder Yılmaz, s. 42.

[15] Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 69.

[16] A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku, cilt 2, 5. baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012, s. 775.

[17] Çağlayan, s. 217.

[18] Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 70.

Görevsizlik kararı usuli nihai bir karardır. Çünkü görevsizlik kararından sonra mahkeme, davadan el çekmektedir.[19] İdari yargı yerleri iki tür görevsizlik kararı verebilir. İdari yargı yeri davayı idari yargının görevi içerisinde görmezse davanın görev yönünden reddine karar vermektedir. Buna karşın davayı idari yargının görev alanı içerisinde görmekle birlikte kendi görevi dışında görürse görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli idari yargı yerine göndermektedir. Dosyanın görevli idari yargı yerine gönderilmesi için davacının istemde bulunmasına gerek yoktur.[20]

2.3. İş Bölümü İlişkisi

Mahkemeler arasındaki son ilişki türü ise iş bölümüdür. Bu ilişki iş dağılımı ve kamu düzeninden sayılan görev ilişkilerine göre daha belirsizdir. Belirsizlik bunun usul hukukunda yaygın görülmemesi, yerleşmiş bir kurum olmaması ve dolayısıyla üzerinde teorik tartışmaların fazla yapılmamış olması nedeniyledir.

İş bölümü ilişkisi en belirgin haliyle ticari davalarda kendini göstermiştir. Dar ve teknik anlamdaki işbölümü, aynı yerde asliye hukuk mahkemesi yanında asliye ticaret mahkemesinin kurulması durumunda söz konusu olmuştur. Bu nedenle iş bölümü denildiğinde asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki anlaşılmaktadır.[21]

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun mülga 5. maddesine göre, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin tüm ticari davalara bakmakla görevli olduğu, ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılacağı, bir davanın ticari veya hukuki niteliği nedeniyle mahkemenin iş alanına girip girmediğinin taraflarca sadece ilk itiraz[22] şeklinde ileri sürülebileceği, ilk itirazın

[19] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, s. 131.

[20] Gözübüyük ve Tan, s. 776.

[21] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, s. 159.

[22] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 116. maddesinde ilk itirazlar; kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı ve iş bölümü

haklı görüldüğü hallerde dosyanın talep üzerine ilgili mahkemeye gönderileceği, kararın sözlü bildirimi veya tebliği tarihinden itibaren on gün içinde yenilenecek davaya bu mahkemenin bakmak zorunda olduğu ve ticari bir davanın hukuk mahkemesi, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesinin hükmün bozulması için yalnız başına yeterli bir sebep oluşturmayacağı hükme bağlanmıştı.

Görüldüğü üzere buradaki düzenlemeye göre, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki bir kamu düzeni ilişkisi değildir. Kural olarak, ticari davaların asliye ticaret mahkemesi tarafından görülerek karara bağlanması yasa koyucu tarafından istenmektedir. Ancak aynı mahkeme türü olması nedeniyle de bu davalara asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılması da fazlaca yadırganmamıştır. Bu durumda, iş bölümünün gözetilmesi tarafların ilk itiraz olarak karşı çıkmalarına bağlanmıştır. Ancak bu yönde itiraz olmazsa nihai karar görevli yargı yerince verilen karar olarak kabul edilecek ve bu durum yüksek yargı organlarında bozma nedeni olarak kullanılamayacaktır.

İş bölümüne yasal dayanak oluşturan bu maddede 26/6/2012 tarih ve 6335 sayılı Kanunun 2. maddesiyle yapılan değişiklik ile asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında ayırım iş bölümü olmaktan çıkarılarak görev ilişkisine dönüştürülmüştür. Böylece iş mahkemesi, tüketici mahkemesi, fikri ve sınai haklar mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki bölünmeye benzer şekilde ticaret mahkemesiyle iş bölümüne dayanan ayırım ortadan kalkmış bulunmaktadır.[23] İdari yargıya ilişkin kanunlarda da iş bölümü kavramı kullanılmaktadır. 2576 sayılı Kanunun 2. maddesinde, aynı yargı çevresinde faaliyet gös-

itirazından ibarettir. Aynı Kanunun 117. maddesinde ise, ilk itirazların hepsinin cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorunda olduğu, aksi hâlde dinlenemeyeceği, bunların dava şartlarından sonra inceleneceği ve ön sorunlar gibi incelenerek karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır.

[23] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, s. 160. İşbölümü ilişkisinin görev ilişkisine dönüştürülme gerekçesi şöyledir: "Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki göreve ilişkin usul hükümlerinin uygulanması bakımından ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesine yönelik olarak maddede değişiklik yapılmıştır." Bkz. Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/630), s. 6, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf, (Erişim: 16 Kasım 2015)

teren birden fazla idare veya vergi mahkemesi arasında iş bölümü yapılacağı düzenlenmektedir. Benzer şekilde, aynı Kanunun 3/C maddesi de, bölge idare mahkemeleri daireleri arasında iş bölümü yapılacağını hükme bağlamaktadır. Anılan düzenlemelerdeki ayırımın usul hukukunda karşılığının iş dağılımı olduğu daha önce açıklanmıştı.

3. Danıştay'daki İş Bölümü Uygulaması

3.1. İş Bölümünün Pozitif Temelleri

2575 sayılı Kanunun ilk halinde Danıştay dava dairelerinin görevleri Kanunda tek tek yer almaktaydı. Yeni daire kurulması ya da var olan dairelerin görevlerinde önemli bir değişikliğe gidilmesi kanun ile mümkündü. Ancak Kanunun 26. maddesinde, Başkanlar Kuruluna[24] iş yükü bakımından zorunluluk doğması durumunda, vergi dava dairelerinin birini idari dava dairesi olarak, idari dava dairelerinin birini vergi dava dairesi olarak görevlendirilmesine olanak sağlanmıştı.[25]

Benzer şekilde, Kanunun 37. maddesine göre, dava dairelerinin işlerinde birbirine göre dengesizlik oluşması halinde, bir dairenin görevine giren işlerden bir bölümü, Başkanlar Kurulu kararıyla diğer dava dairelerine verilebilmekteydi.[26] Bu hükme dayanılarak iş dağılımının dengelenmesi ve süratle sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla dava dairelerinin görevlerinde, Kanuna aykırı olmayacak şekilde düzenlemeye yapılmaktaydı.[27]

---

[24] 2575 sayılı Kanunun 19. maddesine göre Başkanlar Kurulu, Danıştay Başkanının başkanlığında Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanlarından oluşur.

[25] Bu olanak, 2.6.2000 tarih ve 4575 sayılı Kanunun 3. maddesi ile benimsenmiştir.

[26] 2.6.2000 tarih ve 4575 sayılı Kanunun 3. maddesi ile benimsenmiş ve sonraki kanuni düzenlemelerde devam ettirilmiştir.

[27] 20.3.2008 tarih ve 26822 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Danıştay Başkanlar Kurulunun 14.3.2008 tarih ve 2008/6 sayılı kararı bu yönde alınmış son karardır. Karar metni şöyledir:
" ... İdari dava dairelerindeki iş dağılımının dengelenmesi ve dosyaların süratle sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla:
1- Onbirinci Dairede görülmekte olan;
a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiş olan parasal haklara, (Göstergeler, vekâlet görevi, ikinci görev, ders görevi, mali hükümler, 'aylık, katsayı, vekâlet aylığı, ikinci görev aylığı, ders ve kon-

9.2.2011 tarihinde 6110 sayılı Kanunla 2575 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak yeni bir sisteme geçilmiştir. Anılan değişiklikten sonra Kanunun 27. maddesinde, dava dairelerinden Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve Dokuzuncu dairelerin vergi dava dairesi, diğer dava dairelerinin ise idari dava dairesi olarak görev yapacağı, idari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin kendi aralarında iş bölümü esasına göre çalışacağı düzenlenmiştir. Böylece ilk defa Danıştay dava daireleri arasındaki ilişkinin bir iş bölümü ilişkisi olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır.[28]

Mevcut düzenlemeye göre, idari uyuşmazlıklar ve davalar onbeş dava dairesi ile idari ve vergi dava daireleri kurullarında karara bağlanmaktadır.[29] İş yükü bakımından zorunluluk doğması hâlinde vergi dava daireleri, idari dava daireleri veya idari dairelerden birinin veya birkaçının görev alanını değiştirilerek bu daireler vergi dava dairesi, idari dava dairesi veya idari daire olarak görevlendirilebilir.[30] Yine idari dava da-

ferans ücreti, fazla çalışma ücreti, temsil giderleri', parasal ödül, makam tazminatı, yabancı dil tazminatı, lojman tazminatı, ek tazminat, ek ödenek, taban ve kıdem aylığı ile bunlar dışında kalan iş sonu tazminatı ve 657 sayılı Kanunun 152'nci maddesinde düzenlenen zam ve tazminatlar),
b) 969 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Merkez ve Taşra Kuruluşlarına Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, bu Kanun kapsamında bulunan personele yapılan ödemelere,
c) 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13'üncü maddesi uyarınca, Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan memurlar ile diğer personele yapılan ek ödemelere,
ilişkin davaların İkinci Dairede görülmesine,
2- Devredilmesi öngörülen konulara ilişkin uyuşmazlık dosyalarının ayrıca bir karar verilmesine gerek olmadan İkinci Daireye devredilmesine,
3- Karar uyarınca devredilen dosyalara ilişkin olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53'üncü maddesi hükmüne göre yargılamanın yenilenmesi ile 54'üncü maddesi hükmüne göre kararın düzeltilmesi istemlerinin İkinci Dairece sonuçlandırılmasına, ..."

[28] Kanunun madde gerekçesinde iş bölümüne geçilmesinin nedeni ortaya konulmamaktadır. Madde gerekçesi şöyledir: "Maddeyle, 2575 sayılı Kanunun 27 nci maddesi başlığı ile birlikte değiştirilerek, Başkanlık Kuruluna, Danıştay dava daireleri arasındaki işbölümü karar tasarısını hazırlama yetkisi verilmektedir. Ayrıca, dairelerden birinin yıl içinde gelen işlerinin normal çalışma ile karşılanamayacak oranda artması ve daireler arasında iş bakımından bir dengesizlik meydana gelmesi halinde de Başkanlık Kurulunca işbölümü karar tasarısı hazırlanacaktır. Hazırlanan işbölümü karar tasarısının, toplantı gününden yedi gün önce ilan edilmek kaydıyla Genel Kurulun onayına sunulacağı, Genel Kurulun, işbölümü karar tasarısını aynen onaylayabileceği gibi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine değiştirerek de onaylayabileceği hususları düzenlenmektedir."

[29] 6110 sayılı Kanundan sonra 6494 ve 6572 sayılı Kanunlarla da 2575 sayılı Kanunda değişikliğe gidilmiştir.

[30] 22.12.2014 tarih ve 29213 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Başkanlık Kurulunun 22.12.2014 tarih ve 2014/16 sayılı kararıyla idari daire olan Danıştay Onyedinci Dairesi dava dairesine dönüştürüldüğünden fiilen onaltı dava dairesi görev yapmaktadır (bu karar 2014/17 sayılı karar metni içinde yer almıştır).

ireleri ile vergi dava daireleri kendi aralarında iş bölümü esasına göre çalışmaktadır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde dava daireleri arasındaki iş bölümü, Başkanlık Kurulu[31] tarafından belirlenmektedir.

Danıştay dava daireleri arasındaki iş bölümü kararıyla dairelerin çözeceği uyuşmazlık türleri belirlenmektedir.[32] Bu kararda, her bir dairenin hangi konulara bakacağı tek tek sayılmaktadır. Bazı daireler ise, diğer dairelerin işine girmeyen ve iş bölümü kararında sayılamayan uyuşmazlıklar konusunda görevlendirilmektedir.[33] İş bölümünde dairelerin çözümleyeceği uyuşmazlık türleri belirlenirken dairelerin tecrübesi ve derdest dosya sayısı belirleyici olmaktadır.

İş bölümüne ilişkin kararın alınması yetkisinin Başkanlar Kuruluna verilmesi işin gerekleriyle uyumlu olacaktır. Başkanlık Kurulu, Danıştay meslek mensupları, tetkik hâkimleri ve savcıları hakkında personel hukukuna ilişkin konuları karara bağlamaktadır. Buna karşın, Başkanlar Kurulu daireler arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözmektedir. Başkanlar Kurulu yargısal nitelikli konularda idari kararlar almaktadır ve kararları yargı benzeridir (şibih kazai)[34]. Tüm daire başkanlarının bu Kurulda yer alması nedeniyle de iş bölümü hakkında daha doğru karar alabilecek durumdadır.

---

[31] 2575 sayılı Kanunun 19/A maddesine göre Başkanlık Kurulu; Danıştay Başkanının başkanlığında, üçü daire başkanı ve üçü Danıştay üyesi olmak üzere altı asıl ile ikisi daire başkanı ve ikisi Danıştay üyesi olmak üzere dört yedek üyeden oluşmaktadır.

[32] Uygulanmakta olan iş bölümü kararı Başkanlık Kurulunun 15.1.2016 tarih ve 2016/1 sayılı kararı olup 20.1.2016 tarih ve 29599 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[33] Örneğin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlere ilişkin olup diğer vergi dava dairelerinin görevleri dışında kalan işleri çözme Üçüncü Daireye; kamu görevlileri mevzuatından doğan ve Danıştay İkinci, Onbirinci, Onikinci ve Onaltıncı Dairelerinin görevleri dışında kalan işleri çözme Beşinci Daireye; imar mevzuatından doğan ve Ondördüncü Dairenin görevleri dışında kalan işleri çözme Altıncı Daireye; vergi davalarına bakan dava daireleri hariç, diğer dava dairelerinin görevi dışında kalan uyuşmazlıklara ilişkin davaları ve temyiz başvuruları çözme Onuncu Daireye bırakılmıştır.

[34] 2575 sayılı Kanunun 52. maddesine konulan bir hüküm ile Başkanlar Kurulunun kararlarının kesin olduğu, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamayacağı kabul edilmiştir. Kanaatimizce yargı yolunun kapatılması Anayasanın 155. maddesine ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

3.2. İş Bölümünün Dayandığı İlkeler

2575 sayılı Kanunun 27. maddesi, yapılacak iş bölümüne ilişkin bazı temel ilkeleri belirlemiştir. Bu ilkeler, Başkanlık Kurulu tarafından iş bölümü yapılırken dikkat edilmesi gereken temel unsurları oluşturmaktadır. Öncelikle vurgulamak gerekir ki iş bölümü Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar esas alınarak yapılmaktadır. Kanun yolları incelemesi ise dava esasına göre belirlenen dairelerde görülmektedir. Buna göre, ilk derece mahkemesi olarak davayı çözümleyen dava dairesi, temyiz ve olağanüstü kanun yolları incelemelerini yapmakla da görevlidir.

Belirtilen ilkelerin bir diğerine göre, iptal davaları ve idari sözleşmelerden doğan davalar yönünden daireler arasındaki iş bölümünün belirlenmesinde uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuat esas alınmaktadır. Uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuattan, idari işlem tesis edilirken esas alınan ve dolayısıyla Danıştay tarafından uyuşmazlığın çözümlenmesinde referans norm olarak kullanılan pozitif düzenlemeler anlaşılmaktadır. Emniyet Genel Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapan davacının bir başkonsoloslukta koruma görevlisi olarak görev yaptığı döneme ilişkin kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi yapılmaması nedeniyle mahrum kaldığını ileri sürdüğü mali haklarının ödenmesi istemiyle açılan bir davada Başkanlar Kurulu, uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuatın Dışişleri Bakanlığı mevzuatı olduğu gerekçesiyle Dışişleri Bakanlığında görevli kamu personeli hakkında uygulanan mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakan Beşince Dairenin görevli olduğuna karar vermiştir.[35]

Benzer şekilde, vergi dava daireleri arasındaki iş bölümü de uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuata göre belirlenmektedir.[36] Ancak vergi

[35] Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2015/69, K:2015/106, 3 Temmuz 2015 (yayımlanmamıştır).

[36] "Olayda, davacı şirket tarafından ithal edilen araçların kıymetinin eksik beyan edildiğinin tespiti üzerine Gümrük Müdürlüğünce, eksik beyan nedeniyle oluşan fark gümrük kıymetleri üzerinden ek özel tüketim vergisi ile bu vergiye isabet eden katma değer vergisinin tahsili gerektiğinin davalı vergi dairesi müdürlüğüne bildirildiği, anılan idarece bildirilen teslim bedeli esas alınmak suretiyle cezalı katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı, dava konusu edilen bu işlemin ithalde alınan katma değer vergisine ilişkin olmadığı ve işlemin

dava daireleri arasındaki iş bölümünün bütünüyle mevzuat ayırımına dayanması olanaklı değildir. Gelir, kurumlar ve katma değer vergilerine ilişkin mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıkların çok olması nedeniyle bu uyuşmazlıklar, üç vergi dava dairesine bölge idare mahkemelerinin yargı çevreleri esasına göre ayrılmış bulunmaktadır.

2012/10 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Tebliğin iptali istemiyle açılan davada Başkanlar Kurulu, dava konusu Tebliğ ile ithal edilen boru bağlantı parçaları için dampinge karşı önlemlerin uygulanmasına devam edilmesine karar verildiği ve özel olarak vergi oranlarının belirlendiği, bu oranlar üzerinden söz konusu malları ithal eden mükelleflere anti-damping vergisinin tahakkuk ettirildiği, dolayısıyla 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan ve bu Kanundaki düzenlemelere dayanan bir vergi türü olduğu hususunda tartışma bulunmayan dampinge karşı önlemlerin yer aldığı dava konusu Tebliğin ithalde alınan vergilere ilişkin düzenleyici bir işlem olduğu gerekçesiyle uyuşmazlığın ithalattan doğan vergilere ilişkin dava ve temyiz başvurularına bakan Yedinci Dairece çözümleneceğine karar vermiştir.[37]

Tam yargı davaları yönünden iş bölümü konusunda özel bir belirleyeme gidilmiştir. Buna göre, tam yargı davaları yönünden iş bölümü zarara neden olan idari işlemden doğan uyuşmazlığı çözmekle görevli daireye göre belirlenmektedir. İdari işlemden kaynaklanan uyuşmazlığı çözmeye görevli daire, mevzuat esasına göre tespit edildiği için idari işlemden kaynaklanan tam yargı davalarında görevli daire uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuata göre belirlenmektedir.

Davacının hissedarı olduğu taşınmaz üzerinde bulunan bina ve müştemilatın davalı idare tarafından yol geçirilmek amacıyla yıkılması

---

dâhilde alınan vergileri tarh ve tahsil etmeye yetkili vergi dairesi müdürlüğünce tesis edildiği anlaşılmaktadır." Bkz. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2012/407, K:2012/339, 3 Kasım 2012 (yayımlanmamıştır).

[37] Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2014/11, K:2014/35, 18 Şubat 2014 (yayımlanmamıştır). Benzer durumdaki diğer yayımlanmamış kararlar için bkz. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2014/36, K:2014/106, 18 Nisan 2014; Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2014/42, K:2014/171, 27 Haziran 2014.

nedeniyle bina ve müştemilat bedelinin tazmini istemiyle açılan davada Başkanlar Kurulu, davacının hissedarı olduğu taşınmaz üzerine ruhsatsız olarak inşa ettiği yapının imar planında söz konusu taşınmaz yolda kaldığından 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18 nci maddesi uyarınca belediye ekiplerince yıkıldığı gerekçesiyle gecekondu mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan dava ve temyiz başvurularını inceleyen dairenin görevli olduğuna karar vermiştir.[38]

İdari işlemin yargısal denetimi sonrasında verilen iptal kararı üzerine açılan tam yargı davalarında, iptal davasını karara bağlayan daire görevli kabul edilmektedir. Anadolu Üniversitesinde memur olarak görev yapmakta iken hazine avukatlığı sözlü sınavını kazanan davacının, söz konusu göreve atanmasına engel teşkil eden sicil raporlarının yargı kararıyla iptal edildiğinden bahisle düşük sicil notları nedeniyle yoksun kaldığını öne sürdüğü maaş farkları ile diğer ödemelerden kaynaklanan parasal hakların ödenmesi ve bir miktar manevi tazminata karar verilmesi istemiyle açılan davada Başkanlar Kurulu, davacı tarafından düşük olarak düzenlenen sicil notlarının iptali istemiyle dava açıldığı, açılan davada idare mahkemesince işlemlerin iptal edildiği, söz konusu kararların temyiz incelemesinde Sekizinci Daire tarafından onandığı ve karar düzeltme istemlerinin reddedildiği, bakılmakta olan tam yargı davasının sicil notlarının düşük düzenlenmesinden doğduğu ve uyuşmazlığın çözümünün zarara neden olduğu ileri sürülen sicil notları hakkındaki kararların temyiz incelemesini yapan daireye ait bulunduğuna karar vermiştir.[39]

[38] Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2012/149, K:2012/184, 12 Ekim 2012 (yayımlanmamıştır). Başka bir olayda ise, davacıya ait baraj gölünün mutlak mesafeli koruma alanında kalan yapıların davalı idarece Kamulaştırma Kanununun 8 nci maddesi uyarınca kamulaştırıldığı ve bedeli ödendikten sonra yıkıldığı, davacı tarafından, yapıların gerçek değerinin kamulaştırma bedelinden daha yüksek olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen zarar ile kamulaştırılan yapıların yıkımı sırasında meyve ağaçlarına verilen zararın ödenmesinin talep edildiği anlaşıldığında, bu haliyle tazmin isteminin Kamulaştırma Kanununun uygulanmasından ve kamulaştırma neticesinde gerçekleştirilen eylemlerden doğduğu sonucuna varılarak kamulaştırma mevzuatından doğan uyuşmazlıkları bakan daire görevli görülmüştür. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2012/158, K:2012/206, 12 Ekim 2012 (yayımlanmamıştır).

[39] Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2014/146, K:2015/37, 6 Şubat 2015 (yayımlanmamıştır). Benzer yöndeki yayımlanmamış kararlar için bkz. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2013/134, K:2013/331, 13 Aralık 2013; Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2014/10, K:2014/33, 18 Şubat 2014.

Son olarak, tam yargı davaları yönünden iş bölümü, zarar idari eylemden kaynaklanmışsa hizmetin niteliğine göre belirlenmektedir. Hizmetin niteliğinin önceden ortaya konulması olanaklı değildir. Bu nedenle her olayda eylem belirlendikten sonra, bu eylemin mevzuat karşılığı bulunarak ilgili daire ona göre tespit edilecektir. İdari eylemin niteliğini belirlemek bütünüyle dava dairelerinin takdirindedir. Bu belirlemenin denetimini ise Başkanlar Kurulu yapmaktadır.

Davacıya ait bir bağımsız bölümün bulunduğu taşınmaz üzerindeki yapının heyelan nedeniyle afete maruz bölge olarak ilan edilen alanda kalması sonucu tahliye ve yıkım işlemlerine başlanmasında davalı idarelerin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada Başkanlar Kurulu, taşınmazın bulunduğu alanın heyelan bölgesinde yer almasına rağmen gerekli zemin etüdü yapılmadan imar planlarıyla yerleşime açıldığı, planlarda yapılaşma şartları belirlenirken bölgenin özelliklerinin dikkate alınmadığı, heyelan tehlikesinin göz ardı edildiği, zemin hareketliliği olan yerde çok katlı yapılaşmaya izin verildiği ve inşaat ve iskân ruhsatlarının düzenlenmesi aşamalarında gerekli denetimin yapılmadığından bahisle hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek uğranılan zararın tazmini istenildiği, bu haliyle imar hizmetinin işleyişinden kaynaklanan uyuşmazlığın temyizen incelenmesi görevinin imar uyuşmazlıklarına bakan daireye ait olduğuna karar vermiştir.[40]

[40] Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2012/195, K:2012/335, 23 Kasım 2012 (yayımlanmamıştır). Bir başka olayda Başkanlar Kurulu, orman idaresi tarafından üretilen ve ihalesini davacının kazandığı ster meşe yakacak odunların bilinmeyen bir nedenle yanması olayında idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana gelen zararın tazmininin istendiği, davacı tarafından yapılan idari başvuruda, meydana gelen yangın nedeniyle oluşan zarardan, orman alanını korumakla görevli olmasına rağmen bu hizmeti gereği gibi yapmayan orman idaresinin sorumlu olduğunun ileri sürüldüğü, dolayısıyla dava konusu uyuşmazlıkta irdelenecek hususun, zararın oluşumunda orman idaresinin kusurlu ya da kusursuz herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığına yönelik olduğu gerekçesiyle orman mevzuatına bakan dairenin görevli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E:2013/177, K:2013/209, 20 Eylül 2013 (yayımlanmamıştır).

4. Danıştay'daki İş Bölümünün Hukuksal Denetimi

4.1. İş Bölümünün Yargısal Denetimi

Danıştay'da yapılan iş bölümüne uyulmasını sağlayan ilk olanak yargısal denetimdir. Yargısal denetimin yapılabilmesi için dairenin kendini görevli görerek davanın esası hakkında karar vermesi gerekir. İş bölümünü uygulaması gerekenler dava daireleri olduğu için bu konudaki yargısal denetimi yapan yerlerin daire kararlarını bozmaya yetkili olması zorunludur. Bu durumda, iş bölümünün yargısal denetimi ancak dava daireleri kurulları tarafından yapılabilir. Danıştay'da Vergi Dava Daireleri Kurulu ile İdari Dava Daireleri Kurulu bulunmaktadır. Bu kurullar, dairelerin ilk derece gördükleri davalar ile mahkemelerin ısrar kararlarını temyizen incelemektedir.[41]

2577 sayılı Kanunun 49. maddesinde, temyiz incelemesi sonunda Danıştay'ın, görev dışında bir işe bakılmış olması halinde kararı bozacağı hükmü yer almaktadır. Buna göre ilgili kurul, dairenin görevi dışında karar verdiği kanaatine varırsa bu kararı bozacaktır. Bu durum, görevin kamu düzeninden sayılmasının bir gereğidir.

6110 sayılı Kanunla iş bölümünün kabul edilmesine kadar geçen dönemde dava dairelerinin kendi aralarındaki ilişkinin görev olduğuna dair herhangi bir tereddüt bulunmadığından, bu dönemde kurullar, görevsiz daire kararlarının temyiz incelemesinde verdiği kararı bozulmaktaydı. Göreve ilişkin hükümlere uyulmaması nedeniyle verilen bu kararların usul hukukunun bir gereği olduğuna kuşku bulunmamaktadır.[42] Bu dönemde, İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen pek çok karar bulunmaktadır.[43] Bir olayda Kurul, Terörle Mücadelede Görev Alan

[41] 2575 sayılı Kanunun 38. maddesine göre, İdari Dava Daireleri Kurulu idare mahkemelerinden verilen ısrar kararlarını ve idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları; Vergi Dava Daireleri Kurulu ise vergi mahkemelerinden verilen ısrar kararlarını ve vergi dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleme görevi bulunmaktadır.

[42] Gözübüyük, s. 353; Yıldırım, s. 101.

[43] Danıştay vergi dava daireleri arasında vergi mevzuatı ve kararı veren mahkemenin bağlı bulunduğu bölge idare mahkemesi esasına göre yapılan iş bölümü açık olduğundan, vergi dava daireleri arasında göreve

Personelin Bu Görevlerinin İfasından Doğduğu İddia Edilen Suçlardan Dolayı Yapılan Soruşturma ve Kovuşturmalarda Müdafi Olarak Belirlendiği Avukat veya Avukatların Ücretlerinin Ödeme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Yönetmelik kapsamına giren personelin serbestçe belirlediği müdafilerden en çok üçünün ücretinin bir bölümünün ya da tamamının ilgili kuruluşlar bütçesine konulan ödenekten karşılanmasının terörle mücadelede görev alan personele sağlanacak hukuki yardıma ilişkin düzenlemelerden kaynaklandığı, bu haliyle kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları mevzuatına ilişkin olmadığından Sekizinci Dairenin görevi dışında kalan ve diğer dava dairelerinin de görevine girmeyen uyuşmazlığın çözümünde Onuncu Dairenin görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır.[44]

Yapılan yasal değişikliklerle daireler arasındaki ilişkinin iş bölümü olarak kavramsallaştırılmasından sonra kurulların dairelerin kararlarını iş bölümü esasına göre bozup bozmayacağı konusu bir hukuki sorun olarak belirmiştir. Bu yeni dönemde de kurullar, önceden verdikleri kararları devam ettirmektedir. Buna göre, iş bölümüne aykırı olarak bir davayı sonuçlandıran dairenin kararı, göreve ilişkin hükümlere aykırı olduğundan bahisle bozulmaktadır. Bu durumda, uygulamada iş bölümünün görev olarak kabul edildiği ve kurullar tarafından resen dikkate alındığı ortadadır.[45]

---

ilişkin sorun pek yaşanmamaktadır. Bu nedenle de, Vergi Dava Daireleri Kurulunun konu hakkında verilen bir kararına rastlanılmamıştır.

[44] Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2008/727 (YD İtiraz), 18.9.2008 (yayımlanmamıştır).

[45] "Diş Protez Teknisyenlerinin Günlük İş Miktarı konulu 2013/1 sayılı Genelge'nin düzenlediği konular incelendiğinde, anılan Genelge'den kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümü görevinin de Danıştay Onbeşinci Dairesine ait bulunduğu anlaşılmıştır. Nitekim, aynı Genelge'nin iptali istemiyle açılan davalardan bir diğeri Danıştay Onbeşinci Dairesinin E:2013/8811 sayılı dosyasında görülmektedir.Bu itibarla, Danıştay Beşinci Dairesinin esasına kayıtlı olan bu dosyanın Danıştay Onbeşinci Dairesine gönderilmesi gerektiği açık olmakla birlikte, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 86 ve 87. maddeleri uyarınca, Danıştay Nöbetçi Dairesinin, çalışmaya ara verme süresince tüm Danıştay Daireleri adına karar vermeye yetkili olduğu gözetilerek, Nöbetçi Dairece verilen itiraza konu kararın bu nedenle kaldırılmasına gerek görülmeyerek işin esasının incelenmesine geçildi." Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No:2013/850, 26.3.2014 (yayımlanmamıştır).

Hatta İdari Dava Daireleri Kurulu, 2575 sayılı Kanunun Ek 1. maddesinde yer alan, iki dava dairesinin görevine ilişkin davaların ilgili dava dairesinin isteği üzerine o dava dairelerinin birlikte yapacakları toplantıda karara bağlanacağı yolundaki hükme aykırı olarak iki dava dairesinin ortak toplantısında görüşülmesi gereken bir davanın bu dairelerden biri tarafından karara bağlanmasını da bozma nedeni olarak görmüştür.[46]

4.2. İş Bölümünün İdari Denetimi

İş bölümüne uyulmasını gözeten ikinci hukuki olanak ise idari denetimdir. Bu denetim, Başkanlar Kurulu tarafından yapılmaktadır. 2575 sayılı Kanunun 52. maddesine göre, Başkanlar Kurulu Danıştay daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını karara bağlamaktadır.

İş bölümünün kurullar tarafından yargısal yolla denetlenmesinden farklı olarak burada dairenin kendilerini görevsiz görmeleri gerekmektedir. Bu yöndeki kararının en az iki daire tarafından verilmesi zorunludur. Ancak görevsizlik kararının üç ya da dört daire tarafından verilmesi de mümkündür. Görevsiz olduğuna karar veren dairelerden birinin görevli olduğu kanaatine varan daire, dosyayı görev uyuşmazlığını çözmek üzere Başkanlar Kuruluna göndermektedir.

[46] "Aynı Yasa'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında da, idari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin kendi aralarında işbölümü esasına göre çalışacakları, dava daireleri arasındaki işbölümünün Danıştay Genel Kurulu kararıyla belirleneceği kurala bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünün verdiği yetkiye dayanılarak Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü, E.2011/13, K:2011/13 sayılı kararıyla, Danıştay daireleri arasındaki işbölümü belirlenmiştir. Bu Kararla, kıyı mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan davaları çözümleme görevi Danıştay Ondördüncü Dairesine verilmiş; Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Devlet İhale Kanunundan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözümleme görevi de Danıştay Onüçüncü Dairesine verilmiştir. Dava konusu edilen Genel yazı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğin 81. maddesine dayanılarak düzenlenmiş ise de, düzenlediği konular itibarıyla kıyılar üzerinde hüküm ve sonuç doğuracak niteliktedir. Belirtilen niteliği nedeniyle, söz konusu Genel Yazı'dan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde ihale mevzuatı yanından kıyı mevzuatının da uygulanması gerekmektedir. Nitekim, Danıştay Onüçüncü Dairesi tarafından da kıyı mevzuatı uygulanarak karar verilmiştir. Bu itibarla, 2575 sayılı Yasa'nın yukarıda yer verilen Ek 1. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın Danıştay Onüçüncü ve Ondördüncü Daireleri ortak kurulunca görülüp çözümlenmesi gerekmektedir." Bkz. Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No:2013/174, 17.6.2013 (yayımlanmamıştır).

Bu sistemde, kendisini görevli görmeyen daire gönderme kararı vermektedir.[47] Gönderme kararında, dairelerinin neden görevli olmadığına ve dosyanın gönderildiği dairenin neden görevli olduğuna ilişkin bir açıklamada bulunulmaktadır. Başkanlar Kuruluna gönderme kararını veren daire ise, daireleriyle diğer dairenin birbirlerini görevli görmeleri nedeniyle çıkan görev uyuşmazlığının Başkanlar Kurulu tarafından karara bağlanması gerektiğini vurgulamaktadır.[48]

Başkanlar Kurulu, 2575 sayılı Kanunda yer alan ilkeler ile Başkanlık Kurulu tarafından belirlenen iş bölümü kararını hükmüne esas alarak görevli daireyi belirlemektedir. Başkanlar Kurulu çoğu zaman görevsiz olduğuna karar veren dairelerden birini görevli olarak görerek dosyayı uyuşmazlığı esastan karara bağlamak için dosyayı bu daireye göndermektedir.[49] Bazen ise, görevsizlik kararı veren daireler dışında bir daire görevli görülebilmektedir.[50] İstisnai olarak da, iki farklı dairenin ortak heyetiyle davanın karara bağlanması uygun bulunabilmektedir.[51]

Başkanlar Kurulu da daireler arasında çıkan uyuşmazlığı bir görev ilişkisi olarak kabul etmektedir.[52] Kararı verirken ilgili daire ile dosya arasındaki bağın görev olduğunu açık bir dille belirtmektedir.[53] Böylece Kurul, uyuşmazlığı karara bağlaması gereken görevli daireyi belirlediğinin farkındadır ve kararlarında bu yöndeki işaretleri açık bir biçimde vermektedir.

---

47 Danıştay, Ondördüncü Daire, E: 2011/12964, K: 2011/299, 27.6.2011 (yayımlanmamıştır).

48 Danıştay, Onuncu Daire, E: 2015/203, K: 2015/1555, 1.4.2015 (yayımlanmamıştır).

49 Danıştay, Başkanlar Kurulu, E: 2014/97, K: 2014/185, 31.10.2014 (yayımlanmamıştır).

50 Danıştay, Başkanlar Kurulu, E: 2015/11, K: 2015/43, 30.4.2015 (yayımlanmamıştır).

51 Danıştay, Başkanlar Kurulu, E: 2013/139, K: 2013/282, 13.12.2013 (yayımlanmamıştır).

52 "… Konya 2. İdare Mahkemesince verilen 16/06/2010 tarih ve E:2010/70, K:2010/615 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında, Danıştay Onuncu ve Sekizinci Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi." Bkz. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E: 2015/14, K: 2015/55, 30.4.2015 (yayımlanmamıştır).

53 "Bu durumda, dâhilde yapılan fon kesintisinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulunun 21/12/2012 tarih ve E:2012/20, K:2012/20 sayılı kararı uyarınca Üçüncü Daireye ait bulunduğuna …" Bkz. Danıştay, Başkanlar Kurulu, E: 2013/73, K: 2013/123, 5.4.2013 (yayımlanmamıştır).

5. Danıştay'daki İş Bölümünün Niteliği

Tüm bu açıklamalar sonrasında Danıştay dava daireleri arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda bir değerlendirme yapılması zorunluluğu belirmektedir. 6110 sayılı Kanun ile görev esası terk edilerek iş bölümünün getirilmesi nedeniyle daireler arasındaki iş bölümünün temyiz nedeni olmaktan çıkarıldığı savunulmaktadır.[54] Biz, kanunda yer alan kavrama rağmen bu ilişkinin usul hukukundaki karşılığının iş bölümü değil, görev olduğu kanaatindeyiz. Daireler arasında görev ilişkisi bulunduğu sonucunu hukuken meşrulaştıracak, mantıksal olarak da doğrulayacak bazı gerekçeler bulunmaktadır.

Bu gerekçelerin ilki terminolojiktir. İdari yargıya ilişkin kanunlarda iş bölümü kavramının özenli ve yerinde kullanılmadığı görülmektedir. Ortada terminolojik bir kargaşa vardır. 6110 sayılı Kanunda iş bölümü kavramı kabul edilmesine rağmen 2575 sayılı Kanunun 52. maddesinde, daireler arasında çıkan görev uyuşmazlıkları kavramlarının muhafaza edilmesi bunu desteklemektedir.[55] Benzer şekilde 2676 sayılı Kanunun 2. maddesi, idare ve vergi mahkemeleri arasındaki ilişkiyi de iş bölümü olarak nitelemektedir. Oysaki bu mahkemeler arasındaki ilişkinin iş dağılımı olduğu ortadadır. Bu örnekler, idari yargıya ilişkin kanunlarda iş bölümü kavramının teknik anlamında kullanılmadığını ortaya koymaktadır.

İleri sürülebilecek ikinci gerekçe, dava daireleri arasındaki ilişkinin iş bölümü olarak kurulmadığıdır. Asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasında bir dönem kurulduğu gibi, iş bölümü kendine özgü bir usul kurumudur. Bu yönüyle özel bir niteliği olan iş bölümü ilişkisi kurulduğunda, bu ilişkinin hukuksal tüm sonuçlarının kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun ortaya konulmaması durumunda, mahkemeler arasında var olan genel nitelikli iki ilişki türleri olan iş dağı-

[54] Çağlayan, s. 67.

[55] Bu maddenin yeni düzenlemeye göre yeniden kaleme alınmasının unutulması kuvvetli ihtimaldir. Bkz. Dilşat Yılmaz, "İdari Yargıda 'Görev', 'İş Bölümü', 'İş Dağılımı' Paradoksu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 17, sayı 4, 2013, s. 264.

lımından ya da görevden birisi söz konusu olabilecektir. Danıştay dava daireleri için kabul edilen iş bölümü için bu belirlemelerin kanunda yapılmaması nedeniyle, teknik anlamda bir iş bölümünden bahsedilemez.[56]

Üçüncüsü, iş bölümünün idare yargıda uygulanması kolay değildir. Kamu hukukunun bir parçasını oluşturan idare hukuku ve bunun devamı niteliğindeki idari yargılama hukukunda yer alan usule ilişkin düzenlemelerin kamu düzenini ilgilendiren güçlü bir yönü bulunmaktadır. Durum böyle olunca, Danıştay dava daireleri arasındaki ilişkinin iş bölümü olarak kabul edilmesi zordur. İş bölümü dışında bir ilişkinin kabul edilmesi halinde ise, bunun görev olması gerekmektedir.

Dördüncüsü, yasal düzenleme de görev ilişkisini işaret etmektedir. Bu işaretlerden ilki, dava dairelerinin tek tek kanunda sayılmış ve isimlerinin konulmuş olmasıdır. 2575 sayılı Kanunun 26. maddesinde, idari davaların İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü, Ondördüncü, Onbeşinci ve Onaltıncı daireler tarafından karara bağlanacağı hükmü yer almaktadır. Böylece her biri yüksek mahkeme olan dava daireleri bizzat kanun tarafından kurulmakta ve özel bir isimle adlandırılmaktadır.[57]

İkinci işaret, ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi dairelerin de idare hukuku ve vergi hukuku ayrımına göre belirlenmesidir. İdare ve vergi mahkemelerinin izdüşümü olacak nitelikte daireler de idari dava daireleri ve vergi dava daireleri olarak iki ana parçaya bölünmüştür. İdare ve vergi mahkemeleri arasındaki ayırımı tipik bir görev ayırımıdır. Maddeye göre, on dört dava dairesinden Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve Dokuzuncu daireler vergi dava dairesi, diğer dava daireleri ise idari

[56] Yılmaz, s. 266-267.

[57] Dava dairelerinin numerik olarak isimlendirilmesinin bu yönüyle önemi yoktur. 669 sayılı Şura-i Devlet Kanununda Maliye ve Nafıa, Tanzimat ve Mülkiye isimli üç idari ve bir dava dairesi kurulmuştu. Daha sonra artan iş yükünü karşılayabilmek için 1859 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile dava dairesi adedi ikiye çıkarılmış ve daireler 1. Deavi Dairesi ve 2. Deavi Dairesi olarak adlandınlmıştır. Bkz. Süheyla Şenlen, "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, cilt 49, sayı 3, 1994, s. 407.

dava dairesi olarak görev yapmaktadır. Bu durumda, en azından vergi ve idari dava daireleri arasında bir görev ayırımı olduğu ortaya çıkmaktadır. Üçüncü işaret ise, yapılacak iş bölümünün bütünüyle Başkanlık Kurulunun takdirine bırakılmayarak temel ilkelerin kanun tarafından düzenlenmesidir. Maddeye göre, iptal, vergi ve idari işlemden doğan tam yargı davalarında iş bölümü uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuat, eylemden doğan tam yargı davalarında iş bölümü ise hizmetin niteliğine göre belirlenmektedir. Bu ilkelere göre görevlendirilen daireler, görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklar ile bağlantılı davalarda merci tayini konusunda da görevli hale gelmektedir.

İş bölümüne ilişkin kararların Resmî Gazetede yayımlanması zorunluluğuna ve yayımı izleyen ay başından itibaren uygulanacağına ilişkin hüküm de bir başka işaret olarak değerlendirilebilir. Bu hüküm ile iş bölümünün kamuoyu tarafından bilinmesi istenmektedir. Taraflar için hukuki sonuç doğurmayacak bir konunun kamuoyuna ilanına gerek bulunmamaktadır. Resmi Gazetede yayınlanması zorunluluğu iş bölümünün kamu düzenini ilgilendirmesinin sonucudur.

6. Sonuç

6110 sayılı Kanun ile Danıştay dava dairelerinin kendi aralarında iş bölümü esasına görev yapacakları hüküm altına alınıncaya kadar ki dönemde daireler görev esasına göre çalışmaktaydı. Kanunda iş bölümü esasının kabul edildiği günümüzde bile daireler kendi aralarındaki ilişkiyi görev olarak kabul etmektedir. Görevi gözetmeye yetkili olan İdari Dava Daireleri Kurulu ile Başkanlar Kurulunun kararları da bu yöndedir.

Kanunda iş bölümü kavramının kullanılması, kavramlar konusunda yasa koyucuda bir kafa karışıklığı olduğunu göstermektedir.[58] İdari yargılama hukukuna egemen olan ilkeler nedeniyle bu kavramın Danıştay'da herhangi bir hukuki sonuç doğramayacağının bilinebilme-

[58] Yılmaz, s. 264.

si gerekir. Bu örnekten, yargılama kanunlarında kullanılan kavramlara daha özenli olunması gerektiği gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Dava dairelerinin bakacağı işlerin kanunda gösterilmesi usulünün terk edilerek görevleri belirleme yetkisinin Başkanlık Kuruluna verilmesinin makul nedenleri bulunmaktadır. Danıştay'ın artan dosya yükü ile başa çıkabilmesi ve aynı tür uyuşmazlıkların aynı dairede görülmesini sağlayarak içtihat aykırılığının önüne geçebilmesi için iş bölümünü kolay değiştirebilmesi gerekmektedir. Başkanlık Kurulu kararıyla iş bölümünün belirlenebilmesi nedeniyle uyuşmazlıkların dinamik yapısına daha kolay cevap verilebilmekte ve esneklik sağlanarak sorunların üzerinden daha kolay gelinebilmektir.

Buna karşın, iş bölümünün Başkanlık Kuruluna verilmesi dairelerin görevlerinin kolay değiştirilmesine kapı aralamaktadır. Bu durum, yargı kararlarındaki istikrarın daha da zayıflamasına yol açabilir. Sonuçta, içtihatlarda istikrarın sağlanamamasına bağlı olarak idari yargının etkinliğinde ve hukuki güvenlik ilkesinde zayıflama tehlikesi belirebilir. Kesin bir ifadeyle olmamakla birlikte, kanun koyucu bu olasılığı ortadan kaldırmak için bir yılda birden fazla iş bölümü kararı alınmasını önlemektedir.[59]

KAYNAKÇA

Alangoya, H. Yavuz, Yıldırım, M. Kamil ve Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. baskı, İstanbul, Beta Basım, 2011.

Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

[59] Bkz. 2575 sayılı Kanunun 27. maddesi: "Dairelerden birinin yıl içinde gelen işleri normal çalışma ile karşılanamayacak oranda artmış ve daireler arasında iş bakımından bir dengesizlik meydana gelmiş ise takvim yılı başında ikinci fıkrada belirlenen usule göre bir kısım işler başka daireye verilebilir."

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut, İdare Hukuku, cilt 2, 5. baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012.

Gözübüyük, A. Şeref, Yönetsel Yargı, 24. baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2006.

Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Şen, Mahmut, "İdari Yargıda Uzmanlaşma ve İhtisas Mahkemeleri İhtiyacı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sayı 13, 2013, s. 195-221.

Şenlen, Süheyla, "Türkiye›de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, cilt 49, sayı 3, 1994, s. 401-413.

Yıldırım, Ramazan, "Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki", Amme İdaresi Dergisi, cilt 29, sayı 3, 1996, s. 87-115.

Yılmaz, Dilşat, "İdari Yargıda 'Görev', 'İş Bölümü', 'İş Dağılımı' Paradoksu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 17, sayı 4, 2013, s. 257-270.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

MAKALELER

İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ

▪ **Av. İrem PEKSÖZ***

Özet: İşyeri sendika temsilciliği, işçi ile işveren arasında köprü görevi görmek üzere 274 sayılı Sendikalar Kanunu'ndan bu yana hukukumuzda yer almakta olup ilk iş kanunumuz olan 3008 sayılı İş Kanunu'nda dahi işçilere kendini temsil edecek temsilciyi seçme hakkı tanınmıştı. 274 sayılı Sendikalar Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve şu an yürürlükte bulunan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikaya işyeri sendika temsilcisini atama hakkı verilmiş ve temsilciler iş sözleşmesinin feshine karşı güvence altına alınmıştır.

Buna göre haklı bir neden olmadan ve nedeni açık ve yazılı bir şekilde belirtilmeden işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi feshedilemeyecektir. Haksız feshe karar verilmesi ve işe iade için başvurduktan sonra işe başlatılmaması halinde işyeri sendika temsilcisine temsilcilik süresinin sonuna kadar ücret ve diğer haklarını ödeyecektir. İşe başlamak için başvuru yapmaması halinde ise fesih tarihinden kararın kesinleşme tarihine kadar ücret ve diğer haklar ödenecektir. Ayrıca 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile getirilen diğer bir güvence de yazılı rızasını almadan işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştirememesi ve işinde esaslı değişiklik yapamamasıdır.

Anahtar Sözcükler: İşyeri sendika temsilcisi, işçi temsilcisi, işyeri sendika temsilcisinin atanması, işçi sayısındaki değişiklik, işyeri sendika temsilcisinin görevleri, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi, haklı sebeple fesih, temsilcilik süresi, işyeri değişikliği

Abstract: Serving as a bridge between employers and employees, working place union representation has been regulated in our law since Law of Trade Unions numbered 274 and the right of selection there presentative that represent themselves was entitled to employees even in the very first labour law, Labour Law numbered 3008. Law of Trade Unions numbered 274, Law of Trade Unions numbered 2821 and current Law of Trade Unions and Collective Bargaining Agreements numbered 6356 states that the unionauthorized to execute the collective bargaining agreemental so holds the right to assign the working place union representative and there presentative is provided with protection against labor contract termination under the mentioned law.
According to current law, labor contract of there presentative shall not be terminated unless indicating the justified reason in written and definite. In case the courtrules that the termination is unjustified and there presentative's application to be re-employed is not accepted by the employer, all the wages and other entitlements shall be paid during there presentation period. In case there presentative shall not apply to be re-employed,all the wages and other entitlements accrued from termination date to finalization of rule date shall be paid. Moreover, Law of Trade Unions and Collective Bargaining Agreements numbered 6356 states that the working place of there presentative shall not be altered and its job duties shall not be substantially amended with out its writen consent.

KEY WORDS: working place union representative, assignment of working place union representative, change in employees number, duties of working place union representative, protection of working place union representative, termination with justified reason, representative period, working place change

* İzmir Barosu Avukatlarından

GİRİŞ

Sendika, en genel anlamıyla işçilerin işveren karşısındaki hak ve menfaatlerini korumak için bir araya gelmeleriyle oluşmuş bir örgütlenme biçimidir. Temelinde dayanışma, ortak çıkarları koruma ve güç birliği oluşturma anlayışı yatar. Sendika kelimesinin kökeninin Latince "Syndicat" kelimesinden ve sendikacılık kavramının kökeninin Ortaçağ lonca düzeninden geldiği düşünülmektedir. Gerçek anlamda sendikacılık ise Sanayi Devrimi ile birlikte ortaya çıkmış, sanayileşmenin getirdiği ağır çalışma koşulları altında ezilen işçi sınıfı, kanunlarla getirilen bütün yasaklamalara ve sendikacılık faaliyetinin suç sayılmasına rağmen önce bu yasakların kaldırılmasını sonra da sendikacılığın bir hak olarak tanınmasını sağlamıştır[1].

Türkiye'de ise Sanayi Devrimi, etkilerini geç gösterdiği için sendikacılık faaliyeti de Avrupa'ya kıyasla geç başlamıştır. Ortaçağ'da sendika kavramına en yakın kuruluş ahi teşkilatıdır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulan işçi cemiyetleri olsa da sendikacılık faaliyetine hoş bakılmamış ve 1909'da çıkarılan Tatil-i Eşgal Kanunu ve Cemiyetler Kanunu ile sendika kurulması yasaklanmış, örgütlenme özgürlüğü de sınırlandırılmıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarından 1947 yılına kadar sendika veya örgütlenme hukuku alanında yapılan düzenlemeler ise genelde yasaklayıcı hükümler içermekte olup tam bir sendikal özgürlüğün varlığından söz edilememektedir. 1947'de sendika hukukuna özgü ilk yasal düzenleme, 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun çıkarılarak yapılmıştır. Bu tarihten sonra sendikacılık faaliyetleri hız kazanmış, işçi ve işveren sendikaları hatta konfederasyonları kurulmaya başlamıştır. Kamu görevlilerine de sendika kurma hakkı getirilmiştir. Sendika özgürlüğü Anayasal bir hak olmuştur. Sendika hukuku alanında ülkemizde yapılan son yasal düzenleme, 2012

[1] Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay; İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, s.277 vd.; Akyiğit; Ercan; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s.392; Centel, Tankut/Demircioğlu, Murat, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s.227 vd.; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 27. Baskı, İstanbul 2014, s. 470 vd.; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku II, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.47 vd.; Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu; Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015, s.3 vd.

yılında yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'dur[2].

Hem Avrupa'da hem de Türkiye'de sendikal özgürlüğün sağlanmasıyla birlikte sendikalar, işyerlerinde faaliyetlerini etkinleştirmeye başlamış ve işyerlerinde görev yapan sendika yöneticisi, sendika temsilcisi gibi kavramlar ortaya çıkmıştır. Biz de bu çalışmamızda işyeri sendika temsilciliğinin Türk hukukundaki gelişimini, işyeri sendika temsilcisi kavramı ile ulusal ve uluslararası düzenlemelerde temsilcilere sağlanan güvenceleri inceleyeceğiz.

I. Temsilciliğin Türk Hukukundaki Gelişimi

İşyeri sendika temsilciliği, hukukumuza ilk defa 6356 sayılı Kanun ile girmiş bir kavram değildir. Söz konusu kanundan önce yapılan yasal düzenlemelerde de aynı veya benzeri kavramlara yer verilmiştir.

İlk İş Kanunu niteliğinde olan ve 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu'nda[3], "işçi mümessili" seçilmesine ve görevlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre temsilci, işyerinde çalışan tüm işçiler tarafından seçilecektir. İlgili kanunda 1950 yılında yapılan değişiklikle işçi temsilcilerine iş sözleşmelerinin feshine karşı temsilci tarafından itiraz ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne başvuru hakkı verilerek güvence getirilmiştir. Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün temsilci ile işvereni uzlaştıramaması halinde İl Hakem Kurulu meseleyi yazılı olarak inceleyecek ve kesin olarak çözecektir. İl Hakem Kurulu, temsilcinin işinden çıkarılmamasına karar verirse uyuşmazlık tarihinden başlayarak temsilcilik süresi boyunca ücretler temsilciye ödenecektir[4].

---

[2] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.292 vd.;Akyiğit, s.392 vd.;Centel/Demircioğlu, s.230 vd.;Tuncay/Savaş Kutsal, s.7 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.470 vd.; Narmanlıoğlu, s. 47 vd.

[3] RG.; 15/6/1936, S.3330.

[4] Güzel, Ali; "3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı:35-36, 1986, s.210.

Sendika hukuku alanındaki ilk yasal düzenleme olan 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun[5], 1963 yılında yürürlüğe girmesiyle hukukumuzda ilk defa toplu iş sözleşmesi ile ilgili düzenleme yapılmış ve işçi mümessili yerini TİS yapmak için yetki almış sendika tarafından atanan sendika temsilcisi almıştır. Bu dönemde sendika temsilcileri sendika yöneticilerinin yararlandığı güvenceden yararlanmışlardır. Anılan kanunda 1970 yılında yapılan değişiklik ile 3008 sayılı Kanun'da olduğu gibi temsilcilere tekrar İl Hakem Kurulu'na başvuru hakkı tekrar getirilerek[6] yöneticilere sağlanan güvenceden yararlanmaları sona erdirilmiştir[7].

1983 yılında 274 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda[8] "işyeri sendika temsilcisi" kavramına yer verilmiş ve 274 sayılı Kanun'da yer alan sendika temsilcisinin TİS yapmak için yetki almış sendika tarafından sendikaya üye işçiler arasından atanacağı hükmü korunmuştur[9]. 2821 sayılı Kanun döneminde de işyeri sendika temsilcilerinin sözleşme feshine karşı teminat düzenlemesi mevcuttur[10].

1992 yılında Türkiye Cumhuriyeti, International Labour Law Organisation (ILO) tarafından sosyal adaleti sağlamak ve çalışma koşullarını iyileştirme amacıyla oluşturulan uluslararası sözleşmelerden biri olan 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcisinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında Sözleşme'yi onaylamıştır[11]. Anayasa'nın 90. maddesiyle uluslararası sözleşmenin onaylanmasının kanunla uygun bulunması halinde uluslararası sözleşmenin iç hukukunun parçası hali-

[5] RG.; 24/7/1963, S.11462.

[6] Okur, Ali Rıza; "Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi", Marmara Üniversitesi Yayınları No:423, 1985, s.5.

[7] *Narmanlıoğlu,* s. 247 dn.548.

[8] RG.; 7/5/1983, S. 18040.

[9] Çelik, Nuri; "İşyeri İşçi Temsilciliği", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı:1, 2005, s.408; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.494; Keser, Hakan; "İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi", Sicil Dergisi, Sayı:15, 2009,s.129.

[10] Narmanlıoğlu, s. 247 dn.549.

[11] Süzek, s.81 vd.

ne geleceğini kabul edilmiştir, dolayısıyla 135 sayılı Sözleşme de iç hukukumuzun bir parçasıdır. 135 sayılı Sözleşme'nin 1. maddesi, işçi temsilcilerinin temsilcilik sıfatını taşımalarından, temsilci olarak faaliyette bulunmalarından veya sendikal faaliyette bulunmalarından ötürü işten çıkarma dâhil her işleme karşı etkili bir korumadan yararlanacaklarını öngörmüştür[12].

A. "İşyeri Sendika Temsilcisi" Kavramı

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun[13]27. maddesinde, sendikalara işyeri sendika temsilcisini atama hakkı tanınmıştır[14]. Sendikaların bizzat işyerinde faaliyette bulunması mümkün değildir. Bu nedenle işyeri sendika temsilcileri aracılığıyla işyerindeki sendikal faaliyetler yürütülmektedir. Söz konusu faaliyetler, yeni üye kaydı olabileceği gibi işçilerin şikayetlerini dinleyip çözüme kavuşturmak gibi pek çok alanı kapsamaktadır[15]. İşyeri sendika temsilcisi, kendisini atayan işyerindeki yetkili sendika ile işveren arasında bir köprü görevindedir[16]. Buna göre, işyeri sendika temsilcisi, üstlendiği bu görev karşısında iş sözleşmesinin feshine karşı 6356 sayılı Kanun m.24'ün getirdiği özel bir güvence ile korunmuştur.

İşyeri sendika temsilciliği, her ne kadar işçi temsilciliğinden farklı bir kavram olsa da işyeri sendika temsilcileri faaliyetlerini işyerindeki sendikaya üye olan ve olmayan bütün işçiler için yerine getirirler[17].

---

[12] Narmanlıoğlu, s.18; Süzek, Sarper; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s.654; **Sur**, Melda; "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, Sayı:39, 2013, s. 321.

[13] RG.; 7/11/2012, S.28460.

[14] Akyiğit, s.491; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.493; Centel, Tankut; "6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği", Sicil Dergisi, Sayı: 31, 2014, s.8; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 124.

[15] Akyiğit, s.491; Narmanlıoğlu, s. 246; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 124.

[16] Tuncay/Savaş Kutsal, s. 124.

[17] Akyiğit, s.491.

B. İşyeri Sendika Temsilcisinin Atanması

6356 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre, TİS yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika işyeri sendika temsilcisini atama hakkını haizdir[18]. Bu atamayı yapabilmek için TİS ile bağıtlanmış olmak gerekmez, henüz TİS imzalanmadan da yetki almış sendika temsilci atayabilecektir[19]. 6356 sayılı Kanun'da atamanın sendikanın hangi organı tarafından yapılacağına dair açık hüküm yoktur. Sendika tüzüğünde aksi belirtilmedikçe atamayı yönetim kurulu yapacaktır[20]. Bunun yanı sıra sendika tüzüğünde belirlendiği takdirde işyeri sendika temsilcisi atanma değil seçilme yoluyla belirlenebilecektir[21].

Sendikanın temsilci atayabilmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan yetki belgesi alması gerekmemektedir. Yetki belgesi alınması 6456 sayılı Kanun'da temsilci atayabilmenin şartı olarak öngörülmemiştir[22]. Ancak bir işyerinde teşmil yoluyla TİS uygulanmasına karar verildiyse TİS imzalamış olan sendikanın işyeri sendika temsilcisi atayabilmesine imkân yoktur[23]. Nitekim teşmil usulünde işyerinde bir sendika yetkilendirilmemekte, sadece TİS uygulanmasına karar verilmektedir.

İşyeri sendika temsilcilerinin sayısı, 6356 sayılı Kanun'da azami olarak belirlenmiştir, bu rakamların üzerine çıkmak TİS ile dahi mümkün değildir. Buna göre elliye kadar işçi çalışan işyeri için bir, elli bir ile yüz arasındaki işçi sayısı için iki, yüz bir ile beş yüz arasındaki işçi sayısı için üç, beş yüz bir ile bin arasındaki işçi sayısı için dört, bin bir ile iki bin

[18] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.412; Akyiğit, s.492; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 495; Narmanlıoğlu, s.251; Tuncay/Savaş Kutsal, s.124.

[19] Akyiğit, s.492; Narmanlıoğlu, s.251dn. 560; Centel, s.9; Tuncay/Savaş Kutsal, s.124.

[20] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.413; Akyiğit, s.492.

[21] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.412; Akyiğit, s.492; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 495; Narmanlıoğlu, s.253, Tankut, s.8.

[22] Tankut, s.9.

[23] Narmanlıoğlu, s.252 dn.562; Subaşı, İbrahim; "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Toplu İş Sözleşmesi Teşmili", Çalışma ve Toplum, Sayı:39, 2013, s.229; Tankut, s.9.

arasındaki işçi sayısı için altı, iki binden fazla işçi çalışan işyeri için sekiz işyeri sendika temsilcisi atanabilecektir[24]. 6356 sayılı Kanun ile sınırlanmış sayıdan fazla temsilci atanması halinde sınırın dışında kalanlar temsilci olamayacaktır[25]. Temsilci sayısına esas işçi sayısının belirlenmesinde söz konusu işyerinde çalışan tüm işçiler esas alınacaktır. İşyerinde hastalık izni, yıllık izin vs. gibi nedenlerle fiili olarak bulunmayan işçiler de temsilci sayısının hesaplanmasında dahil edilir[26]. Ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçiler bu sayıya dahil edilmezler. Alt işverenin işçileri de asıl işverenin işyerindeki temsilci sayısının hesaplanmasında dikkate alınmazlar[27].

6356 sayılı Kanun, açıkça temsilcinin işyeri için atanacağını belirtmiştir. Bu hükme göre işverenin işletmesi olsa dahi temsilciler her bir işyeri için ayrı ayrı atanacaktır. İşletme TİS ya da grup TİS yapılmış olması, temsilcinin sadece işyeri için atanması gerekliliğini değiştirmez. İşyerinde birden çok temsilci varsa bunlardan biri baş temsilci olarak yine sendika tarafından görevlendirilecektir[28]. Yargıtay da 2821 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararda[29] bir işletmenin tamamına ait işyerlerinin temsilci atama kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine aynı kanun döneminde verilen bir karara[30] göre, işletme TİS yapılan bir iş organizasyonunda atanacak temsilci sayısı her işyeri için ayrı ayrı belirlenecek ve bu durum işletme TİS bütünlüğüne aykırı düşmeyecektir.

[24] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.413; Akyiğit, s.494; Centel, s.10; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 495; Narmanlıoğlu, s.249; Tuncay/Savaş Kutsal, s.124.

[25] Akyiğit, s.494; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 495.

[26] Akyiğit, s.494; Centel, s.11; Narmanlıoğlu, s.250.

[27] Akyiğit, s.494.

[28] Akyiğit, s.492; Centel, s.9; Narmanlıoğlu, s.251; Tuncay/Savaş Kutsal, s.124.

[29] 9. HD., T.20.04.1995, E.1995/13007, K. 1995/13901 (www.hukukturk.com).

[30] 9. HD., T.15.03.1991, E.1991/5205, K. 1995/5923 (www.hukukturk.com).

İşyeri sendika temsilcisi olarak atanabilmek için, sendikanın üyesi ve temsilci atanacak işyerinde çalışan bir işçi olmak yeterlidir[31]. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz olması işyeri sendika temsilcisi olarak atanabilmekte göz önünde tutulmaz, 6356 sayılı Kanun ile iş sözleşmesinin niteliğinde bir ayırım yapılmamıştır. İşveren vekili olanlar 6356 sayılı Kanun'a göre işçi sayılmakla ve söz konusu kanunda temsilci olarak atanmamalarına yönelik açık bir yasak bulunmamakla beraber işyeri sendika temsilciliği görevi ile menfaat çatışması yaşanacağından atanmaları 6356 sayılı Kanun'un amacına uygun düşmeyecektir[32]. Alt işverenin işçisi ya da ödünç alınan işçi gibi söz konusu işyerinde çalışan fakat başka işverene ile iş sözleşmesi bulunan işçiler de temsilci olarak atanamayacaktır[33]. İşyeri sendika temsilcisi olabilmek için Türk vatandaşı olmak da bir şart değildir, yabancılar da bu hakka sahiptir[34]. Doktrinde temsilci olabilmek için sendika kurucusu şartlarına sahip olmanın gerekmediği görüşü[35] ile birlikte kurucu şartlarına sahip olmanın gerektiğini savunan görüş[36] de mevcuttur.

Sendika, TİS yapmak için yetki aldığı tarihten itibaren temsilciyi atayabilir. Bunun için bir süre kısıtlaması bulunmamaktadır. Ancak atamanın yapılmasından itibaren 15 gün içinde işverene bildirim yapılmalıdır[37]. Temsilcilik güvencesinin başlaması için temsilcinin kimliğinin işverene bildirilmiş olması gerekmektedir, sendikanın atama yaptığı ancak işverene bildirmediği süre içinde temsilcinin iş sözleşmesi feshedildiyse temsilcilik güvencesinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Ancak işverenin bunu herhangi bir şekilde öğrenmesi halinde de bildirim yapılmadıysa bile işçi temsilcilik güvencesinden yararlanacaktır[38].

[31] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.413; Akyiğit, s.494; Centel, s.9; Tuncay/Savaş Kutsal, s.125.

[32] Narmanlıoğlu, s.248.

[33] Akyiğit, s.49, Narmanlıoğlu, s.248.

[34] Centel, s.10.

[35] Narmanlıoğlu, s.247 dn.550; Tuncay/Savaş Kutsal, s.125.

[36] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.413.

[37] Akyiğit, s.493; Centel, s. 10; Narmanlıoğlu, s.253.

[38] Centel, s. 11; Narmanlıoğlu, s.253.

Doktrinde, 15 günlük süreyi bildirim süresi değil atamanın yapılması gereken süre olarak değerlendiren görüş de bulunmaktadır[39]. Bizim görüşümüze göre, 6356 sayılı Kanun ile işyeri sendika temsilcinin atanması süresinde herhangi bir kısıtlama getirilmediği için 15 günlük süre bir bildirim süresidir, yetkinin alınmasından itibaren sendika herhangi bir zamanda atama yapabilir.

Kamu görevlileri sendikalarının da işyeri sendika temsilcisi atama hakkı vardır. Bunun yanında kamu görevlileri sendikaları için işyeri sendika temsilcisinden farklı olarak "sendika işyeri temsilcisi" kavramı da bulunmaktadır. İşyerinde en çok üye kaydetmiş sendika "işyeri sendika temsilcisi" atayabilirken, en çok üye kaydetmiş sendika dışındaki her bir sendika da o işyeri için "sendika işyeri temsilcisi" atayabilmektedir[40].

İşyeri sendika temsilcisi sayısının işyerindeki mevcut işçi sayısındaki değişikliklerden nasıl etkileneceği ve sendikanın TİS yapma yetkisini kaybetmesi halinde işyeri sendika temsilcisinin görev süresi, doktrinde işyeri sendika temsilciliği ile ilgili en çok tartışmalı olan iki konudur.

1. İşçi Sayısındaki Değişikliğin İşyeri Sendika Temsilci Sayısına Etkisi

Atanma anında işyerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenen işyeri sendika temsilcisi sayısının işçi sayısında sonradan meydana gelen değişikliklerden nasıl etkileneceğine ilişkin 6356 sayılı Kanun'da açık hüküm bulunmamaktadır.

Doktrindeki çoğunluk görüşü, işçi sayısında sonradan meydana gelen değişmenin temsilci sayısını etkilemeyeceğini, aksi takdirde hangi temsilcilerin görev ve güvencesinin son bulacağının belirlenemeyeceğini ve işyeri sendika temsilcisinin görev süresinin sendikanın yetkisi

[39] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.413.

[40] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.414.

devam ettikçe devam edeceğini savunmaktadır[41]. Karşıt görüş ise işçi sayısının hem atama anında hem de sonraki dönemde dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre işçi sayısının azalması ile işveren tek başına temsilci sayısını değiştiremeyecek olsa da bunun için yargı yoluna gidebilecektir. İşçi sayısında meydana gelen artışta da sendikanın tekrar temsilci ataması yapabilecektir, nitekim atama süresi kanunen herhangi bir şekilde süre bakımından kısıtlanmamıştır[42].

Yargıtay'ın 1992 yılında verdiği bir kararda[43], işverenin sonradan işçi sayısının azaldığından yola çıkarak tek taraflı bir işlemle temsilcilik sıfatını ortadan kaldıramayacağına ve temsilciyi görevden alma yetkisinin temsilciyi atayan sendikada olduğuna hükmetmiştir. 1997 yılında verilen başka bir kararda[44] işçi sayısında sonradan meydana gelen artışın ve azalmanın temsilci sayısının değişmesine imkân vermeyeceğini, sendikanın yeni temsilci atayabilmesine imkân veren ölüm, istifa, işyerinden ayrılma, temsilcilik görevi süresinde temsilci seçilmeyi engelleyen bir durumun ortaya çıkması veya sendikanın atadığı temsilciyi görevden alması hallerinin hiçbirinde işyerindeki işçi sayısının göz önüne alınmadığını vurgulamıştır. Görüldüğü üzere Yargıtay, temsilci sayısının atama anına göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir. Her ne kadar 1992 yılında verilen kararda "işverenin tek taraflı işlemiyle temsilci sayısını azaltamayacağından" bahsedilse ve bu ifade tarzı işveren ve sendikanın müşterek kararıyla ya da işverenin talebi üzerine sendikanın onayıyla temsilci sayısının değişebileceğini düşündürse de, 1997 yılında verdiği kararda açıkça sendikanın temsilciyi atamada ve görevden almada tek yetkili olduğunu ortaya koymuştur. 2002 yılında verilen başka bir kararda[45] işverenin temsilci sayısını azaltmak için iş mahkemesine açılan dava, söz konusu uyuşmazlığın iş mahkemelerini yetkili kılan herhangi bir hüküm olmadığı için genel yetki kuralı gereği davalının ikametgâh

[41] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 499; Narmanlıoğlu, s.250; Tuncay/Savaş Kutsal, s.125.

[42] Akyiğit, s.495; Centel, s. 11.

[43] 9. HD., T.04.05.1992, E.1991/17583, K. 1992/4966 (www.hukukturk.com).

[44] 9. HD., T.29.05.1997, E.1997/8277, K. 1997/11507 (www.hukukturk.com).

[45] 9. HD., T.15.05.2002, E.2002/8663 K. 2002/8309 (www.hukukturk.com).

adresinde görülmesi gerektiğine hükmetmiş ve temsilci sayısının azaltılabilmesine ilişkin yargı yoluna başvurulabilmesinin mümkün olup olmadığı hususunu esastan incelemeden uyuşmazlığı yetki sorunu nedeniyle usulden reddetmiştir.

Bizim görüşümüze göre her ne kadar sendika atamada ve görevden almada tek yetkili olsa da, işyeri sendika temsilcisi sayısının işçi sayısı ile uyumlu olması, temsilcilik görevinin daha verimli ve işçilerin de daha lehine olacak şekilde sürdürülmesini sağlayacak ve bu anlayış temsilciliğin ruhuna daha uygun olacaktır. İşçi sayısına göre az kalan temsilci sayısında temsilcilerin görevi layığıyla yerine getiremeyeceği açıktır. Bu nedenle doktrindeki azınlık görüşüne katılıyoruz ve kanun koyucunun işçi sayısındaki değişme karşısında hangi temsilcinin görevinin sona ereceği, güvencesinin nasıl belirleneceği gibi konularda düzenleme yapmasının isabetli olacağını düşünüyoruz.

2. Sendikanın TİS Yapma Yetkisini Kaybetmesinin İşyeri Sendika Temsilcisinin Görev Süresine Etkisi

6356 sayılı Kanun m.27 ile temsilcinin görevinin sendikanın yetkisi süresince devam edeceği belirlenmiştir.

TİS yapma yetkisine sahip ve işyeri sendika temsilcisini de atamış bir sendikanın grev oylamasını kaybedip işverenle yasal sürede anlaşma yapamaması veya Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmayarak yetki belgesini kaybettiği durumlarda sendika yetkisini kaybetmiş olduğundan atadığı temsilcinin de görevi sona erecektir[46].

Atama yapan sendikanın imzaladığı TİS yürürlükteyken bitimine 120 gün kala başka bir sendikanın yetkisinin kesinleşmesi halinde, her ne kadar yürürlükte olan TİS bitmeden yenisi imzalanamayacak olsa da yetkisi kesinleştiği için temsilci atayabilecektir. Bu durumda bir önceki sendikanın atadığı temsilciler TİS'in yürürlük süresi bitene kadar

[46] Centel, s. 14;Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 498.

görevde kalacaktır. 6356 sayılı Kanun'da açık bir yasak ya da sınırlama bulunmadığı için yeni yetki alan sendikanın da temsilci ataması geçerli olacaktır. Bu durumda yürürlükte olan TİS sona erene kadar iki sendikanın da işyeri sendika temsilcisi bulundurması geçerli olacaktır[47].

C. İşyeri Sendika Temsilcisinin Görevleri

İşyeri sendika temsilcisinin görevleri, 6356 sayılı Kanun m.27 f.3'te belirtilmiştir. Buna göre temsilciler işçilerin dileklerini dinler ve şikayetlerini çözümlerler. İşçi ile işveren arasındaki işbirliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlarlar. İşçilerin hak ve çıkarlarını gözetip iş kanunları ile TİS'lerde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olurlar. Temsilcilerin görevleri işyeri ile sınırlı olduğu, işyerindeki işlerini aksatmadan ve iş disiplinine aykırı davranmamak koşuluyla temsilcilik görevlerini yerine getirmeleri gerektiği de 6356 sayılı Kanun m.27 f.3 ve f.4'te belirtilmiştir. Bunun karşılığında işveren de temsilciye görevini hızlı ve kolay yapmasına imkân verecek kolaylıklar sağlamakla yükümlü tutulmuştur[48].

Bunun yanında temsilciler 4857 sayılı İş Kanunu[49]ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu[50] uyarınca çıkarılan ikincil düzenlemelerde belirtilen kurullarda görev yapacaktır. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne[51] göre yüzden fazla işçi çalışan işyerlerinde oluşturulacak izin kuruluna işyeri sendika temsilcisi tarafından iki işçi seçilir[52]. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik[53] uyarınca en az elli işçinin çalıştığı ve altı aydan fazla süreli işlerin yapıldığı işyerlerinde kurulacak iş sağlığı ve

[47] Akyiğit, s.493; Centel, s. 14; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 499; Narmanlıoğlu, s.254;Tuncay/Savaş Kutsal, s.126.

[48] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.413; Centel, s. 12; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 496; Narmanlıoğlu, s.256; Tuncay/Savaş Kutsal, s.124.

[49] RG.;10/6/2003, S. 25134.

[50] RG.;30/6/2012, S.28339.

[51] RG.; 3/3/2004, S.25391.

[52] Centel, s. 13;Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s. 497; Narmanlıoğlu, s.258; Tuncay/Savaş Kutsal, s.127.

[53] RG.;28/1/2013, S.28532.

güvenliği kurulunda işyeri sendika temsilcisi de görev alacaktır[54]. Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik[55] uyarınca kurulacak düzenleme kuruluna üye olarak katılacaktır[56].

6356 sayılı Kanun ve diğer mevzuat ile işyeri sendika temsilcisine görev verilmiş olması, TİS ile de görevlendirme yapılmasına engel değildir. İşyeri sendika temsilcilerinin özellikle disiplin kurullarında görev yapması sık rastlanan bir durumdur[57].

Son olarak 4857 sayılı Kanun m.29 ile işverenin toplu işçi çıkarmadan en az 30 gün önce bu isteğini yazılı olarak işyeri sendika temsilcisine bildireceği düzenlenmiştir. Bu bildirimden sonra işyeri sendika temsilcisi ile işveren toplu iş çıkarmanın önlenmesi, çıkarılacak işçi sayısının azaltılması veya çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi için görüşme yapılacak ve görüşme tutanak altına alınacaktır[58].

D. İşyeri Sendika Temsilcisinin Görevinin Sona Ermesi

6356 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile açıkça işyeri sendika temsilcisinin görev süresini kendisini atayan sendikanın yetki süresi kadar belirlediğini ve herhangi bir şekilde yetkisini kaybeden sendika ile temsilcinin de görevinin sona ereceğine yukarıda değinilmişti.

6356 sayılı Kanun'un düzenlemesi haricinde işçilik ve üyelik niteliklerinin kaybedildiği bazı durumlarda da işyeri sendika temsilcisinin görevi sona erebilir. Bu durumların başında temsilcinin işçi sıfatını kaybetmesi gelmektedir. Temsilci iş sözleşmesini feshettiği ya da işveren

[54] Akın, Levent; "Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı", Çalışma ve Toplum, Sayı 3, 2012, s.111; Centel, s. 14; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 497; Narmanlıoğlu, s.258.

[55] RG.; 28/2/2004, S.25387.

[56] Centel, s. 13; Tuncay/Savaş Kutsal, s.127.

[57] Centel, s. 12; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 497; Narmanlıoğlu, s.257; Tuncay/Savaş Kutsal, s.126.

[58] **Cılga**, Erten; "Toplu İşçi Çıkarma", Sicil Dergisi, Sayı:13, 2009, s.75; Çil, Şahin; "Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları", Sicil Dergisi, Sayı:18, 2010, s.63.

tarafından kanuni çerçevede iş sözleşmesi feshedildiği takdirde temsilcilik görevi sona erecektir. Temsilcinin fiili çalışma yerinden başka bir işyerine nakledilmesi durumunda temsilcilik görevi sona erecektir. Belirli süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan temsilcinin iş sözleşmesinin sona ermesiyle temsilcilik görevi ortadan kalkacaktır. Sendika üyeliğinden istifa etmek ya da sendikanın üyeyi ihraç etmesi halinde de temsilcilik görevi sona erer. Bunun dışında temsilci kendi isteğiyle görevinden ayrılabilir veya sendika temsilciyi görevden alabilir. Temsilcinin ölümü veya temyiz kudretini kaybetmesi durumunda da temsilcilik görevinin sona ereceği muhakkaktır[59].

II. İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi

Temsilcilik görevi gereği işverenle karşı karşıya kalma ihtimali yüksek olan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından çeşitli nedenler ileri sürülerek sadece temsilcilik görevinden dolayı feshedilmesinin hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir. Kanun koyucu da bunu sağlamak için işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin feshine karşı birtakım teminat düzenlemeleri getirmiştir[60].

A. 2821 sayılı Kanun Dönemi

2821 sayılı Kanun temsilcinin haklı neden olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda mahkemece feshin geçersiz sayılarak temsilcinin işe iade edilmesini ve temsilcilik süresinin sonuna kadar işleyen ücret ve diğer hakların temsilciye ödenmesini öngörmekteydi[61]. Sadece işyeri sendika temsilcileri için tanınmış olsa da işe iade davası açılabilmesi ve işe iade kararı verilebilmesini sağlayan bu düzenleme, hukukumuzda iş güvencesi alanında bir ilktir[62].

[59] Narmanlıoğlu, s.255.

[60] Narmanlıoğlu, s.260.

[61] Akyiğit, s.540; Narmanlıoğlu, s.260; Şahlanan, Fevzi; "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Sendikalara İlişkin Hükümler", Çalışma ve Toplum, Sayı:39, 2013, s.126; Tuncay/Savaş Kutsal, s.127.

[62] Tuncay/Savaş Kutsal, s.127.

Ancak 2003 yılında yürürlüğe giren 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile o sırada yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'na iş güvencesi ile ilgili düzenleme getirilmiş ve aynı düzenlemenin 2821 sayılı Kanun'un işyeri sendika temsilcisinin güvencesini düzenleyen 30. maddesi için de geçerli olduğu belirtilmiştir. 2821 sayılı Kanun'un işyeri temsilcisinin güvencesini düzenleyen 30. maddesinin 4773 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali temsilcinin haklı neden olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda mahkemece feshin geçersiz sayılarak temsilcinin işe iade edilmesini ve işin görülmediği süreye ait ücret ve diğer hakların temsilciye ödenmesini öngörmekteydi. Yapılan değişiklikle bütün işçiler için iş güvencesi sistemi getirilmiş ve işyeri sendika temsilcisinin de aynı iş güvencesinden yararlanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle işe iade kararının ardından işverene başvuran temsilciye sadece en az bir yıllık tutarında tazminat ödenecektir. Her ne kadar iş güvencesinin bütün işçiler için getirilmiş olması işçi hakları bakımından bir ilerleme olsa da, temsilcinin durumu eskiye göre daha ağırlaştırılmıştır[63].

4773 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede yaşanan en önemli sorun, temsilci olmayan diğer işçiler için getirdiği iş güvencesinden yararlanma şartlarının temsilciler için de uygulanıp uygulanmayacağı sorunuydu. Yapılan düzenlemeyle herhangi bir işçinin işe iade davası açabilmesi işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olmasına, sözleşmesi feshedilen işçinin altı aylık kıdeminin bulunmasına ve iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasına bağlıydı. Doktrindeki bir görüş 2821 sayılı Kanunu m.30 "İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde İş Kanunun ilgili hükümleri uygulanır" hükmünün lafzı gereği ancak belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan temsilcinin iş güvencesinden yararlanabileceğini ve belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan temsilcinin ancak sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesinden doğan sonuç-

[63] Akyiğit, s.540; Narmanlıoğlu, s.261; Süzek, Sarper; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s.655; Şahlanan, s.126; Tuncay/Savaş Kutsal, s.128.

ların talep edilebileceğini savunuyordu[64]. Aksi görüşteki yazarlar ise çalışma hayatını etkin bir güvenceden yoksun bırakacak bu düzenlemeyi hukuk sisteminin korumayacağını ileri sürerek temsilcinin iş güvencesinden yararlanabilmesinin iş güvencesinden yararlanma şartlarına tabi olmadığını ileri sürüyordu[65].

Yargıtay 2007 öncesinde işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için işyerinde çalışan işçi sayısının 30'dan fazla olmasının araştırılması gerektiği, temsilcinin iş güvencesi şartlarından bağışık olmadığı görüşündeyken[66], 2007 sonrası kararlarında[67] temsilcilerin iş güvencesinin doğrudan temsilcilik sıfatından geldiğini ve iş güvencesi şartlarının aranmaması gerektiğini belirtmiştir.

6356 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi iş güvencesinden ayrılmış ve 2003 öncesi döneme geri dönülmüştür[68]. Böylece işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesinden yararlanmasının iş güvencesi şartlarına bağlı olup olmadığına ilişkin tartışma güncelliğini yitirmiştir.

B. 6356 Sayılı Kanun Dönemi

İşyeri temsilcisinin sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde yararlanacağı güvence, 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işveren, temsilcinin sözleşmesini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin bir biçimde belirtmedikçe feshedemeyecektir. Aksi halde fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde temsilci veya sendika işe iade davası açabilecektir. Şimdi

64 Tuncay/Savaş Kutsal, s.130.

65 Tuncay/Savaş Kutsal, s.130 dn.409.

66 9. HD., T.10.07.2006, E.2006/16065, K. 2006/20340 (www.hukukturk.com).

67 9. HD., 15.02.2010, E.2009/16152, K. 2010/3397 (www.hukukturk.com); 9. HD., T.14.12.2009, E.2009/11766 K. 2009/35109 (www.hukukturk.com); 9. HD., T.18.12.2009, E. 2009/247, K.2009/37746 (www.hukukturk.com); 9. HD., T.14.02.2011, E.2011/474, K. 2011/2785 (www.hukukturk.com); 9. HD., T. 29.01.2007, E.2006/29928, K. 2007/1032 (www.hukukturk.com).

68 Akyiğit, s.540; Centel, s. 15; Narmanlıoğlu, s.261; Tuncay/Savaş Kutsal, s.130; Şahlanan, s.126.

işyeri sendika temsilcileri için getirilmiş güvence hükmünün şartlarına yakından bakalım.

1. İşyeri Sendika Temsilcisi Olmak

6356 sayılı Kanun'la getirilmiş güvenceden yararlanmak için sadece işyeri temsilcisi sıfatını taşımak yeterlidir. Bunun dışında iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması, işçinin 4857 sayılı Kanun, 854 sayılı Deniz İş Kanunu[69]ya da 5953 sayılı Basın İş Kanunu[70] kapsamında çalışıyor olması temsilcilik güvencesinden yararlanmaya engel değildir[71]. Ayrıca işçinin belli bir kıdeme sahip olması da aranmamıştır. Ancak işçinin fiilen temsilcilik görevinde bulunması gerekir, görevin sona ermesinden sonra yapılan fesihlerde ancak sendikal faaliyetten dolayı fesih yapıldığı iddia edilerek sendikal tazminat talep edilebilir[72].

2. Feshin Haklı Sebep Dışında Bir Nedenle Yapılması

6356 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için haklı sebebe dayanması ve haklı sebebin yazılı fesih bildiriminde açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekir. Haklı sebebe dayanmayan ve yazılı olarak açıkça bildirilmeyen bir fesih geçerli bir fesih olamayacaktır[73].

Bu noktada 6356 Sayılı Kanun 'da yer alan "haklı sebep" kavramını ele almak gerekir. İşçilerin tabi olduğu mevzuatlarda haklı sebeple fesih yapılabilecek haller belirtilmiştir. Doktrinde ise haklı sebeplerin iş mevzuatlarında belirtilen sebepler ile sınırlı olmadığı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.435 uyarınca iş sözleşmesinin dürüstlük kuralı çer-

69 RG.; 29/4/1967, S.12586.

70 RG.; 20/6/1952; S. 8140.

71 Akyiğit, s.541;Centel, s. 15; Narmanlıoğlu, s.264; Süzek, s.655.

72 Akyiğit, s.54; Süzek, s.657.

73 Akyiğit, s.540; Centel, s. 15; Centel/Demircioğlu,s.262; Narmanlıoğlu, s.266; Süzek, s.657; Şahlanan, s. 127; Tuncay/Savaş Kutsal, s.130.

çevesinde sürdürülmesinin beklenemeyeceği hallerin tamamı olarak değerlendirilebileceği görüşü hakimdir[74]. Biz de doktrinde genellikle benimsenen bu görüşe katılıyoruz. Ayrıca işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesini geçerli sebeple feshedilmesine imkân veren bir durum ortaya çıkması halinde geçerli bir fesih yapılabilmesi için olumsuzlukların sürmesini beklemek ve söz konusu olumsuzluğun işi aksatması gerekmektedir[75].

İşyerinin tümüyle kapatılması ve bu nedenle temsilcinin sözleşmesinin feshedilmesi, bir haklı sebep değil geçerli sebep teşkil edecektir. Bu nedenle temsilcinin işe iade davası açma hakkı bulunmamaktadır ve açtığı takdirde bu davanın reddedilmesi gerekir[76].

Usulüne uygun bir fesihten bahsedebilmek için fesih bildiriminin yazılı yapılması ve haklı fesih sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Fesih sebebinin açıkça belirtilmesi, fesih sebebinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde somut anlatımla ifade edilmesi anlamına gelmektedir[77]. Yazılı yapılmayan veya sebebi belirtilmeyen fesih bildirimleri geçersizdir ve işe iade davası açılması halinde temsilci işe iade edilecektir[78].

III. İşe İade Davası Açılması ve Sonuçları

6356 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre, sendika veya işyeri sendika temsilcisi feshin bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade için dava açabilir. Kanun koyucu tarafından feshe karşı dava açma yetkisi temsilci dışında sendikaya da tanınmıştır. Ancak bir aylık süre hak düşürücü süre olduğu için süresi içinde itiraz edilmediği tak-

74 Centel, s. 15; Narmanlıoğlu, s. 268; Süzek, s.658; Şahlanan, s. 127;Tuncay/Savaş Kutsal, s.131.

75 Süzek, s.659; Tuncay/Savaş Kutsal, s.131.

76 Centel, s. 16; Süzek, s.659; Şahlanan, s. 128; Tuncay/Savaş Kutsal, s.131.

77 Centel, s. 16.

78 Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.320; Akyiğit, s.541; Centel, s. 16; Centel/Demircioğlu,s.262; Narmanlıoğlu, s.268; Süzek, s.657; Şahlanan, s. 127; Tuncay/Savaş Kutsal, s.131.

dirde fesih kesinleşir. İş Mahkemesinde[79] açılan bu dava basit yargılama usulüne göre yürütülür. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verecektir[80].

Açılan davada mahkeme feshin haklı sebeple ve yasal koşullara uyarak yapıldığına karar verirse fesih kesinleşir ve temsilcinin iş sözleşmesi fesih bildiriminin ulaştığı tarihte sona ermiş sayılır[81]. Temsilci bu halde ödenmeyen işçilik hakları ve tazminatlar için dava açabilir[82] ve işe iade davasının sonucu dava konusunun farklı olması nedeniyle kesin hüküm oluşturmasa da kesin delil niteliği taşır[83].

Şayet mahkeme temsilci lehine karar verirse fesih geçersiz olur ve temsilci fesihten kararın kesinleşmesine kadar geçen sürenin ücreti ve diğer haklarının ödenmesine hak kazanır. Boşta geçen süreye karşılık gelen maddi hakların ödenebilmesi için temsilcinin kararın tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde işverene işe başlamak için başvuruda bulunmasına gerek yoktur[84]. Kanun koyucu işyeri sendika temsilcisinin güvence hükümlerinde boşta geçen süreyi düzenlerken temsilci olmayan işçilerin 4 aylık boşta geçen süre ücreti yerine fesih ile kararın kesinleşme tarihi arasını kapsayan daha uzun bir süre öngörmüştür[85].

Temsilci, işe iade kararının tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmazsa sadece boşta geçen sürenin ücretine ve diğer haklarının ödenmesine hak kazanabilir. Yani temsilcilik süresi kararın kesinleşmesinden sonra devam etse de temsilciye sadece kararın kesinleşmesine kadar hak ettiği maddi haklar ödenecektir. Buna

[79] Narmanlıoğlu,s.270.

[80] Akyiğit, s.542; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.320; Centel, s. 16; Centel/Demircioğlu,s.262; Çelik, s.502; Narmanlıoğlu, s.271; Süzek, s.659; Şahlanan, s. 128;Tuncay/Savaş Kutsal, s.132.

[81] Akyiğit, s.542; Centel, s. 16; Süzek, s.660; Şahlanan, s. 128.

[82] Akyiğit,s.542.

[83] Centel, s. 17; Şahlanan, s. 129.

[84] Akyiğit, s.543; Centel, s. 18; Centel/Demircioğlu,s.262; Narmanlıoğlu, s.273; Süzek, s.660; Şahlanan, s. 129; Tuncay/Savaş Kutsal, s.132.

[85] Centel, s. 18; Tuncay/Savaş Kutsal, s.132.

karşılık temsilci, 6 işgünü içinde işe başlatılmak üzere işverene başvuruda bulunduğu takdirde işe başlamaya ilişkin sonuçlardan yararlanabilir. İşe başlatıldığı takdirde iş sözleşmesi ve temsilcilik sıfatı hiç sona ermemiş gibi devam edecektir ve maddi hakları kesintiye uğramadan ödenecektir[86]. Temsilcinin işe başvurması ancak işverenin işe başlatılmaması halinde ise 6356 sayılı Kanun m.24 f.3 gereği yapılan fesih geçersiz olacak ve iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücret ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenecektir. Bunun yanında sendika tarafından yeniden aynı kişinin temsilci atanması halinde de ücret ve diğer haklar ödenmeye devam edilecektir[87].

İşyeri sendika temsilcisinin güvencesini oluşturan bu hükümler, doktrin tarafından 135 sayılı Sözleşme'nin öngördüğü temsilcilik güvencesini yerine getirdiğimiz şeklinde yorumlanmaktadır[88]. Ancak mevzuatımızda sadece sendika tarafından atanan temsilci için güvence hükmünün bulunması, işçiler tarafından seçilen temsilcilerin bu korumadan yararlanamaması 135 sayılı Sözleşme'nin işçi temsilcilerini de kapsayan hükmü karşısında eksik kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[89].

IV. İşyeri Sendika Temsilcisinin Yerinin Değiştirilmesi

6356 sayılı Kanun m.24 işe işyeri sendika temsilcileri için getirilmiş diğer bir güvence, yazılı rızası alınmadan temsilcinin işyerini değiştirilememesi ve işinde esaslı değişiklik yapılamamasıdır. İşçinin yazılı rızası alınmadığı takdirde yapılan değişiklik geçersiz olacaktır[90]. 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinden farklı olarak işveren yazılı teklif yapmak zorunda değildir ve teklifin kabulü için 6 işgünü gibi bir süre öngörülmemiştir, ayrıca sadece 4857 sayılı Kanun'a tabi temsilciler için değil

[86] Akyiğit, s.543; Narmanlıoğlu, s.274; Süzek, s.661; Şahlanan, s. 129.

[87] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s.320; Akyiğit, s.544; Centel, s. 19; Centel/Demircioğlu,s.262; Çelik, s.502; Narmanlıoğlu,s.274;Süzek, s.661; Şahlanan, s. 129; Tuncay/Savaş Kutsal, s.132.

[88] Sur, s.331.

[89] Centel, s.21.

[90] Akyiğit, s.545; Centel, s. 20; Centel/Demircioğlu,s.262; Çelik, s.502; Narmanlıoğlu, s.263; Süzek, s.661; Fevzi, s. 130;Tuncay/Savaş Kutsal, s.133.

bütün temsilciler için öngörülmüştür[91]. TİS ya da bireysel iş sözleşmesi ile temsilcinin rızasını almadan değişiklik yapmaz mümkün olamaz, nitekim yazılı rıza alma koşulu kanunla belirlenmiştir ve kamu düzeninden doğmaktadır[92].

İşyeri sendika temsilcisi yazılı olarak işyeri değişikliğini kabul ettiği takdirde temsilcilik görevi sona erer[93]. Değişikliğin yazılı olarak kabul edilmemesi halinde 6356 sayılı Kanun hükmü gereği değişiklik geçersiz sayılmış ve kanun ile tam bir güvence getirilmiştir. 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesi işyeri değişikliği yapıldığı takdirde işletilebilir ve değişikliğe ilişkin yargı yoluna başvurularak eski işyerine iade istenebilir[94]. Yargıtay da işyeri değişikliğine karşı işlemin iptal edilebilmesi ve eski işe iadenin mümkün olduğu yönünde kararlar[95] vermiştir. İşin niteliğinde yapılacak esaslı değişikliğe karşı ise iadeye ilişkin dava açma yolu bulunmamaktadır, ancak yapılan işlem geçersiz olduğundan 6098 sayılı Kanun'un işveren temerrüdünü düzenleyen 408. maddesi uygulama alanı bulacak ve temsilci çalışmadığı sürenin ücretini ve diğer haklarını işverenden isteyebilecektir[96].

SONUÇ

İşyerinde işçileri işveren karşısında temsil edecek ve uyuşmazlıkların çözümü noktasında görev yapacak bir sözcü-işçi bulunması, iş hukukunun yasama faaliyetiyle ilk defa düzenlenmeye başladığı dönemden itibaren hukukumuzda yer almış bir kavramdır. 1963 yılından itibaren bu görevi TİS yapmak için yetki almış sendikanın atadığı bir temsilci sürdürmekte ve kanunlar vasıtasıyla işverenin haklı sebebe dayanmayan feshine karşı getirdiği korumadan yararlanmaktadır.

91 Süzek, s.661; Şahlanan, s. 130;Tuncay/Savaş Kutsal, s.133.

92 Tuncay/Savaş Kutsal, s.133.

93 Centel, s. 21.

94 Centel, s. 21; Süzek, s.661; Şahlanan, s. 131; Tuncay/Savaş Kutsal, s.133.

95 9. HD., T.11.02.2014, E.2012/47, K. 2014/3977 (www.hukukturk.com); 9. HD., T. 30.01.2002, E.2001/16796, K. 2002/1738 (www.hukukturk.com).

96 Centel, s. 21; Süzek, s.662; Şahlanan, s. 131;Tuncay/Savaş Kutsal, s.133.

Her ne kadar işyeri sendika temsilcileri için feshe karşı getirilmiş güvenceler 1992 yılında onayladığımız 135 sayılı Sözleşme'ye uygun olsa da, güvenceden sadece temsilcilik süresince yararlanılması söz konusu güvence hükmünün zayıf noktası olarak değerlendirilebilir. Nitekim TİS'in bitmesine 4 aydan kısa bir süre kaldığında atanan temsilcinin sözleşmesi kötü niyetle feshedilirse, özellikle de sendika TİS yapma yetkisini kaybetmişse, açtığında 4857 sayılı Kanun'da yer alan dört aylık ücret ödemesi ve en fazla sekiz aya kadar hükmedilebilen iş güvencesi tazminatından dahi yoksun kalacaktır. Bu nedenle 6356 sayılı Kanun'un işyeri sendika temsilcisi güvence hükümlerinin atanma zamanından doğabilecek olumsuzlukları göz önünde tutarak tekrar ele alınması ya da başka bir sendikanın yetki aldığı durumlarda mevcut sendika tarafından atanmış temsilcinin 4867 sayılı Kanun'da yer alan iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması şeklinde bir değişiklik yapılması isabetli görülmektedir. Böylece işyeri sendika temsilcisi, atanma zamanından etkilenmeksizin güvenceden etkin bir şekilde yararlanma imkânı bulacaktır. 6356 sayılı Kanun'un iyileştirilmeye açık olarak düşünülen diğer bir yönü, TİS yapmak için yetki almış sendika tarafından atanmayan temsilciler için herhangi bir güvence öngörmemesidir. Bu düzenleme ile hiçbir işçinin sendikaya üye olmadığı işyerleri bir yana, işyerinde üyesi olmakla beraber TİS yapma yetkisi olmayan sendikanın dahi işverene karşı temsil edilmesi mümkün olmamaktadır. Kamu sendikaları tarafından atanabilen "sendika işyeri temsilcisi", özel sektörde faaliyet gösteren bir işyeri için de düşünülebilir. Ayrıca işyeri sendika temsilcisinin yanında, 3008 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi sendikalaşmamış bir işyeri için de işçiler tarafından bir temsilci seçme olanağı tanınıp iş sözleşmesinin feshi ve işyeri değişikliğine karşı kanunen korunabilir. İşçi temsilciliğinin tekrar hukuk düzenimizde yer almasının 135 sayılı Sözleşme ile de uyumlu olacağına şüphe yoktur.

KAYNAKÇA

Akın, Levent; "Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı", Çalışma ve Toplum, Sayı 3, 2012, s.101-124.

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay; İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Centel, Tankut/ Demircioğlu, Murat; İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.

Centel, Tankut; "6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği", Sicil Dergisi,Sayı: 31, 2014, s.7-23.

Cılga, Erten; "Toplu İşçi Çıkarma", Sicil Dergisi, Sayı:13, 2009, s.75-82.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 27. Baskı, İstanbul2011.

Çelik, Nuri; "İşyeri İşçi Temsilciliği", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı:1, 2005, s.408-416.

Çil, Şahin; "Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları", Sicil Dergisi, Sayı:18, 2010, s.56-70.

Güzel, Ali; "3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı:35-36, 1986, s.165-222.

Keser, Hakan; "İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi", Sicil Dergisi, Sayı 15, 2009, s.129-153.

Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku II, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Okur,Ali Rıza; "Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi", Marmara Üniversitesi Yayınları No:423, İstanbul 1985.

Subaşı, İbrahim; "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Toplu İş Sözleşmesi Teşmili", Çalışma ve Toplum, Sayı:39, 2013, s.209-246.

Sur, Melda; "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, Sayı 39, 2013, s.317-356.

Süzek, Sarper; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Şahlanan, Fevzi; "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Sendikalara İlişkin Hükümler", Çalışma ve Toplum, Sayı:39, 2013, s.110-142.

Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu; Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015.

OLUMSUZ TESPİT DAVASINDA HUKUKİ YARAR, OLUMSUZ TESPİT DAVASININ "BEKLETİCİ MESELE" YAPILMASI, FATURALARIN DELİL NİTELİĞİ

▪ **Av. Talih UYAR ***

Özet: Davacı borçlular, haklarında davalı-alacaklı tarafından icra müdürlüğü'nde başlatılan icra takibine süresi içinde itiraz ederek takibi durdurduktan sonra, alacaklının 'itirazın iptali davası' (İİK. m. 67) açmasını beklemeden, alacaklısına karşı 'menfi tespit davası' (İİK. m. 72) açmakta hukuki yararları bulunduğundan davacı-borçluların açtıkları menfi tespit davasının esasına girilerek davacıların "borçlu olmadıklarına" ilişkin iddialarının araştırılması gerekir.

Davacı-borçluların, haklarındaki icra takibine süresi içinde itiraz ederek, takibi durdurmalarından sonra, takip alacaklısı tarafından 'itirazın iptali davası'nın açılmasını beklemeden, açtıkları 'menfi tespit davası' nın sonucunun bekletici mesele (HMK. m. 165) yapılması gerekir.

Takip alacaklısı tarafından takip konusu yapılmış olan, alacağın dayandırıldığı faturanın takip borçluları tarafından iddia edildiği gibi kapalı fatura olup olmadığı ve tarafların ticari defterlerinin usulüne uygun olarak tutulmuş olup olmadıklarının ve kapanış tasdiklerinin süresi içinde yaptırılmış olup olmadıklarının uzman mali müşavirlere incelettirilerek, takip dayanağı toplam fatura bedelinin ödenmiş olup olmadığı ve dolayısıyla "davacı-borçluların bu faturalardan dolayı davalı-alacaklıya herhangi bir borçlarının bulunup bulunmadığı"nın araştırılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: İtirazın iptali davası, menfi tespit davası, hukuki yarar, bekletici mesele, ticari defter, peşin ödeme kaydı, kapalı fatura, ticari defterlerle ispat.

Abstract: As "negative declaratory action" (as per Code of Execution and Bankruptcy, Article 72) brought by the plaintiff-debtor against its creditor without waiting for the creditor to bring an "action for the annulment of objection" (as per Code of Execution and Bankruptcy, Article 67), and by

* İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Ünv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)
Bu yazı, bir dava dosyasına hukuki mütalaâ (uzman görüşü) "HMK 293" olarak sunulmuştur.

raising an objection in due time to the execution proceedings brought in the directorate of execution by the defendant-creditor and suspension of the execution proceedings thereof has legal interest on behalf of the plaintiff-debtor, it is necessary to investigate the claims that the plaintiffs are "not indebted" by means of an investigation into the docket of the negative declaratory action brought by the plaintiff-debtor.

The result of "negative declaratory action" brought by the plaintiff-debtor against its creditor without waiting for the creditor to bring an "action for the annulment of objection" and by raising an objection in due time to the execution proceedings by the defendant-creditor and suspension of the execution proceedings thereof is required to be considered as a prejudicial question (as per Code of Civil Procedure, Article 165).

It is necessary to commission certified public accountants to investigate whether the invoice, as the subject matter of the execution proceedings thereof by the creditor of such execution proceedings and upon which the receivables are based, is a closed invoice as claimed by the debtor subject to such execution proceedings, and whether the commercial register books of the parties thereof are kept in due manner, and whether the closing certification are performed in due time, and it is necessary to investigate whether the total invoice amount as the basis of the execution proceedings thereof is paid, and therefore it is necessary to investigate "whether the plaintiff-debtors have any debts to the defendant-creditor due to such invoices".

Keywords: Action for the annulment of objection, negative declaratory action, legal interest, prejudicial question, commercial register book, prepayment register, closed invoice, proof based on commercial register books

KONU: a) İlamsız icra takibine itiraz ederek hakkındaki icra takibini durduran borçlu, aleyhine *"itirazın iptali davası"* (İİK. m. 67) açılmadan "*menfi (olumsuz) tespit davası"* (İİK. m. 72) açabilir mi? (Böyle bir davayı açmakta, bu aşamada hukuki yararı var sayılabilir mi?)

b) Borçlunun, hakkında yapılan ilamsız icra takibine itiraz ederek takibi durdurmasından sonra, alacaklı tarafından açılan '*itirazın iptali davası'* nda, borçlunun daha önce açtığı '*menfi (olumsuz) tespit davası'* nın bekletici mesele yapılması gerekir mi?

c) İki tarafın ticari defterlerinin süresi içinde kapanış tasdiklerinin yaptırılırmış olması ve her iki tarafın da ticari defterlerine işlenmiş olan faturaların - "peşin ödeme kaydı" nı içeren- kapalı fatura olması halinde, bu durum "fatura bedellerinin ödendiğini" gösterir (ödendiğine kanıt teşkil eder) mi?

❖

A) Her hukuk davası' nda olduğu gibi, olumsuz tespit davalarında da, davacı-borçlunun bu davayı açmakta «hukuki yararı» nın bulunması gerekir (HMK. mad. 114/(1)-h). İcra takibinden önce (veya sonra) davacının, her davayı açmakta güncel hukuki yararının bulunup bulunmadığının her somut olayda ayrı ayrı incelenip irdelenmesi gerekir (HMK. mad. 106/12).[1]

«İcra takibinin kesinleşmesinden sonra » borçlunun olumsuz tespit davası açmakta -kural olarak- hukuki yararı bulunduğu halde, «icra takibinden ö n c e» böyle bir davayı açmakta hukuki yararı bulunup bulunmadığının titizlikle incelenmesi gerekir.[2] [3] [4]

«Hukuki yarar koşulu dava koşullarından(HMK. mad. 114/(1)-h)

[1] Bknz: 19. HD. 28.3.2013 T. 13762/4705; 25.2.2013 T. 972/3442; 7.6.2012 T. 6266/9697; 08.04.2010 T. 9953/4137 (www.e-uyar.com).

[2] MUŞUL, T. Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2014, s: 83.

[3] Bknz: 19. HD. 28.3.2013 T. 13762/4705; 25.2.2013 T. 972/3442; 7.6.2012 T. 6266/9697 (www.e-uyar.com)

[4] TÜRK, A. Menfi Tespit Davası, 2006, s: 61.

olduğundan, yargılamanın her aşamasında mahkemece doğrudan doğruya gözetileceği gibi[5] taraflarca da ileri sürülebilir. Dava açmakta hukuki yarar bulunmayan hallerde mahkeme, açılmış olan davayı «hukuki yarar yokluğu» nedeniyle -usul'den- red eder.[6]

Davacı -borçlunun, olumsuz tespit davası açmaktaki hukuki yararının hem «davanın açıldığı tarihte» ve hem de «dava süresince» (hüküm verilinceye kadar) devam etmesi gerekir...[7]

Gerçek olmayan bir borç ile tehdit edilen bir kimse, henüz aleyhine başlatılmış bir icra takibi bulunmasa bile, olumsuz tespit davası açmakta hukuki yarar sahibi sayılır.[8] [9]

a- İcra takibinden önce açılan olumsuz tespit davası (İİK. mad. 72/II): Burada borçlu, kendisinden alacak isteminde bulunan ve fakat henüz icra takibine geçmemiş olan kimseye karşı «borçlu bulunmadığının» tespitini ister.[10]

Borçlunun, kendisine karşı bir icra takibi başlamadan önce, böyle bir dava açabilmesi için, «borçlu olmadığının hemen tespitinde hukukî bir yararı olması» gerekir.[11][12] Örneğin; alacaklı, borçlunun gününden

[5] Bknz: 19. HD. 08.04.2010 T. 9953/4137 (Karşı oy yazısı); 9.11.2005 T. 2508/10943; 24.2.2011 T. 13689/2409 (www.e-uyar.com).

[6] Bknz: 23. HD. 15.3.2012 T. 623/2040 (www.e-uyar.com).

[7] KURU, B. Tespit Davaları, 1963, s: 43 - TÜRK, A. age. s: 189 - MUŞUL, T. age. s: 123.

[8] MUŞUL, T. age. s: 120.

[9] Bknz: 6. HD. 18.12.2012 T. 10907/16882; 19. HD. 1.10.1999 T. 2898/5464; HGK. 14.10.2009 T. 18-364/428 (www.e-uyar.com).

[10] Bknz: 11. HD. 26.2.1991 T. 105/1300; 2.2.1988 T. 5780/473; 31.3.1987 T. 123/1900 (www.e-uyar.com).

[11] KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, 1988, C:1, s:471 – KURU, B. Tespit Davaları, s:28 vd. – KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2013, s:352 – KURU, B. Menfi Tespit ve İstirdat Davası, 2003, s:24 –POSTACIOĞLU, İcra ve İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası (İHFM. 1967/2-4, s:826) – POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, s:257 – ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:131 – BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, 1980, s:136 vd.

[12] Bknz: 6. HD. 18.12.2012 T. 10907/16882; 19. HD. 20.03.2012 T. 10804/4553; 15.12.2011 T. 5820/15869; 03.10.2011 T. 10289/11788; 28.09.2011 T. 9173/11540; 04.05.2011 T. 13070/6126;

önce ödediği ve fakat borçlusuna iade etmediği senedi tahsil için bankaya vermişse, borçlu bu durumda, «tahsile verilen senetteki borcu ödemiş olduğunu» belirterek ya da "kumar/bahis borcu olarak düzenlediğini bildirdiği senet hakkında" olumsuz tespit davası açabilir. Keza, alacaklı olduğunu ileri süren kişinin gönderdiği ihtarnameden sonra, alacaklıya böyle bir borcu bulunmadığı kanısında olan borçlunun «borcu bulunmadığını tespit için» açacağı olumsuz tespit davasında, davacının hukukî yararı vardır.[13]

«Hâmile karşı» açtığı olumsuz tespit (senet iptali) davası reddedilen keşidecinin, «cirantaya karşı» olumsuz tespit davası açmakta hukukî yararı vardır. Çünkü hâmile karşı senet bedelini ödemek zorunda kalan borçlu, bu ödemeden dolayı, borçlu olmadığını tespit ettirdiği cirantaya karşı, elindeki bu ilâma dayanarak rücu edecektir.[14]

Buna karşın, açılmış ve görülmekte olan ya da açılacak bir davada iddia ve savunma kanıtı oluşturacak bir senet hakkında ayrı bir mahkemede olumsuz tespit davası açmakta hukukî yarar yoktur.[15]

b- İcra takibinden sonra açılan olumsuz tespit davası (İİK. mad. 72/III): Borçlu, kendisine karşı, bir icra takibi başladıktan sonra ve henüz borcu ödenmemiş durumda iken, bu davayı açmakta hukukî yararı bulunması koşulu ile «borçlu olmadığının tespiti» için olumsuz tespit davası açabilir. Yüksek mahkemenin deyişiyle; borçlunun olumsuz tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğunun kabul edilebilmesi için "*davacının hakkının güncel bir saldırı ile tehdit edilmiş olması", "tehdidin davacıya zarar verecek nitelikte bulunması" ve "icraya yetki vermeyen tespit hükmünün tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli durumda olması"*[16] gerekir.

08.04.2010 T. 9953/4137; 4. HD. 25.2.2004 T. 12950/2195 vb. (www.e-uyar.com).

[13] Bknz: 11. HD. 2.2.1988 T. 5718/469; 13. HD. 18.3.1985 T. 441/1792 (www.e-uyar.com).

[14] Bknz: 11. HD. 18.1.1988 T. 5330/5 (www.e-uyar.com).

[15] Bknz: 11. HD. 10.11.1981 T. 6510/7103 (www.e-uyar.com).

[16] Bknz: 19. HD. 2.2.1999 T. 7417/428 (www.e-uyar.com).

Yüksek mahkeme borçlunun itirazı ile yapılmış olan ilamsız icra takibinin durması üzerine henüz alacaklı tarafından itirazın iptali davası (İİK. mad. 67) açılmadan önce borçlu tarafından olumsuz tespit davası açabileceğini, bu aşamada borçlunun olumsuz tespit davası açmakta hukuki yararının bulunacağını,[17] buna karşın; alacaklı tarafından itirazın iptali davası (İİK. mad. 67) açıldıktan sonra, borçlunun olumsuz tespit davası açmakta hukukî yararının bulunmayacağını çünkü, borçlunun tüm «borçlu olmadığı» na ilişkin savunmalarını bu davada ileri sürebileceğini,[18] aynı şekilde açılmış olan itirazın iptali davası kabul edilmiş ve verilen karar kesinleşmişse, borçlunun bundan sonra «kesin hüküm» nedeniyle, «borçlu olmadığını» ileri sürerek olumsuz tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur.[19]

Yüksek mahkeme, «icra takibinden sonra açılan olumsuz tespit davalarındaki hukuki yarar koşulu» ile ilgili olarak (ve tarih sırası ile);

✓*"Davacının takip dosyasında vaki borca itirazının süresinde kabul edilmesi ile takip, işbu dava açıldıktan sonra durmuş ise de, bizatihi ödeme emri tebliği ve alacak talep edilmesi nedeniyle menfi tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunduğunu"*
11. HD. 12.06.2014 T. E:4869,K:11258(www.e-uyar.com)

✓*"*İtirazın iptali davası açılıp görülmekte olduğu sırada aynı konu ile ilgili olarak menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı; hukuki yarar bir dava şartı olmakla, temyiz incelemesinde resen görülmesi gereken bir husus olup, aleyhe bozma yasağı kapsamı dışında olması gerekeceğini*"*
19.HD. 24.02.2014 T. E: 2014/1583, K: 3552(www.e-uyar.com)

[17] Bknz: HGK. 20.2.2013 T. 19-780/258 (www.e-uyar.com).

[18] Bknz: 19. HD. 6.1.2014 T. 17311/621; 16.12.2013 T. 14780/19903; 4.12.2013 T. 14644/19360; 24.2.2011 T. 13689/2409; 17.6.2010 T. 8838/7723; 4.2.2010 T. 3013/999; 8.7.2008 T. 11107/7581; 16.6.2008 T. 4972/6600; 9.6.2008 T. 132/6356 (www.e-uyar.com).

[19] Bknz: 19. HD. 1.6.2010 T. 9278/6767; 22.11.2007 T. 7585/10431 (www.e-uyar.com).

✓"İtirazın iptali davası açıldıktan sonra menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar yoksa da, itirazın iptali davası açılmadan önce borçlunun aleyhine girişilen icra takibi nedeniyle İİK>nun 72. maddesine dayanarak menfi tespit davası açmasında hukuki yararın bulunduğu, ödeme emrine itiraz süresinin geçip geçmemesi ve dolayısıyla takibin kesinleşip kesinleşmemesinin hukuki yarar bakımından sonucu etkilemeyeceğini"
19. HD. 06.01.2014 T. E: 2013/17311,K:621(www.e-uyar.com)

✓"İtirazın iptali davası açıldıktan sonra aynı hukuki sebebe dayanarak menfi tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığını"
19. HD. 16.12.2013 T. E:14780, K:19903(www.e-uyar.com)

✓*"Menfi tespit davasında ileri sürülen iddialar itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, borçlunun itirazın iptali davasından sonra menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmadığını"*
19. HD. 04.12.2013 T. E:14644, K:19360(www.e-uyar.com)

✓*"Yapılan bir icra takibine itiraz üzerine, alacaklı tarafından "itirazın iptali" davası açılması durumunda, menfi tespit davasında ileri sürülebilecek iddialar, itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, bu durumda borçlunun ayrı bir menfi tespit davası açmakta hukuki yararı yoksa da, henüz alacaklı tarafından itirazın iptali davasının açılmamış olduğu durumda ise böyle bir imkan söz konusu olmadığından borçlunun, itirazın iptali davasının açılmasını beklemeden menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunduğunun kabul edileceğini"*
3.HD. 09.09.2013 T. E: 9628, K: 11929(www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 17.07.2012 T. E:5832, K:10713(www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5830, K: 9692 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5827, K: 9689 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5826, K: 9691 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5834, K: 9690 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5824, K: 9688 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5828, K: 9687 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5831, K: 9686 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E:5829 , K: 9684 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5835, K: 9683 (www.e-uyar.com)

✓*"Takip borçlusunun, alacaklının itirazın iptali davası açabileceği ya da itirazın kaldırılmasını isteyebileceği süreleri beklemek yerine, alacaklı İİK 68. maddedeki belgelere dayanmış olsa da olmasa da takip nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek için açtığı menfi tespit davasında hukuki yararının olacağını"*
6. HD. 28.06.2012 T. E: 5825, K: 9682 (www.e-uyar.com)

✓*"Menfi tespit davasında alacaklının İİK madde 68'deki belgelere dayanıp dayanmaması arasında hukuki yarar açısından fark olmadığı, alacaklı tarafından itirazın iptali davası açılmamışken borcun olmadığının tespiti istenmesinde hukuki yararı olduğundan dava*nın açılabileceğini"
6.HD. 28.06.2012 T. E:5833, K:9685(www.e-uyar.com)

✓*"Borçlunun aleyhinde başlatılan icra takibini itiraz etmek suretiyle durdurması ve alacaklının da elinde İİK.'nun 68 inci maddesinde sayılan belgeler bulunmamasının borçlunun -takibi durduran bu itirazından sonra- menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığını kabule yeterli olmayacağı, bu halde dahi borçlunun borç tehdidi altında olduğu ve bu sebeple de menfi tespit davası açmakta hukuki yararı olduğu- Borçlunun borçlu olmadığını ileri sürerek ilamsız icra takibine itiraz etmesinin ancak takibin durmasını sağlayacağı, icra takibini ortadan kaldırmayacağı, takibin iptalinin ise menfi tespit davasının açılmasından sonra gerçekleşen bir sonuç olduğu ve bu nedenle, davacının, takibe konu icra dosyasından dolayı borçlu olmadığının tespiti davası açmakta hukuki yararı olduğu- Alacaklının borçlunun itirazını iptal ettirmek için itirazın iptali davası açmamış olması halinde dahi, borçlunun itiraz ile durdurduğu takipte alacaklıya karşı borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğunu"*
HGK. 18.01.2012 T. E: 2011/19-622, K: 9 (www.e-uyar.com)

✓*"Davacı taraf aleyhine başlatılan icra takibine itiraz edilmiş ve bu nedenle takip durmuş ise de, bu davanın açıldığı tarih itibarıyla davalı tarafça henüz itirazın iptali davası açılmamıştır. Bu durum karşısında maddi hukuk yönünden borçlu olmadığının tespitini isteyen davacının somut olay bakımından dava açmakta hukuki yararı bulunduğunun kabulü ile işin esasının incelenmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulmasının hükmün bozulmasına neden olacağını"*
19. HD. 20.04.2011 T. E:2010/9342, K:2011/5292 (www.e-uyar.com)

✓*"Olumsuz tesbit davasında ileri sürülen iddialar, 'itirazın iptali davası'nda savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, hakkında 'itirazın iptali davası'* açılmış olan borçlunun alacaklı hakkında *'olumsuz tesbit*

davası' açmakta h*ukuki yararının bulunmayacağını"*
19. HD. 24.2.2011 T. E:2010/13689, K:2011/2409 (www.e-uyar.com)

✓*"Davacı borçlunun aleyhindeki itirazın iptali davasında borçlu olmadığı yolundaki savunmalarını ileri sürebilmesi mümkün olduğundan itirazın iptali davası açıldıktan sonra aynı konuda menfi tespit davası açmasında hukuki yararın bulunmayacağı, mahkemece dava şartlarından sayılan hukuki yararın resen gözetilmeksizin işin esasına girerek karar vermesinin bozmayı gerektireceğini"*
19. HD. 04.02.2010 T. E:2009/3013, K:999 (www.e-uyar.com)

✓"İtiraz üzerine takibin durması sadece takip hukuku ile ilgili olup, borçlunun maddi hukuk anlamında borcun kesin olarak ortadan kaldırılmasını isteme hakkı bulunduğundan, "itirazın iptali davası" açılmasını beklemeden "menfi tespit davası" nı açmakta *hukuki yararının bulunduğunu"*
12. HD. 19.10.2009 T. E:5267, K:11668 (www.e-uyar.com)

✓*"İcra takibine süresi içinde itiraz edilmesi kural olarak takibi durdurur ise de, alacaklı tarafından itirazın iptali davası açılmadığı sürece, taraflar arasındaki ilişkinin kesin hükme bağlanması söz konusu olamayacağından, menfi tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunduğunu"*
19. HD. 03.11.2008 T. E:9384, K:10472 (www.e-uyar.com)

✓*"İcra takibine dayanak senet altındaki imzanın davacıya ait olmadığı iddiasına dayalı menfi tespit talebine ilişkin davada, ilamsız icra takibine itiraz edildiği ve itirazın iptali davası açılmışsa, bu davadan sonra aynı borç ile ilgili menfi tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığının kabul edildiği, ancak icra takibine itiraz edilmiş olmasına rağmen itirazın iptali davası açılmamış ise, bu halde borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yararının olduğu, icra takibinin itiraz üzerine durmasının takip hukukuna ilişkin bir durum olup takip dayana*ğı senedi hükümsüz kılmayacağını"
19. HD. 08.07.2008 T. E: 2007/11107, K: 7581(www.e-uyar.com)

✓"Ödeme emrine itiraz eden borçlunun menfi tesbit davası açmakta <u>hukuki yararının olacağını"</u>
19. HD. 11.7.2006 T. E:1509, K:7543 (www.e-uyar.com)

✓*"Kendisine icra takibi ile ilgili ödeme emri gönderilen borçlunun, takibe itiraz etmekle beraber alacaklının 1 yıl içinde itirazın iptali davası ya da genel hükümler çerçevesinde alacak davası açmasını beklemeden, borç tehdidinden kurtulmak amacıyla olumsuz tespit davası açmakta <u>hukuki yararının bulunacağını"</u>*
19. HD. 27.11.1995 T. E: 7875, K: 10257(www.e-uyar.com)
ifade etmiştir.

B) Bilindiği gibi '*bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi ve sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargılama makamınca* çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, *bekletici sorun (HMK m. 165)* denilir.[20] Başka bir deyişle; *bir davada hüküm verilmesi, ba*şka bir davada inc*elenmekte ve kesin olarak karar bağlanacak olan hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme o davanın sonuçlanmasınıbeklemek üzere yargılamayı erteleyebilir, yani o davanın sonuçlanmasını kendi bakmakta olmakta olduğu dava için bekletici sorun yapabilir.*[21][22]Kural olarak bir konuyu bekletici sorun yapıp yapmamak mahkemenin takdirine bağlıdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi; ilamsız icra takibine itiraz ederek hakkındaki icra takibini durduran borçlu, aleyhine '*itirazın iptali davası'* açılmasını beklemeden, alacaklıya karşı '*menfi (olumsuz) tespit davası'* açabilir. Böyle bir durumda *menfi tespit Davas ı*le sonradan açılan itirazın iptali davası arasında bağlantı bulunduğundan (HMK. mad. 166) *menfi tespit davası* ile *itirazın iptali* davası birleştirilebilir (HMK. mad.

[20] YILMAZ, E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2013, s: 965 vd.

[21] KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: 3, 2001, s: 3207 vd.

[22] PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. Medeni Usul Hukuku,2013, 14. Bası, s: 603 vd. – GENÇCAN, Ö.U.,Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, 2013, s: 743 vd. – UMAR, B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2014, s: 487 vd. – KURU, B./ARSLAN, R./ YILMAZ, E. Medeni Usul Hukuku, 25. Baskı, 2014, s: 463 vd. – KARSLI, A. Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, 2014, s: 641 vd.

165)[23] . Eğer alacaklı *itirazın iptali davasını* başka bir yer mahkemesinde açar ve borçlu bu dava ile *menfi tespit davasının* birleştirilmesini istemezse, iki davanın birleştirilmesi mümkün olmaz. Böyle bir durumda, sonra açılan *itirazın iptali davasına* bakan mahkemenin *menfi tespit davasının* sonuçlanmasını beklemesi yani bu davanın sonucunu bekletici sorun-yapması gerekir.[24]

Yüksek mahkeme *'itirazın iptali davasından önce açılan menfi (olumsuz) tespit davasının sonucunun, itirazın iptali davasını etkileyeceğinden, itirazın iptali davasına bakan mahkemenin, menfi tespit davasının sonucunu bekletici meseleyapması gerektiğini'* aşağıdaki şekilde çeşitli içtihatlarında açıkça belirtmiştir. Gerçekten **yüksek mahkeme;**

✓*"Davalı tarafından itirazın iptali davasından önce davacı tarafça başlatılan icra takibine konu borca ilişkin menfi tespit ve ipotek terkin davası açıldığından; menfi tespit davasının eldeki dava dosyasını etkileyeceği dikkate alınarak, davalı tarafın açtığı davanın sonucunun bekletici mesele yapılmasına karar verilmesi gerekeceğini"*
19. HD. 04.06.2014 T. E:7547, K:10532 (www.e-uyar.com)

✓*"Menfi tespit kararı eldeki itirazın iptali davasının sonucunu etkileyeceğinden, mahkemece, menfi tespit davasının bekletici mesele kabul edilip, sonucuna göre hüküm kurulması gerekeceğini"*
13. HD. 08.12.2005 T. E:12228, K:18202 (www.e-uyar.com)

✓*"Taraflar arasındaki itirazın iptali davası ile davalının, borçlu olmadığının tespitine ilişkin menfi tespit davasının konusu aynı olup, davalı tarafından açılan menfi tespit davasının, bu davanın sonucunu etkileyeceğini"*
13. HD. 18.05.2005 T. E: 2005/3293, K: 8584 (www.e-uyar.com)
ifade etmiştir.

[23] KURU, B. age., C: 3, s: 3429 –ÖZKAN, Y. İcra ve İflas Hukuku'nda İtirazın İptali Davası, 2004, s: 106

[24] KURU, B.age, s: 3207 –ÖZKAN, Y.age. ,s: 106 –TÜRK, A. age. 2006, s: 210,232 –MUŞUL, T.age. 2014, s: 227 –AKKAN, M.,İcra Hukuku'nda Menfi Tespit ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi (Dokuz Eylül Ünv. Huk. Fak. Der., 2010/2, s: 21)

C) Bilindiği gibi; *tacirler arasında ticari işlerden dolayı ticari defterlerle ispat,* önceleri- yürürlükten kalkmış olan- 6762 sayılı TTK'nın 80 vd. maddelerinde düzenlenmişken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan (yeni) 6102 sayılı TTK'na, 6762 sayılı TTK'nun '*ticari defterlerle ispat*' konusunu düzenleyen 80 ilâ 86. maddeleri "*usul hukukuna ilişkin hükümler olması ve dolayısıyla TTK gibi maddi hukuka ilişkin hükümler arasında yer almasına gerek bulunmadığı"* düşüncesiyle alınmamış ancak "*Bu durum, uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır.* Çünkü *senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar, senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında senetle ispat mecburiyetine ilişkin usul hükümleri muhafaza edilmiştir. Bu sebeple, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin, yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmiştir… … …"*
gerekçesiyle , '*ticari defterlerle ispat*' konusu yeniden -daha önce doktrin ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilmiş olan ilkeler doğrultusunda[25] HMK'nun 222. maddesinde düzenlenmiştir.

'Ticari defterlerle ispat'ın *takdiri delil* olmayıp *kesin delil* olduğu konusunda **doktrinde**[26] görüş birliği bulunmaktadır.

Tacirin defter tutması, kayıtların kapalılığı ve kendi içinde birbirleriyle bağlantılı olması nedeniyle gerçeklik hakkında yüksek seviyeli bir garanti içerir. Bu yüzden, eskiden beri, tutulan defterlere yüksek bir *ispat değeri* atfedilmiştir.[27]

---

[25] YILMAZ,E. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2013, s:1152 – YILMAZ, E., Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler (Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak-2013, s:29) .

[26] YILMAZ, E. age, s:1153 – YILMAZ, E. agm s:30 – KARSLI, A. Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, 2012, s: 619 .

[27] ALANGOYA, Y/ YILDIRIM, M.K. / YILDIRIM, N.D. Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, 2011, s:341

Ticari defterler onaya (tasdike) tabidir. Ticari defterler, açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır.

Şirketlerin kuruluşunda defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir. Açılış onayının noter tarafından yapıldığı hallerde noter, ticaret sicili tasdiknamesini aramak zorundadır(TTK. mad. 64/3).

Ticari defterlerin (yevmiye defteri ve yönetim kurulu karar defteri) kapanış onayını izleyen faaliyet döneminin üçüncü ayının sonuna (Mart) kadar yapılır.

6762 sayılı Kanunda sadece yevmiye ve envanter defteri için yıl sonu onayı kabul edilmişken, 6102 sayılı Kanunda '*tüm ticari defterlerin onaya tabi olduğu*' hükme bağlanmış (TTK m. 64/3), 6335 sayılı kanunla değişik 64/3 maddesinde '*yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanış onayına tabi olduğu'* kabul edilmiştir.[28]

Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olabilmesi için; "*kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması"* gerekir(HUMK. mad. 222/2). [29] **Yüksek mahkeme,** bu hususta;

• *"İtirazın iptali davasında kapanış tasdikleri bulunmadığı anlaşılan davacının ticari defterleri lehine delil teşkil etmeyeceği, mahkemece kapanış tasdikleri bulunmayan davacı defterlerindeki kayıtların incelenmesi sonucu düzenlenen yetersiz bilirkişi raporunun hükme esas alınarak eksik inceleme ile hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceğini"*[30]

[28] DEYNEKLİ, A. / KISA, S. İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, 2013, s: 188.

[29] PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M. age, s:747 – MUŞUL, T. , Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, 2012, s:365 – GENÇCAN, Ö.U. age, 2013, s:875 – KILIÇOĞLU, M. Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, 2012, s:1032.

[30] Bknz: 19.HD. 18.10.2012 T. E.12131, K:15366 (www.e-uyar.com).

• *"Ticari defterlerin delil olarak kabul edilmesi için, tasdike tabi olan defterlerin usulüne uygun tasdik edilmiş olması ve defterlerin bütününün birbirlerini teyit etmesinin şart olacağı, aksi halde defterlerin delil olmaktan çıkacağını"*[31]

• *"Davacı tarafça ibraz olunan ticari defterlerin kapanış kayıtları da yapılmamış olup mevcut hali ile tacirler arasında dahi delil olma özelliğinin bulunmayacağını"* [32]

• *"Kapanış tasdiki bulunmayan ticari defterlerin isbat gücünün var sayılamayacağını"*[33]

• *"Kapanış tasdiklerinin bulunmaması halinde taraf defterlerinin 'delil' niteliği taşımayacağını"*[34]
ifade etmiştir.

Ticari defterlerin "*sahibi lehine"* delil teşkil edebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullar HMK'nun 222. maddesinin 2. ve 3. bentlerinde öngörülmüştür.[35] Bunlar;

a)Uyuşmazlık "*ticari dava"* ya (TTK. m.4)e ilişkin olmalıdır.

b) Ticari defterler;
-Eksiksiz tutulmuş(açılış ve kapanış onayları yaptırılmış) olmalı,
-Usulüne uygun tutulmuş(açılış ve kapanış onayları yaptırılmış) olmalı,
-Kayıtları birbirini doğrulamış olmalı,

[31] Bknz: 14. HD. 10.04.2012 T. E:3778, K:5225 (www.e-uyar.com).

[32] Bknz: 19. HD. 22.03.2010 T. E:2008/17627, K: 5393 (www.e-uyar.com).

[33] Bknz: 19. HD. 02.05.2001 T. E: 2000/8533, K:3341 (www.e-uyar.com).

[34] Bknz: HGK 28.09.1988 T. E: 11-364, K: 740 (www.e-uyar.com).

[35] YILMAZ, E. age s:1156 vd – YILMAZ, E. agm s:34 vd - KARSLI, A. age: s:620- DEYNEKLİ, A. / KISA, S.,İtirazın İptali Davaları, 2013, s:190 vd – UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Olumsuz(Menfi) Tespit ve Geri Alma(İstirdat) Davaları , 4. Baskı, 2015, 742 vd.

-Diğer(karşı) tarafın "*kanuna uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ticari defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması koşullarına uygun olarak tutulmuş*" ticari defterlerindeki kayıtların bunlara (yani; sahibi lehine olan, delil olup olmayacağı değerlendirilen defterdeki kayıtlara) aykırı olmamalı veya uyuşmazlıkla ilgili hiçbir kayıt içermemeli,

-Yahut diğer tarafın, defter kayıtlarının aksini senet veya başka kesin delillerle ispatlayamamış olmalıdır.

Olumsuz tespit davalarında **fatura'** lardan da «delil» olarak yararlanılabilir. Ticaret Kanunumuzda «tacir olmanın sonuçları» arasında -TTK. mad. 21'de- düzenlenmiş olan fatura; «*tacirler için özel bir delil belgesi*» niteliğindedir.

Tacirden bir mal almış veya ona bir iş yaptırmış olan kimse, tacirin verdiği (veya gönderdiği) faturaya, sekiz gün içinde itiraz etmezse, faturanın içeriğini kabul etmiş sayılır.[36]

Konumuzla ilgili olarak şu hususları -uygulamadaki önemi nedeniyle- belirtmek yararlı olacaktır:

√ Fatura, ancak «tacir» sıfatını taşıyan kimse tarafından kesilmişse (düzenlenmişse) -alınmasından itibaren sekiz gün içinde itiraz edilmezse- faturanın içeriği, alan tarafından kabul edilmiş sayılır.

Eğer, faturayı kesen (düzenleyen) kimse tacir değilse örneğin esnaf ise veya serbest meslek mensubu ise, bu sonuç doğmaz.[37]

√ TTK. mad. 21'deki hükmün uygulanabilmesi için, faturayı alan

[36] Bknz: 11. HD. 11.11.1991 T. 3659/5963; 7.4.1983 T. 1686/1796 (www.e-uyar.com)

[37] DOĞANAY, İ. , Türk Ticaret Kanunu Şerhi,2004, C: 1, s:222

kimsenin de «tacir» olması gerekmez.[3839] Yani, tacir olmayan kimseler de -tacirden- aldıkları faturaya sekiz gün içinde itiraz etmezlerse, fatura içeriğini kabul etmiş sayılırlar.

Alınan faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmezse, fatura sadece «miktar» ve «fiyat» yönünden kabul edilmiş sayılır. Yoksa,«o faturada yazılı malın daha önce teslim edilmiş olduğu» kabul edilmez.[40]

√ Faturanın «sekiz gün içinde itiraz edilmemiş» -ve «içeriğinin kabul edilmiş»- sayılabilmesi için, faturanın alıcıya tebliğ (teslim) edilmiş olması gerekir.[41] Bu husus ise, «tanık»la değil, ancak «yazılı delil» ile ispat edilebilir.[42] [43]

√ Faturaya itirazın da TTK. mad. 18/(3) gereğince; «noter marifetiyle» veya «iadeli taahhütlü mektupla» yahut «telgrafla» yapılması gerekir (HMK. mad. 200, 201).

√ Faturayı alan, bu faturanın içeriğine sekiz gün içinde -yukarıda belirtildiği şekilde- itiraz etmez ve -«miktar» ve «fiyat» yönünden- içeriğini kabul etmiş sayılırsa, itiraz edilmeyen fatura, böylece «aksi ispat edilemeyen bir delil» niteliğini kazanmış olmaz, sadece ispat yükü yer değiştirir ve alıcıya geçer. Alıcı, faturanın aksini ispat edebilir.[44]

√ Ticari teamüllere göre, "faturanın altının imzalanmış olması",

[38] DOMANİÇ, H. age. s:107 – DOĞANAY, İ. age. s:222 – İMREGÜN, O. age. s:39 – Bu konuda ayrıca bknz: ENGİN, B. İ. Fatura ve Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmesinin Sonuçları (İHFM., 2003, C: LXI, s: 258, dipn. 1).

[39] Aksi görüş: KARAYALÇIN, Y. Ticaret Hukuku, s:223.

[40] Bknz: 19. HD. 23.9.1993 T. 6557/5788; 11. HD. 28.6.1990 T. 4593/5183 (www.e-uyar.com).

[41] Bknz: 19. HD. 28.5.1993 T. 6018/4084 (www.e-uyar.com).

[42] Bknz: UYAR, T. /UYAR, A./UYAR, C. age. s:641.

[43] Bknz: 11. HD. 17.3.1977 T. 1091/1266 (www.e-uyar.com).

[44] DOMANİÇ, H. Faturada İspat Kuvveti (BATİDER, 1966, C:III, S:4, s:661 vd.)

«faturanın altına damga pulunun yapıştırılıp, pulun üzerinin imzalanmış olması», «o faturanın kapatıldığını», yani bedelinin ödendiğini, buna karşın, «damga pulunun, faturanın üst kısmına yapıştırılıp üzerinin imzalanmış olması» «o faturanın açık olduğunu» yani bedelinin ödenmediğini (satışın veresiye olduğunu) belirtir.[45][46] 6102 s. yeni Türk Tic. K.'da açık bir hüküm bulunmamasına rağmen -ticari örf ve âdete göre- «kapalı fatura» 'bedeli ödenmiş faturayı', «açık fatura» ise 'bedeli ödenmemiş faturayı' ifade eder.[47]

Yüksek mahkeme;

√ *«Menfi tespit davasında, fatura bedellerinin ödenip ödenmediği noktasında çıkan uyuşmazlıkta, açık faturalar yönünden ispat külfeti ödeme iddiasında bulunan davacı borçluda, kapalı fatura ise ödemenin peşin yapıldığına dair karine teşkil ettiğinden, sözkonusu faturalar yönünden ispat yükü aksini iddia eden davalı alacaklı üzerinde olması gerekeceğini-*
19. HD. 27.01.2014 T. 16196/1963(www.e-uyar.com)

√ *"İcra takibine konu kapalı fatura nedeniyle menfi tespit istemiyle açılan davanın, dava konusu edilmeyen açık faturaya dayalı olarak reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu"*
19. HD. 19.03.2013 T. 813/4802(www.e-uyar.com)

√ *"Kapalı fatura kural olarak ödemeye karine teşkil eder. Davacı taraf bilirkişi raporuna yönelik itirazlarında bu hususun da incelenmesini talep ettiğinden, mahkemece davacının ödeme iddiası yönünden kapalı faturaların diğer delilerle birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini"*
19. HD. 08.03.2012 T. 11978/3800(www.e-uyar.com)

√ *"Takip konusu faturaların kapalı fatura olduğu, kapalı faturanın,*

[45] Bknz: 19. HD. 27.1.2014 T. 16195/1963; 8.3.20122 T. 11978/3800; 11. HD. 11.1.2010 T. 8775/95; 1.6.2000 T. 2482/4273; 29.6.1999 T. 4066/4553; 11. HD. 23.3.1988 T. 6471/1267 (www.e-uyar.com).

[46] DOĞANAY, İ. age, C: 1, s:214 vd. –DEYNEKLİ, A./ KISA, S.,age. s: 194 vd.

[47] GÜRBÜZER, İ. Yargıtay Kararları Işığında Faturanın İspat Açısından İncelenmesi (İBD. Tem-Ağus/2014, s: 302).

fatura konusu mal veya hizmet bedelinin ödendiğine karine teşkil edeceği, kapalı faturaya dayalı olarak alacaklı olduğunu iddia edenin iddiasını ispat ile yükümlü olduğu, eldeki davada, kapalı faturaya dayalı olarak alacaklı olduğunu iddia edenin davalı olduğu, bu durumda davalının aleyhinde oluşan karinenin aksini ispat etmesinin gerekeceğini"
11. HD. 11.01.2010 T. 8775/95(www.e-uyar.com)
belirtmiştir.

❖

Bir olayda, alacaklı(A) LTD. ŞTİ.,borçlular(B) AŞ. ve (C) LTD. ŞTİ., hakkında ….. İcra Müdürlüğü'nün …./…. sayılı dosyasında toplam 87 adet faturaya dayalı olarak alıcı esas değeri 55.056.246,34 TL olan alacağının ödenmesi için 17.04.2015 tarihinde borçlulara "örnek: 7 ödeme emri" göndererek ilamsıztakip yapmış, borçlular vekili 27.04.2015 tarihinde icra dairesine dilekçeyle başvurarak takip konusu borcun tamamı ile işlemiş ve işleyecek faizlerin tamamını itiraz edip takibi durdurmuştur.

Her iki borçlu 30.04.2015tarihinde, …. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne "*takip konusu borçtan (55.056.246,34 TL) dolayı sorumlu olmadıklarının tespiti amacıyla*" takip alacaklısı aleyhine menfi tespit davasıaçmıştır. Davacı (borçlular vekilleri) adı geçen 'dava dilekçe' lerinde özetle; "*…..... İcra Müdürlüğü'nün …/…. sayılı dosyasına konu edinmiş olan borç ve faizlerin tamamına itiraz edip takibi durdurduklarını müvekkili şirketlerin davalı-alacaklı şirkete takip dayanağı faturalardan, cari hesaptan kaynaklanan hiçbir borçları bulunmadığını, müvekkilleri şirketler ile alacaklı şirket arasında 07.05.2013 tarihli "MUTABAKAT ANLAŞMASI" başlıklı sözleşme ve 30.10.2013 tarihli "ORTAK GİRİŞİM ANLAŞMASI" (JOINT VENTURE) sözleşmelerinin imzalandığını, ..Group ve …* Türkiye ile *(B)* Aş. şirketleri arasında üçlü bir ticari ilişki bulunduğunu, takip dayanağı faturaların tamamını müvekkillerinden *(B)* AŞ. adına düzenlenmiş olduğunu, diğer müvekkilleri davacı *(C) LTD. ŞTİ. adına düzenlenmiş fatura bulunmadığını, takip dayanağı faturaların tamamını davalı tarafa ödendiğini, hesabın kapatıldığını, bu hususun müvekkillerine ait*

ticari defter kayıtları ile sabit olduğunu, müvekkillerinin ticari defterlerinin kapanış tasdiki yapıldığı gibi, davalı şirketin ticari defterlerinin kapanışının 27.04.2015 tarihinde yapıldığını öğrendiklerini, böylece takibe konu faturaların tamamını kapalı faturaniteliğinde olduğunu ve bu faturalarda 'peşin ödeme' ibaresinin bulunduğunu, ticari defterlerin kesin delil teşkil ettiğini, kendi ticari defterlerinde dahi alacaklı görülmeyen davalının kötü niyetli olduğunu, taraflar ardasındaki 'ORTAK GİRİŞİM ANLAŞMASI'nın 4. maddesi gereğince müvekkillerinin davalı tarafa olan alacaklarının henüz ödenmediğini, ayrıca ödenen avans ve teslim edilmeyen mallardan, yapılan masraflar ve depo kirasından dolayı müvekkillerin davalı taraftan alacaklı bulunduğunu, müvekkilleri hakkında yapılan icra takibinin T.C. Merkez Bankası kayıtlarında görüldüğünü, bu durumun müvekkillerini rahatsız ettiğini çünkü bankalardan kredi kullanma durumunda olan müvekkillerinin kredi temininde güçlükle *karşılaştıklarını, hatta bankların kullandırdıkları kredileri geri çağırmaya başladıklarını, bu nedenle Yargıtay'ın konuya ilişkiniçtihatları uyarınca müvekkillerinin davalı-alacaklı hakkında 'kendilerine müvekkillerinin borcu bulunmadığının tespiti için' bu menfi tespit davasını açmak zorunda kaldıklarını, böyle bir davayı bu aşamada açmakta hukuki yararının bulunduğunu…"* ileri sürerek*"açtıkları davanın kabulü ile müvekkillerinin davalı alacaklıya borçlarının bulunmadığının tespitini, …. İcra Müdürlüğü'nün …./…. sayılı icra takibinin iptalini, müvekkilleri hakkında yapılmış olan takibin kötü niyetli yapılmış olması nedeniyle davalının %20'den az olmamak üzere 'kötü niyet tazminatına mahkum edilmesini…."* talep etmişlerdir.

Yukarıda - doktrindeki bilimsel görüşler ile Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarına atıfta bulunarak- ayrıntılı biçimde belirttiğimiz gibi; **a)**Davacı borçlular, haklarında davalı-alacaklı tarafından ….. İcra Müdürlüğü'nde başlatılan …./…. sayılı icra takibine süresi içinde (27.04.2015 tarihinde) itiraz ederek takibi durdurduktan sonra, alacaklının '*itirazın iptali davası'* (İİK. m. 67) açmasını beklemeden, alacaklısına karşı '*menfi tespit davası'* (İİK. m. 72) açmakta **hukuki yararları** bulunduğundan davacı-borçluların açtıkları menfi tespit davasının esasına girilerek davacıların "borçlu olmadıklarına" ilişkin iddialarının

araştırılması gerekecektir. **b)**Davacı-borçluların, haklarındaki icra takibine süresi içinde itiraz ederek, takibi durdurmalarından sonra, takip alacaklısı tarafından '*itirazın iptali davası'*nın açılmasını beklemeden, açtıkları '*menfi tespit davası'* nın sonucunun –yukarıda dipnot 22-26' te atıf yapılan *bilimsel görüş* ve içtihatlar doğrultusunda- **bekletici mesele** (HMK. m. 165) yapılması gerekecektir **c)**Takip alacaklısı tarafından takip konusu yapılmış olan, alacağın dayandırıldığı 87 adet faturanın takip borçluları tarafından iddia edildiği gibi **kapalı fatura** olup olmadığı ve tarafların ticari defterlerinin usulüne uygun olarak tutulmuş olup olmadıklarının ve kapanış tasdiklerinin süresi içinde yaptırılmış olup olmadıklarının –yukarıda sunduğumuz *bilimsel görüş* ve içtihatlar doğrultusunda- uzman mali müşavirlere incelettirilerek, takip dayanağı toplam 87 adet fatura bedelinin ödenmiş olup olmadığı ve dolayısıyla "*davacı-borçluların bu faturalardan dolayı davalı-alacaklıya herhangi bir borçlarının bulunup bulunmadığı"*nın araştırılması gerekecektir…

KAYNAKÇA

- **AKKAN, M.** İcra Hukuku'nda Menfi Tespit ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi (Dokuz Eylül Ünv. Huk. Fak. Der., 2010/2)

- **ALANGOYA, Y/ YILDIRIM, M.K. / YILDIRIM, N.D.** Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, 2011

- **BERKİN, N.** İcra Hukuku Rehberi, 1980

- **DEYNEKLİ, A. / KISA, S.** İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, 2013

- **DOĞANAY, İ.** Türk Ticaret Kanunu Şerhi,2004, C: 1

- **DOMANİÇ, H.** Faturada İspat Kuvveti (BATİDER, 1966, C:III, S:4)

- **ENGİN, B. İ.** Fatura ve Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmesinin Sonuçları (İHFM., 2003, C: LXI, s: 258, dipn. 1)

- **GENÇCAN, Ö.U.** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, 2013

- **GÜRBÜZER, İ.** Yargıtay Kararları Işığında Faturanın İspat Açısından İncelenmesi (İBD. Tem-Ağus/2014)

- **KARAYALÇIN, Y.** Ticaret Hukuku

- **KARSLI, A.** Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, 2012

- **KARSLI, A.** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, 2014

- **KILIÇOĞLU, M.** Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, 2012

- **KURU, B.** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: 3, 2001

- **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, 1988, C:1

- **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2013

- **KURU, B.** Menfi Tespit ve İstirdat Davası, 2003

- **KURU, B.** Tespit Davaları, 1963

- **KURU, B./ARSLAN, R./ YILMAZ, E**. Medeni Usul Hukuku, 25. Baskı, 2014

- **MUŞUL, T.** Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, 2012

- **MUŞUL, T.** Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2014

- **ÖZKAN, Y.** İcra ve İflas Hukuku'nda İtirazın İptali Davası, 2004

- **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M.** Medeni Usul Hukuku,2013, 14. Bası,

- **POSTACIOĞLU, İ.** İcra Hukuku Esasları, 1982

- **POSTACIOĞLU,İ.** İcra ve İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası (İHFM. 1967/2-4)

- **TÜRK, A.** Menfi Tespit Davası, 2006

- **UMAR, B.** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2014

- **UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C.** İcra ve İflas Hukukunda Olumsuz(Menfi) Tespit ve Geri Alma(İstirdat) Davaları , 4. Baskı, 2015

- **ÜSTÜNDAĞ, S.** İcra Hukukunun Esasları, 2004

- **YILMAZ, E.,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2013

- **YILMAZ, E.** Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler (Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak-2013)

TEBLİĞLER

GENEL İŞLEM ŞARTLARI SEMPOZYUMU
17 NİSAN 2015

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Baro Başkanı Sayın Avukat Aydın Özcan:

Merhabalar. sayın Rektör Yardımcım, çok değerli hocalarım, çok değerli meslektaşlarım ve çok değerli öğrenciler, hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi'yle Baromuz öncülüğünde özellikle biz yeni yönetim olarak göreve geldiğimiz 26 Ekim'den hemen sonra karşılıklı protokoller yapmak suretiyle Yaşar Üniversitesi ile İzmir Barosu arasında bu tür çalışmalar ve yüksek lisans konusunda baromuz mensubu meslektaşlarımızın uygun ücretlerle yüksek lisans yapmaları konusunda karşılıklı bir protokol imzaladık ve bu iş birliği sayesindedir ki bu tür çalışmalarımızı diğer hukuk fakülteleri ile olan ilişkilerimizdeki gibi hatta İzmir'de Yaşar Üniversitesi'yle daha da anlamlı bir şekilde devam ediyoruz. Yine bugün bu panelin yapılmasını bu çalışmanın yapılmasını çok değerli hocamız Prof Dr. Ayşe Havutcu hocamızla seçimden hemen sonra konuşmuştuk. 26 Ekim'den sonra hemen konuşmuştuk. Tabi bu derece nitelikli bir panelin yapılacak olması zaman istiyor. Ancak bugüne yetiştirebildik. Ayşe Havutcu hocamıza teşekkür ediyorum. Ayrıca kendisi bizim barolar birliği delegasyonumuz üyesidir. Yaşar Üniversitesi ile gördüğünüz gibi bağlarımız çok kuvvetli. Bundan sonrada bu tür çalışmalarımzı artırarak devam ettireceğiz. Zaten baro olarak bizim amacımız, baro yönetim kurulu olarak 7000'i geçen meslektaşlarımızla ve 750 – 800'e varan stajyer potansiyelimizle özellikle İzmir'deki hukuk fakülteleri ile üniversitelerle iyi bir işbirliği yakalayıp, meslektaşlarımızı meslek içi eğitim çalışmaları konusunda son derece besleyerek mesleğimizi, meslektaşlarımızı geliştirmek istiyoruz. Bu anlamda da sadece İzmir'de değil özellikle Türkiye Barolar Birliği ile ortak çalışmalarımız var. Geçtiğimiz günlerde Tuna Vakfı'nın önder-

liğinde Barolar Birliği'nin vakfının önderliğinde ileri eğitim çalışmaları yaptık. Aktüerya hesaplaması konusunda, tüketici hukuku konusunda ve onun dışında birçok baro olarak yapmış olduğumuz panellerimiz var ve geçtiğimiz hafta Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı, 21. Hukuk Dairesi Başkanı, 22. Hukuk Dairesi Başkanı ve Hukuk Genel Kurulu Başkanımız geldi. Çok güzel çok değerli hocalarımız geldi yine bir birinden değerli Türkiye'de alanlarında duayen olmuş aynen bugünkü gibi bugünde baktığımda listeye gerçekten birbirinden çok değerli hocalarımız var. Bu hocalarımızın görüşlerinden hep birlikte yararlanacağız. Bugünkü konuda genel işlem koşullarının mevzuatımızda ki yeri, genel işlem koşullarını içeren standart sözleşme kavramı, genel işlem koşullarının zorunlu unsurları irdelenecek burada çok yeni bir konu ve gerçekten tüketici hukukuyla birlikte değerlendirildiğinde karmaşık bir hal alıyor. Bunun incelenmesi gereken bir alan olduğu ve bu konuda meslektaşlarımızın da çok ihtiyaç duyduğu bir alan. Özellikle rekabet hukuku açısından genel işlem koşullarının değerlendirilmesi önem arz ediyor. Tabi ki bugün panelin konularına baktığımızda konuşmacı hocalarımızın değerlendirmelerinin çok önemli olduğunu düşünüyorum. Ve bu anlamda meslektaşlarımıza, öğrencilerimize kısacası tüm hukukçulara çok faydalı olacağını, yararlı olacağını düşünüyorum. Şimdiden panelimizin başarılı olmasını diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Yaşar Üniversitesi Rektör Yardımcısı Prof. Dr. Ali Nazım Sözer:

Değerli Meslektaşlarım, kıymetli öğrencilerimiz. Genel işlem şartları sempozyumunda kadroya baktığımızda, katılımcı listesine gerçekten zengin bir kadro. Bu bana şöyle bir hikaye hatırlattı. Yeni girmiş bir asistan kürsüde çok sayıda hocanın olduğu bir toplantıya ilk defa bilimsel bir toplantıya katılıyor. Şöyle dolaşıyor salonda bir süre sonra hocası diyor ki asistanına "Neler hissediyorsun?" "Valla hocam" diyor, "Dipnotlar arasında dolaşır gibiyim". Şimdi yeni arkadaşlar hatta biz de zaman zaman bir araya geliyoruz ama bu toplantılar bir arada olmak için fevkalade önemli. Şimdi yıllar önce, 2006 yılında üç tane ayrı sigorta kurumu vardı. Benim alanım olduğu için oradan size kısa bir alıntı yapmak zorundayım. SSK, BAĞ-KUR, Emekli Sandığı. Bunlar kapatıldı, tek bir kurum bünyesinde birleşti. SSK'nın özelliği şuydu; kendi bünyesinde eczane vardı ilacı verirdi, sağlık kurumları hastaneler kendi içindeydi. Hizmeti doğrudan sunardı. Ama 2008 yılında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu yürürlüğe girdiğinde bu kez hizmet satın almaya başladı. Eşya satın almaya başladı. Bunun için muhataplar vardı karşısında, örneğin Eczacılar Birliğiyle SGK protokol yaptı. Bir ana sözleşme. Sonra İl Müdürlükleri eczacılarla birer karşılıklı bire bir sözleşme, ikincil sözleşme yapmak durumunda kaldı. Genel sağlık bir süre önce çalışmaya başladığımda Ayşe Hoca'ya gittim. "Ayşe hoca" dedim, "Şimdi burada nasıl bir olgu var?". Kurumla, SGK'yla Türkiye Eczacılar Birliğinin yaptığı protokol, bir Danıştay kararı buldum. Orada idari sözleşme diyor. İdari sözleşme olduğunu bunun sözleşmenin unsurları dikkate alındığında idari sözleşmenin taraflardan biri kamu kurumu olacak, hizmet kamusal nitelik taşıyacak, yine burada taraflardan biri kamu kurumuna üstün yetki tanıyacak. Bunların hepsi var. Öyleyse bu protokol temel sözleşme idari sözleşmedir. Peki eczacılarla İl Müdürlüklerinin yaptığı, bağıtladığı sözleşmeler nedir? Ölçüleri uyguladığınızda oda idari hizmet sözleşmesi çıkıyor. Ama Ayşe Hoca "Hayır" dedi, "Bu bana göre genel işlem şartları ile bağlantılı." Şeyi merak ettim acaba bu tür ihtilaflar yani eczacılarla SGK arasında ihtilaf çıkıyor da nerede çözülüyor diye. Bulduğum mahkeme kararlarında şunu gördüm. Örneğin eczane sözleşme süresi

yenilenmemiş, yenilensin diye kurumu dava etmiş ya da reçetelerle ilgili problem çıkmış bu reçete problemleri sebebiyle SGK eczacıyı dava etmiş. Bunların hepsinin adli yargıda görüldüğünü saptadım. Onun üzerine şöyle bir cümle ile değerlendirmeyi bitirdim. İdari sözleşme ölçüleri uymakla birlikte genel işlem şartlarının ölçüleri de bu olayda uyuluyor ama uygulamada daha ziyade ihtilaflar adli yargıda görülüyor diye biraz ortada, bir muğlak şekilde bu konuyu ifade ettim. Bunu iki, tebliğlerin hepsi önemli ama kişi bakımından kapsam ve konu bakımından diye iki hocamızın tebliği var, belki orda dikkate alınır. Bir cevap, ben önceden sormuş oluyorum sorumu, verilir diye düşünüyorum. Ben efendim hepinize hoş geldiniz diyorum. Varlığınızla bizi şereflendirdiniz çok teşekkür ediyorum.

1. GÜN (17.04.2015)
1. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Başlayabilir miyiz? Efendim öncelikle Yaşar Üniversitesi'ne ve İzmir Barosuna kendi adıma teşekkür ediyorum. Benim burada adım Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu tamam da, avukat ünvanım unutulmuş. Şeref duyduğum bir ünvandır. Ben açık söyleyeyim hoca olduğum kadar avukatım ve bundan her zaman onur duydum. Şimdi onur duyduğum için çok özür dileyerek, şimdi çok kısada olsa şimdi bir beş dakika izin verirseniz içimdekileri kusmak istiyorum. Açık açık lafımıda sakınmıyorum. Şimdi bakınız Borçlar Kanunu... Yapanlardan biri benim. Yaptığım için değil, istediğiniz gibi eleştirebilirsiniz, keşke bu böyle olmasaydı dersiniz. Ama kanun maddesinin söylediğinin aksine "bu böyledir" diyemezsiniz. Öyle bir şey yok. 339/2 kira... Değerli kardeşim Murat burada, yazmış "aldatıcıymış". "Kamu kurum ve kuruluşları hangi usul ve esaslar arayışında olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerinde bu kanun uygulanır." diyor. Neresi aldatıcı? Belediye Kanunu varmış, bana ne? Vakıflar Kanunu varmış, bana ne? Bunlar vardı. Bunları engellemek için zaten 339/2 geldi. Yargıtay da arkadaşının görüşüne katılıyormuş. Yargıtay katılabilir. Bilim adamı katılamaz. Böyle bir şey yok. Bu bir eleştiri değil. Okur yazar

olmamaktır. Açık açık lafımı söylüyorum. Çok sevdiğim kardeşim, böyle bir eleştiriye kesinlikle katılmıyorum. İlki 347. madde, "bildirim yoluyla sona erme", yeni madde. Tek karşı çıkanda komisyonda bendim Borçlar Kanunu komisyonunda. Efendim kiracıya tanınan koruma 12 yılla sınırlıymış. Komisyona katılan arkadaşımın kitabında yazılıyor bu. Nerede bu yahu? Alın okuyorum maddeyi "kira sözleşmesi 10 uzama yılından sonra ki uzama yılı"ndan bahsediliyor. 5 yıllıksa kira sözleşmesi 16. yıl demektir bu, bu aritmetik bunu nasıl yazarsınız. Olmaz öyle şey, bu eleştiri değildir. Kusura bakmayın. Devam ediyorum. Borçlar Kanunun 60. Maddesi uygulamada gören var mı? Varsa söyleyin. 76. Madde, "geçici ödeme". Bir tek çok mutlulukla söylüyorum, iki ay önce Manisa'daydım. Manisa I. Asli Hukuk Hakimi Hüseyin Kovan "Ben uyguladım hocam." dedi. Hatta bir de çok mutlu oldum. "Ben Tekinay'ın öğrencisiydim." dedi. Hatta diğer hakim arkadaşlar "Biz Tekinay'ın öğrencisi olamadık." dediler. Bundan gurur duydum. Bir tek örneğe rastladım. Yok bir şey. Kanunda var yahu. Açık açık yazıyor. Resim mi çizecek kanun koyucu? Devam ediyorum. Genel işlem koşulları... Doğru yapılmıştır, eksiktir, şudur. Tamam ama var. Altı tane madde var kanunda, kaç defa uygulandığını gördünüz? Allah aşkına söyleyin. Nerede? AVM'ler kira sözleşmesi yapıyor, hiç sıkılmadan. Şöyle bir hüküm var içinde" eğer kiracı tüzel kişiyse" dikkat! Herkese yönelik yani gerçek kişi, tüzel isminiz de yok. Tüzel kişiyse... Bundan daha standart, daha katılma sözleşmesi olabilir mi? Hangi sulh hukuk hakimi bizim 20 ile 25. maddemizi uyguladı. Bana söyleyin. Allah aşkına. Ondan sonra, Yaşar Üniversitesi ve İzmir Barosu büyük bir kahramanlık yaparak, "Genel İşlem Koşulları" temaya bakın. Düzenleme var, uygulama yok. Yok varsa bana söyleyin. Ben avukatım. Her gün adliyeye gidiyorum. Cübbe çantasında dolaşan bir adamım onu da söyleyeyim. Ben görmedim. Kendimi paraladım. AVM'ler ilgili kira sözleşmesinde, benim söylediklerimi hakim yok saydı. Yargıtay'da yok saydı. Ee peki ne arıyor bu burada? En son geliyorum. 88 ile 120. maddede faiz sınırlaması var. Faiz deyince aklınıza kim geliyor arkadaşlarım? Ayşe Teyze ile Hasan Amca mı geliyor? Tabi ki bankalar geliyor. 19. Hukuk dairem ne diyor? Bankalara uygulanmaz. Hangi hakla söylüyorsunuz yahu bunu. Bu ne biçim uygulamadır.

Doç. Dr. Murat Aydoğdu: Buna katılıyorum hocam.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Teşekkür ederim Murat, sağ ol. Ya bunu nasıl söylersiniz ya? Faiz deyince kim geliyor akla? Ticaret Kanununda faiz serbestisi varmış, bana ne? Ticaret kanununda faiz serbestisi olsun, o sınırlar içinde olacak. Bu kadar. Genel işlem koşulları yasakmış. Hayır! kim diyor bunu? "Dürüst olun" diyor kanun, yasak masak yok. Arkadaşlarım kusura bakmayın bunları kusmak zorundaydım çünkü şişeceğim yani. Rahatsız oldum. Murat kardeşim Allah aşkına alınmasın. Çok sevdiğim bir kardeşimdir. Bunu da söyleyeyim. Neyse, sakinleştikten sonra... İnşallah bir daha söz almamak ümidiyle sözü çok değerli ve konunun gerçek uzmanlarına veriyorum, buyurun Şebnem Hanım, sahne sizin.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Aa afedersiniz çok özür dilerim. Şebnem kardeşimizin dönmesi gerekiyormuş 12.00 uçağıyla. Önce söz hakkını ona verdim. Tamam başladık. Zaten Lale Hoca ile yan yana geldiğimiz zaman reyting sağlıyoruz.

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal: Sayın başkan, çok teşekkür ediyorum. Lale Hocam, çok teşekkür ediyorum. Sayın rektör yardımcım, sayın baro başkanım, burada olmak gerçekten çok güzel. Ben başta öncelikle Ayşe Havutçu hocam'a çok çok teşekkür ediyorum. Bizi buraya topladığı için, çok güzel sempozyumlar düzenlediği için çok çok teşekkür ediyorum. Kendisine minnettarız. Aslında ben kendimi çok heyecanlı hissediyorum. Neden heyecanlı hissediyorsun diyeceksiniz. Rektör yardımcım biraz önce çok güzel bir şey söyledi, "Dipnotların arasında dolaşıyor gibiyim" dedi. Benim için durum daha da kötü, ilk araştırma görevlisi olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girmek üzere fakülteye gittiğimde karşımda jürimde Fikret hocam, Lale hocam ve Ali Naim hocamı da anmadan edemeyeceğim burada. Üçünü görmüştüm. İlk sınavımı onlar yapmışlardı. Şimdi ilk sınavımı yapan hocaların ikisi burada kendimi tekrar sınavda hissettim. O heyecanı tekrar duydum yıllar sonra çok hoşuma gitti bu. Gerçekten çok güzel. Hepinizden özür dilemek istiyorum. Ayşe hocam'la konuştuğumuz günün saba-

hında bu toplantını olacağını öğrendiğim günün sabahında, İstanbul'da Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Tüketici Hukuku kurgusal duruşma yarışması, Tüketici Hukuku Enstitüsü ile birlikte düzenlemeye karar vermiş ve 17 – 18'ine de bu kurgusal duruşma yarışmasının yarı final ve finallerini koymuştuk. Değiştirmek için çok uğraştım bu tarihleri ama ne yazık ki bunun akabinde 23 Nisan ve 1 Mayıs gibi iki tatile gelen hafta sonu olduğundan ve daha sonra da öğrencilerin sınavları başlayacağı için yarışmayı da aynı tarihlerde yapmak zorunda kaldık. Çok ciddi bir çakışma oldu. Hiç istemediğimiz bir şekilde. Çünkü aslında kurgusal duruşma yarışması da şu anda burada bulunan hocalarımın bulunmasıyla yapılması gereken bir yarışmaydı. Ben hocalarımın hiç birini hakem olarak davet edemedim. Çünkü buradalar. Ama ben gitmek zorundayım. O yüzden hepinizden şimdiden özür diliyorum. Başta Lale hocam olmak üzere, böyle bir sıralama sıkıntısına yol açtığım için. Lütfen kusuruma bakmayınız. Aslında bu sıralama sıkıntısı konularda da bir sıkıntıya yol açacak. Çünkü bizim hani aklımızdan geçen; önce hocam kavramsal olarak genel işlem koşullarını anlatacaktı, ardından da gayet güzel bir sıralamayla gidecektik. Ben şimdi biraz ortadan gireceğim sonra tekrar bir başa dönüp, siz normal sırayla devam etmeye çalışacaksınız inşallah.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN GENEL İŞLEM KOŞULLARI HÜKÜMLERİNİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

▪ **Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL** *

I. GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin önde gelen yasalarından biri olan ve hukuk sistemimiz bakımından temel yasalar içinde kabul edilen 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK), dilinin sadeleşme ihtiyacı, ifadelerinin anlaşılır olması gerektiği, çeşitli zamanlarda yapılan değişikliklerin bütünlük kazanması ve günümüz çağdaş anlayışına uygun olarak yeniden kaleme alınması gerekçeleri ile yürürlükten kaldırılmış ve yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 2012 yılında hayatımıza girmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 544 madde olan içeriğine 6570 sayılı "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun" da dâhil edilerek, bazı yeni kavram ve sözleşmelere ilişkin yeni maddeler de eklenerek, 6098 sayılı TBK'da yaklaşık 100 maddelik bir ilave ve değişikliğin yapıldığı görülmektedir. Kanun koyucu bu noktada özellikle sosyal bir devlet anlayışına yaklaşarak kimi hükümlerde vatandaşı koruyucu ve kimi noktalarda kollayıcı hükümlere yer vermiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

hükümler de bu açıdan önceki Kanunda yer almamakla birlikte TBK'da kapsamlı şekilde düzenlenen maddeler arasında sayılmaktadır. Diğer bir ifade ile Genel İşlem Koşulları, TBK'da esasa ilişkin olarak düzenlenen en önemli yenilikler arasında bulunmaktadır. Bu yeniliklerin emredici mahiyette olduğu Kanun gerekçesinde belirtilirken, bilhassa borçlar hukuku bağlamında kurulan bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici hükümlerin düzenlenmesinin, günümüz şartlarında zorunlu olduğu da ifade edilmiştir. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sözleşmeler bakımından genel ve emredici mahiyette, Genel İşlem Koşullarının hukukumuzda yasal bir dayanak bulduğu söylenebilir.

Her ne kadar Genel İşlem Koşullarının, 6098 sayılı TBK'da ilk defa genel mahiyette düzenlendiği ifade edilse de diğer yandan tüketici sıfatı ile yapılan hukuki işlemler bakımından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda (TKHK) 2003 yılında 4822 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlara ilişkin ilk somut düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Dünyada ve ülkemizde gelişen tüketici hareketi bakımından kimi açılardan yetersiz kalan 4077 sayılı TKHK, 2014 yılında 6502 sayılı TKHK ile yeni baştan kaleme alınmış ve bu Kanunun 5. maddesinde "Haksız Şartlar" başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucunun genel hükümlerin yer aldığı TBK'daki "genel işlem koşulları" ile tüketici işlemleri bakımından özel hükümlerin bulunduğu TKHK'daki "haksız şartlar" arasında bir bağ kurması beklenirken böylesine bir düzenlemenin tam olarak yapılmadığı görülmektedir.

TKHK'nun, sözleşmenin taraflarından birinin Kanun bağlamında tüketici olduğu durumlarda uygulama alanı bulması ön görülmüşken, TBK'da yer alan genel işlem koşullarının kişi açısından uygulama alanı ile ilgili olarak bir sınırlama getirilmemiş olması dikkat çekicidir. Diğer bir ifade ile sözleşmedeki haksız şartlara dair hususlar TKHK şemsiyesi altındaki tüketici sıfatına haiz kişilere uygulanırken, TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacir ve tacir olmayan kişiler bakımından da uygulanabilecektir. Kişi açısından uygulama alanına ilave olarak, sözleşme ilişkileri bakımından da aksine herhangi bir düzenleme

yapılmadığı takdirde TBK'daki genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler, bu Kanunun genel nitelikte olması sebebiyle bütün sözleşmelerde uygulama alanı bulacaktır.

II. SÖZLEŞMELERİN HUKUKUMUZDAKİ YERİ ve GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI

A. Genel Olarak

818 sayılı eski BK'nun 1. maddesinde yer alan; *"İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur"* ifadesi ile 6098 sayılı yeni TBK'nun 1. maddesinde yer alan; *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur"* ifadesi, Borçlar Kanununun borcun kaynaklarını incelemeye "Sözleşmeden Doğan Borçlar" başlığı altında başladığına işaret etmektedir.

Kuşkusuz hukuk sistemimizde borç ilişkisini doğuran kaynaklar yalnızca sözleşmeler ile sınırlı değildir. Sözleşmeler haricinde, haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri de diğer kaynaklar arasında sayılmaktadır. Borçlar Kanunumuzun sistematiği öncelikli olarak sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine yer vermiş ardından diğer borç ilişkisini doğuran kaynakları açıklamak şeklinde detaylanmıştır.

Sözleşme adından da anlaşılacağı üzere içinde karşılıklı tarafların bulunması öğesini, bir mutabakatı, karşılıklı uyumlu irade beyanlarını, bir borç kaynağının doğmasına sebep olan hukuki işlemi kapsamaktadır. Diğer bir ifade ile taraflar karşılıklı bir uyum içinde borç kaynağının doğması için bir hukuki işlem gerçekleştirmektedir. Borçlar Kanunu da bu noktada, tarafların uyumunun ne zaman bir borç kaynağına ilişkin çerçeveyi ve koşulları oluşturacağını belirlemektedir[1].

[1] Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19.Bası, Ankara 2015, s. 53 vd.

Hukukumuzda bir sözleşmenin kurulabilmesi, TBK m. 1 doğrultusunda "*tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla*" mümkündür. Bu bağlamda sözleşmenin tanımını; tarafların belirli bir hukuki sonuca, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işlem olarak ifade etmek mümkündür[2].

Sözleşmenin unsurlarına bakıldığında, öncelikli olarak yapılan işlemin bir hukuki işlem olması gerekmektedir. Ardından sözleşmede en az iki tarafın varlığı bulunmalıdır. Sözleşme ile hukuki işlem tesis etmek isteyen tarafların karşılıklı irade beyanlarını açıklamaları ve bu irade beyanlarının da birbirlerine uygun olması beklenmektedir. Taraflar arasındaki irade beyanlarının birbirine uygun olması ancak sözleşme öncesinde hazırlık aşamalarındaki görüşmeler yoluyla bir uyum yakalanmasıyla mümkündür. Sözleşme öncesi hazırlık görüşmeleri bu açıdan büyük önem kazanmaktadır. Çünkü tarafların hukuki işlemden beklentileri doğrultusunda, karşılıklı çıkarların dengelenme süreci ancak bu aşamada gerçekleşmektedir. Taraflar arasında karşılıklı uyum sağlanamadığı takdirde sözleşmeden doğan bir borç kaynağından bahsetmek söz konusu değildir.

Borçlar hukuku, sözleşmeler bakımından tarafların birbirleriyle uygun, uyumlu irade açıklamasında bulunmalarını, sözleşmelerin geçerlilik koşulu olarak belirlemiştir. Şayet bir sözleşmede bu durum gerçekleşmemiş ise sözleşme geçersiz olacaktır. Diğer taraftan yalnızca bir iradenin varlığı da sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Bu iradenin mutlaka açıklanması, beyan edilmesi gerekir. İradenin açıklanması, TBK m.1/II'ye göre açık veya örtülü olabilmektedir. Açık veya örtülü olarak beyan edilen iradelerin birbiri ile uygun olmasının şartı, sözleşmenin bir tarafının iradesinin diğer tarafın iradesiyle uygun olması ile

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Ankara 2013, s.200; Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, s.43.

aynı zamanda yapılan açıklamaların bu irade ile uyumlu olması gerektiğine işaret etmektedir[3].

Sözleşmelerde, taraflar ifadesi altında yatan husus, sözleşmeyi kurmak üzere bir araya gelen borçlu ve alacaklı olarak nitelendirilen taraflardır. Sözleşmenin kurulmasında borçlu ve alacaklı tarafların birbirlerine uygun irade açıklamaları yapması beklenmektedir. Bu irade açıklamalarından önce yapılana öneri (icap), diğerine ise kabul adı verilmektedir. Bir sözleşmenin kurulmasında açıklanan irade beyanlarının hangisinin öneri, hangisinin kabul olduğu büyük önem taşımaktadır. Öneride bulunan taraf açıklamış olduğu irade beyanı ile bağlanmaktadır. Karşı tarafın ise kabul beyanında bulunması sonucunda taraflar arasında sözleşme kurulmuş olmaktadır.

Günlük hayatımızda bir sözleşme ile bağlanma iradesi açıklayan tarafların bu yöndeki açıklamalarından sonra bundan dönmek istemeleri şeklinde sıklıkla karşılaşılan durumlar yaşanmaktadır. Sözleşmeden dönme isteğinin açıklanmasının, sözleşmenin kurulması yönündeki irade açıklamasına üstünlük tanınması, irade açıklamalarından beklenen ciddiyete büyük zarar vermekte, tarafların sözleşme ile kurmak istedikleri güven ilişkisini zedelemektedir. Çünkü sözleşmede güven ilkesi, sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradenin açıklanmasından sonra irade sahibinin dilediği zaman bundan dönme tercihine engel olmaktadır. Sözleşmede güven ilkesi ahde vefa ilkesine (pacta sunt servanda) dayanmaktadır. Bu ilke sayesinde sözleşmelerde tarafların iradesine ve beyanlarına güven ile yaşantımızda sözleşmelerin devamlılığı, ticari hayatın sürekliliği sağlanmaktadır[4]. Ahde vefa ilkesi ile arzulanan durum, kurulan sözleşmenin bu sözleşmeden kaynaklanan taraf edimlerinin yerine getirilmesi ile sona ermesidir.

---

[3] Kılıçoğlu, s. 55.

[4] Hukukumuzda tüketiciyi koruma anlamında bir bakıma bu kurala bir istisna getirilmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, taksitli satış sözleşmelerini düzenleyen 18. maddesinde, tüketici kredi sözleşmelerini düzenleyen 24. maddesinde ve ön ödemeli konut satış sözleşmelerini düzenleyen 43. maddesinde belirtildiği üzere taraflar arasında öneri ve kabul iradeleri doğrultusunda sözleşme ilişkisi kurulsa bile tüketiciye hiçbir gerekçe göstermeden ve kararlaştırılmış olsa bile cezai şart ödemeden Kanunda belirtilen süreler içerisinde sözleşmeden cayma (geri alma) hakkı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s.77.

Sözleşmenin kurulma anı da bir diğer önemli unsurdur. Ortaya konulan hukuksal işlemde tarafların işlem ehliyetlerinin belirlenmesi, ölüm halinde mirasçıların ancak ölüm anına kadar mirasbırakanın taraf olduğu kurulmuş sözleşmelerden doğan borçlardan sorumlu olacağı ve ifa zamanı gibi noktalarda dikkat edilmesi gereken hususlardır[5].

Sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların bir araya gelerek karşılıklı, birbirine uygun serbest iradelerini ortaya koyarak sözleşme hükümlerini kararlaştırmaları gerekmektedir. Sözleşme özgürlüğü bu aşamada büyük önem kazanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve sözleşme şartlarının tespit edilmesi sürecinde tarafların özgür iradeleriyle karar verebilme serbestîsine dayanmaktadır. Bir sözleşme ilişkisinde hak veya borcun doğumu ancak sözleşme ile bağlanmak isteyen tarafların özgür, serbest iradesi varsa gerçekleşmektedir. Sözleşme özgürlüğü, kişi temel hak ve özgürlükleri arasındadır ve bu durum Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmıştır.

TBK m. 26'da ise; *"Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler"* şeklinde ifade edilen sözleşme özgürlüğü, mutlak ve sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiştir. Sözleşmenin içeriğinin kanunda öngörülen sınırlar içinde olabileceği kabul edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü ise bünyesinde; öncelikle kişinin sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne sahip olduğunu, sözleşmenin konusu ve koşullarını seçme özgürlüğünün bulunduğunu, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşme türlerini tayin ve sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğünü kapsamaktadır[6].

B. Genel İşlem Koşulu Kavramı

Hukuk sistemimizde eksikliği bakımından belki de en çok eleştirilen, genel işlem koşullarının unsurları ile birlikte açık pozitif bir düzenlemeye kavuşması gerekliliği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 2012

[5] Kılıçoğlu, s. 73.

[6] Kılıçoğlu, s. 79.

yılında yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkmıştır. TBK m. 20-25 arasında kaleme alınan hükümler genel işlem koşullarının sınırlarının belirlenmesi ve uygulamadaki hususların yasal bir zemine kavuşmasına imkân tanımıştır[7].

TBK m. 20'de tanımlandığı üzere; "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*"

Doktrinde de genel işlem koşulu, sözleşmenin taraflarından birinin önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması esnasında karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmaktadır[8].

TBK m.20'de verilen tanıma göre bir hukuki işlemeye konu sözleşmede yer alan hükümlerin şu özellikleri barındırması gerekmektedir. GİK, bir sözleşme hükmü olmalıdır, bu *hükümler sözleşme kurulmadan önce kaleme alınmış olmalıdır, sözleşmeyi düzenleyenin bu hükümleri birden fazla sözleşmede kullanma niyeti bulunmalı, sözleşmede kullanılmak niyetiyle karşı tarafa sunulmalı, genel işlem koşullarının pazarlık edilme imkânı bu*lunmamalı ve karşı tarafın bu koşulları değiştirme şansı bulunmamalıdır.

Bir sözleşmede GİK belirlemede dikkate alınacak en önemli husus belki de, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleme imkânına sahip olup olmadığı ve bu hükümlerin pazarlık konusu edilip edilmediğidir. TBK'ya göre GİK'in pazarlık konusu edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmamaktadır. Bu yönde TBK m. 20/III; *"Genel işlem koşulları içe-*

[7] Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu yenilikler, Kaynak Kanun olan Alman Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişikliklerden bir kısmının esas alınması suretiyle kaleme alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, İstanbul 2010, s.71.

[8] Eren, s.215; Havutçu, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s.74.

ren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz" hükmü önemli bir düzenlemedir. Buna ilave olarak sözleşmenin kapsamında GİK içeren hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmemiş olmaları hususu da dikkat edilmesi gereken bir durumdur[9]. TBK, genel işlem koşulları bakımından herhangi bir şekil şartı getirmediği de görülmektedir.

III. TBK ve TKHK ile GENEL İŞLEM KOŞULLARI BAKIMINDAN GETİRİLEN TEMEL DÜZENLEMELER VE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kapsam açısından yalnızca tüketici sıfatına haiz kişilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartlara ilişkin düzenlemelerin 2003 yılında yapılan değişiklikle TKHK'a eklendiğini söylemek mümkündür. Ancak 2014 tarihine geldiğimizde kanun koyucu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununu yeniden kaleme alıp 6502 sayılı Kanun olarak yürürlüğe koyduğunda bu Kanunun 5. maddesinde yer alan haksız şartın tanımını şu şekilde yaptığını görmekteyiz. Haksız şart; "*tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır."* şeklinde bir düzenlemeye kavuşmuştur. Burada dikkat edilmesi gereken husus kanun koyucunun TKHK'da yaptığı düzenlemelerin büyük oranda 4077 sayılı Kanundaki düzenlemelerin yanısıra TBK ile getirilen genel işlem koşullarından da esinlenmek suretiyle yasalaştırıldığıdır.

TKHK bağlamında haksız şarttan söz edebilmek için Kanun maddesinde anlaşılacağı üzere iki koşulun varlığının bulunması gereklidir. Buna göre birincisi; satıcı ve sağlayıcının tek taraflı olarak hazırladığı şartları içeren bir sözleşmenin bulunması, ki bu şartların tüketici ile müzakere edilmeden kurulmuş olması gerekmektedir. İkincisi ise; sözleş-

[9] Yeniocak, Umut; Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, S. 2013 (107), s.82.

mede yer alan bir veya birden fazla hükmün tarafların karşılıklı hak ve borçlarına dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde tüketici aleyhine bir dengesizliğe yol açması hususudur[10].

TKHK m.5/II'de yer alan *"Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur"* hükmü TBK m.22'de belirtilen esas dikkate alınarak Kanun metnine dâhil edilmiştir. TKHK'da kanun koyucu tüketici ile akdedilen sözleşmeye dâhil edilen haksız şartların kesin hükümsüz olduğunu belirtmiş ve isabetli bir şekilde sözleşmenin ayakta tutulabilmesi maksadıyla bu şartlar haricindeki hükümlerin geçerliliğini korunduğuna vurgu yapmıştır.

Benzer şekilde; TKHK m.5/IV'de belirtilen husus TBK m.23'de hüküm bulan; *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır"* ifadesinden esinlenmiştir. Diğer bir ifade ile TBK m.23 ile TKHK'nun m.5/IV arasında bir bağ kurulmuştur. Burada yorum yolu ile denetim hedeflenmiş, sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi durumunda bu hükmün düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı hususu düzenlenmiştir. Ancak bütün bu olumlu ve bağlantılı düzenlemelerin yanısıra TBK'da yer alan yürürlülük denetiminin TKHK'na yansımadığı görülmektedir. Benzer mahiyette TKHK m.5'de yer alan haksız şart kavramı ile TBK m.20'de tanımı verilen GİK, "önceden" hazırlanma noktasında ayrılmaktadır. TKHK kapsamında, tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartların önceden hazırlanması gibi bir koşul aranmamasına karşılık, TBK'da kanun hükmü gereği bu koşulların önceden hazırlanması hususu belirleyici rol oynamaktadır[11]. 6098 sayılı TBK ile genel işlem koşullarına yargısal yönden denetim

[10] Esasen TKHK ile tanımlanan haksız şart, TBK ile tanımlanan genel işlem koşuluna içerik denetimi uygulanmış ve bu denetim sonucunda dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde dengesizliğe neden olduğu belirlenmiş sözleşme hükümleri "haksız şart" olarak adlandırılmaktadır.

[11] Antalya, Gökhan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 297.

imkânı getirilmiştir. Kanun koyucunun bu denetim mekanizmasını kurmasının sebebi genel işlem koşulu içeren sözleşmenin tarafları arasında mümkün olduğu ölçüde eşitliğin sağlanması, eşit olmayan sözleşmeler bakımından görece zayıf olanın sosyal devlet anlayışı ile korunması anlayışıdır[12].

6098 sayılı TBK'nun GİK hükümleri bakımından üç çeşit denetim mekanizması getirdiği görülmektedir Bunlar; yürürlülük, yorum ve içerik denetimidir.

TBK m.21 yürürlülük denetimine[13] *işaret etmektedir ve burada önemli olan nokta GİK'in sözleşmenin içeriği olup olmadığının belirlenmesi noktasında düğümlenmektedir*[14]. GİK'in sözleşme içeriğine dâhil olmadığı belirlenecek olursa bunun yaptırımı genel işlem koşulunun hiç yazılmamış sayılacağı doğrultusundadır. Sözleşmeyi hazırlayan taraf, karşı tarafın menfaatine aykırı bir GİK hükmü dahil edebilmesi ancak bu şartların varlığı konusunda karşı tarafın açıkça bilgilendirilmiş olmasına, bu şartların içeriğini öğrenme fırsatı tanımasına ve bu iki şart ardından karşı tarafın bu koşulların bir GİK olduğunu kabul etmesine bağlanmıştır. Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır[15]. Kanunda yer alan "yazılmamış sayılma" ifadesi ile kastedilen bize göre, doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, "kesin hükümsüzlük" (butlan) yaptırımıdır.

Yürürlük denetimini yerine getirmesi bakımından TBK m.21/son hükmü hâkime oldukça geniş yetki tanımaktadır. Buna göre; *"Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."* demek suretiyle sözleşmenin hangi hükümleri içerebileceği, hangi hükümlerin sözleşme kapsamına dâhil olmadığını tespit etmek

[12] Antalya, s. 291.

[13] Bu denetime, bağlayıcılık, geçerlilik ve kapsam denetimi de denilmektedir. Bkz. Eren, s.220, dn.63.

[14] Atamer, Yeşim; Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.324.

[15] Eren, s.221.

bakımından somut bir hüküm kaleme alınmış, *"sözleşmenin niteliği" ve "işin özelliği" kıstasları hâkimin dikkate alacağı unsur*lar olarak belirlenmiştir.

Yorum denetimi ise sözleşmede yer alan GİK'in karşı taraf lehine çözüm getirecek şekilde yorumlanması esasına dayanmaktadır. Bu konuya ilişkin TBK m.23 önemli düzenleme getirmiştir. Sözleşmede yer alan GİK'nın belirsiz bir şekilde kaleme alınmış olması durumunda, bu hükümlerin sözleşmeyi düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacağı Kanunda açıkça ifade edilmiştir[16].

TBK m.24 ise sözleşmelerde değiştirme yasağını öngörmektedir. Uygulamada sıkça karşılaşılan bu durumu kanun koyucu, özel olarak düzenleme gayreti içine girmiştir. Çünkü sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulmasıyla uygulamada yaşanan sıkıntıları bir nebze olsun giderebilmek için TBK m.24'de ayrıca bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Son olarak, içerik denetimi TBK m.25 ile düzenlenmiştir. Buna göre; *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz." hükmü* getirilmiştir. Sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarından, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar kanun koyucu tarafından geçersiz sayılmıştır. Buradaki geçersizlikten kasıt kesin hükümsüzlüktür. Bu hüküm ile TMK m.2/II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının, sözleşme kapsamına alınmış genel işlem koşulları alanında uygulanmasının hukuki temeli sağlamlaştırılmıştır.

[16] Sözleşmeyi yazan aleyhine yorum kuralı aslında hem doktrinde hem de uygulamada kabul gören bir yorum kuralıdır. Bu madde ile Kanun koyucu bu kuralı, yazılı bir hukuk kuralı haline getirmiştir. Bu kuralın uygulanmasında iki şart aranmaktadır. Birincisi, sözleşme taraflardan biri tarafından kaleme alınmış olmalıdır, ikincisi ise kaleme alınan metin en azından iki ayrı anlama gelmeli ve bunlardan biri yazan tarafın aleyhine olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.473; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.151.

IV. TBK KAPSAMINDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Gelişen ekonomik ilişkiler ve ticari yaklaşımlar öncelikli olarak tüketici alanında yapılan düzenlemelerde ardından da bütünü kapsayacak şekilde genel hükümlerde ifadesini bulmaya başlamıştır. Tüketicinin korunması yolunda önceden atılan adımların, borçlar hukuku alanında bir temel bulması kaçınılmazdır. Nitekim genel işlem koşulunu tanımlayan TBK m. 20'nin gerekçesinde; *"Borçlar hukukunun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanununun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün 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"* denilmektedir.

Klasik borçlar hukukunun temelinde bireysel sözleşme modeli yatmaktadır[17]. Bu tür sözleşmelerde borçlu ve alacaklı karşılıklı gelerek sözleşmeye konu edimin ifasını gerçekleştirmek üzere anlaşmaktadırlar. Ancak, mal ve hizmetlerin değişiminde esas alınan bireysel sözleşme modeli zaman içinde değişime uğramıştır. Bu noktada genel işlem koşullarının ortaya çıkma nedenlerine baktığımızda, aslında endüstriyel devrimin bir ürünü olduğu görülmektedir.

[17] Bu sözleşmelerde, *"Bireysel sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir." (qui dit contractuel, dit juste)* ilkesi hâkimken, buna karşılık standart sözleşmelerde *"denkleştirici adalet (iustitia commutativa) ve dağıtıcı adalet (iustitia distributiva)* ilkesi hâkimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, s. 289.

TBK m. 20'nin gerekçesinde de öncelikle üzerinde durulması gereken husus artık çağımızda bireysel sözleşmelerin kurulmasından önce soyut ve tek taraflı kaleme alınan sözleşme koşullarının bir hukuk süzgecinden geçmesi gerekliliğidir. Ardından, genel işlem koşullarının bir bütün olarak ele alınarak, kişi bakımından tüketici-tacir, özel hukuk tüzel kişisi-kamu hukuku tüzel kişisi gibi bir ayrım gözetmeksizin herkesi kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması dikkat çekmektedir. Bu anlamada genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanının çok kapsamlı ve geniş çizildiği belirtilebilir.

TBK'da yer alan genel işlem koşullarının şartlar ve somut olayların özellikleri uygun olduğu ölçüde tüketici sözleşmelerine de uygulanabileceği düşülmektedir[18]. Kuşkusuz tüketici işlemleri bakımından öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak, ancak TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde veya daha geniş koruma sağlanan durumlarda TBK hükümleri devreye girecektir. Nitekim TKHK'nun 83. maddesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Bireysel sözleşmelerin kurulmasından önce soyut ve tek taraflı olarak kaleme alınan sözleşme koşulları ile bu koşulları kullanarak gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki standart sözleşmelerdeki[19] hukuki işlemlerin de düzenlenmesi gerekliliği önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Standart sözleşmeler bağlamında, gelişen dünya ekonomik ilişkilerinde bir takım mal ve hizmetleri üretip kitlelere sunan satıcı veya sağlayıcıların her gün oldukça çok miktarda sözleşmeyi her bir müşterisi ile birebir müzakere etme şansının bulunmadığı savından hareket edilmektedir[20]. Her bir müşteri ile farklı müzakereler sonu-

[18] Aynı yönde görüş için bkz. Eren, s.217.

[19] Standart sözleşmeden kasıt tamamı genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerden oluşan sözleşmedir. Ancak doktrinde ve uygulamada tamamı olmasa da ağırlıklı olarak genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerden oluşan sözleşmeleri "standart sözleşme" olarak adlandırma yolunda bir eğilim vardır.

[20] Standart sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşme akdeden taraflar arasında özellikle bankalar, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üreticileri, motorlu taşıt üretimi, pazarlaması ve satışı vb. yapanlar öne çıkmaktadır. Bunlar tarafından önceden hazırlanan standart sözleşmelerde karşı tarafın kim olduğuna bakılmadan soyut ve tek yanlı hükümler kullanılmaktadır. Önceden hazırlanan bu sözleşmelerin gelecekte çok sayıda, aynı şekil ve tipteki hukuki işlemlerde kullanılması amaçlanmaktadır. Antalya, s. 290.

cunda çok çeşitli sözleşmelerin tarafı olunması ve görüşmeler esnasında zaman kaybedilmesi gibi bir takım olumsuzlukların giderilmesi maksadıyla standart sözleşmelerin kurulması zarureti doğmuştur[21]. Tamamı genel işlem koşulları niteliğindeki hükümlerden oluşan sözleşmeler olduğu gibi kısmi olarak bu hükümleri içeren sözleşmeler de bulunmaktadır.

Genel işlem koşullarının konu bakımından uygulanması dendiğinde, TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin niteliğinin ve hangi hukuki işlemler bakımından uygulama alanı bulanacağının incelenmesi gerekmektedir. Konu bakımından uygulama alanı bir hukuki işlemin genel işlem koşulu içerip içermediği ve TBK ile öngörülen denetimlerin uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgilidir.

B. Genel İşlem Koşullarına İlişkin Hükümlerin Niteliği ve Hangi Hukuki İşlemlerde Uygulanacağı Sorunu

1. Hukuki Niteliği ve Sözleşmeler Bakımından Uygulanması

Genel İşlem Koşullarına ilişkin hükümler TBK'daki düzenleme değerlendirildiğinde öncelikle sosyal adaleti sağlamaya yönelik hükümlerdir. TBK 20-25. maddeler hukuki niteliği bakımından emredici hükümler arasında bulunmaktadır. Kanun koyucunun açıkça ortaya koyduğu gerekçesinde; *"…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."* ifadesi yer almıştır.

Buna göre; genel işlem koşullarının bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde, emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesinin zorunlulu-

[21] Genel işlem koşullarının, çeşitli hukuk sistemleri içerisinde ya özel bir kanunla düzenlenme yoluna gidilmesi yöntemi belirlenmiş ya da medeni veya borçlar kanunun gibi genel kanunların içerisinde ele alınmıştır. Örneğin Almanya'da 1977 yılında özel bir kanunla düzenlenmiş olan Genel İşlem Koşulları daha sonra Alman Medeni Kanununun içerisine alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.216.

ğu hissedilmiş, bunun üzerine kapsayıcı bir düzenleme kaleme alınmıştır[22].

Bu anlamda hukukumuzda sözleşmeler arasında bir ayırım yapılmadığı ve TBK'da yapılan tanım ile getirilen unsurları taşıyan bir sözleşme hükmü olması halinde bu sözleşme hükmü genel işlem koşulu olarak değerlendirilecek ve TBK genel işlem koşullarına ilişkin hükümler bu sözleşme koşulu bakımından uygulanacaktır.

GİK içeren sözleşmenin tipi ve türünün ne olduğu önem taşımayacaktır. Sözleşme, temlik borcu doğuran ya da kullandırma borcu doğuran bir sözleşme olabileceği gibi; iş görme borcu doğuran, sonuçları talih veya tesadüfe bağlı olan bir sözleşme, teminat sözleşmesi veya bir saklama sözleşmesi ya da ortaklık sözleşmesi olabilir. Benzer şekilde isimli, yani kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olabileceği gibi, isimsiz bir sözleşme de olabilir.[23]

Sözleşmenin mutlaka borçlar hukuku sözleşmesi olması da gerekmemektedir. Gerçekten de eşya hukuku, aile hukuku, ticaret hukuku, usul hukuku gibi farklı alandaki sözleşmelere de, hüküm genel işlem koşulu niteliği taşıdığı sürece uygulanacaktır.

Bunun yanında sözleşme borçlandırıcı işlem, başka bir ifade ile bir taahhüt işlemi olabileceği gibi bir tasarruf işlemi de olabilir.

Bilindiği gibi TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler mehaz İsviçre Borçlar Kanunundan değil, Almanya'dan alınmıştır. Belirtilmesi gereken önemli bir husus, TBK'da yer alan GİK'na kaynak-

[22] Sözleşmenin zayıf konumunda olan tarafın korunması maksadıyla diğer ülke kanunlarına özel hükümlerin dahil edildiği görülmektedir. Genel işlem koşullarını düzenleyen bu hükümler esasen zayıf olanı koruma amacı güttüğünden hukuki nitelikleri itibariyle emredici hukuk kurallarıdır. Bu sebeple karşı tarafı korumaya yönelik, emredici mahiyetteki bu hükümleri aksinin kararlaştırılması söz konusu olamaz. Diğer bir ifade ile genel işlem koşulları emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.220.

[23] Çınar, Ömer; Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 57; Aydoğdu, Murat; "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2011 (basımı 2013), s. 8.

lık eden BGB'de konu bakımından GİK'nın uygulanmasına sınırlama getirilmiş olduğu hususudur. Bu hükümlere göre; GİK denetimi, miras, aile ve şirketler hukuku alanındaki sözleşmelere uygulanmayacaktır[24]. Zira GİK hakkındaki düzenleme ile hedeflenen, daha ziyade borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerin kapsama alınmasıdır. Belirtilen sözleşmeler de niteliği itibarıyla borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı nitelik taşıdığı için ayrık tutulmuştur. Benzer şekilde toplu iş sözleşmeleri ile kural olarak hizmet sözleşmelerine de GİK hükümleri uygulanmayacaktır. Bunun sebebi de işçinin zaten iş hukukunda korunuyor olmasıdır. Alman hukukunda geçerli olan bu düzenlemeler hukukumuza girmemiş ve kanun koyucu tarafından TBK'na alınmamıştır. Bu nedenle kanun koyucunun amacının sınırlama olmaksızın genel işlem koşulu niteliği taşıyan her sözleşme hükmünü ayırt etmeksizin denetlemek ve TBK hükümlerini uygulamak olduğu anlaşılmaktadır.

Bize göre genel işlem koşullarının niteliği dikkate alındığında, tüm sözleşmeler bakımından uygulanması yerinde olmakla beraber, taraflar açısından hak ve borç doğuran sözleşmeler bakımından GİK'na ilişkin denetimin gerçekleştirilmesi daha doğrudur[25]. Bu yönü ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde daha ziyade uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmenin tam iki tarafa borç yüklemesi ya da eksik iki tarafa borç yükler nitelikte olması önem taşımaz. Ancak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de hiç uygulanmayacağını söylemek kanımızca mümkün değildir. Bu tür sözleşmelerin genel işlem koşulu içermesi genellikle sözleşme koşullarının borç altına giren değil, ancak alacaklı konumundaki tarafça hazırlandığı hallerde karşımıza çıkacak ve bu halde genel işlem koşulu denetimi yapmak son derece yerinde olacaktır.

[24] Gerçekten de BGB §310/IV hükmü gereğince miras, aile ve şirketler hukuku alanındaki sözleşmeler ile, iş sözleşmelerine genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

[25] Aydoğdu, s. 8.

2. Sözleşmeler Dışındaki Hukuki İşlemler Bakımından Uygulanması

Genel işlem koşulları, niteliği bakımından yalnızca sözleşmeler alanında mı acaba uygulama imkânı bulmaktadır? Bu soru genel işlem koşullarının konu bakımından uygulama alanı belirlenirken tartışılması gereken önemli sorulardan biridir.

TBK m. 20 ilk fıkrada getirilen tanım incelendiğinde bu tanımda açıkça "sözleşme" ibaresine yer verildiği görülmektedir. Ancak bize göre kapsamın bu lafzi yorumla daraltılmaması gerekmektedir. Tek taraflı hukuki işlemler bakımından da niteliği uygun düştüğü ölçüde ve işlem genel işlem koşulu niteliğinde hüküm içerdiği takdirde uygulama alanı bulmalıdır.

Doktrinde genellikle savunulan tek taraflı hukuki işlemin bir sözleşme ile bağlantılı olduğu hallerde, örneğin sözleşmenin eki niteliğini taşıdığı durumlarda, genel işlem koşulu denetimine tabi olmasıdır[26].

Örneğin bir tedabi sözleşmesi kapsamında kendisine tıbbi tedavi uygulanacak veya ameliyata alınacak bir hastanın aydınlatılmış onamının da alınması gerekir. Genellikle bu onam ayrı bir hukuki işlem olarak ve tek taraflı irade açıklaması niteliğinde alınır. Bu metne hastahane bakımından bazı sorumsuzluk kayıtlarının da konması muhtemeldir. Önceden hastahane tarafından hazırlanan metin çoğu kez hastaya imzalatılır. Bu halde de genel işlem koşulu içeren bir hukuki işlem karşımıza çıkmakta olup, kuşkusuz genel işlem koşulu denetimine tabi tutulacaktır[27].

---

[26] Aydoğdu, s. 9; Tüketici işlemlerinde haksız şartlara yönelik hükümlerin uygulanması bakımından aynı yönde görüş için bkz. Havutçu, Ayşe; "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, 2014, s. 16. Havutçu'ya göre tek taraflı hukuki işlemler bir tüketici işlemi ile bağlantılı olduğu ölçüde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanacağı düşünülebilir: Havutçu, s. 16.

[27] Havutçu, s. 16. Kuşkusuz bu verilen örnek hukukumuzda hasta "tüketici" sıfatını taşıdığından öncelikle TKHK hükümlerine, orada hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümlerine tabi olacaktır.

Bize göre tek taraflı hukuki işlemlerin konu bakımından genel işlem koşullarının uygulama alanına girmesi sadece bir sözleşme ile bağlantılı olduğu hallerle sınırlanmamalı, işlemin hükümleri genel işlem koşulu oluşturduğu ölçüde bağımsız nitelik taşısa da mümkün olmalıdır[28]. Bu halde kuşkusuz irade açıklamasını yapan değil, ama irade açıklamasının yöneldiği tarafın bu tek taraflı açıklamayı karşı tarafa kendisi önceden hazırlayıp yaptırması söz konusu olacaktır. Yoksa bir tarafça hazırlanıp karşı taraf sunulma unsuru gerçekleşmemiş olduğundan genel işlem koşulları kapsamına girmesi mümkün değildir. Buna karşılık GİK kullanan tarafın, işyerine tek taraflı olarak astığı ilanlar bakımından GİK denetimi yapılması mümkün olmalıdır.

Hukukumuzda tek taraflı hukuki işlemler tüm hukuki işlemler dikkate alındığında oldukça sınırlı bir yer tutmaktadır. Bu nedenle genel işlem koşullarının konu bakımından uygulama alanı tek taraflı hukuki işlemleri de kapsadığında, esasen kapsam ciddi bir artış göstermeyecektir. Yine de sadece sözleşmelerin bahse konu edilmesi bize göre isabetli değildir. Genel işlem koşullarının tanımı da yapılırken sözleşme yerine, "hukuki işlem" tabirinin kullanılması daha isabetli olurdu[29].

V. SONUÇ

Genel işlem koşulları kavramı hukukumuzda ilk kez bu isimle ve ayrıntılı olarak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK ile düzenlenmiştir. TBK'na göre bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliği taşıması için, önceden sözleşme taraflarından biri tarafından tek yanlı olarak belirlenmiş olması, ileride çok sayıda sözleşmede kullanma amacıyla ortaya konmuş olması, bu koşulların karşı tarafla müzakere edilmemiş olması, başka bir ifade ile karşı tarafın bu koşullara müdahale etme ve değiştirme imkanının bulunmaması gerekir.

---

[28] Atamer de aynı yönde örnekler vermektedir: Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Atamer, Yeşim;"Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 20112, BATİDER, Ankara 2011, s. 13.

[29] 6502 sayılı TKHK bakımından aynı yönde görüş için bkz.: Havutçu, s. 16.

Bir sözleşmede bu belirtilen nitelikleri taşıyan sözleşme hükümlerinin bulunması halinde, bu sözleşme hükümlerine TBK 20-25. maddelerinde yer alan hükümler uygulanacak ve bu sözleşme koşulları genel işlem koşulları denetimine tabi tutulacaktır.

Genel işlem koşullarının konu bakımından uygulama alanı belirlenirken her ne kadar TBK açık bir düzenleme yapmasa da, Almaya'da BGB'de getirilen bazı uygulamaya yönelik sınırlamaları TBK'na almamıştır. Bu halde genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, bu nitelikte sözleşme hükmü içermeleri koşulu ile hem her tür sözleşmeye uygulanacak hem de bu sözleşmelrin tipi, türü, alanı, konusu herhangi bir uygulama sınırlamasına yol açmayacaktır.

Her ne kadar Kanun'da "sözleşme" tabiri kullanılsa da, kapsamın biraz daha geniş düşünülmesi ve tek taraflı hukuki işlemler bakımından da uygulama imkanı tanınması gerektiği düşünülmektedir.

TBK ile getirilen düzenlemenin bir başka boyutu da daha sosyal nitelikli olması ve hukuki işlemin daha zayıf konumundaki tarafını korumasıdır.

Bu hükümlerin tartışılmaz bir diğer özelliği, emredici hükümler olmalıdır. Bu niteliği ile uygulanmalrı zorunludur ve tarafların anlaşarak değiştirmesi ya da uygulanmasını bertaraf etmesi mümkün değildir.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Çok teşekkür ediyorum sağ olun. Efendim sanki ben konuşuyormuşum gibi oldu. Allah razı olsun. İşte gerçek bilim budur. Ve arkadaşlarım söyleyeyim iki tane kutsal kitap vardır. Medeni Kanun'la Borçlar Kanunu... Gerisi teferruattır. Hiç anlamam, hiç kimse bana... Samimi söylüyorum, bütün kanunları kaldırın biz bununla idare ederiz. Gerisi gazoz kapağıdır, hiç anlamam. Onun için arkadaşım dedi ki „tacirler arası"... Tacirler arası macir, burada genel işlem koşulları var ve şunu da söyleyeyim çok özür diliyerek. Şunu da... Pardon, afedersiniz. Tamam, lütfen lütfen...

Prof. Dr. Ayşe Havutçu: Huzurlarınızda Şebnem hocamıza teşekkür belgemizi takdim etmek istiyorum. Teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Şimdi değerli arkadaşlar şunu da söyleyelim. Efendim Alman hukukunda bazı sınırlamalar olabilir. Çünkü bizdeki kadar vahşi genel işlem koşulu uygulaması dünyanın hiçbir ülkesinde yoktur. Onlar bilinerek getirilmiştir bunlar, Borçlar Kanunu'nun o şekilde düzenlenmiştir onu da söyleyeyim. Ve açık söyleyeyim bizim Borçlar Kanunu düzenlememiz dünyanın en ileri kanunudur, onu da söyleyim. Hiç lafımı sakınmıyorum. Şartlarımıza bakarsanız bizimki tam bir ormandır, vahşi orman. Genel işlem koşulu. Uygulanmadığı yer yoktur. Hele hele bankalala ilgili Murat kardeşim konuşacakmış hararetle bekliyorum. Orada göreceğiz zaten. Allah korusun yani felaket bir şeydir. Sözü üstademize bırakıyorum. Şimdi Lale hocam genellikle zaten beni paylayarak başlayacaktır büyük ihtimalle. Biz buna alıştık ama şeref duyarım kendisinden. Buyurun efendim.

Prof. Dr. Lale Sirmen: Çok teşekkür ediyorum değerli izleyiciler. Bir kere her şeyden önce ikinci yıl gene bu güzel toplantıyı düzenleme öncüsü olduğu için, değerli öğrencim aynı zamanda, Prof. Dr. Ayşe Havutçu'ya... Son derece hayranlıkla kendisini izliyorum. Teşekkür ediyorum. Yaşar Üniversitesi'ne değerli Rektör Yardımcısı da buradaydı, teşekkür ediyorum. İzmir barosuna.

GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI

▪ **Prof. Dr. A. Lâle SİRMEN***

I. Genel İşlem Şartlarının Kullanılması Gerektiren Nedenler

Genel işlem şartlarının kavramsal özelliklerinin belirlenebilmesi için, öncelikle bunların neden ve hangi ihtiyaçlara cevap vermek üzere kullanıldığı konusuna kısaca değinmekte yarar vardır.

Avrupa öğretisinde genel işlem şartları sanayi devriminin çocuğu olarak nitelendirilir[1]. Sanayi devrimini izleyen yıllarda ekonomik hayatta köklü değişiklikler meydana gelmeye başlamış, mal ve hizmet üretiminde kitleselleşme ihtiyacı ortaya çıkmış, kitlelere yönelik seri üretim, büyüyen pazarda kişiler arasında mal ve hizmet mübadelesinin hukukî aracı olan sözleşmelerin bireysel yapısını da etkilemiştir. Seri halde üretilen mal ve hizmetlerin her gün yüzlerce kişiye pazarlandığı modern ekonomilerde, mal ve hizmet sunanların her müşteri ile mübadele şartlarını tek tek müzakere edip belirlemesi iş hayatının gereklerine uymadığından, bunlar ürettikleri mal veya hizmetleri önceden tek yanlı olarak hazırladıkları genel işlem şartları olarak ifade edilen aynı içerikteki söz-

*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

[1] Yazarın aynı konuda daha once vermiş olduğu bir tebliğin bu metinden türetilerek hazırlanmış metni, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı" adı altında Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku Türk Alman Sempozyumu , Ankara 2015 s. 117-134'de yer almaktadır.

leşme şartları altında müşteriye sunma yoluna gitmişlerdir[2]. Genel işlem şartlarıyla birlikte, içerikleri tamamen veya kısmen genel işlem şartlarıyla belirlenmiş standart sözleşmeler doğmuştur[3].

Taraflar müzakere ederek kurdukları sözleşmelerde, kendi çıkarlarına göre hareket ederler; bazı noktaları sözleşmeye geçirebilmek için, bazı noktalarda ödün verirler. Bu bakımdan, bireysel sözleşmelerde, her iki tarafın çıkarlarının gözetildiği adil bir düzenin kurulmuş olma ihtimali büyüktür. Oysa bir tarafın hazırladığı genel işlem şartlarını diğer taraf müzakere etmeksizin kabul etme durumunda kalıyorsa, sözleşme adaletinden söz edilemez.

Ne var ki, modern ekonomik yaşamda genel işlem şartlarının kullanılması kaçınılmazdır. Genel işlem şartlarının kullanılmasının her şeyden önce kitlesel hukukî ilişkilerin rasyonelleşmesinde olumlu etkisi vardır. Çok sayıda kişi ile sözleşme yapan girişimcilerin kurulacak her sözleşme için karşı taraf ile müzakere edebilecek kadar zamanları olmadığı açıktır. Genel işlem şartlarının kullanılması sözleşmenin kurulmasını basitleştirerek girişimciye zaman kazandırır. Aynı sözleşme şartları üzerinde, örneğin, ödeme ve teslim şartları üzerinde kitlesel anlaşma, bu şartları izlemeyi ve bunlara uymayı kolaylaştırır[4]. İkinci olarak, genel işlem şartları bir hukukî ilişkiyi, kanunda o hukukî ilişkiye uygulanabilecek yeterli ya da uygun düzenleyici kurallar bulunmaması durumunda, kapsamlı bir şekilde düzenleyerek ona belirlilik sağlar. Bu özellikle isim-

[2] *Koller*, A.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts, Entstehung der Obligation, Band I, 3. Auflage, Bern 2009, § 23, N. 1; *Atamer*, Y. M. : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 61 vd.

[3] *Havutçu*, A.: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 2; *Atamer*, M. Y: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 7; Kocayusufpaşaoğlu, güçlü konumda olan taraflardan birinin karşı taraf önceden hazırladığı kendi sözleşme şartlarını empoze ettiği, genel işlem şartları görünümündeki sözleşme şartları da dahil, sözleşme şartlarını içeren tüm sözleşmeler için iltihakî akit deyiminin kullanmaktadır: *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. *Necip Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, s. 230-231); Atamer ise, iltihakî akit deyimini sadece kamusal bir makamla akdedilen sözleşmeler için kullanmaktadır: *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 7.

[4] *Koller*, § 23, N. 1; *Schwenzer*, N. 44.02; Wolf, M/Neuner, J, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München 2012, § 47, N. 3; *Havutçu*, s. 5.

siz sözleşmeler için önemlidir[5]. Nihayet, genel işlem şartlarını kullanan taraf, sözleşmeyi kendisine yük getiren düzenleyici kuralların aksine düzenleme yapmak, örneğin sorumluluğunu kaldırmak veya sınırlamak suretiyle sözleşmenin diğer tarafı aleyhine değiştirerek rizikoyu üstünden atabilmektedir[6]. Bu bakımdan, ekonomik hayatın özellikleri karşısında, genel işlem şartlarına dayalı sözleşmelerden vazgeçilemeyeceği açıktır. O halde yapılması gereken, genel işlem şartlarına yer veren sözleşmelere bazı durumlarda müdahale edilerek zayıf durumda olan tarafın korunmasıdır[7].

II. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Düzenleniş Biçimi

Borçlar Kanununu iktibas ettiğimiz İsviçre'de henüz genel işlem şartlarına ilişkin kanunî bir düzenleme yoktur. Sadece 19 Aralık 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunda bir düzenleme yer almaktadır. Anılan Kanunun 8. maddesine göre, tüketici sözleşmelerinde sözleşmeden doğan hak ve borçlarda dürüstlük kuralını ihlâl eder şekilde tüketici aleyhine önemli ve haksız bir orantısızlık öngören genel işlem şartlarını kullanma haksız bir davranış teşkil etmektedir[8]. Ne var ki, bu hükümden genel işlem şartlarının unsurlarını belirlemek mümkün değildir. Bu konu öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır.

Türk Hukukunda ise, genel işlem şartları konusunda ilk düzenleme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 6. maddesinde 2003 yılında gerçekleştirilen değişiklik ve söz konusu maddeye dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şart-

[5] *Basedow*, J., Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432,6. Auflage, München 2012, Vor § 305, N. 2; Wolf/Neuner, § 47, N. 3; *Schwenzer*, N. 44.02.

[6] *Basedow*, Vor § 305, N. 2; Wolf/Neuner, § 47, N. 3; *Schwenzer*, N. 44.02.

[7] *Havutçu*, s. 39.

[8] Gerçekte Kanunun 8. maddesi değişikliğe uğramış ve 1Temmuz 2012'de yürürlüğe giren yeni metin bu şekli almıştır. Eski metin ve yarattığı sorunlar için bkz. *Schwenzer*, N. 46.03; *Gauch*, P./*Schluep*, W.R. / *Schmid*, J./*Emmenegger*, S. , Schweizerishes Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, N. 1150.

lar Hakkında Yönetmelik ile yapılmıştır. Bu düzenlemenin en önemli özelliği, doğrudan genel işlem şartlarıyla değil, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartlarla ilgili olmasıdır. Nitekim ilgili hükümlerde genel işlem şartı niteliği taşıyan veya taşımayan pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız sözleşme kayıtları denetime tâbi sayılmıştır. Ancak, tüketicinin satıcı ya da sağlayıcı ile yaptığı sözleşme, genel işlem şartlarını içeren bir standart sözleşme niteliğini taşıyorsa, haksız şartların denetlenmesi aynı zamanda genel işlem şartlarının da denetlenmesi sonucunu doğuracaktır. 28 Mayıs 2014'de yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da (m. 5) aynı yol izlenmiştir.

Bunun yanında, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda (TBK) yapılan bir düzenlemeyle de genel işlem şartları tanımlanarak bunların kullanıldığı sözleşmelerin denetlenmesi imkânı getirilmiş bulunmaktadır.

Bunlardan başka, yine 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanununun (TTK), başlıca haksız rekabet hallerinin bentler halinde sayıldığı 55. maddesinin (f) bendinde de şöyle bir hüküm yer almaktadır: "Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur." İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanununun 8. maddesindeki düzenleme gibi, bu hüküm de, genel işlem şartlarının unsurlarını belirlemekten uzak olup haksız rekabet oluşturacak genel işlem şartlarını tarif etmektedir.

Mevcut hukukî durum karşısında, tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının unsurlarının nasıl belirleneceği konusu önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu genel işlem şartları hakkında kapsamlı bir düzenleme içerse de, taraflardan birinin tüketici sıfatını taşıdığı sözleşmelerdeki genel işlem şartları ile pazarlık konusu yapılmamış olan sözleşme şartlarına, esas itibariyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 2. maddesi[9] ve bu Kanunun 5. maddesine dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanmaktadır. Şu halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri esas itibariyle tüketici işlemi olmayan sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarına uygulanacaktır. Ancak, tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarıyla ilgili olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve ilgili Yönetmelikte uyuşmazlığa uygulanacak bir hüküm bulunmuyorsa, "bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" hükmünü koyan TKHK. m. 83, f. 1 uyarınca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanabilecektir[10].

III. Genel İşlem Şartlarının Kavramsal Özellikleri

1. Genel Olarak

Genel işlem şartları, sözleşmenin kurulması safhasında taraflarından birinin diğerine sunduğu, birden fazla sözleşmede kullanılmak niyetiyle önceden hazırlanmış olan sözleşme şartlarıdır. Genel İşlem şartlarını kullanan taraf, bunları karşı tarafın müdahalesine imkân tanımadan bir kül halinde sözleşmeye dâhil etmeyi amaçlar. Genel işlem şartlarından söz edilebilmesi için, önceden hazırlanmış olan bu sözleşme şartlarının içeriğine karşı tarafın etkisinin olamaması gerekir.

Genel işlem şartları, kullanan bakımından sözleşmenin içeriğini dilediği gibi şekillendirme özgürlüğünün bir yansımasıdır. Genel işlem

[9] Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 2. maddesinde, bu Kanunun her türlü tüketici işlemini kapsadığı belirtilmektedir. Benzer bir hüküm 4077 sayılı önceki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 2. maddesinde de mevcuttu.

[10] Aynı hüküm 4077 sayılı önceki tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 30. maddesinde de mevcuttu.

şartlarını kullanan girişimci karşısında müşterinin sözleşme özgürlüğü ise "ya al, ya bırak" özgürlüğüne indirgenmiştir[11].

Tarafların bireysel sözleşme yaparak bazen genel işlem şartlarından bir bölümünü aralarında değiştirmeleri, bazen de her bir genel işlem şartını tek tek müzakere ederek üzerinde anlaşmaları mümkündür. Bu durumda söz konusu sözleşme şartları, genel işlem şartları olarak nitelendirilemez.

Doğrudan genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme içermeyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, doğal olarak genel işlem şartlarının bir tanımı da yoktur. Genel işlem şartları Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 1.fıkrasının 1. cümlesinde tanımlanmaktadır. "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına (tek yanlı olması gerekir) hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." Ne var ki, TBK m. 20, f.1'de yapılmış olan bu tanımdan ancak öğreti ve uygulamadaki yaklaşımları dikkate almak suretiyle genel işlem şartları kavramını belirlemek mümkün olabilmektedir.

2. Genel İşlem Şartlarının Bir Sözleşmenin Şartlarını Oluşturması

Genel işlem şartları hukuk kuralları değildir. Genel işlem şartlarının temeli hukukî işlemdir; bunlar ancak tarafların iradelerinin uyuşması sonucunda sözleşme içeriğini teşkil eder. Bu bakımdan doğrudan doğruya kanun veya kanun hükmünde kararname ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak tüzük hükümleriyle düzenlenmiş sözleşme şartları, genel işlem şartları değildir[12]. Anayasa gereği (m. 90/V), uluslararası antlaşmaların hükümlerini aktaran sözleşme şartları da genel işlem şartı olarak değerlendirilemez. Sözleşme şartlarının özellikle içerik denetimini gerektiren bir neden de, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme içeri-

[11] *Schwenzer*, N. 44.03; *Gauch,/Schluep, /Schmid, /Emmenegger*, N. 1121c.

[12] *Basedow*, § 305, N. 5; *Gauch,/Schluep, /Schmid, /Emmenegger*, N. 1117b.

ğini şekillendirme imkânını kullanamaması ve bunun sonucunda, tarafların menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu düşünülen yasal düzenden sapan hükümleri benimsemek durumunda kalmasıdır. Bu bakımdan, müşterinin benimsemek zorunda kaldığı hükümlerin yasal düzenlemeyi aynen tekrarlaması halinde, artık denetim ihtiyacı da ortadan kalkmaktadır[13]. Nitekim böyle durumlarda, sözleşme şartlarını tek tarafın belirlediği şartlar olarak nitelendirmek de mümkün değildir[14].

Bu konuda Avrupa Birliğinin Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Kayıtlar Hakkında Direktifinin[15] 1. maddesinin 2. paragrafında bir hüküm mevcuttur. Buna göre, "bağlayıcı hukuk normlarını" veya uluslararası anlaşmaların hüküm veya ilkelerini esas alan sözleşme kayıtlarına söz konusu Direktifin hükümleri uygulanmayacaktır. Direktifin giriş kısmının 13. maddesinde, bağlayıcı hukuk kurallarıyla tüketici sözleşmelerindeki kayıtları doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyen emredici veya yedek hukuk kurallarının kastedildiği ifade edilmiştir[16]. Ancak belirtmek gerekir ki, yedek hukuk kurallarını değiştirmeden tekrarlayan sözleşme hükümleri genel işlem şartları olarak değerlendirilemezse de, yedek hukuk kurallarından saparak farklı bir düzenlemeyi içeren sözleşme şartları genel işlem şartı niteliğini taşıyabilir ve denetime tâbidir[17]. Kaldı ki, Tüketici Hukukunun genel ilkelerinden biri de, bu hukuk dalının aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarının nispî emredici hukuk kuralları olup bunların aksinin tüketici aleyhine kararlaştırılamamasıdır. Tüketici Hukukunda tamamlayıcı olarak uygulanan diğer hukuk dallarının yedek hukuk kuralları da bu ilke dikkate alınarak uyarlanmak suretiyle uygulanabilecektir. Bu bakımdan, yedek hukuk kurallarında yer alan düzenlemeleri, tüketici aleyhine değiştiren sözleşme hükümleri kaçınılmaz olarak hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır.

---

[13] *Atamer*, Y.,Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 313-314; *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 217 vd.

[14] *Havutçu*, s. 79.

[15] OJ L95/29, 93/13 EEC.

[16] Bkz. *Basedow*, § 305, N. 6.

[17] *Atamer*, Armağan, s. 313 vd.

Taraflar arasındaki sözleşmede bu yönde uyuşan iradelerin beyan edilmesine dayanmayan ve uygulanması bir zorunluluk teşkil eden hukukî düzenlemeler genel işlem şartları olarak değerlendirilemeyeceğinden, kamu kurumlarıyla akdedilen ve özellikle imtiyaza ve tekele dayanan belirli hizmetlerin verilmesine yönelik sözleşmelerin içeriği bu kurumların önceden düzenlenmiş kuralları çerçevesinde şekillendiği ölçüde genel işlem şartı sayılmaz. Bununla beraber, kamu kurumlarının kendi arzularına göre şekillendirdikleri sözleşme şartlarının genel işlem şartları olarak değerlendirilebileceğinde tereddüt yoktur. TBK m. 20, f. 4' e göre, "sundukları hizmetleri, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların diğer tarafın katılımı olmaksızın kendi hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın genel işlem şartlarıyla ilgili hükümler uygulanır." Benzer bir hüküm de TKHK m. 5, f. 5'de yer almaktadır[18]. Avrupa Birliğinin haksız şartlarla ilgili Direktifinin 2. maddesinin c. bendinde de tüketici ile yapılan sözleşmede genel işlem şartlarını kullanan taraf kamu hukuku alanına da dahil meslekî faaliyet yürüten gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Yine, sözleşme şartlarının bir özel hukuk kişisi tarafından düzenlenmiş olmasına rağmen daha sonra bir kamusal makam tarafından onaylanmış olması bunların genel işlem şartları olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Örneğin, sigorta genel şartları bakımından bu tür bir denetim mevcut olmakla beraber (TTK 1066), bu şartların yargısal denetimi her zaman mümkündür[19].

Sözleşmenin hangi yönlerinin genel işlem şartları içinde ele alındığı önemli değildir. Genel işlem şartlarıyla aslî edimler gibi, ifa zamanı veya ifa yeri gibi sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları da düzenleme konusu yapılabilir[20]. Böylelikle, belli bir malın veya hizmetin fiyatının

[18] Aslında genel işlem şartlarını kullanan taraf olarak TKHK m. 3/i'de satıcı, "kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi"; m. 3/ı'da da sağlayıcı, "kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlandığından böyle bir hükme gerek olup olmadığı da tartışmaya açık bir konudur.

[19] *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 62-63; *Havutçu*, s. 80-81.

[20] Wolf/Neuner, § 47, N. 9.

müşteriyle müzakere edilmeksizin önceden tespit edilmiş olması durumunda, söz konusu hüküm de genel işlem şartı olarak nitelendirilir. Ancak serbest piyasa ekonomisi kurallarının egemen olduğu bir ortamda fiyat denetiminin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle[21], Avrupa Birliğinin anılan Direktifinin m. 4/p.2 hükmüyle aslî edimler arasında örneğin satılan mal ile satış bedeli arasında bir denge olup olmadığı kural olarak yargısal denetim dışında bırakılmıştır. Aynı istisna Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin 7. bendinde de hükme bağlanmıştır: "Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz." 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan önce yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanununda ise içerik denetimiyle ilgili olarak herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu durumda, bir yandan serbest piyasa ekonomisi kurallarına işlerlik kazandırılması, öte yandan da genel işlem şartlarını içerik denetiminin dışında tutan istisnaların kanunla düzenlenmesi gereği karşısında, edim-karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtların denetime tâbi tutulup tutulmayacağı tartışılır duruma gelmiştir.

Genel işlem şartları kural olarak ileride akdedilecek bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere düzenlense de, hastaneye yatan hastanın ölümü halinde cesedinin hastaneye bırakılması örneğinde olduğu gibi, genel işlem şartlarını kullanan tarafın müşterisinin yapacağı tek taraflı işlemin içeriğini de önceden tek yanlı olarak düzenlediği durumlarda genel işlem şartlarının varlığından söz etmek mümkündür[22].

[21] *Atamer*, Genel işlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 220.

[22] *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 64.

2. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Yanlı Olarak Düzenlenmesi

Genel işlem şartlarının varlığından söz edebilmek için bunların sözleşme kurulmadan önce yazıya dökülmesi ya da yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir. Yazıya dökme, el yazısı, daktilo veya bilgisayar yoluyla sözleşme şartlarının kaleme alınması veya müşteriye bir nüshası verilecek ya da sözleşme mekânında asılacak şekilde bunların basılmasıdır. Bununla beraber, sözleşme koşullarının yazılı olması durumunda, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı, çoğaltılmış olup olmamaları, genel işlem şartları olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceklerinde önemli değildir. TBK m. 20, f.1, c. 2'ye göre de "bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz."

Çok ender rastlanabilecek olsa da, genel işlem şartlarının yazılı olmadan belirlenmiş olması mümkündür. Bunları kullanmak isteyenin kafasında şekillendirip temsilcilerine ezberletmesi, ileride de müşteriler ile bu şartlar altında sözleşme yapmalarını istemesi durumunda da genel işlem şartlarının varlığı kabul edilir[23]. Alman Federal Mahkemesinin önüne gelmiş olan bir olayda bir evin satımı konusunda emlak komisyoncusuyla yapılan sözleşme komisyoncunun sözlü müdahalesiyle sözleşmeye eklediği hüküm genel işlem şartı olarak değerlendirilmiştir[24].

Sözleşmedeki hükümlerin kapsamı da bunların genel işlem şartları olarak değerlendirilmesinde önem taşımaz. Tek bir hükümden oluşan bir genel işlem şartı olabilir. Örneğin, bir tiyatro salonunun girişindeki vestiyere bırakılan paltoların kaybından sorumlu olunmayacağına ilişkin bir kayıt[25] ya da bir mağazanın girişindeki, satın alınan malın geri alınamayacağına ilişkin bir cümle[26] de genel işlem şartı olarak değerlendirilebilir.

---

[23] *Basedow*, § 305, N. 32, not: 109; Wolf/Neuner, § 47, N. 10, 11; *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 65.

[24] BGH NJW 1988, 410.

[25] *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 73.

[26] *Havutçu*, s. 90-91.

Genel işlem şartlarının, sözleşme koşulları olarak kimin tarafından önceden düzenlenmiş olduğu değerlendirmede önemli değildir. Bunların bir meslek örgütü, bir dernek veya bir şirket tarafından hazırlanmış olması veya işletmenin temsilcisi tarafından kaleme alınmış olması ya da hazırlanırken bir avukattan yararlanılması mümkündür[27]. Nitekim, İsviçre'de Mühendis ve Mimarlar Birliği tarafından hazırlanmış olan kurallar (SIA-Norm 118) "Yapı İşlerine İlişkin Genel Şartlar"ı içermekte ve eser sözleşmelerini düzenlemektedir[28]. Genel işlem şartları, ait oldukları alanda ilgili çıkar gruplarının temsilcileri arasında, girişimcinin bağlı olduğu meslek kuruluşları ile tüketici birlikleri arasında görüşülerek belirlenebilir. Ancak bu durumda da sözleşme hükümlerinin tek yanlı olarak belirlenmesi unsuru ortadan kalkmaz. Gerçekte burada dolaylı da olsa, müşterilerin genel işlem şartlarının oluşumuna etkide bulunabilecekleri düşünülebilirse de, girişimci birlikleri karşısında tüketici birliklerinin eşit pazarlık gücüne sahip olmadığı dikkate alındığında, sözleşme şartlarının oluşumunda önemli bir etkileri bulunmadığı, bu nedenle söz konusu sözleşme şartlarının genel işlem şartları niteliğinde olduğu anlaşılır[29]. İsviçre'de St. Gallen Kantonundaki Ev Sahipleri Birliği ile Kiracılar Birliğinin birlikte hazırladıkları standart kira sözleşmesi bu konuda örnek gösterilmektedir[30].

Genel işlem şartlarının noter tarafından resen düzenlenmiş olan bir sözleşmede de yer alması mümkündür. Eğer, sözleşme şartları taraflardan birinin arzusuyla noter tarafından, onun lehine hareket edilerek kaleme alınmışsa, genel işlem şartı niteliğini taşıyabilir[31]. Hatta noter tarafından resen düzenlenen sözleşmelerdeki şartlar da, genel işlem şartları olarak değerlendirilebilir. Örneğin, büyük bir site inşa eden yapı şirketi-

---

27 *Gauch,/Schluep, /Schmid, /Emmenegger*, N. 1117 ve 1117a.

28 *Koller*,§ 23, N.2; *Schwenzer*, N. 4401, BGE 109 II 452 vd. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. (b) fıkrasının ikinci bendine dayanılarak hazırlanmış olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi de, kanımızca, iş sahibi idareler tarafından 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak genel işlem şartlarını içermektedir.

29 *Havutçu*, s. 79.

30 *Koller*, §23, N. 2; *Schwenzer*, N. 4401.

31 *Koller*, §23, N. 8; *Atamer*, Genel işlem Şartlarının Denetlenmesi, 70-71; *Havutçu*, s. 93.

nin yapacağı satış vaadi sözleşmelerini resen düzenleme yetkisine sahip olan noter,tüm satışlarda kullanılacak olan sözleşmeye şirketin talimatıyla şirkete mimarî projede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi tanıyan bir hüküm koymuş olabilir[32].

Buna karşılık, sözleşmenin taraflarının sözleşmeye müdahale konusunda eşit durumda olduğu hallerde, bir avukatın ya da noterin önerisiyle sözleşmeye konulan şartlar genel işlem şartları olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir[33].

Şu halde, düzenleyenin mutlaka genel işlem şartlarını kullanan taraf olması şart değildir. Önemli olan bu sözleşme şartlarının müşterinin herhangi bir müdahalesi olmadan tek yanlı olarak önceden düzenlenmesidir. Bu bakımdan önceden girişimci tarafından düzenlenme değil, önceden tek yanlı düzenleme önem taşımaktadır. Ne var ki, Türk Borçlar Kanununun 20 maddesinde, genel işlem şartları tanımlanırken düzenleyenin "önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri"nden söz edilmiştir. Oysa,bu ifade son derece yanıltıcıdır[34]. Eğer, söz konusu hükmün kapsamı sözel bir yorumla belirlenecek olursa, örneğin girişimci tarafından bir hukukçunun yardımıyla önceden düzenlenen sözleşme şartları dahi genel işlem şartları niteliğinde sayılmayacaktır. Aynı nedenle, gerek Borçlar Kanununda, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, genel işlem şartlarını kullanan taraf için, "düzenleyen" deyimini kullanılması da uygun değildir.

Ayrıca, önceden düzenlenmiş olma genel işlem şartının olmazsa olmaz unsurlarından biri olduğundan, İsviçre Borçlar Kanununun 256. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde olduğu gibi Türk Ticaret Kanununun 55. maddesinin (f) bendinde de, önceden formüle edilmiş ya da yazılmış genel işlem şartlarından söz etmek doğru değildir[35].

[32] *Gauch ,/Schluep, /Schmid, /Emmenegger*, N. 1117a; ayrıca bkz. Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 70; Medicus, D: Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006, § 27, N. 406.

[33] *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 70.

[34] *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 66; Armağan, s. 324.

[35] *Koller*, §23, N. 3.

3. Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Üzere Düzenlenmesi

Genel işlem şartlarının klâsik tanımına göre, ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenen olan genel işlem şartları sözleşme koşulları olabilir. Bu özellikle genel işlem şartlarının ortaya çıkış nedenlerinden olan kitlesel sözleşme yapma ihtiyacının doğal bir sonucudur. Sözleşme şartlarının birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmesi, işletme açısından sözleşme içeriğini değiştirmeme konusundaki yaklaşımı yansıtmaktadır[36]. Eğer birden fazla kullanım için değil de, sadece belirli bir sözleşmede bir kez kullanılmak üzere hazırlanmışsa, genel işlem şartları söz konusu değildir.

Ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olma şartında, daha sonra birden fazla kullanımın fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz. Önemli olan genel işlem şartlarının bu amaçla kaleme alınmış olmasıdır. Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak üzere düzenlenmiş olmasını aramaktadır[37].

Birden fazla sözleşmede kullanma niyeti kural olarak genel işlem şartlarını kullananda, kullanan ve hazırlayan farklı kişiler ise, hazırlayanlarda aranır. Genel işlem şartlarının bir dernek veya kurum ya da kullanan tarafından yetkilendirilmiş noter avukat gibi üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış olması halinde, bunları kullanan ve sözleşmeye dâhil eden kişinin birden fazla kullanım niyetinde olup olmadığına bakılmaz. Örneğin, bir kira sözleşmesi yaparken matbu kira sözleşmelerinden faydalanmış olması halinde de genel işlem şartlarının kullanılmış olduğu kabul edilmelidir[38]. O kişinin başka evleri de kiraya verme amacı olup olmadığına bakılmaz.

---

[36] *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 66-67.

[37] *Basedow*, § 305, N. 18; Wolf/Neuner, § 47, N. 12.

[38] *Basedow*, § 305, N. 19; *Atamer*, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 67; *Havutçu*, s. 82.

Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanma niyeti, genel işlem şartlarının çıkış sebeplerinden en önemli gerekçelerinden birini teşkil eder. İşletmeler aynı türden çok sayıda sözleşmenin koşullarını önceden kaleme alıp bunları değiştirme imkânı tanımadan sözleşmeye dâhil eder. Ancak, birden fazla kullanma olgusunun kaç kullanımdan sonra gerçekleşeceğini belirlemek zordur. Başlangıçta birkaç kez kullanma niyetinin varlığı kabul edilecek olursa, daha sonra bunların fiilen hiç kullanılmaması ya da birkaç kez kullanma niyeti olmamasına rağmen, daha sonra tekrar kullanılması durumunda, genel işlem şartlarının varlığını kabul etmek belli bir ölçüt getirmeyi zorlaştırmaktadır. Nitekim AB Direktifi, birden fazla kullanma ölçütünden tamamen vazgeçmiş ve sözleşme şartlarının müzakere edilmemiş olmasını bunların denetimi için yeterli görmüştür.

Genel işlem şartlarının birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak niyetiyle düzenlenmeleri, onların genel ve soyut, aynı içerikte sözleşme şartları olmasını gerektirmektedir. Bununla beraber, aynı içerik farklı sözcüklerle ifade edilmiş olabilir. Nitekim TBK m. 20/f.2'ye göre, " aynı amaçla düzenlenen sözleşme metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez". Bu hükümdeki "özdeş olmama", tabiri genellikle "farklı anlamda" olmayı ifade eder. Eğer, sözleşme metinleri özdeş değilse, bu durumda genel işlem şartlarından veya standart sözleşmelerden söz edilemez. Oysa burada "özdeş olmamak" ile "şeklen farklı fakat maddî içerik itibariyle aynı anlamı taşıyan metinler"in aynı içerikte kayıtlar sayılacağı belirtilmek istenmiştir.

4. Genel İşlem Şartlarının Kullanan Tarafından Sözleşmeye Dâhil Edilmek Niyetiyle Karşı Tarafa Sunulması

Genel işlem şartlarının bir diğer kavramsal özelliği de, bunların kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı tarafa sunulmasının gerekli olmasıdır. Genel işlem şartları, bunları kullanan kişi tarafından sözleşmeye dâhil edilir ve karşı taraf bunları bir kül olarak kabul eder. Bu durumda kullananın tespiti önem taşımaktadır. Bir söz-

leşmenin kurulması anında önceden hazırlanmış genel işlem şartlarını karşı taraf sunan ve bunların sözleşmenin içeriği olmasını isteyen ve sözleşmeye dâhil edilmesini sağlayan taraf kullanıcıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, önemli olan genel işlem şartlarının kimin tarafından karşı taraf sunulduğudur, bunların kimin tarafından kaleme alınmış olduğu önemli değildir. Ancak, karşı tarafı kendi kullandığı genel işlem şartları çerçevesinde (örneğin, daha önce hazırlanan matbu sipariş formlarında genel işlem şartlarına yer veren ve müşteriyi bu şartlar çerçevesinde) bir icapta bulunma zorunda bırakan kişi de, genel işlem şartlarını kullanan kişidir[39].

Genel işlem şartlarını bireysel sözleşme şartlarından ayıran husus, bunların hiçbir şekilde müşterinin müdahalesine açık hükümler olmamasıdır. Eğer sözleşme hükümlerinin tarafların karşılıklı görüşüp pazarlık etmeleri sonucu oluştuğu anlaşılırsa, artık genel işlem şartlarından söz edilemez. Tarafların karşılıklı müzakere ve pazarlıkları sonucunda sözleşme şartlarını belirlemiş olmaları halinde bireysel anlaşma söz konusu olur. Sözleşmenin tarafları üçüncü bir kurum ya da kuruluş tarafından hazırlanmış olan genel işlem şartlarının kullanılması konusunda anlaştıkları takdirde de, bu anlaşmayla söz konusu şartlar genel işlem şartları niteliğini kaybederek bireysel anlaşma durumuna gelir.

Alman Medenî Kanununda "karşılıklı olarak müzakere edilmiş sözleşme şartları, genel işlem şartı sayılamaz" (§350, f. 1, c.3) hükmüne yer verirken, Avrupa Birliğinin Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Direktifin 3. maddesinin 1. fıkrasında ve bu Direktiften esinlenmiş olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasında taraflar arasında müzakere edilerek kabul edilmemiş olan sözleşme şartları içerik denetimine tâbi kılınmıştır. TBK'da ise, sözleşme şartlarının müzakere edilip kabul edilmesi durumunda genel işlem şartından söz edilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, m. 20/f.3'de, "genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edil-

[39] Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 69.

diğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz." hükmünden "müzakere edilmemiş olma" unsurunun TBK'da da arandığı anlaşılmaktadır. Ancak, bunun açıkça belirtilmemiş olması kanımızca bir eksiklik teşkil etmektedir.

Gerçekte genel işlem şartlarının rasyonelleşme ihtiyacını karşıladığı düşünülürse, bunların pazarlık konusu yapılması işin niteliğine aykırıdır. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Birliğinin ilgili Direktifinden esinlenerek önceden hazırlanmış sözleşme şartlarının, standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketicinin içeriğe etkisi olmamışsa, sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Dolayısıyla böyle bir durumda önceden hazırlanmış olan sözleşme şartları girişimci tarafından tüketiciye sunulmuş olmaktadır.

Buna karşılık tarafların karşılıklı pazarlığı ve görüşmeleri sonucunda sözleşme koşullarının belirlenmiş olması durumunda bireysel sözleşme söz konusu olur. Fakat karşılıklı olarak görüşülmüş olma unsurunun yerine gelmiş sayılması için bazı şartlar aranmaktadır. Girişimcinin önceden hazırlanmış olan sözleşme şartlarını görüşmeye hazır olduğunu bildirmesi, girişimci tarafından sözleşme metninde önceden hazırlanmış sözleşme şartlarının görüşülerek kabul edildiğine ilişkin kayda yer verilmesi, genel işlem şartlarını içeren sözleşme metninin tek tek müşteri tarafından imzalanmış olması, müşteriye bazı şartlar bakımından değişik seçenekler sunularak tercih imkânı verilmesi, tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri, sözleşme şartlarının müzakere edilmiş olduğunun kabulü için yeterli görülmemektedir[40]. Müzakereden söz edebilmek için, girişimcinin, müşterinin görüş ve teklifleri çerçevesinde bu şartlarda değişiklik yapmaya hazır olması gerekir. Ayrıca, sözleşme metninin tümünün, her maddenin ve madde içindeki her hükmün ayrı ayrı müzakere edilmiş olması gerekir. Sözleşmenin bazı maddelerinin ya da hükümlerinin müzakere edilmiş olması, diğer kısımlarının müzakere edilmemiş sayılmasına engel olamayacaktır. Nitekim ilgili Avrupa Birliği Direktifinin 3. maddesinden esinlenen TKHK. m. 5/f. 3, c.3'e göre,

[40] Karş. Wolf/Neuner, § 47, N. 19.

"sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez."

Müzakere gerçekleşmişse, şüphesiz bunun ispatı da gerekecektir. TKHK. m. 5/ f. 3, c.1'de bu konuda bir karine mevcuttur: "bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir." Şu halde, sözleşme şartlarının müzakere edilmediği konusundaki karinenin aksini ispat girişimciye düşmektedir. Nitekim söz konusu maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesine göre de, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri süren satıcı veya sağlayıcı, bunu ispat etmek zorundadır. Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrasında ispat konusunda şu hükme yer verilmektedir: "Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz." Böylelikle, doktrinde müzakerelerin gerçekten ve fiilen yapılmış olduğunun ispatı için tüketicinin beyanının yeterli olmadığı, genel işlem şartlarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin bu tür kayıtların ancak güçlü delillerin varlığı halinde kabul edilebilir olduğu biçimindeki görüş[41], bir kanun hükmüyle de dile getirilmiş olmaktadır.

Son olarak Yargıtay kararlarında yapılan bir hataya da değinmek yararlı olacaktır. Yargıtay bazı kararlarında, girişimci tarafından sözleşmeye dahil edilmek üzere önceden düzenlenmiş bir genel işlem şartını, yaptığı içerik denetimi sonucunda sırf müzakere edilmemiş olduğu için haksız şart olarak nitelendirmektedir[42]. Oysa standart sözleşmede yer

41 *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 247.

42 Taraflar arasındaki Bankacılık Hizmetleri sözleşmesinin 136. ile 137. maddelerindeki düzenlemelerin tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir: Yargıtay 13. HD. T. 14. 4. 2010; E. 2009/14991 K. 2010/5048 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2. 5. 2008 tarihli ve 2008/4345 E., 2008/6088 K. sayılı kararında da, "sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp

alsın veya almasın, önceden hazırlanmış bir sözleşme şartının müzakere edilmemiş olması, bu şartların içerik denetimini gerekli kılmakla beraber, bunların içerik denetimi sonucu haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir. Bu bakımdan, müzakere edilmemiş olma koşulu, sözleşme şartlarının önceden tek yanlı olarak hazırlanıp kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edildiğini, yani bunların genel işlem şartları olarak değerlendirilmesinde önemli bir unsur olmakla beraber, genel işlem şartlarının mutlaka haksız şartlar olarak değerlendirilmesinin bir ölçütü değildir.

---

boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir" denilmektedir (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin diğer bir kararına göre, "Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir": Y.13.HD. T. 20. 4. 2009; E. 2008/15042, K. 2009/5386, (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Şimdi efendim bir cümle müsaade ederseniz, hocam sağolsun her zaman olduğu gibi gerçekten hocamdır profösörlük jürimde vardı şeref duyarım bundan Lale Sirmen'den onay almış olmak benim için son derece önemlidir gerçekten. Hocam tabi baltayı bana vurdu ama Gökhan kardeşim burada, bu hazırlayan rahmetli Turgut Akıntürk bize hükümet derdi, hükümet yapsın derdi, biz gece sabaha kadar oturur İstanbul, İzmir değil mi Nevzat'da vardı Cevdet vs. biz oturur öyle birşeyler yapardık. Hiç unutmuyorum, biz bu genel işlem koşullarını hazırlayıp ertesi gün okuduğumuz zaman, Aydın abimizin çok güzel bir lafı vardır, Gökhan hatırlar, "Hocam o kadar güzel hazırlamışlar ki ayakta alkışlayarak kabul ederim" dedi ve ilk defa bir Borçlar Kanunu'nun ayakta alkışlanarak oy birliği ile kabul edilen tek düzenlemesi genel işlem koşullarıdır. Hatırlıyor musunuz Aydın abi? Ben çok iyi hatırlıyorum.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler: Herkese uygulanacak yasaya koymayalım, özel kanunda düzenleyelim dedim o kabul edilmedi ...

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Her zaman söylüyorum, Borçlar Kanunu varken gerisini hiç önemsemeyin. Tüketici Kanunu'nu da kaldırıp bir kenara koyabilirsiniz, rekabet, finansal kiralama hiç derdim değil. Kutsal kitap Medeni Kanun-Borçlar Kanunu, gerisi hikayedir. Bu kadar hiç dinlemem. Herşeyi yaparız burada iki tane kitap Medeni Kanun-Borçlar Kanunu. Gerisi teferruattır. Hiç kimse bana anlatmasın. Buyurun. İlknur Hanım'a söz veriyoruz şimdi buyurun.

Yard. Doç. Dr. İlknur Serdar: Ben ilk önce Ayşe hocama çok teşekkür ederek başlıyorum ki ne mutlu bize, çok onur duyuyorum böyle hocalarımın yanında konuşmak hem çok onur duyulacak birşey hemde çok heyecan duyduğum bir durum.

TBK'NUN GENEL İŞLEM ŞARTLARI HÜKÜMLERİNİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

▪ **Yrd.Doç.Dr.İlknur SERDAR** *

Türk Borçlar Kanununun (TBK) genel işlem şartlarını düzenleyen 20-25 maddelerinde genel işlem şartlarına dair hükümlerin uygulanması açısından kişiler bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. Genel işlem şartlarına tabi bir sözleşme söz konusu ise sözleşmenin türü ve bu anlamda tarafların niteliğinden ayrı olarak genel işlem şartları açısından taraflar, kullanan ve karşı taraf olarak ifade edilir. Bu nedenle genel işlem şartı hakkındaki hükümlerin kimlere uygulanacağını tespit ederken, her iki tarafı da ayrı ayrı incelemek önem arz etmektedir.

I. KULLANAN (DÜZENLEYEN[1]): Sözleşmenin kuruluşu sırasında genel işlem şartlarına dayanan genel işlem şartını sözleşmenin bir unsuru, içeriği haline getirmek isteyen sözleşme tarafını nitelemektedir. Bir anlamda kullanan, sözleşmenin diktatörüdür. Dayandığı genel işlem şartlarını, sözleşmenin karşı tarafına dikte etmekte, ona sadece sözleşmeyi bu şekilde yapma veya sözleşme yapmama seçenekleri bırakmaktadır. Türk Borçlar Kanunu açısından kullanan sıfatını söz konusu sözleşmenin her iki tarafı da taşıyabilirken, tüketici işlemlerinde tüketicinin

* DEÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

[1] Türk Borçlar Kanunu 20. maddesinde "düzenleyen" terimi kullanılmaktaysa da doktrinde "kullanan" teriminin daha uygun olduğu kabul edilip daha yaygın kullanılmaktadır.

kullanan sıfatını taşıması mümkün değildir. Türk Borçlar Kanunu açısından kullanan tacir, esnaf, serbest meslek sahibi, çiftçi vs. olabilir. Ayrıca sözleşmenin türüne göre, sözleşmenin her iki tarafı için de kullanan olmak mümkündür. Örneğin; satım sözleşmesinde satıcı veya alıcı, eser sözleşmesinde iş sahibi veya yüklenici kullanan olabilir. Tüketici işlemlerinde[2] ise, genel işlem şartını dayatan taraf yani kullanan kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal veya hizmet sunan kişidir. Tüketicinin genel işlem şartına dayanması yani kullanan olması söz konusu değildir. Pratikte çok mümkün olmamakla birlikte teorik olarak sözleşmenin diktatörü tüketici ise, bu şartlar denetim dışıdır. Alman Medeni Kanunu (BGB) §310 ise, karine olarak tüketici sözleşmelerinde tüketici tarafından sözleşmeye alınmış olmadıkça, genel işlem şartını girişimcinin sözleşmeye aldığı varsayılmıştır. Aksini iddia eden girişimci, ispat yükü altındadır. İspat yükünü yerine getirirse, yani tüketiciye genel işlem şartını dayatmadığını, bu şartları tüketicinin sözleşmeye dâhil ettiğini kanıtlarsa, artık bu şartlar denetim konusu yapılamayacaktır.

Türk Borçlar Kanununun 20. maddesindeki genel işlem şartı tanımında, genel işlem şartını sözleşmenin kuruluşunda bu şartlara dayanan tarafın hazırlamasından söz edilmekte ise de, kullanan tarafın dayandığı genel işlem şartlarını kendisi hazırlayabileceği gibi, bir üçüncü kişiye hazırlatabileceği veya üçüncü kişinin hazırladığı genel işlem şartlarına da dayanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin; kişi bir avukata veya hukuki danışmanına genel işlem şartını hazırlatabileceği gibi, bir üçüncü kişinin, bir derneğin veya meslek kuruluşunun hazırladığı genel işlem şartlarını da kullanabilir. Herhangi bir şekilde kullanan tarafla, mesleki veya hukuki bir bağlantı içinde olmaksızın yol gösterici nitelikte olmak üzere, örnek sözleşme metinleri hazırlayarak, internet sitesinde, kitap halinde veya matbu formlar halinde basıp çoğaltan, yayınlayan kişi ve kuruluşun hazırladıkları metinlerin de kullanılması mümkündür. Burada genel

[2] Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 3. maddesinin l bendi uyarınca tüketici işlemi mal ve hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek kişiler ile tüketici arasında meydana gelmektedir.

işlem şartları hükümlerinin uygulanması açısından önemli olan nokta, çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere, önceden hazırlanmış olması ve sözleşme kuruluşu sırasında sözleşmenin karşı tarafınca bu şartların pazarlık konusu yapılmadan kabul edilmesidir. Alman Hukukunda BGB § 305/1 de genel işlem şartı kullanan tarafından hazırlanması gerekli görülmemektedir. Şartları hazırlayan girişimciden değil, şartları kullanan sözleşmenin tarafından söz edilmektedir.

Karşı tarafı, icabını genel işlem şartı çerçevesinde yapmak zorunda bırakan kişi de kullanandır. Örneğin hazırladığı matbu sipariş formlarında genel işlem şartlarına yer veren ve müşteriyi, doğrudan bu koşullar çerçevesinde icabını yapmak zorunda bırakan kişi, kullanandır. Karşı taraf, tüketici ise bu durumda genel işlem şartını dayatan yani kullanan sayılmayacağı için TKHK kapsamında bir denetim söz konusu olabilecektir.

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAZIRLAMASINDA KARŞILAŞILAN PROBLEMLER

Yasal tanım bakımından sözleşme hükümlerinin, çok sayıda sözleşmede[3] kullanılmak üzere önceden hazırlanması ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin bu şartlara dayanarak görüşülmeden sözleşmeye alınmasını istemesi yeterlidir. Sözleşme hükümleri önceden üçüncü kişi tarafından hazırlanmışsa, çok sayıda sözleşmeye temel oluşturmak üzere hazırlanmış olma amacı hazırlayan üçüncü kişi bakımından aranmakta, üçüncü kişinin bu sözleşme hükümlerini çok sayıda sözleşmeye temel oluşturmak üzere hazırlamış olması yeterli görülmektedir. Bu nedenle, basılıp çoğaltma, örnek sözleşme metinleri hazırlayıp kitap halinde basarak yayınlama çok sayıda sözleşmede kullanılması amacını ortaya koyan bir davranış olarak değerlendirilerek yayın evi veya matbaa da genel işlem şartı hazırlayan üçüncü kişi olarak değerlendirilmektedir. Karine olarak sözleşme hükümlerinin genel ve soyut şekilde formüle edilmesi, üçüncü kişinin çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere ha-

[3] Tüketici işlemlerinde ister tek bir sözleşme için ister birden fazla sözleşme için tüketiciyle müzakere edilmemesi TKHK m.5 kapsamında denetime imkân verir.

zırlama amacı taşıdığını gösterir. Bunları kullananın da ayrıca bu şartları çok sayıda kişi ile yapacağı sözleşmeye temel oluşturma niyetinde olması gerekmez. Örneğin kiralayanın sahip olduğu tek daireyi, matbu kira sözleşmesi kullanarak kiraya vermesi halinde kullanan olacaktır.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında her iki tarafın da sahip olduğu sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü, kullanan, tek başına ve doğal olarak kendi lehine kullanmakta, karşı tarafa kabul veya reddetmekten başka çare bırakmamaktadır. Sözleşme adaleti ancak genel işlem şartının denetlenmesi ile sağlanmaktadır. Sözleşmenin içeriği olarak tespitini tarafların iradesinden değil de yasadan alan işlem şartları söz konusu ise bunları dayatan taraflar olmadığı için iki tarafta kullanan değildir.

SÖZ KONUSU ŞARTLAR SÖZLEŞMENİN HER İKİ TARAFININ İRADESİYLE SÖZLEŞMEYE ALINIYORSA, TEK TARAFLI OLARAK DAYANMA YANİ KULLANAN YOKTUR

Önceden hazırlanan sözleşme şartları taraflar dışında üçüncü kişinin tavsiyesi ile sözleşmeye alınıyorsa üçüncü kişinin önerisiyle sözleşmeye alınan şartlar diğer unsurlar olsa bile genel işlem şartı sayılmazlar. Genel işlem şartının kimin isteği ile sözleşmeye alındığı önemlidir. Sözleşmenin tarafları noter gibi üçüncü bir kişinin tavsiyesine uyarak onun önerdiği koşulları sözleşmeye almışlarsa, bu şartları taraflarından hiçbiri diğerine empoze etmeye çalışmadığından bu sözleşme şartlarını bireysel sözleşme şartı olarak görmek gerekir. Ancak üçüncü kişi tarafsız değil de sözleşme taraflarından birinin isteğiyle sözleşme koşullarını hazırlıyorsa bunları kullanmak amacıyla hazırlatan sözleşme tarafının temsilcisi sıfatını taşır ve üçüncü kişinin hazırladığı sözleşme şartları genel işlem şartı niteliği kazanır.

Önceden hazırlanan sözleşme şartları her iki tarafında arzusuyla görüşülmeksizin sözleşmeye alınmışsa sözleşmeye alınan işlem şartları taraflardan hiçbirinin dayandığı genel işlem şartı niteliği sayılmaz. Örneğin; sözleşmenin her iki tarafının aynı meslek birliğine üye olması bu

birliğin önerdiği genel işlem şartlarına dayanmaları durumunda tek yanlı bir dayanma olmadığı için, genel işlem şartlarına dair hükümler uygulanmayacaktır.

İSTER KULLANAN İSTER ÜÇÜNCÜ KİŞİ HAZIRLASIN HAZIRLANAN ŞARTLARIN BİR KAMU MAKAMI TARAFINDAN ONAYLANMASI BAKIMINDAN: Hazırlayan ile kullananın aynı kişi olması gerekmediği gibi, genel işlem şartının kamusal bir makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olması da genel işlem şartı niteliğini ortadan kaldırmaz. İlgili kamu tüzel kişisinin hazırladığı sözleşme koşullarının bir kamusal makam tarafından onaylanmış olması da bunların genel işlem şartı niteliğini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde bir özel hukuk kişisi tarafından hazırlanmış olmasına rağmen, bir kamusal makam tarafından onaylanmış sözleşme şartları da genel işlem şartı niteliğindedir.

KULLANANIN TACİR OLMASI, GERÇEK KİŞİ, TÜZEL KİŞİ (KAMU, ÖZEL HUKUK) FARKLI DEĞİLDİR

TBK'nunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin kişi bakımından uygulanmasında herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu nedenle, kural olarak kanunda yer alan emredici ve aynı zamanda tüm özel hukuk ilişkileri için genel hüküm niteliğindeki düzenlemeler, bu şartları kullananın kamu hukuku tüzel kişisi, özel hukuk tüzel kişisi veya gerçek kişi olmasına bakılmaksızın kural olarak özel hukuk karakterli borç ilişkilerine uygulanabilir.

Kullanan olmak için tarafın hukuki niteliği önem taşımaz. Kullanan, esnaf, serbest meslek sahibi, kooperatif, tarım üreticisi, ticari şirket, dernek, gerçek kişi tacir, kamu tüzel kişisi olabilir. Önemli olan sözleşme kurulurken birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden hazırlanmış şartlara sözleşmenin karşı tarafınca etki edilemeyecek şekilde tek yanlı olarak dayanılmış olmasıdır.

KULLANAN SIFATINI TAŞIMAK İÇİN ÖZEL HUKUK KİŞİSİ OLMAK ŞART DEĞİLDİR

İdarenin işlemleri her zaman tek taraflı işlemler değildir. İdare hukuku sözleşmeleri de mevcuttur. İdare hukuku sözleşmelerinden, idari sözleşmeler, idare hukukuna tabi olmakla birlikte, özel hukuka tabi olan ve adli yargının görevi içine giren sözleşmeleri de mevcuttur[4]. Bu nedenle idarenin sözleşmeleri ile idari sözleşmeler aynı anlama gelmez. İdari sözleşmeler[5], idare hukukuna tabidir, bunlar üzerindeki yargısal denetim ise idari yargı düzeninde gerçekleşir[6].

Örneğin; idarenin sözleşmeleri içinde yer alan Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu kapsamında ihalenin sonucunda ihaleyi kazanan kişilerle yapılan sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleridir. Özellikle, Kamu İhale Kanunu sonucu ihaleyi kazanan kişilerle, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında düzenlenen tip sözleşmeler yapılır. Yapım işleri, Kamu İhale Kanunu kapsamında olup, Kamu İhale Sözleş-

[4] İdarenin yaptığı sözleşmelerin idari sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun tayini en sorunlu alanlardandır. Kanunda sözleşmenin niteliğinin açıkça belirtilmesi, sözleşmenin nitelendirilmesi açısından önem arz eder. Bu anlamda uygulamada en fazla tartışma TEK'in tekelci yapısının değiştirilmesi, sonrasında enerji alanında yapılan yap işlet devret sözleşmeleri konusunda yaşanmıştır.

[5] Müşterek emanet sözleşmesi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, mali iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz sözleşmesi gibi.

[6] Bu tür sözleşmelere hiçbir zaman TBK 20-25 hükümlerine tabi olmayacaktır. Mobil telefon şirketleri farklı şirketlerin aboneleri aralarında rahatlıkla iletişim kursun diye arabağlantı sözleşmesi yapıp bu imkânı sağlarlar. Ara bağlantı sözleşmesi idari sözleşme olarak nitelendirilmekteydi. Türk Telekom'un özelleştirilmesi, tekel hakkının sona ermesi, düzenleyici denetleyici kurumun kendiliğinden değil, ancak talep halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi gibi yasal düzenlemelerde meydana gelen değişiklikler sonucunda arabağlantı sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Bu anlamda mobil şirketleri arasında yapılan arabağlantı sözleşmelerine TBK 20-25 hükümleri uygulanabilir. Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türk Eczacılar Birliği arasında yapılan Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün bir sözleşme değil, düzenleyici işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. SGK ve Eczacılar Birliğinin iradeleri aynı yöndedir. İdari işlemlerin tek yanlılığı da işlemin tek bir makam ya da organ tarafından yapılmasını değil, aynı yönde iradelerin ortaya konarak üçüncü kişilerin rızası olmaksızın onların hukuki durumunda değişiklik yapılmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle protokol tek taraflı bir işlem olarak kabul edilmektedir. Protokol kapsamında hastaların eczanelerden ilaç teminine ilişkin genele yönelik kurallar konmuştur. Protokole göre, belirtilen ilaçların temini sisteme dâhil eczanelerden dönüşümlü olarak yapılacaktır. Buna göre yalnızca protokol taraflarını ilgilendiren ve uygulamakla tükenen hükümlerden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenlerle protokolün genel düzenleyici işlem niteliğinde olduğunu söylemek gerekecektir. Bununla birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu ile Eczacılar arasında yapılan sözleşme özel hukuk sözleşmesidir.

meleri Kanunu gereğince yapılan inşaat (eser) tip sözleşmelere Yapım İşleri Genel Şartnamesi (Devlet İhale Kanunu kapsamında Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi) dâhil edilmektedir. Bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Kamu İhale Kanununda da Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağına dair atıf mevcuttur. Bunlar her ne kadar özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilseler de özellikle, sözleşme özgürlüğü anlamında, diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayrılırlar. Bir kere, sözleşmenin tarafı olan kamu tüzel kişisi, sözleşmenin tarafını seçmekte özgür değildir; ihaleyi kazanan kişi ile sözleşmeyi yapmak zorundadır. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü de yoktur. Kanun kapsamında belirlenen tip sözleşmeyi yapmak durumundadır. Taraflar, sözleşme metni üzerinde karşılıklı konuşma imkânına sahip olmadıklarından sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi de söz konusu değildir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde yasa gereği uygulama alanı bulur. Bu nedenle, sözleşmenin her iki tarafına da kanun gereği bu şartlar dayatılmış olduğundan her iki tarafta kullanan değildir.

İhale Kanunu kapsamında yer almayan bir inşaat sözleşmesi yapılması durumunda sözleşmenin taraflarından biri Yapım İşleri Şartnamesini veya Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesini sözleşmenin karşı tarafına dayatabilir. Bu durumda söz konusu şartname, genel işlem şartı niteliğindedir[7]. Bu şartnameyi sözleşme hükmü olarak karşı tarafa dayatan taraf kullanandır.

İdari sözleşmeler içinde yer alan ve idare hukuku kurallarının uygulandığı sözleşmelerden birisi de imtiyaz sözleşmeleri[8]dir. İdare, kamu

[7] Alman hukukunda da bu nitelikteki VOB/B genel işlem şartı olarak kullanan tarafından tüketici olmayan karşı tarafa dayatılması halinde; karşı tarafın girişimci, kamu tüzel kişisi olması halinde genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin sınırlı şekilde, sadece daraltılmış bir içerik denetimi şeklindeki uygulaması, daha da daraltılmıştır. Şayet VOB/B içeriği değiştirilmeden olduğu gibi bütün olarak sözleşmeye alınıyorsa bu durumda içerik denetimi de yapılamayacaktır. (BGB§ 310/1).Bunun nedeni, bu tür hazırlanan şartnamelerin genellikle iki tarafta düşünülerek bir sözleşme adaleti ve dengesi kurulmuş olduğundan hiç değiştirilmeden alınan durumlarda taraflar arasında bir dengesizlik oluşturmayacağı kabul edilmektedir.

[8] Bir kamu hizmetinin sermayesi, her türlü gideri ve kazancı, zararı ve ziyanı kendisine ait olmak üzere idarenin koyacağı şartlara göre ve sağlayacağı yetkiler ve menfaatler karşılığında özel hukuk kişileri tarafından görülmesi veya yürütülmesi için yapılan sözleşmelerdir.

hizmeti niteliğindeki bir takım hizmetlerini kendisi değil, imtiyaz sözleşmesiyle verdiği yetkiye dayanarak başka kişilere yaptırır. İmtiyaz sözleşmeleri idari sözleşmedir, yani idare hukuku kuralına tabidir ve denetimi idari yargıda yapılır. Bu nedenle bu sözleşmeler genel işlem denetimine tabi değildir. Fakat kamu hizmeti gören imtiyazlı ortakların kamu hizmetiyle ilişkili sözleşmeleri idari sözleşme olmadığı gibi, idarenin tam bir taraf durumunda olmadığı ve ancak sadece tarafların sözleşmeyi yapmalarını kolaylaştırıcı müdahalelerde bulunduğu ya da fiyat saptadığı sözleşmeler de idari sözleşme sayılmazlar. İmtiyaz sözleşmesi sonrası imtiyaz yetkisine sahip kişilerin bu yetkiye dayanarak sundukları hizmet için yaptıkları sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Yasayla tanınan hukuki tekele veya imtiyaza dayanarak, kamu hizmeti niteliğindeki hizmetleri kişilere sağlayan kurum ya da kuruluşların bu hizmetlerden yararlanmak isteyen kişilerle yaptıkları sözleşmede önceden basılı sözleşme metninde sözleşmenin şartlarını ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir. İltihaki (katılmalı) sözleşme olarak adlandırılan bu sözleşmelerde de hizmetten yararlanmak isteyen kişiler sözleşme şartlarını tartışma olanağından yoksundurlar. İltihaki sözleşme içeriğinde yer alan koşullar çoğunlukla ilgili kamu hukuku tüzel kişisi tarafından hazırlanmaktadır. Doğalgaz, su, elektrik, telefon, internet aboneliğine[9] ilişkin yapılan sözleşmeler bu niteliktedir. Katılmalı sözleşmelerde, taraflar arasında irade uyuşmasına dayanmayan ve uygulanması zorunlu olan hukuki düzenle-

[9] Genel işlem şartları genelde bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere düzenlenseler de bazen kapsamlarında müşterinin tek taraflı işlemlerine de rastlamak mümkündür. Bu tür tek taraflı beyanların kişilik hakkına sınırlama getirmeleri nedeniyle serbestçe geri alınması imkânı olsa da tartışmalı olmakla birlikte genel işlem şartının varlığı kabul ederek denetim uygulanabileceği kabul ediliyor. Örneğin Elektronik Haberleşme Kanunun abonelik sözleşmelerine ilişkin 50 maddesinin 5. fıkrasına göre işletmeciler tarafından sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarla önceden izinleri alınmaksızın otomatik arama makineleri, fakslar, elektronik posta kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla haberleşme yapılamaz. İşletmeciler, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarıyla siyasi propaganda içerikli haberleşme yapamazlar Elektronik Haberleşme Kanunun 51 maddesinin 3.fıkrasına göre, elektronik haberleşme şebekeleri, haberleşmenin sağlanması dışında abonelerin/kullanıcıların terminal cihazlarında bilgi saklamak veya saklanan bilgilere erişim sağlamak amacıyla işletmeciler tarafından ancak ilgili abonelerin/kullanıcıların verilerin işlenmesi hakkında açık ve kapsamlı bilgilendirilmeleri ve açık rızalarının alınmasıyla kullanılabilir. Kişilerin bu konudaki izinlerinin yapılan abonelik sözleşmesinin genel işlem şartları içinde yer alması durumunda kişi rızasını her zaman geri alabilir fakat kanımca genel işlem denetimine tabi tutulması bu şekilde yapılan işlemlere sessiz kalınmasının rıza gösterildiğini anlamına gelmeyeceği kabul edilmelidir.

melere bağlı, sözleşmenin içeriğinde yer alması kamu gücü tarafından mecbur tutulan hükümler, genel işlem şartı niteliğinde değildir. Bu sözleşmeleri yapmak zorunda kalan ve pazarlık etme şansı olmayan kişiler en az genel işlem şartı ile karşı karşıya kalan kişiler kadar korunmaya muhtaçtır[10]. Katılmalı sözleşmelerdeki bu durum TBK 20/son hükmü ile açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hükme göre "genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksın uygulanır"[11]. Hükmün lafzından anlaşılmamakla birlikte, bu sözleşmeleri ve içerisindeki genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olmasının, durumu değiştirmeyeceği ve uygulama farklılığı doğurmayacağı da madde gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Hiçbir kurum ya da kişinin genel işlem şartları bakımından imtiyazlı olmayıp, kamu kurum ve kuruluşlarının da yaptıkları özel hukuk sözleşmeleri bakımından TBK 20-25 hükümlerine tabi olacaktır. Katılmalı sözleşmelerde yer alan hükümler TBK 20/1 tanıma uymasalar bile, genel işlem şartı olarak kabul edilmekte ve emredici nitelikteki genel işlem koşulları düzenlenmesine tabi olmaktadır.

II. KARŞI TARAF: Sözleşmenin kuruluşu sırasında kendisine dayatılan şartları pazarlık konusu yapmaksızın kabul eden, bu şartlara tabi olan sözleşme tarafıdır.

Karşı taraf, mal ve hizmet talep eden taraftır. Tüketici sıfatını taşıması mümkün olduğu gibi, yerine göre, tüketici sıfatını taşımayan kişi de karşı taraf konumunda olabilir. Karşı tarafın, tek başına genel işlem şartı içeriğini ve anlamını bilmesi, bu şartların karşılıklı görüşülerek sözleşmeye alındığı anlamına gelmez. Karşı taraf, içeriğini bildiği kendisi için anlam ve önemini kavradığı hükümlerin içeriğine etki edebilecek durumda olmadıkça, genel işlem şartı karşılıklı görüşme yoluyla sözleşmeye alınmış sayılmaz. Etki edebilecek durumda olması; kendi lehine,

[10] TBK daki düzenleme öncesi, bu tür sözleşmelerde yer alan hükümler genel işlem şartı sayılmasa bile, karşı tarafın uygun olduğu ölçüde genel işlem şartlarının sağlayacağı korumadan faydalanması gerekeceği yorumu yapılmaktaydı.

[11] Aynı hüküm TKHK 5 /5 yer almaktadır.

şartların içeriğinde değişiklik yapılmasını isteyip, bunu gerçekleştirebilmesidir. Aksi takdirde müşterinin maddi anlamda iradesini sözleşmeye hâkim kılabildiğini, özgür bağımsız bir birey olarak kendi karar ve sorumluluğu altında sözleşme yapma iradesinin oluştuğunu düşünmek mümkün değildir.

Genel işlem şartının denetleme getirilip, karşı tarafın korunması ihtiyacı karşı tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde yani tüketici işlemlerinde ortaya çıkmıştır. Haksız şartlara karşı koruma imkânını tanıyan AB Direktifi, tüketici işlemlerinde karşı tarafı tüketici olan durumlar için düzenleme getirmiştir. Genel işlem şartı ile getirilen düzenlemeler, ilk olarak tüketici işlemlerinde yani tüketicinin genel işlem şartları açısından karşı taraf olduğu durumlarda tüketicinin kendisine empoze edilen şartlara etki etme gücünün (pazarlık gücünün) az olması, sözleşmenin mal veya hizmet ile ücret unsurlarından başka hükümler ihtiva ettiğinin ve bu hükümlerin içeriğinin farkına varamaması tüketiciyi bu hükümler karşısında daha korunmaya değer kılmıştır. Genel işlem şartları alanında yapılan hukuki düzenlemelerde bu nedenle, hep tüketici dikkate alınıp, tüketicinin korunma ihtiyacından bahsedilse de, zaman için ekonominin gelişmesi, globalleşmesi nedeniyle, tüketici olmayan aktörlerin de dayatılan genel işlem şartları karşısında en az tüketici kadar çaresiz ve savunmasız kaldıkları görülmüştür. Bu nedenle, genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler tüketici olmayan karşı tarafın da korunması doğrultusunda genişletilmiştir. Tüketici olmayan karşı tarafın, genel işlem şartları karşısında korunmasının, tüketici olan karşı taraftan daha dar kapsamlı olması savunulsa da, TBK m.20-25 hükümlerinde kanun koyucu karşı tarafın tüketici olmaması durumunda genel işlem şartları karşısında korunmada kapsamı daraltıcı bir tercihte bulunmamıştır. Tüketici olmayan (tacir, esnaf, zanaatkar, serbest meslek sahibi, dernek, kooperatif vs) karşı taraf, TBK bağlayıcılık, yorum ve içerik denetimine tabi olacaktır.

KARŞI TARAFIN TÜKETİCİ OLMASI

Genel işlem şartlarının dayatıldığı karşı tarafın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında[12] tüketici sıfatını taşıması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Kanunun 5. maddesine dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte özel düzenlemeler yer aldığından öncelikle özel düzenlemeler uygulama alanı bulur. Düzenleme bulunmaması halinde genel hükümlerin uygulanması mümkün olduğundan TBK'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri, uygulama alanı bulabilir. Karşı tarafın tüketici olması durumunda sadece genel işlem şartı değil, müzakere edilmemiş tüm sözleşme şartları için, içerik denetimi ve yorum denetimi TKHK 5. maddesinde düzenlenmiştir. Önceden hazırlanan sözleşme şartı birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmamış olsa da tüketiciyle müzakere edilmemişse, genel işlem şartı niteliğinde olmasa da TKHK 5.m kapsamında denetime tabi olacaktır[13]. Ayrıca, TBK da kanun koyucu içerik denetimini düzenlerken hâkime yol gösterici bir liste öngörmemişken, TKHK 5.m için çıkarılan Yönetmelik haksız şartları örnekleyici olarak saydığı bir liste düzenlemiştir. Bağlayıcılık denetimi açısından TKHK da bir düzenleme yer almıyor fakat TKHK m.83 ün genel hükümlere yapmış olduğu atıf nedeniyle, genel işlem şartına ilişkin TBK'da yer alan bağlayıcılık denetimi, tüketici işlemlerinde de uygulama imkânı bulacaktır.

KARŞI TARAFIN TÜKETİCİ OLMAMASI

Genel işlem şartlarının dayatıldığı tarafın, TKHK anlamında tüketici sayılmaması durumunda Türk Borçlar Kanunundaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Genel işlem şartı kullanan karşısındaki sözleşme tarafı, tüketici niteliğine haiz olmayan herkes olabilir. TBK. 20-25 mad-

[12] TKHK madde 3 k bendi "tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

[13] Alman Hukukunda da karşı taraf, tüketici olsun olmasın BGB de yer alan genel işlem şartı hükümlerinin koruma alanındadır. TKHK m. 5 e benzer şekilde BGB §310/3 de yer alan düzenlemeye göre, §305'teki genel işlem şartı tanımına girmese de sözleşmenin taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmelerinde münferit bir sözleşme için önceden hazırlanmış olan ve bu nedenle tüketicinin içeriğe etki edemediği bireysel görüşme konusu yapılmamış sözleşme şartları da denetim kapsamındadır. (§310/3).

delerinde karşı tarafın hukuki niteliğine göre farklı bir uygulama alanı tespit edilmemiş olduğundan, genel işlem şartlarına ilişkin tüm denetim yolları, herhangi istisna olmadan geçerli olacaktır[14]. Karşı taraf; esnaf, zanaatkâr, sanatçı, serbest meslek sahibi, tarım üreticisi, hayvan yetiştiricisi, gerçek kişi tacir, dernek, kooperatif, ticari şirket, kamu tüzel kişisi vs olabilir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsasında işhanı yapılması hususunda bir inşaat şirketi ile anlaşan kişi[15] inşaat şirketinin dayandığı genel işlem şartlarına karşı tüketici niteliğinde olmadığı için, TBK hükümleri kapsamında korunacaktır. Küçük bir atölyede heykel yapan kişi, atölyesini sigortalattığında sigorta şirketinin dayandığı genel işlem şartlarına karşı TBK hükümleri kapsamında korunacaktır. Örnekleri çoğaltabiliriz bir iş seyahati için hava taşıma şirketiyle taşıma sözleşmesi yapan kişi[16], bir cast şirketiyle reklam ve dizilerde oyunculuk yapmak için sözleşme yapan kişi, bir konserve firmasına tarlasındaki domatesi satan ve her ay domates satışı konusunda anlaşan çiftçi, internet üzerinde organik sebze satan bir firmayla sebze tedariki hususunda anlaşan organik tarım yapan kişi veya kooperatif, yapımcı şirketle oynadığı film ve dizilerdeki haklarını devreden oyuncu, Gazetelerinin yurt sathında dağıtımı için bir dağıtım şirketi ile anlaşan gazete sahibi, bankayla ticari kredi sözleşmesi yapan esnaf lokantası sahibi, elektronik veri bankası ile abonelik sözleşmesi yapan hukuk ofisi, dayanılan genel işlem şartlarının karşı tarafıdır ve TBK hükümleri kapsamında genel işlem şartları karşısında korunacaktır.

[14] BGB §310/1 c.1 de tüketici olmayanlara (girişimciye veya bir kamu tüzel kişisine ya da özel statüye sahip mal topluluklarına) karşı kullanılan genel işlem şartı hakkında kanunun bağlayıcılık denetimini düzenleyen §305/2 3 hükmü ile yasak şartlarla ilgili §308 §309 hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Karşı taraf, tüketici değilse, genel işlem şartına §307 ye dayanarak içerik denetimi yapılabilmesi engellenmemiştir. Ancak §307 dayanılarak yapılacak içerik denetiminde hâkim ticari teamülleri ve alışkanlıkları da dikkate alacaktır. (§310/1c.2). Tüketici olmayan karşı taraf açısından yasanın uygulama alanı daraltılmıştır. §310/2 yasak şartlarla ilgili 308, 309 m. uygulama alanı konu bakımından da sınırlandırmış yeknesak ücret ve koşullarla müşterilere su elektrik ısınma gaz sağlanmasını konu alan sözleşmelerde yer alan genel işlem şartı hakkında yönetmelikle belirlenen sağlama koşullarından müşteri aleyhine sapma olmadıkça yasak şartlarla ilgili düzenleme uygulanmayacaktır.

[15] Kişi özellikle kentsel dönüşüm kapsamında konut ihtiyacını karşılamak amacıyla arsa karşılığı kat inşaatı sözleşmesi yaparsa tüketici sıfatına sahip olacaktır.

[16] Yolcu hakları kapsamında tüketici-tüketici olmayan ayrımı yoktur. Yolcu taşıma sözleşmesi hükümlerinde de bu ayrım yok fakat TKHK kapsamına taşıma sözleşmesi de girmektedir mesleki maksatla yapılan iş seyahatlerinde kişiyi tüketici saymak mümkün olmadığından genel işlem şartları kapsamında TBK hükümlerine tabi olacaktır.

KARŞI TARAFIN TACİR OLMASI HALİ

TBK genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeden tacir sıfatına sahip gerçek ve tüzel kişilerin de yararlanması, tacir olan kişiler için korumanın kapsamında bir ayrım yapılmaması hususu eleştirilmektedir. Sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olanlar[17] için başkalarıyla olan hukuki ilişkilerini diledikleri gibi yönlendirme serbestisi değil, tersine iradelerini belli bir yönde kullanma mecburiyeti mevcuttur. Genellikle, karşı tarafın, tüketici olmaması özellikle, tacir olması durumunda tacirin zayıf taraf olmayacağı, çünkü, tüketicinin zayıflığı için söz konusu etkenler olan psikolojik, bilgi, organizasyon bakımından zayıflığın tacirler için geçerli olmayacağı; aynı zamanda tacir olmaları nedeniyle TTK gereği basiretli bir tacir olarak davranmaları gerektiğinden, genel işlem şartları açısından getirilen hâkimin müdahalesinin ve bu yolla karşı tarafın korunmasının tacirler için geçerli olmayacağı ifade edilmektedir. Özellikle, denetim yolları içinde yer alan bağlayıcılık denetiminin tacirler için gerekli olmadığı savunulmaktadır.

Teorik olarak tacirler, iş ve ticari hayatta deneyim sahibidir ve genel işlem şartlarını içeren sözleşmeleri birden fazla yapmış olduklarından bu hususta bilgi ve tecrübeleri vardır. Basiretli davranmaları gerektiği, ne tür bir işlemi, hangi şartlarla yaptıklarını, neye imza attıklarını, hangi kurallarla kendilerini hukuki olarak bağladıklarının idrakinde olan kişilerdir. Ayrıca organizasyon bakımından da zayıf değillerdir büyük ihtimal sürekli yapmış oldukları bu tür sözleşmeler için uzmanlarla (finans, hukuk vs alanlarında) temas halindedirler. Bunlar teorikte doğru olup tacirin korunmaya ihtiyacı olan zayıf taraf olduğu sonucuna bizi

[17] Standart sözleşmelerde tüketicinin zayıf durumu:1-piyasada ekonomik bakımdan güçsüzlüğü 2- entelektüel bakımdan güçsüzlüğü: ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet çeşitliliği nedeniyle girişimcinim için sürekli-lik taşıyan dayanıklı tüketim mallarının alım satımı, tüketici kredisi, sigorta sözleşmesi, nakliye sözleşmesi gibi bir çok sözleşme tüketici yaşamı boyunca en fazla birkaç kez yapmaktadır. Bu nedenle tüketicinin birbirinden farklı alanlarda ve farklı içerikteki sözleşme içeriğine bu sözleşmede karşılaşabileceği sorunlara ilişkin yeterli deneyimi bulunmamaktadır. Sonuçta tüketicinin iş yaşamı hakkındaki genel deneyimsizliği değil, yapılan işleme ilişkin özel bir deneyiminin olmaması da onu girişimci karşısında güçsüz kılan nedenlerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. 3-psikolojik nedenler: mal ve hizmet kalitesini ön planda tutmaları çoğunlukla genel işlem şartı ilgi duymamalarına yol açmaktadır.

götürmese de teoride varılan sonuçlarla, pratikte gerçekleşen sonuçlar, aynı olmamaktadır. Örneğim; teoride, genel işlem şartı kullanımının uygun fiyat sonucuna bizi götüreceği ve bunun da karşı tarafın menfaatine olacağı sonucunun, pratikte gerçekleşmemesi gibi. Tacir kavramı, homojen bir kavram değildir. Özellikle, tüzel kişi tacirlerle, gerçek kişi tacirler, tüzel kişi tacirler arasında AŞ, holdinglerle, küçük şirketleri aynı şekilde değerlendirilemez. Fakat bunların hepsi tacirdir. Tacir olmaları açısında bunların hepsini aynı kategoride görürsek, kanımca doğru sonuca varamayız. Bir hukuk bölümü olmayan küçük veya orta ölçekli bir işletme tacir olsa da; aynı tür sözleşmeyi defalarca yapmış olsa da, bu onun genel işlem şartlarını karşısında korunmaya ihtiyacı olmadığı anlamına gelmez. Özellikle bazı sektörler açısından kişinin tacir olması bu hususta deneyimi, bilgisi olduğu anlamına gelmez. Örneğin; bankacılık sektöründe ve sigorta sektöründe durum böyledir. Bırakın taciri, banka hukuku ile belki de bankacılık işlemlerinin ayrı ayrı dalları örneğin kredi sözleşmeleri ile spesifik olarak uğraşmayan bir hukukçunun dahi kolaylıkla vakıf olamayacağı ve uygulamada da en fazla ihtilafa sebep olan genel işlem şartları bu sektörde yer almaktadır. Bankacılık işlemlerinde, özellikle, kredi sözleşmelerinde 100 sayfalık genel işlem şartlarıyla karşılaşmak mümkündür. Bu noktada, karşı taraf tüketici değil diye ya da tacir diye zayıf konumda değildir, genel işlem şartlarının uygulama alanından çıkaralım demek doğru değildir. Somut olaydaki şartlara göre tacir de sözleşmenin zayıf ve deneyimsiz tarafı olabilir.(sözleşmeyi akdetmek dışında bir alternatifinin olmaması zayıflığı; o sözleşme konusunda bilgisi olmaması deneyimsizliği ifade eder.) Tüzel kişiler içinde yer AŞ, holdingler söz konusu ise böyle bir zayıflık ve deneyimsizlik kural olarak söz konusu olmayacaktır. Zaten, bu tür tacirlere tek yanlı olarak şartların dayatılması da söz konusu olmayacağı için, genel işlem şartı söz konusu olmayacaktır.

Kişi tacir olmakla birlikte, ticari faaliyet alanı dışında bir sözleşme yapıyorsa, örneğin tekstil işi ile uğraşan gerçek kişi tacir veya şirket tüzel kişi tacir bir iş seyahati için uçak bileti alıyorsa, taşıma sözleşmesinde kendisine dayatılan genel işlem şartlarına karşısında bir tüketici veya tüketici olmayan bir kişiden daha farklı konumda değildir. Bir avukatı veya

şirketin bir hukuk bölümü varsa dahi kişi, havayolu şirketinin kendisine dayattığı genel işlem şartlarını hukukçularına danışmaz ya da havayolu şirketi karşında genel işlem şartlarına etki edip değiştirecek bir pazarlık gücü de yoktur. Bu nedenle, tüketici olmayan kişiler kadar onun da havayolu şirketinin genel işlem şartlarına karşı TBK 20-25 hükümlerinin korumasına ihtiyacı vardır.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Efendim şimdi asıl konunun ustaların bir tanesi, biri de karşımda oturuyor zaten ona söz vereceğiz. Tabi ustalara kısıtlama getirebiliriz, ustalar zaten ustalıkları gereği ne konuşacaklarını çok iyi bilirler, bizim gibi böyle safsafa da yapmazlar efendim onun için sevgili Ayşe'nin konuşmasını 15 dakika ile sınırlıyorum.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu: Gerçekten ben fazla dağılmadan toparlamaya çalışacağım ama ne kadar mümkün olur bilemiyorum, hocam mutlaka beni uyaracaktır. Bu konuda hiç yetenekli olmadığımı peşinen itiraf ederek sonrakine mazeret beyan etmiş olayım hemen. Hepiniz tekrar hoşgeldiniz, büyük bir onur verdiniz. Özellikle kıymetli hocalarım davetimizi kabul ederek, İzmir'e gelerek bizi şereflendirdiler, tekrar teşekkürü bir borç biliyorum.

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİNDE DÜZENLEYEN (GİŞ KULLANAN) İÇİN GETİRİLEN KÜLFETLER

▪ **Prof.Dr.Ayşe Havutcu***

I. GENEL OLARAK BAĞLAYICILIK DENETİMİ, AMACI VE KONUSU

Genel işlem şartlarının denetimi geniş bir kavramdır. Bu kavram, bir taraftan genel işlem şartlarının somut sözleşme ile ilişkilendirilerek sözleşmenin muhtevasına dâhil olmasının şartlarını, diğer taraftan, somut sözleşmenin muhtevasına giren genel işlem şartlarının geçerlik sınırını kapsayıcı anlam taşır.

Bağlayıcılık denetimi, genel işlem şartlarının denetim sürecinde ilk aşamayı ifade eder. Bu aşamada genel işlem şartlarının hangi şartlarda ve hangi kapsamda sözleşmenin muhtevasına girdiği tespit edilir. Bu yönde yapılan denetim, uygulama (yürürlük) denetimi[1] veya kapsam

* Yaşar Üniversitesi

[1] Bkz.:Eren, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Baskı Ankara 2013, s.220; ATAMER, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, yayın no:467,s.26 (Sempozyum).

denetimi[2] olarak da anılmaktadır. Bağlayıcılık denetiminin işlevi, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında karşılıklı birbirine uygun rızanın olup olmadığının belirlenmesidir. Bu çerçevede, genel işlem şartlarının hangi ölçütlere göre sözleşme ile geçerli biçimde ilişkilendirileceği, kullananın bu şartları yerine getirip getirmediği, hal ve şartlara göre kullanan için getirilen ilişkilendirme şartlarından sapmanın mümkün olup olmadığı bağlayıcılık denetiminin konusunu oluşturmaktadır[3].

Genel işlem şartlarının birel bir sözleşmenin muhtevasına hangi şartlarda ve hangi kapsamda dâhil edilmiş sayılacağı konusunda Alman Hukuku hemen hemen birçok ülkede etkili olmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da genel işlem şartlarıyla ilgili düzenlemelerde bazı noktalarda önemli sapmalar olmakla birlikte ana hatlarıyla, Alman Hukukunun etkisi gözlenmektedir.

Alman Medeni Kanununun 305'inci maddesinde genel işlem şartlarının sözleşmenin muhtevasına dâhil olması için,

1. Genel işlem şartlarını kullananın, sözleşmenin kuruluşu sırasında diğer tarafı GİŞ kullanma isteği konusunda-açıkça ya da koşulları varsa ilan yoluyla- uyarması

2. Diğer tarafa, -onun fark edilebilen fiziksel engeli de dikkate alınarak-makul biçimde genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânı sağlaması

3. Diğer tarafın bu şartların bağlayıcılığı kabul etmesi

koşulları aranmaktadır[4].

---

[2] Bkz.Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:I, , s.302 vd.

[3] Tebliğde önemli ölçüde doçentlik tezi olarak hazırlanan eserden (Havutcu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicilerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 1999) yararlanılmıştır.

[4] § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag
(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.
(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender

Alman Medeni Kanununun 305.maddesi genel olarak ilişkilendirme şartlarını hükme bağlarken, 305a maddesinde özel durumlarda açıkça uyarma ve bilgi edinme olanağı sağlama koşulları aranmaksızın diğer tarafın muvafakati ile GİŞ.nın sözleşmede yürürlük kazanması; 305b. maddesinde bireysel anlaşmaların önce gelmesi, 305c/1. fıkrasında şaşırtıcı şartların sözleşmenin kapsamına dahil olmaması, 306. maddesinde ise sözleşmeye alınmamanın sonuçlarına yer verilmiştir.

Dikkat çekici olan, ilişkilendirmeyi sıkı şartlara bağlayan 305. maddenin 2. fıkrasının (ve 3.fıkranın), girişimci-girişimci (Business to Business) arasındaki işlemlerde kullanılan GİŞ. bakımından uygulanmamasıdır (BGB §310/Abs.1).

Hukukumuzda, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 21''inci maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m.20-25 dışında, hukukumuzda TTKnda da GİŞ düzenlenmiştir.

Ayrıca, TKHK ve Yönetmelik ile GİŞ.nı da kapsayacak biçimde haksız şartlar ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Konu aslında TBK m.20-25 hükümlerinin uygulama alanı ile ilgili olmasına rağmen, her iki yasada da ilişkilendirme hükme bağlanmadığı için, ilişkilendirme anlaşmasının tüketici işlemlerinde ve tacirler arasındaki sözleşmelerde TBK.m.21'deki koşullara tabi olduğu söylenebilir. Fakat, tüketici işlemlerinde özel olarak belirtilmesi gereken hususlar olduğu gibi, tacirler

bei Vertragsschluss
1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.
(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltungbestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

arasındaki standart sözleşmelerde TBK m.21'in uygulanmasının isabetli olup olmadığı da tartışılmalıdır.

Aşağıda önce TBK m.21'deki koşullar ele alınacak, daha sonra bu hususlara değinilecektir.

II. İLİŞKİLENDİRME ŞARTLARI

TBK. m.21'e göre,

"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 sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."

Bu hüküm, bazı farklılıklarla, Alman Medeni Kanununda ilişkilendirme için aranan koşulları içermektedir: GİŞ.nın sözleşmeye alınması için öncelikle düzenleyen (kullanan), GİŞ konusunda karşı tarafa açıkça bilgi verecek ve ayrıca içeriğini öğrenme olanağı sağlayacaktır. Bu şartlar yerine getirilmedikçe, karşı tarafın kabulü GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilmesini sağlamaz.

TBK m.21'de de temel olarak, sözleşme koşulları niteliğinde olan genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında TBK m.1 vd.na uygun olarak karşılıklı-birbirine uygun irade aranmıştır. Ancak, GİŞ.nın özelliği nedeniyle GİŞ.nın sözleşmeye alınmasında bu şartlara dayanan taraf için GİŞ uyarısının açıkça yapılması ve içeriğini öğrenme fırsatı tanınması biçiminde ***külfet*** getirilmiştir. Bu külfetler yerine getirilmedikçe karşı tarafın sözleşme yapmayı kabul etmesi GİŞ.nın sözleşmeye alınmasına muvafakatı kapsamayacak, sözleşme GİŞ olmaksızın kurulmuş olacaktır. GİŞ kullananın bu külfetleri yerine getirmesi kaydıyla, karşı

tarafın kabul iradesi sözleşmenin GİŞ nı içerecek şekilde kurulması için yeterlidir. Karşı tarafın kendisine sunulan fırsatı değerlendirmesi, GİŞ. nı öğrenmesi ya da buna rağmen hiç bakmadan sözleşmeyi imzalaması, kabul iradesinin açık ya da örtülü olması GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilmesi için önem taşımaz. Bu nedenle aşağıda karşı tarafın kabul iradesini açıklaması üzerinde durulmayacaktır.

A. İLİŞKİLENDİRME ŞARTLARI VE GİŞ İÇERİĞİ İLE İLGİSİ

TBK m.21'de, "karşı tarafın ***menfaatine aykırı*** genel işlem şartlarının" sözleşmenin kapsamına girmesinden söz edilmekledir.

"Karşı tarafın menfaatine aykırı" ifadesi, lehe olan işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde 21. maddedeki koşullara gerek olmadığı izlenimi yaratmaktadır. Oysa GİŞ.nı sözleşme ile ilişkilendirme safhasındaki denetimin amacı, hangi koşullar altında GİŞ'in sözleşmeye alınmış olacağını tespit etmektir. Bu aşamada GİŞ içeriğinin önemi yoktur[5]. İçeriğin lehe veya aleyhe olması içerik denetimi problemidir.

Diğer taraftan, öğretide haklı olarak, hükmün ilişkilendirme öncesinde yorum gerektirmesi hatta hâkimin içerik denetimine gitmesi ve sonuçta menfaatine aykırı bulmayarak yürürlük şartları olmaksızın da GİŞ'in sözleşmenin muhtevasına dâhil olduğu sonucuna varmasının mümkün olduğu eleştirisi yapılmaktadır[6].

Nihayet, kullananın karşı tarafa sadece GİŞ hakkında bilgi vererek sözleşme yapma iradesinin GİŞ'i de kapsadığı konusunda uyarması ve GİŞ içeriğini öğrenme fırsatı tanıması yeterli iken[7], hükmün kaleme alı-

[5] MüKoBGB/Basedow BGB§305 Rn.57(Münchener Kommentar zum BGB 6.Auflage 2012, http://www.beckonline.de, erişim: 02.04.2015)

[6] Eleştiri için Bkz.: Sirmen, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, yayın no:467, s.114.

[7] Atamer, Sempozyum, s.28.

nış tarzı, adeta örtülü biçimde, kullananın karşı taraf aleyhine GİŞ içeriği konusunda da karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğü altına girdiği izlenimi yaratması sebebiyle de eleştirilmektedir[8].

B. AÇIKÇA BİLGİ VERME

1. Kullananın (Düzenleyenin) Genel işlem şartlarının varlığı konusunda karşı tarafa açıkça bilgi vermesi, sözleşmeyi genel işlem şartları altında yapma isteğinin tereddüde yol açmayacak şekilde açıkça müşteriye bildirilmesi anlamındadır. GİŞ kullanma uyarısı sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Kullanan, sözleşmeyi genel işlem şartları altında yapma iradesini açık bir irade beyanıyla sözlü olarak karşı tarafa bildirebilir ya da sözleşme metninde genel işlem şartlarına yer vererek, ya da sözleşmenin ekinde, arka yüzünde veya ayrı bir belgede yazılı olan genel işlem şartlarına sözleşme metninde karşı tarafın görebileceği şekilde açıkça yollamada bulunarak, genel işlem şartlarının varlığına karşı tarafın dikkatini çekmek suretiyle yazılı olarak yapabilir.

Uyarının amacı karşı tarafın genel işlem şartlarının varlığını bilmesi, bundan haberdar olmasının sağlanmasıdır.

GİŞ uyarısının örtülü yapılması, kullananın başka bir amaca yönelik bazı sözlerinden ya da bazı davranışlarından sözleşmede GİŞ kullanılmak istenildiğinin çıkarılması yoluyla GİŞ kullanma iradesinin varlığının anlaşılabilmesi yasanın aradığı uyarı şartını sağlamaz. Örneğin, kullanan, GİŞ.dan sapma halinde %3 yerine %2 iskonto yapacağını söylemesi böyledir[9].

2. Sözleşme yazılı kuruluyorsa, genel işlem şartlarının imzalanan metinde, metnin ön yüzünde yer alması halinde karşı taraf şartların var-

[8] Nitekim Kuntalp, bankaların müşterilerine tek tek aleyhlerine olan GİŞ hakkında bilgilendirme yapmaları gereğinden söz etmekte, bunu içerik olarak doğru bulmakla beraber pratik olmadığı ifade ederken, bankalara duyulan güveni sarsacağından endişe etmektedir: Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, yayın no:467, s.94/12.1.

[9] MüKoBGB/Basedow BGB§305 Rn.58

lığını bilmediğini söyleyemez. Genel işlem şartları metnin arka yüzünde basılı ise veya ayrı bir belgede yer alıyorsa, ya karşı tarafın imzaladığı sözleşme metninde/metnin ön yüzünde yapılan açık bir yollama ile ya da sözlü olarak, genel işlem şartlarının varlığı ve sözleşme ile ilişkilendirilmek istendiği, şartlara dayanan tarafça müşterinin bilgisine sunulmalıdır[10].

3. Sözleşme metninde genel işlem şartlarına yollama yapan kaydın açık, okunaklı ve anlaşılabilir biçimde kaleme alınmış olması gerekir. Genel işlem şartlarına yollama yapan kayıt, orta vasıflardaki bir müşterinin normal bir dikkat sarf ettiğinde fark edebileceği, gözden kaçırmayacağı bir yazı sitiliyle yazılmış olmalıdır. Aksi takdirde, GİŞ konusunda karşı taraf açıkça uyarılmamış sayılır[11].

Genel işlem şartları içinde başka bir işlem kataloğuna yollama yapılması da (Staffelverweisung) açıkça uyarı şartını sağlamaz[12].

4. Telefonda sözlü olarak kurulan sözleşmelerde, GİŞ hakkında uyarının muhataba yine sözlü olarak bildirilmesi ve GİŞ metninin okunması yoluyla karşı tarafın uyarılması mümkün fakat pratik bir yol değildir. Ancak, telefon hattı üzerinden 7/24 verilen hizmetlerde örneğin telefon bankacılığında sistemden yararlananın istediği seçeneğe yönelmeden önce GİŞ uyarısının yapılması mümkündür.

5. İnternet ortamında kurulan sözleşmelerde, sipariş sayfasında açıkça görülebilecek şekilde, sipariş aşaması tamamlanmadan önce GİŞ uyarı butonu ya da link verilmesi uyarı koşulunu sağlamaya yeterlidir[13]. Fakat müşteri verilen linke tıkladığında birbirinden farklı işlem şartları varsa ve hangi işlem şartlarının sözleşmeye alınmak istenildiği belirsizse

[10] Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, Rn.75 (http://www.beckonline.de erişim: 15.04.2015); MüKoBGB/Basedow BGB § 305 Rn. 49-57

[11] BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn.58 vd.(Beck'scher OnlineKommentar BGB Hrsg: Bamberger/Roth Stand: 01.08.2014 Edition: 34 http://www.beckonline.de erişim: 15.04.2015)

[12] MüKoBGB/Basedow BGB § 305 Rn. 73

[13] BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn. 48; MüKoBGB/Basedow BGB § 305 Rn. 68

açık uyarı şartı yerine getirilmiş sayılmaz. Alman Hukukundaki örneklere bakılırsa, ortalama bir müşterinin yüzeysel bir bakışla dahi kolaylıkla fark edebileceği şekilde, sipariş butonu üzerinde yer alan uyarı yeterli görülmektedir. OLG Hamburg, internete girerken görülebilecek şekilde ya da web sayfası açıldığında görülecek şekilde fakat sipariş sayfasıyla bağlantısı olmayan GİŞ uyarısını yeterli görmemiştir[14].

2000/312 sayılı AB Direktifinde elektronik sözleşmelerde müşterinin GİŞ.nı bilgisayarına indirebilmesi, kopyalayabilmesi, çıktı alabilmesi gerekli görülmektedir.

6. Alman Medeni Kanununa göre GİŞ.nın varlığı hakkında karşı tarafı açıkça uyarma sözleşmenin kuruluş tarzı nedeniyle aşırı güçlük yaratıyorsa, ilan yoluyla genel işlem şartlarına dikkat çekilmesi mümkündür (BGB 305 Abs.).

Genel işlem şartlarının ilan edilmesine istisnai hallerde izin veren hüküm, müşterinin dikkatinin açıkça çekilmemesi yüzünden daha yüksek risk altına girmesi nedeniyle Alman öğretisinde dar yorumlanmaktadır.

Öğretideki anlayışa göre, genel işlem şartlarını ilan etme, özellikle, günlük yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik, özel bir ekonomik değeri olmayan, her gün kitlesel biçimde ve sözleşme taraflarının kişisel temasları olmaksızın yapılan kitle ulaşım araçlarından yararlanma, sinema, tiyatro, sportif amaçlı çeşitli etkinliklerden yararlanma, vestiyerden yararlanma, otopark hizmetlerinden yararlanma, self servis hizmet veren lokanta ve benzeri yerlerden, otomatlardan yararlanma gibi işlemlerde mümkün görülmektedir[15].

Bu örneklerde, genel işlem şartlarını kullananın, müşteri ile doğrudan teması ya mümkün değildir veya bire bir müşteri ile temas ederek

[14] Sami Bdeiwi, Einbeziehung von AGB im ECommerce, DSRI Tagungsband 2010, 751„ s.757 (http://www.beckonline.de erişim: 05.02.201)5

[15] BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn. 50; MüKoBGB/Basedow BGB§305 Rn.64

her sözleşmede, ayrı ayrı müşterilerin genel işlem şartlarına açıkça dikkatinin çekilmesi, işlemin ekonomik değeri kıyaslandığında aşırı masraf ya da zaman kaybı anlamına gelmektedir. Burada, müşterinin genel işlem şartlarını öğrenme imkanı ve müteşebbisin müşteriyi açıkça bilgilendirme külfeti kıyaslandığında, müşteriyi açıkça bilgilendirmenin yapılan sözleşmenin mahiyeti ve kuruluş tarzı bakımından müteşebbisten beklenemeyecek derecede güç ise, ilan yoluyla bilgilendirmeye cevaz verilmektedir. Ancak, böyle bir ihtimalde, çoğu zaman bir veya birkaç cümleden ibaret olan genel işlem şartlarının asıldığı yer ve açık, anlaşılabilir şekilde yazılmış olması önem taşımaktadır[16].

Benzer bir hüküm Türk B0rçlar Kanununda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu çözümün Türk Hukuku açısından da benimsenmesi pratik ihtiyaçlara da uygun düşer[17].

C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİĞİNİ ÖĞRENME İMKÂNI SAĞLAMA

Düzenleyen, karşı tarafa GİŞ. Hakkında açıkça bilgi verme yanında, Genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme, içeriği hakkında bilgi edinme imkânını da karşı tarafa sağlamalıdır. Bu şart, GİŞ.nın orta vasıflardaki bir müşteri tarafından anlaşılabilecek şekilde, okunaklı, anlaşılabilir tarzda yazılmış olmasını gerektirir.

Genel işlem şartlarının güçlükle okunabilecek şekilde çok küçük harflerle yazılmış olması, silik olması, orta vasıftaki bir müşterinin anlayamayacağı tarzda, ağır bir dille kaleme alınması, anlaşılması ancak özel bilgi ve eğitimi gerektiren teknik ve bilimsel ifadelerin kullanılması örneklerinde genel işlem şartlarının okunaklı ve anlaşılabilir tarzda yazıldığı kabul edilemez. Çünkü yürürlük denetiminde bu şartlara tabi olacak sözleşme tarafının en azından varlığı bilinen, içeriği hakkında bilgi edinme imkanı sağlanan genel işlem şartlarının sözleşmede bağlayıcılık

16 BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn. 51-52

17 Bu görüşte: Atamer, Sempozyum, s.29

kazanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle kullananın, karşı tarafa GİŞ. nın içeriğini öğrenebilmesi için elverişli ortamı sağlaması gereklidir. Dürüstlük kuralı gereği, müteşebbis genel işlem şartlarını, somut olaydaki muhatabının kişisel durumu, bilgi ve eğitim düzeyini esas alarak değil, orta vasıftaki, makul ve dürüst bir muhatabın durumunu dikkate alarak anlaşılabilir ve okunaklı şekilde basarak müşterinin anlayabilmesine imkan yaratmalıdır.

Karşı tarafın, kullanan tarafından fark edilebilen fiziksel engeli varsa, örneğin işitme bozukluğu ya da görme bozukluğu varsa, GİŞ içeriğini öğrenme imkanı sağlanması bakımından bu durum da dikkate alınmalıdır. Alman Medeni Kanununda, fiziksel engelliler için açık bir hüküm konulmuştur (BGB 305/Abs.2).[18]

Sözleşmenin kuruluşu sırasında müşterinin genel işlem şartlarının varlığına dikkatinin çekilmesi ve ayrıca bu şartları öğrenme olanağı sağlanması, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması için zorunludur. Bu çerçevede, müşteriden kendi çabasıyla genel işlem şartlarını edinmesi, içeriğini öğrenmesi beklenmemelidir. Örneğin, özel hukuk kişileri arasında yapılan bir inşaat sözleşmesinde, taraflardan birinin sözleşmeye Bayındırlık Bakanlığı'nın teknik şartnamesinin geçerli olduğu hükmünü koyması ve diğer tarafın bu şartların içeriğini kendiliğinden araştırıp öğrenmesini beklemesi doğru değildir. Sözleşmenin yapıldığı sırada, bu şartların sözleşmede geçerli olmasını isteyen taraf, o sırada teknik şartnameyi hazır bulundurarak okuyup bilgi edinmesi için hazır bulundurmak zorundadır.

Genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi edinme imkanı, karşı tarafa sözleşmenin yapıldığı sırada sunulmalıdır. Müteşebbis, mal veya hizmet arzını genel işlem şartlarının kabul edilmesine bağladığından, müşterinin sözleşmenin kuruluşu sırasında bu şartlar hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Sözleşme yazılı olarak yapılıyorsa, sözleşme metninde genel işlem şartlarına yer verilmeli veya genel işlem şartlarına açık ve an-

[18] BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn. 62

laşılabilir şekilde metinde yollama yapılarak, ayrıca bilgi edinmeye hazır bulundurulmalı; genel işlem şartları müşteriye verilmeli veya işlemin yapıldığı yerde ilan suretiyle müşterinin öğrenmesine imkan tanınmalı veya içeriği okunup anlatılmalıdır. Sözleşme metninde, genel işlem şartlarına yollama yapılması ancak genel işlem şartları metninin müşteriye verilmemesi, genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelmesini engeller.

Sözlü veya telefonla yapılan sözleşmelerde GİŞ.nın sözleşmeye dahil edilmesinde,

Şayet bireysel olarak telefonla temas söz konusu ise kullanan veya temsilcisi , sözlü olarak GİŞ.nın varlığı hakkında bilgilendirmesi ve karşı tarafa anlatması ya da sipariş hattı kurulmuşsa, GİŞ metninin dinlenebileceği bir telefon tuşun rezerve edilerek sipariş edenin tuşladığında dinleyebilme imkanına sahip olması;

İnternette kurulan sözleşmelerde bilgisayara indirme, kopyalama, çıktı alma imkânı verilmesi; internette link verilmişse ve GİŞ örneğin PDF dosyası olarak kopyalanmışsa, ücretsiz olarak PDF programını bilgisayara indirme imkânı da sağlanması yasal şartların yerine getirilmesini sağlamaya elverişlidir[19].

D. UYARI VE GİŞ METNİNİN KALEME ALINDIĞI DİL

Hem GİŞ uyarısı hem de GİŞ metninin, açık, anlaşılır, okunabilir olması, uyarının ve GİŞ'in metninin kaleme alınması gereken dili de yakından ilgilendirir.

Alman Hukukunda, bazı yazarlar diğer tarafın dil bakımından yetersizliğini fiziksel engelli olma ile eşdeğerde tutarak, içeriği öğrenme olanağının bu yetersizlikten kaynaklanan engeli bertaraf edecek şekilde

[19] Schmıdt, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633, s.1638 (http://www.beckonline.de erişim:02.04.2015); Marina Tamm, Tamm | Tonner, Verbraucherrecht 1. Auflage 2012, § 16 Allgemeine Geschäftsbedingungen, Rn.76 (http://www.beckonline.de erişim:02.04.2015)

sağlanması gerektiğini düşünmüşlerdir. Ancak, yasa koyucunun açık ifadesi karşısında dil yetersizliğinin fiziksel engel ile eşdeğer tutulamayacağı isabetle belirtilmektedir[20]. Fakat, fiziksel engel ile ilgili hükümde yasa koyucunun amacını görme engelliler ile sınırlaması nedeniyle bu fikrin reddedilmesi gerektiği de öne sürülmektedir[21].

GİŞ kullanan, özel olarak belirli grupları hedeflemişse Örneğin, Türkçesi yeterli olmayan, Rusça konuşan göçmenler) uyarı ve GİŞ dilinin Rusça olması gerektiği kabul edilebilir[22].

Fakat kullananın hedef aldığı belirli bir grup kesim yoksa, karşı tarafın dil yetersizliği söz konusu ise ne yapılmalı?

Bu durumda yurt içinde aktedilen sözleşmelerde karşı tarafın ülkede konuşulan dili bildiği varsayılabilir ya da en azından dil yönünden yardım alabileceği kabul edilebilir.

Taraflar böyle bir durumda müzakere ve sözleşme dili olarak belli bir dil üzerinde anlaşırlarsa Ör: İngilizce sözleşme dili olarak seçilirse ya da karşı akit kullananın önerdiği, kullandığı dili (Ör:Türkçe) itirazsız kabul etmişse karşı taraf daha sonra Türkçesinin veya İngilizcesinin yetersiz olduğunu öne sürememelidir. Bu durumda, karşı akit gerektiğinde GİŞ metnini kendi diline kendisi tercüme ettirmelidir[23].

Dil, internette aktedilen sözleşmelerde özel bir önem taşır. İnternette yapılan sözleşmelerde karşı akit, kullananın önerdiği dilden başka bir dili ya da sunulan birkaç dil seçeneğinden birini seçmekten başka

[20] Andreas Kollmann DaunerLieb/ Langen, BGB | Schuldrecht 2. Auflage 2012 Rn 73 (http://www.beckonline.de erişim:02.04.2015).

[21] Örneğin Basedow, fiziksel engelli olma ile yasa koyucunun özellikle görme engellileri koruma kapsamına almak istediğini, okuma yazma bilmeme veya zihinsel engelli olma hallerinin fiziksel engelli olma halinde ilave şartlar getiren hüküm kapsamına girmediğini ifade etmektedir: MüKoBGB/Basedow BGB§305 Rn.572

[22] Kollmann, Rn.74

[23] Alman Hukukunda bu düşünce için: Kollmann, Rn.75; ayrıca Bkz: MüKoBGB/Basedow BGB§305 Rn.63

bir olanağa sahip değildir. Burada, GİŞ metni de önerilen ya da seçenek olarak sunulan dillerde hazır bulundurulmalıdır[24].

Taraflarca seçilen ya da kabul edilen bir dil yoksa, kullanan GİŞ uyarısını ve GİŞ.nı onun dilinde veya onun kolaylıkla anlayabileceği dilde yapmalıdır[25].

Almanya'da, OLG Köln'ün bir kararında, müzakereleri Almanca yapılmamış olan bir sözleşmede kullananın karşı taraf olan Türk ticari temsilcisine Almanca GİŞ teslim etmesini yeterli görülmemiştir. Buna karşılık OLG Hamm, tek bir dilde-İngilizce- hazırlanmış yetkili mahkeme şartını- ki, karşı taraf İngilizce bilmemekteydi- yeterli saymıştır[26]. Almanya Hukukunda yeni öğreti, karşı tarafın dil bilmediğini veya yetersizliğini belirtmesi halinde, şeffaflık ilkesi gereği kullananın kararlaştırılan ya da kabul edilen sözleşme dili hallerinde dahi karşı tarafı kendi dilinde GİŞ nı öğrenebileceği şekilde bilgilendirmesi gerektiği kabul edilmektedir[27].

Kocayusufpaşaoğlu'nun verdiği örnek:

"New York mahkemesinin kararına konu olan olayda, Almanya'da ikamet eden, Almanca'dan başka dil bilmeyen bir kadının, Amerika Birleşik Devletlerine gidip dönmek üzere yaptığı seyahatle ilgili bir 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." Kocayusufpaşaoğlu, kaydın şaşırtıcı olması bir yana, Alman bayana bilmediği dilde yazılan genel işlem şartlarını öğrenme imkanının verilmediği, bu sebeple de bunların taraflar arasındaki sözleşmeye girmediğinin rahatlıkla söylenebileceğini haklı olarak ifade etmektedir [28].

[24] Kollmann, Rn.75

[25] Kollmann, Rn.75

[26] Kararlar için:Kollmann, Rn.75

[27] Kollmann, Rn.75

[28] kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 2014, s.238

E.ÇERÇEVE SÖZLEŞME İLE GELECEKTE KURULACAK BİREL İŞLEMLER İÇİN İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASI YAPILMASI

Taraflar arasında daha önce kurulan aynı konudaki bir sözleşmede GİŞ.nın kullanılmış olması, aynı konuda daha sonra kurulan sözleşmelerde GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilmesi için yasanın getirdiği koşullara uyma gereğini ortadan kaldırmaz. Her sözleşme için ayrı ayrı ilişkilendirme şartlarının barlığı aranır.

Fakat tek satıcılık, franchising sözleşmelerinde olduğu gibi, ilerde kurulacak birel sözleşmeler bir çerçeve sözleşmenin uygulanması aşaması ile ilgili ise GİŞ uyarısı ve bilgi edinme olanağı sağlanması şartlarının çerçeve sözleşmesinin kurulması aşamasında yerine getirilmesi yeterlidir. Çerçeve sözleşmenin uygulanması aşamasında birel bir satım sözleşmesinin kurulmasında her defasında satım işlem şartları hakkında uyarı ve bilgi edinme olanağı sağlanması külfetinin yerine getirilmesi şartı aranmaksızın GİŞ satım sözleşmesinde bağlayıcı olur.

III. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASININ ÖZELLİKLERİ

Kural olarak, GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilme şartları, TBK 21'e tabidir. Fakat, GİŞ uyarısı, GİŞ içeriğini öğrenme olanağı sağlanması bakımından sağlanmak istenen açıklık, şeffaflık, tüketici işlemlerinde somutlaştırılmıştır. Hatta, genel olarak, kullananın karşı tarafa yalnızca GİŞ altında sözleşme yapma isteğini açıkça bildirmesi ve GİŞ içeriğini öğrenme imkanı sağlaması dışında bir yükümlülüğü yok iken (ör: içerik hakkında açıklama yapma, bilgi verme-aydınlatma yükümlülüğü yok; GİŞ metnini teslim etme yükümlülüğü yok) tüketici işlemi niteliğindeki bir sözleşmede tüketiciye karşı kullanılan GİŞ bakımından, tüketicinin aydınlatılması, hakları ve yükümlülükleri hakkında bilgilendirilmesi kapsamında getirilen yükümlülükler çerçevesinde, GİŞ.nın şeffaf olmasının sağlanması, sözleşme içeriği olarak GİŞ hakkında bilgi verilmesi, sözleşme içeriği olarak metnin bir örneğinin tüketiciye verilmesi yükümlülükleri de ortaya çıkmaktadır:

TKHK.da, temel ilkeler başlıklı 4.maddesinde, bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmelerin en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenleneceği, bunların bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verileceği belirtilmiştir (m.4/1).

Bu hüküm, sözleşmenin standart sözleşme olması halinde de uygulanır. Bu durumda örneğin TKHK m.17'de düzenlenen taksitle satış sözleşmesi GİŞ içeriyorsa yazılı olacak, GİŞ metni en az 12 punto, anlaşılabilir, açık, sade, okunabilir şekilde kaleme alınmış olacak, hatta sözleşme muhtevası olduğundan, GİŞ içeren metnin bir örneğinin tüketiciye verilmesi de gerekecektir.

Bu temel ilke dışında, işyeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler, paket tur sözleşmeleri gibi TKHK.da özel olarak düzenlenen sözleşmelerde de satıcı/sağlayıcıya sözleşmenin asgari içeriği, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülükleri getirilmiştir.

Örneğin TKHK m.22'de düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesi, yazılı yapılması gereken sözleşmelerden olduğundan, sözleşme metni TKHK m.4/1'de öngörülen şekilde hazırlanacaktır. Ayrıca, 23.maddede yasa koyucu kredi veren veya kredi aracısına, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce tüketiciye verme yükümlülüğü getirmektedir.

Konut finansmanı sözleşmelerinde, konut finansmanı kuruluşları tüketiciye konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorundadır (TKHK m.33/1).

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmek zorundadır (TKHK m.40/2).

İşyeri dışında kurulan sözleşmelerde TKHK m.47/3; mesafeli sözleşmelerde m.48/2; finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde m.49/2; paket tur sözleşmesinde (51/4) ön bilgilendirme yapılması;

Devre tatil-uzun süreli tatil sözleşmeleri (m.50/5), paket tur sözleşmelerinde (m.51/5), abonelik sözleşmelerinde (m.52/2), yazılı veya mesafeli olarak kurulan sözleşmenin bir nüshasının kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

TKHK.da sözleşmelerin biçimsel koşullarına ve asgari muhtevasına, ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin amacı, tüketicilerin aydınlatılması, bilgilendirilmesi, sağlıklı/bilinçli karar vermesinin temin edilmesi amaçlanmıştır.

Bu yükümlülükler, doğrudan tüketici işlemlerinde GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilmesinde ek koşullar olarak nitelendirilebilir mi?

Gerçekte yasa koyucu belirtilen hükümlerde tüketici sözleşmesinin bireysel ya da standart sözleşme olması önem taşımaksızın tüketicinin aydınlatılmasını amaçlamıştır. Fakat, tüketici sözleşmesi standart sözleşme olarak kuruluyorsa, sözleşme koşulları olarak GİŞ. konusunda uyarının ve GİŞ metninin de bu hükümlerde öngörülen şekil ve kapsamda yapılması, hazırlanması, tüketiciye yasada öngörüldüğü gibi «makul süre önce» veya «en az bir gün önce» verilmesi gerekir. Aksi takdirde, uyarı gerektiği gibi yapılmadığı, GİŞ içeriği öğrenme imkânı sağlanacak biçimde verilmediği için ilişkilendirme gerçeklemez kanaatindeyim. Asgari olarak sözleşmede bulunması gereken unsurların eksikliği halinde eksikliğin tüketici aleyhine sözleşmenin geçersizliğine yol açmaması GİŞ ve ilişkilendirme problemi ile ilgili değildir. Örneğin konut kredisi sözleşmesi yapılmadan önce GİŞ konusunda hiçbir bilgilendirme yapılmamış olmasına rağmen, sözleşmenin imzalandığı sırada, matbu halde hazırlanmış bir metinde genel kredi şartlarının üç gün önce teslim edildiği, okuduğu anladığı ve sözleşmeyi bilinçlenmiş olarak imzaladığı yazılı ise ve sözleşmeyi imzalarken tüketiciye bu form da imzalattırılmışsa, ilişkilendirme gerçekleşmez.

Telefonla kurulan sözleşmelerde olduğu gibi, mesafeli sözleşmelerde girişimci sözleşmenin akdinden önce yasa/yönetmelik gereği adres, telefon, mal ya da hizmetin özellikleri vb. gibi konularda tüketiciye ön bilgileri vermekle yükümlüdür. Sözleşme, tüketicinin de ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe kurulamaz. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde bu teyit de elektronik ortamda yapılır. GİŞ.nin sözleşmeye alınması bakımından da, ön bilgiler yanında GİŞ.nın varlığı ve içeriği konusunda tüketiciye bilgi verilmesi ve tüketicinin ön bilgilerin doğru ve eksiksiz edildiğine ilişkin onayının, GİŞ. için de aranması gereklidir.

IV. CISG VE İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASI

Milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmeler hakkında birleşmiş milletler antlaşması (CISG) kapsamına giren sözleşmelerde ilişkilendirme probleminde, TBK m.21 uygulanmaz.

CISG'ın sözleşmenin kuruluşuna ilişkin 14. vd. maddeleri çerçevesinde GİŞ.nın sözleşmeye alınması konusunda tarafların iradelerinin uygunluğu yeterlidir. Alman Hukukunda öğretide, GİŞ konusunda diğer tarafın dikkatinin çekilmesi, kullananın, karşı tarafın herhangi mali külfet altına girmeksizin GİŞ.na erişebilmesini sağlaması yeterli görülmektedir[29]. Örneğin kullananın internet sayfasında GİŞ metnini ilan etmesi ya da internete erişim yerini göstermesi gibi.

V. TBK M.21'İN DAR ANLAMDA TİCARİ STANDART SÖZLEŞMELERDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Öncelikle, TBK.nun GİŞ. Kullanımı konusunda diğer tarafa sağlanmak istenen korumadan diğer sözleşme tarafının da mesleki-ticari amaçla hareket eden kişilerin de yararlanabileceği, bu nedenle, diğer tarafın tacir olması halinde de TBK m.20 vd. hükümlerinin uygulanabilir olduğunu savunan görüşü ben de benimsemekteyim.

[29] BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn.84

Ancak, GİŞ kullanımına karşı koruma ihtiyacı bakımından, «tacir» sıfatını taşıyan kişilerin bu sıfata sahip olmayanlar ile aynı ölçüde ve seviyede korumadan yararlandırılması konusunda tereddütlere de hak vermekteyim.

TBK.da GİŞ. İle ilgili hükümlerin uygulama alanına yönelik bir sınırlama konulmadığından, ticari standart sözleşmelerle ilişkilendirilmek istenilen GİŞ. Bakımından da TBK hükümleri uygulanır. Ancak özellikle Alman Medeni Kanunu dikkate alındığında ve TBK. Hükümleri amaca uygun biçimde yorumlandığında, tacirler arasındaki ticari standart sözleşmelerle ilişkilendirilmek istenilen işlem şartları için bu sıkı koşulların aranmaması gerektiği[30] kanaatindeyim.

Ticari standart sözleşmelerde, örtülü anlaşma yoluyla ya da ticari teamül çerçevesinde GİŞ, TBK.daki koşullar olmaksızın da sözleşme ile ilişkilendirilmiş olabilir.

Örtülü anlaşma yoluyla GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilmesinde sözleşme metni genel işlem şartlarını içermemekte, metinde genel işlem şartlarına yollama yapılmamakta veya karşı tarafa genel işlem şartlarını içeren metin verilmediği gibi, sözle de bilgilendirme yapılmamaktadır. İçeriğini bilmese de, müşterinin genel işlem şartlarının varlığından haberdar olması ve dürüstlük kuralına göre somut olaydaki hal ve şartlardan, sözleşmenin kuruluşu sırasında müteşebbisin bu şartları sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini anlayabilmesi ya da gerekli özeni göstermesi halinde anlaması beklenebiliyorsa, müşteri genel işlem şartlarını hesaba katmak zorundadır.

Genel işlem şartlarını hesaba katması beklenebilen müşteri, sözleşmeyi genel işlem şartları olmaksızın yapmak istiyorsa, bunu açıkça kullanana bildirmelidir, aksi halde, susması, örtülü kabul sayılır, genel işlem şartları örtülü anlaşma ile sözleşmeye alınmış olur.

---

[30] Bu görüşte: ATAMER, Sempozyum, s.35 ;ATAMER, Yeşim, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2001-08, s.19 vd. (http://www.ito.org.tr/itoyayin/0022925.pdf erişim:02.04.2015)

Bu şekilde örtülü anlaşmanın meydana geldiği kabul edildiğinde, GİŞ.nın varlığından haberdar olma noktasında genel bir bilme yükümlülüğü değil ancak somut olaydaki hal ve şartlar çerçevesinde dürüstlük kuralı çerçevesinde bilme yükümlülüğünün kabul edildiği söylenebilir.

Özellikle girişimci işlem şartlarıyla ilgili olarak, tacirler arasında ticari ilişkilerin süreklilik taşıması, uluslar arası ticari ilişkilerde uluslararası ticaret odasının belirlediği akreditif açılması şartlarının kullanılmasının ticari teamül haline geldiği dikkate alınırsa, ticari standart sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafı olan tacirin genel işlem şartlarını hesaba katması gerektiği kolaylıkla söylenebilecektir.

Günümüzde bankacılık, sigortacılık gibi bazı sektörlerde genel işlem şartları kullanımı teamül haline gelmiştir. Hemen herkes, bu sektörlerde sözleşmenin GİŞ kullanılarak yapıldığını bilecek durumdadır. Bu sektörlerde sadece tüketicilerle değil, tacirlerle de sözleşme yapılmaktadır. Tacirler açısından, bankalarla veya sigorta şirketleriyle yaptıkları işlemlerde Türk Ticaret Kanununun ticari teamül ve ticari örf ve adet kuralına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır..

TTK.nun 2.maddesine göre, kanunda aksine hüküm yoksa ticari örf ve adet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe teamül , mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.

Teamül, alışkanlık niteliğinde olan ve örf ve adet hukuku kuralı haline gelmemiş davranış kurallarını ifade eder.

TTK. m.2 çerçevesinde, bir tacirin, ticari standart sözleşmede GİŞ Kullanılmasının teamül halinde olduğunu bilmesi, bilmesinin beklenebilmesi mümkündür. Buna göre tacirin ayrıca GİŞ.nın varlığı konusunda açıkça bilgilendirilmesi, içeriğini öğrenme fırsatının tanınması koşullarından vazgeçilmesi, sözleşmeyi GİŞ altında yapmak istemeyen tacirin bunu GİŞ.nı kullanana bildirmesi aksi halde sözleşmenin GİŞ.nı içerdiği söylenebilir. Karşı tarafın tacir olması ile tüketici olması ihtimallerinde

işlem hayatına yabancı tüketici için TBK.nun ilişkilendirme için aradığı şartların aynı şekilde tacirler için de aranmasının gereksiz olduğu kabul edilebilir.

Nitekim, Alman Medeni Kanununda açıkça ilişkilendirme anlaşmasına ilişkin BGB hükmünün tacirler hakkında uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi de tacirler için dürüstlük kuralı çerçevesinde bilme yükümlülüğü olduğuna dair kararları bulunmaktadır.

Özetle, özellikle, GİŞ kullanımının ticari teamül haline geldiği sektörlerde GİŞ kullanan taraf açık ya da örtülü, bunlara hiç dikkat çekmese de karşı tarafın sözleşmenin kurulmasına ilişkin kabul iradesinin kapsamına teamül halindeki GİŞ'in de dâhil olduğu, kabul iradesinin GİŞ'in sözleşmeye alınmasını da kapsadığı TTK.m.2 gereği söylenebilir.

Alman Hukukunda, BGB § 310/Abs 1 deki açık hüküm nedeniyle girişimciye karşı kullanılan GİŞ.nın sözleşme ile ilişkilendirilmesinde BGB § 305/Abs.2,3 uygulanmaz. Burada, sözleşme öğretisi çerçevesinde karşılıklı birbirine uygun iradeler ile GİŞ.nın – BGB § 305/Abs.2'de aranan ön koşullar olmaksızın- sözleşme ile ilişkilendirileceği belirtilmektedir[31]. Örneğin öğretide, arka yüzünde GİŞ basılı olan ancak ön yüzünde GİŞ'e atıf yapılmayan bir teklif metni gönderilmesi halinde örtülü olarak sözleşme teklifinin GİŞ.nı içerdiği, karşı tarafın kullananın GİŞ kullanma iradesine sahip olduğunu anlaması gerektiği; GİŞ kullanılması teamül haline gelmiş olan branşlarda örtülü uyarıya dahi gerek olmadığı, taraflar arasında daha önce yapılan münferit sözleşmelerde GİŞ kullanılmışsa aynı türden sonraki sözleşmenin kuruluşunda ayrıca uyarı yapılmasının gereksiz olduğu kabul edilmektedir[32]. Alman Hukukunda,

[31] BeckOK BGB/Becker BGB § 305 Rn.80; Berger/Kleine, AGBKontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2007 Heft 40, 2138 beckonline (http://www.beckonline.de erişim: 02.04.2015); Schmidt: Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329 vd. (http://www.beckonline.de erişim: 02.04.2015)

[32] Schmidt, s. 3331

GİŞ kullanan girişimcinin başka bir külfet altına girmediği, girişimci-girişimci olmayan kişiler arasındaki işlemlerde girişimcinin karşı tarafa GİŞ içeriğini öğrenme imkanı sağlamak külfetinin yerini, girişimciler arasındaki sözleşmelerde karşı tarafın bilgiyi tedarik etme külfetinin aldığı ve GİŞ içeriğini öğrenmek istiyorsa aktif olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle, GİŞ kullananın, karşı tarafın GİŞ'i bulabileceği, GİŞ'e ulaşabileceği, tedarik edebileceği yeri bildirmesi yeterli görülmektedir. Bununla birlikte, Alman Hukukundaki anlayışa göre GİŞ metnini elde etme, GİŞ'e ulaşma külfeti sınırsız değildir. Şayet kullanan karşısındaki taraf kendisine GİŞ'in gönderilmesini isterse veya nereden tedarik edileceğinin bildirilmesini isterse kullanıcı GİŞ'i göndermek, tedarik edilecek yeri bildirmek zorundadır. Aksi takdirde ilişkilendirme gerçekleşmez[33].

Alman Hukukunda, Sektörel uygulamada yaygın olarak kullanılan, branşa özgü şartların kullanılmak istenilmesi halinde -örneğin, Alman Genel Nakliye Şartlarının (ADSp) sözleşme ile ilişkilendirilmek istenildiğini- karşı taraf biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, branşa özgü, tipik şartlar olarak bu şartların, özel bir uyarı olmaksızın da sözleşme ile ilişkilendirilmiş olacağı kabul edilmektedir. Alman Genel Nakliye Şartları konusunda yargı uygulamasındaki net tavır, benzer başka şartlarda (ör. Karayolu taşımacılığı Genel Sözleşme şartlarında) korunmamıştır[34].

VI. İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASININ ŞEKLİ, YAPILMA ZAMANI

İlişkilendirme anlaşması, sözleşmenin bir unsuru olduğu için, ilişkilendirme anlaşmasının geçerliliği, sözleşmenin geçerliliği için yasada öngörülen şekle uyulmasına bağlıdır. Sözleşmenin yapılması şekle bağlıysa, sözleşme metninde genel işlem şartlarına yollama yapılması ve müşterinin global kabul iradesini gösteren imzanın yazılı şekli kapsayacak biçimde atılması yeterlidir. Sözleşme metninde ayrıca genel işlem şartlarının da yazılmış olması gerekmez.

[33] Schmidt, s. 3331

[34] Schmidt, s. 3331 vd.

Genel işlem şartlarının sözleşme ile geçerli biçimde ilişkilendirilmesi, sözleşmenin kurulması sırasında müşterinin genel işlem şartlarına dikkatinin açıkça çekilmesi ve müşterinin kabulü ile mümkündür. Bununla birlikte, genel işlem şartları sonradan da sözleşme ile ilişkilendirilebilir.

VII. ANLAŞMANIN VARLIĞINI İSPAT YÜKÜ

Genel işlem şartlarının sözleşme ile geçerli biçimde ilişkilendirildiğini iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür (TMK.m.6). Çoğunlukla, genel işlem şartlarının sözleşmede bağlayıcılık kazanmasını isteyen müteşebbis, genel işlem şartlarının geçerli bir anlaşma ile sözleşmeye alındığını iddia eder. Bu durumda, genel ispat kuralı uyarınca iddiasını kanıtlamak zorundadır. Bazı hallerde, müşteri de, kendisi için elverişli olan şartların sözleşmeye geçerli biçimde alındığını iddia edebilir. Ender de olsa, müşteri bu durumda ispat yükü altında olacaktır.

TBK.m.21'de, karşı tarafın aleyhine genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinden söz edildiği için müşteri, kendi lehine olan şartlara dayanmak istediğinde esasen 21.maddedeki koşullar aranmadan da bunların sözleşmede yürürlük kazanacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Kuşkusuz bu anlama itibar edilirse müşterinin ilişkilendirme anlaşmasını ispat külfeti bile olmayacaktır.

Uygulamada, genellikle, genel işlem şartlarının altında, müşterinin bu şartları okuduğu ve bu şartlar altında sözleşmenin yapılmasını kabul ederek imzaladığına ilişkin bir kayda yer verildiği görülmektedir. Böyle bir kaydın, genel işlem şartlarının sözleşmede bağlayıcılık kazanmasını isteyen müteşebbisin ispat yükünü yerine getirmesinde bir etkisinin olmaz.

VIII. İLİŞKİLENDİRME ANLAŞMASINA RAĞMEN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERĞİNDEKİ BAZI KURALLARIN SÖZLEŞMEDE BAĞLAYICILIK KAZANAMAMASI

Taraflar arasında karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarıyla genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında anlaşma sağlandığında, genel işlem şartları kural olarak tarafları bağlar. Sözleşmeyle geçerli olarak ilişkilendirilen işlem şartları, sözleşmenin muhtevasına dahil olduğundan, sözleşmede yürürlük kazanır. Fakat, bazı hallerde, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında taraflar arasında mutabakat sağlanmasına rağmen, genel işlem şartlarının içeriğindeki bazı hükümler uygunluğun kapsamı dışında kaldığından, bazıları ise, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aştığından müşteriyi bağlamaz, sözleşmede geçerlik kazanamaz.

Özel bir ilişkilendirme problemi olan şaşırtıcı şartlar ve genel işlem şartlarının çatışması, ayrı bir tebliğ konusu olabilecek kapsamda olduğundan burada değinilmeyecektir.

Genel işlem şartlarının içeriğindeki bir hükmün, sözleşme kurulurken tarafların bireysel olarak görüşerek kararlaştırdıkları bir kurala aykırı içerikte olması mümkündür. Alman Medeni Kanununda bireysel olarak görüşülmüş sözleşme hükümlerinin genel işlem şartlarından öncelikli olduğu açıkça düzenlenmiştir. İsviçre Hukukunda da, aynı çözüm benimsenmektedir. Taraflar, sözleşmenin kuruluşunda bir konu üzerinde genel işlem şartlarının içeriğindeki bir kuraldan sapan bir anlaşma yaparlarsa, güven ilkesine göre, bireysel anlaşmadan sapan genel işlem şartının kabul beyanında bulunanın gerçek iradesine uymadığı, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına muvafakatın, bireysel anlaşmadan farklı içerikteki işlem şartını kapsamadığı kabul edilir.

TBK.da açıkça bir düzenleme olmasa da, Türk Hukuku için de aynı çözüm benimsenmelidir. Önceden hazırlanan GİŞ.dan farklı içerikte bir şart bireysel anlaşma yoluyla sözleşmeye alınmışsa, tarafların iradesi artık bununla çelişen GİŞ.nı sözleşme dışında bırakma yolundadır

Tarafların genel işlem şartlarının içeriğinden sapan anlaşmayı, genel işlem şartlarının kabul ediliş şekline uygun olarak, yazılı şekilde yapmaları, sözleşme metninde yer vermeleri zorunlu değildir. Sözlü olarak da, bu konuda anlaşma sağlanmış olabilir.

Çoğunlukla, genel işlem şartlarını içeren belgede, bunlardan sapan sözleşme hükümlerinin geçerli olmayacağı veya, genel işlem şartlarının içeriğinde değişikliğin ancak yazılı olarak yapılabileceğini ön gören kayıtlara (Sperrklauseln) da yer verilir. Bu tür kayıtlar da, sözlü olarak geçersiz bırakılabilir. Hatta, güven ilkesine göre, sonraki bireysel anlaşmanın, bu kaydı da yürürlük dışı bırakma iradesini kapsadığını söylemek mümkündür.

X. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TAMAMEN VEYA KISMEN SÖZLEŞMENİN KAPSAMINA ALINMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Genel işlem şartlarının sözleşmede yürürlük kazanması için girişimci bilgi verme, içeriğini öğrenme imkanı tanıma ön şartlarını yerine getirmemişse, bir bütün olarak GİŞ sözleşmeye alınmamış olur. Bu ön şartlar yerine getirilmiş ancak müşterinin kabul iradesi yoksa yine aynı durum söz konusudur. İlişkilendirme anlaşması için gereken şartlara uyulmuş fakat şaşırtıcı olduğu için sözleşmede yürürlük kazanamamış, ya da her iki tarafın da dayandığı ve çelişen içerikteki GİŞ sözleşmede yürürlük dışı kalmış olabilir. Bu durumda, genel işlem şartlarının tamamen veya kısmen sözleşmeye alınmamış olmasının, sözleşmeye etkisi üzerinde de durulması gerekmektedir.

Alman Medeni Kanunun 306'ncı paragrafına göre genel işlem şartları tamamen veya kısmen sözleşmenin içeriği haline gelmez veya geçersiz olursa, sözleşme, kalan muhtevası ile geçerliliğini sürdürür. Bu durumda, geçersiz veya sözleşmeye alınmamış olan genel işlem şartları yerine, sözleşmenin içeriği yasanın düzenleyici kurallarına göre belirlenir. Şayet genel işlem şartlarının tamamen veya kısmen sözleşmeye alınmaması ya da geçersizliği nedeniyle sözleşmede meydana gelen boşlu-

ğun düzenleyici kurallarla doldurulmasıyla sözleşmede meydana gelen değişiklik, taraflardan biri için katlanılması beklenemeyecek derecede aşırı güçlük yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle geçersiz hale gelir.

TBK. m.22'de, Alman Hukukuna paralel gibi gözüken çözüm getirilmiştir: Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu iddia edemez.

Hukukumuzda, TBK daki hüküm benzer gözükse de benzerlik dışında önemli farklılığı var: TBK.da, sözleşmedeki boşluğun düzenleyici kurallarla doldurulmasıyla oluşan yeni içerik açısından taraflardan birinin durumunun katlanması beklenmeyecek ölçüde ağırlaşmasına yönelik bir çözüm yoktur.

Diğer taraftan, genel işlem şartlarıyla ilgili hükümlerde kullanılan "yazılmamış sayılma" nın ne tür bir geçersizlik olduğu, anlamı da tartışmalıdır[35]. Düşünceme göre, yasada kullanılan "yazılmamış sayılma" terimi yeknesak bir anlam taşımaz, bu terim, kullanıldığı maddeye göre farklı değerlendirilmelidir. BU açıdan, TBK m.21'de kullanılan "yazılmamış sayılma" nın anlamı, maddenin anlam ve amacı doğrultusunda, "kısmi yokluk" olarak anlaşılmalıdır.

[35] Bu tartışmalar için Bkz.:Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, İstanbul 2015

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Andreas Kollmann DaunerLieb/ Langen, BGB | Schuldrecht 2. Auflage 2012 Rn 73 (http://www.beckonline.de erişim:02.04.2015).

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:I, , s.302 vd.

Atamer, Yeşim, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2001-08, (http://www.ito.org.tr/itoyayin/0022925.pdf erişim:02.04.2015)

Atamer, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, yayın no:467,s.26 (Sempozyum).

Beck'scher OnlineKommentar BGB Hrsg: Bamberger/Roth Stand: 01.08.2014 Edition: 34 (BeckOK BGB/**Becker**) http://www.beckonline.de erişim: 15.04.2015

Bdeiwi, Sami, Einbeziehung von AGB im ECommerce, DSRI Tagungsband 2010, 751 vd (http://www.beckonline.de erişim: 05.02.2015)

Berger/Kleine, AGBKontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2007 Heft 40, 2138 beckonline (http://www.beckonline.de erişim: 02.04.2015)

Eren, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Baskı Ankara 2013

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 2014

Kuntalp, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, yayın no:467, s.94/12.1.

Marina Tamm, Tamm | Tonner, Verbraucherrecht 1. Auflage 2012, § 16 Allgemeine Geschäftsbedingungen, Rn.76 (http://www.beckonline.de erişim:02.04.2015)

Münchener Kommentar zum BGB 6.Auflage 2012, (MüKoBGB/**Basedow**) http://www.beckonline.de, erişim: 02.04.2015

Schmıdt, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633 vd. (http://www.beckonline.de erişim:02.04.2015)

Sirmen, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, yayın no:467, s.114.

Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, İstanbul 2015

TARTIŞMA SORU/CEVAP

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Efendim, ustadan dinledik, söyleyecek fazla söz yok ama "yazılmamış sayılma " hapırsanız da köpürseniz de yok sayıyoruz anlamında, sopadır, özellikle konmuştur, yazsanız da umrumuzda değil anlamındadır, o yüzden konmuştur ve hatırlatayım İsviçre Borçlar Kanununda yazılmamış sayılır yaptırımı vardır zaten, onu da söyleyeyim. Efendim? Bu başka bir şey yok, buna hiç şey yapmayın, hiç, yani afedersiniz bu yokluk mu kesin hüküm -Bırakın bunları; bunlar felsefe. Biz gayet gerçekçiyiz, ayaklarımız yere basıyor, hiç şey yapmayın. Ha bir gün tabi, inşallah Ayşe hocamın Köln Mahkemelerinden, Hann Mahkemesinden verdiği örnekleri İzmir Asli Ticaret veya Asliye Hukuk Mahkemesinden de duyarız ümidiyle oturumu şimdilik kapatıyorum ve tartışmaya açıyorum. Çünkü bir tartışma bölümümüz var, var mı efendim soru? Yok heralde, zaten çok aştık. Efendim ?

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Bir teklifte bulunabilir miyim, zamanla ilgili olarak, yani hepimiz için de belki daha rahat olur. Öğleden sonra çok rahat gözüküyor dolayısıyla acaba şey mi yapsak bölsek burada sizlerde rahat tartışabiliriz, rahat soru sorulabilsin diye öyle bir teklifte bulunsam ?

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Efendim? Öğleden sonra oturumu 3'te bitiyor hocam, o yüzden çok rahat sanki. Yok o kadar, biz varız ve ikinci var o kadar.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Yalnız ben bi şey, ben bişey anlayamadım bunu düzenleyen -bu toplantıyı-, 20 Dakikaya Şikayet Etti Biz Napalım Biz De Yarıda Kestik Yani!

Prof. Dr. Yeşim Atamer : İşte yani o yüzden hiç bölmeyelim sizleri başlatırız, yemekten sonra devam ederiz 3'te bitiyor.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Şimdi, hayır önce bir ara gözüküyor burada, o arayı yapacak mıyız ?

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Öğleden sonra iki oturum ağır olur.

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Öğleden sonra bir oturum var efendim.

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Öğleden sonraya atarsa iki olacak.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Atmıyoruz yahu!

Prof. Dr. Lale Sirmen : Efendim, öğleden sonra iki oturum yapalım, ne olacak, bugün açılış, sohbet, alışkanlık...

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Yarısını yapalım, yarısını öğleden sonra...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Gökhan bey, yani, olsun bitsin, bugün iki oturum yapın, ben tamamen katılıyorum.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Efendim, şimdi, madem ki şu anda başkanlık bende, bayanların söylediğine uyuyoruz ve öğleden sonraya bırakıyoruz, bu kadar!

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Hayır, tartışmayı hocam yapın şimdi, lütfen, yoksa uzar.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Tartışma yapacağız.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Tartışma, evet. Tartışılcak bir şey yok! Ustalar konuştu, niye-neyi tartışıyoruz Allah Allah ya, daha ne olsun yani!

Prof. Dr. Lale Sirmen : Hayır, hayır. Tartışmadan olmaz, eksik bırakmayalım, hepsini bitirmedik.

Prof. Dr. Haluk Burcoğlu : Şaka söylüyorum. Buyrun.

Dinleyici : Aslında, hocamızın sorusu veya açıklaması vardı. Ben, izin verirseniz, önce bir Gökhan hocamıza vermek isterim, benim soru çünkü.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Soruyu alalım önce.

Dinleyici : Peki, şimdi ben tüm katılımcılara teşekkür ediyorum bilgiler için. Bir durum var aklıma takılan; şimdi, daha önceki borçlar kanunda buna ilişkin hüküm yok, denildi. Ama benzer şekilde iltihaki sözleşmeler hükümleri vardı buna ilişkin herhangi bir ileti kurulmadı hiçbir konuşmacı tarafından. Onun bir bağlantısı var mı yok mu? "İltihaki sözleşmeler" Bir diğeri de, özellikle Ayşe hocamın belirttiği hususlarda... Örneğin; bu genel işlem şartlarının tartışılması ile ilgili... Ya bir örnek olarak, işte, Türkiye'de 3 tane GSM şirketi var, birisine gidiyorsunuz size genel işem şartlarını sunuyor, kabul etmiyosunuz; ikincisine gidiyosunuz, aynı şartlar çıkıyor. Çünkü birbirini kopyalıyorlar. Üçüncüsüne gidiyorsunuz, o da... Yani yapacağınız bir şey yok, birisiyle anlaşma yapmanız gerekiyor. Yaptınız, tartışmış mı oldunuz, yani bunu kabul etmiş mi oldunuz ? Ya da hangisini kabul edeceksiniz? Bir başka, yine sizin verdiğiniz örnekte, işte, Rusça olması gerektiği, ayrı bir buton konulması gerektiği konusunda... Türkiye'den mal siparişi yaptınız, işte , Çin'deki bir şirketle ya da Amerika'daki bir şirketle anlaşma yaptınız, ister istemez İngilizce var, istediğiniz kadar tuş koyun İngilizce çıkıyor. Sözleşme Türkiye'de yapılmış durumda, Türkiye'de çünkü bu işlemi yapıyorsunuz. Çok kullanılmayan 805 sayılı kanun var, sözleşmelerin Türkçe diliyle yapılması gerektiğine dair kanun var. Bu durumda, buna ilişkin yargıtay kararı da var. Bu sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu iddia edebiliyorsunuz, yani tuş koysanızda herhangi bir değişiklik olmuyor. Böyle bir durumda uluslararası ilişkilerde veya sözleşmelerde, geldiğimiz durum, internet ortamı, bunun sonuçlarının genel işlem şartları yönünden değerlendirilmesini ben rica edeceğim.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Ayşe Hanım'a değil mi?

Aynı dinleyici : İki sorum, yani Ayşe Hanım bildirdiği için, ben

Ayşe Hanım'ın konuşması olarak söyledim. Herhangi bir yani bu konuda bilgi sahibi olan herhangi bir hocamızdan alabilirim, teşekkürler.

Yard. Doç. Dr. İlknur Serdar : Müsaade ederse hocam, iltihaki sözleşmelerle ilgili, sorunuzla ilgili hem Şebnem hocam hem de Lale hocam belirttiği için ben ayrıca belirtmedim. 20. maddenin zaten son fıkrası diyor ki: "İlgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır." Bu noktada hani iltihaki sözleşme olarak kastınız su, elektrik vs. abonelik sözleşmeleriyse bu noktada hiç bir sıkıntı yok, 20. madde ve devamı -Borçlar Kanunu Genel İşlem Şartları- aynen uygulama alanı bulacaktı , tüketiciyse zaten...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Efendim, eski hukuktaki ben böyle bir şey hatırlamıyorum, hatırlayan varsa hatırlatsın. Öyle bir şey mi var?

Yard. Doç. Dr. İlknur Serdar : Eski yasada yok, yok, yargıtay kararlarıyla...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Evet, ha ama kanunda açık bir hüküm yok yani.

Yard. Doç. Dr. İlknur Serdar : Ha içtihatlarla Yargıtayın 2. maddeyi de uygulayarak istikrar kazanmış uygulamaları da vardı ama kanun hükmünde değil.

Aynı dinleyici: Diğer sorularım da vardı ama...

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Afedersiniz, Lale hocam da söyleyebilir. Sadece " Gsm operatörlerinden birine gidiyorsunuz, işlem şartları, diğerine gidiyorsunuz, benzer, birisiyle sözleşme yapmak zorunda kalıyorsunuz. Bu durumda acaba tartışıldığını söyleyebilir miyiz?" diye yanlış hatırlamıyorsam böyle bir soru yöneltmiştiniz. Müsaade eder misiniz hocam ?

Prof. Dr. Lale Sirmen : Estağfurullah, buyrun.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Hayır, buyrun siz konuşacaksanız...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Hayır buyrun lütfen. Ben kapattım. Gerekirse şey ederim, ben söyledim zaten icabın hangi taraftan geldiği...

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Estağfurullah. Şimdi böyle bir durumda asla tartışma şartı sağlanmış diyemeyiz, müzakere edilmiş diyemeyiz. Hiç müzakere edilmeden olduğu gibi sözleşmeye alınmıştır. Zaten müzakereden biz şunu anlıyoruz; içeriğine etki etme fırsatınız var mı? O ne demektir? Sizin değişiklik yapılmasını istediğiniz hükümler var. O isteği belli ediyorsunuz ve yanaşıyorlar mı? İsteğiniz doğrultusunda değişiklik yapmaya hazırlar mı? Gerçekten değiştirme gücüne sahip misiniz? Eğer bu imkanınız varsa o zaman müzakere şartı sağlanmıştır. Yani o sorunuzu böyle cevaplandıralım.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ben de ilave edeyim , yani bir şey ilave etmeyeceğim de... Bankaya gidiyorsunuz, mevduat hesabı açtırıyorsunuz, ama sizin önünüze genel işlem şartlarını koyuyorlar. Aynı hesap. Yani icabın nerden gelmiş olması önemli değil, önemli olan gerçekten Sayın Havutçu'nun söylediği gibi, size bu şartların empoze edilmesi ve size pazarlık imkanı tanımaması , teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Dil konusuna gelince, kural olarak burada, tarafların uzlaştıkları dil, müzakere veya sözleşme dili olarak seçtikleri-belirledikleri bir dil varsa bu dilde genel işlem şartları uyarısının yapılması ve metnin de buna göre hazırlanması lazım. Sizin satıcı ya da sağlayıcı, yurtdışından kendisine sipariş edebilecek olan kesimleri de dikkate alır. Hani bir İngilizce, Fransızca, Almanca... Türkçeyi de bunun içine dahil etmiş olabilir, özellikle Türkiye'yi hedefliyorsa (hedef kitle). Ama özellikle Türkiye hedef kitle değil, İngilizce, Almanca, Fransızca en sık rastladığım... Arapça görüyorum, Çince görüyorum, Rusça görüyorum. Hani bu seçenekler var , bu skala içinde birini siz seçeceksiniz. Seçerek, kendinize güvenip, İngilizce seçmişseniz, artık bundan sonra

GİŞ'le alakalı olarak metnin de hazır bulundurulması ve indirebilmeniz, çıktısını alabilmeniz, gidip siz tercüme ettirebilirsiniz. Artık size böyle bir külfetin düştüğünü düşünüyorum. Peki , yani kural olarak bu internet ortamında yapılan sözleşmelerde karşı tarafın dil yetersizliğini bilemezsiniz. Ama yurtiçinde yapılan bir sözleşme varsa, muhatabınız size dil yetersizliğini bildirmişse, siz bunu bile bile anlayamadığı dilde ona bilgi verdiğinizde, içeriğini öğrenme fırsatını tanıdığınızı söyleyemeyiz.

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Kayıtlara geçmesi için Gökhan Antalya diye başlayayım. Şimdi bununla ilgili çok söylenecek şey var ama sadece ana başlıkları itibariyle belki bazı konuları tartışmaya açmak lazım. İlk konuşmacının düşüncelerinden bir tanesi tek taraflı hukuki işlemlere uygulanmaması yönüne ilişkindi ki sonradan İlknur Serdar Hanımın vermiş olduğu tebliğde bir çok işlem tek taraflı işlemlere de uygulanması gerektiğini çok açık bir şekilde ortaya koydu. Belki burada da , bir varma... Yook kısmen -kısmen uygulanır- kısmen uygulanmaz. Belki ortada belki yanlış anladım... Orada asıl üzerine gelmek istediğim nokta varması gereken veya varması gerekli olmayan ayrımı yapabilir miyiz noktası var. Yani burada varması gerekli olanlar mutlaka genel işlem koşuluna tabi olmalıdır, acaba varması gerekli olmayanlarla ilgili aynı şey genel işlem koşulu nasıl? Bununla ilgili bir fikrinizi almak istiyorum, Ayşe hocamdan. İkincisi kişi bakımından uygulamayla ilgili benim görüşlerim net, yani tacirlere kesinlikle ve ticari işlemlerle ilgili olarak uygulanmaması gerektiği yönünde. Özellikle denetimin her aşaması olması, uygulandığı iddia edilse bile ve bununla ilgili fikir ileri sürülse bile, biraz evvel Ayşe Hoca'nın ileri sürdüğü gibi kapsam denetimi açısından bir farklı bir özellikte olarak daha değişik bir yorumla konuya yaklaşılması gerektiği, özellikle ticari örfün ve ticari teamüller açısından, Ticaret Kanunundan hareketle çözüm getirilmesi aynı anlamda da içerik denetimi açısından da bahsetti. Tacir yaklaşımıyla içerik denetimi kıstaslarının şey yapılması olabilir, tartışılabilir belki bu iki husus. Yine bu kapsam içinde içerik denetiminin yaptırımı ile ilgili bir tartışma var. Özellikle çok kısa değindiniz zaman yokluğu itibariyle. Elbette bir kavram, niteliği nedir, ne değildir yaklaşımı var. Yazılmamış sayılma ile ilgili benim görüşüm yokluk değil geçersizlik türlerinden birisi olduğu ama

kesin hkümsüzlük de olmadığı ondan daha ağır bir geçersizlik türü olduğu şeklinde. Çünkü bunun birden fazla delili var. Bizzat bununla ilgili olarak getirilmiş olan Borçlar Kanunu hükümlerine baktığımız vakit kesin hükümsüzlükle ilgili kısmi kesin hükümsüzlüğün asıl sözleşmeye olan etkisi yönünden baktığımız vakit 22. madde özel olarak bir düzenleme getirmiştir. Yok olma hükmünde olan bir şeyin sözleşmenin tümüne olan etkisinden bahsedilemez, bir. Peki o zaman yine tartışma olarak baktığımız vakit içerik denetiminin yaptırımı kesin hükümsüzlük. Bunda doktrinde tartışma yok ama şeyi nasıl izah edeceksiniz? Onu özel bir uygulama şeklinde olan değiştirme yasağının yaptırımı yazılmamış sayılma. İşte orda benim başka bir bakış açıma geliyor esnek geçersizlik teorisi. Kanunkoyucu normun koruma amacına yönelik olarak farklı ve değişik geçersizlik yaptırımları öngörebilir diye bir bakış açım var. Bunun değerlendirmesini de İlknur Hanımdan isteyeceğim, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Sizin sorularınız o kadar ilginç ki, herkes tabi çekildi kenara, efendim ?

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Hazırlayanlardan biri sensin be kardeşim, afedersin. Hakikaten anlamadım. Beraberdik ya.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Bir dakika, bir şey söyleyeceğim. Bana öyle bir şey söyleyin ki...

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Hocam bir şey daha söyleyeyim o zaman sizle ilgili, onu şey yapın, çok tartışmalı bir şeyi ayırt etmekte fayda var. Haksız şartlar eşittir genel işlem şartları değildir. Genel işlem koşullarında artı bir unsur vardır. Lütfen ikisini, sapla samanı birlikte karıştırmayalım. Bir de üstelik de 60. Madde var. mümkün olduğu kadar...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Herkes aynı şeyi söyledi zaten.

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Madem sizde söz almak istiyorsunuz o konuda açıklama rica edeyim sizden de.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Bizden mi, kimden benden mi istiyormuş? Benden mi istiyormuş açıklama mı istiyorsun on kere söyledimnasıl yani afedersiniz aydın beyle görüşüyor muydunuz o sırada. Ben sayın hocam size hatırlarsınız, hep iyi ilişkiler içinde olduk ben gayet iyi hatırlıyorum burda da bugün söylediğimi, ne dedik 3 kere hatta fazla tekrarladım, söylemem gereken şeyleri kaçırdım diye de üzüldüm ondan. İster genel işlem şartı olsun ister olmasın pazarlık konusu yapılmamış olan bütün işlemler bütün sözleşme şartları denetime tabidir diye 3 kere söyledim yani öyle ilginç bir şekilde söyledim ki ya siz daldınız ya konuşuyordunuz.

Prof. Dr. Gökhan Antalya : Tüketicinin korunması hakkındaki kanunla ilgili unsurlarla mukayese ettiniz.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Borçlar Kanunu açısından söylüyorsanız, " genel işlem şartları" demiş adam. Neyse, ben varması gerekmeyen, ben bulamadım, siz daha çok başarılısınız bu konuda. Varması gerekmeyen tek taraflı bir işlem olacak. Karşı tarafı bir başka kişiyi aleyhine birtakım sonuçlar doğuracak ki bunun içinde genel işlem şartı olacak ben böyle bir şeyi işlemi fantezilerimi kullandım bulamadım bana yardım edersenız ben cevap vereceğim.siz buldunuz mu siz cevap verin. yani vasiyetnamede mi yapacağız biz bu işi yani bilemedim ben anlatabiliyor muyum ben bilemedim.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Şimdi genel işlem şartlarının denetimine tek taraflı hukuki işlemlerin de gireceğini ben de kabul ediyorum ama şimdiye kadar varması gerekli-gerekli olmayan hiç düşünmemiştim fakat o örneği ben de hayal edemedim. Ama şunu düşünüyorum, ulaşması gerekli bir irade açıklaması olmalı, ki bu da bir sözleşme ile bağlantılı olmalı. Bu durumda genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümler kapsamında o da denetime tabi olur. Benim düşüncem bu hocam. Tamam, yani, ötekine bir şey bulamıyoruz çünkü ben de bulamadığım için aynı şeyi düşündük ama Sayın Akipek söyledi. Söyledi dedi ki genel olarak böyle bir şey sözleşmeler için öngörülmüştür ama çok istisnai hallerde dedi hatta Sayın Atamerin kitabında başka çok benzer şeydir. Ceset

halinde şey yani tedavi olma o da çok kesin bir şey kötü bir örnek yani çok çarpıcı hastane işte şey imzalatıyor iyileşmediğim takdirde ameliyattan çıkınca cesedim sizin olsun diyebilir, diyor o tabi Şebnem'in verdiği örneklerden daha güzel bir örnek bu örnek çünkü bu tam tek taraflı öteki sözleşmenin içine girebilir. Bu tam tek taraflı bir irade beyanıyla ilgili olarak verilmiş bir örnek, teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Şimdi, önce, siz tamam, önce bayan arkadaşımı gördüm, gözlüklü, buyrun.

Dinleyici : Eğer sözleşmenin imza kısmında, bu sözleşme avukata danışarak imza atıldığı yazıyorsa ve avukat da buraya imza attıysa G.İ.K. denetimine tabii midir ?

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Ah harika bir soru! Şimdi konuştuk biraz önce heh heh heh. Buyrun hocam, soru...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Sayın Havutçu'ya sordu, çünkü ama yani heralde aynı şeyi söyleyeceğiz, Yani biz dedik ya, tek imza gördüm tek tek açıkladılar biçimindeki ibareler müzakere edilmiş olduğunu göstermeye yeterli değildir. Borçlar Kanunu'nda da hüküm var ama bunun güçlü delillerle güçlendirilmesi gerekir, dedik. Bunlardan bir tanesi de avukat. Eğer bir avukatla beraber gidiyorsanız, okuduğunuzu avukat da evet benim yanımda açıklandı ben de kendisine açıklama yaptım diyorsa bana göre müzakere edilmiş olarak kabul edilmeli. Hatta hocamla demin onu konuştuk, dedik ki biz bunu teklif edelim bankalar bu avukatlar için de çok güzel bir şey olurdu hatta. Bankalar mecbur olsunlar müşterilerini tek tek bu konuda avukatlarla birlikte avukat versinler imzalarlarken de avukatlar biz açıklama yaptık şöyle yaptık böyle yaptık diye imzalasınlar.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Avukatı da banka bulsun dikkat edin!

Prof. Dr. Lale Sirmen : Avukatı da banka bulsun!

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Yapmazlar! Yani mümkün değil bankalar hayırlı hiç bir iş yapmaz. Yani onu da şimdi biz sadece burada kendi kendimize konuşuyoruz. Efendim ?

Dinleyici: O da bankanın avukatı olduğu için...

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Kızım zaten hayırlı bir iş yapmazlar, yapamazlar zaten kanunen mümkün değil! Öyle bir jest yapamaz banka, ha olsa olsa arasıra orkestra getirir filan öyle, o kadar, yaptığı bütün insaniyet budur, olmaz !

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Evet, önce arkadaşım...

Prof. Dr. Lale Sirmen : İlknur Hanım, bir şey, bana bir katkıda bulunacak bir dakika.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Pardon.

Yard. Doç. Dr. İlknur Serdar : Tam genel işlem şartı ile ilgili değil ama bu avukat yanında bilgilendirmeyle ilgili tüketici hukukunda İngiliz Hukukunda O'Brien kararı var; kefile söz konusu bilgilendirmenin bir avukat daha doğrusu bir hukuk uzmanı tarafından yapılması gerektiği, hatta onun banka avukatı da olmaması gerektiği ...

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Harika! Bu kadar ya!

Yard. Doç. Dr. İlknur Serdar : Tarafsızlığı şey yapması için, ortadan kaldırmaması için...

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Banka bulsun ama kendi avukatı olmasın ya da ben bulayım, parayı banka versin. Çok doğru.

Prof. Dr. İlknur Serdar : Ha, kendi avukatı olmasın, tarafsız bir uzman olsun diye. Ama tabi bu genel işlem şartlarıyla ilgili değil de aydınlatma yükümlülüğünün tam nasıl yerine getirilmesi ile ilgiliydi, belki hani bu şekilde dönüştürülebilir, adapte edilebilir.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Evet, bayan arkadaş vardı.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Bir ilave yapabilir miyim hocam, bir ilave yapabilir miyim ?

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Buyrun.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Şimdi avukat, banka tarafından bulundu ve tek tek hükümler açıklandı, anlatıldı; yine genel işlem şartı olma vasfı ortadan kalkmaz, evet evet. Müzakere edildiğini yine söyleyemeyiz bunu ilave etmek istedim.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Hayır, benim söylemek istediğim şu: avukatı ben bulacağım, ücreti banka ödeyecek. O kadar! Bari bunu yapsınlar!

Prof. Dr. Lale Sirmen : Yani ama tüketicinin gücü yok, gücü yok, onun için yani ona o zorlamayı yapamayız.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Yapmazlar oğlum! Hiçbir şekilde yapmazlar. Biliyoruz. Bizim söylediğimiz temenni olur başka bir şey olmaz.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Onu... O zorlamayı yapamayız.

Prof. Dr. Fikret Eren : Sulh ceza hakimi olursa...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ne olur, hocam ?

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Sulh ceza hakimi olursa diyor.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Sulh ceza hakimi...

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Mesela...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Mesela olabilir ama...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ben bir şey daha çok afedersin, aklıma geldi Sayın Havutçu söylerken. Yönetmeliklerle kanunlarla düzenlemeler diyorlar. Ben, gene avukatlar var heralde aramızda onlara işaret ediyorum. Bakınız! Yönetmeliklerle, özellikle kanunda yapılması gereken bir çok düzenleme yapılıyor. Mesela bakın, işyeri dışında yapılan sözleşmelere ilişkin yönetmelik orada diyor ki: şu şu şu şunlar kapsam dışıdır, sana ne? Sen yönetmelik! Senin kapsamın dışında! Kanunun kapsamında! Yani dikkatinizi çekiyorum bir çok şey gelebilir, lütfen yönetmelikleri bu gözle görün gerekirse de geçersizliğini ileri sürün. Sürün yapamasınlar yönetmeliklerle bu işleri, teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Buyrun, Yeşim Hanım.

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Çok, çok kısa bir söz almak istedim, Yeşim Atamer. Bu, buradaki tartışmaların hepsine ilişkin bir şey söylemek isterim. Şimdi burda tartıştığımız iki tane şey var: Birincisi "Nedir genel işlem koşulu , gerçekten pazarlık edildi mi ?" sorusu. İkincisi "İçerik oldu mu ?" İkisine ilişkin bir şey söyleyeyim. Demin dediniz ki avukatı dahil etmek bir işe yarar mı? Tüketiciyle yapacağınız işlemler açısından hiç bir şekilde işe yaramaz. Tacirlerle yapacağınız işlemler açısından yarayabilir. Şunu düşünmeniz lazım: Genel işlem koşulu kullanmanın gerekçesi nedir? Gerekçesi: İşlem maliyetlerini azaltmaktır, çabukluktur, hızdır. Siz, düşünebiliyor musunuz milyonlarca tüketicinizle her bir sözleşmeyi oturup pazarlık yaptınız, böyle bir şey teknik olarak mümkün olmaz ve zaten bir şey değiştirmeyecektir. O tüketicinin yanında getirdiği avukata bunları anlatın kendisine anlatın, kime anlatırsanız anlatın. Ama karşınızdaki bir tacirse tacirin avukatıyla siz masaya oturuyorsanız o zaman tabiki değişebilir. İkinci konu, sözleşme içeriği oldu mu? Şimdi burda çok özür dilerim ama şunu görmek lazım. Bir genel işlem koşulu sözleşme içeriği olup olmadığı tartışması tarihsel açıdan bakıldığında genel işlem koşullarının içerik denetimine tabi tutulmadığı dönemlerin tartışılmasıdır. Çünkü mahkemeler sözleşme özgürlüğü asıldır dendiği için hepimizin yasasında anayasasında, içerik denetimi yapmaktan kaçın-

mıştır. Ne yapmışlardır demişlerdir ki ya ben burada görüyorum metni vermemiş, arkasına basmış, görmemiş. Dolayısıyla harika bir fikir üretiyorlar; diyorlar ki bunlar hiç sözleşme içeriği zaten olmadı irade uyuşması yok. Hükümsüzlük falanla alakalı bir şey değil bu. İradeleri zaten hiç uyuşmadı, bana söylemediğiniz bir şeyi ben hayal edip de okuyamayacağıma göre, sözleşme içeriği olmadı. İsviçre Federal Mahkemesi bugüne kadar sözleşme içerik denetimi yapmaz ama aynı şeyi yapar yani hiç içerik olmadı, bunlar çok şaşırtıcı her bankanın genel işlem şartında aynı şey yazıyor olmasına rağmen çok şaşırtıcı. Şimdi demin okuduğunuz örnekleri evet şaşırtıcılıkla sözleşmenin dışında tutabiliriz ama gerekliliği var mı derseniz yok. O yüzden Tüketici Kanunu zaten hiç bu aşama üzerinde durmadı. O yüzden tacirler açısından bakıldığında bu aşamanın uygulanmasına ihtiyaç yok diyoruz. Önemli olan içerik denetimidir. Bir kez içerik denetimini siz bir yasaya yazdığınız anda onun sözleşme içeriği olup olmadığı aşaması zaten önemini çok büyük ölçüde yitirir. Niye hala metin verilmesinde ısrarcıyız tüketici için? Şundan: Elinde daha sonra ihtilaf çıktığında bakabileceği metin olsun sadece bunun için, başka hiç bir şey için değil açıkçası. Yani ben daha sonra bankanın çekmeden çıkarıp -3 yıl sonra- genel işlem koşulları da bunlardır arada da hepsini değiştirdim ben diyememesi için bana baştan versin. O metin bağlayıcıdır ama ben onu oturup pazarlık edeceğim tartışacağım falan bunlar için değil ihtilaf çıktığında bakacağım metin olsun diye bu aşamanın üzerinde gereğiden fazla durulmasına açıkçası hiçbir şekilde gerek yoktur.pazarlık edilmesi konusu da sadece tacirler için. Tüketici açısındanbu eşiği atlamak benim şahsi kanaatim mümkün olmayacaktır diye düşünüyorum, çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Evet başka, buyrun arkadaşım

Dinleyici : Adım Serkan İncekaş. Herkese sunumları için çok teşekkür ediyorum öncelikle. Benim sorum ticari kredi sözleşmeleriyle alakalı. Özellikle krediyi kullananın tacir olması haline münhasır olmak üzere farklı görüşler dile getirildi. Bir kısmı sunumlarda bunun da genel işlem şartı olarak kabul edileceği bir kısmındaysa asla kabul edilmemesi gerektiği söylendi ama şunu söylemek istiyorum kredi kurumlarının

konumlarıyla aslında gsm şirketlerinin konumları arasında çok fazla bir farklılık yok hangisine müracaat ederseniz birbirine çok benzer koşullar içeren sözleşmelerle karşıkarşıyasınız. Önünüze matbaa da basılmış 40 – 50 sayfalık bir sözleşme konduğunda sadece tacir oluyor olmanız bir müzakere imkanı olduğu anlamına gelir mi? Benim sorum bu yönde.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Bana sorarsan, ben kafadan gelmez diyeceğim tabiki. Hiç tereddüt yok, düşünmüyorum bile yani tartışmıyorum.

Aynı dinleyici : Ben de sizle aynı görüşteyim.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Ama arkadaşlar ne der bilmiyorum.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Yani kredinin kredi sözleşmesi olması kredi kullanan tacir sıfatına sahip olması genel işlem şartlarının içerik denetimine tabi tutulmayacağı anlamına gelmez. Her zaman için, yani bu noktada hiçbir rezervimiz yok ama bağlayıcılık denetimi açısından gerek var mı ihtiyaç var mı noktasında ben çok da gerekli olmadığını düşünüyorum. Sözleşmeye girmesi için genel işlem koşullarının açıkça bilgi verme, içeriğini öğrenme imkanı sağlama, bunlara gerek olmaksızın sözleşmede ilişkilendirilebileceğini düşünüyorum. Ya o farklı bir şey ama Yeşim Hoca'nın da söylediği içerik denetimi konusunda bir tereddüt yok her halükarda tacir de kullandığı kredi sözleşmesinin içeriğindeki haksız şartlar nedeniyle veya haksız şart demeyelim terminoloji karışmasın dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tacirin menfaatlerini ihlal edecek, ölçüsüz biçimde mağduriyetine yol açan kredi şartları için 25. maddeye dayanarak -Borçlar Kanunu'nun- içerik denetimini isteyebilir ve yapılır. Müzakere noktasında, söylediğinize, yanlış heralde bir algı var, tacirin kredi kullanması sözleşme şartlarının müzakere edildiği anlamına gelir veya gelmez gibi hiçbir yorum yapılmadı tebliğlerde. Zaten bu anlama da katiyen gelmez, yani müzakerenin ne anlama geldiği tacir için de aynı ölçüye tabidir. İçeriğine etki edebiliyor musunuz, değiştirebiliyor musunuz? Tacirseniz bu gücünüz var diyebiliriz. Tüketici iseniz bunun olacağını söylemek hayalcilik olur. Evet, teşekkür ederim.

Dinleyici : Müzakere koşulları ile ilgili bir iki şeye değinmek istiyorum. Bankalarda en basitinden kendim öğrenciyken hukuk fakültesinde, kredi kartı almak için gittiğimizde, bize banka kredi sözleşmesini özellikle okumak istedim fakat hiçbir şeyin üzerini çizip, üzerini işaretlemeyip, vazgeçme şansı verilmedi ama biz size aydınlatma yükümlülüğü yapıyoruz deniliyor. Ben burada şunu belirtmek istiyorum. Bir avukatla gittiğimizde bir şeyin değişeceğine inanmıyorum çünkü en basitinden hepimiz ya avukatız ya da akademisyeniz, biraz bilgiye sahibiz ve avukat olarak gittiğim zaman da hiçbir şeyi çizme imkanımız yok aksi takdirde diyorlar ki bize bu sözleşmeyi yapamazsınız. Başka bir şansımız yok, ya onu imzalayacağız ya da kredi kartı ya da hiç bir hak alamayacağız. O yüzden bence burada asıl sorun şu oluyor avukatla gittiğimizde dahi bir avukatın bile ispat şartının olmadığını düşünüyorum çünkü güvenlik kameraları var fakat ses kayıt cihazları yok. Biz konuştuğumuzda bu maddeyi çizmek istiyoruz, bu maddeyi kabul etmiyoruz diyemiyoruz. Bence, avukat durumu tam tersine aleyhine döndürür kişinin ister tüketici olsun ister tacir olsun. Çünkü biz ispatlayamayız aydınlatılma yükümlülüğü yapıldı fakat biz karşı çıkamadık diyememe şansımız olabilir. Ve...

Prof. Dr. Lale Sirmen : Cevap verebilir miyim?

Aynı dinleyici: Tabiki buyrun, ne demek.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Şimdi tabi çok sınırlı olduğu için vakit bir çok şeyi söyleyemedik. Müzakereden söz edebilmek için öncelikle zaten bir tarafın müzakereye açık olması lazım. Açık değilse istediğiniz kadar avukat götürün, adalet bakanını götürün, bankalar birliği başkanını götürün, zaten hiçbir iş yapamazsınız. Evvela müzakereye açık olacak sonra, ben Sayın Atamer kadar sert düşünmüyorum, ola ki, bazen bankanın iyi bir müşterisi olursunuz, ben size söyleyeyim, bankanın iyi müşterisi olursunuz, alırsınız avukatınızı, götürürsünüz yanınızda bir avukat, ben anlamıyorum dersiniz, bazı pazarlıklar da olabilir. Ama bu çok istisnai bir şey. Tabi biz bunu kuralmış gibi söyledik, hayır istisnai bir şey. Çünkü bankalar genellikle müzakereye açık değillerdir. Onun için de götür-

dünüz, gittiniz, hiçbir işe yaramaz. Haklısınız söylediğinizde. Biz eksi bıraktık o kısmı söylerken.

Aynı dinleyici: Bir şey dahil etmek istiyorum. Aynı olayla ben başbaşa kaldığım için bilerek, sırf aydınlatmak yükümlülüğü bana yapılmasın diye, onların aleyhine bir durum oluşturmak amacıyla, sözleşmenin kopyasını isteme şansım vardı, bunu da biliyorum, kopyasını bilerek almadım ben, çünkü, işte , bilgilerimin herkesle paylaşılacağı, hepsine ulaşılacağı, bütün bankalara falan vs. biraz önce İlknur Hanım da bahsetti, bir taşıma şirketinin yaptığını, aynı şeyleri bankalar da yapıyor. Bunların çizilmesini istemiştim. Bir sürü maddenin çizilmesini istemiştim, bunlarla ancak sözleşmeyi imzalayacağımı söylemiştim. Fakat tabiki kabul etmediler. Ben de böyle bir durumda sözleşmenin örneğini almadım. Sanki sözleşme hiç bana aydınlatılmamış, hiç bir bilgi verilmemiş gibi olsun diye, yani kendimce uyanıklık diyeyim, aslında, belki de hani bazılarının da kullanacağı olur, işlerine yarayabilir, bilemiyorum. Yapmadım. Eğer başıma bir iş gelirse, aydınlatılma yükümlülüğü yapılmamıştır diyerek başvurmak adına bunu yaptım.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Nereye başvuracaksınız kızım, afedersiniz? Nereye?

Aynı dinleyici : Artık, yani genel işlem koşulları nasıl kullanılırız, işte uygulaması yok.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Yok ki, uygulama da yok kızım, neyi anlatıyorsun? Bu hangi mahkeme? Üstelik sen bir mahkemeden banka aleyhine karar alacaksın. Tebrik ederim çok hayalperestsiniz!

Aynı dinleyici: O zaman şu an genel işlem koşullarını tartışmamızın bir anlamı olmuyor.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Hakikaten yani ,tüketicilere karışmam ama normalde bir asli ticaret mahkemesinden banka aleyhine karar almak... Diyelim ki aldınız, Yargıtayla ne yapacaksınız ?

Aynı dinleyici : O zaman şu an bu panelin hiçbir anlamı kalmamış oluyor, bir bakıma.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Kızım, mümkün olduğu kadar bankadan içeriye girmeyin, benim tavsiyem o! Bu kadar. Çarpılırsınız, ne olur ne olmaz. Boşverin! Bırakın bunları yani.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Hocam bir ekleme yapabilir miyim?

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Buyrun.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Bankalarla ilgili yargıtay kararları var, yazılmamış sayılmayla bağlantılı arama yaparsanız web sayfalarından, veri tabanlarına girerek arama yaparsanız bazı kararlar çıkıyor. Fakat, çok enteresan, çok güzel tahlil gerçekleştiriliyor "bu şaşırtıcı şarttır" diye mesela. Bir örnek: ipotek akit tablosunda, ipotek verenin , limit kadar aynı zamanda müteselsil kefil, müşterek borçlu, müteselsil kefil sayılacağı, yani bu hükmü şaşırtıcı şart olarak nitelendiriyor ama diyor ki Yargıtay, ipotek tesis tarihi 2006'dır. Türk Borçlar Kanunu o tarihte yürürlükte değildir, o yüzden kamu düzeniyle de ilgili sayılmaz yürürlükle ilgili hükümler, geçmişe etkili değil, yani takibin devamına... Bu şekilde çok kararları var. Oysa , yürürlük - kamu düzeni, bu tartışmaları da bir tarafa bırakın; ben kamu düzeni olduğu düşüncesindeyim, bunu da bir kenara bırakın, hiç bir hüküm olmasa bile Medeni Kanununun 2. maddesi var, niye içerik denetimi yapılmıyor? Almanlar içerik denetimiyle ilgili özel yasalar yapmadan önce hep 242. maddeye dayandırdılar, içtihat oluşturdular, daha sonra yasal düzenlemelere temel oldu. Biz niye bu konuda çekingeniz, niye korkuyoruz ? Gözünün içine baka baka haksız uygulamaya tabi olmasına ışık tutuyoruz hukuk kılıfı altında.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Biz çekinmiyoruz.
Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Yargıyı diyorum hocam.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Biz gerçeği söylüyoruz, gerçek bu, faiz sınırlaması uygulanmaz diyor ne yapayım kanunda yazıyor ?

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Evet , banka lehine ipotek veren yandı bu durumda, her halükarda.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : O kadar, kapısından içeri girmeyin mümkünse, ben söylüyorum, ne işiniz var!

Prof. Dr. Lale Sirmen : Aslında orada çok ilginç bir şey var, kendisi desin ki, ben, benim kefaret borcumu karşılıyor desin. Üçüncü kişi olarak vermedim der. Yani orada da çok ...

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Enteresan.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Şimdi kendi kefil oluyor aynı zamanda taşınmazını da rehnediyor. Orada tabi çok ilginç bir incelik var. Nedir? Kendi kefil, kefaret bocunu mu; yoksa üçüncü kişi, teminat vermiş, taşınmazını rehnetmiş kişi olarak mı borçtan sorumlu olmayıp da onun borcunu karşılamış oluyor ? Orada bir incelik var, onu daha tam çıkaramıyor Yargıtay, orada biraz şaşırmış durumda. Gerçekten benim şimdi aklıma şöyle de bir şey geldi. Hani, resmi -resen düzenlenen resmi senetlerde genel işlem şartları olur mu olmaz mı diye... Onun üzerinde de durmadık çünkü çok fazla. Oluyor tabi bu çok oluyor, hatta bir örnek var: Bir yapı şirketi satış vaadi yapıyor ve sözleşmelerine, projede değişiklikler, her an değişiklik yapabileceğim biçiminde, böylelikle o da şeyden geçiyor denetimden geçiyor ve takılıyor. Onun için, ama tapuda şimdi olmaz çok fazla sanıyorum; onun için sordum " borçlandırıcı işleme dayanarak yapılan teminat mı?" diye. Çünkü tapuda biliyorsunuz, şimdi fevkalede "Biz çok güzel işlem yapıyoruz." diyorlar, kör değneğini bellemiş gibi... Aynı, aynı sözleşme şartları her yerde. Siz ilave etmek isterseniz o zaman katiyen koymuyorlar onu. Biz fevkalade formül, şeyler, kullanıyoruz, söyleyin, sözleşme şeyleri, kullanıyoruz kalıpları, fevkalade iyi gidiyor... Sen hiç bir şey yazmazsan bir ihtilaf çıkmaz ki devletle zaten gayet tabii çok iyi gider ama noterlerde yapılan satış vaatlerinde çok rahatlıkla genel işlem şartları denetimi söz konusu olabilir.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Efendim, bu oturumu kapatıyorum kusura bakmayın. Yok ,kusura bakmayın hocam öyle dedi. Ne yapayım yani! Afedersiniz biz ikinci toplantıyı da biz geçtik, birinciyi bırakın ikinciyi de geçtik. Demek ki benden başkan filan olmaz, beni buraya koymayın, söyledim ama...

1. GÜN (17.04.2015)

2.OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER: Teşekkür ederim. Değerli hocalarım, sayın meslektaşlarım ve sevgili öğrencilerim, hepimiz öğleden sonraki ikinci oturuma hoşgeldiniz. Aslında öğleden önce yapılması gerekiyor idi ama programdaki sarkmalar nedeniyle öğleden sonraya alındı. Bu oturumda kendisine söz vereceğimiz ilk kişi bugün artık hepinizin kitaplarından tanıdığı ve Borçlar Hukuku alanında alanında birkaç duayenden birisi olan Fikret Eren. Kendisi ile daha önce Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde uzun süre mesai arkadaşlığı yaptık. O zaman da hep 'ağabey' diye hitap ederdik, bizden kıdemliydi çünkü. Daima fikirleriyle ışık tutan, kendisine danıştığımız hocalardan birisi idi. Bugün onun da bu oturumda hazır bulunup bir tebliğ sunması hepimiz için bir şans tabi. O bakımdan sevinebiliriz. Kendisine sözü vermeden önce hissiyatımı dile getirme dileği duydum. Fazla zaman kaybı olmasın diye kendisine söz vereceğim. Yalnız, bizden önceki oturumda yapılan konuşmalar çerçevesinde Yeşim Atamer kardeşimin, tek yanlı sözleşmelerin TKHK'nun kapsamına gireceği, yani denetlenebileceği doğrultusundaki sözlerine bir rezerv ile mesafeli olarak kabul ediyorum, o da verdiği örnek yüzünden. Verdiği örnekte hatırlarsanız tedavi amaçlı bir sözleşme yapmış olan, tedavi sözleşmesi yapmış olan kişi, bu sözleşme dışında bir taahhütname veriyor. Hani işler kötü giderse, sarpa sarar sa hastaneyi veya hekimi sorumlu tutmayacağına ilişkin bir beyanda bulunuyor. Bunun bir tek yanlı sözleşme olduğu çerçevesinde tartışmalar doğdu. Burada, kanımca, sözleşme ile sözleşmenin içeriğine dair edilen, içeriği ile bu koşul arasında bir bağlantı, ilinti kurulabilecek bir durum var. Yani bence orada verilen taahhütname bir sözleşme değildir başlı başına. Bu, tedavi sözleşmesine dâhil edilmiş bir koşuldur. O bakımdan zaten o tedavi sözleşmesine TKHK'daki yasa uygulanıyorsa haliyle, koşul da denetlenecektir içerik denetimi çerçevesinde. O bakımdan ya yanlış telaffuz edildi ya da tartışmacılar yanlış anladı. Onu kısaca düzeltme gereği duydum. Peki denetlenemez mi? Mutlaka denetlenebilir ama bir bağımsız sözleşme değildir, tedavi sözleşmesi içinde bir koşuldur.

Teşekkür ederim, bunu söylemekle yetineyim. Başka söyleyeceklerimi artık burada ifade etmeyeyim zaman kısıtlılığı var. Evet, şimdi çok değerli hukukçu Prof. Dr. Fikret Eren'e konuşmasını yapmak üzere sözü veriyorum, buyurun hocam.

Prof. Dr. Fikret EREN: Üniversitenin sayın temsilcisi, sayın rektör yardımcısı, Baro'nun sayın başkanı, değerli meslektaşlarım, sevgili öğrencilerim; sevgili başkan Aydın kardeşimin hakkımda lütfedip sarf ettiği sözler için kendisine teşekkür ederim. Zarafeti, sevgisi olarak kabul ediyorum. Sağ olsun var olsun.

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İÇERİK DENETİMİ

▪ **Prof. Dr. Fikret EREN***

I-GENEL OLARAK

Türk borçlar hukukunda geçerli ilke, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. "Sözleşmenin içeriği" başlıklı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 25'in alt başlığı "Sözleşme özgürlüğü" adını taşımaktadır. Söz konusu maddeye göre "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." "Sözleşme özgürlüğü", "irade özerkliği"nin en önemli kısmını oluşturur. "İçerik özgürlüğü" de, sözleşme özgürlüğünün en önemli kısmıdır. Ancak, yine bizzat 25. madde metninden anlaşıldığı gibi, "içerik özgürlüğü" sınırsız değildir.

Konumuz, "Genel işlem şartlarında içerik denetimi" olduğuna göre önce kısaca "sözleşmenin içeriği" kavramı üzerinde durmak istiyorum. Bir sözleşmenin içerdiği hükümlerin tamamı onun içeriğini meydana getirir. Bu hükümler, sözleşmenin tanımı, tipi, konusu, unsurları, niteliği, özellikleri, çeşitleri, tarafları, tarafların hak ve borçları, özellikle üstlendikleri edimleri, bu edimlerin yerine getirilmesi, yerine getirilmeme halleri ve bunların sonuçları, sözleşmenin sona ermesi, hatta bazen uyuşmazlık halinde başvurulacak mahkemeyle ilgili yetki sorunu, genel yargı ya da tahkim yargısı gibi konuları düzenlerler[1].

* Başkent Üniveritesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Başkanı

[1] Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, sh. 316 vd.

Sözleşmenin içeriğini oluşturan bu hükümler ya taraf iradelerinden ya da kanundan kaynaklanırlar. Sözleşmenin asli hükümlerinin kaynağı, mutlaka taraf iradeleri iken, ikinci derecedeki yan hükümlerinin kaynağı, taraflar düzenlemedikleri takdirde kanundur. Taraf iradelerinden kaynaklanan hükümlere, "özgün hükümler", "tarafların koydukları hükümler", kanundan kaynaklanan hükümlere de, taraflar bunları koymadıkları için "yabancı hükümler" ya da "yasal hükümler" denilir. "Yabancılık" sıfatı, bunların taraf iradelerine dayanmamalarından ileri gelmektedir. Yabancı ya da yasal hükümler, asli hükümler dışında kalan düzenleyici, yedek hukuk kurallarından oluşurlar.

Sözleşmenin içeriğini oluşturan hükümlere, eş anlamda olmak üzere "şartlar", "unsurlar" "kayıtlar" veya "noktalar" da denilmektedir. Bu "noktalar" ya da "hükümler" içerdikleri önem göz önünde tutularak Ortak Hukuk'tan beri geleneksel olarak üçe ayrılırlar. Bunlar, "esaslı noktalar=aslî hükümler=essentialia negotii", "tabii noktalar=tabii hükümler= naturalia negatii" ve "arızî noktalar=arızî hükümler= accidentalia negotii" adını almaktadırlar[2]. Bu hükümlerin bazıları yapılacak sözleşmenin tipi için kavramsal açıdan zorunlu hükümler, yani "aslî hükümler" (esaslı noktalar) olup, sözleşmenin tip ve adını belirlerler. Asli hükümler, mutlaka taraf iradelerinden kaynaklanmalıdır. Bu hükümler olmadığı takdirde istenilen tip ve adda sözleşme kurulamaz[3]. Tabii ve arızi hükümler (tabii ve arızî noktalar ya da şartlar) ise sözleşmenin ikinci derecedeki hükümleri, "yan noktaları=yan şartları ya da yan hükümleri"dir.

Asli hükümlerin (esaslı noktaların) olağan sonucu sayılan hükümler, tabiî hükümleri (tabii noktaları) meydana getirirler. Tabii hükümler, düzenleyici, yani yedek hukuk kurallarına göre, taraflarca kararlaştırmaya gerek olmadan kanunlarda mevcut olan ve taraflar aksini kararlaştır-

[2] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. München 2004, § 29, N.29 vd.; Bucher-BSK OR (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1996), Art.1, N.20-21; Eren, Borçlar Genel, sh. 233.

[3] Larenz/Wolf, § 29, N. 74-75; § 43, N.42; Bucher-BSK OR Art.1, N. 21; Eren, Borçlar Genel, sh. 231.

madıkları takdirde uygulanan sözleşme hükümleridir[4]. Meselâ, bir satış sözleşmesinde satış parasının nakden ödenmesi, borçlunun temerrüdü halinde faiz, kusuru halinde tazminat ödeme borcu tabiî birer hükümdür. Açık olarak kararlaştırılmamış olsalar bile, kanundan doğan husus ve sonuçlar oldukları için bunlar da sözleşmenin içeriğini oluştururlar. Ancak, taraflar isterlerse, bu noktaları ayrıca kararlaştırabilirler. Arızî noktalar da sözleşmenin içeriğinde yer alan, esaslı noktalarla herhangi bir ilgileri bulunmayan, nitelikleri itibariyle yan hükümlerdir. Arızî noktalar ya tarafların iradeleri sonucu tabiî noktalardan yapılan ayrılmaları (sapmaları) ifade ederler ya da bu (tabiî) noktaları tamamlarlar. Meselâ satış sözleşmesinde taraflar satış bedelini banka havalesi veya poliçe ya da çekle ödemeyi kararlaştırmışlarsa, bu bir arızî noktadır ve tâbiî noktayı (nakden ödemeyi) değiştirmektedir. Taraflar, satış parasının ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde bir cezai şart kararlaştırmışlarsa, bu halde de arızî nokta, tabiî noktayı tamamlamaktadır. Borçlunun kanunî sorumluluğunun ağırlaştırılması veya hafifleştirilmesi, bir rücu hakkının tanınması, şart veya süre konulması hallerinde de arızî nokta söz konusu olur[5]. Tabiî ve arızî noktalar, düzenleyici hukuk kurallarıyla daha açık ve ayrıntılı olarak belirlenebilirler (TBK. m. 211/II, 179/I)[6].
Genel işlem şartları da hukuki nitelikleri itibariyle sözleşme hükümleridir. Ancak, bunlar asli hükümler değil, yan hükümlerdir. Hatta yan hükümlerden de ilke olarak arızî hükümlerdir. Dolayısıyla, bir sözleşmenin asli hükümlerinin, özellikle tarafların asli edim yükümlülüklerinin, sözleşmenin tip ve niteliğine ilişkin hükümlerin (esaslı noktaların), genel işlem şartı olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Çünkü, asli hükümler, sözleşmenin esaslı noktaları olup, bunlar bir tarafça önceden hazırlanıp, müzakere edilmeden sözleşmeye konulamaz. Aksine, asli hükümlerin her birinin her somut olayda taraflarca görüşülerek belirlenip

[4] Schönenberger/Jäggi-ZK OR (Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Teilband 1a: Allgemeine Einleitung , Art. 1-17 OR, 3. Aufl. Zürich 1971), Art. 2, N. 4; Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I., 3. Aufl. Zürich 1979, sh. 155; Engel, Pierre, Traité des Obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. Édition Berne 1997, sh. 218; Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (AT), 2. Aufl. Bern 1988, sh. 117; Bucher-BSK OR, Art.1, N. 21; Eren, Borçlar Genel, sh. 233 vd.

[5] Von Tuhr/Peter, sh. 156; Engel, sh. 218; Eren, Borçlar Genel, sh. 234.

[6] Schönenberger/Jäggi-ZK OR Art. 2, N. 4 - 5; Bucher, AT, sh. 117; Eren, Borçlar Genel, sh. 234.

kabul edildikten sonra sözleşmeye alınması gerekir[7]. Burada sözleşmenin içeriğine girecek hüküm veya hükümler, "genel yolla, görüşülmeden" değil, "özel yolla, görüşülerek" belirlenip sözleşmeye alınmaktadır. Çünkü, taraflarca üstlenilip ifa edilecek asli edimin biçim ve çeşidini, konusunu, miktar ve kalitesini belirleyecek soyut hukuk normları değil, somut, tartışan ve yaşayan taraf iradeleridir. Meselâ bir satış sözleşmesinde satış konusu mal, bir çeşit satışında satılan malın biçim ve miktarı, bir eser sözleşmesinde meydana getirilecek eser, sözleşmenin asli edimleriyle ilgili olduğu için bunların belirlenmesine ilişkin hükümler de, asli hükümler olup, bunların mutlaka taraflarca özel görüşmeler yoluyla belirlenmesi gerekir. Çünkü bu hükümler, bu noktalar üzerinde tarafların irade beyanları birbirine uygun olmazsa, sözleşme meydana gelmez[8]. Dolayısıyla, uygulamada genel işlem şartları, sözleşmenin sadece yan hükümleri, ikinci derecedeki noktaları, onlardan da daha çok arızî hükümler (arızî noktalar) olarak ortaya çıkmaktadırlar. Tabii hükümler, asli hükümlerin doğal sonuçlarıyla ilgili olup, taraflar aksine bir düzenleme yapmadıkları için sözleşmeye uygulanan düzenleyici (yedek) hukuk kurallarının içerdiği hükümlerdir. Borcun ifa zamanı veya ifa yeriyle ilgili hükümler, yasal faizi düzenleyen hükümler, nitelikleri itibariyle düzenleyici (yedek) hükümlerdir. Bu hükümlerin düzenleyici veya yedek olarak adlandırılmalarının sebebi, tarafların bunların aksine düzenleme yapma yetkileri varken, bunu yapmamaları nedeniyle taraf iradelerinden kaynaklanacak hükmün yedeği olarak uygulama alanı bulmalarından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, yukarda da belirtildiği gibi, arızî hükümler, tabii hükümlerin değiştirilmiş ya da tamamlanmış şeklidir. Esasen genel işlem şartlarını sözleşme hükmü olarak düzenleyen veya kullanan taraf, bunları kanundaki tabii hükümleri değiştirmek veya tamamlamak suretiyle önceden hazırlayarak meydana getirmektedir.

Kanunlarda yer alan hükümler, tarafların değiştirme yetkisine sahip olup olmamalarına göre düzenleyici (yedek) hükümler, emredici hükümler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Genel işlem şartı olabilecek hükümler, düzenleyici (yedek) hukuk hükümleridir. Çünkü taraflar yalnız düzenleyi-

[7] Larenz/Wolf, § 43,N. 43.

[8] Larenz/Wolf, § 29, N. 75; § 43, N.44; Eren, Borçlar Genel, sh. 233.

ci (yedek) hükümleri değiştirebilirler, bunlara ilâveler yapabilirler, kısaca bunların aksini kararlaştırabilirler. Bu tür hükümler karşısında taraf iradelerinin mutlak üstünlükleri vardır. Esasen bu tür hükümlere, yedek veya düzenleyici hüküm denmesinin sebebi de tarafların, ancak yerlerine başka bir hüküm koymamaları halinde uygulama alanı bulmalarından ileri gelmektedir. Buna karşılık, emredici hükümler taraf iradelerine üstün olan, bu nedenle de taraflarca aksi kararlaştırılamayan, değiştirilemeyen, ilâve yapılamayan hükümler oldukları için bunların genel işlem şartlarına konu olması, değiştirilmesi mümkün değildir.

İçerik denetimi, genel işlem şartlarının ancak sözleşme içeriğine girmesi, onun bir parçası olmasından sonra söz konusu olur. Dolayısıyla, sözleşme içeriğine girmeyen bir hüküm, genel işlem şartı olamayacağı için içerik denetimine de tâbi tutulamaz[9].

II-GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İÇERİK DENETİMİ TÜRLERİ:

Genel işlem şartları ikili bir içerik denetimine tâbi tutulmaktadır. Bunlardan ilki, genel içerik denetimi, diğeri ise özel içerik denetimidir.

A)GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA GENEL İÇERİK DENETİMİ:

Genel işlem şartları sözleşme içeriğinde yer alan hükümler oldukları için bunlar da her hüküm gibi öncelikle TBK. m 27'de içerik özgürlüğünü sınırlayan genel hükümlere göre denetime tâbidirler. Burada genel işlem şartlarının, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olup olmadıklarının denetimi yapılmaktadır[10]. Nitekim sözü

[9] Larenz/Wolf, § 43, N.41; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, sh. 123;

[10] Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 13, N.53; Atamer, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2001, 146 vd.; Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, sh. 132 vd.; Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Ve Tüketici Hukukunda Hksız Şartlarının Denetimi, Ankara 2014, sh. 136: Yelmen, sh. 125.

geçen maddeye göre, "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür." Kesin hükümsüzlükten amaç, butlandır[11]. Genel işlem şartlarının irade sakatlığı, aşırı yararlanma gibi iptali öngören bir yaptırımla da karşılaşması mümkündür. Böyle bir halde genel işlem şartlarını içeren sözleşmeye uygulanacak yaptırım, butlan değil, iptaldir. Sözleşme özgürlüğünün bu genel sınırlarına aykırı olan genel işlem şartları zaten hükümsüz olacakları için bunların TBK. m. 25'e göre dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıklarını denetlemeye de gerek yoktur.

B)GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ÖZEL İÇERİK DENETİMİ:

1)Şartları:

Genel işlem şartlarında özel içerik denetimi, TBK. m. 25'de düzenlenmiştir. Buna göre;

"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."

TBK. m. 25, BGB (Bürgerliches Gesetzbuch=Alman Medeni Kanunu) § 307'den esinlenerek düzenlenmiştir. Genel işlem şartlarının TBK. m. 25'e göre özel (özgün) içerik denetimine tabi tutulması için aşağıdaki dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir.

a)Bir şartın genel işlem şartı olarak özel içerik denetimine tabi tutulması için her şeyden önce sözleşme hükmü haline gelmiş olması gerekir.

İlk şart, önceden çok sayıda hazırlanmış bir genel işlem şartının sözleşme hükmü haline gelmesi, sözleşmenin kapsamına alınarak onun bir

[11] Eren, Borçlar Genel, sh.222.

parçasını oluşturması gerekir[12]. Herhangi bir şart, geçerli olarak yürürlük kazandığı zaman, genel işlem şartı haline gelmiş olur. Dolayısıyla, söz konusu şart, yürürlük denetiminden geçmiş olmalıdır. Aksi halde, böyle bir şart TBK m. 21/I'e göre yazılmamış, sözleşme kapsamına alınmamış sayılır.

b)Bir şartın, genel işlem şartı olarak özel içerik denetimine tabi tutulması için kanundaki yedek (düzenleyici) bir hukuk hükmünü değiştirmiş veya onu tamamlamış olması gerekir[13]

Yukarıda da açıklandığı gibi, borç sözleşmelerinin içerdiği hükümler, tarafların aksini öngörüp öngörememelerine, değiştirip değiştirememelerine göre emredici hükümler-düzenleyici hükümler; esaslı hükümler-ikinci derecedeki hükümler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Emredici hükümlerle esaslı hükümler, taraflarca değişrtirilemeyecekleri için genel işlem şartlarının konusunu oluşturmazlar. Buna karşılık, kanunlardaki düzenleyici (yedek) hükümler, aynı zamanda sözleşmelerdeki ikinci derecedeki (yan) hükümler olup, bunların değiştirilmeleri, o nedenle de genel işlem şartlarına konu olmaları mümkündür. Dolayısıyla, düzenleyici hükümler ancak özel veya genel bir işlem şartıyla değiştirilmedikçe, düzenleyici yasa hükümleri olarak sözleşmede yer alabilirler.
Düzenleyici (yedek) yasa hükümleri, yukarıda da belirtildiği gibi, tabii hükümler-arızi hükümler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Genel işlem şartlarını düzenleyen (kullanan) kimsenin bu yolla değiştirebileceği düzenleyici yasa hükümleri, tabii yan hükümler (naturalia negotii) olup, bu değişiklik de ya olağan bir değişiklik ya da ilave bir değişiklik şeklnde olur. Mesela, genel işlem şartlarını düzenleyen kimse, yasal temerrüt faizi kanunda %9 iken, bunu sözleşmede %12 olarak değiştirmiş ise, tabii yan hükmün olağan değiştirilmesi, buna karşılık, sözleşmeye borcun geç ifa edilmesi halinde temerrüt faizi yanında bir de cezai şart ödenmesini eklemişse, ilave bir değişiklik söz konusu olur. Bu açıklamadan da

[12] Larenz/Wolf, § 43, N.41; Köhler Helmut, BGB Allgemeiner Teil, München 2011, § 16, N.28; Yelmen, sh. 123.

[13] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB , 35. Aufl. München 2011, § 10, N. 221; Köhler, § 16, N. 28.

anlaşıldığı gibi düzenleyen, genel işlem şartıyla düzenleyici nitelikteki bir tabii yasa hükmünü, sadece değiştirerek veya ona ilavede bulunarak arızi yan hüküm (accidentalia negotii) haline getirmektedir.

c) Bir şartın, genel işlem şartı olarak özel içerik denetimine tabi tutulması için sözleşmenin karşı tarafı aleyhine konulmuş olması gerekir.

TBK. m. 25'e göre, genel işlem şartlarına, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Madde metninde yer alan "karşı tarafın durumunu ağırlaştır"ma hükmü, niteliği itibariyle zaten "karşı taraf aleyhine" konulmuş hüküm olduğundan, anlamsız bir tekrar oluşturan "karşı tarafın durumunu ağırlaştır"ma hükmüne gerek yoktur. Bu cümle gereksiz bir fazlalılıktan ibarettir[14].
'Karşı taraf aleyhine hüküm' ile, karşı tarafa zarar veren hüküm kastedilmektedir. Bu zarar, karşı tarafın iradesi dışında malvarlığı veya şahısvarlığında meydana gelen her türlü eksilme ve olumsuzluktur.

TBK m. 25'te, sözleşme kapsamına alınan genel işlem şartının, Avrupa Birliği'nin (Konsey'in) 5 Nisan 1993 tarih ve 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkındaki Yönergesi (AB Yönergesi), m. 3/I ile BGB § 307'/I'de olduğu gibi, "ölçüsüz veya orantısız ya da önemli ölçüde" karşı taraf aleyhine konulmuş bir hüküm olma şartı öngörülmemiştir. Kanun koyucu TKHK (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun) m. 5/I'de de aynı duruşu sergilemiştir. Gerçekten, burada da söz konusu madde metninde herhangi bir orantısızlık şartı aranmaksızın sadece, "... tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarından..." söz edilmiştir. Türk kanun koyucusu ve hukuku, TBK m. 25 ve TKHK m. 5/I'de öngördüğü bu hükümle AB Yönergesi ile BGB'nin temsil etiği görüşlerden açık ve kesin olarak ayrılmıştır. Oysa aynı kanun koyucu, TTK (Türk Ticaret Kanunu) m. 55/I. f'de haksız rekabetle ilgili hükümde, Avrupa Birliği Yönergesi ve BGB gibi "önemli ölçü" kriterini açıkça öngörmüştür. Dolayısıyla, TBK m. 25 ve

[14] Bkz. Aydoğdu., sh.124. TKHK m. 5/I'de de, bu anlamda olmak üzere tek bir deyişle, "...tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır." denilmiştir.

TKHK m. 5/I hükümlerinin uygulamasında TTK m. 55/I-f, AB Yönergesi m. 3/I ile BGB § 307/I hükümlerini örnek almaya gerek yoktur[15].

d)Nihayet sözleşme kapsamına alınan genel işlem şartının özel içerik denetimine tabi tutulması için dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir[16].

aa) Genel olarak:

TBK. m. 25'e göre içerik denetiminin yapılması için sözleşme kapsamına alınan genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir. Söz konusu maddede dürüstlük kuralının tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte dürüstlük kuralı, belirli bir çağda belirli bir toplumda orta zekalı makul ve dürüst düşünen kimselerin görüş ve anlayışlarından oluşan kurallar bütünüdür[17]. Bu kural, hukukun evrensel ve anıtsal kurallarından biridir. Dürüstlük kuralı, sözleşme taraflarına karşılıklı hak ve borçlarının, şans ve risklerinin dengeli dağılmasını, adil olmasını isteme ve bunu karşı taraftan bekleme hakkı verir[18]. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisi ve beklentisinin temelini oluşturan bu dengeyi bozan her hüküm, her genel işlem şartı dürüstlük kuralına aykırı hükümdür.

TBK m. 25'te öngörülen iki şart, dürüstlük kuralına aykırılık ve karşı taraf aleyhine olma şartları, birlikte gerçekleşmesi gereken iki şarttır.

---

15 Konu doktrinde tartışmalıdır. Buradaki gibi görüş savunan yazarlar için bkz. Aydoğdu, sh.124 vd. Aksi görüş için bkz. Atamer, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Batider Ankara 2012 (Sempozyum), sh. 50; Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, sh. 314.

16 Madde gerekçesine göre, bu düzenleme ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, dürüstlüğe aykırı olarak kabul edilen davranışların, genel işlem şartları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.Bkz. TBK. m.25 gerekçesi.

17 Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Bşlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989, sh. 291; Akipek/Akıntürk/Karaman, Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, sh.166; Dural/Sarı, Türk Özel Hukuku, 1. Cilt, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012, sh.226 vd.;

18 Larenz/Wolf, § 43, N.61.

Ancak, konumları itibariyle bu iki şarttan dürüstlük kuralına aykırılık şartı, genel şart; karşı taraf aleyhine olma şartı ise, özel şart niteliğindedir[19].

bb) Dürüstlük kuralına genel ve özel aykırılık halleri:

TBK. m. 25'e, sözleşme kapsamına alınan bir genel işlem şartının ne zaman ve ne şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulmuş olacağına ilişkin genel veya özel bir kriter ya da yasak hüküm örnekleri konulmuş değildir. Oysa bu maddeye modellik yapan BGB § 307'de genel bir kural, 308 ve 309'da ise, özel yasak hüküm örnekleri öngörülmüş bulunmaktadır. Kanımızca, özel içerik denetimini düzenleyen TBK. m. 25, BGB § 307, 308 ve 309, TTK m. 55/I-f, TKHK m. 5 ve AB Yönergesi m. 3-4'den yararlanılarak tamamlanabilir.
Aşağıda TBK m. 25 hükmü, dürüstlük kuralına aykırılık konusunda önce genel bir kural, sonra da özel kural yönünden yorumlayıp tamamlamaya çalışılacaktır.

aaa) Dürüstlük kuralına genel aykırılık yönünden TBK m. 25'in yorum ve tamamlanması: İçerik denetiminde genel kural:.

TBK m. 25'te kanun koyucu, her şeyden önce düzenleyen veya kullananın standart bir sözleşmede, karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak genel işlem şartları koyamayacağını hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, doktrin ve uygulamadaki görüşlerle[20] TBK m. 25 hükmü, TBK. m. 23, TTK m 55/I-f[21] , TKHK m.5[22] ve BGB § 307 hükümleri-

[19] Larenz/Wolf, § 43, N. 60.

[20] Atamer, Sempozyum, sh. 44; Aydoğdu, sh.126;

[21] Aşağıda inceleyeceğimiz ilk iki durumun göz önünde tutulmasını haklı gösteren ve BGB § 307'ye benzer yasal bir hüküm TTK. m. 55/I-f 'de yer almaktadır. Söz konusu hüküm aynen şu ifadeyi içermektedir:

*"Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını ön*gören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur."

[22] Türk hukukunda içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılığı belirlemede göz önünde tutulacak diğer önemli bir kaynak da TKHK m. 5 ve bu Kanuna dayanılarak çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız

ni göz önüne almak suretiyle aşağıdaki üç halde genel işlem şartlarının, Türk hukuku yönünden dürüstlük kuralına aykırı ve karşı taraf aleyhine konulmuş şartlar (sözleşeme hükümleri) oldukları kabul edilebilir [23]. Bu üç hal kısaca aşağıdaki gibidir:

a.1) Her şeyden önce, düzenleyen veya kullananın değiştirdiği veya tamamladığı yasal düzenlemenin temel fikriyle bağdaşmayan, ondan ayrılan genel işlem şartları dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulmuş sayılır.

Bu durumda mevcut yasal düzenlemeyi değiştiren genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı olduğu hususunda düzenleyen aleyhine aksi ispat edilebilen adi bir karine mevcuttur. Mesela, bir simsarlık sözleşmesinde yer alan bir genel işlem şartı, simsar aracılığıyla yapılacak sözleşme, simsarın gösterdiği faaliyet sonunda kurulmamış olsa bile, simsarın kararlaştırılan ücrete hak kazanacağını öngörüyorsa, böyle bir genel işlem şartı, simsarlık sözleşmesinde ücret ödenmesine ilişkin TBK m. 521/I'e hakim olan temel fikirle bağdaşmadığı, ondan ayrıldığı için karşı taraf aleyhine konulmuş dürüstlkük kuralına aykırı bir şarttır[24]. Çünkü, TBK. m. 520/I, 521/I ve özellikle 523'e göre ücrete hak kazanma, sözleşmenin kurulmasına ve simsarın dürüstlük kuralllarına aykırı ücret sözü almamasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu gibi hallerde söz konusu maddeleri değiştiren genel işlem şartı hükümsüz olduğundan, olaya bu şart (hüküm) yerine ilgili yasa hükümleri (TBK maddeleri) uygulanır.

Şartlar Hakkında Yönetmelik (TSHŞHY)'tir. Bu Yönetmelikte özellikle örnek niteliğindeki haksız şartlar, maddeler halinde düzenlenmiştir.

TKHK'un "Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar" başlığını taşıyan 5/I. maddesine göre,

" (1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır."

[23] Yelmen, sh. 131 vd.;

[24] Brox/Walker, § 10, N.236a.

a.2) İkinci olarak, sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç içeren genel işlem şartları da dürüstlük kuralına aykırı ve karşı taraf aleyhine konulmuş sözleşme hükümleri sayılır.

Taraflar arasında kurulan sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek derece sınırlayan genel işlem şartları da dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulmuş sayılırlar.

a.3)Nihayet, sözleşmeye alınan açık ve anlaşılabilir olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem şartları da, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulmuş hükümlerdir.

Bu husus TBK m. 23'te açık olarak hükme bağlanmıştır. Gerçekten de, TBK m. 23'e göre, sözleşmedeki açık ve anlaşılır olmayan ya da birden çok anlama gelen genel işlem şartları da, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine düzenlenmiş genel işlem şartlarıdır. Ayrıca bu husus BGB § 307/I'de de açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır.

b)İçerik denetimine ilişkin özel kural, özellikle örnek yasak şartlar:

İçerik denetimine ilişkin özel kural, genel kural gibi genel ve soyut bir hükümden değil, kazuistik olarak tespit edilen ve örnek nitelikteki bir çok bireysel yasak hükümden oluşur. Örnek olarak tespit edilen yasak bireysel hüküm ve şartlar değişken olup, sınırlı sayı kuralına tabi değildir. Özel kural niteliğindeki örnek yasak şartlar yetkili makamlarca bir liste halinde kanun veya yönetmeliklerde düzenlenmektedir. Nitekim, söz konusu şartlar AB Yönergesi m. 3/3, BGB § 308 ve 309 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (TSHŞHY)S Ek1'de tespit edilmiştir[25]. Ancak, TBK. m. 25'te kanun koyucu böyle bir liste belirlememiş, bunun yerine her özel olayda hakime takdir hakkına dayanarak durumu değerlendirmek üzere TMK. m. 1 ve 4'e dayalı genel bir yetki vermiştir.

[25] BGB § 308 ve 309'da 21, AB Yönergesi ve Yönetmelik Ekinde 17 örnek yasak şart belirlenmiştir.

Durum böyle olmakla birlikte, hukuk sistemimizde az da olsa Türk Borçlar Kanunu ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (BKKKK) ve TKHK'a dayalı olarak çıkartılan TSHŞHY Ekinde yasak (haksız) şart örneklerine yer verilmiştir. Nitekim, kiraya verenin teslim borcunu düzenleyen TBK m. 301'e göre, "Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz." Bu maddeye göre konut ve çatılı işyeri kiralarında kiraya veren, kiralananı sözleşmede kararlaştırılan tarihte teslim etmek zorundadır. Bu hüküm, emredici bir hüküm olduğu için kiraya veren sözleşmede belirlenen tarihi kiracı aleyhine değiştiremez. Değiştirirse, değişen hükümemredici hukuk kuralına aykırı olduğu için kesin olarak hükümsüzdür. Bu durumda söz konusu değişiklik şartı, ister özel işlem şartı, ister genel işlem şartı olsun, TBK. m. 25'e göre değil, TBK. m. 27/I'e göre hükümsüzdür. Buna karşılık, taraflar arasındaki sözleşme, konut ve çatılı işyeri kirası dışındaki bir kira sözleşmesi olup da kiraya veren kiralananın kararlaştırılan teslim tarihini bir genel işlem şartıyla değiştirme yetkisini kendisine saklı tutmuşsa, söz konusu şart, özel yasak bir şart olup, genel hüküm olan TBK m. 25'e göre değil, özel bir hüküm olan TBK. m.301'e göre hükümsüzdür.

Aynı şekilde, BKKKK m. 24/II'e göre, "Hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarı son ödeme tarihinde ödenmediği takdirde kart hamili ödenmeyen tutar için sözleşmede öngörülen gecikme faizi dışında bir yükümlülük altına sokulamaz." Düzenleyenin sözleşmeye, genel işlem şartıyla koyabileceği gecikme faizi dışında hükümsüz olacak yükümlülüğe, cezai şat örnek olarak gösterilebilir. Bunun gibi, aynı Kanunun 26/I. maddesine göre de, "Bir hasap dönemine ilişkin toplam borç tutarı veya hesap bakiyesi üzerinden, o döneme ilişkin hesap özetinin düzenlendiği hesap kesim tarihinden önceki bir tarih itibariyle faiz yürütülebileceğine ilişkin kayıtlar hükümsüzdür." Dolayısıyla, bu maddeye göre düzenleyen sözleşmede genel işlem şartıyla faizin işlemeye başlayacağı tarihi, hesap kesim tarihinden önceki bir tarihte başlattığı takdirde, söz ko-

nusu şart TBK. m. 25'e göre değil, özel hüküm niteliğindeki BKKKHK m. 26/I'e göre özel yasak hüküm olup, hükümssüzdür. Keza, BKKKHK m. 26/II'ye göre de "Temerrüt hali de dahil olmak üzere, kart uygulamasından doğan borçlarda bileşik faiz uygulanmaz." Aslında bileşik fazi şartı hukuk sistemimizde ilke olarak yasaktır. Dolayısıyla, böyle bir şart eassen TBK. m. 27'e göre hükümsüzdür. Bununla birlikte bu şart, söz konusu Kanunla da yasaklanmış olduğu için genel işlem şartına konu olursa, karşı taraf isterse, BKKKHK m. 26/II'ye göre de bu şartın hükümsüzlüğünü ileri sürebilir.

Bunların dışında kaynağını TKHK'da bulan TSHŞHY Ekinde belirlenen haksız şart örnekleri de, tüketici sözleşmelerinde doğrudan doğruya, diğer sözleşemelerde ise, dolaylı şekilde hakimin yararlanabileceği özel yasak şart örnekleridir. Aynı şekilde, hakim önüne gelen olaylarda AB Yönergesi Eki ile Alman Medeni Kanunu (BGB) § 308 ve 309'da[26] düzenlenmiş olan çeşitli yasak (kötüye kullanılabilir=haksız) şartlardan da yararlanabilir[27]. Zira, TMK. m. 1/I ve II'ye göre hakim hem hukuk yaratırken hem de karar verirken bilimsel görüşlerle yargı kararlarından yararlanır.

Uyuşmazlık konusu bir olayda genel hükümle yasak şart içeren bireysel nitelikteki özel hüküm çatışırsa, mesela TBK m. 25 ile TBK m. 301'in şatları aynı olayda gereçekleşirse, olaya uygulanacak hüküm, bireysel şartı içeren özel hükümdür[28]. Bunun nedeni, özel hükmün genel hükmü dışlaması ilkesidir.

III -İÇERİK DENETİMİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

İçerik denetimi sonunda denetlemeye tâbi tutulan hükmün, karşı tarafın aleyhine ve dürüstlük kurallarına aykırı bir hüküm olduğu an-

[26] BGB § 308'de hâkime takdir yetkisi veren özel yasak şartlar; § 309'da ise takdir yetkisi vermeyen özel yasak şartlar düzenlenmiştir.

[27] AB Yönergesi Ekindeki kötüye kullanılabilir şartlarla BGB 308 ve 309'dai yasak özel şartların liste halinde tam tercümeleri için bkz. Havutçu, Tüketici, sh. 223 vd.; Aydoğdu, sh. 263 vd.

[28] Brox/Walker, § 10, N.234.

laşılırsa, uygulanacak yaptırım TBK m. 25'te düzenlenmemiştir. Oysa, bu maddenin promodelini oluşturan BGB § 307/I'de bu tür genel işlem şartlarının tabi olduğu yaptırım kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Kesin hükümsüzlük yaptırımı, çok ilginçtir ki, TBK. m. 25'in gerekçesinde de öngörülmüştür. Nitekim, TBK. m. 25'in gerekçesinde, TBK. m. 27'de düzenlenmiş bulunan kesin hükümsüzlüğe atıf yapılmaktadır. Gerçekten de, madde gerekçesine göre; *"Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının 21 inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı, bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir."*[29] Gerekçede bahsedilen TBK. m. 27/II, c.1'den kasıt, kısmî kesin hükümsüzlüktür. Ne var ki, bu kadar önemli bir yaptırımın düzenleneceği yer maddenin kendisi olup, herhalde gerekçesi olmamalıydı![30] Çünkü kanun yapma tekniğinde ve hukuk normları metodolijisinde yasa hükümleri (kanun maddeleri), düzenlenen bir olgu ile buna bağlanan hüküm ve sonuçtan oluşur ve normun bu iki unsuru da yerlerini gerekçede değil, bizzat kanun maddesinde bulurlar. Neyse...

Hukuk sistemimizde tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlara uygulanacak yaptırım da kesin hükümsüzlük yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Nitekim, TKHK m. 5/II'ye göre, " Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. "

Toplumda geniş kesimleri koruma amacı güden yasal düzenlemelere aykırılığın yaptırımı, kesin hükümsüzlüktür. Genel iişlem şartlarını düzenleyen hükümler de geniş toplum kesimlerini koruma amacını güt-

[29] Gerekçe metni için bkz. Helvacı, İlhan, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu , İstanbul 2011, sh. 93-91.

[30] Atamer, Sempozyum, sh.61, 62-63; Havutçu, 178 vd.; Aydoğdu, sh. 133 vd.; Yelmen, sh. 157 vd.; Akman Alpaslan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Şartları, İstanbul Barosu Dergisi, C.86, Sayı. 5, sh.231 vd.

tükleri için bu hükümler, değiştirilemeyen, aksi kararlaştırılamayan emredici hükümlerdir. TBK. m. 27/I'e göre emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı ise, kesin hükümsüzlüktür. Dolayısıyla, bu açıklamalar ışığında dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulan genel işlem şartlarının yaptırımının da kesin hükümsüzlük olması gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, TKHK m 5/II'de kesin hükümsüzlük öngörüldüğü gibi[31], TBK m. 25'in gerekçesi ile promodeli BGB § 307'de öngörülen yaptırım da budur. Doktrindeki hakim görüş de kesin hükümsüzlük yönündedir[32]. Kesin hükümsüzlükten amaç, butlandır[33].

Hükümsüzlük, tam hükümsüzlük ve kısmi hükümsüzlük olarak ikiye ayrılır. Bu ayırım TBK m. 27/I ve II'de açıkça yapılmıştır. Yasal düzenlemeler genel işlem şartlarında kısmi hükümsüzlüğü öngörmüştür[34]. Nitekim, BGB § 306/I ve TKHK m. 5/II'de öngörülen hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlüktür. TKHK m. 5/II'ye göre, "Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur." TBK m. 22'de kısmi hükümsüzlük, yazılmamış sayılan genel işlem şartları yönünden de kabul edilmiştir. Böyle bir halde söz konusu maddeye göre sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur.

Burada öngörülen kısmi hükümsüzlük, TBK m. 27/II'de öngörülen kısmi hükümsüzlükten farklıdır. Çünkü, TBK m. 27/II'de öngörülen kısmi hükümsüzlükte, hükümsüz olan kısım olmaksızın sözleşme-

[31] Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (TSHŞHY) m.7'ye göre de; "Tüketicyle kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur."

[32] Köhler, § 16, N. 30; Brox/Walker, § 10, N.238; Atamer, Sempozyum, sh. 61 vd.; Havutçu, Ayşe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, 2011, sh. 29 vd.: Havutçu, Tüketici GİŞ, sh. 178 vd.; Aydoğdu, sh. 133 vd.; Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014, sh. 66; Yelmen, sh. 158.

[33] Eren, Borçlar Genel, sh. 333-334.1605

[34] Bunun karşı tarafı koruma dışındaki bir diğer nedeni de, işlem lehine yorum (favornegoti, favorcontractus), taraf iradelerine ve sözleşme özgürlüğüne saygıdır.

nin yapılmaysacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz sayılır. Oysa hükümsüz sayılan genel işlem şartlarını içeren bir sözleşmede, sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. (TKHK m. 5/II). Ancak, buradaki kısmi kesin hükümsüzlük, niteliği itibariyle aynı zamanda nispi kesin hükümsüzlük (nispi butlan) hali olup, bunu sadece sözleşmenin zayıf tarafı olan karşı taraf ileri sürebilir[35]. Bir sözleşme, taraflardan yalnız biri için kesin hükümsüz ise, bu tür hükümsüzlüğe nispi hükümsüzlük (tek taraflı hükümsüzlük-tek taraflı butlan) denir. Nispi hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı, sosyal içerikli sözleşmelerde sözleşmenin koruma altındaki zayıf tarafına aittir. Tüketici sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, kira sözleşmeleri sosyal içerikli, koruma amaçlı sözleşmeler olup bunlarda tüketici, işçi ve kiracı sözleşmenin zayıf tarafını oluturdukları için hukuken korunmaktadırlar. Genel işlem şartı içeren sözleşmelerde de bunları düzenleyen (veya kullanan) taraf karşısındaki taraf, ilke olarak sözleşmenin zayıf tarafı olup hukuki koruma altındadır. Bu nedenle, genel işlem şartı içeren sözleşmelerde kısmi hükümsüzlüğü yalnız karşı taraf ileri sürebilir. Kaldı ki, bunları düzenleyenin söz konusu şartları ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğini istemesi, çelişkili davranış, dolayısıyla hakkın kötüye lukullanılması yasağına aykırı olduğundan, hukuken korunamaz (TMK. M. 2/II).

Çok nadir bir ihtimal olmakla birlikte, kesin hükümsüz olan şartlar, sözleşmenin kurucu unsurları arasında yer alıyorsa, sözleşme kurulmamış sayılır. Buna karşılık, bazen en yüksek haddi aşan şart gibi, geçerlilik şartına aykırı bir şart, somut durumun özellik ve gereğine, karşı tarafın menfaatine göre, bir yasa hükmü uyarınca en yüksek had üzerinden geçerli olabilir[36].

[35] Eren, Borçlar Genel, sh. Aydoğdu, sh. 134.

[36] Bu bağlamda TTK. m. 1530/I hükmü bu duruma örnek gösterilebilir.

Kesin hükümsüz hale gelen şartlar, taraflar arasında uygulanma imkânını kaybeder. Bu şartların hükümsüz olmaları sonunda sözleşmede meydana gelen boşluk, somut durumun gereklerine göre ya hükümsüz hale gelen genel işlem şartının değiştirmek veya tanmamlamak istediği emredici veya düzenleyici (yedek) yasa hükümleri ile ya da TMK. m. 1/II uyarınca hakimin yaratacağı hukuk kuralıyla doldurulur.

IV- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR HAKKINDA YÖNETMELİK EKİNDEKİ HAKSIZ ŞART ÖRNEKLERİ

Bu Yönetmelik, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5 inci ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır. Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir. Bu listedeki şartlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğindedir.

Yönetmelik Eki (1)'e göre aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektirenşartlar,

e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkıvermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,

ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,

h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflıolarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğiniöngören ve nihai bedelin,

sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkıveren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekli şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,

m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,

n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar.

Prof. Dr. Aydin Zevkliler : Çok değerli Profesör Fikret Eren, kıymetli ağabeyimin tebliği için çok teşekkür ediyorum. Burada dikkat ettim, fakültede ders verirken de öğrencilerine öyle tane tane anlatır ve kafalarına sokar ki hayran kalırsınız. Kitapları çok ağırlıklı teorik felsefi yani yoğun olan ama bütün uygulayıcılara da yol gösteren birer yapıttır. O bakımdan bu oturumda verdiği tebliğde zannediyorum ki söylediklerini anlamayan kimse kalmamıştır. Yalnız bir hususa değinmek istiyorum. Burcuoğlu kardeşim önceki oturumda, ne zaman BGB'den bahsedilse hemen havaya fırlıyordur. Sonra Sayın Eren konuşmasında dedi ki tarihsel bakımdan önce İsviçre'de filizlenen Tüketici Hukuku le ilgili kurallar, sonradan alman hukukuna ithal edilmiştir. Aklıma hemen TBK-TMK komisyon çalışmaları geldi Biz o komisyonla Haluk ile hazırlık çalışmalarındaydık.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu: Samimi söylüyorum, biz hepsinden iyiyiz.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler: Bu oturumun bir ayağını İsviçre Neuchâtel'de yapmıştık. Orada Meyer Hajo ile şahsen tanıştık ve tartıştık. Bizi dinledikten sonra dedi ki: "Medeni Kanunu siz bizden aldınız ama görüyorum ki şimdi bizden ileri gittiniz." Bu oturumda Prof. Veysel Başpınar da bir tebliğ verecekti; ama Fikret Eren hocamız ikisi adına konuştu. Şimdi teşekkür edip Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gökhan Antalya'ya sözü veriyorum.

İÇERİK DENETİMİNE İLİŞKİN TBK.M.25 HÜKMÜNÜN TAMAMLANMASI

Prof. Dr. Gökhan Antalya: Sayın başkan, değerli öğretim üyeleri, sevgili öğrenciler ve sevgili mektaşlarım ben mümkün olduğu kadar ana başlıklar şeklinde geçeceğim; gerekçelendirme ve detaylandırmayı takdirinize bırakacağım. Benim konum 25. maddenin içerik denetimi. İçerik denetimindeki dürüstlük kuralı ile içerik denetimine ilişkin kanunun getirmiş olduğu olguları ne şekilde anlayacağız ve bunları mukayeseli hukuktan biraz esinlenerek iç hukukta getirilmiş birtakım düzenlemeler ile nasıl doğrulayacağımız konusundaki sorulara cevap arayacağız. Kanuna baktığımızda içerik denetimiyle ilgili olan 25. madde iki şartı öngörmektedir: 1) Dürüstlük kuralına aykırı olmayacak. 2) Karşı tarafın aleyhine ve onun durumuna ağırlaştırıcı nitelikte hüküm konulamaz. Gerekçede de açıkça yazıldığı üzere bu madde 307. maddenin 1. fıkrasından esinlenilerek alınmıştır. Alman hukukuna baktığımızda 1. fıkrayla bizim maddemizin paralel olduğunu düşünüyoruz. Çeviri açısından bazı farklılar var. Bu farklılıklardan bir tanesi "orantısızlık, dengesizlik" diye bir kavrama bizim kanunumuzun yer vermemesidir. Yine 307. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "açıklık ve anlaşılabilirlik" ilkesine kanunumuzun yer vermediğini görüyoruz. Hemen arkasında da 307. maddenin 2. fıkrasında da hakimin değerlendirmeye esas alacağı temel kriterlerin bizim maddemizde bulunmadığını görüyoruz. Zaten amaç sözleşme adaletini sağlamak ve bu sayede sözleşme özgürlüğünün içeriğine ilişkin sınırlama getirmek suretiyle sözleşme özgürlüğü gerçekleştirebilmek. Öncelikle bizim maddemizi, Alman Medeni Kanunu 307. maddenin 1. fıkrasını incelemek gerekir. Dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsediyor. Dolayısıyla genel norma yani ikinci maddeye bakmak gerekir. İkinci maddeyi birinci fıkrayla birlikte mi ele almalıyım bu tartışmalara girmiyorum ama orda görüyorum ki hakkın "açıkça" kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz diyor. İkinci maddenin niteliği itibariyle hakime direktif veren bir hüküm olduğu ve bu hükmün de denetleme hükmü olduğu herkesçe kabul edilmektedir. Buradaki "açıkça" ifadesi 25. madde de kullanılabilir mi? Evet. Her dürüstlük kuralına aykırılık değil, açık dürüstlük kuralına aykırılık olması lazım. Tüketici

Kanunu'nda yer aldığı üzere dengesizlik önemli değilse elbette içerik denetiminin yaptırımı uygulanabilecektir. Öyleyse dürüstlük kuralına getirilen yorum ve onun hakkın kötüye kullanılmasıyla olan ilişkisini gözardı etmeden 25. maddeyi yorumlayamayız. Peki dürüstlük kuralına aykırılık nedir? Bu sorunun cevabı yok. Dürüstlük kuralına aykırılık olarak 307. maddenin ikinci fıkrasının alınmasını alt komisyonda tartıştık fakat uygulamayı bırakalım dedik. Fakat TTK m. 55/1-f'de haksız rekabet ile ilgili olarak bu madde karşımıza çıktı. Haksız rekabet ile ilgili madde İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunun 8. maddesinden alınmadır. TTK m. 55/1-f şöyledir: Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır: f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur. Yanıltıcı kelimesini atacak olursak Alman Medeni Kanunu m. 307'nin ikinci fıkrasıyla birebir aynı olduğunu görürürüz. İki temel kriter getirmektedir: 1. Kanunun uygulanacağı yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma ki bu hangi halde söz konusu olur? Tipik sözleşme söz konusuysa. Tipik sözleşme değilse ikinci bende bakılır o halde de sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde sapma. Tarafların sözleşmeden bekledikleri yararların, hak ve yükümlülüklerin dağılımına ilişkin bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir ve bu değerlendirmeyi hakimin yapması gerekir. Bu değerlendirme sonucunda bir dengesizliğin olması ve bu dengesizliğin de önemli ölçüde olması gerekir. Özetle içerik denetimiyle ilgili olarak genel hüküm olan 2. maddeye elbet bakarız ancak bize temel kriterleri veren bir TTK m. 55 vardır. Bu maddeyi genelleştirmek suretiyle TBK'ya uygulama imkanına sahibiz. 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesi tüketici sözleşmelerinde kötüye kullanılan kayıtlarla ilgilidir. Yönergenin 4. ve 5. maddeleri 77 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran ve onun yerine yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6 ve 7. maddelerini oluşturmaktadır. 6 ve 7. maddeler sözleşmenin haksızlığının öncelikle hangi ana göre belirleneceğini ortaya koymaktadır. Bu düzenleme de içerik denetimine ilişkindir ve TBK'da buna ilişkin

bir hüküm yer almamaktadır. Değerlendirme anı itibarıyla TKHK'ya göre sözleşmenin kuruluş anına göre sözleşme şartlarının haksızlığı belirlenecektir. Değerlendirme yaparken dikkate alınması gereken olgular nelerdir? 6. maddede haksızlığın veya dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesinde temel alınacak olgular yönergeye paralel olarak düzenlenmiştir. Bir, sözleşme konusu mal ve hizmetin niteliği yani sözleşmenin niteliği (Sözleşme içerisinde yer alan asli edimlerin niteliği). İki, sözleşmenin kurulması anında var olan şartlar. Üç, sözleşmenin diğer hükümleri demek ki sözleşmeyi bir bütün olarak ele almak gerekir (Bağlı ve ilgili sözleşme hükümleriyle ele alınması gerekir) Peki neler değerlendirmede dikkate alınmaz? Bu önemli. TKHK'nin 7. fıkrası "sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde" diyor ve devam ediyor. Ondan hareketle bu hükümleri nereye transfer edebiliriz? 25. maddeye, dürüstlük kuralına aykırılıkta dikkate alınmayacak hususlar arasına. Fikret hocamızın dediği gibi denetim asli edim yükümleri dışında kalan hususlarda söz konusu olur; asli edimler katiyetle genel işlem koşulları olarak hiçbir denetime tabi değildir. Öyleyse ordan hareketle, bir, asli edim yükümlülükleri arasında, iki, mal veya hizmetin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek haksız şarta ilişkin genel işlem koşulu hükmünün getirmiş olduğu hükümdeki mal ve hizmetin değeri, piyasa değeri ile sözleşmede belirtilen fiyat arasındaki denge. Bunları dikkate almıyor. Yani birdeki asli edim yükümlülükleri arasındaki değiş tokuş söz konusu mesela tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede özellikle bunlar arasındaki ilişki ikideki mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmedeki belirlenen değer arasındaki denge. Demek ki biz bu hususları değerlendirme anlamında dikkate almayacağız. Aynı konuda düzenlenmiş, unsurları aynı olmasa da birbirine çok benzeyen yargısal denetime ilişkin yaptırımı aynı olan iki farklı kanundaki hükümleri bir bütün haline getirip, o hükümlerde boşluk olan noktalarda diğer kanun hükümlerinden yararlanma şansına sahip olabiliriz.

Bununla ilgili bir konuya daha geçmeden yine ana nokta itibariyle bir şeyi daha belirtmem lazım. Biraz evvel ilk konuşmamı yaptığım vakit demiştim ki 307. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi bizde paraleldir ama 2. cümlesi bize alınmamıştır. Ancak yine açıklık ve anlaşıla-

bilirlik kuralını da TKHK'da görmekteyiz. Bu da genelleştirilerek TBK hükümlerine transfer edilebilir. Yine kısa bir nokta üzerinde durmak istiyorum. Borçlar Kanununun getirmiş olduğu genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin unsurlarla lütfen 5. maddenin birinci fıkrasındaki unsurları mukayese edin ve bu mukayese sonrasında 25. maddeyi yorumlarken TKHK'nın 5. maddesini birinci fıkrayla paralel ve bir bütün olarak anlayıp aynı yorum anlayışıyla konuya yaklaşmamızın da bir fayda olacağını düşünmekteyim. Süre sınırlandı ama bununla ilgili bir konuyu daha belirtmeden geçemeyeceğim. Elektronik haberleşme sektöründe tüketici hakları hakkında yönetmelik vardır. Bu yönetmeliğin 17. maddesi de haksız şartı tanımlamıştır ve burada getirilen tanımla tüketici sözleşmelerine ilişkin haksız şartın tanımı paraleldir ve isabetlidir. Temel kriter açısından da özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Buna göre: Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, kendisinden ayrılınan kanuni düzenlemenin temelinde yatan asli düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşme doğasından gelen temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyorsa, bu kaydın dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak abone aleyhine olduğu kabul edilir. Dengesizlik ve orantısızlığın önemli olduğu buralarda da yer almaktadır. Belki de hakkın kötüye kullanılmasına gitmeden buralardan hareketle de dengesizliğin önemli olması gerektiği sonucuna da varabiliriz diyerek konuşmama son veriyorum.

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER: Sayın Gökhan Antalya'ya da tebliği için teşekkür ediyorum. Programa baktığımda Gökhan Antalya'nın adının yer aldığını da gördüm ve "Eyvah, ben yandım" dedim; çünkü Gökhan Antalya o kadar ayrıntılı düşünür ve inceleme, araştırma yapar ki bu gibi sempozyumlarda ona sözü verirseniz beş kişilik konuşur, bir türlü durduramazsınız. Ama bugün hem süreye uydu hem diğer tebliğcilerin tebliğ konusuna taşmamayı sağladı, ona özen gösterdi. O bakımdan çok çok teşekkür ediyorum. Şimdi de programda yer alan Gökhan Antalya'dan sonraki çok değerli meslektaşım Prof. Dr. Yeşim Atamer'e söz vereceğim. Kendisi Tüketicinin Korunması Hukuku konusunda ehil bilim adamlarından birisidir ve gerek yayınlarıyla gerek konuşmaları, verdiği derslerle bu konuda gerçekten haklı olarak isim yapmış bir

meslektaşımız. Tebliğini sunmak üzere sözü kendisine devrediyorum. Kendileri Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir.

İÇERİK DENETİMİNDE ÖZEL BİR DURUM: FİYATA ETKİ EDEN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Yeşim ATAMER: Öncelikle ben de teşekkür ederek başlamak istiyorum, hem Yaşar Üniversitesi'ne hem de değerli meslektaşım, yıllardır aynı alanlarda çalışıp bir türlü tanışamadığım Ayşe Havutçu'ya. Gerçekten çok önemli bir konu, yıllardır herhalde ikimizde bu konularda dirsek çürüttük. Değerli hocalarımla burada beraber bulunmak benim için büyük bir şeref, değerli meslektaşlarım da yine aynı şekilde. Meslektaşlarıma, öğrencileri de dahil etmek isterim açıkçası. İzin verirseniz demin ki Alman hukukuyla ilgili gitgellere ilişkin olarak bir küçük noktaya değinerek ben de başlamak isterim; özellikle de genç arkadaşlar için. Hukuk bir bilimdir, tıp da bir bilimdir. Bilimin de ülkesi yoktur,bilimin sınırları da yoktur; dolayısıyla tabiki Türk hukukunda, Türk parlamentosunun çıkardığı çok değerli yasaların olduğundan hiç şüphemiz yok, dünyada da aynı şekilde var. Hepimizin ulaşması gereken en üst düzeydir. O en üst düzeye bizim Türkiye'den bir katkımız olabilecekse, o en iyiyi yapma yöntemi yabancı dilde yayın yapmaktır. Yabancı yayın yapmak konusunda da yeni gelen, genç meslektaşlarım eminim ki üzerlerine düşenleri yapacaklardır. Bu sayede Türk hukuku da dünyada hak ettiği yeri bulacaktır; çünkü sınanmak lazım. Sınanmadığımız zaman, kapalı kaldığımız zaman iyi misiniz kötü misiniz çok da anlamak açıkçası bilimde mümkün olmuyor. Şimdi benden önce konuşan hocalarım açıkçası, benim işimi baya kolaylaştırdılar, çünkü önemli birkaç tane husus vurgulandı. Dendi ki genel işlem koşulları içinde bir denetim yapıyoruz, içerik denetimi yapıyoruz ama bazı şeylerin içerik denetiminde hiçbir şekilde el sürülmediğini söylediler. Bunlar dediler asli edim arasındaki dengedir. Asli edimlerden kasıt nedir? Asli edim yani bir yapma, verme, yapmama borcu gibi düşününüz. Karşılığında da verilen fiyattır. O yüzden zaten bu tebliğin konusu, fiyat denetimi genel işlem koşulları içinde yapılır mı? Ne zaman yapılır? Nereye kadar yapılır? Şimdi bununla ilgili çok ciddi sorun yaşadığımızı hepimiz biliyoruz

türkiye'de. Kredi kartı yıllık ücretlerinin denetiminden başlamak üzere, faiz denetimiyle ilgili olarak, bankaların ücretleriyle ilgili olarak, yarının konusu olacak mesela sigorta sözleşmelerinde ki edim/karşı edim içeriklerinin belirlenmesiyle ilgili olarak çok ciddi bir sorun yaşıyoruz. Dolayısıyla da bu sorunu acaba nasıl çözmek gerekir noktasında her zamanki gibi aslında kural ve istisnayı iyi oturtmamız lazım. Şimdi kuralımız bizim şu; Türkiye cumhuriyeti anayasası ve baktığınız zaman ilgili yasaların hepsi diyor ki ben bir liberal ekonomik modelde yaşıyorum burada. Sosyal devlet, liberal ekonomik model. Ne demek bu? Sözleşme özgürlüğü anayasa madde 48 çerçevesinde garanti altına alınmıştır. Yani gelişi güzel, istendiği zaman müdahale edilmez sözleşmelere. Sözleşmeler taraflar arasında bakıldığında, yasa hükmündedir. Dolayısıyla da fiyata özellikle müdahale edilmez. Neden? Çünkü herhangi bir ekonomist burada oturuyor olsa zaten bunu niye tartışıyor hukukçular diyecektir bize, çünkü bunu piyasa belirler. Yani rekabetin olduğu bir ortamda en doğru fiyatın piyasada oluşacağını tabi yine 36'da zaten söylemişler. Dolayısıyla da bunda değişen aslında değişen hiçbir şey yok. Fakat biz buna rağmen biliyoruz ki yeri geldiğinde fiyatla ilgili olarak, yasamanın müdahaleleri olabiliyor. Mesela ne olabiliyor? İlaç piyasasına müdahale ediyor, rekabet var mı? Var. Buna rağmen ediyor. Neden? Hepimiz biliyoruz, belirli insanı koruma, sağlık kaygıları nedeniyle. Öyle bazı alanlar var ki, dışarıdan baktığınızda rekabet var. Neden? Çok sayıdalık var. Ama buna rağmen rekabet gereği gibi işlemiyor, gereği gibi sonuç doğurmuyor. Piyasa aksaklıkları var. Buna bir örnek olarak mesela, kredi kartı faiz oranlarını verebiliriz. Yine yürütmenin müdahale etmek zorunda kendisini hissettiği 2006'daki kanunla beraber, merkez bankasına kredi kartı faiz oranlarının, üst haddini belirleme yetkisi verdiği bir alan. Diyeceksiniz ki faiz aslında normalde rekabet niye işlemesin ki yani? Insanlar mukayese edebilir. Çok haklısınız ama kredi kartı maalesef öyle bir örnek değil. Bugüne kadar yani 10 yıldır aşağı yukarı, kart monitörün yaptığı istatistiksel araştırmada ortaya çıkıyor ki, kredi kartı faiz oranlarına duyarlılığımız 8. Sırada. Seçim tercihlerimiz 8. Sıra. Yani 1. Sırada bonus, 2. Sırada mil, 3. Sırada vale servisi gibi. Dolayısıyla piyasada sizin hiç algılamadığın bir şeyle ilişkin hiç rekabet olmaz. Rekabet olmadığı zamanda fiyat ne yapar? Suni bir şekilde patlar. 2006'daki mü-

dahale öncesi nitekim kredi kartı faizi oranlarıyla, tüketici kredisi faizi oranları arasında makas 8 kayıyla 16 katı arasındaydı. Piyasanın harika işlemesi gerektiğini düşünebileceğimiz bir alan aslında gördüğünüz gibi piyasa aksaklığı. O yüzden devletin bazı yerlerde müdahale etmesi gerekliliği olabilir. En klasiği tabi ki en sonunda yazdığım, rekabetin hiç olmadığı tekel alanındaysanız, mecbursunuz tabiki. Ama prensip itibariyle demek ki aslında fiyatla ilgili düzenlemeyi, yürütme gerekirse yapar, onun dışına ne yapar sadece, rekabeti korumak için, rekabet kurumu ihdas eder ve onu gereği gibi çalıştırır. Buna karşılık ne olmaması gerekir bir piyasa ekonomisinde? O da fiyatın yargısal denetimi. Neden? Çünkü biz hukukçular fiyattan anlamayız birşey. Doğru fiyatın ne olduğunu bilmeyiz. Bilmemiz de beklenemez. Elimizde zaten buna ilişkin veri yok, bir merkez bankasının, bir bddk'nın vs. elinde olacak verilerin bizde olması beklenemez. Ikincisi yargısal denetim kural olarak topluluk davasını şimdilik bir kenara bırakalım. Kural olarak bakıldığında, tekil sonuç doğurur. Yani bir milyon kez aynı sorun varken, belki beş tane davanız vardır. Beşinde çözüm üretirsiniz, geri kalan bütün davalar kalır. Dolayısıyla da adalet görevini de gereği gibi zaten yerine getiremez yargısal bir denetim. O açıdandır ki, yine fikret eren hocam bahsetti tabi, bizim genel denetim normlarımız gabin, ahlaka aykırılık, yeri geldiğinde bir fiyat denetimi için de kullanılabilir ama çok istisnai ve tekil olaylar içindir. Buna karşılık genel işlem koşulları çerçevesindeki gibi bir denetim için, yani binlerle kullanılan bir sözleşme için hiç elverişli bir araç değil. O yüzdendir ki zaten yine gökhan antalya hocamın demin okuduğu gibi ve muhakkak ki borçlar kanunu 25 çerçevesinde uygulanması gereken, tüketici kanunu madde 7 diyor ki; ey hakim diyor genel işlem koşulu kisvesi altında fiyat denetimi yapma sakın ha. Bu piyasa ekonomisine aykırıdır. Bu hükmü tabi birebir biz avrupa birliği yönergesinden tercüme etmek suretiyle aldık. Şimdi buna ilişkin bir sakıncalı bir uygulama örneği olarak mesela 13. Hukuk dairesinin bir kararını size okuyayım burada çok kısa; "Bankanın kart aidat ücretlerini belirlerken, iyiniyet kurallarına uygun davranıp davranmadığı denetlenmeli." Nasıl bir iyiniyetten bahsediyorsak, "Hakkaniyet kuralları gözetilmeli, gerekirse bu konuda aralarında bankacılık uzmanı olan kişilere sorulmalı vs." böyle birşey olamaz. Kredi kartı yıllık ücretinin ne zaman alınabileceği, ne

kadar alınabileceğini belirleyecek olan piyasadır. Nitekim Yargıtayında biliyorsunuz bu konudaki ciddi eleştiriler sonrası içtihadı değiştirmiştir. Kredi kartı yıllık ücretlerinin alınması konusunda bugün türkiye'de herhangi bir tartışma yoktur. Burada bir küçük parantez açayım, burcuoğlu hocanın karşısında sunuş yaparken bir anda banka avukatlığıyla suçlanmak istemem, sene 1993'ten beri tüketici hukuku üzerine çalışıyorum çünkü, baya olmuş farkındaysanız. Dolayısıyla burada kast ettiğim benim, dengedir. Yani tüketici ne kadar korunacaksa, piyasa da korunmak zorundadır. Çünkü aksi takdirde bu, tüketiciye maliyet olarak geri gelir. Maalesef yasa koyucumuzun çok sık kaçırdığı birşeydir bu. Ben burada koruyorum, baskılıyorum dediğiniz anda ne olur? Öteki fiyatlar öyle bir çıkar ki eh korumak istediğiniz kişi o koruma için para veriyor durumuna düşer. Dolayısıyla bu değil çözüm. Şimdi kural bu. Peki istisnamız nedir? Yargı yoluyla fiyat denetiminin yapılabildiği haller, tekil, gabini dediğim gibi bir kenarda bırakırum, o zaten 1881 isviçre borçlar kanunundan beri var. Peki istisnanın birincisi, birazdan ele alınacak olan çok yüzeysel değineceğim ben zaten, saydamlık kuralına, yine hocamın almış olmasına çok sevindim saydamlık kuralı da kesinlikle 25. madde içine aktarılması gereken bir kuraldır. Biraz değineceğim. İkincisi de dolaylı yoldan fiyat belirleyen genel işlem koşulları. Ne demek beraberce bakalım sizlerle. Şimdi öncelikle saydamlıktan kastımız şudur; rekabet olmalı dedik fiyatla ilgili olarak. Ama siz bana şu edimin karşılığı şu kadardır derseniz, o zaman ben aynı edimleri alırım, mukayese ederim, benim için en ucuz olanı tercih edebilirim. Burada saydamlık vardır. Fakat hepimiz biliyoruz ki piyasa da saydamlığın sağlanamadığı edim belirlemeleri var. Neden? İşte bunu şöyle alırsan şu kadar, üzerine bunu eklersen bunu kadar, bir yıllık da bir de bunu sunarsak bu kadar. E, peki ne kadar bu mal? Hepsi beraber toplayabiliyor muyum ben? Hayır toplayamıyorum. Örenğin ne? Piyasa ayrıştırmasında birazdan göreceğiz. Yani fiyatın açık ve anlaşılır bir şekilde verilmesi halinde denetleyemezsiniz. Bu şekilde verilmediği takdirde ki tüketici kanununda tam söylediği bu, açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla fiyat denetimi yapılamaz. Bu yapılmadığı takdirde el mahkum ne olaak? Yargısal bir denetim yani o fiyat klozuna dikkat edin, beş lira çok fazla değil. Bunun beş lira olduğu anlaşılmıyor. Bu denetimi yapılması gerekecektir. Ve bu genel

işlem koşulları içinde tekrarlanan bir sorunsa eğer, tabi ki aslında bunu çözmenin yegane yolu, topluluk davasıdır. Bugüne kadar 2015 türk hukukunda hala gerçekleştiremediğimiz topluluk davası. Saydamlık kuralına aykırı fiyat, göstermek genel işlem koşulları içinde, aynı zamanda aklımızda olsun, yeni tüketici kanunu çerçevesinde haksız ticari uygulama sayılır. Çünkü neden? Çünkü rekabeti de bozuyor tabiki bu. Rekabeti bozucu bir davranıştır fiyatın aslında anlaşılmaz olması. O açıdan da bakıldığında da ayrı bir denetim uygulanacaktır. Şimdi fiyata dolaylı yoldan etki eden hükümlerde denetime tabi olacaktır. Bunlarla ilgili örnek vermek bana daha doğru gözüküyor. Hemen almanlardan başlamayayım dedim, o yüzden öncelikle 28 tane avrupa birliği ülkesi için karar veren avrupa topluluk mahkemesi kararlarına beraber bakalım. Bizim aslında yabancı olmayacağımız kararlar. Diyor ki; yabancı para birimi üzerinden bir tüketici kredisi sözleşmesi akdetmişsen diyor, döviz dönüşüm kuruna ilişkin genel işlem koşulları içindeki düzenlemeyi yeri geldiğinde denetlerim. Eğer açık, saydam değilse. Doğal gaz tedarik sözleşmesi, bu arada kararların ne kadar yakın tarihli olduğuna dikkatınızı çekmek isterim, daha önce çok karar vardı ben yakındakileri aldım değil, şu anda avrupa topluluk mahkemesinin en büyük sorunu genel işlem koşulları içinde fiyat denetimi konusunda gelen 28 üye başvurusu. Bir diğeri, doğal gaz tedarik sözleçmesinde diyor ki; doğal gaz fiyatını tek taraflı olarak değiştirebilir. Bu da aslında bakıldığında fiyatla alakalı birşey değil. Nedir sorun? Tek taraflı değiştirme yetkisi. Ben bunu ancak haklı sebep gösterirsen izin veririm. Yine bildiğimiz bir değer yargısı. Satıcının ödemesi gereken belediye vergisini, sözleşmede ne yapıyorum ben? Alıcıya aktarıyorum, diyorum ki bu vergiyi alıcı ödeyecek. Konut finansmanı sözleşmesinde bankaya temerrüd faizi oranını tek taraflı belirleme yetkisi verilmesi. Hepsinin fiyata etkisi doğrudan değil gördüğünüz gibi. Dolaylı olarak, dolayısıyla da genel işlem koşulları içinde denetlenmeleri mümkündür. Gelelim almanlara. Niye almanlara özellikle bakıyoruz? Çünkü bu borçlar kanunu kendisi, ilgili maddelerin gerekçesinde demiş ki, biz almanlardan aldık bu kuralları o yüzden onlara bakmakta fayda olduğunu düşünürüm. Ryan Air havayolu diyor ki. Ben diyor nakit ödeme kabul etmem sadece kredi kartı alırım. Peki deniyor. Buna güzel, hiçbirşey diyemeyiz genel işlem koşulları içinde ama diyor

her kredi kartıyla ödemedebir de dört euro alırım a bu olmaz. Neden? Çünkü bana bir de aynı zamanda o zaman bu tarzda ek bir ödeme olmaksızın asıl fiyatı ödeme imkanı, kapısını açmanız lazım diyor alman federal mahkemesi. Yine bizde uygulanıyor mu bilmiyorum ama tahmin ediyorum uygulanıyordur. Telekom bağlantısını mı sonlandıracaksınız, ne yazıyor genel işlem koşullarında ayrıca bir de otuz lira ödemeniz lazım. E ben çıkıcam sözleşmeyi fesih hakkım var, yok diyor sonlandırmak için ayrıca alıyoruz sizden para. Bankalara geliyoruz. Teminatların idaresi, satılması veya kaldırılması için ipotek fek ücreti mesela hatırlayınız, alınacak ücretler denetlenir diyor. Veya demin gördüğümüz doğal gibi sürekli edimli sözleşmede, tedarik maaliyetinin artmasına bağlı olarak doğal gaz, elektrik, telefon ne ararsanız hepsinde otomatik olarak fiyatı arttırma hükümleri denetlenir. Şimdi bunlarla ilgili olarak herhalde büyük ölçüde mutabakat var diyebiliriz. Bugün türk hukukuna bakıldığında, yargıtayın sabahta anıldı, genel işlem koşulları denetimi, bir anda 2012'de zembille inmiş gibi bir tavır içinde olması tabi çok hayretlere şayan. Neden? Çünkü 1977'de, şaşırtıcılıkla ilgili verilmiş olan Yargıtay kararı var. Kamu düzeni, ahlaka aykırılıkla ilgili denetlemiş yargıtay senelerce genel işlem koşullarını, şimdi bir anda böyle kendisi çok şaşırmış gibi, ilk defa sanki bu hükümleri görüyormuş gibi bir algı içinde çok yanlış. Bu dediğim örnekler tarzı denetim hep uygulandı. Sonraki yıllarda çok yaşadığımız bir sorun ise, fiyatlarla ilgili bu sefer tam tersi, ayrıştırılma yani demin saydamlıkla alakalı olarak söylediğim bir soruna geliyoruz. Örnek vereyim size. Kredi faizi ne kadar tartıştığımızı biliyorsunuz, kredi tahsis ücreti. Acaba bu ikisini ayrı ayrı mı söylemek lazım? Yoksa kredi tahsis ücreti faizin içinde mi olmalı? Aylık digiturk kullanım ücreti-uydu alıcısı ücreti, internet satımında satın aldığınız malın ücreti-nakil ücreti, bana postayla gelecek, uçak bileti bedeli-uçakta yemek ücreti. Di mi? Uçuş pararsı ayrı, yemek ücreti ayrı. Hesap işletim ücreti-havale ücreti. Şimdi bunların üzerinde bir düşünecek olsak, bu ayrıştırma, fiyat ayrıştırması nerede yapılıyor? Genel işlem koşulları içinde yapılıyor. Peki acaba bunlara ilişkin olarak değer yargımız ne olsun? Iyi midir, kötü müdür? Kural, fiyat ayrıştırılması otomatik olarak kötü birşey değildir. Tam tersine fiyat ayrıştırılması, yeri geldiğinde çapraz sübvansiyonu engeller çünkü. Uçak örneğini düşününüz lütfen. Ben sabah uçacağım gel-

dim buraya, akşam geri döneceğim. Mesela gökhan hoca öyle, hiçbir valiz yok birşey de yemek istemiyor. Onun oturup, tüm parayı vermesi kimi çapraz sübvanse eder? Beş tane valizle gelip, orada bir güzel de yemeği yiyen kişiyi sübvanse eder. O yüzden deniyor ki, burada aslında bir ayrıştırma yapılması uygun. Havale örneğini düşünün. Ben bir öğrenciyim, zaten kıt kanaat param var bankada, belki ayda bir tane havale yapıyorum, otomatik ödeme talimatım var. Benden alacağınız ücretin o havaleyi de kapsayacak şekilde bir külli ücret olması halinde, ayda benim gibi belki otuz beş kırk havale yapan insanla mukayese edildiğinde, onun çok fazla birşey ödemesi anlamına gelecek. Ne yapacak? O beni çapraz sübvanse edecek. Dolayısıyla fiyat ayrıştırması yeri geldiğinde anlamlıdır. Yargının test etmesi gereken nedir? Bunun aslında hiç gerekli olmadığı ve saydamlık kuralını ihlal etmek için yapılmış olan ayrıştırmayı tespit etmektir. Yani kalem kalem saymanın sonucu, kafam karışıyor, toplayamıyorum. Bu da yine tabi ki dünyada, her yerde görülen bir sorun sadece bizde değil. Ben asıl rakamı anlayamıyorum. Anlayamadığım için piyasadaki en ucuz aktöre gidemiyorum. Gidemediğim için rekabet bozuluyor, fiyatlar suni bir şekilde şişiyor. Ne zaman söz konusudur acaba bu? Yine burada bizim tüketici kanununa gelmiş olan madde 4'e bakalım. Bu bir genel işlem şartları sorunu, madde 4'te yer aldığı lütfen sizi şaşırtmasın. Diyor ki tüketiciden kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bu kriterler nereden geldi diyeceksiniz. Bunların hepsi almanya'dan geldi. Maalesef böyle. Almanyadaki yargı kararlarından, almanyadaki bir yasa kuralından değil ama almanyada geliştirmiş yargı kurallarını biz burada bir yasa hükmüne çevirmiş hale geldik. Neden bunu yaptık? Çünkü çok ciddi bir akut sorun vardı. Biliyorsunuz hergün basına yansıyan bankacılık ücretleri, şöyle bankalar, böyle bankalar, öyle alıyorlar, bunu alıyorlar, ne yapalım şeklinde. Bu hüküm geldi, ama arkasından altına bir ekleme daha geldi. Dendi ki bankacılık ücretlerini bddk belirler. Ücret miktarı olarak değil, kalemleri itibarıyla bddk belirler. Dolayısıyla aslında bakıldığında ilk fıkranın bir manası kaldı mı diye sorabilirsiniz ama benim şahsi kanaatim var. Tekrar ediyo-

rum bankacılık söz sürede hallediyor olacağız ama çok ciddi sorun sigortada çıkacak karşımıza. Benim verdiğim primin karşılığı nedir acaba sigorta kapsamı mesela? Değil mi? Bununla ilgili olarak yasa hükmü aslında birkaç fikir veriyor. Bakalım yine yargı kararlarına bizimkilerle örtüşüyor mu? Diyor ki almanlar, kredi sözleşmesi çerçevesinde hesap işletim ücreti alamazsın. Çok doğru aynı şeyi ne yaptı? Tüketici kanununa da geldi. Neden? Ben birisine borç para verdiğimde, o bana aylık geri verdiğinde de mesela, ben bakkaldan defter aldım o defterin parasını ver bana diyor muyum? Demiyorum. Ben kredi vermişim, o krediyi elden mahsup nasıl aldığıma ilişkin notlarımın parasını tabiki bir zahmet ben ödeyeceğim diye düşünüyoruz. Müşteri hesabına para yatırılması ve çekilmesi. Neden? Burada söz konusu olan vedia sözleşmesidir. Zaten benim bunun kapsamında sayılacak olan bir yükümlülüğüm var. Teminatların idaresi, satılması, kaldırılması, hatırlayınız ipotek fek ücreti daha sonra ipoteğin tesisi ücreti ve kaldırılması ücreti hepsi aynı. Neden? Diyor ki alman federal mahkemesi, niye alıyorsun ipotek? Kendini güvence altına almak için, niye bunun maliyetini karşı tarafa o zaman yüklüyorsun? Bir manası yok alamazsın diyor bunu. Hesap bildirim cetveli ücreti, kredi veya banka kartının bloke edilmesi ücreti. Dikkat, kredi tahsis ücreti. 13 mayıs 2014, yani bir sene önce aşağı yukarı baktığınızda alman federal mahkemesi, yargıtayın vermiş olduğu kararın aynısını verdi. Dedi ki; kredi tahsis ücreti faiz dışında alınamaz. Fazin içine bunu işleyeceksin. Faizin içinde bunu nasıl belirlersen belirle beni ilgilendirmez. Alma demiyorum diyor, ama bana bu tarzda bir fiyat ayrıştırması yapma, o zaman ne oluyor elmayla armut mukayese edilemez oluyor ve geriye dönük on sene iadesine dedi. Şu anda alman bankaları da aynı sorunla karşılaşıyor. Bir de ileriye dönük olarak perspektif sunayım. Avrupa birliği mahkemesi önünde de aynı sorun vardır. Yani 28 ülkeden, buraya başvurular sonucunda 2015 içinde karar çıkması bekleniyor. Oradan da büyük ihtimalle aynı sonuç çıkacak. O zaman bu çerçevede bizim bddk'nın belirlediği ücretlere bakacak olsak diyip bitireceğim. Aslında göze batan rahatsız edici birkaç tane var. Diyor ki, bireysel kredilerle ilgili olarak tahsis ücreti alınabilir. Yargıtayın aksi yönünde kararına ve dünyadaki gidişata baktığınızda, çok uygun olmamasına rağmen. Ekspertiz ücreti, ne için bu? Aslında verilen teminatın değerinin tespiti

için. Bunu bankanın kendini güvenceye almak için yaptığını düşünürsek, yine çok uygun değil. Taşınır/taşınmaz rehin ücreti, aynı gerekçelerle. Ama onun dışında tespit edilen bddk'nın çıkarmış olduğu farklı farklı ücret kalemleri aslında bakıldığında hepsini kabul etmek mümkün, kredi kartı yıllık üyelik ücretinin de aynı şekilde tabiki alınması gerektiğinde hiç bir şüphe yok. Bunlar açısından bir sorun yok. Ama ilk üçü açısından bir sorun var. Buna bağlı olarak da nasıl bir sorun tabi ortaya çıkacak? Yargıtay hakimleri de kendileri ifade ediyor. Ben diyor, BDDK'nın çıkardığı bu tebliğle bağlı değilim diyor. Dolayısıyla ben ne yaparım tüketici kanunu madde 4 çerçevesinde bir denetim yetkisi bana verildi mi? Verildi bakarım duruma göre oradan ben bunu iptal edebilirim. Yani henüz bence daha bakıldığında sorun baya tartışmalı olarak kalacak gibi gözüküyor, diyerek burada şu an tebliğimi sonlandırayım ücretlerle ilgili olarak. Bu detayları burada bugün en azından vakit sınırlaması nedeniyle girmeyeyim diyorum ve teşekkür ediyorum ilginize.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler: Efendim, Yeşim Atamer'e bu güzel tebliğ için teşekkür ediyoruz. Ayrıca kendisine tanınan süreye harfiyen uydu ve bizi de bu konuda aydınlattığı için teşekkürlerimi hepiniz adına sunuyorum. Şimdi sıra sayın ayşe şimşek'te. Ayşe hanım, bizim öğrencimizdi. Benimde ayşe hocanında öğrencisiydi. Hatta onun eşi anayasa hukuku öğretim üyesidir. O da bizim öğrencimizdi. Öğrenciliğinden beri kendisini yakınen tanıyoruz. Hatta bir süre birlikte aynı ofiste avukatlık yaptık sonra o tamamen kariyere geçti. Yani bu vesileyle de söylemiş olayım, akademisyenim ama aynı zamanda avukatım bende, haluk hocaya söz. Tabi şaka. Evet şimdi sözü ben Ayşe Şimşek hocaya vermek istiyorum. Buyrun efendim.

Yrd. Doç. Dr. Ayşe Şimşek: Çok teşekkür ederim sayın başkan. Değerli hocalarım burada bulunuyor olmak bile benim için büyük bir onur, aynı zamanda büyük bir heyecan. Şimdiden belirteyim bu kayıtla sunum yapacağım, heyecanımı bağışlayacağınızı öngörerek.

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞEFFAFLIK DENETİMİ[1]

▪ **Yrd. Doç. Dr.Ayşe ŞİMŞEK***

GİRİŞ

Uzun yıllar genel işlem şartlarının denetimi, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine ilişkin bağlayıcılık denetimi ve içeriklerinin uygunluğu, müşterinin dürüstlük kuralına aykırı sözleşme şartları ile mağduriyete uğratılıp uğratılmadığına ilişkin içerik denetimi biçiminde anlaşılmış ve uygulanagelmiştir.

Ancak 80'li yılların başlangıcında Alman yargı kararları ve bunu takiben öğretideki tartışmalar ile şeffaflık ilkesi genel işlem şartlarının denetiminde yeni bir araç olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle Alman yargı kararları ile genel işlem şartlarının açıklığı ve anlaşılırlığı yani şeffaflık denetimi genel işlem şartlarının içeriksel olarak makullüğü açısından denetimi yanında aynı zamanda onların etkisizliğine neden olabilmek için bir ölçüt olarak değerlendirilmiştir[2]. Daha sonra Avrupa Birliği'nin

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

[1] Bu konuda geniş bilgi için bkz. FIRAT ŞİMŞEK, Ayşe: "Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi", İzmir 2011, yayınlanmamış doktora tezi.

[2] Manja Evermann: Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG, Karlsruhe 2003, s. 1.

1993 tarihli "Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında" Yönergesi[3] ile şeffaflık ilkesi açıkça düzenlemeye kavuşmuştur.

Nitekim genel işlem koşulları içeren sözleşmeler ile ilgili temel sorunlardan birisi de bu koşulların ayrıntılı, karmaşık, belirsiz, anlaşılmaz şekilde düzenlenmiş olmalarıdır. Hatta neredeyse bu şartların anlaşılmamak amacıyla düzenlendikleri söylense abartı olmayacaktır.

Genellikle genel işlem şartlarının değişik biçimde belirsiz ve anlaşılmaz olarak takdim edildikleri söylenebilecektir. Gerçekten de şeffaf olmama, genel işlem şartlarının ulaşılamazlığı; incelemenin olanaksızlığı, tam olmama durumu; okunamazlık; yollamalar; ölçüsüz kapsam; hatalı veya eksik bölümleme, açık olmayan yapı; belirsizlik; anlaşılmazlık; çelişki; teknik dil ve kısaltmalar; yabancı dil; karmaşık düzenlemeler; dilsel olarak anlaşılmasına rağmen içeriğini gizleyen şartlar, kapsamın şeffaf olmaması gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir[4].

I. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞEFFAFLIK KAVRAMI

Yasal düzenlemelerde daha çok şartların "açık ve anlaşılır" olması gerekliliği ifade edilmektedir. Genel işlem şartlarının anlaşılır olması ve etkilerinin sözleşmenin karşı tarafınca bilinebilir şekilde formüle edilmesi gerekliliği, şeffaflık ilkesinin temeli olarak kabul edilmiştir.

[3] Bkz.ABL. EG NR. L 95 v.21.4.1993; NJW 1993, s. 1838 f.; Kreienbaum, s. 296.; ayrıca bkz. BASEDOW, Jürgen: in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Redakteur Wolfgang Krüger, 5. Auflage München 2007, §305 BGB, Rn. 18 vd. Yönerge metni için ayrıca bkz. http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg_epr/199313ewg.pdf. Yönerge ile sözleşme taraflarından birisinin ekonomik anlamdaki güçsüzlüğünün, borçlar hukukunun irade özerkliği ve bunun sözleşmeler alanındaki uzantısı sözleşme özgürlüğü temel kavramlarına başvurulmak suretiyle sömürülmesi önlenmek istenmiştir (bkz. Tekinalp ve diğerleri, s. 659). Henüz 27 Şubat 1976 tarihinde Avrupa Konseyi "Tüketicilerin Yaptıkları Sözleşmelerdeki Kötüye Kullanılan Şartlara ve Uygun Denetim Yöntemlerine İlişkin Karar Tasarısı"nı hazırlamıştır (bu konuda bkz. Tandoğan, s. 37).

[4] Metinde belirtilen durumlar genel işlem şartlarının "belirsiz ve anlaşılmaz" şekilde takdim edilmesi olanaklarının çokluğu konusunda sadece genel bir bakış oluşturmaktadır. Belirtilen şeffaf olmama durumları kısmen birbiri ile de kesişmektedir ve yine bir şart farklı bakış açıları çerçevesinde de şeffaf olmayabilir. Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi her halükarda bir olay grubuna özgülenemez, bilakis genel işlem şartlarının içeriğinin takdim edilmesi suretiyle gizlenmesi dolayısıyla genel işlem şartı ilgili sözleşme türü için tipik ortalama müşteri bakımından anlaşılmaz olabilir (bkz. LEİTNER, Max: Das Tranzparenzgebot, Wien 2005, s.93).

Şeffaflık ilkesi genel işlem şartları kullanıcısının dürüstlük ilkesine uygun olarak kendi müşterisinin haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya koymasını anlatmaktadır. Bu çerçevede şeffaflık ilkesi, dürüstlük ilkesinin de bir gereği olarak aynı zamanda şartların ekonomik dezavantajlarının ve yol açabileceği mağduriyetlerin de esas olarak bilinebilir kılınmasını gerektirmektedir[5]. Yani sözleşme hukukuna ilişkin anlamı içerisinde şeffaflık ilkesi kavramı altında bilgilendirme yükümlülüğü anlaşılmaktadır ve bu yükümlülük tüketicinin sözleşmeden kaynaklanan hak ve ödevlerinin aydınlatılması amacını taşımaktadır[6]. Kısaca genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi kavramından ortalama müşteri için açık, anlaşılır genel işlem şartlarının anlaşılması gerekmektedir[7].

Şeffaflık ilkesinin içeriğinden esas olarak genel işlem şartlarının kullanıcısının, müşterinin haklarını ve yükümlülüklerini, şartın içerik ve anlamını anlayabilecek bir konuma sokacak bir şekilde açık ve anlaşılır olarak ortaya koyma yükümlülüğüne sahip olduğunun anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir[8].

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMASI GEREKLİLİĞİNİN SEBEPLERİ

Genel işlem şartları öylesine açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmek zorundadır ki, müşteri bir şartın kendisi açısından mağduriyete yol açan etkilerini hukuksal bir yardım almaksızın bilebilecek bir konuma sokulmalıdır[9]. Burada şartların açık ve anlaşılır olmasındaki ölçü için önceden bilgi sahibi olmayan ortalama müşteri esas alınmalıdır[10].

---

[5] Bkz. BGH 08.11.1997 BGHZ S. 394 (401); JOPPİCH, Tim Gero: Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB, Frankfurt am Main 2009, s. 11.

[6] Bkz. Evermann, s. 38 vd. ÇINAR, Ömer: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 170.

[7] KREIENBAUM, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998, s. 25; YAVUZ, Nihat: Sözleşmedeki Haksız Şartlar, Ankara 2009, s. 243.

[8] Bkz. Leitner, s. 70.

[9] Bkz. BGHZ 104, 82 (92) BGHZ 106, 259 (264); BGHZ 115, 177 (185); Stadler, s.26 den naklen.

[10] Stadler, s. 26.

Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması yani açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmemesi, sözleşme taraflarının çıkarları arasındaki dengeyi müşteri aleyhine hakkaniyete aykırı derecede bozabilir[11]. Genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesi, şartların içeriği hakkında müşterinin bilgilendirilmesini, dolayısıyla da sözleşmeden kaynaklanan haklarını ve yükümlülüklerini öğrenmesini sağlamaktadır. Böylelikle, şeffaf şart düzenlemeleri ile hakları ve yükümlülükleri konusunda sağlıklı bilgiye ulaşan müşteri, kendisi bakımından elverişli olan genel işlem şartlarını seçebilme olanağına kavuşabilecektir. Bu şekilde esasen genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınması yani şeffaflık ilkesine uygun genel işlem şartları düzenlemesi, piyasada sağlıklı, işlerliği olan bir rekabetin sağlanmasına hizmet edecektir[12].

Şeffaflık ilkesi esas olarak sözleşmenin akdedilmesinden önce karar vermek için önem arz eden bilgileri edinmek suretiyle müşterilerin, pazar mukayesesi yapma ve rasyonel bir karar verme imkânına sahip olmasına hizmet etmektedir[13].

Şeffaflık ilkesi birbiriyle yarışan, rekabet eden tekliflerin karşılaştırılmasına ve bunun sonucunda da piyasanın şeffaflığına katkı sağlamaktadır[14].

Şeffaflık ilkesine ilişkin düzenlemelerin temelinde, genel işlem şart-

[11] HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 177.

[12] Bkz. Havutçu, s. 176; Çınar, şeffaflık ilkesinin, girişimcinin sunduğu mal veya hizmetin, tüketici tarafından, fiyat ve nitelik açısından iyi bir şekilde analiz edilmesine ve onun sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerini iyi bir şekilde bilmesine hizmet ettiğini, bu şekilde, tüketicinin, girişimci karşısında haklarını daha iyi koruyabilme imkânına sahip olduğunu, yine kendisine en uygun fiyat ve nitelikte edimi teklif eden girişimci ile sözleşme yaparak piyasadaki rekabetin sağlıklı işlemesine katkıda bulunduğunu ifade etmektedir, bkz. s.168,169.

[13] Bkz. Stadler, s. 24; ARMBRÜSTER, Christian: "Transparenzgebot für Algemeinegeschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung", DNotz 2004, s. 437 vd.

[14] Basedow, s. 1045 vd; LİNDACHER, Walter F.: "Der topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in: Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre, (Hrsg. Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland), München 1991, s. 362; şeffaflık ilkesinin rekabeti koruyucu ve piyasaya ilişkin etkileri için bkz. FAHR, Peter: Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und § 8 AGBG, München 1999, s. 101 vd.

larının şeffaf olmayan bir şekilde sunulmasından kaynaklanan gizleme etkisinden kaçınma bulunmaktadır. Kullanıcı hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesinde açık bir şekilde hareket etmelidir ve böylelikle müşteri sözleşme sırasında kendisinin ne tür bir ilişki içerisine girdiği hususunda makul araçlarla bilgi sahibi olabilmelidir.

Kendisi için anlaşılabilir bir düzenleme, müşteriye aldığı kararlarla rekabet esasına göre işleyen piyasada menfaatlerini koruyabilmek olanağını açmalıdır. Müşteri ancak genel işlem şartlarından onun içeriğini anlayabilecek durumda olması halinde, bir teklifi kabul edebilmeye veya reddedebilmeye karar verebilir. İşte genel işlem şartlarının şeffaf olarak düzenlenmesi müşteriye, farklı genel işlem şartlarını karşılaştırabilme ve gerektiğinde başka bir teklif sahibine yönelme imkânını verir. Nitekim bu husus hizmet sunanlar arasındaki işlevsel rekabetinin bir şartıdır[15].

Anlaşılır bir şekilde düzenlenen genel işlem şartları ile ortaya çıkan sözleşmenin yararlı olduğu hususunda şüphe yoktur. Bu yararların en başında, hem genel işlem şartları kullanıcısının çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden formüle ettiği şartlar vasıtasıyla zamandan ve masraftan tasarruf etmesi, hem de müşteri açısından haklarını ve yükümlülüklerini idrak etmesi, irade özgürlüğü ve rekabet ilkeleri çerçevesinde başka bir teklif sunucusuna yönelme imkânına sahip olması gelmektedir.

A. ŞEFFAF OLMAMA NEDENİYLE MÜŞTERİNİN PİYASA ŞANSINI KAYBI

Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması dolayısıyla müşterinin sözleşmenin akdedilmesi sırasında karar verme özgürlüğünün etkilenmesi ve bu suretle de müşterinin kendisi için daha uygun ve yararlarını daha çok koruyan diğer öneri sahiplerine başvurma olanağının engellenmesi söz konusu olabilir. Başka bir anlatımla genel işlem şartlarında şeffaflık

[15] Leitner, s. 51.

ilkesinin ihlal edilmesi ile müşteri pazardaki kendi lehine olan diğer önerilere yönelme şansını yitirebilir[16].

Müşterinin sözleşmeyi akdetme kararı için önem arz eden sözleşme hükümlerine müşteri kolaylıkla ulaşabilir ve bunlar anlaşılır ise ancak bu takdirde müşteri bunları sözleşmenin bütününün değerlendirilmesi çerçevesinde ele alabilir ve diğer sunucuların önerileri ile karşılaştırabilir[17].

B. ŞEFFAF GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İLGİLİ SÖZLEŞMEYE YÖNELİK TALEBİ ARTIRICI ETKİSİ

Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmemesi durumunda ilgili sözleşmeleri yapmak isteyen birçok kimse, sözleşme şartlarının kasıtlı olarak küçük yazılı ve anlaşılmaz düzenlendiği ve bu suretle sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin gizlendiği düşüncesi ile ilgili sözleşmeyi yapmaya şüphe ile yaklaşmakta ve sözleşmeyi yapmaktan kaçınabilmektedir[18].

Genel sözleşme şartlarının anlaşılır ve şeffaf bir şekilde düzenlenmesi ilgili sözleşmenin yapılmasına ilişkin talebi artırma anlamında olumlu bir etkiye sahiptir. Hatta müşteri genel işlem şartlarını okumamış olsa bile sözleşme şartlarının anlaşılır ve şeffaf olmasını bilmesi dahi ilgili girişimciye olan güveni artırabilecektir. Aynı şekilde talepte bulunan açısından genel işlem şartlarına ilişkin olarak geçmişte sahip olduğu olumlu deneyimler de ileride yapacağı genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler açısından olumlu bir durum olabilmektedir[19].

Sonuç olarak genel işlem şartları doğurdukları etkiyi şeffaf bir şekilde ortaya koymalıdır ve bu suretle ortalama müşteri kendi hukuksal ko-

16 Bu konuda bkz. SCHÄFER, Hans-Bernd: "Theorie der AGB-Kontrolle" German Working Papers in Law and Economics, Volume 2002, s. 31.

17 Joppich, s. 42.

18 Karş. Stadler, s. 161 vd.

19 Bkz. Stadler, s. 163, 164.

numunu idrak edebilmeli ve bu hukuksal konumunun bilinci içerisinde mantıksal bir karar verebilecek duruma getirilmelidir[20].

III.ŞEFFAFLIK İLKESİNİN HUKUKİ TEMELLERİ

A. AB HUKUKUNDA

Avrupa Birliği hukukunda şeffaflık ilkesi tüketicinin sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri konusunda aydınlatılması amacını taşıyan bilgilendirme modeli çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu amaca ulaşmak için, Birlik yasa koyucusu sözleşme hukukuna ilişkin yönergeleri içerisinde pozitif bilgilendirme yükümlülüklerini ve yine açıklık ve anlaşılırlık ilkelerini ortaya koymuştur[21].

Bu kapsamda 5.4.1993 tarihili 93/13 no.lu " Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında Yönerge"si[22] önemlidir. Yönergesinin 4/II ve 5 c.1 maddelerinde esas olarak şeffaflık ilkesinin gerçekleştirildiği kabul edilmektedir[23]. AB Yönergesinin 5. maddesi şöyle demektedir:

" Tüketiciye sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması halinde, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerekir. Bir koşulun anlamı konusunda şüphe varsa, tüketicinin en lehine olan yorum üstün tutulur. Bu yorum kuralı 7 (2) maddede düzenlenen usul hakkında uygulanmaz".

Bunun yanı sıra Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ise şu şekildir:

---

20 Leitner, s. 77; Kreienbaum, s. 270.

21 Evermann, s. 38.

22 93/13 AB Yönergesinin Türkçe metni için bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 815-818; Aslan, s. 713-717.

23 Bkz. MARKWARDT, Karsten: Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 Baden Baden, s. 131 vd.; Kreienbaum, s. 300; REICH, Norbert: „Kreditbürgschaft und Transparenz", NJW 1995, s. 1857 vd.; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158.

"Koşulların haksız niteliğinin değerlendirilmesi, bu koşulların açık, anlaşılır bir dille yazıldığı müddetçe, ne sözleşmenin ana konusunun tanımıyla ne de değişime konu olan mal ve hizmetlerin karşılığı olarak ödenen ücret veya bedelin uygunluğu ile irtibatlandırılamaz".

Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesinde şeffaflık ilkesinin özünü görmek mümkündür. Burada sözleşme içerisinde tüketicilere sunulan şartların daima açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınması zorunluluğu getirilmiştir[24]. Bu bağlamda Yönergenin 20 nolu gerekçesinde tüketici sözleşmeleri sırasında açık ve anlaşılır dil kullanılması istenmekte ve bu suretle tüketicinin bütün şartlar hakkında fiili olarak bilgi edinmesi olanağına sahip olması zorunluluğu ifade edilmektedir[25]. Bu düzenleme ile Avrupa düzeyinde sözleşmenin içeriğini şeffaf olmayan bir ifade suretiyle gizlemenin artık mümkün olmaması gerekmektedir.

Yönergenin 5. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen belirsizlik kuralına göre, bir şartın anlamında tereddüt olması halinde tüketici için lehe olan yorum geçerli olacaktır.

Yönergenin 4. maddesinin II. fıkrasında yer alan düzenleme çerçevesinde Yönergenin uygulama alanının bir sınırlandırılması öngörülmekte ve sözleşmenin ana konusunu veya fiyatı belirleyen şartların esas olarak denetimden serbest oldukları ifade edilmektedir[26]. Bunun karşıt kavramından şartların açık olmayan veya anlaşılmaz şekilde düzenlenmesi durumunda kötüye kullanılırlık denetiminin caiz olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır[27].

[24] Hoyningen-Huene, s. 180; Havutçu, s. 66; ATAMER, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 209; Stadler, s. 22; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158 ve 171 vd.

[25] Leitner, s. 36.

[26] Kreienbaum, s. 310, 302.

[27] Kreienbaum, s. 302.

B. ALMAN HUKUKUNDA

Şeffaflık ilkesi, Alman hukukunda öncelikle yargı kararları ile gelişim göstermiştir. Alman Federal Mahkemesi bir kararda şeffaflık ilkesini, kullanıcının, sözleşme taraflarının haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olan en fazla şekilde iyice anlaşılabilir, doğru, belirli ve açık şekilde ortaya koyma konusunda bir yükümlülüğü olarak tanımlamıştır[28]. Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin açık bir şekilde Medeni Kanun içerisine alınması, 2001 yılında Borçlar Hukuku Modernizasyon Yasası ile olmuştur[29]. Bu Yasa yürürlüğe girmeden önce alman hukukunda genel işlem şartlarını düzenleyen özel bir yasa (ABGB –Genel İşlem Şartları Yasası) yürürlükte bulunmaktaydı.

Modernizasyon ile şeffaflık ilkesi, açıkça BGB §307 f.1 c.2 içerisinde içerik denetimine ilişkin hükümler çerçevesinde yasalaştırılmıştır. BGB § 307 düzenlemesine göre, genel işlem şartları içerisinde yer alan ve müşteriyi dürüstlük kuralına aykırı olarak mağduriyete uğratan şartların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir (f. 1 c.1). Şeffaflık ilkesinin dayanağı olarak da gösterilen 307. paragrafının 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, şartların hakkaniyete aykırı düşecek şekilde müşterinin mağdur olmasına yol açacak nitelikte olmasının, düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabileceği belirtilmiştir.

C. TÜRK HUKUKUNDA

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun *"Yorumlanması"* başlıklı 23. maddesinde şeffaflık ilkesine şu şekilde yer verilmiştir:

"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."

---

[28] Bkz. BGH NJW 1989, 222 (224) Evermann, s. 1.den naklen.

[29] Bkz. Alman Borçlar Hukuku Modernizasyon Yasası (Gesetz zur Modernisierung des Schuldsrechts vom 26.11.2001 (BGBl S 3138).

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[30] "Temel ilkeler" başlıklı 4. maddesinin 1.fıkrasında şekli şeffaflık olarak da nitelendirilebilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir:

"Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir."

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranışın yaptırımı, Kanunun 77. maddesine göre idari para cezasıdır.

TKHK.nun "Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar" başlıklı 5.maddesinin 4. fıkrasında:
"Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır."
şeklinde,

7.fıkrasında ise:

"Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz."
şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir.

[30] 28.11.2013 T. ve 28835 sayılı RG.

Benzer şekilde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in[31] "Haksız şartların değerlendirilmesi" başlıklı 6.maddesinin 2.ve 3.fıkraları şu şekildedir:

"Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartların açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması kaydıyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır."

5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun[32] "Sözleşme şartları" başlıklı 24.maddesi:

"Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az on iki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği, kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur." biçimindedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Ön ödemeli konut satış sözleşmeleri"ni düzenleyen 40.maddesinin 2.fıkrasına göre, tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmesi zorunludur. Bu ön bilgilendirme formunun şekline ilişkin düzenleme ise Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'in[33] 5.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenmiştir: *"Ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurulmadan en az bir gün önce aşağıdaki hususları içeren, en az on iki punto büyüklü-*

[31] 17.06.2014 T. ve 29033 sayılı RG

[32] 01.03.2006 T. ve 26095 sayılı RG

[33] 27.11.2014 T. ve 29188 sayılı RG

ğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formunun tüketiciye verilmesi zorunludur." Yine aynı yönetmeliğin 7.maddesinde de; Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir b*ir şekilde yapılması* zorunluluğuna yer verilmiştir.

Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[34], "Sözleşme esasları" başlıklı 5/1 madde düzenlemesi: "*Kuruluşlar ile finansal tüketiciler arasında düzenlenen sözleşmeler ve yapılan bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla finansal tüketiciye verilir."* "Bilgilendirme" başlıklı 9/1 madde düzenlemesi: *"Finansal tüketicilerden alınacak faiz, kâr payı, ücret ve diğer kesintilere ilişkin güncel bilgiler açık, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir şekilde kuruluşların internet sitelerinde karşılaştırmaya uygun bir biçimde yer alır… "*

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği[35], "Ön bilgilendirme yöntemi" madde 6/1: *"Tüketici, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır."*

Madde 6/3: *"Mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda, tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirmek ve 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.*

" Ön bilgilerin teyidi" başlıklı 7.madde: *Satıcı veya sağlayıcı, tüketi-*

[34] 03.10.2014 T. ve 29138 sayılı RG

[35] 27.11.2014 T. ve 29188 sayılı RG

cinin 6 ıncı maddede belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır."

"Ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülükler" başlıklı 8/1 : *" Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir."*

IV. ŞEFFAFLIĞIN ÖLÇÜTLERİ

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine ilişkin olarak şeffaflık ilkesinin üç görünümünü ortaya koymak mümkündür[36]; Bunlar özetle; anlaşılırlık ilkesi; belirlilik ilkesi ve tamlık veya bütünlük ilkesidir.

A. ANLAŞILIRLIK

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin en temel görünümü olan anlaşılırlık ilkesine göre, genel işlem şartları anlaşılır olmak zorundadır[37]. Genel işlem şartlarının anlaşılırlığı ilkesi müşteri bakımından şartların anlam ve kapsamı ile sonuçlarını idrak edebilmeyi güvence altına almalı ve bu suretle de piyasanın şeffaflığına hizmet etmelidir[38].

Şeffaflık ilkesine göre müşterinin genel işlem şartları düzenlemesinin çekirdek içeriğini anlayabilecek bir konuma getirilmek zorunda olduğunu belirtmek mümkündür[39]. Bu bağlamda bir genel işlem şartının

[36] Bkz. Stadler, s. 49 vd.; Köndgen, s. 947 vd.; ARMBRÜSTER, Christian: "Transparenzgebot für Algemeinegeschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung", DNotz 2004, s. 437 vd. (438); THALMAİR, Peter: Vom Postulat der Überraschungsfreiheit von AGB-Klauseln zu ihrer Transparenzkontrolle, München 1999, s. 23 vd; PRÄVE, Peter: "Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot", VersR 200, s. 138 vd.

[37] Bkz. Evermann, s. 96 vd.; Stadler, s. 50 vd; Köndgen, NJW 1989, s. 943-952, s. 947; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 166, 167; Lindacher, s. 348.

[38] Bkz. Stadler, s. 51.

[39] Bkz. Kreienbaum, s. 271; Schäfer, s. 66 vd.

dezavantajlı etkileri aynı zamanda diğer şartlarla bağlantısı içerisinde de açığa kavuşturulmak zorundadır.

Fiyata ilişkin düzenleme içerik denetiminden muaf olduğundan ve genel işlem şartları hukukunda müşterinin makul bir fiyata ilişkin menfaatlerini kendisinin koruması gereğinden hareket edilmesinden dolayı, genel işlem şartlarının müşterinin fiyatın türü ve miktarı hususunda tam bir resmi görmesi zorunluluğu bulunmaktadır[40]. Bu itibarla, müşterinin müzakere imkânlarını ve sözleşme akdetme şanslarını güvence altına alabilmek için fiyatı yükselten ilave anlaşmaların yüksek ölçüde açıklığa ve anlaşılırlığa gereksinimleri vardır[41].

Şartın içeriğini gizlememesi yeteri derecede şeffaf olması yeterlidir[42].

Anlaşılabilirlik ilkesi çerçevesinde müşterinin bir genel işlem şartının dezavantajlarını bilebilmesi gerekmektedir[43]. Genel işlem şartlarının dilsel açıdan şeffaf olması tek başına şeffaflık ilkesinin karşılanması için yeterli değildir. Aynı zamanda genel işlem şartlarının ortalama müşteri için etkilerini açık bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir[44].

Kapsamlı genel işlem şartları bakımından da açık ve anlaşılır bir bölümleme şeffaflık ilkesinin gerekleri arasındadır[45]. Müşterinin bir genel işlem şartı hakkında edinmek istediği bilgiyi, bu bilgiyi bulmayı beklediği yerde bulamaması durumunda, genel işlem şartları hukukunda ulaşılmak istenen şeffaflık ilkesine aykırılık oluşacaktır[46]. Açıklığa, genel işlem

[40] Bkz. BGHZ 112, 115 (118 f) (Kreienbaum, s. 272 den naklen).

[41] Kreienbaum, s. 272.

[42] Leitner, s. 71.

[43] Krş. BGH VersR 2005, 976 (977); BGH VersR 2005, 639 (639); BGHZ 147, 354 (362); BGHZ 141 137 (143); BGHZ 136, 349 (401) (aktaran Stadler, s. 61).

[44] Bkz. Leitner, s. 75 vd.; Stadler, s. 61 vd; müşterinin özellikle sözleşmenin kendisine yüklediği maddi külfetler konusunda aydınlatılması gereği için bkz. Atamer, s. 210.

[45] Bkz. Kreienbaum, s.12 vd.; Leitner, s.89 vd.; Stadler, s. 66 vd; Hans-Bernd Schäfer, s. 27.

[46] Bkz. BGH VErsVersR 2001, 839 (841) (aktaran Stadler, s. 66).

şartlarının net bir bölümlenmesi ve mantıksal bir yapıya sahip olması ile ulaşılabilir. Bu çerçevede dikkat edilmesi gereken husus, şartın ilişkin olduğu başlık ve bölüm ile şartın içeriğinin her zaman birbirine uygun olmasıdır. Özellikle müşteri için dezavantajlı olan düzenlemenin sisteme aykırı olarak genel işlem şartlarına dâhil edilmesi veya hataya sevk edici bir üst başlığın bulunması halinde şeffaf olmama durumunun varlığı kabul edilmelidir[47].

B. BELİRLİLİK

Genel işlem şartlarının anlaşılır olmaması sadece bu şartlarda kullanılan dilden kaynaklanmamakta aynı zamanda belirsiz formülasyonlar dolayısıyla kullanıcıya tanınan ayrıntılı olarak somutlaştırılmamış olan takdir hakkından da kaynaklanabilmektedir[48]. Şayet kullanıcı sınırsız bir şekilde düzenleme imkânını kendisinde muhafaza eder ve müşteri de kullanıcının bu yetkilerini ne zaman ve ne dereceye kadar kullanacağını bu suretle bilemezse belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olur[49]. Bu itibarla şeffaflık ilkesinin gereği olarak genel işlem şartları, aynı zamanda yeteri derecede belirli olarak kaleme alınmalıdır[50].

"Anlaşılırlık ilkesi" bakımından birincil amaç, müşterinin güvenilir ve anlaşılır bir şekilde genel işlem şartlarının içeriği hususunda bilgi sahibi olma imkânını sağlamak iken, "belirlilik ilkesinin" temel amacı ise, kullanıcının makul olmayan uygulamalarını -takdir yetkilerini- engellemektir[51].

---

47 Bkz. Stadler, s. 66.

48 Krş.Stadler, s. 70; belirlilik konusunda ayrıca bkz. Präve, s. 138 vd .

49 Bkz. Thalmair, s. 24.

50 Bkz.BGH VersR 2006, 261 (263); OLG Celle VersR 2006, 1105 (1108) (Aktaran Stadler, s. 70); bu konuda ayrıca bkz. Lindacher, s. 348.

51 Bkz. Stadler, s. 70.

C. TAMLIK (BÜTÜNLÜK)

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin son şekillenmesi tamlık ya da bütünlük ilkesidir[52]. Genel işlem şartlarından kaynaklanan akla gelecek bütün hukuksal sonuçların ortaya konması kullanıcıdan beklenemez. Bu nedenle belirlilik ilkesinde olduğu gibi tamlık ilkesinde de ancak beklenilebilirlik ölçüsü çerçevesinde kullanıcı genel işlem şartlarında tamlık veya bütünlüğe riayet etmelidir[53]. Tamlık ilkesine riayet edilmemesi durumunda, örneğin bir genel işlem şartları metninde müşterinin sahip olduğu hakların eksik bir şekilde sayılması veya şartlardaki hakların talep edilme koşullarının eksik bir şekilde verilmesi hataya sevk edici bir etkiye yol açacaktır[54].

V. ŞEFFAFLIK GEREĞİNİN KAPSADIĞI SÖZLEŞME MUHTEVASI

A. ASLİ EDİMLER VE ŞEFFAFLIK GEREĞİ

Şeffaflık ilkesi açısından yapılan denetim, yani şeffaflık denetimi fiyatı belirleyen ve edimi niteleyen şartlara uzanmaktadır. Dolayısıyla asli edimi ve fiyatı belirleyen sözleşme şartları içerik denetimine değil fakat şeffaflık denetimine tabi tutulmaktadır[55]. Nitekim şeffaflık ilkesine ilişkin tüm yasal düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, içerik denetiminden farklı olarak şeffaflık denetimi asli edimleri belirleyen sözleşme hükümlerini

[52] Bkz. Stadler, s.88; Präve, s. 138 vd.

[53] Bkz. Stadler, s. 88.

[54] Bkz. Stadler, s. 89 vd.

[55] Stadler, s. 28; Armbrüster, s. 442 vd.; Hans Schulte-Nölke, § 305 BGB, Rn. 5,6; Astrit Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn. 3; Dylla-Krebs, Corinna: Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Baden-Baden 1990, s. 142 vd.; KİENİNGER, Eva-Maria: Münchener Kommentar BGB, § 307 BGB, Rn. 1; ayrıca ve özellikle sigorta sözleşmeleri açısından bkz. LANGHEİT, Theo: "§8 AGB-Gesetz im Lichte der EG-AGB-Richtlinie: Kontrollfahigkeit von Leistungsbeschreiungen durch in Transparenz", NversZ 2000, s. 63-68, s. 65. Atamer, burada esasen edim-karşı edim dengesinin denetime tabi tutulduğunun düşünülmemesi gerektiğini, bu şekilde yalnızca müşterinin edim ve karşı edimin ne olduğunu anlayıp anlamadığının dikkate alındığını, böylelikle de şeffaflık ilkesinin, pazara müdahale eden değil, pazarın daha iyi işlemesini destekleyen bir kural olduğunu belirtmektedir (bkz. Atamer, s. 211-212; ATAMER, Yeşim: "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 317).

de kapsamaktadır. Bu durum 93/13 nolu AB Yönergesinin 4. maddesinin 2. fıkrasından da rahatlıkla çıkarılabilir. Şeffaflık denetiminin fiyat/edim ilişkisine ait şartları da kapsaması ilk bakışta şaşırtıcı olabilir. Hatta asli edim yükümlülükleri açısından bilgilenmeye bağlı bir dengesizlik bulunmamaktadır, zira asli edim yükümlülükleri yani fiyat/edim ilişkisinin değerlendirilmesi bakımından ne kapsamlı bir hukuk bilgisi ve ne de ciddi bir zaman harcaması gereklidir[56]. Müşteri sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartları içerisinde kararlaştırılan iki taraflı asli edimleri belirleyen hükümlerle ilgili olmayan sözleşme hükümlerini kural olarak bilmezken, fiyat ve müşterinin asli edim yükümlülüğünün içeriğini tipik olarak bilmektedir. Buna ek olarak kaldı ki fiyat, çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde düzenlenmemekte, bireysel müzakere sonucunda belirlenmektedir[57]. Ancak asli edim yükümlülüklerinin şeffaf olmasının müşterinin sözleşme akdetme iradesinin oluşumu açısından önem arz ettiği hususu göz ardı edilmemelidir[58].

B. ASLİ EDİMLER DIŞINDAKİ SÖZLEŞME MUHTEVASI VE ŞEFFAFLIK GEREĞİ

Bir sözleşmenin asli, yani objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan edimleri o sözleşmenin yan, ikinci derecedeki noktalarıdır. Bu asli edim dışındaki sözleşme muhtevasına örnek olarak, ifa yeri, ifa zamanı, faiz miktarı verilebilir[59].

---

[56] Leitner, s. 54, 55. Ancak sözleşmelerde sıklıkla asli edimlerin basit bir biçimde ifade edilmediği de görülmektedir (bu konuda bkz. Atamer, Yeni Açılımlar, s. 316).

[57] Fakat bu düşünce, içerisinde edimin ölçüsünün belirli olmadığı bilakis vaki talep üzerine edimlerin ifa edildiği sürekli borç ilişkilerine çoğunlukla uygun değildir. Bu bağlamda örneğin bir mobil telefon (hizmet) sunucusu sözleşmesi örnek olarak düşünülebilir. Bu tür sözleşmelerde ücret genellikle genel işlem şartları içerisinde düzenlenmektedir. Aynı zamanda bu şartlar da şeffaf olarak düzenlenmelidir. Şeffaflık ilkesi bu bağlamda aynı zamanda fiyatın açıklığının sağlanmasına da hizmet etmektedir (bkz. Leitner, s. 55; ayrıca bkz. Schulte-Nölke, § 307 BGB, Rn. 22).

[58] Bu konuda bkz. Dylla-Krebs, s. 144 vd., 146; ayrıca bkz. AYDOĞDU, , Murat: Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s.50-51.

[59] EREN, Fikret:, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 219; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 66, 67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

Genel işlem şartları ile de genellikle sözleşmenin asli unsurları yerine, tarafların çıkarını adil bir şekilde gözetme düşüncesi ile getirilen yedek hukuk kurallarının düzenleme konusunu oluşturan, ifa tarzı, unsurları, ifa etmemenin sonuçları, yetkili mahkeme, faiz vb. gibi yan noktalar düzenlenerek, bir bakıma bu yedek hukuk kuralları girişimci lehine bertaraf edilmek istenmektedir[60].

Asli edimler dışında kalan sözleşme şartlarının da açık ve anlaşılır olması gerekir. Örneğin sözleşme içerisinde yer alan faiz oranı, sözleşme ile bağlılık süresi gibi şartları da somut müşteri dikkate alınarak, şeffaflık ilkesine uygun yani anlaşılır şekilde düzenlenmelidir[61].

VI. ŞEFFAFLIK DENETİMİ

A. GENEL OLARAK

Her ne kadar genel işlem şartlarının okunmadıklarından hareket edilse de, müşterinin en geç sözleşmenin ihlali anında da olsa genel işlem şartlarından bilgi sahibi olmak istemesi durumu için dahi, genel iş-

[60] Havutçu, s. 4-5; ayrıca bkz. Çınar, s. 49, 50; Tandoğan, s. 25. Bu konuda, mülkiyeti muhafaza kayıtları, alacağın temliki yasağı, cezai şart, tahkim şartı, ispat yükünün yer değiştirmesi, tarafların sözleşmeden dönmesi, girişimcinin sorumluluğunun kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin örnekler için bkz. Rehbinder, s. 24-25; AKMAN, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 88. İsviçre hukuku bakımından, karşı tarafın hafif kusurundan dolayı sorumluluktan kurtulma hükümleri; peşin ödeme hükümleri; rızanın zımni olarak verildiğini kabul eden hükümler; yetki şartı, satım sözleşmesinde garantiden muafiyet hükümleri gibi örnekler için bkz. MORİN, Ariane: "Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri (Çeviren: Ruzin Dağlı), Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 40, dn. 25'de anılan yazarlar.

[61] Bkz. Atamer, s. 210; Nihat Yavuz, s. 243.Bu kapsamda, faiz özellikle değişken faiz şartları ve buna benzer düzenlemelere değinmek gerekecektir. Sürekli borç ilişkilerinde genellikle bedelin esnek bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda kredi sözleşmelerinde sıklıkla, faiz oranını dalgalı para piyasasına uyumlaştırmak üzere değişken faiz veya faizin uyumlaştırılması şartları kararlaştırılmaktadır. İşte bu tür şartların da şeffaflık ilkesine uygun olması gerekir. Doğal olarak sözleşme tarafı sözleşmeden ivazı rakam olarak çıkaramamaktadır, zira sözleşmenin akdedildiği zaman bakımından piyasa dalgalanmalarına uyum sağlama sebebiyle bu husus hemen hemen kesin değildir. Bu çerçevede genel işlem şartları içeriğinin müşterinin düzenlemeyi kavramasını zorlaştırmayacak şekilde ortaya koyması, şeffaflık ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla değişken faiz veya fiyatın değişken piyasa koşullarına göre uyumlaştırılması açısından şeffaflık ilkesi, değişken ve uyum sağlayan şartlardan içeriğini gizlemeyen bilakis açıkça ortaya koyanın seçilmesini gerektirmektedir. Aynı husus yine sözleşmenin akdedilmesi sırasında miktarı henüz rakam olarak kesin olmayan ve fakat sözleşmenin tarafına masraf yükleyen şartlar içinde geçerlidir. Örneğin inşaatların yapılması sırasında keşif masrafları adı verilen şartlar (bkz. Leitner, s.53-54).

lem şartları şeffaf, yani açık ve anlaşılır olmak zorundadır[62]. Esas olarak şeffaflık denetimi sırasında bir şartın şeffaf olup olmadığı denetlenirken, müşterinin bilgilendirilme gereksinimlerinin bu şart aracılığıyla ihlal edilip edilmediği de değerlendirilmektedir[63].

Şeffaflık denetimi müşterinin korunmasına hizmet eder[64].

Şeffaflık ilkesi ortaya çıkarken esas olarak dürüstlük kuralına dayandırılmış ve dürüstlük ilkesinin gereği olarak, genel işlem şartlarının kullanıcısının müşterinin hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğu ölçüde açık, tek anlamlı ve anlaşılır bir şekilde hükümlü kıldığı ve şeffaflık ilkesinin ihlalinin şartın hükümsüzlüğüne yol açabileceği kabul edilmiştir[65]. Genel işlem şartlarının açık ve şeffaf olması önce yargısal kararlarla gelişmiş, hatta genel işlem şartlarının anlaşılırlığının ihlalinin tek başına dahi şartın hükümsüzlüğü için yeterli sayılabileceği kabul edilmiştir[66]. Zira genel işlem şartlarının anlaşılırlığı içerik denetimi bakımından da büyük öneme sahiptir[67].

Dolayısıyla önceleri genel işlem şartlarının içerik denetimi sadece şartların içerik bakımından makul olup olmamaları yönüyle denetlemeye hizmet ederken, bu gelişim çerçevesinde genel işlem şartları belirsizlik, açık olmama yani şeffaf olmama durumunda da hükümsüzlüğe yol açabilecek nitelikte şeffaflık denetimine tabi kabul edilmiştir[68].

---

[62] Aygün Kutlu: AGB-Kontrolle bei stationärer Krenkenhausaufnahme, Heidelberg 2006, s. 55; ayrıca bkz. Walter F. Lindacher: "Der topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in: Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre, (Hrsg. Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland), Carl Heymanns Verlag KG, München 1991, s. 349 vd.

[63] Joppich, s. 30; Schmidt, BGB § 307 BGB, BeckOK, Rn. 30 vd.

[64] Fahr, s. 99.

[65] Bkz. BGHZ 106, 42 (49);, STADLER Martin: Verständliche Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen am Beispiel der AKB, Karlsruhe 2009. s. 20. Gerçekten de o zamana kadar genel işlem şartlarının müşteri tarafından anlaşılamaz nitelikte olması, genel işlem şartlarının eksik ilişkilendirilmesi çerçevesinde veya genel işlem şartlarının makul olmaması kapsamında ilave bir gerekçe olarak kabul edilmekteydi.

[66] Bkz. Stadler, s. 21.

[67] Kreienbaum, s. 127.

[68] bkz. Joppich, s. 30; Stadler, s. 21.

Genel işlem şartları hukukunda genel işlem şartlarının denetimi esas olarak üç aşamaya ayrılmaktadır[69]. Başlangıçta genel işlem şartlarının içeriğinden bağımsız olarak bağlayıcılık denetimi bulunmaktadır. Bu aşamada genel işlem şartlarının kesin olarak sözleşmenin bir parçası olup olmadığı değerlendirilir. Şayet genel işlem şartları sözleşmenin bir parçası olmuşlarsa, ikinci olarak mahkeme münferit şartların içeriğini yorum yoluyla ortaya çıkartmak zorundadır. Bu tespit edildikten sonra üçüncü aşamada da içerik denetimi gelmektedir. Bu denetim, şart kullanıcısının müşteriyi dürüstlük ilkesine aykırı olarak haksız bir şekilde mağdur eden şartların hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır. Şeffaflık ilkesi bu her üç aşamada da dikkate alınmalıdır[70].

Şeffaflık denetimiyle, bilgilendirme olanağı aracılığıyla, müşterinin genel işlem şartlarından kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri bakımından karar verme gücünü artırarak rekabet şansının güçlendirilmesinin ve aynı zamanda sözleşme yapıp, yapmama özgürlüğünün de teminat altına alınması amaçlanmıştır[71].

B. BAĞLAYICILIK VE İÇERİK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ

1. Bağlayıcılık Denetiminde Şeffaflık İlkesinin Rolü Ve İşlevi

Genel işlem şartları sözleşme hukukuna ilişkin olan düzenlemelerdir[72] ve genel işlem şartlarının hukuki açıdan etkili olmaları öncelikle

[69] Aydoğdu, Alman hukukunda genel işlem koşulları denetiminin üç türlü sağlandığını, bunların ilişkilendirme (yürürlük veya bağlayıcılık) denetimi (BGB §§ 305, 305a, 305/c.1), saydamlık denetimi (BGB §§ 307/I, c.2; 307/III, c.2) ve içerik denetimi (BGB §§ 307/I c.1, 307/II, 308, 309)olduğunu; Alman hukukunda yapılan değişik sınıflandırmaya göre aslında genel işlem koşulları denetiminin saydamlık denetiminden ibaret olup, saydamlık denetiminin; ilişkilendirme denetimi, şaşırtıcı kayıt klozların denetimi, birden fazla anlama gelen klozların denetimi ve içerik denetimi olarak 4 alt başlığa ayrılabileceğini belirtmektedir (bkz. Aydoğdu, s.71).

[70] Basedow, s. 1045 vd.

[71] Joppich, s. 23 vd.; Kreienbaum, s . 257 vd.

[72] Genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusunda, norm görüşü, örf ve adet, teamül görüşü gibi öğretide çok tartışma yapılmış olmakla birlikte, bugün için genel işlem şartlarının sözleşmesel niteliği konusunda görüş birliği olduğu söylenebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, s. 88 vd.; Erten, s. 248; Eren, s.

sözleşme taraflarının genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirme hususundaki uzlaşmaları şartına bağlıdır[73]. Bu çerçevede genel işlem şartlarının kullanıcısı, sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartları hususunda müşteriyi açıkça bilgilendirmeli, bu konuda bilgi sahibi olabilmesine imkân sağlamalı ve müşteri de genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil olması konusunda rızasını bildirmelidir[74]. Şeffaflık ilkesi açısından konunun önem arz eden bağlantı noktası, kullanıcının uygun bir şekilde genel işlem şartları içeriğini öğrenme hususunda olanak yaratması yükümlülüğüdür[75]. Kullanıcı için bu yükümlülük esas olarak genel işlem şartları metnini müşterinin emrine amade tutma şeklindedir.

Genel işlem şartları hususunda makul bir şekilde bilgi sahibi olabilmek için söz konusu şartlar, ortalama bir müşteri tarafından anlaşılır ve okunabilir nitelikte olmalıdır[76] [77]. Genel işlem şartları çelişkili veya kendiliğinden anlaşılabilir nitelikte değilse genel işlem şartlarının anlaşılırlığı eksiktir. Başka genel işlem şartlarına yapılan tekrar atıfları da anlaşılırlığı tehlikeye sokabilirler. Kendilerine tekrar atıfta bulunulan

---

205; Soyer, 54 vd.; Oğuz, s. 35; Havutçu, s. 93 vd.; Atamer, s. 77 vd.; Çınar, s. 59 vd.

73 Bkz. Larenz, s. 508 vd.; Astrit Stadler, § 305 BGB, Rn. 11, 12; Locher, s. 34; Roloff, § 305 BGB, Rn. 47. Hans Schulte-Nölke: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 6. Auflage, 2009 (Hrsg. Reiner Schulze ve diğerleri, § 305 BGB, Rn. 1 vd. Türk hukuku bakımından bu sonuca, BK.nun 1 vd. maddelerindeki sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler vasıtasıyla ulaşılabileceği söylenebilir (bkz. Eren, s. 205; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 157; Oğuzman/Öz, s. 21; Erten, s. 248; Havutçu, s. 108; Akipek, 227; Soyer, s. 69; Yıldırım, s. 115; Bahtiyar, s. 87; SERDAR, İlknur: İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemlerde Tüketicinin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2005, s. 230)

74 Locher, s. 35 vd; Havutçu, s. 107; Oğuzman/Öz, s. 21; Akipek, s. 231; Soyer, s. 78; Atamer, s. 84; Kocaman, s. 1098; Serdar, s. 231.

75 Kreienbaum, s. 71.

76 Bkz. Soyer, s. 80; Havutçu, s. 114; Rehbinder, Armağan, s. 795; Atamer, s. 97; Serdar, s. 236; Bunte, s. 10; Kocaman, s. 1099.

77 Fiziksel engelli insanlara ilişkin olarak soyut bilgi sahibi olmaya ilişkin gerekler genişletilebilir. Kullanıcı, fark edilebilir bir fiziksel engeli dikkate almak zorundadır. Bununla özellikle görme engelli insanlar kastedilmektedir. Bu noktada bu insanların bilgi sahibi olmasını olanaklı kılacak tarzda ve usulde örneğin genel işlem şartları işitsel olarak veya görmeyenlerin alfabesinde sunulmalıdır. Böylelikle bedensel engelli insanların kullanıcının bilgi yaratma yükümlülüğü ile ilişkilendirilmesi, bu zamana kadar ki geçerli olan ortalama müşteri ölçütünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir (bkz. Evermann, s. 16).

şartlar eklenmemiş ise bunların yeterli derecede bilinmesi de mümkün değildir[78].

Metnin okunabilirliği de onun idrak edilebilmesinin kaçınılmaz bir sonucudur. Okunamayan genel işlem şartları metninin sunulması, bu şartın sunulmaması ile hemen hemen aynıdır[79]. Genel işlem şartlarının, çok küçük puntoyla, sık aralıklarla ya da silik olarak basılması ve buna bağlı olarak da okunmasının güç olması sıklıkla karşılaşılan sorunlardandır[80]. Genel işlem şartlarının kaleme alındığı yazı tipi ancak bir zahmete katlanmak suretiyle okunacak, anlamı çözülecek şekilde ortaya konulmamışlarsa burada makul bir şekilde bilgi sahibi olma imkânı eksik olacaktır. Bu husus özellikle aşırı derecede küçük baskılar, alışılmış olmayan yazı stili veya son derece kötü kopyalar suretiyle okumanın zorlaştığı genel işlem şartları açısından söz konusudur[81]. Dolayısıyla genel işlem şartlarına yollama yapan kayıtların ortalama müşterinin normal bir dikkati ile gözden kaçırmayıp fark edebileceği bir yazı tipi, büyüklüğü ile kaleme alınmış olması gerekecektir[82].

Nitekim bu durumun, 6502 sayılı TKHK.nun 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan *"Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğ*ünde, anlaşılabilir bir dille, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir…" hükmü dolayısıyla arandığı söylenebilir[83]. Yine aynı Kanunun 5.madde, 4.fıkrasında da: *"Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir…."*

[78] Locher, s. 43.

[79] Astrit Stadler, § 305 BGB, Rn. 14; Kreienbaum, s. 88. Genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olabilmesi için bu şartların, müşterinin okuyabileceği, anlayabileceği biçimde düzenlenmiş olması gerekir (bkz. Atamer, s. 97).

[80] Atamer, s. 97, 98; Havutçu, s. 115; Kocaman, s. 1099; Präve, s. 138 vd.

[81] Bkz. BGH, BB 1983, 2077; BGH, NJW-RR 1986, 1311; OLG Sarbrücken, NJW-RR 1988, 858 (aktaran Locher, s. 43).

[82] Havutçu, s. 113; ayrıca bkz. Astrit Stadler, § 305 BGB, Rn. 14.

[83] Ulusan, s. 41; Serdar, s. 236.

hükmüne yer verilmiştir. Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Yönetmeliğinin 6.madde, 3.fıkra ilk cümlesinde de aynı hüküm bulunmaktadır[84].

Kullanıcının bilgi sahibi olmayı sağlama yükümlülüğü kapsamında genel işlem şartları metninin hangi dilde yazılması gerektiği hususunda ise sözleşme tarafının genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi için, müşteri bakımından yabancı bir dilde yazılmaması gerektiği söylenebilecektir[85].

Şayet kullanıcı, müşteriye birbirini tamamlayan iki genel işlem şartları metni arasındaki ilişkiyi bildirmiş ve bunlardan sadece bir tanesini karşı tarafa sunmuşsa, diğer genel işlem şartları metni, kullanıcının karşı tarafa genel işlem şartları metni hususunda yeterli bilgi sahibi olma olanağı sunmaması sebebiyle ilişkilendirilemez[86]. Dolayısıyla başka genel işlem şartlarına yapılan yollama bu genel işlem şartlarının da sözleşme ile ilişkilendirilmesi için uygun değildir. Zira bu durumda içeriksel tamlık ya da bütünlük ilkesi ihlal edilmiş olacaktır[87].

Bağlayıcılık denetimi esnasında şeffaflık ilkesi kullanılabilir. Denetim ölçütü esas olarak Alman hukuku içerisindeki yasal düzenlemelerde bulunmaktadır. Bununla birlikte 93/13 No.lu AB Yönergesinin önsözüne ilişkin 20 nolu açıklamaya göre, tüketici, bütün sözleşme şartları hususunda bilgi sahibi olma noktasında fiili olarak imkâna sahip olmak zorundadır[88].

---

[84] Anlaşılabilir bir dil, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenleme konusunda bkz. yukarıda III.C başlığı altında verilen mevzuat hükümleri.

[85] Bu konuda öğretide, genel işlem şartlarının müşterinin meskûn bulunduğu yerde kullanılan bir dilde yazılması durumunda, onun söz konusu şartları öğrenme imkânı yaratılacağını ileri sürenlerin yanında, çoğunluk görüşü, genel işlem şartlarının taraflarca serbestçe seçilmiş olan sözleşme görüşmelerinde kullanılan dilde sunulması gerektiği yönündedir (bkz. Serdar, s. 244, 245 ve dn. 575 ve 576'da anılan yazarlar; Atamer, s. 98).

[86] Kreienbaum, s. 86.

[87] Kreienbaum, s. 86.

[88] Bkz. Gottschalk, s. 568.

Bağlayıcılık denetimi aşamasında genel işlem şartları kullanıcısının bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında somut olarak münferit şartlara değil genel işlem şartlarının bütününe işaret etmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Münferit genel işlem şartları hakkında da bilgi sahibi olunması aranmamaktadır. Münferit şartların bu açıdan değerlendirilmesi genel işlem şartlarının yorumuna ve içerik denetimine bırakılmıştır. Buradan çıkan sonuç ise, zikredilen şeffaflık koşullarının yani okunabilirliğin, anlaşılırlığın, açıklığın ve kapsam olarak uygunluğun sözleşme için belirlenen genel işlem şartlarının bütününe ilişkin olmasıdır[89]. Dolayısıyla genel işlem şartlarının şeffaf olmaması nedeniyle sözleşme ile ilişkilendirilememesi, bunların küçük harflerle, yeterli kontrast veya yapısal başlıklar ve paragraflar olmaksızın basılmış olmalarına da dayanabilir. **Dolayısıyla** girişimci tarafından uygun kâğıdın, uygun yazı tipinin seçilmesi¸ kapsamlı bir sınırlandırma ve genel işlem şartlarının açık bir şekilde düzene tabi tutulması vasıtasıyla büyük bir zorluğa katlanmaksızın şeffaf olmama durumunun giderilmesi mümkün olabilir[90].

Bağlayıcılık denetimi neticesinde genel işlem şartlarının tamamının veya bir kısmının sözleşmeyle ilişkilendirilmemesi, müşteriyi bağlamaması sonucu ortaya çıkacaktır. Konu TBK.nun 21.maddesinde "yazılmamış sayılma" başlığı ile düzenlenmiştir. Maddeye göre, düzenleyen, sözleşmenin karşı tarafına, genel işlem şartları hakkında açıkça bilgi vermez, şartlarının içeriğini öğrenme imkânı tanımazsa, bu genel işlem koşulları yazılmamış sayılacak, yani sözleşmenin içeriği haline gelmeyecektir. Yine genel işlem şartları içerisinde yer alan alışılmamış bir şart niteliğindeki şart da sözleşmenin içeriği olamayabilecektir. Bu şekilde genel işlem şartlarının tamamının veya bir kısmının sözleşmenin içeriği haline gelmemesi ihtimalinde sözleşmenin akıbeti ne olacaktır? TBK. nun 22. maddesinde "yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi" başlığı ile konu düzenlenmiştir. Hüküm gereğince bağlayıcılık denetimini aşamayan, yani sözleşmenin içeriği haline gelemeyen genel işlem şartları

89 Basedow, s. 1045 vd.

90 Basedow, s. 1045 vd. Bağlayıcılık denetimi ve yine belirsizlik kuralına ilişkin normlar şeffaflık düşüncesinin gerçekleşmesi açısından sadece sınırlı bir işleve sahiptir. Zira bu tür normlar sadece şeffaflık ilkesinin belirli görünüm şekillerini kapsamaktadır.

dışında kalan sözleşme muhtevası geçerliliğini koruyacak, sözleşmede meydana gelen boşluk düzenleyici hukuk kuralları ile tamamlanacaktır[91]. Maddeye göre, düzenleyen, yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağı iddiasında bulunamayacaktır[92].

2. İçerik Denetiminde Şeffaflık İlkesinin Rolü Ve İşlevi

İçerik denetiminin amacının, sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanılması suretiyle, düzenleyici hukuk kurallarının sözleşmenin karşı tarafı aleyhine bertaraf edilmesi ve böylelikle sözleşmenin karşı tarafını dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz bir şekilde mağdur eden şartlara karşı korumak olduğu söylenebilir[93]. Başka bir anlatımla içerik denetiminin koruma amacının temelinde genel olarak kullanıcının tek taraflı olarak kullandığı sözleşme düzenleme gücü karşısında ortaya çıkan makul olmayan sonuçlardan müşteriyi koruma düşüncesi bulunmaktadır.

Genel işlem şartlarının içerik denetiminin şartları; bir şartın sözleşmenin karşı tarafının çıkarlarını dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde ihlal etmesi ve makul olmayan bir mağduriyete neden olmasıdır. Bu şartların içerik denetiminin maddi şartları oldukları belirtilebilir[94]. Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmayan biçimde yani şeffaflık ilkesine aykırı olarak düzenlenmesi durumunda, bu şartın sözleşmenin karşı tarafının çıkarlarını makul olmayan biçimde mağdur ettiği sonucu çıkarılabilecektir. Bu düzenleme ile şeffaflık ilkesinin genel işlem şartla-

---

91 Bkz. Havutçu, s. 144; Çınar, s. 100; banka standart sözleşmeleri bakımından bkz. Kaplan, Banka, s. 66; Alman hukuku bakımından bkz. Astrit Stadler, § 305 BGB, Rn. 17.

92 Havutçu, TBK.nun ilgili düzenlemesi ile Alman Medeni Kanununun 306. maddesinden daha sert bir sonuç öngörüldüğünü, burada Alman Hukukuna benzer biçimde, kalan sözleşme muhtevası ile sözleşmenin geçerli olmasına karşı âkidin katlanmasının dürüstlük kuralı gereğince beklenemeyeceği durumlarda, sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunun kabul edilebileceğini, bu suretle hükmün esnekleştirilebileceğini ileri sürmektedir (bkz. Havutçu, s. 146; HAVUTÇU, Ayşe: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu", "Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme" konulu 1.oturumda sunulan tebliğ", Legal Hukuk Dergisi, Y:2005, C:3, S:34, s. 3621).

93 Havutçu, s. 158; Serdar, s. 248; Präve, s. 138 vd; Astrit Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn. 1.

94 Bkz. Havutçu, s. 170.

rının içerik denetiminde başvurulabilecek şekli bir unsur olduğu söylenebilecektir[95].

Özellikle de içerik denetiminin kapsamı dışında kalan şartlar bakımından şeffaflık ilkesinin daha anlam kazandığı belirtilebilir. Gerçekten de içerik denetimi genel işlem şartları içerisinde yer alan, genellikle hukuksal düzenlemelerden sapan veya bunları tamamlamak üzere düzenlenen hükümler için geçerlidir[96]. Dolayısıyla ana edime ilişkin şartlar içerik denetiminin kapsamı dışındadır[97]. Her ne kadar ana edimi, fiyatı daha yakından ve ayrıntılı tanımlayan şartlar içerik denetiminin kapsamı dışında olsa da, açık ve anlaşılır düzenlenmiş olmaları gerekir (Yön.m.4c.1; BGB § 307; TKHK m.5/7).

Genel işlem şartları içerisinde yer alan şeffaf olmayan bir düzenlemenin bizatihi kendisi bir dezavantaj oluşturmaktadır[98]. Şeffaf olmamanın başlı başına bir dezavantaj oluşturması, temelini her şeyden önce sözleşmenin karşı tarafının, açık ve anlaşılmaz olan şartlar nedeniyle mevcut haklarını idrak edememesinde ve kullanıcının mevcut –varsayılan- hakları karşısında teslim olma tehlikesine maruz kalmasında bulmaktadır[99]. Sözleşme şartlarının şeffaf olmaması, bu anlayış çerçevesinde sırf bu nedenle bir dezavantaj oluşturmaktadır. Dolayısıyla şeffaf olmama haksız bir mağduriyete indirgenmektedir[100].

Burada haksız mağduriyet özel olarak ele alınmamakta, bilakis şeffaf olmamanın mantıksal sonucu olarak varsayılmakta, şeffaf olmama durumunun zorunlu olarak aynı zamanda haksız bir mağduriyeti de

95 Bk. Havutçu, s. 176, 177; Çınar, s. 173.

96 Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 49 vd.

97 Bkz. Rehbinder, Armağan, s. 797; Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 68 vd.; Gottschalk, s. 579, ayrıca bkz. BGH Urt.v. 18.4.2002, Az.:III ZR 199/01, NJW 2002, 2386; Basedow, Kommentar, § 307 BGB, Rn 14.

98 Bkz. Köndgen, NJW 1989, s. 943 (950); Heinrichs, FS Trinker (1995) s. 157 (162), Joppich, s. 21; Schmidt, BGB § 307 RN 40 vd.

99 Bkz. Joppich, s.22.

100 Joppich, s. 22 ayrıca bkz. Römer, NVersZ 1999, s. 93 (104).

oluşturduğunun kabulü temelinde, şeffaf olmama hükümsüzlükle eşit bir sonuca gelmektedir[101].

C. ŞEFFAFLIK GEREĞİNİN BAĞLAYICILIK VEYA İÇERİK DENETİMİNİN İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. 93/13 No.Lu AB Yönergesi'ndeki Durum

93/13 No.lu AB yönergesi genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesini istemektedir. Ancak bu amaca nasıl ulaşılacağı ve Yönergenin iç hukuka aktarılmasının yöntemsel usulü hususunda bilgi vermemektedir. Bu itibarla Avrupa Birliği hukuku anlamında şeffaflık ilkesi iç hukuka gerek içerik denetimi yoluyla gerekse de bağlayıcılık denetimi yoluyla aktarılabilir. Zira sistematik davranış tarzı öngörülmüş değildir[102]. Şeffaflık ilkesinin bağlayıcılık denetiminin mi yoksa içerik denetiminin mi bir normu olduğu sorusunun cevabı yönergeden değil, yasa koyucunun yönergeyi iç hukuka aktarırken seçtiği yapılanmanın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır[103]. Dolayısıyla 93/13 no.lu AB Yönergesi iç hukuka aktarılırken üye Devlet şeffaflık denetiminin düzenleneceği sistematik konumu belirleyebilecektir.

2. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda şeffaflık ilkesinin hukuksal temeli, başlangıçtan itibaren genel işlem şartlarının içerik denetimi olarak öngörülen bir norm (AGBG § 9) idi. Alman Medeni Yasası § 305'de, genel işlem şartları hakkında bilgi verme, içeriğini öğrenme imkânı verme, şaşırtıcı şartlara yer verilmemesi, şeffaflığın bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Alman Medeni Yasası 307, f. 1, c. 2'de şu şekilde bir düzenleme getirdi: *"Makul olmayan bir mağduriyet düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabilir."*. Özetle Almanya'da şeffaflık ilkesi genel işlem

[101] Joppich, s. 27.

[102] Leitner, s. 104; ayrıca bkz. Korinek, JBL 1999, 156 vd.

[103] Leitner, s. 104.

şartlarının genel içerik denetiminin bir kısmı, şeffaf olmama da makul olmayan mağduriyetin özel bir durumudur[104].

3. Türk Hukukunda Durum

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[105] "Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar" başlıklı 5.maddesinin 4. fıkrasında[106]:

"Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır."

şeklinde,

7.fıkrasında ise:

"Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz."

şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir.

---

104 Leitner, s. 105. Bununla birlikte genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesi gereğinin Alman Medeni Yasasının § 305, f. 2'ye (Eski Genel İşlem Şartları Yasası § 2) dayandığı da ifade edilmektedir. Alman Medeni Yasası'nın 305. paragrafının başlığı genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi şeklindedir. 305. paragrafın 2. fıkrasına göre şayet kullanıcı sözleşmenin akdedilmesi sırasında; 1- diğer sözleşme tarafına açıkça genel işlem şartlarının varlığı hususunda bilgi verirse veya açıkça görülebilen bir şekilde sözleşmenin akdedildiği yerde bu konuda bir ilan ya da duyuru suretiyle genel işlem şartlarına işaret etmişse, 2- diğer sözleşme tarafına, genel işlem şartlarının varlığı konusunda bilgi sahibi olma olanağı yaratılırsa ve şayet diğer sözleşme tarafı onun geçerliliği konusunda mutabık kalırsa ancak bu takdirde sözleşmenin bir parçası haline gelir.

105 28.11.2013 T. ve 28835 sayılı RG

106 Benzer düzenleme Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin "haksız şartların değerlendirilmesi" başlıklı 6.maddesinin 2 ve 3.fıkralarında da bulunmaktadır.

(Madde 5/4'ün gerekçesi: *"Dördüncü fıkrada, sözleşmenin yazılı olması durumunda sözleşmede açık ve anlaşılır bir dilin kullanılması zorunluluğu getirilmiştir. Yazılı kurulan standart sözleşmelerde sık sık karşılaşılan bir sorun, sözleşme şartlarının son derece ayrıntılı, karmaşık ve bir anlam verilemeyecek şekilde kaleme a*lınmalarıdır. ***Adeta anlaşılmamak amacıyla yazılan bu türden sözleşme şartları da haksız sayılır ve ikinci fıkra uyarınca hükümsüzlük yaptırımına tabi olur.*** Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin *kullanılmış olması, yani saydamlık gereğine uygun kaleme alınmış olmaları şarttır. Diğer yandan bir sözleşme şartının tamamen anlaşılmaz olmayıp, sadece birden fazla anlama geldiği hallerde hükümsüz olması söz konusu değildir. Ancak bu hallerde tüketici lehine, düzenleyenin aleyhine olan yorum tercih edilir…."*)

Her ne kadar madde metninde bu açıklıkta belirtilmemişse de, gerekçeye göre, şartın açık ve anlaşılır olmamasının yaptırımı hükümsüzlüktür.

(Madde 5/7'nin gerekçesi: *"… Edimler arasındaki dengeye müdahale edilemeyeceği kuralının sadece bir istisnası vardır. O da saydamlık ilkesine aykırı davranılmış olması halidir. Zira tüketici açısından, açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmiş olma gereği edimi belirleyen hükümler açısından özel bir önem taşımaktadır. En elverişli fiyatların piyasada oluşabilmesi için bedel karşılığında sunulan hizmetin kapsamı, hangi hallerde ek bir ödemenin talep edilebileceği gibi hususların tüketici açısından anlaşılabilir ve diğer arz edilen mal veya hizmetlerle karşılaştırılabilir olması gerekir. Aksi takdirde zaten piyasada fiyat oluşumunun ön koşulları ortadan kalkmış olur. Bu nedenle gerek asli edimlerin gerekse yan edimlerin hepsi saydamlık denetiminden geçecektir."*)

Bu durumda fiyata ilişkin unsurlar açık ve anlaşılır şekilde karşı tarafa sunulmamışsa yine haksız şart sayılabilecektir[107].

[107] Örneğin tüketiciyle sabit fiyat garantisi ile abonelik sözleşmesi yapıldığı ve açıkça uyarılmadığı halde daha sonradan ek olarak para talep edilmesi halinde haksız şartın varlığından söz edilebilecektir (bkz. AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s .225).

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[108] "Temel ilkeler" başlıklı 4. maddesinin 1.fıkrasında şekli şeffaflık olarak da nitelendirilebilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir:

"Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir."

Maddede belirtilen sözleşme türleri bakımından öngörülen şekli şeffaflık ilkesine aykırı olarak düzenlenecek şartlar bakımından tek yaptırım Kanunun 77. maddesine göre idari para cezasıdır. Bu durumda sorunun çözümünde 93/13 no.lu AB Yönergesi'nin 5. ve 6. maddelerinden yararlanmak yerinde olacaktır. Yönerge'nin 5. maddesi ile tüketiciye sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması durumunda, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerektiği düzenlenmiştir. 6. maddesinde ise, üye Devletlerin, bir satıcı veya sağlayıcı tarafından bir tüketici ile akdettikleri sözleşmede kullandıkları haksız şartların, tüketiciyi bağlamayacağını ve haksız şartların varlığı durumunda geriye kalan şartlar bakımından sözleşmelerin tarafları bağlayacağını kabul eden düzenlemeleri yapmaları gereğine yer verilmiştir. Söz konusu Yönerge maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, açık ve anlaşılır düzenlenmeyen sözleşme şartının kötüye kullanılabilir olması durumunda geçersizlik yaptırımına bağlandığı söylenebilir[109]. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükmünün bağlayıcılık

[108] 4077 sayılı önceki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinin 6. fıkrasında da şekli şeffaflık olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemeye yer verilmişti:

"6/A, 6/B, 6/C, 7, 9,, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir."

[109] Bkz. Çınar, s. 173; sözleşme koşullarının haksız olmasının yaptırımı konusunda ayrıca bkz. Yavuz, s.83 vd.

denetimi sırasında değil, içerik denetimi sırasında şekli şeffaflık ölçütü olarak göz önünde bulundurulması gereken bir kıstas olduğu değerlendirmesi yapılabilecektir[110]. Kaldı ki yukarıda belirttiğimiz üzere TKHK. nun 5.md.nin 4.fıkrasının gerekçesinde anlaşılmaz sözleşme şartlarının haksız sayılacağı ve hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı açıkça düzenlenmiştir.

TBK.na bakacak olursak, 23.madde ile şeffaflık ilkesi yorum sorunu olarak ele alınmıştır[111]:*"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."*[112] [113]Genel işlem şartlarının açık ve an-

[110] TKHK.nun 6. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen sözleşmelerin şartları öngörülen, yani 12 punto ve koyu siyah şekilde yazılmamışsa, içerik denetimine tabi tutulabilecek ve şayet denetim neticesinde bu şartların, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde makul olmayan bir dezavantaj yaratıyorsa, haksız şart olarak kabul edilerek, geçersiz sayılabilecektir. (bkz. Çınar, s. 173 ve 174).

[111] Bkz. Havutçu, "Değerlendirme", s. 3622. ATAMER, ilgili hükmün yoruma ilişkin olduğunu, içerik olarak hem Avrupa ülkelerindeki düzenlemelerle hem de Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrası ile örtüştüğünü belirtmiş, bununla birlikte bu düzenlemenin, sözleşmelerin yorumuna ilişkin TBK Tasarısı'nın 19. maddesine eklenmesinin kanun sistematiği açısından daha isabetli olacağını ifade etmiştir. Kuntalp ve diğerleri maddeye ilişkin olarak yaptıkları değerlendirmede, genel bir yorum kuralının genel işlem kurallarına ilişkin bir kanun maddesi haline getirmenin gerekliliğinin tartışmaya açık olduğunu ve yine maddenin başlığının müphem ve uygunsuz olduğunu belirtmekle yetinmişlerdir (bkz. Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Moralı/Çavuşoğlu Işıltan/İpek/Yaşar/Koç: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler", Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Mayıs 2005, s. 29. Türkiye Bankalar Birliği ise, 23. maddenin sözleşme serbestîsine aykırı olup, sübjektif yorumlara yol açıp, sözleşmeyi düzenleyenlerin haksız mağduriyetlerine neden olabileceği gerekçesiyle Tasarı'dan tamamen çıkarılması gerektiği görüşündedir (bkz. Türkiye Bankalar Birliği/ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Görüş ve Öneriler / 27 Mayıs 2005, s. 3).

[112] Maddenin gerekçesi: *"..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 Medeni Kanununun 2 inci 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 sebep olan noktalar, düzenleyen a*leyhine 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 yasağı"na (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem koşulları daima diğer taraf lehine yorumlanır. Nitekim, Roma Hukukundan gelen "in dubio contra stipulatorem" (Sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de ayn*ı sonuç çıkmaktadır. Bu genel ilke ve buna uygun olan madde, sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü ya da bir sözcüğü kaleme alanın, onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlan*maması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Aynı şekilde, bir hükmü düşündüğü gibi yazmamış olan kişinin, "bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır." şeklinde, sonradan yapacağı yorum haklı sayılmaz. Alman Medeni Kanununun (BGB) 305c maddesinin ikinci fıkrasında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir."*

[113] Hükmün uygulanmasına örnek için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

laşılır olması şeffaflık ilkesinin bir gereği olup, bu ilke esas olarak genel işlem şartlarının açık, belirli ve anlaşılır şekilde düzenlenmesini, müşterinin genel işlem şartlarını kolayca okuyabilmesini, içeriğini, özellikle de hak ve yükümlülüklerini doğru bir şekilde anlayabilmesini gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, şeffaflık ilkesinin doğrudan bir yorum sorunu olmadığı anlaşılacaktır[114].

Esasen yorum, bir irade beyanının hukuksal değerlendirilmesi için ilgili anlamının ortaya çıkarılmasını amaçlamakta ve bu çerçevede, açık olmayan, çok anlamlı ve anlaşılmaz beyanlarla uğraşmakta olup, şartın hükümsüzlüğüne neden olmamaktadır. Şeffaflık ilkesi ise, genel işlem şartlarının açık, belirli ve anlaşılır şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir ve ihlali şartın hükümsüzlüğüne yol açabilir[115].

Yorumun amacı müşteri için şartın nasıl anlaşıldığıdır. Şeffaflık denetimi ise sözleşme tarafının şartı bu anlamda yeterli derecede anlayabilip anlayamadığını açıklığa kavuşturmak zorundadır.

Belirsizlik kuralı, yorum sırasında tereddüt olması durumunda kullanıcı aleyhine hareket edilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Belirsizlik kuralına göre bir şartın çok anlamlılığı söz konusu olduğunda, bu anlamlardan müşterinin daha lehine olan alternatif geçerlidir[116]. Bu suretle genel işlem şartları içerisinde kullanılan bir şartın içeriğinin tek anlamlı olarak tespit edilememesi rizikosu tek taraflı olarak kullanıcıya yüklenmektedir[117].

Belirsizlik kuralı şeffaflık ilkesini, çok anlamlı şartları müşterinin en

---

Ankara 2011, s. 115,116.

[114] Bkz. Havutçu, "Değerlendirme", s. 3622.

[115] Kreienbaum, s. 50.

[116] SAMBUC, Thomas: "Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB", NJW 1981, s. 313 vd; Präve, s. 138 vd.; Joppich, s. 61.

[117] Bkz. Joppich, s. 60 ve dn. 208'deki hukuk komisyonu raporu (BT-Drucks. 7/5422, s. 5); Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 28. Sözleşmenin açık olmayan, birden fazla anlama gelen şartlarının neden olduğu olumsuzluğa bu şartları kaleme alan, şartları kullanan taraf katlanmak durumundadır (bkz. Akyol, s. 71).

lehine olan içeriği geçerli kılarak yaptırıma tabi tutmak suretiyle gerçekleştirmektedir[118]. Başka bir anlatımla belirsizlik kuralı, çok anlamlı şartlara karşı bir reaksiyon göstermekte ve şeffaflık ilkesini gerçekleştirmektedir. Buna göre belirsizlik kuralı ile şeffaflık ilkesinin hukuksal sonuçları farklıdır[119]. Şeffaflık ilkesi ve şeffaflık denetiminin uygulanmasında şartın hükümsüzlüğü ve yedek hukuk kurallarının uygulanması sonucu ortaya çıkarken, belirsizlik kuralının uygulanmasında müşteri lehine içerik geçerli olmaktadır[120].

Belirsizlik kuralı ortalama müşteri için farklı anlam alternatiflerinin bilinebilir olduğu durumda uygulama alanı bulur. Buna karşılık genel işlem şartları içerisinde bir şartın anlamını tamamen gizlemesi ya da anlamın ortaya çıkarılması müşteriden beklenemeyecek zorlukta ise şeffaf olmama durumu söz konusudur[121]. Zira bu durumlarda müşterinin arasında seçim yapabileceği anlam alternatifleri bulunmamaktadır. Daha ziyade burada, müşteri için anlaşılamayan şartın geçerliliği ve yokluğu arasında bir seçim söz konusudur. Böylelikle belirsizlik kuralı belirli bir şeffaf olmama durumu için özel bir düzenlemedir. Belirsizlik kuralı aynı zamanda kullanıcının formülasyon sorumluluğu için yasal bir kanıttır[122]. Dolayısıyla, yeni Türk Borçlar Kanununda şeffaflık ilkesinin salt bir yorum sorunu olarak ele alınmasının isabetli olduğu söylenemez. Oysa özellikle Alman[123] ve İsviçre Hukuku'ndaki[124] yasal düzenlemelerde, şeffaflık ilkesi daha çok içerik denetimi ile bağlantı içerisindedir. Yine 93/13 No.lu AB Yönergesinin 4. maddesi ile de şeffaflık ilkesi içerik denetiminde bir kıstas olarak düzenlenmiştir[125]. Bu gerekçeyle de öğretide

118 Schäfer, s.111; Kreienbaum, s. 63.

119 Kreienbaum, s. 63.

120 Bkz. Schäfer, s. 63.

121 Kreienbaum, s. 64.

122 Bkz. Kreienbam, s. 64 ve dn. 70.

123 Bu konuda bkz. BGB § 307/1 ve bu konuda yukarıda yapılan açıklamalarımız.

124 Bkz. İsviçre Haksız Rekabet Yasası m. 8.

125 Ayrıca bkz. Havutçu, "Değerlendirme", s. 3623.

Havutçu[126], şeffaf olmama yani genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmamasının, içerik denetimi kapsamında değerlendirilmesi ve şartın şeffaf olmaması nedeniyle hükümsüz sayılabilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.

Gerçekten de bir kural açık ve anlaşılır değilse kuralın geçersiz olması daha doğrudur, burada karşı taraf lehine yorumlanabilecek bir kuraldan dahi söz edilemez[127].

Aydoğdu'nun da belirttiği gibi genel işlem şartlarının şeffaf (açık ve anlaşılır) olmaması halinde karşı taraf lehine yorum yerine geçersizlik sonucunun öngörülmesi daha yerinde olurdu. Bu gibi durumlarda ayrıca kuralın dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde olup olmadığına da bakılmamalıdır[128].

Öğretide, mehazda olduğu gibi, olması gereken hukuk bakımından TBK 23'deki "... genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır (şeffaf) olmaması halinde düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanması" yerine TBKm.25 hükmüne ilave edilecek bir düzenlemeyle, "genel işlem koşulları açık ve anlaşılır olmaması halinde geçersiz sayılır" biçimindeki kuralın hukukumuza da alınmasının yararlı olacağı ileri sürülmüştür.[129]. Nitekim kural açık ve anlaşılır değilse, karşı taraf lehine bir anlam çıkarmak pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla şeffaf olmayan

[126] Bkz. Havutçu, "Değerlendirme, s. 3623. Yazar, TBK Tasarısı'nın 23. maddesindeki "açık ve anlaşılır olmama" kısmının çıkarılarak, şeffaflık ilkesine Tasarı'nın içerik denetimine ilişkin 25. maddesinde yer verilmesini ve geçersizlik nedeni sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Tasarı'nın 23. maddesinin ise ya sadece "genel işlem şartları içinde yer alan bir kuralın anlamının belirlenmesinde tereddüt halinde, kullanan aleyhine olan anlam esas alınır" biçiminde düzenlenmesi, ya da bu hükmün tamamen bu bölümden çıkarılarak sözleşmelerin yorumuna ilişkin düzenleme içine alınması önerisinde bulunmuştur (bkz. Aynı eser, s. 3623). Çınar ise, TBK Tasarısı'nın içerik denetimine ilişkin 25. maddesinde şeffaflık ilkesine yer verilmemiş olmasından dolayı, şeffaf olmayan bir hükmün sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığını kabul etmek gerektiği görüşündedir (bkz. Çınar, s. 172).

[127] Bkz. Atamer, GİŞ Sempozyumu, s. 48, Aydoğdu, s.119.

[128] bkz. Aydoğdu, s.120.

[129] Bkz. Aydoğdu, 120, 121. Atamer de benzer şekilde TKHK. ve Haksız Şartlar hakkındaki yönetmelik hükümlerinden TBKn.daki boşluğun doldurulmasında faydalanılabileceğini belirtmektedir (bkz. Atamer, GİŞ Sempozyum, s. 49.

kuralın geçersiz sayılması daha yerinde olur[130]. Hatta artık burada şeffaf olmayan şart ile dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığı yönünde bir inceleme yapmak zorunda kalınmaksızın doğrudan şeffaf olmayan kuralın geçersizliğine karar verilebilmelidir[131].

VII. DEĞERLENDİRME

Şeffaflık denetiminin temelinde, "bilgi modeli" olarak betimlenen, yeterli bilgi ve aydınlatmanın müşteriyi gerek sözleşmenin akdedilmesi sırasında şartlar üzerindeki müzakereler yoluyla gerek alternatif önerileri kabul etme yoluyla rekabet piyasalarında pazar şansını bizzat ve yeterli derecede idrak edebilmesi şeklindeki kabul bulunmaktadır[132]. Bu bağlamda sözleşme adaleti bireyin kendi kararlarından sorumlu olması ilkesine de hizmet etmektedir.

Böylelikle şeffaflık denetimi bireyin kendi kararını vermesi şeklindeki değeri vurgularken içerik denetimi irade özerkliğine -gerekli olduğu takdirde- sınırlar koymaktadır[133]. Genel işlem şartlarında yer alan ve anlaşılır olmayan sözleşme şartları tek başına müşteri için bir mağduriyet teşkil ederler. Zira müşterinin şeffaf olmayan ve anlaşılamayan düzenlemelerle hukuksal konumunun ihlal edilmemesine ilişkin menfaatleri zedelenmektedir[134]. Kısaca bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde içeriksel olarak maddi bir mağduriyetin ortaya çıkmasına gerek olmaksızın bizzat şeffaf olmama durumunun şartın hükümsüzlüğü için yeterli olduğu ifade edilebilir. Gerçekten de genel işlem şartlarının şeffaf olmaması sonucunda birçok durumda müşterinin hakları o derecede ihlal edilmektedir ki, şeffaf olmama nedeniyle müşteri hukuksal bir tale-

[130] Aydoğdu, s. 121.

[131] Atamer, GİŞ Sempozyum, s. 49, ayrıca bkz. 58-59; Aydoğdu, s. 121.

[132] Joppich, s. 37; Kreinbaum, s. 215.

[133] Joppich , s. 37.

[134] Bkz. Stadler, s. 32.

bini veya hukuksal bir savunmasını gerçekleştirmek imkânından yoksun kalmaktadır[135].

Şeffaf olmama dolayısıyla bir mağduriyet, sadece sözleşmenin akdedilmesi durumunda ortaya çıkmaz, aynı zamanda sözleşmenin uygulanması sırasında da ortaya çıkabilir[136]. Şayet bir sözleşme tarafı şeffaf olmama nedeniyle sözleşmenin içeriğini tam olarak kavrayamazsa bu durumda mevcut haklarını idrak edememe, doğru olarak tahmin edememe ve onları uygulamaya koyamama tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Müşterinin kendisinin özgürce karar vermesi, sadece sözleşmenin akdedilmesi düzeyinde etkisini göstermemekte, sözleşmenin adil bir şekilde uygulanması için de önemli bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır[137]. Dolayısıyla sözleşme akdedildikten sonra da sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükler, makul bir şekilde tahmin edilebilmeli, yani bu süreçteki hukuksal durum da şeffaf olmalıdır[138]. Müzakerenin sonucu fiilen de hayata geçerse ancak bu durumda sözleşme özgürlüğü tam olarak gerçekleşebilir. Burada farazi olarak mevcut hak ve yükümlülüklerin uygulamaya sokulması suretiyle sözleşme kurumunun tek taraflı olarak kötüye kullanılması dolayısıyla makul ya da uygun menfaat dengesinin bozulmaması bakımından bir denetim ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada öncelikle kendi kararlarından sorumlu olarak kendi sözleşmesel haklarını talep eden ve öteki sözleşme tarafınca hakların kullanılmasını haklılığı açısından denetleyen sözleşme taraflarınca yapılan iç denetime güvenilmelidir. Bu denetim mekanizması ancak her iki tarafın sözleşmesel hakları ve yükümlülükleri açık ve anlaşılır ise işlev görebilir[139].

---

[135] Bkz. BGH 17.3.1999, VersR 1999, S. 679 ff ; OLG Stuttgart 28.05.1999, VersR 1999, 832 ff. (Joppich, s. 15 den naklen).

[136] KOLLER Ingo: "Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in:Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990 (Hrsg. Von: Jürgen F. Bauer u.a.), s. 667-686, s.670.

[137] Joppich, s. 43; Schäfer , s. 168; Koller, s. 670.

[138] Lindacher, s. 351; Hans-Bernd Schäfer, s. 27.

[139] Joppich, s. 43.

Genel işlem şartlarındaki şeffaflık ilkesi, sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulmasını ve müşterinin hukuksal konumunu, haklarını ve yükümlülüklerini idrak edebilmesini sağlayacak ve bu çerçevede müşteri ilgili sözleşmeyi yapma veya yapmama özgürlüğünü kullanabilecektir. Yine genel işlem şartlarının şeffaf şekilde düzenlenmesi suretiyle müşteri piyasada rasyonel karar verebilecek ve rekabet çerçevesinde başka bir mal/hizmet sunucusuna yönelebilme imkânına kavuşabilecektir. Bu itibarla genel işlem şartlarının şeffaf olmaması, müşterinin bu imkânları kullanmasını engelleyebileceği için, tek başına şeffaf olmama durumu ayrı bir mağduriyet olarak kabul edilmeli ve şeffaflık denetimi kendine özgü hukuksal bir denetim aracı olarak değerlendirilmelidir.

TARTIŞMA SORU/CEVAP

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Bu güzel tebliğ için sayın Yard. Doç. Dr. Ayşe Şimşek'e de teşekkürlerimizi sunuyoruz. Yine bu oturumun sonunda da bir soru tartışma bölümü olacak. Ancak özellikle rica edeceğiz, soru kısa olsun ve mümkün mertebe bir kişi birden fazla soru yöneltmesin. Ayrıca söz alan arkadaşlar ikinci bir tebliğ verir gibi uzun uzadıya açıklama yorumda bulunmasın, çünkü zamanımızı oldukça aştık ve bu arada hemen havaalanına transfer olması gereken çok değerli hocalarımız sayın katılımcılar var. Onların bir an önce ayrılması gerekiyor. Bu bakımdan bi soru açıklama faslını kısa tutmak istiyoruz. Buna da riayet edeceğinizi zannediyorum, kalpten inanıyorum buna. Evet bu arada kendisini çok önceden yazdıran, söz alan sayın Prof. Haluk Burcuoğlu'na söz veriyorum. İkinci sırada da sayın Lale Sirmen var.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Bir defa değerli arkadaşıma teşekkür ediyorum gerçekten. Bir tek şeyi merak ediyorum. Şimdi yorum denetimi ile içerik denetimi arasındaki farkı hakkaten kanunda da açık ama hala çözmüş değilim bu bir. İkincisi, bütün kitaplarda hangisini açarsanız açın, bırakın genel işlem koşulunu, tek tip sözleşme, katılma falan bir kenara koy. Sözleşmeyi ben hazırlıyorsam, bireysel sözleşme. Lale hocamla sözleşme yapıyorum, eğer anlaşılamayan bir madde varsa, lale hocam lehine yorumlanır diyor bütün kitaplar. Yani bunun için böyle 305. madde, 307. paragrafın falanca maddesine gerek var mı acaba? Çok merak ediyorum. Yani gerçekten o kadar bariz birşey ki bu, genel işlem koşulu olsa da olmasa da. Sözleşme daima kaleme alan taraf aleyhine yorumlanır, bitti. Bunu söylemeye çalışıyorum. Yani katılıyor musunuz? Yoksa çok ayrıntılı olarak anlattınız teşekkür ederim hakikaten. Şeffaflığın işte bilgilendirme safhasında, yorumsal fasılda, içerik safhasında, tamam. Ama ben Tekinay borçlar hukukunu açıyorum orada hoca öyle diyor, hangi taraf kaleme almışsa onun aleyhine yorumlanır diyor. Bilmiyorum katılıyor musunuz, teşekkürler bundan ibaret.

Yard. Doç. Dr. Ayşe Şimşek : Roma hukukuna dayanan bir ilke zaten, birden fazla anlama geliyorsa kaleme alanın aleyhine yorumlanır bi-

çiminde. Tabiki katılıyorum. Gerekçede de zaten açıkça belirtiliyor 23. maddenin hocam. Tüketicide de var aynı kural. Burada benim özellikle belirtmek istediğim, hiç bir anlam alternatifi çıkmıyorsa ortaya, O çerçeve de içerik denetimi dolayısıyla geçersiz sayılması hocam. Birden fazla anlam değil de hiç açık ve anlaşılır değilse ortalama müşteri açısından, o zaman geçersiz sayılması gerektiği yönünde bir değerlendirmeydi.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Hiç anlam taşımayan bir şeye örnek verebilir misiniz? Çok memnun olurum gerçekten.

Prof. Dr. Ayşe Şimşek : Belirlilik ilkesinin ihlali manasında, doğmuş ve doğacak bütün borçlardan sorumludur biçimindeki bir kural mesela, yanılmıyorsam yargıtayın da böyle bir değerlendirmesi vardı.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Beni çok mutlu ettiniz. Açık banka genel kredi sözleşmelerini... Doğmuş ve doğacak diye gidiyor.

Prof. Dr. Ayşe Şimşek : Hepsinde var hocam kesinlikle çok haklısınız. Belirlilik ilkesinin ihlali.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ben şimdi tebliğ vermek zorunda kalacağım. Korsan tebliğ vermeyeceğim hocam bir sorum var.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Hayır şimdi ikinci korsan tebliğ verdi. Ama şimdi haklısınız da ama şimdi size söz vereceğim söz hakkı aldınız ya. Tamam sorun buyurun.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Yani şeye cevap vermiyorum, o doğmuş doğacak meselesine. Program var bir şeyden hoşlanmayınca, onu unutalım, onu unuttuk. Genel işlem şartı olması önemli değil her halükarda denetime tabi öyle birşey. İsviçre Federal Mahkemesinin kararları var, onu unuttuk. Ben bir şey soracağım; şu ön bilgilendirme, hep ön bilgilendirme diyor tüketicinin korunması hakkında kanun. Ön bilgilendirme de şeffaflığın bir başka görüntüsü, şeffaflık ilkesi. Ön bilgilendirmeyi yapmadı ne olacak? Müeyyidemiz ne? Yaptırımımız ne? Kanun hadi ön

bilgilendirme, ön bilgilendirme diyor. Yapmadık ne yapacağız? Ön bilgilendirmede ne uygulayacağız? Bir de asgari hocam da söyledi asgari noktalar esaslı noktalar dedi, tüketicinin korunması hakkında kanunda yönetmelikle yapılmaması gerekirken yapılan düzenlemelerden o asgari noktaların hepsi esaslı nokta mıdır? Biz onların hepsini şekil içinde arayacak mıyız? Olmazsa ne olacak? Ki orada bir kural var size hatırlayım, ben bunları istirham edeceğim. Gerekirse o son kısıma biraz sonra yardımcı olurum.

Prof. Dr. Ayşe Şimşek : Kanunda da yönetmelikte de düzenleme var. Açık, anlaşılır ve okunabilir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formunun tüketiciye verilmesi zorunludur. Hatta sözleşmenin kurulması, en az bir gün önce bilgilendirmenin verilmesi gerektiği yönünde. Kanımca eğer bilgilendirme yapılmazsa, bu sözleşmenin evet ...

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Bir yorum yapayım mi?

Prof. Dr. Lale Sirmen : Genel işlem şartları içinde de ...

Prof. Dr. Yeşim Atamer: Hocam o ayrı birşey, aynen. Yani tüketici mevzuatının, sermaye piyasası mevzuatının vermiş olduğu, getirmiş olduğu bilgilendirme yükümlülükleri ile genel işlem şartları sözleşme içeriğini oluşturuyor olmasını ben şahsen ayırma taraftarıyım. Bilgilendirme yükümlülüklerine aykırı davranmanın çünkü çok farklı yaptırımları var. Mesela ne olabilir? Cayma hakkına ilişkin üst süre işlemez sınırsız cayma hakkına sahip olursunuz gibi. Çok ciddi başka bir yaptırımı nedir? İdari para cezası. O açıdan bakıldığında bunlar genel işlem koşuluyla alakalı şeyler olabilir, hiç de olmayabilir. Ama genel işlem koşulu metnine aktarmamak, vermemek, sözleşme görüşmelerinde sunmamak bunları sözleşme içeriği olmasını engeller. Ama hepimiz şunu biliyoruz, bu metni vermemizin sebebi bilgilendirme değil aslında. Değil mi? Halbuki sermaye piyasasında veya cayma hakkına ilişkin bilgi formunda gerçekten içi okunsun istiyorum ben. Okunsun bakılsın ona göre o işlemi yapacak mıyım yapmayacak mıyım vs bir bilgi edineyim. Halbuki genel işlem koşulları metni bunun için verilmiyor. O 25 sayfayı zaten

kimse okumayacak, bende okumayacağım sizde okumuyorsunuz, hepimiz bunu biliyoruz. Dolayısıyla bilgi verme isteği çok arka planda diye düşünmek lazım.

Prof. Dr. Ayşe Şimşek : Hocam kusura bakmayın ben ilk sorunuz dinlerken tekrar alabilir miyim? Diyor ki, yazılı şekilde yapılması gerekir hepsi içinde diyor. Yazılı şekilde yapılması gerekir ama diyor şekil içinde yer almazsa satıcı veya sağlayıcı eksik bir şey der. Tabi hangisini düzeltir, esaslı noktaları düzeltilmez. Orada demek ki esaslı noktaları şekil içinde yer alması gerektiği, diğer noktalar eğer özellikle de saydamlık açısından bilgilendirmeye ilişkin noktalar yer almamışsa onları düzeltecektir. Siz saydamlıkla ilgili olduğu için böyle katkı yapmak istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Haluk hocanın sorusuyla ilgili olarak, yorum ile içerik denetimi arasındaki farkı ben anlayamadım dedi de haklıdır. Biraz kapalı geçiyor ama öğreti daha ziyade açık içerik denetimi ve kapalı içerik denetimi ayrımıyla ortaya konuluyor onlar arasındaki fark. Birisinde yorum yoluna gidiliyor, ötekinde doğrudan doğruya yasalara uygunluk vs. denetimi yapılıyor.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Pardon hayır. Arkadaşa gelecek sıra şurada bir erkek arkadaş var ona vereceğim sözü. Bilemiyorum ben yanılıyor olabilirim de, o ikisi arasındaki ayrımı bakınca ben farkı az çok anlayabiliyorum.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Benimle ilgili olacaksa zaten ...

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Eleştirilebilir, zaten tartışmalı o ikisinden hangisi. Söz alanlar adlarını ve mesleklerini lütfen söylesinler.

Dinleyici: Avukat değilim henüz. Aslında sabahki oturum ile ilgiliydi benim sorum ama sağolsun sayın Burcuoğlu hocam yani çok fazla sıra gelemedi bana. Sorum Yeşim hocama aydınlatılmış onamda, şebnem hoca da bahsetti biraz, üzerinde duramadan çıktı, ayrılmak zorunda

kaldı ama aydınlatılmış onamda konusunda benim sorum. Aslında baktığımız zaman hastahane kabul sözleşmeleriyle, aydınlatılmış onamda çok iç içe geçmişler, çok.... Çoğu zamanda ayırmak mümkün değil ki her hasta açısında çoğu zaman hiç değil. Nadir başta hastahane kabul sözleşmesi, nadir aydınlatılmış onamda şimdi.... Çok farklı da kavramlar. Bir kere aydınlatılmış onamda bir boşluk falan bişey değil de tıp biliminin kabul ettiği fayda risklerdir aslında özüne bakarsak. Ama diğer taraftan yani hekimin burada tasarruf hakkı yoktur. Yani hastada olmadığı gibi, hekim de bunda bir...

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Yorum istemiyoruz lütfen soru, sadece soru.

Aynı Dinleyici : Tamam. Aynı zamanda aydınlatma çoğu zaman yazılışla olma şartına bağlı da değildir. Siz bu koşullar altında aydınlatılmış onamda genel işlem koşullarının ya da şartlarının uygulanmasını nasıl buluyorsunuz? Yani, çünkü öğretide öyle birşeyler karşılaştım da uygulanması gerekir gibilerden. Teşekkürler.

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Haklısınız biraz havada kaldı sabahleyin. Bana sorarsanız ikisinin birbiriyle hiç bir alakası yok. Bu açıdan örnek olarak hiç bir şekilde açıdan katılmam. Aydınlatılmış onamda kastettiğiniz, haklısınız bir bilgilendirme değil mi? Genel işlem koşullarıyla zerre kadar alakası yok neden? Ben hastalığım hakkında ve bana yapılacak müdahale hakkında bilgi sahibi olacağım ki, bana yapılacak müdahaleye vereceğim onay, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak, aksi takdirde bana yapacağınız vücut bütünlüğüme her türlü müdahale, hukuka aykırı bir müdahale olur. Bunu bir kenara atın, bu tamamıyla kişilik hakları çerçevesinde bireyin kendi vücut bütünlüğü üzerindeki tasarrufunu gereği gibi yapabilmesi için bir ön koşul. Şimdi bu onamın alınması lazım. Aynı zamanda ama yattığınız hastahanenin genel işlem koşulları olacaktır. Diyecek ki mesela, paranı vaktinde ödemezsen şöyle yaparım, odanda bilmem ne yaparsam böyle yaparım, bunların hiçbiri, ama dikkat edin asıl oradaki sizin onamınızla alakalı olan şeyler değil. O sözleşmenin tamamıyla tali unsurları çerçevesindeki düzenlemeler. Zaten o yüzden

sabah da onu aktarmaya çalıştım. Bunlar hakkında bilgi vermek gibi bir kaygı yok. Tüketici kanunu'nda da yok, hiç bir yerde yok, kimsenin yok. Çünkü böyle bir bilgiyi vereceğiniz vakit de yok, bunu anlamak isteyecek bir kitle de yok ve gerçekten gerek de yok hiçbir şekilde. Yani ben tez yazdım haspel kader ama bana da birileri anlatmaya çalışsa teşekkürler derim. Zaten neyi biliyorum bunun içeriğinin denetleneceğini biliyorum. Buna karşılık bir tıbbi müdahale hakkında bana bilgi verilmesi, olmazsa olmaz koşul. O açıdan bakıldığında ikisinin zaten mantığı çok farklı işliyor diye düşünmeniz lazım. O yüzden mesela cayma hakkı konusunda bilgi verme, bu elzem neden? Ben bilmeliyim ki cayma hakkım olduğunu, iki hafta içerisinde caymayı kullanabileyim. Bilmezsem kimse bana söylemezse, nereden ben bu hakkımı bir anda bana vahiy yoluyla inmeyeceğine göre, o yüzden orada bilgi vermeye zorluyoruz. Ha o ki tekrar ediyorum, genel işlem koşullarıyla bağlantılı bir bilgi verme yükümlülüğü yoktur. İşin mahiyetine aykırı.

Prof. Dr. Aydın Zevkliler : Efendim teşekkür ediyoruz. Ben burada oturumu kapatacağım çünkü ayrılmak üzere hareket edecek arkadaşlarla vedalaşmam ve ayrıca bu arada biraz nefes alıp tazelenme ihtiyacı var. 10 dakikalık bir ara vereceğiz.

1. GÜN 3. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu : Teşekkür ederim. Sayın meslektaşlarım ve sevgili öğrenciler, üçüncü oturuma hoşgeldiniz. Şimdi sözü Adem Yelmen arkadaşımıza veriyorum.

DEĞİŞTİRME YASAĞI

▪ **Arş. Gör. Adem YELMEN***

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

Anahtar Kelimeler: Genel işlem şartları, değiştirme 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 relavant 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 anlamı[1] 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 gözükmektedir. Nitekim bir sözleşmenin kurulması anında genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşmenin muhtevasına dâhil olmasını isteyen kişi *"kullanan"*dır[2]. Önemli olan genel işlem şartlarını kaleme alan değil, karşı tarafa sunandır[3]. 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; 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. 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 almamasıdır. 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 Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Ünal TEKİNALP'e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1111.

*faizi ile temerrüt faizinin sözleşme serbestîsi 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 hakl*ı görülemeyecek bir orana yükseltilmesi, hakkın suiistimalini oluşturacağından, sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında, kredi müşterisinin MK. m. 2 ve 3. maddelerinin korunmasında bulunduğunun kabulü gerekir."[5] Görüldüğü üzere, kullananın değiştirme yetkisi, karşı taraf aleyhine de olsa, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun kullanıldığı ölçüde geçerli kabul ediliyordu[6]. 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 ayrım 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 olurdu[7]. Önemli bir sebebin varlığı ve tarafların menfaatlerinin dengelenmesi hususları, değişikliğin makûl ölçüde olmasına imkân tanıyabilmelidir[8]. Meselâ, alınan mobilyanın ticarî geleneklere uygun olarak yapımına ilişkin değişiklik yapma hakkı veren şartlar makûl olarak nitelenerek geçerli kabul edilmelidir[9]. Buna karşılık kullanan tarafından, uçuş noktalarının, taşıt tamirinin muhtevasının veya TV paketlerinin değiştirilebileceğine ilişkin şartları makûl olarak kabul etmek mümkün değildir[10].

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 yaptırımı ise, TBK. m. 27/II uyarınca kısmî kesin hükümsüzlüktür[11]. 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"nı ifade etmektedir.

nusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılabilecek 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 bildiriminin 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"[13]in Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları içerisinde de değiştirme yasağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. TSHŞHY. Ek-1/(1)-h)'ye göre, sözleşmeyi düzenleyenin 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 almaktadır[14]. 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 akıbetinin 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 itibariyle gerçekleşen olay ve ilişkilere

[14] Banka Kartları Ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik m. 18'de aynı doğrultuda bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. RG., T. 10.03.2007 ve S. 26458.

uygulanır[15]. Bununla birlikte, zaman zaman kanunların yürürlüğe girmesinden önceki ilişkilere de uygulanacağına yönelik özel bazı düzenlemeler yapılmaktadır[16]. 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 Kocayusufpaşaoğlu 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, İÜHFM., Y. 2012, C. LXX, S. 1, s. 225; Dural, Mustafa/Sarı, Suat; Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun 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 hukukî 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 almıştır[17]. 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 etmiştir[18]. Aynı şekilde, 21. Hukuk Dairesi, 6098 sayılı TBK. m. 55'i[19] 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 etmiştir[20]. 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 artırılamaz veya azaltılamaz.*
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 etmiştir[21]. 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 etmemiştir[22].

Yukarıda özetlerine yer verilen kararlarda Yargıtay Daireleri, kamu düzeni ve genel ahlâka ilişkin bir tanım, bir niteleme 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; Millî-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 edilmektedir[25]. 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 eder[27].

Kamu düzeninin muhtevasını belirlemek kolay değildir. Çünkü bir toplumun menfaatleri yere ve zamana göre değişkenlik gösterebilir[28]. 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 vardır[29].

Kamu düzenini ilgilendiren kurallar emredici nitelik taşır; fakat bütün emredici hukuk kuralları kamu düzenine dayanmaz[30]. Bir hükmün emredici nitelikte olması da, başlı başına onun kamu düzenine ait bir kural sayılmasını gerekli kılmaz[31]. Kamu düzenine ilişkin kuralların emredici nitelikte olmaları, bunların düzenlendiği hususlarda toplumun önemli menfaatinin bulunması sebebine dayanır[32]. 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 niteliktedir[33]. 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 kurallarıdır[34].

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 anlayıştır[35]. 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 bakımdan 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 kavramdır[37]. Söz konusu boyutu ile değerlendirildiğinde, genel işlem şartlarının içerik denetiminin kamu düzeni ve genel ahlâk ile ilgili olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz[38]. 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 olur[39]. 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 hususdur. 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 yaptırımı 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 düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına 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 hükümlerdir[40]. 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 olabilir[43]. Nihayet genel işlem şartları kapsamındaki bir hüküm, sözleşme metninin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle, bulunduğu yer bakımından da beklenemez nitelikte olabilir[44].

---

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 kaydın; davalı satıcıya teslim süresini keyfine göre uzatma ve enflasyondan doğan tüm fiyat yükselmelerini davacı alıcıya yükleme yetkisi tanıdığını, bunun ise doğruluk ve dürüstlük kuralı ve buna bağlı güven ilkesiyle bağdaşmayacağını, 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 kaydın"* geçerli olamayacağını 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 engellenmiştir[45]. 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 gelir[46]. 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%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=D8BQT8HRIonU4QSAxsGqAw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRlQ, (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 vermiştir[47]. Görüldüğü üzere, kararda, yok sayılan sözleşme hükmü bakımından, hâkim ilgili mevzuata yönlendirilmiştir[48].

Sözleşmenin kapsamına girmeyen hükümler olmadan, onun akıbetine 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 gerekir[49].

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 tanımda 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. : Tüketici 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 : Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara 2011.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat : Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun 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=D8BQT8HRIonU4QSAxsGqAw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRlQ, (Erişim Tarihi: 07.10.2012)

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

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

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAŞIRTICI VE BEKLENMEDİK ŞARTLAR TBK. m. 21/II*

▪ **Doç. Dr. Hayrünnisa Özdemir****

Özet: Genel işlem şartları, kullanıldıkları sözleşmede karşı tarafça genel kabul beyanı ile bağlayıcılık kazanırlar. Ancak genel işlem şartları içerisinde şaşırtıcı ve beklenmedik olan hükümler varsa söz konusu şartlar yazılmamış sayılarak sözleşme, geri kalan içeriği ile ayakta tutulur. TBK m. 21/II'de şaşırtıcı şartların sözleşmede bağlayıcılık kazanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu hâlde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları yazılmamış sayılırlar. Sözleşmenin bunun dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Genel işlem şartlarını kullanan taraf, bu durumda yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu hükümle genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın TBK m. 27/II'ye dayanmasının önüne geçilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Şartları, Bağlayıcılık Denetimi, Global Kabul, Yabancı Şartlar, Şaşırtıcı Şartlar, Alışılmamış Şartlar.

Abstract: General terms and conditions are generally became valid in a contract with global acceptance of the other party. But if there are some strange terms against the contract's character and the features of the business, unless expressly cautioned, other party's volition, who globally accepted general terms and conditions, cannot be interpreted as global acceptance also includes these strange terms. In this case, general terms and conditions, which are against the contract's character and the features of the business, are respected as unwritten and other terms of the contract stay valid. Party, using general terms and conditions, cannot claim that he did not conclude the contract unless the terms respected as unwritten exist.

Keywords: General Terms and Conditions, Validity Control, Global Acceptance, Strange Terms, Confusing Terms, Unusual Terms.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Erzincan Üniv. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

I. Genel Olarak

Taraflar, sözleşme kurulurken genel işlem şartlarını, toptan kabul etmektedirler. Genel işlem şartlarını hazırlayıp sözleşmenin diğer tarafına sunan tarafın, güven kuralı çerçevesinde davranıp sözleşmenin içeriğine yabancı olan şartlara yer vermemesi gerekir. Bunu sağlayabilmek için genel işlem şartlarını sunan taraf bu şartlar hakkında karşı tarafa yeterli bilgi vermek zorundadır. Bu sayede genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olur. Bu durum TMK. m. 2'de düzenlenen "*dürüstlük kuralının"* bir yansımasıdır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile resmen uygulama alanı bulan genel şlem şartları, önceden hazırlanmış genel ifadelere sahiptir. Bu özelliklerinden dolayı güven kuralı gereği sözleşme şatlarına tamamen yabancı ve yapılan sözleşme ile aralarında bağ kurulamayan genel işlem şartları TBK. m. 21/II gereğince yazılmamış sayılır. Bu tür denetime kapsam denetimi de denmektedir[1].

Çalışmamızda TBK. m. 21/II'de düzenlenmiş olan şaşırtıcı şartlar, tâbi olduğu hükümler ve şaşırtıcı şartlar ile sözleşmede yer alan haksız şartlar arasındaki farklılıklar üzerinde yoğunlaşılmıştır.

II. ŞAŞIRTICI ŞARTLAR ve UNSURLARI

A. Genel Olarak Şaşırtıcı Şartlar

Şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme yaparken hiç hesaba katmadığı veya makûl bir tarafın, yaptığı sözleşme gereği hesaba katması beklenilmeyecek olan şartlardır. Söz konusu şartlara tip sözleşmelerde yer veren işletme sahibi, şartlar somut halde müşteriye bildi-

[1] Antalya, Gökhan, 6098 Dayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, 303, 309.

rilse, müşteri tarafından kesinlikle kabul edilmeyeceği bilincindedir[2]. Şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin oluşumundaki taraf iradelerinin uygunluğu ile ilgidir. Söz konusu şartlar, taraf iradesinin uygunluğu içinde yer almadığından, doktrin ve mahkeme kararlarına göre sözleşmenin içeriğine dâhil değildir[3]. Genel işlem şartları bu hükümler olmaksızın sözleşme içeriğini oluşturur. Müşterinin kabul beyanı bunları kapsamayacak şekilde yorumlanır[4].

Genel işlem şartlarını içeren tip sözleşmeler okunması için müşteriye verilir. Ancak müşteri tarafından genelde okunmaz ve bütün olarak kabul edilir[5]. Bu durumlardan müşterinin zarar görmemesi için öncelikle içerik denetiminde kullanılan TBK. m. 25[6]'in yanı sıra diğer bir içerik denetimi TBK. m. 21/II'de belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, " *Sözleşme niteliğine ve sözleşme içeriğine yabancı olan genel işlem şartları da yazılmamış sayılır."* şeklindedir. Bu hükmün dayanak noktası da TBK. m. 25'de olduğu gibi "*dürüstlük*" kuralıdır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağına ilişkin 6098 sayılı TBK m. 21/II hükmünün mehâzı Alman Medenî Kanunu § 305c'dir. Ancak Alman Medenî Kanununun ilgili hükmü "*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alışılmamış nitelikte olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dâhil olmuş sayılmaz"* biçimindedir. Görüldüğü üzere *"sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine yabancı olma*" kavramı, Alman Medenî Kanununda "*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba kata-*

[2] Gauch, P/Schleup, W/Schmid, J/Rey, H/Emmenegger, S.; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, PN. 1136, 274; Atamer, 109.

[3] Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN, 1136, 274.

[4] Atamer, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2000, 109.

[5] Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger; PN. 1128c, 270;, 109; İnal, Tamer, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, THD., C. 9, S. 89, Ocak 2014, 54; Atamer, 109.

[6] TBK. m. 25; " Genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz".

mayacağı derecede alışılmamış nitelikte olma" şeklinde ifade edilmiştir[7]. Hükmün gerekçesinde bu fıkra ile Alman Medenî Kanununda yer alan şaşırtıcı şartların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği vurgulandığı için sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma kavramını mehazda olduğu gibi alışılmamış, şaşırtıcı şartlar şeklinde anlamak gerekir[8].

A. Şaşırtıcı Şartların Unsurları

Alman Hukukunda şaşırtıcı şartlar, terimi kabul edilmişken İsviçre Hukukunda, "*alışılmamış olma*" veya "*işleme yabancı olma*" terimleri benimsenmiştir [9]. Alman ve Türk İsviçre hukuk doktrini tarafından benimsendiği üzere şaşırtıcı şartların varlığı için objektif ve sübjektif unsurların olması gerekir[10].

1. Objektif Unsur

Objektif unsura göre şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin açıkça niteliğine yabancı olan şartlardır. Genel işlem şartlarının içeriğinde yer alan şartın, taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmenin özü ile bağdaşmamasıdır[11]. Sözleşmenin yapılması ile hedeflenen amacın içeriğine uygun

[7] "İsviçre Hukukunda ise *"alışılmamış olma"* işleme yabancı olma olarak ifade edilmektedir, Havutçu, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, 135; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1137, 274; Gauch, Peter, Werkvertrag, Zürich 2011, PN. 197, 81.

[8] TBK m. 21/II hükmü ile Alman Medenî Kanunu § 305c'de yer alan şaşırtıcı şartlar olarak nitelendirilen genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağının kabul edildiği yönünde bkz. Havutçu, 135; Atamer, Yeşim M.;*"Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar"*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, (Yeni Açılımlar), 325; Atilla Altop, *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel işlem Şartları Düzenlemesi"*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, 259. Kanun koyucu, madde gerekçesinde *"Böylece, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir"* demek suretiyle § 305c hükmünü Türk Hukukuna taşımak istediğini açıkça belirtmiştir.

[9] Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1136, 274.

[10] Gauch, P/Aepli, V/ Stöckli, H, "Praejudizienbuch zum OR", Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Auflage, Zürich 2006, PN. 16, Art. 1 OR; Murat Aydoğdu, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, İzmir, 2014, 103.

[11] Giger, Hans, Geltung und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschaeftsbedingungen, in: Schriftenreihe zum

onunla ilgisi olmayan şartlardır. Şaşırtıcı şartların özelliği, müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmedik olmasıdır[12]. Aynı şekilde şaşırtıcı şartların sözleşmede yer alan diğer unsurları da göz önünde tutularak sözleşmenin amacına uygun olmayan öğelerin tespit edilmesidir[13]. Bu tespitte sözleşme bir bütün olarak ele alınır. Metin içerisinde yer alan şartlar tek tek incelenir. Bu inceleme sonunda sözleşmenin amacına ve tipine aykırı alışılmadık bir durumun söz konusu olduğu tespit edilirse, bunlar da şaşırtıcı şartlar kapsamında değerlendirilir[14]. Bu hallere, zor okunan bir yazı stili ile yazılmış metinler[15], sözleşme yapılırken üzerinde görüşülmüş olan konulardan sapılması[16] veya genel işlem şartlarını kullanan kişiye ait reklamlar misâl olarak verilebilir.

Objektif unsurun ilgili sözleşmede bulunup bulunmadığının tespitinde, sözleşmenin taraflarının birbirleri ile anlaştıkları, irade beyanlarının birbirine uygun olduğu an kabul edilir[17]. Sözleşme metninde genel işlem şartı niteliğindeki şaşırtıcı şartlara yer veren taraf, müşterisine şüpheli, tartışmalı ve açık olmayan şartlar sunar[18].Yüksek mahkeme, şaşırtıcı şartları hukukî bir sorun olarak serbestçe değerlendirmektedir[19]. Mahkeme, şartları incelerken şartlar müşterinin hukukî durumunu ne kadar çok ihlâl ediyorsa, mahkeme de söz konusu şartları, verdiği kararlarda bir o kadar şaşırtıcı olarak değerlendirmektedir[20].

Konsumentenschutzrecht, Bd.12. Zürich 1983, 34; Huguenin, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2004, PN. 407, 66; Havutçu, 136.

12 Atamer, 111.

13 BGer 4A_291/2009 E. 2.5.

14 BGH, *Urteil* vom 26-03-1987 - VII ZR 196/86 (Hamm), in: NJW 1987, 2080.

15 BGE 119 II 443 E. 1b S. 446.

16 BGer 5C. 134/2004 E. 4.2.

17 BGE 135 III 1 E. 2.1 s.7.

18 Koller, Alfred, OR AT, Bern 2006, § 23 PN. 42, 45 ve 47.

19 BGE 138 III 411 E. 3.4, S. 414.

20 BGE 109 II 452 E. 4, s. 457.

Şaşırtıcı şartlardan söz edilebilmesi için, sözleşmenin tümü gözönüne alındığında, işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek olandan farklı bir hükmün var olması gerekir. Çünkü her sözleşmede, iki tarafın da üzerinde uzlaştığı sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan hükümler söz konusudur[21]. Doktrinde objektif unsur, yapılan işleme yabancı bir hükmün sözleşmede yer almasının zorunluluğu olarak anlaşılmıştır[22]. Yabancılık unsurunun tespitinde kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tipinin düzenleniş şekline bakılır ve bundan aşırı bir sapma olan sözleşme tipinin adeta değiştirilmiş olduğu hallerde şaşırtıcı şart (beklenmezlik hali) kabul edilir[23]. Bu kıstas kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler için de geçerlidir. Ancak şaşırtıcı şartın bulunup bulunmadığı değerlendirmesi yapılırken sözleşme tipinin uygulamada karşılaşılan içeriğinden aşırı bir sapmanın olması aranır. Somut olaylarda ölçü alınacak kıstas, müşterilerin önlerine gelen sözleşmedeki içeriktir[24]. Misâl olarak, "Araba kiralama sözleşmesinde yer alan genel işlem şartlarında, kiralayanın sözleşmede yer alan ve kiracının, sözleşmeye aykırı davranışından ve karayolları trafik kanununa göre arabada meydana gelecek zararlardan tam sorumlu olacağına ilişkin şartı"[25] sözleşme metninde öngörmesinde durum böyledir. Çünkü taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşme ile amaçlanan, araba kiralama ile kiralayana şart olarak öngörülen "*tam sorumluluk*" hali ile asıl sözleşmenin içeriğinden aşırı bir sapma söz konusudur. Sözleşmede var olan şart asıl yapılmak istenilen sözleşmenin amacına aykırıdır. Aynı şekilde "bankaya mevduat sahiplerinin kimliklerini kontrol etmeden ödeme yetkisinin verilmesi"nde de sonuç aynıdır[26]. Bunlara ek olarak, eser sözleşmesinde, sözleşmeden dönecek olan iş sahibinin ödeyeceği taz-

[21] BGE 108 II 416, 418.

[22] Schönenbegger, W/Jaeggi, P. İn: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art. 1-17) Zürich 1973, PN. 499, Art. 1 OR; Soyer, Polat, Genel İş Şartları, İzmir 1987, 84; Atamer, 111.

[23] BGE 109 II 452, 458.

[24] Soyer, 84; Atamer, 111.

[25] BGE 119 II 443, E. 1b, S. 446 f.

[26] BGE 116 II 459 E. 2a. S. 461 f.

minatın, İBK. m. 377 (TBK. m. 484)'de belirtilen ve genel zarar indirim yükümlülüğünden farklı olarak hesaplanması şartı[27], "Yapı işlerinde tecrübesi olmayan bir müşterinin, mimarla yaptığı sözleşmede kararlaştırdıkları "*son hesap*" şartı da şaşırtıcı şart niteliğindedir". Çünkü mimar ile yapılan sözleşmeye göre, "mimar işlerin bitiminde yaptığı bütün masrafları ve kendi emeğinin karşılığı olan son hesap tutarını müşteriye beyan eder, müşteri de söz konusu tutarı herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin ödemekle yükümlüdür" şartına yer verilmiştir. Yüksek Mahkeme sözleşmede yer alan ve bütün masrafları müşteriye yükleyen şartı, şaşırtıcı ve beklenmedik saymıştır"[28]. Mahkemece incelenen bu olay şaşırtıcı şartlara misâl olarak gösterilebilir.

TBK. m. 21/II'de, *" sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları yazılmamış sayılır"* hükmünde ise, genel işlem şartlarının objektif unsuruna yer verilmiştir. Söz konusu hükümle işletmeci ile müşterinin yaptığı sözleşmede, metnin herhangi bir yerine sıkıştırılmış yapılan sözleşmeye yabancı olan şarttır. Bu tür şartlar genelde müşterinin asıl edim yükümlülüğünü önemli ölçüde genişleten veya kısıtlayan hükümlerdir[29]. Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın vermiş oldu-

[27] Gauch/Schleup/ Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1138a, 275.

[28] BGE 119 II 443 ff., 445 ff.

[29] Kaşak, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Şartları, İÜHFD. C. 3, S. 1, 2012, 423; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, 106; " … Mahkemece toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, dava konusu ipotek senedinin 2. maddesinde yer alan kefalet kaydının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20/I. maddesine göre genel işlem şartu, aynı yasanın 21/son maddesine göre de şaşırtıcı kural olduğu zira banka ile davalı arasında yapılmış ayrı bir kefalet sözleşmesi bulunmadığından davalının kefil olarak sorumluluğunu öngören ipotek sözleşmesindeki hükmün şaşırtıcı kural olarak nitelendirilmesi gerektiği, … …6098 sayılı TBK'nun söz konusu maddeleri nitelikleri itibariyle emredici hüküm olup kamu düzenine ilişkin olduğundan TBK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 2. Maddesi uyarınca geçmişe etkili olarak uygulanacağı gibi 7. Maddesi gereğince de yürürlükteki davalara da uygulanması gerektiği, sonuç itibarıyla dava ve takibin dayanağı olan ipotek sözleşmesindeki kefalete ilişkin hükümlerin genel işlem şartu ve şaşırtıcı kural olması sebebiyle 6098 sayılı TBK. m. 21/son gereğince, kredi borcundan dolayı davalının müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmiştir. Uyuşmazlık tacirler arasında düzenlenen genel kredi sözleşmesi ve bu sözleşme uyarınca kullandırılacak kredilerin teminatı amacıyla ipotek resmi senedinde yer alan kefalet akdinden kaynaklanmaktadır. Tarafların sıfatı sözleşmenin ve sözleşmenin ve kefaleti de içeren ipotek akdinin yapıldığı tarih ve nitelikleri de gözetildiğinde somut olay bakımından TBK. m. 20 ve 21. Maddeleri ile 6101 sayılı Kanunun 7. Maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesinin teminatı olarak verilen ipoteğin düzenlendiği ipotek resmi senedinde, davalının aynı zamanda kefalet limiti miktarınca müteselsil kefil olduğu da hükme bağlanmış olup mahkemece davalının kefaletinin

ğu bir kararında[30], taraflar arasında yapılan sözleşmenin 12/f hükmünde yer alan "*telefon devrinin sözleşmede bulunan şaşırtıcı nitelikteki bir şart*" olduğu kanaatine varıp bu durumun kamu düzenine aykırı olduğu bu nedenle de hükümsüz olacağını kabul etmiştir.

2. Sübjektif Unsur

Sözleşmenin, işletmecinin karşısında yer alan tarafının içinde bulunduğu durumu gösterir. Sözleşmenin tarafı olan kişi dürüstlük kuralına göre, sözleşme içeriğine ne anlam veriyor veya vermesi gerekiyor sorusunun cevabını sübjektif unsur oluşturmaktadır. Burada ilgili kişiden tamamen kendi içinde bulunduğu durumun gereği olan davranış şekli beklenir. Sübjektif unsur, somut sözleşmede nelerin hesaba katılacağı nelerin de hesaba katılmayacağı durumlarını ifade eder. Sübjektif şartların tespitinde ilgili kişinin bilgi seviyesi değil ortalama bir müşterinin durumu ve anlayışı esas alınır. Somut olaydaki sözleşmenin kuruluşundaki özellikler bu şekilde değerlendirmeye katılmaktadır. İşletmenin, bu şartları da değerlendirerek müşterisinin kabul beyanına anlam vermesi gerekir.

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerde sözleşme içeriğinde yer alan sözleşme içeriğine aykırı şartlar hakkında karşı tarafın ilgisi çekilmiş gerekli uyarmalar yapılmış ise artık söz konusu genel işlem şartlarının alışılmadık veya şaşırtıcı olduğu söylenemez[31]. Müşterinin dikkatini

---

geçerli olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir kara verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Anılan nedenlerle kararın bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir" Y. 19. HD. T. 11.12.2013.E. 14739/19771 K. (Karar Yayınlanmamıştır).

30 " … .Mahkeme iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre davalı bayinin başka şirketlere ait LPG ürünlerini sattığı, davacı tarafından sözleşmenin feshinin haklı olduğu, talep edilen 15.000 USD cezai şartın makul olduğu ve sözleşmenin 21. Maddesince ödenmesi gerektiği, kar kaybının sözleşmenin feshi tarihinden itibaren davacının yeni bir bayi ile anlaşabileceği tarihe kadar geçecek makul bir süreyle sınırlandırılması kanıtlanamadığı, telefon kayıtlarının davalı adına olduğu dikkate alındığında sözleşmenin 12/f maddesine konulan telefon devrinin sözleşmede buluna şaşırtıcı nitelikte kayıt olduğu, kamu düzenine aykırı nitelikte olup, bu nedenle hükümsüz olduğunun kabul edildiği, ayrıca bayilik sözleşmesi feshedildiğinden davalının haksız rekabet teşkil edecek eyleminin bulunmadığı ve bu hususstaki taleplerinin yerinde olmadığı, 3. Kişilerle yapılan sözleşmelerinin de iptalinin istenemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir … " Y. 16. HD. T. 26.12.2008., E. 4057/12536, (Karar Yayınlanmamıştır).

31 Havutçu, Ayşe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin

çekmek iki şekilde söz konusu olur: Bunlardan ilki, ilgili şartın basılış tarzı itibariyle koyu ve büyük puntolarla yazılması veya ayrı ve büyük bir başlıkla söz konusu hükmün varlığına işaret edilerek diğer şartlardan ayrılması, ikincisi ise sözleşmenin tarafı olan işletme tarafından ilgili müşterinin sözlü olarak uyarılması şeklinde gerçekleşir[32].

III. Şaşırtıcı Şartların Yazılmamış Sayılması

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/II). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Yazılmamış sayılma yaptırımı, doktrinde Alman Medenî Kanunu § 305c'de olduğu gibi *"sözleşmenin kapsamına dâhil olmama"(werden nicht Vertragsbestandteil)* şeklinde anlaşılmaktadır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak değerlendirme yapar.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin muhtevasına dâhil değildir. Bu sebeple bahsedilen şartlar, taraflar arasındaki ilişkide esas olarak aranmaz. Kanun koyucunun asıl amacı da budur[33]. Söz konusu şartlar, sözleşmenin muhtevasına dâhil olmadığından taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz[34]. TBK. m. 22'de, *" Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez"* hükmü yer almaktadır. Bu durumda, genel işlem şartlarını kullanan

Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011 (Değerlendirme), 41; Koller, § 23, PN. 43-44; Topuz, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 1153; Aydoğdu, 103; Atamer, 112.

32 Koller, AT, § 23 PN. 44; Atamer, 112.

33 Arıkan, Mustafa; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun'da Genei İşlem Koşullarının Yazılmamış sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, ERÜHFD., C. VII. S. 3-4, 21.

34 Koller, § 23 PN. 39 vd.; Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, PN. 45.07, 316; Havutçu, 133; Aydoğdu, 100; Yelmen, 107; Kaşak, 424.

taraf, yazılmamış şartlar sözleşme kapsamına girmediği için sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu sayede genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin TBK. m. 27/II hükmü aracılığıyla dolanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır[35]. Bu durum zaten madde gerekçesinde *"bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306. maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur."şeklinde yer almıştır*[36].

Alman Medenî Kanununda genel işlem şartlarının yazılmamış olması ile ilgili Türk Borçlar Kanununda olmayan önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten de, BGB § 306 /II'de, sözleşmenin kapsamına dâhil olmayan hükümlerin oluşturduğu boşluğun kanunî düzenlemeler ile doldurulacağı hükmü yer almaktadır. Türk Borçlar Kanununda bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber konu hakkında, TBK'nun genel hükmü olan m. 2/I-II'den yararlanılabilir. Çünkü söz konusu bu maddede, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmanın sağlanması durumunda, talî unsurların üzerinde durulmasa bile sözleşme kurulmuş sayılır. Aynı şekilde TMK. m. 1/II de, "*Kanunun özüyle ve sözüyle değindiği tüm konularda uygulanacağı*" hükmüne yer verilmiştir. Bundan dolayıdır ki taraflar arasındaki somut duruma uygulanabilir bir hüküm yoksa TBK. m. 2 ve TMK. m. 1 çerçevesinde çözüm bulunabilir. Yargıtay olayla ilgili bir kararında[37], yok sayılan sözleşme hükmü bakımından hâkimi mevzuata yönlendirmiştir[38].

---

[35] Yelmen, 108.

[36] Atamer, Yeşim, M.; Atamer, Yeşim M., "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, (Tasarı), 113.

[37] 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, yasa koyucu 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 tespit etmelidir. (YİBK., 5.4.1944 gün ve 4/12 s.) (Y. 13.HD. T. 18.03.1996, E. 1734/2495 K. Naklen Kazancı Otomasyon) (UT. 03.04.2015).

[38] Kaplan, İbrahim; Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Bası, Ankara 2013, 85 vd; Yelmen, 109.

TBK. m. 22 c. 2 hükmü önemli bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Yazılmamış sayılan genel işlem şartlarının sözleşmenin esaslı unsuru olması durumunda, sorunun nasıl çözüleceği konusu önemlidir. Çünkü TBK. m. 22 c. 2 hükmü gereği, işletme, yazılmamış sayılan hükümler olmasa sözleşmeyi yapmayacak olduğunu da ileri süremez. Bu hükümden hareket edildiğinde, yazılmamış sayılan şartlar esaslı bile olsalar sözleşmenin ayakta tutulmasına ve devam etmesine karar vermek gerekir. Ancak bu sonuç kabul edilemez. Çünkü TBK. m. 2/I'e göre, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşamazlarsa, sözleşme kurulamaz. Esaslı noktalarda uyuşmanın sağlanması sözleşmenin kurulması için olmazsa olmazdır. Buradan hareketle, " Yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulamaz." sonucuna varılabilir. Sözleşme kurulmayınca da genel işlem şartları taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmaz. Çünkü genel işlem şartları sözleşmenin içinde yer alan bir unsurdur. Asıl olmayınca onun bir parçası olan genel işlem şartları da olmaz. Yazılmamış sayılan kısım sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin olduğu hallerde, sözleşmenin kurulması bakımından herhangi bir problem söz konusu olmaz. Çünkü sözleşme, TBK. m. 22 c. 2 çerçevesinde, sözleşmenin tarafı yazılmamış sayılan hükümler olmasa, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez[39].

IV. Hükmün Yabancı Olması ile Haksız Olması Arasındaki Farklar

Genel işlem şartları içinde yer alan bir hükmün *"sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı"(şaşırtıcı)* olması ile *"haksız"* olması birbirinden farklıdır[40]. Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından şaşırtıcı (beklenemeyen) olması hâlinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı (şaşırtıcı) olduğundan söz edilir. Haksız genel işlem şartında ise, sözleşmede yer

[39] Yelmen, 110.

[40] Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c, 277; Atamer, 110; Kaşak, 425.

alan karşı tarafın hukukî durumunun hakkaniyete aykırı olarak ihlâl edilmesidir[41] [42]. Şaşırtıcı olma, bir uygunluk problemi olmasına karşın, hakkaniyete aykırı olma güçlü olan tarafın sözleşme özgürlüğünü kötüye kullanması sorunudur. Ancak, bazı durumlarda, şaşırtıcı şartlar, aynı zamanda içerik olarak da haksız şart niteliğinde olabilir[43]. Bu durum şaşırtıcı şartlarda ne bir ön şart ne de şaşırtıcı şartların kullanımında bir sebep teşkil eder. Şaşırtıcı şartlar, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının karşı tarafça global olarak kabulünde önem arz eden tarafların iradelerinin uyuşmasıyla ilgili hukukî bir durumdur. Şaşırtıcı şartların yazılmamış sayılmasının sebebi, güven sorumluluğu ile ilgilidir. Bundan dolayıdır ki şaşırtıcı şartlar ilk etapta zayıf durumda olan karşı tarafı korumayı amaçlayan bir araç değildir. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir[44]. Bir başka anlatımla genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hüküm içerik denetimine ilişkin m. 25'i ihlâl etmediği hâlde m. 21/II'yi ihlâl edici nitelikte olabileceği gibi; TBK m. 21/II'yi ihlâl etmediği için bağlayıcılık kazanan bir hüküm, m. 25'i ihlâl ettiği için batıl sayılabilir[45]. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile içerik denetimine tâbi tutularak m. 25'e göre geçersiz kılınabilir[46].

---

[41] Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c, 277; Havutçu, 140.

[42] "Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konulan ve sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenen bir hükmün haksız oalrak nitelendirilebilmesi için bu hükmün tarafkların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekir" (Karadağ, Özgür; TBK'nda Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, 2. Bası, Ankara 2015, 163 vd).

[43] Havutçu, 140.

[44] Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c, 277; Atamer, 110; Havutçu, 140.

[45] Kaşak, 425.

[46] Atamer, 110; Havutçu, 141.

Sonuç

1.TBK m. 21/1'de genel kabul yeterli görüldüğü için maddenin ikinci fıkrasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından beklenilmez olması halinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir ve bu hüküm yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, genellikle karşımıza karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümler ile genel işlem şartları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmışın dışında kaldıran hükümler şeklinde ortaya çıkar.

2.*"Yazılmamış sayılma",* sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartının sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hâller sözleşmenin objektif ve esaslı noktalarını oluşturmuyorsa sözleşme kurulmuş sayılır. Hâkim TMK. m. 1/I gereği ve TBK. 2/I-II gereğince sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak uyuşmazlığı çözer. Bu hâlde genel işlem şartlarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Ancak yazılmamış sayılan hususlar sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil ederse sözleşme kurulmamış sayılır.

3. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma ile haksız olma farklı kavramlardır. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile (örneğin, sözleşmenin bir kısmında şartların koyu ve büyük yazılması) söz konusu hüküm içerik denetimine tâbi tutularak TBK. m. 25'e göre geçersiz kılınabilir.

KISALTMALAR

Abs. : Absatz (Fıkra)
Art. : Artikel (madde)
AT. : Allgemeine Teil (Genel Kısım)
Auflg. : Auflage (bası)
B. : Band (Cilt)
BGB. : Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE. : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne Zusatz: Amtliche Sammlung)
BGer. : Bundesgericht (Schweiz)
BSK. : Basler Kommentar
C. : Cilt.
dpn. : dipnot
E. : Esas
ERÜHFD. : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD. : Hukuk Dairesi.
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD. : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İzBD. : İzmir Barosu Dergisi
K. : Karar
m. : madde
NJW. : Neue Juristische Wochenschrift
OR. :Bundesgesetz vom 30 März 1911 betreffend die ergaen zung des Schweizerisches Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Kanunu)
PN. : Paragraf Numarası
S. : Sayı
s. : sahife
T. : Tarih
TBK. : Türk Borçlar Kanunu
THD. : Terazi Hukuk Dergisi
TMK. : Türk Medenî Kanunu
UT. : Ulaşım Tarihi

vd. : ve devamı
Y. : Yargıtay
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB. : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) (İsviçre Medenî Kanunu)

KAYNAKÇA

Atilla Altop: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel işlem Şartları Düzenlemesi",* Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007.

Aydoğdu Murat: Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, İzmir, 2014.

Antalya, Gökhan: 6098 Dayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

Arıkan, Mustafa; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun'da Genei İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, ERÜHFD., C. VII. S. 3-4, 2012,18-28.

Atamer, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2000.

Atamer, Yeşim M.: *"Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar",* **Prof. Dr. Necip** Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004 (Kısaltılışı: Atamer, Yeni Açılımlar).

Atamer, Yeşim M.: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*", Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, (Kısaltılışı: Atamer, Tasarı), s. 109-115.

Gauch, Peter: Werkvertrag, Zürich 2011.

Gauch, P/Schleup, W/Schmid, J/Rey, H/Emmenegger, S.; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014.

Gauch, P/Aepli, V/ Stöckli, H: "Praejudizienbuch zum OR", Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Auflage, Zürich 2006.

Giger, Hans: Geltung und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschaeftsbedingungen, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 12. Zürich 1983.

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

Havutçu Ayşe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzBD., Nisan 2011. (Kısaltılışı; Havutçu, Değerlendirme)

Huguenin Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2004.

İnal Tamer: Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar; THD., C. 9, S. 89, Ocak 2014, 54.

Kaplan İbrahim: Hakimin sözleşmeye Müdahalesi, 3. Bası, Ankara 2013.

Karadağ Özgür: Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, 2. Bası, Ankara 2014.

Kaşak Esra: Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Şartları, İÜHFD. C. 3, S. 1, 2012.

Koller Alfred; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, OR AT Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bern 2006.

Schönenbegger W/Jaeggi, P. İn: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art. 1-17) Zürich 1973.

Schwenzer Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.

Soyer Polat: Genel İş Şartları, İzmir 1987.

Topuz Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.

Yelmen Adem: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

TARTIŞMA SORU/ CEVAP

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Adem bey'e bir soru sormak istiyorum kaşı taraf aleyhine bir değiştirme söyleyebilir misiniz ?

Arş. Gör. Adem Yelmen : Eskiden gördüğüm Yargıtay kararlarında da faiz artırma yetkisi makul ölçüde kabul ediliyordu. Çok fahiş bir şekilde olmadığı sürece.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Yargıtay bankalar olunca her şeyi kabul ediyor boşverin onu. Başka bir örnek? ben bilmiyorum varsa çok sevinirim. Bir başka soru Hayrünnisa hanıma bütün genel kredi sözleşmesilerinde şöyle bir hüküm vardır aşağıda imzası bulunan kefil veya kefiller gerek işbu kredi sözleşmesinden gerekse her ne sebeple olursa olsun doğmuş ve doğacak bütün borçları üstlendiklerini kabul ederler. Şimdi böyle bir hüküm var. Ben nakliyat sözleşmesine kefil oldum. 5 bin liralık bir kredi sözlemesi. Şirkete ait bir kamyon banka şubesine giriyor. 10 milyon zarar var. Banka bunun 5 bin TLsini kefilden isteyebilcek mi isteyemez mi? eğer isteyebilirse bu şaşırtıcı bir hükümdür yoksa haksız mıdır yoksa her ikisi birden midir?

Doç. Dr. Hayrünnisa Özdemir : Sanki her ikisi de var.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Hatta daha acıklı bişey söyliyeyim kefil olduğum şirketin patronu benden de biraz daha öte gidip manevi tazminat talebinde bulunuyor.

Doç. Dr. Hayrünnisa Özdemir : Bittiniz demektir.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Yargıtay zaten öyle düşünüyor. Siz ne düşünüyorsunuz ?

Doç. Dr. Hayrünnisa Özdemir : Aslında şimdi gerçekten yazılan güzel ama uygulamaya baktığımızda ayakları yere basmıyor. Bankaların

bundan hoşlanmadığını düşünüyorum. Dolayısıyla benim söylediklerimin uygulanmayacağını düşünüyorum. Bence yazılmamış sayılsın.

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Şaşırtıcılık denetimin yapılma sebebinin iyi görmek lazım. İçerik denetimini yapmayan ülke aşırtıcılık denetimi yapar. Almanlarda kaç tane yargı kararı kalmış? Herkes içerik denetimi yapıyor. Verdiğiniz bütün örenkler içerik denetimine takılır. Dolayısıyla kafa karıştırcı bir hükümdür. Şaşırtıcı olup da içerik denetimine takılmayack bir örnek verir misiniz? Veremezsiniz kimse de veremiyor. Bu yüzden üzerinde durulması gerekmiyor. İçerik denetimi yapılıyorsa şaşırtıcılık denetimini bırakın. Haluk hocam 24. Madde son derece yanlış bir maddedir. Çünkü sürekli edimli sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi sizin çok sevdiğiniz bir konudur. Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin adapte edilmesi ihtiyacı olduğu için biz işlem temelini getirdik. Sadece genel işlem koşullarında bunun yazılı olması bunu kötü hale getirmiyor. İşte bu. 24. Maddede kurunun yanında yaş da yanıyor. Yani sözleşmenin ister kredi ister sigorta ister kira ne olursa olsun gereklilik nedeniyle adapte edilmesi ve bunu taraflardan genel işlem koşullarını yazan kaleme alan kişiye bu yetkinin verilmiş olması başlı başına bu yetkinin henüz kötüye kullanılcağı anlamına gelmez.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Buna gerek var mı? Zaten uyarlama koşulları varsa buna gerek yok . Genel işlem koşullarının tamamen dışında.

Prof. Dr. Yeşim Atamer : Uyarlama düzeyine gelmediğiniz aşamalarda faiz ve finanasman masraflarının değiştiği dönemlerde faizin uyarlanması gerekir. Yine aynı şekilde alım masrafları. Yargıytay kararları da gerekçen yoksa değişiklik yapamazsın diyor ama haklı gerekçe ile yapabilirsin diyor. AB yönergesi de aynı şeyi söylüyor. Bu yzüden 24. madde kurunun yanında yaş da yanıyor.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Yorum kuralı diye bişey var. Güven kuralı var.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Yargıtayın bu konuda çok iyi olduğunu iddia edemem. Ama eğer bir ipotek vetya kefalet sözleşmesi olağan banka müşteri ilişkisi dışında tüm öngörülmeyen alacakları da temin etmek üzere doğmuş doğacak global bir ipotek veya kefalet söz konusu ise hiç şüphesiz federal mahkeme kişi özgürlüğne aykırı gördüğü için geçersiz sayar. Zaten bu açıdan bunlar 27'ye aykırı olduğu için geçersizdir.ayrıca GİŞ'ler açısından inceleyelim. Ona gerek yok doğrudan doğruya kişilik haklarına karşılık olduğu içindir. Yani bunu beğenmediğiniz isviçre federal mahkemesi bunu söyledi. Biz de inşallah bunu söylicez.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : 24. madde uygulama alanı içerisinde şu sözleşmede uygulanır bu maddede uygulanmaz diye bir sınır getirmiyor. İş sözleşmelerinde de uygulanır. İş hukukçuların çok büyük endişesi var. İşyeri değişikliği yapmaları gerektiğinde sözleşmede işyeri değişikliğini işveren kendisinde saklı tutamayacak o zaman. Çok büyük bir sıkıntı olarak dile getiriliyor. Ben bunu not olarak düşmek istedim. Yarın iş hukuku açısından değerlendirelim.

Arş. Gör. Adem Yelmen : Malum gelinen durum itibariyle iş hukuku açısından da uygulama alanı bulacaktır bu borçlar kanunu hükümleri. Değiştirme yasağına ilişkin açık bir şekilde aleyhe değişiklik yapılamayacağını düzenlediği için işyeri değişikliğinde öyle zannediyorum ki işçinin onayına sunulması işçinin de bunu kabul etmesi gerekiyor. Bu hüküm karşısında daha ilk başta szöleşme böyle bir yetki veriyorsa artık açık hüküm karşısında yazılmamış sayıcaz. Daha sonrasında da karşı tarafın onayına sunmak gerektiği kanaatindeyim.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Tüketici sözleşmeleri açısından böyle düşünmüyorsunuz ama değil mi?

Arş. Gör. Adem Yelmen : Tükeitici sözleşmeleri açısından malum özel düzenlemeler var. O ayrı.

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu : Peki, teşekkürler, başka söyleyecek sözü olan yoksa oturumu kapatıyorum.

2. GÜN (18.04.2015)
1. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Şeref Ertaş : Öncelikle sayın Fikret Eren, sayın hocamız Lale Sirmen, Veysel Başpınar'ı selamlıyorum. Meslektaşlarımıza sempozyumumuza hoşgeldiniz diyorum. Sempozyumumuzun ana konusu genel işlem şartları, ben genel işlem şartları ile ilgili Borçlar kanunu hükümlerini borçlar kanunun ruhu olarak görüyorum. Daha önceki metinde borçlar kanunumuz eksikti. Genel işlem şartları ile birlikte borçlar kanunumuz bir ruh kazandı. Şüphesiz bütün meslektaşlarımız en önemli yenilik olarak genel işlem şartlarını görmektedirler. Bugünki oturumumuzda dört meslektaşımız tebliğlerini sunacaklar. Birincisi Sevilay Uzunallı haksız rekabet açısından genel işlem şartlarını değerlendirecek. Mustafa Alp hocamız genel işlem şartlarını iş hukuku yönünden değerlendirecek. Murat Aydoğdu hocamızda bankacılık ve en önemli bu bankacılar genel işlem şartlarından rahatsızlar. Herhalde en çok bu konu tartışılır ve nihayet ecehan yeşilova meslektaşımız sigorta sözleşmeleri açısından genel işlem şartlarını değerlendirecek. Şimdi ben ilk konuşmacımız sevilay uzunallı ya sözü veriyorum o genel işlem şartlarını haksız rekabet açısından değerlendirecektir. Çağlar Özel hocamız hacetepe üniversitesinin dekanı genel işlem şartlarını yorum kuralları açısından değerlendirecektir.

GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı: Sevgili konuklar öncelikle sizleri selamlıyorum öncelikle organizasyon için Yaşar Üniversitesini ve katkıda bulunanlara teşekkür etmek istiyorum. Benim konum genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet açısından değerlendirilmesi Türk Ticaret Kanunun da dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak haksız rekbet olarak düzenlenmiştir. Nerden çıktı bu haksız rekabet hükümleri arasında genel işlem şarttı kullanılmasının sayılması? Bir haksız rekabet hali olarak niçin düzenlendi? Bu haksız rekabet hukukunde bir gelişimin sonucudur, bir amaç değişiminin sonucudur önceleri haksız rekabete ilişkin ilk düzenlemelerde rakiplerin haksız eylemlerine karşı girişimcinin korunması amaçlanıyordu yani sadece rakipler arasında bir koruma sağlanıyordu ve haksız rekabet hukuku haksız fiilin özel bir görünümü olarak düzenlenmişti zamanla tüketici koruması yönünde amaç değişimi başladı ve bu amaç değişimi aslında bizim eski ttk da yansımıştı nitekim rakipler değil müşteriler mesleki ekonomik birliklerde haksız rekabet davalarını açabiliyordu amaç değişimi ile birlikte koruma sujeleri değişti ve amaç bizim yeni kanunda daha kuvvetli bir şekilde vurgulandı ve haksız rekabete ilişkin bu kısım hükümlerinin amacı bütün katılanların menfaatini ve dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması. Şimdi burda girişimciye diyorki hüküm dürüst davran rekabet davranışlarında dürüst davranışta bulun ama bu dürüst davranışında rekabetin korunması için gerekli olması lazım bozulmamış rekabetin sağlanması amacı eklendi. Şimdi burda iki taşıyıcı kolon var aslında bir taraftan belirttiğim gibi dürüst davranış, bozulmamış rekabet. Bozulmamış rekabetin vurgulanmasının amacı şu, rekabetin korunması hakkında kanun var o kanun rekabetin işleyişine ilişkin kurallar koyuyor ve devlet diyorki eğer rekabetin işleyişi bozarsan ben buna müdehale ederim ama bir taraftanda haksız rekabet hükümleriyle dürüst davran diyor girişimciye yani ekonomik rekabet hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullan ikisi arasında amaç birliği var, ikiside bozulammış rekabeti koruyor aynı amaca hizmet ediyorlar ama bunların yöntemleri farklı aslında dürüst davranış mk nun 2. Maddesi anlamındaki dürüstlük kuralından başka birşey de-

ğil. Şu yapmak gerekiyor sadece eğer rekabetin korunması hakkında kanun rekabetin işleyişine ilişkin bir hususu serbest bırakıyorsa biz onu haksız rekabet hükümlerine dayanarak koruyamaz mesela emek ilkesinde böyle emeği koruyacağız dürüst davranış değil diye tekele yol açabiliriz o nedenle bunların aynı amaçlara hizmet ettiğini dikkate alıcaz ama haksız rekabet hükümleri dürüst davranışı koruyor. Sadece eylemin konusu pazara yönelik davranış olması gerekiyor yani pazar arz hizmet mal arzına ilişkin faaliyet olması gerekiyor ve buna ilişkin bir dürüstlük kuralı getiriyor ve bir ilkeyi vurguladı 54/2 hüküm biraz karışık görünüyor lafzını yansıtıyorum. Kısaca söyle diyebiliriz, eşitler arasında veya tedarik eden ile müşteri arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı her türlü davranış. Yatay anlaşma veya dikey anlaşma olabilir rakipler arasındaki anlaşma olabilir üretimden parekindeciye kadar uzanan dağıtım zincirindeki teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda olabilir Ama burda korunan aynı zamanda tüketicide oluyor çünkü tüketici pazarın aktörü pazar katılımcıları korunmuş oluyor ama asıl amaç nihai olarak rekabetin korunması yani bozulmamış rekabet bu yolla sağlanmış oluyor nasıl korunuyor tüketici? Tüketici arza ilişkin hizmet mal arzına ilişkin olarak karar verme yeteneğinde özgür olmalı rasyonel karar alabilmeli ve bu konuda yanıltılmamalıdır bir taraftanda girişimci hem serbest rekabete uygun davranmalı hemde dürüst bir şekilde mal veya hizmet arzına ilişkin faaliyetlerinde davranmalıdır ama burada yinede dikkat etmemiz gereken rakibin korunması kılıfı altında rekabet özgürlüğüne zarar verilmemesi. Sonuçta haksız rekabet hukuku pazar katılımcılarının yani pazarın aktörlerinin davranışlarında uymaları gereken kuralları öngörüyor ancak her türlü davranış bunun kapsamına girmiyor bir pazar davranışı olması gerekir işte bu pazar davranışının ne olduğunu somutlaştırmaya yönelik 55. maddede bir sürü hüküm sayıldı şimdi baktığımızda haksız rekabet hukukunun gelişimine bu haller arasında sözleşmesin yapılması sırasında olduğu gibi sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşen ticari uygulamalarda sayılıyor ama bu demek değildir ki haksız rekabet hükümleri bir sözleşme haline geldi hayır değil yine önemli olan pazar davranışı. Sözleşmeye aykırı davranışa sevk etmekte sayılan hallerden bir tanesi , saldırgan satışları önlemeye çalışıyor. Tüketici sağlıklı karar alamayacak muhakkak bütün ticari faaliyetler tüketiciyi

biraz ikna etmeye yönelik ama bunun bir sınırı var. Bu sınırın aşılmaması lazım. Bu sınırın aşılıp aşılmadığını göstermeye yarayan haller 55. Maddede gösterilmiş. Tabiki sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihmali sözleşmeye ayrılık ayıp ifa gibi davranışlar iyi bir pazar anlayışı değildir ve haksız rekabet hukukunun hükümlerini teşkil etmez ikisinin görevleri ayrıdır. Sonuçta bu değişimin sonucu olarak haksız rekabet hükümleri yoluyla genel işlem şartlarının denetimi, amaç pazar aksaklığının giderilmesidir. Dürüstlüğe aykırı genel işlem şartı kullanan girişimci diğer rekabette bir avantaj sağlıyor, haksız bir avantaj sağlıyor. Diğer taraftan bunu rekabetin korunması hakkında kanunla düzenleyemiyoruz işe yaramıyor orada çünkü müşteriler bunu rekabet parametresi olarak algılamıyorlar. Müşteriler ürün arzında fiyata bakarlar ürünün kalitesine bakarlar ama hiç kimse hangisinin genel işlem şartları daha elverişli diye bakmaz. İşte bu noktada evet haksız rekabet hukukunun müdehalesi gereklidir. Peki bu konuda isviçre ve almanyaya baktığımızda onlar ne yapmışlar. Haksız rekabet hükümleri arasında giş denetimine yer veriyorlar mı dün bahsedildi. İsviçre'de gişe ilişkin düzenleme bk yada özel bi kanunda değil haksız rekabet kanununda yapılmış tercihleri bu yönde olmuş ama hala tartışılan mesele hani şuan bir yazarın makalesinde görmüştüm giş cenneti İsviçre diye bahsediyordu alman hukukuna baktığımızda bizim hükümlerinde bk daki giş hükümlerinin esinlenildiği alman bk da düzenleme yapılmış haksız rekabet kanunda ise resmi bir düzenleme yok. Ancak almanlar alman hukukunda diyorlarki gereksiz haksız rekabet ile denetim yapılamlıdır çünkü GİŞ ile mücadele için rakiplerde bu davayı açabilmelidirler. Ama açık bir düzenleme yok. O zaman haksız rekabet kanununda yer alan bir hüküm var, o hükmü esas alıyorlar ve şuan hakim görüş ve hatta alman federal mahkemesininde bu hükmü dayanak alarak gişi haksız rekabet olarak denetlediği bir madde. Hüküm şöyle; pazar katılımcılarının menfaatini pazar davranışını düzenlemek içinde öngörülmüş olan yasal hükme aykırı davranış haksız rekabettir. Görüyorlar ki BK'daki GİŞ denetimine ilişkin hükümler pazar katılımcılarının menfaatine aykırı bir pazar davranışıdır. Bunu düzenlemek için getirilmiş bir hükümdür. Buna aykırılık da haksız rekabet teşkil eder. İşte böylece geniş cepheden önlem alma yoluna gidiyorlar bizde de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun BK

yanında ttk 55/1-f de böyle bir düzenleme yapıldı aynen hükmü yansıtıyorum, dürüstlük kuralına aykırı giş kullanmak özellikle yanıltıcı bir şekilde ve diğer taraf aleyhine ,sonra içerik denetimine ilişkin o iki kriterden bu BK içinde dayanak teşkil edebilecek bir hükümdür bunu düzenlemiş evet burada sonuçta sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici veya girişimci korunacaktır. Ancak bu hüküm yürürlük içerik veya yorum denetimini öngören bir düzenleme değil, burda amaç pazar aksaklığının giderilmesi, bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Oysa sözleşme hukukunda amaç doğrudan sözleşme adaletinin sağlanması olarak çıkıyor karşımıza. Hükmün uygulanması için genel işlem şartlarının kullanılması lazım hatta burda biraz geniş haksız rekabet eylemi sadece icap ile, sözleşme ilişkisinin kurulması bile gerekmiyor. Gerekmemelidir kanaatindeyim. Hüküm tüketiciyi veya girişimciyi korumaya yönelik olduğu için giş nın kime arz edildiği kime teklif edildiği önemli değil bu tüketici de olabilir girişimcide olabilir. İşte bir diğer koşul GİŞ dürüstlük kuralına aykırı olması burada içerik denetimine ilişkin hükümlerden bahsediyoruz bir diğer taraftanda yanıltıcı olmasından bahsedilmiş. Şimdi yanıltıcılığı engellemek haksız rekabet hukuku amaçlarından bir tanesi aldatıcı eylemler çünkü dürüstlük kuralına aykırılığın hallerinden biri olarak değerlendiriliyor. İsviçrede bu yanıltıcı olma koşulu bizim mehazımızı teşkil ediyor yani isviçre haksız rekabet kanunu oradan alındı bu hüküm. Yanıltıcılık koşulu kaldırıldı içerik denetimine engel oluyor diye. Ama orada yegane olanağı bir hükümdü şimdi bizde bu yanıltıcı olma koşulu içerik denetimini engelleyen koşul olarak değerlendirilmemelidir. Yani sözleşmeyi akdetmesi için GİŞ kullanan tarafın karşı tarafı yanıltması gerekmemeli bu engel teşkil etmemeli sonuçta genel ilke ve amaca baktığımızda da 25.m aykırı genel işlem şartları kullanılımının haksız rekabet olduğu sonucuna varabiliriz. Ancak şu olabilir; bir genel işlem şartları kullanılıyordur ama bu genel işlem şartları sözleşme hukuku bakımından dürüstlüğe aykırı da değildir ama bir davranışı, örneğin mesleğinin niteliği bakımından karşı tarafı yanıltmış olabilir. Tabi buda bir haksız rekabet eylemidir ama burada sözleşme hukuku anlamında dürüstlüğe aykırı bir genel işlem şartları olduğu içerik bakımından söylenmeyebilir. Amaç ne niçin getirildi bu? BK var Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun var, az önce dediğim gibi müca-

dele cephesini genişletmek amaç gerçekten girişimcinin haksız davranışı gelecek için engellenebiliyor. Bir önleme davası açılıp bu borçlar kanunu kullanılması engellenebilecek böylece pazardan bu tür genel işlem şartları kaldırılması dağlanacak. Rakipler açabilecek bu davayı taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmasına gerek yok böylece tüketicilerin ve toplumunda menfaati gerçekleşmiş olacak. Müşteriler bu davayı açabilir meslek grupları sivil toplum kuruluşları bunlarda açabilir. Ancak bu zamana kadarki uygulamada maalesef haksız rekabet davalarına ilişkin müşterilerin meslek gruplarının oldukça çekingen olduklarını. Bu hakkı kullanmadıklarını, yani uğraşmaya değer görmüyorlar, bu anlamda rakipler açısından bu davanın önemi söz konusu olabilir. Ayrıca Borçlar Kanunu ve haksız rekabete ilişkin hükümler arasındaki ilişkiyi incelediğimizde bir taraftan Ttüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun da, şimdi bunlar aynı maddi olguyu farklı nedenlerde korumaktadırlar aralarında bir genel kanun özel kanun ilişkisi bulunmamakta ve örneğin tüketici tüketicinin korunması hakkındaki kanuna dayanarak kendisine ileri sürülen sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerken bir taraftanda rakip bir tacir aynı genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürebilecek amaçlar farklı birde şunu vurgulamak lazım emredici kanun hükümlerine aykırı genel işlem şartlarıda kullanılabilir bu durumda borçlar kanunu anlamında denetime gerek yok çünkü borçlar kanunu kesin hükümsüzlük yaptırımını veriyor. Ancak haksız rekabet teşkil edebilir bu durum. Sözleşme hukuku gereğince zaten hükümsüz olan sözleşme haksızlığı haksız rekabet hukukunun yaptırımlarına tabi tutulabilir böylece pazardan bu tür genel işlem şartlarının kaldırılması giderilmesi sağlanabilir. Amaç haksız dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları ile mücadelenin cephesini genişletmektir. Bir de rekabetin korunması hakkında ki kanunla son olarak bağlantı kurmak gerekirse, şimdi bi sözleşmedeki genel işlem şartları rekabetin korunması hakkındaki kanun anlamında rekabet sınırlaması teşkil etmeyebilir ya da rekabeti sınırlayıcı olabilirde, dikey anlaşma olduğu için dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet tebliğinin sınırında kalabilir. Örneğin, Et ve Balık Kurumu rekabet kurulunun kararına konu olmuş olayda, şimdi Et ve Balık Kurumu franchise anlaşmaları yapıyor satış noktaları belirliyor. Şimdi bu franchise sözleşme rekabet yasağına ilişkin hükümler getirmiş ve rekabet kurulu

bu rekabet yasağını muafiyet kapsamında olduğuna karar vermiş çünkü franchise alanlarla ortak kimliğin sürdürülmesi için bu rekabet yasağı gereklidir deniliyor. Şimdi evet rekabet yasağının korunması hakkında kanun buna kanun anlamında bir yaptırım uygulanmayacak. Haksız rekabet denetimi olabilir yani dürüstlüğe aykırılık varsa yine teşkil edebilir bu genel işlem şartlarıdır. Teşekkür ediyorum beni dinlediğiniz için.

Prof. Dr. Seref Ertaş: Sevilay hocaya tebliği için teşekkür ediyoruz. Borclar kanundaki genel işlem şartları ile ticaret hukukunun iliskisini bize anlatti. İkinci konusmacimiz, Mustafa Alp hocamiz is hukuku acisindan degerlendirecek. Sureniz baslamistir, 15 dk sureniz var.

TBK'DAKİ GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN İŞ HUKUKUNA ETKİLERİ

Prof. Dr. Mustafa Alp: Ben bu güzel organizasyonu yapan Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne tesekkur ediyorum, bir yandan da tüm katilimcilardan ve hocalardan özür diliyorum, teblig sonrasi cikmam gerekecek, bir hastam var. Aslinda cok katilip dinlemek isteyeceğim tebliğler konuşmalar var.Bu isimleri ve ön sirada oturan hocalari gördüğümde gözümde dipnotlar canlanıyor, dipnotlarımızın hepsi burada diye düşünüyorum. Böyle bir toplantıyı hiç bir şekilde kaçırmak istemezdim, malesef tebligimi sunup tartismalardan sonra özür dileyecegim. Sevilay hanim guzel bir ifade kullandı. Genel islem sartlari cennetidir İsviçre dedi. Genel işlem şartlari cenneti olan bir başka alan da iş hukuku, iş sözleşmeleridir. Çünkü tipik olarak işveren çalışma kosullarini önceden belirler, is sozlesmesini hazirlar, işçinin önüne sunar. İşçinin iradesi bunu kabul edip etmeme noktasına indirgenir. İçeriği okunmaz, tartışılmaz, müzakere edilmez. İş hayatının pratikliği gereği de genel ve soyut olarak önceden çalışma koşulları pek çok ilişkide kullanılmak üzere hazırlanmış olur. Buna genel islem koşullari, hatta yurt dışında özel bir ad da getirilmiştir, bizde de kullanılır: "genel iş koşulları" denmektedir. Hatta Polat Soyar hocamızın bu konuda eseri, genel iş koşulları olarak seksenli yılların sonlarında, belki konuyu ilk kapsamlı inceleyen monografilerden birtanesidir. İş hukuku tabi şöyle bir özelliği var. İş sözleşmeleri zaten tip, standart sözleşmeler. Önceden hazırlanmış, belirlenmis koşullar. Sadece bazı boşlukları var: İscinin adı, kimliği belki ücret maddesi, -bir şeyler değişiyor ise- giriş tarihi. Bu şekilde önüne çıktısı alınıp sunuluyor. Bunun yanında personel yönetmelikleri var, kurumsal işletmelerin, bankaların ya da büyük holdinglerin personel yönetmelikleri, isyeri yönetmelikleri bazen kırk elli sayfa, yüzlerce madde, işyeri disiplin kuralları, işçinin işyerinde nasıl giyinecegi, hatta işçinin özel hayatında nelere dikkat edeceği, calisma süreleri, izinleri, çalışma koşullarında değişiklik hakkı gibi pekçok genel iş koşuluna yer veriyor. İş hukukun problemi bu tek taraflı, işveren tarafından hazırlanan sözleşme koşullarına karşı işçiyi korumak. Bu alandaki tipik araçlar tabi iş hukukunda biraz daha farklı. Emredici kurallar getirmek, toplu iş sözleş-

mesi mekanizmasını işletmek. Ama tabi bunlar yeterli oluyor mu, olmuyor. Ne kadar emredici kurallar da getirseniz bir şeyler yetersiz kalıyor. Yargı, öğreti bunlara müdahale ediyor. Sonra bunlar Borçlar Kanununda olduğu gibi yasa hükmü haline de gelebiliyor. Örneğin, iş hukukunda, iş sözleşmesinde tek taraflı cezai şartın geçersiz olması. Daha önce bir içerik denetimiyle yargı bunları geçersiz saymak yoluna gitti veya ikaleye müdahale edilmesi, ya da eğitim gideri karşılığı zorunlu hizmet ve cezai şart öngören sözleşmelere müdahale edilmesi. Pek genel işlem şartı veya bireysel sözleşme olması ayrımını da yapmadan bu müdahaleyi gerçekleştiriyor iş hukuku. Bazen sözleşme özgürlüğune müdahalesi daha aşırıya da gidebiliyor. Ama dediğimiz gibi yine de çok geniş emredici kurallarla düzenlemeyen toplu sözleşmelerin de etkili olamadığı geniş bir alan var. İşverenin tek taraflı koşulları, çalışma koşullarını belirlediği genel islem koşulları kullandığı geniş düzenleneme alanları var. Bunların bir denetimi olması gerektiği öteden beri iş hukukunda savunuluyor, ama yasal bir dayanak yoktu, yeni Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar. Edimi tek taraflı belirleme yetkisinin denetlenmesi, dürüstlük kuralı, kamu düzenine aykırılık gibi dayanaklar getirilmeye calışılıyordu. Artık yeni Borçlar Kanunu tüm sözleşme tiplerinde isabetli olarak genel işlem şartlarının denetimini, ilkelerini düzenedi ve iş sözleşmesi için de bu ilkelere müracaat ederek, genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması ve içerik denetiminin ilkelerini belirlemek buraya aktarmak mümkün. Peki özellikle hangi hükümler? Örneğin en başta iş sözleşmelerinde yer verilen şöyle hükümler var. Sözlesme imzalatılıyor ,personel Yönetmeliğinin de müzakere edildiği ve bu sözleşmeye dahil olduğu söyleniyor.İsci gelip personel yonetmeligini görmemiş bile, tartışmayı bir kenara bırakın. Bunun 20.maddeye göre, 21.maddeye göre artık bağlayıcı olmadığını daha açık bir şekilde soyleyebiliyoruz.20. Maddenin 3.fıkrası çok açık bir şekilde borçlar Kanunu 20/3 iş tartışma koşulların tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz diyor.İs hukuku, iş hayatı açısından isabetli bir düzenleme. İşveren bunlar tartışıldı dese de böyle bir kayıt koysa da biz bunların tartışılıp tartışılmadığını denetlemek durumundayız.ya da işçiye bu personel yönetmeliği okutuldu, anlatıldı, icerigi haline geldi dendiği halde bir problemimiz başlıyor. Bunların içe-

riği hakkında 21.madde de genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, bu koşullar hakkında acaba işveren açıkça bilgi verip, içeriği öğrenme imkanı sağladı mı? Ne yapıyor işveren, diyelim sözleşme yapılırken ben odada masanın üzerinde bunu hazır bulundurdum, ya da görülebilecek yere astım, ya da bir yerde ilan ettim gibi kayıtların bizim için bağlayıcı olmaması gerekir. Gerçekten işveren acaba bu uzun Personel Yönetmeliğinin içeriğini öğrenmek konusunda işçiye imkan verdi mi ? Tabi Türk toplumunda genel olarak böyle uzun metinleri okumama gibi bir alışkanlık da var. İcerigini okusa bile anlamama imkanı var. Anlasa bile kabul etmekten başka bir çaresi olmama imkanı da çok yüksek ama en azından bu personel yönetmeliğinin içeriğini okuma fırsatı verdiği konusunda işverene bir ispat yükü düşecektir, diye düşünüyorum. Sadece sözleşmede atıf yapılarak "personel yönetmeliği sözleşmenin ekidir", "okunmustur", "muzakere edilip kabul edilmiştir" denmesi yeterli olmayacaktır diye düşünüyorum. Personel Yönetmeliğinin mutlaka belki imzalanması gerekmez ama personel yönetmeliğinin okunduğuna dair bir imzanın alınması, işverenin bunu belgelemesi bağlayıcı olduğunu iddia ediyorsa, bu personel yönetmeliğinin bağlayıcı olduğuna dair işçinin bir imzasını alması gerekecektir diye düşünüyorum. Tabi içerik denetimi konusunda 25.madde genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz ve bu iş hayatında da iş hukukunda da tartışmasız uygulanacak bir madde. Eskiden beri savunulan içerik denetiminin uygulanma imkanı iş sözleşmelerinde. Yasal bir dayanak bulduk artık ama bir tek belki şunu tartışabiliriz. Yurtdısında da olan bir tartışma, yer yer bizim ögretimizde de, acaba iş hukunda bazı farklılıklar getirmek gerekir mi? Almanya örneği var bununla ilgili. Almanlar genel islem şartlarıyla ilgili ilk yasayı düzenlediklerinde iş sözleşmelerini tamamen bunun uygulama alanı dışında bırakmışlar. Sonrasında şimdiki BGDB düzenleme yapıldığında yine bir istisna hükmü konulmuş. Gerçi iş sözleşmeleri de artık genel işlem şartları içerik denetiminin kapsamında, fakat Alman medeni kanunu, iş hukukunda geçerli özelliklerin uygun ölçüde dikkate alınacağını söylüyor. İş sözleşmelerinin genel işlem şartlarının denetiminde, tabi bu iş hukukunda özelliklerin dikkate alınması ne demek ya da bununla kastedilen ne demek, Al-

man öğretisinde de bir tartışma var. Burada çoğunluğun kabul ettiği görüş; içerik denetiminin bazı noktalarda iş sözleşmesinde daha sınırlı kalmasi gerekebileceği, bunun nadir olabileceği. Buna gerekçe olarak emredici kuralların çok olması zaten işçinin korunması ve toplu iş sözleşmelerinde yönetime katılma ile işçinin daha iyi korunması gerekçe gösteriliyor ama bazen de sürekli bir borç ilişkisi kuran kişisel nitelikli ilişki kuran iş ilişkisinde bazı esneklik ve uyum ihtiyaçlarının daha fazla olabileceği diğer sözleşme tiplerinde kabul görmeyen kayıtların iş sözleşmelerinde haklı görülebileceği kabul edilebileceği söyleniyor. Alman mahkemeleri de buna göre bazı noktalarda farklı kararlar veriyorlar. Bu hükmün yasamıza alınmaması önemli bir eksiklik midir? Burada ilk baktığımızda önemli bir eksiklik değil bence, çünkü dürüstlük kuralına neyin aykırı olup olmadığını belirleyen hakim iş sözleşmesi için farklı bir değerlendirme yapıp yapamayacağına karar verebilir. Tartışılabilecek ya da tartışılan bir husus şu olabilir: yaptırım. Borçlar Kanunumuz geçersizlik yatırımını getiriyor, yazılmamış sayılmak diyor pek çok noktada. İş hukukunda geçersizlik yerine hakimin müdahale etmesi, aşırıya kaçan bir genel işlem koşulunu, isverene tanınan aşırı bir yetkiyi uyarlaması, adil hale getirmesi veya yetkiyi geçerli bırakıp onun uygulamasını denetlemesi şeklinde görüşler var. Bunun esneklik ihtiyacı olan iş ilişkisinde daha uygun olduğu noktasında. Bence ana hatlarıyla Borçlar Kanunun getirdiği yaptırım isabetli ve iş hukukunda da uygulanması gereken nitelikte. Çünkü mesele şu eğer hiç geçersiz saymayacağız, hakim bunu nasıl olsa uyarlar derseniz, işverenlere nasıl olsa bu ayakta kalacak güvencesiyle keyfi, istedikleri kadar aşırıya kaçan sözleşme hükümlerini, sözleşmelere, yönetmeliklere koyma imkanı getirirsiniz ve bunun nasıl uyarlanacağı konusunda da her zaman bir belirsizlik yaratırsınız. Buradaki bazı hükümler, sözleşme adaletini bozan hükümlerin zaten geçersiz kılınması da gerekir. Bizde genelde çok dava konusu yapılmıyor, öyle bir gerçekliği de var.isci eğitimli değilse zaten sözleşmeyi kanun gibi görüyor ama eğitimli çalışanlar da mühendisinden, doktoruna, vakıf üniversitesinde çalışan profesörune kadar, sözleşmeyi hukukcu değilse kanun olarak görüyor ve sözleşmedeki şartlara uyması gerektiği, bunları dava edemeyeceğini düşünüyor ve isverenler öyle şeyler koyabiliyorlar ki... Bir bankanın işyeri yönetmeliğinde personel yönetmeliğinde şöyle bir hüküm

görmüştüm; işveren gerek olduğunda, işçiyi ücretsiz izne ayırabilir, felaket bir hüküm. Ne demek yani, ben seni çalıştırmayacağım ve ücret ödemeyeceğim, sözleşme dengesini, hak borç dengesini alt eden bir yetki. Bunun nesini uyarlayacaksınız, bu geçersiz olmak zorunda ya da temel hak ve özgürlüklere müdahale olabilir. İşçi işyerinin bulunduğu yer dışında ikamet etmeyecek ya da bir derneğe, partiye üye olmayacak, temel anayasa haklarına müdahale eden bu tip kayıtlar var personel yönetmeliklerinde, bunları geçersiz saymalısınız, bir tek aklıma takılan aşırıya mi kaçtı acaba diye düşündüğüm 24.maddedeki değiştirme yasağı var.Genel işlem şartlarının bulunduğu bir sözleşmede ve ya ayrı bir sözleşmede düzenleyene veya karşı tarafa tek yanlı olarak,karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisi getiren kayıtlar yazılmamış sayılır. Şimdi is hukukunda ciddi bir tartışma konusu bu, , bunun karşısında ne yapmamız gerekir, , çünkü iş sözleşmelerinde personel yönetmeliklerinde özellikle çok şubesi olan , ,isyeri olan işletmelerin doğasında şu var, nakil yetkisi. İşgücü ihtiyacına göre işçiyi başka bir işyerine nakledebilme, atayabilme, tayin edebilme yetkisi. İleride işçinin rızasını almak çok zorlu olabileceği, fesih zahmetli olacağı için bu nakil yetkisini önceden saklı tutma, bu da bir degisiklik kaydı. İşyerini değiştirebilen bir hüküm. Acaba bu hüküm artık geçersiz hale mi geliyor? Bir grup diyor ki 24.madde karşısında artık işveren hiçbir şekilde değişiklik yetkisini saklı tutamaz, diger görüş diyor ki hayır, 24.madde o anlama gelmez ya da is hukukunda uygulanmaz. Simdi iş hukukunda uygulanmaz diyebilmek güç, borçlar Kanununun genel hükümlerinde yer alıyor.hizmet sözleşmeleri için mutlaka bir etkisi var.ama anlam olarak farklı mıdır tabi ben dünkü tebliği kaçırdığıma üzgünüm belki medeni hukuk hocalarımdan görüş alabilirim. İşverene işyerini değiştirme, çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren genel işlem şartının geçersizligine, yazılmamış sayılması anlamına mı gelir? Bir noktada eğer o anlama geliyorsa, aşırıya kaçtığını düşünüyorum. Değiştirme yetkisinin gereksiz olduğu, aşırıya kaçtığı, sözleşme adaletine uymadığı ya da değişiklik etkisinin haksız kötü niyetli kullanıldığı durumlarda zaten bunların denetimi olacak, isverenin bu yetkisi sınırlanacak, ama değişiklik yetkisini tamamen sınırlamak ya da tamamen ortadan kaldirmak gerçekten bazı noktalarda iş hayatını kilitleyebilir.

Sakıncalı bir şekilde etkileyebilir. Çok girmeden kısa bir iki cümleyle şunu söylemek istiyorum bir de toplu iş sözleşmeleri, bizde çok uygulaması yok ama, ola ki toplu iş sözleşmesi hükümleri sözleşmelerde yapılan atıflarla veya dogrudan sözleşme içeriğine alınır ve genel islem koşulu haline gelirlerse, iş hukukcusu olarak buna yaklaşımımız o zaman denetimin sınırlı kalması gerektiği noktasında. Çünkü toplu iş sözleşmesi özerkliği var, anayasa gereği taraflara verilen işçi sendikası ve işveren tarafına verilen bir kural getirme yetkisi var, bu kurala, onların getirdiği kurala saygılı kalınması lazım. Tabi ki şu var, bir ayrım da şu sadece işverenin lehine olan toplu iş sözleşmesi hükümleri sözleşme içeriğine alınmışsa bu geçerli değil o zaman aynı denetim uygulanmalı. Ama bir bütün olarak işçi lehine olan hükümlerle birlikte toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi haline geliyorsa o zaman denetimin ve müdahalenin toplu iş sözleşmesi özerkliği karşısında sınırlı kalması gerekir. Süremi idareli kullandığımı umut ediyorum. Teşekkürler.

Prof. Dr. Şeref Ertaş: Medeni hukuk dışındaki meslektaşlarımız genellikle Borçlar Kanunu dışındaki hükümlerin kendi alanlarını bağlamayacağı şeklinde açıklamalarda bulunuyor. Ben iki arkadaşımıza da teşekkür ediyorum. Onların böyle bir beyanı olmadı. Genel işlem şartları bizi bağlamaz gibi bir ifadeleri yok, sevindirici bir şey. Şimdi üçüncü tebliği, Dokuz Eylül Üniversitesinden Murat Aydoğdu hocamız bankacılık açısından genel işlem şartlarını değerlendirecektir

Doç Dr. Murat Aydoğdu : Ben de başta Ayşe Havutçu olmak üzere Yaşar Üniversitesine tesekkur ediyorum. Sayın hocalarım, değerli katılımcılar, tabi en çok mağdur olduğumuz alan bankacılık işlemleri, bu alanda tebliği sunmak oldukça zor, üstelik Haluk hocam da burada, onun önünde böyle bir tebliği sunmak ayrıca zor.

BANKACILIK İŞLEMLERİ VE GENEL İŞLEM ŞARTLARI

▪ **Doç.Dr. Murat AYDOĞDU***

GENEL İŞLEM ŞARTLARI SEMPOZYUMU
17-18 Nisan 2015

1.Bankacılık İşlemleri Kavramı ve Kapsamı

a. Bankaların Genel Durumu

Gazetelerden edinilen bilgiye göre[1], Bankalar 2012 yılında da kazancına kazanç ekledi. Yabancı bankaların da iştahını kabartan Türk bankacılık sektörü geçen yıl yüzde 19,2 artışla 23,6 milyar TL kar açıkladı. 49 banka arasında en yüksek konsolide net kâr 3 milyar 7 milyon TL ile ... Bankası'nın olurken, en yüksek kâr artışını ise yüzde 141 ile A..ank gerçekleştirdi.

BDDK verilerine göre, Türk bankacılık sektörü 2012 yılında yüzde 12,6 büyüdü ve toplam aktifleri 1 trilyon 371 milyar lira seviyesine ulaştı. Bu tutar Eylül 2012 dönemi gayrisafi yurtiçi hasılasının yüzde 98'ine tekabül ediyor.

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

[1] Buradaki haber için bkz. http://t24.com.tr/haber/cin-bankalari-zirve-yapti-avrupalilar-dibe-vurdu,233411 (3 Temmuz 2013 tarihli haber).

Sektörün 2012 yılı net kârı ise yüzde 19,2 artışla 23,6 milyar lira oldu. Aralık 2011–2012 döneminde, faiz dışı gelir kalemlerinden bankacılık hizmet gelirleri ile kredilerden alınan ücret ve komisyonlar, yüzde 12,5'lik (2,1 milyar lira) artışla 19,2 milyar lira olarak gerçekleşti. (www.milliyet.com.tr/devler-kar-acikladi/ekonomi/ekonomidetay/25.02.2013/1673181/default.htm), -25.02.2013 tarihli haber- Net kârın %85'i faiz dışı gelirlerden gelmekte. Ne kadar ilginç!

2013 yılında Türk bankaları, Avrupa'da en iyi performans gösteren bankalar arasında da gösterildi. Türk bankalarının kârları Dünyadaki krize rağmen yüzde 37 arttı.

b. 4077 sayılı Yasa Dönemi

4077 sayılı Yasa döneminde bankacılık işlemleri tanımlanmamıştı. Ancak bankacılık işlemleri içinde önemli yer tutan tüketici kredilerine ilişkin düzenleme yapılmış idi (m.10). 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Yasayla, 4077 sayılı Yasaya eklenen 10/A maddesi ile kredi kartları, daha sonra 21.2.2007 tarihli 5582 sayılı Yasayla eklenen 10/B maddesinde konut finansman sözleşmeleri düzenlenmiş idi. Bununla birlikte 4077 sayılı Yasada "tüketici işlemi : bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi" ifade ettiğine göre tüketicinin taraf olması kaydıyla her türlü bankacılık işleminin 4077 sayılı Yasa kapsamına dahil olması gerekir idi. Maalesef Yargıtay, farklı kararlarla kapsamı daraltmakta idi. Örneğin, hesap işletim ücreti ile ilgili davalar veya internet şifresi kırılarak yapılan korsancılık işlemleri 4077 say.Y. dışında görülüyordu.

- Somut uyuşmazlık, davacı ile davalı arasında imzalanan bankacılık işlemleri sözleşmesine dayanılarak davalı adına açılan mevduat hesabından tahsil edilen hesap işletim ücretine ilişkin olup tüketici kredisi ilişkisinden kaynaklanmadığından genel görevli mahkemeler önünde çözümlenmesi gereken bankacılık işlemi mahiyetindedir. Taraflar arasında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalan uyuşmazlık bulunmamaktadır»[2]

2 Y. 11. HD., E. 2013/17905, K. 2014/165, 7.1.2014. Bu ve aşağıda anılan Yargıtay kararları için bk. www.kazanci.com

«Somut olayda, davacının internet şifresi kullanılarak hesabından para çekildiğinin iddia edilmiş olmasına ve bu işlemin T.T.K.nun 4. maddesi gereğince ticari iş niteliğinde bulunmasına göre, 4077 Sayılı yasa kapsamında kalan tüketiciden ve bir tüketici işleminden söz etme imkanı bulunmaması sebebiyle mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir»[3] "Uyuşmazlığın, davacıya ait mevduat hesabından internet yolu ile para çekilmesinden kaynaklandığından T.T.K.'nun 4. maddesi uyarınca davanın mutlak ticari dava niteliğinde bulunmasına göre, davaya bakma görevi Ticaret Mahkemesi'ne aittir. Hal böyle olunca görev hususu düşünülmeden, davanın Tüketici Mahkemesi'nde görülüp karar bağlanmasında isabet görülmemiştir."[4].

c. 6502 sayılı Yasa Dönemi

Nihayet 7.11.2013 tarih ve (28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren) 6502 sayılı Yasayla "bankacılık işlemleri" daha geniş olarak tüketici işlemleri içine dahil edilmiştir (6502 s.Y.m.3/l). Şu halde bankacılık işlemleri, tüketici ile banka arasında yapılan her türlü sözleşme ve işlemi ifade eder.

Bu nedenle tüketici kredileri, kredi kartları, konut finansman sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklar yanında ATM kullanımı, mevduat hesabı açılması, kiralık kasa hizmetleri, havale yapılması veya hesap işletim ücretleri alınması veya internet korsancılığı yolu ile yapılan işlemler de tüketici Yasası kapsamında görülerek tüketici mahkemesinin görev alanına dahil edilmelidir. Yargıtay'ın 4077 sayılı Yasa dönemindeki aksi yöndeki kararlarının 6502 sayılı Yasa döneminde geçerli olmayacağı kanısındayız. Aslında işlem terimi, sözleşmeyi de içine aldığına göre tüketici işlemi tanımı içine ayrıca "her türlü sözleşme" tabirini almaya gerek yok idi. Ancak anlamı kuvvetlendirmek adına böyle bir yola gidildiği söylenebilir.

[3] Y. 11. HD., E. 2012/5564, K. 2012/8095, T. 17.5.2012.

[4] Y. 19. HD, E. 2010/14942, K. 2011/3874, T. 24.3.2011. Aynı yönde (internet hesabından 3. kişilerce para çekilmesi işleminde) genel mahkemelerin görevli olduğu hak. Bk. Y. HGK., E. 2012/11-550, K. 2012/820, T. 21.11.2012.

2. Bankacılık İşlemlerinin Haksız Şart denetiminde 4077 Sayılı Yasa Döneminde Yargıtayın Tutumu ve Kabul Ettiği Kriterler

4077 sayılı Yasa döneminde Yargıtay, haksız şart denetiminde özellikle tüketici kredileri bakımından "alınan masrafın zorunlu, makul ve belgeli olması kriteri" getirmiş idi :

Bu kritere göre eğer tüketici kredisi ile alınan bir masraf, zorunlu, makul ve belgeli değilse bu masrafın tüketiciye iadesi gerekir. Örneğin; "Davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir" [5];

Bu kapsamda belgelendirilemeyen, karşılığı olmayan dosya masrafları veya kredi tahsis ücreti adıyla alınan masraf ve ücretler ya da ekspertiz ücretinin iadesi gerekmektedir. Ekspertiz ücreti banka dışından alınan hizmete dayalı olarak faturalandırılıyorsa makul olan miktar alınabilir[6];

Erken kapama ücreti ve ipoteğin fek (kaldırılması) ücreti haksız şart olup tüketiciye iadesi gerekir (Y. HGK, E. 2012/13-23, K. 2012/255, T. 28.3.2012).

Ancak hayat sigortası yaptırılmışsa iadesi istenemez. Gerçekten de Yargıtay'a göre "Dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmasındaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca,

[5] Y.13. HD, E. 2012/23738, K. 2012/25211, T. 8.11.2012.

[6] Y. 13. HD., E. 2014/1777, K. 2014/1261, T. 20.1.2014.

sözleşme kapsamında tahsil edilen sigorta primlerine dair kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne ise olanak bulunmamaktadır[7]. Bununla birlikte 6502 sayılı Yasaya göre (m.29) tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın yapılan hayat, kaza vs. ihtiyari sigortaların iadesi gerekir.-

Haksız şart niteliğinde olan ve fakat tahsil olunan kredi kartı aidatı, birkaç kez tahsil edilse bile iadesi istenebilir. Örn. "Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilen ve tüketiciden kredi kartı ücreti, kredi kartı aidatı vb. isimler altında alınan bedelleri tüketicinin bir süre ödemesi, sözleşmedeki haksız şarta icazet verdiği ve bundan sonra da ödemeye devam edeceği anlamına gelmez. Kredi kartı hamili belli bir süre ödeme yaptıktan sonra, haksız şart niteliğinde olan sözleşme hükmüne uygulanması gereken "haksız şartın bağlayıcı olmayacağına" ilişkin müeyyide gereği talepte bulunabilir. Hal böyle olunca tüketici haksız şart niteliğinde olan kredi kartı aidatını bir süre ödedikten sonra gelecek dönemler için sözleşmedeki hükmün haksız şart olması nedeniyle ileriye yönelik olarak talepte bulunabileceği gözetilmeksizin aksine düşüncelerle bu talebin iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceğine dair mahkeme kararı usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir"[8].

3-6502 sayılı Yasa Döneminde Çıkarılan Bankacılık İşlemlerinde Alınacak Ücretlerle İlgili Yönetmelik Hükümlerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi

6502 sayılı TKHK uygulamasında haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır (6502 say. K.m.5/I).

[7] Y. 13. HD. E. 2014/23525, K. 2014/22547, T. 2.7.2014

[8] Y. 13. HD, E. 2011/5605, K. 2011/14474, T. 13.10.2011.

6502 say. Yasanın 5. maddesi, genel işlem koşulları ile ilgili 93/13 sayılı AB Yönergesinin 3. maddesinden hemen hemen aynen alınmıştır. 4077 sayılı K.un 6. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeden yola çıkan Bakanlık, bu Yönergeden de esinlenerek "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"i yürürlüğe koymuştu. Yeni K.daki düzenlemede benzer bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre (6502 say.K.m.5/IX): "Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir." Nitekim Bakanlık, 6502 say. K. kapsamında "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" (RG.17.06.2014, S:29033) çıkarmıştır. Dolayısıyla eski Yönetmeliğin uygulama alanı kalmamıştır. Yeni Yönetmelik ekinde (eskisinde de olduğu gibi) AB Yönergesine uygun olarak örnek kabilinden haksız şart listesi yayımlanmıştır. Bu listede genel olarak sözleşmelerde yer alan haksız şart örnekleri sayılmışsa da bankacılık işlemleri ile ilgili doğrudan bir örnek kural yoktur.

6502 sayılı Yasanın temel ilkelerle ilgili 4. maddesinin 3. fıkrasında "Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir."

Kuralından yola çıkarak BDDK tarafından yakın zamanda "FİNANSAL TÜKETİCİLERDEN ALINACAK ÜCRETLERE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK" (FTAÜİY, RG.03.10.2014, S:29138) çıkarılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki bu Yönetmeliğin çıkarılmasında BDDK'ya geniş yetkiler verilmesi kabul edilemez. Çünkü BDDK'nın görevi tüketicileri korumak değil Banka pi-

yasasına disiplin getirecek önlemleri almaktır. Yani bir anlamda "kurda kuzu teslim edilmiş"tir. Nitekim Yönetmelik hükümleri incelendiğinde hiç de tüketiciyi koruyucu düzenlemeler getirilmediği açıktır.

Herşeyden önce bu konudaki yetki Bakanlık elinde olmalıydı. Yani Bakanlık, BDDK görüşünü alarak tüketicileri koruyacak bir düzenleme yapmalıydı. Bunun tersine Bakanlık görüşü alınarak BDDK tarafından yapılan belirleme son derece isabetsiz bir düzenlemedir. Düzenlemede açıkça "bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde" alt kural getirilmesi amaçlanmıştır; ancak Yönetmelik hükümleri hiçbir şekilde Kanunun ruhuna uygun olmadığı gibi tüketiciyi korumaktan da uzaktır. Bu nedenle Kanunun bu genel düzenlemesine aykırı Yönetmelik hükümlerinin dikkate alınmaması görüşündeyim.

Gerçekten de 1996 tarihli YİBK da aynı doğrultudadır. YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURULU, E. 1993/5, K. 1996/1, T. 22.3.1996 tarihli kararına göre :

"... Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyuşmazlıkların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir..."

4.6502 sayılı Yasa Döneminde Çıkarılan Bankacılık İşlemlerinde Alınacak Ücretlerle İlgili Yönetmelik Hükümlerindeki Somut Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

4.1.Yönetmeliğin Kapsamı (FTAÜİY. m.2)

Bu Yönetmelik bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar ile bu kuruluşlar tarafından finansal tüketiciye sunulan ürün veya hizmetleri kapsar (FTAÜİY. m.2/c.1). İlgili mevzuat çerçevesinde finansal tüketicilerin menkul kıymet ve sigortacılık işlemleri ile çek, senet ve teminat mektubu işlemleri karşılığında kuruluş-

ların talep edebilecekleri ücretler işbu Yönetmelik kapsamında değildir (FTAÜİY. m.2/c.2). Finansal tüketicilerin menkul kıymet ve sigortacılık işlemleri ile çek, senet ve teminat mektubu işlemleri karşılığında kuruluşların talep edebilecekleri ücretler ticari veya mesleki amaçla yapılan işlemler olacağından 6502 sayılı Yasa kapsamı dışında kalır ve bu nedenle Yönetmelik dışına çıkarılması olağandır.

Belirtmek gerekir ki Yönetmeliğe göre ((FTAÜİY. m.4/d) finansal tüketici: Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan tüketicilerden kuruluşlarca kendisine ürün veya hizmet sunulan tüketiciyi ifade eder, yani Yönetmelik, 6502 sayılı Yasadaki tüketici tanımını (m.3/k) esas almıştır.

6502 sayılı Yasada da "kredi veren : Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. Mevzuatı gereği kredi veren kuruluşlar ise bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar olduğundan kapsamın yerinde olduğu söylenebilir. Tabidir ki bankalar kredi verme dışında işlemler de yaptığı için bankalar ile tüketiciler arasındaki kredi verme ilişkisi dışındaki diğer işlemler de (havale, hesap açma kapama vb.) Yönetmelik kapsamında olacaktır.

4.2.Sözleşme esasları (FTAÜİY. m.5)

"(1) Kuruluşlar ile finansal tüketiciler arasında düzenlenen sözleşmeler ve yapılan bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla finansal tüketiciye verilir.

(2) Kâğıt üzerinde düzenlenecek sözleşmelerde, "Sözleşmenin bir nüshasını elden aldım." şeklindeki ibarenin finansal tüketici tarafından yazılmasının sağlanması zorunludur.

(3) Sözleşmeler kapsamında ücret alınabilecek her bir ürün veya

hizmet için finansal tüketicinin onayının alınması zorunludur. Kuruluşlar tarafından finansal tüketicinin onayının alındığı ispat edilemediği takdirde, onay alınmamış sayılır.

(4) Finansal tüketiciler ile yapılacak sözleşmeler kapsamında sunulacak ürün veya hizmetlerin ücret tarifesini ve bilgi verilmesi gereken diğer hususları göstermek üzere sözleşmeye ilişkin her bir ürün veya hizmetin asgari olarak; adı ya da tanımı, vadesi ya da süresi, tahsil edilecek faiz, kâr payı veya ücret kalemleri ile bunların tahsil yöntemi, geçerli olduğu süre, geçerlilik süresi sonunda yapılacak değişikliğin tutarı, oranı ya da değişikliğin hangi esasa göre yapılacağı hususlarını içerecek şekilde bilgilendirme formu hazırlanması zorunludur. Bilgilendirme formu sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır. Sözleşmenin yazılı olarak kurulması durumunda bu formun taraflarca imzalanmış bir nüshasının finansal tüketiciye verilmesi zorunludur. Kalıcı veri saklayıcısı ve telefon aracılığıyla kurulan sözleşmelerde finansal tüketici kullanılan araca uygun şekilde bilgilendirilir. İspat yükü kuruluşlara aittir.

(5) Kuruluşlar tarafından sunulan ürün veya hizmetlere ilişkin sigorta sözleşmelerinin, ürün veya hizmetlere ilişkin sözleşmelerden ayrı olarak düzenlenmesi zorunludur."

4.3.Ücretlerin sınıflandırılması (FTAÜİY. m.6)

"(1) Kuruluşlar tarafından ücretlendirilebilecek olan ürün veya hizmetler Ek-1'de sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmanın işlemlerin finansal niteliklerine göre ayrımı Kurumun uygun görüşü alınarak Birlikler tarafından yapılır. Bu Yönetmelik ve ekinde yer alanların dışında herhangi bir ürün veya hizmet için ücret alınamaz.

(2) Bu sınıflandırmada yer almayan, yeni bir ürün veya hizmet grubunun belirlenmesi veya yeni bir ücret kaleminin oluşturulabilmesi için ilgili kuruluş tarafından Kuruldan izin alınması zorunludur. Kurul gerekli gördüğü hallerde Ek-1'deki listeyi değiştirmeye yetkilidir. Ek-1'deki listenin Kurul tarafından değiştirilmesi durumunda, kuruluşlar değişik-

liğin yapıldığı tarihi takip eden ayın sonuna kadar yeni sınıflandırmaya intibak etmekle yükümlüdür."

Yönetmeliğin ekinde 5 grup içinde toplamda 20 adet ücret ve ödeme belirlenmiştir. Daha önce neredeyse 80'e varan ücretlerin 20'ye düşürülmesi olumlu gibi gösterilse de kanımızca durum tüketici aleyhinedir. Özellikle sadece kredi tahsis ücretine sınırlandırma (kredi tutarının binde beşi) getirilmesi yeterli değildir. Üstelik Yargı kararlarıyla kabul edilmeyen bazı ücretlerin getirilmesi oldukça geriye gidiş niteliğindedir. Aşağıda bu ücretlere sırasıyla değinilecektir. Öncelikle Ek-1 olarak nitelenen ücretlerin sınıflandırılmasına bakarsak;

Ek-1: Ürün veya Hizmet Sınıflandırmaları (5 grupta 20 ücret)

1. Bireysel Krediler
1.1. Tahsis Ücreti
1.2. Ekspertiz Ücreti
1.3. Taşınır ve Taşınmaz Rehin Tesis Ücreti
2. Mevduat/Katılım Fonu
2.1. Hesap İşletim Ücreti
2.2. Para Çekme Ücreti
3. Para Transferleri
3.1. Elektronik Fon Transferi Ücreti
3.2. Havale Ücreti
3.3. Swift Ücreti
4. Kredi Kartları
4.1. Yıllık Üyelik Ücreti
4.2. Ek Kart Yıllık Üyelik Ücreti
4.3. Kart Yenileme Ücreti
4.4. Nakit Avans Çekim Ücreti
5. Diğer
5.1. Kiralık Kasa Ücreti
5.2. Kampanyalı Ürün veya Hizmetler Ücreti
5.3. Fatura Ödeme Ücreti
5.4. Arşiv - Araştırma Ücreti
5.5. Onaya Bağlı Bildirim Ücreti

5.6. Başka Kuruluş ATM'sinden Yapılan İşlem Ücreti
5.7. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Yapılan Ödemeler
5.8. Üçüncü Kişilere Yapılan Ödemeler

4.4.Ücretlerin değiştirilmesi (FTAÜİY. m.7)

"(1) Bir takvim yılı içinde ücretlerde, Türkiye İstatistik Kurumunca bir önceki yılsonu itibariyle açıklanan yıllık tüketici fiyatları endeksi artış oranının 1,2 katı ve üzerinde artış yapılabilmesi için finansal tüketiciden onay alınması, bunun altında artış öngören değişikliklerin ise finansal tüketiciye en az otuz gün önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı yoluyla veya kaydı tutulan telefon vasıtasıyla bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim üzerine finansal tüketicinin kendisine bildirim yapıldığı tarihten itibaren onbeş gün sonrasına kadar ürünün veya hizmetin kullanımından vazgeçme hakkı vardır. Bu hakkın kullanılması hâlinde uygulanacak ücret artışının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilave ücret alınamaz. Kuruluşlar, vazgeçme hakkını kullanan finansal tüketiciye uyuşmazlık konusu ürün veya hizmeti vermeyi durdurabilir. Finansal tüketicinin ürünü kullanmaya veya hizmeti almaya devam etmesi hâlinde, değişikliğin kabul edildiği varsayılır.

(2) Kuruluşlar tarafından süreklilik arz etmeyen para transferleri, fatura tahsilâtı gibi anlık işlem ve hizmetlerden ücret tahsil edilmeden önce, işlemin gerçekleştirildiği alanın yapısına uygun bir şekilde finansal tüketicinin onayının alınması hâlinde yukarıda belirtilen bildirim ve onay alma yükümlülükleri uygulanmaz."

Ücretlerin değiştirilmesinde tüketici endeksi artış oranının (TÜFE) 1,2 katı ve üzerinde artış yapılabileceğinin öngörülmesi son derece yanlıştır. Bunun yerine TÜFE oranını aşmamak üzere artış yapılabileceği kabul edilmeliydi. Disiplin sağlanması açısından bu artışların da Birliklerin tarifesine göre her yıl arttırılması kabul edilmeliydi. Bu şekilde sanki her Banka kendisine uygun fiyat belirleyebilecek duruma gelmiştir. Bunun da Kanunun ruhuna ve tüketicinin korunmasına uygun düşmeyeceği açıktır.

4.5. Ücretlerin İadesi (FTAÜİY. m.8)

"Tahsil edilen ücretlerin, kuruluşların karar birimleri veya adli, idari ve yetkili diğer makamların kararları neticesinde finansal tüketiciye iadesinin gerekmesi hâlinde, iadesi gereken tutar ve tahsil yöntemi hakkında kalıcı veri saklayıcısı yoluyla veya kaydı tutulan telefon ile finansal tüketiciye bilgilendirme yapılır. Kuruluşlar iadesine karar verilen tutarın finansal tüketicinin bildireceği hesaba ücretsiz şekilde gönderilmesine veya finansal tüketicinin talebine istinaden nakden ödenmesine imkân sağlayacak sistemi kurmakla yükümlüdür."

4.6. Bilgilendirme (FTAÜİY. m.9)

"(1) Finansal tüketicilerden alınacak faiz, kâr payı, ücret ve diğer kesintilere ilişkin güncel bilgiler açık, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir şekilde kuruluşların internet sitelerinde karşılaştırmaya uygun bir biçimde yer alır. Bu bilgilerde değişiklik olması hâlinde internet sitesi eşzamanlı olarak güncellenir. Kuruluşlar, kredi ürünlerinin kullanılması hâlinde ortaya çıkacak faiz, kâr payı oranı ve ücret bilgilerini detaylı bir şekilde gösteren hesaplama araçlarını internet sitelerinde sunmakla yükümlüdür.

(2) Kuruluşlar finansal tüketicinin onayını almaksızın yaptığı bildirimlerden ücret alamaz. İlgili mevzuat gereği belirli bir şekilde yapılması zorunlu olan bildirim ve işlemlerden maliyetleri kadar ücret alınabilir. Bunların dışında kalan onaya bağlı bildirimler sözleşmede yer verilmesi kaydıyla ücretlendirilebilir.

(3) Gerçekleştirilen işlemlere ilişkin olarak işlem anında verilecek işlem fişi, sözleşme ve bilgilendirmeye ilişkin diğer evrak ayrıca ücretlendirilemez.

(4) Finansal tüketicilerin sözleşme, işlem fişi ve benzeri dokümanların bir örneğini talep etmeleri hâlinde, kuruluşlarca ilgili dokümanın düzenlenme tarihinden sonraki ilk yıl için herhangi bir ücret alına-

maz. İlgili dokümanın düzenlenme tarihinden itibaren bir yılın üzerinde sürenin geçmesi hâlinde, finansal tüketiciye bilgi verilmek suretiyle, yapılan işlemle orantılı olacak şekilde makul bir ücret alınabilir.

(5) Bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden sonra düzenlenecek yazılı sözleşme ve bilgilendirme form içeriklerinin bir örneğine kuruluşların internet sitelerinde ücretsiz erişim imkânı sağlanır.

(6) Kurum bilgilendirmelerde veya onay alınmasında kullanılan yöntemlerin etkin olmadığı kanaatine varırsa, her bir ürün veya hizmet bazında belirlenecek yöntemlerin kullanılmasını zorunlu tutabilir.

(7) Gerçekleştirilen işlemlerde ücret bilgisine işlem fişi üzerinde açıkça yer verilmesi zorunludur.

(8) Kuruluşlar bu Yönetmeliğe konu ücretlerin azami ve asgari güncel tutarları ile oranlarını Kurumca belirlenecek kanallarda ve yöntemle ilân etmekle yükümlüdür."

5. Bankacılık İşlemlerinde Alınacak Ücretlerle İlgili Yönetmelik Hükümlerindeki Ürün veya Hizmetlere İlişkin Özel Hükümlerin Değerlendirilmesi

5.1 Tüketici ve konut finansmanı kredilerine ilişkin ücretler (FTAÜİY. m.10)

"(1) Finansal tüketicilere kullandırılacak krediler için kredi ihtiyacının karşılanmasına olanak sağlayan sistemin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacıyla alınan tahsis ücreti dışında, istihbarat ücreti, kredi işlem fişi ücreti, ödeme planı değiştirme ücreti, değişken taksitli ödeme planı ücreti gibi her ne ad altında olursa olsun başkaca bir ücret alınamaz. Kredi tahsis ücreti, kullandırılan kredi anaparasının binde beşini geçemez. Kurul, gerekli gördüğü hallerde bu sınırı artırmaya ve azaltmaya yetkilidir.

(2) Taşınır ve taşınmazlara ilişkin rehin, ipotek ve ekspertiz işlemlerinde yalnızca üçüncü kişilere ödenenücretler alınabilir.

(3) Reddedilen kredi taleplerinden bir kamu kurum ve kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenen ücretler hariç olmak üzere herhangi bir ücret alınamaz.

(4) Konut finansmanı sözleşmelerinde faiz oranı veya kâr payının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, krediyi tahsis eden kuruluş nezdinde sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir veya birden fazla taksit ödemesinin vadesinden önce yapılması ile kredinin faiz oranı veya kâr payında finansal tüketici lehine mutabık kalınarak değişiklik yapılması hâllerinde, Kanunun 37 nci maddesinde yer alan erken ödeme tazminatı haricinde hiçbir ücret alınamaz. Tahsil edilebilecek erken ödeme tazminatı ise yapılacak faiz veya kâr payı indirimi tutarını aşamaz.

5.2. Tüketici ve konut finansmanı kredilerine ilişkin ücretler (FTAÜİY. m.10 hükmünün devamı)

"(5) Finansal tüketicilerin ilgili kuruluşlardan borçlarının bulunmadığına dair talep ettikleri bilgi yazıları için bir defaya mahsus olmak üzere ücret alınamaz.

(6) Kredili mevduat hesaplarından kullandırılan krediler ile kredi kartlarından yapılan taksitli nakit avans işlemleri için ücret tahsil edilemez.

(7) Belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir ücret alınamaz. Bu hesap, finansal tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanır.

(8) Finansal tüketicinin onayı olmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili hesap sözleşmesi yapılamaz ve kredi tahsilâtları bu hesaptan gerçekleştirilemez."

Görüldüğü gibi Yargıtayın 4077 sayılı Yasa döneminde kabul etmediği (belgelendirilmeyen kredi tahsis ücreti, dosya masrafı gibi) ücretler legal hale getirilmeye çalışılmaktadır. Kredi tahsis ücretine binde beş gibi bir sınır getirilmesi de sorunu çözmeyecektir. Önemli olan hizmetin karşılığının olmamasıdır. Bunun yerinde olmadığı, 6502 sayılı Yasanın tüketiciyi koruma amacına aykırı düştüğü kanısındayım. 1996 tarihli YİBK. Karşısında doğrudan tüketiciyi koruma amacına uygun olan Yargıtay kararları çerçevesinde kredi tahsis ücretinin alınamayacağı kanısındayım.

5.3 Banka ve kredi kartı ücretleri FTAÜİY. m.11)

"(1) Kart çıkaran kuruluşlar, yıllık üyelik ücreti ve benzeri ad altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır. Finansal tüketiciler tarafından yapılan ücretsiz kredi kartı başvurularının kuruluşlarca reddedilmesi hâlinde, bu başvuruya istinaden yıllık üyelik ücreti olan kredi kartı verilemez. Kart çıkaran kuruluşlar yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı limiti belirlerken, yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartı değerlendirme kriterlerini aynen uygulamakla yükümlüdür. Finansal tüketicilerin yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartını limiti aynı kalmak kaydıyla yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı ile değiştirme talepleri, kart çıkaran kuruluşlar tarafından yerine getirilmek zorundadır.

(2) Finansal tüketicinin kredi kartı iptal talepleri, ilgili kredi kartıyla ilişkilendirilen herhangi bir borç bakiyesi bulunduğu gerekçe gösterilerek reddedilemez. Bu şekilde iptal edilen kredi kartlarının borç geri ödeme dönemlerinde yıllık üyelik ücreti tahsil edilemez.

(3) Banka kartları ile sanal kredi kartlarından yıllık üyelik ücreti alınamaz.

(4) Birinci ve ikinci fıkrada yer verilen kartlar dışındaki kredi kartları özelliklerine göre yıllık olarak belirlenen tutar kadar ücretlendirilebilir. Asıl karta bağlı olarak sunulan her bir ek kredi kartının yıllık üyelik ücreti, asıl kartın yıllık üyelik ücretinin yüzde ellisini geçemez.

(5) Kredi kartı yıllık üyelik ücreti, ancak finansal tüketiciyi borçlandırıcı nitelikteki ilk kullanımı müteakip ve yıllık olarak tahakkuk ettirilebilir.

(6) Kesintisiz olarak, en az yüzseksen gün süreyle hareket görmeyen kredi kartları hareketsiz kart kabul edilir ve bu kartlara hareketsiz kaldığı müddetçe yıllık üyelik ücreti yansıtılamaz. Kuruluşlar, finansal tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla veya kaydı tutulan telefon ile önceden bilgi vermek suretiyle bu nitelikteki kredi kartlarını kapatma hakkına sahiptir.

(7) Hareketsiz kartlarda tahsil edilemeyen kredi kartı yıllık üyelik ücretleri, tahakkuk tarihinden itibaren en fazla son oniki aylık dönem için sonradan tahsil edilmek üzere bekletilebilir. Bu dönem zarfında yıllık üyelik ücretlerinin tahsili için icra takibi yapılamaz. Bu ücretler için faiz veya kâr payı işletilemez ve Kredi Kayıt Bürosu ile Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi bildirimleri yapılmaz. Anılan oniki aylık dönem sonunda kredi kartı yıllık üyelik ücretlerinin tahsil edilememesi hâlinde ise bu ücretler iptal edilir. Finansal tüketici kredi kartı yıllık ücretinin tahsili amacıyla kredilendirilemez.

(8) Hesap özeti gönderimi, sanal kart oluşturma ve kullanımı ile bir takvim yılı içerisinde kayıp, çalıntı ve benzeri nedenler dolayısıyla gerçekleştirilen iki adete kadar kart yenileme karşılığında ücret alınamaz."

5.4. Para transfer işlemlerinde ücret (FTAÜİY. m.12)

"(1) Finansal tüketicinin hesabının bulunduğu kuruluşun işlem alanlarından herhangi birini kullanmak suretiyle kendi hesabına para yatırması ile hesabın bulunduğu şubeden finansal tüketici adına üçüncü kişilerin para yatırması işlemlerinden ücret alınamaz.

(2) Gelen veya giden elektronik fon transfer sistemi işlemlerinde, finansal tüketicinin hatası nedeniyle para iadesi gereken durumlarda, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına ödenen masraflar dışında fi-

nansal tüketiciden herhangi bir ücret alınamaz. Havalenin iadesi, reddi, devri ya da havale işlemine dair bilgi değişikliği işlemlerinden bir kamu kurum ve kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenen ücretler dışında ücret alınamaz.

(3) Düzenli veya rutin işlem saatleri dışında yapılan para transferleri, banka ve kredi kartı veya ön ödemeli kartlardan yapılan para transfer işlemleri ile özel nitelikli işlemlerin ücretleri, finansal tüketici ile banka arasında düzenlenen sözleşme ile belirlenir.

(4) Kuruluşlarda herhangi bir hesabı bulunmayan finansal tüketicilerin gerçekleştirdiği para transfer işlemlerinde, bu işlemler gerçekleşmeden önce finansal tüketiciye ilgili ücrete dair bilgi verilir. İşlem tutarı ve ücret bilgisi işlem fişi üzerinde açıkça gösterilir."

5.5. Mevduat ve katılım fonu işlemlerinde ücret - Hesap işletim ücreti- (FTAÜİY. m.13)

"(1) Hesap işletim ücreti, finansal tüketicinin hesap sayısına bağlı olmaksızın müşteri bazında ilgili kuruluşun belirlediği dönemlerde tahakkuk ve tahsil edilebilir. Hesabın yıl içerisinde kapatılması hâlinde, hesabın açık olduğu döneme tekabül eden ücret alınabilir. Hesap açma ve kapama işlemleri ile hesap cüzdanı yazdırma işlemlerinden herhangi bir ücret alınamaz.

(2) Kesintisiz olarak, en az yüzseksen gün süreyle hiçbir hesabı hareket görmeyen finansal tüketicilerden bu süre zarfında hesap işletim ücreti alınamaz. Tahsil edilemeyen hesap işletim ücreti, tahakkuk tarihinden itibaren en fazla son oniki aylık dönem için sonradan tahsil edilmek üzere bekletilebilir. Bu dönem zarfında hesap işletim ücretlerinin tahsili için icra takibi yapılamaz, anılan oniki aylık dönem sonunda hesap işletim ücretlerinin tahsil edilememesi hâlinde ise bu ücretler iptal edilir. Finansal tüketici, hesap işletim ücretinin tahsili amacıyla kredilendirilemez."

5.6. ATM kullanımı ve kiralık kasa hizmetinde ücret (FTAÜİY. m.14)

"(1) Finansal tüketicinin hesabının bulunduğu kuruluşa ait ATM'lerden kendi hesabı için para yatırma, bakiye sorgulama ve ilgili kuruluş tarafından belirlenen limit dâhilinde yapılan para çekme işlemlerinden ücret alınamaz.

(2) Başka kuruluş ATM'si vasıtası ile gerçekleştirilen işlemlerden alınabilecek ücret, diğer kuruluşa işlem karşılığı ödenen tutar dikkate alınarak finansal tüketici ile ilgili kuruluş arasında düzenlenen sözleşme çerçevesinde belirlenir veya işlem anında finansal tüketicinin onayı alınarak tahsil edilebilir.

(3) Kiralık kasa ziyaretine ilişkin herhangi bir ücret alınamaz. Kiralık kasa hizmetinin sona ermesi hâlinde kiralık kasaya ilişkin finansal tüketici tarafından gerçekleştirilen bir hasar, ödenmeyen kira bedelleri ve kiralık kasa sözleşmesinden doğan diğer borçlar dolayısıyla depozito ücretinden düşülerek kalan tutar derhal iade edilir."

5.Bankacılık İşlemlerinde Alınacak Ücretlerle İlgili Yönetmelik Hükümlerindeki Ürün veya Hizmetlere İlişkin Özel Hükümlerin Değerlendirilmesi-6

5.7. Kampanyalar ve özel hizmetlerde ücret (FTAÜİY. m.15)

"(1) Kuruluşların birden fazla ürün veya hizmeti bir arada sunmalarına imkân veren ürün veya hizmet paketlerinde ürün veya hizmetlerin ayrı ayrı sunulmasında elde edilebilecek ücret toplamını aşmayacak şekilde ücret tahsil edilebilir. Ayrıca, kuruluşlar çeşitli ürün veya hizmetlerini finansal tüketici yararına özellikler barındıracak şekilde kampanya düzenleyebilirler. Bu kampanyalar kapsamında finansal tüketicinin talebine sunulan ürün veya hizmetlerden ücret tahsil edilebilir. Bunların dışında kuruluşlar finansal tüketicinin talebi ve bilgilendirilmesi suretiyle sundukları özellikli ürün veya hizmetlerden de finansal tüketici ile mutabık kalarak ücret tahsil edebilirler.

(2) Kuruluşların finansal tüketicinin harcama, talimat gibi taahhütler karşılığı belirli bir ürün veya hizmetten faydalanmasını sağlayan uygulamalarında, ilgili taahhüdün yerine getirilememesi hâlinde peşin olarak verilen puan veya faydalanılan ürün veya hizmet bedelinin taahhütle karşılanamayan kısmı dışında herhangi bir ceza bedeli tahsil edilemez."

5.8. İntibak (FTAÜİY. m.16)

"(1) Bu Yönetmelik hükümleri yürürlük tarihinden sonra kurulacak sözleşmelere uygulanır.

(2) Bu Yönetmelik hükümleri, Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce kurulmuş sözleşmelere Yönetmeliğin yürürlük tarihinden sonra gerçekleştirilecek işlemler bakımından uygulanır. Bu nitelikteki sözleşmelerin Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce gerçekleştirilmiş işlemleri hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz."

Görüldüğü gibi Yönetmelik öncesi bitmiş işlemlerde daha önceden ücret alınmadıysa ücret alınmayacaktır. Kanımızca fazla ücretlerin Yönetmeliğe göre değil Yargı kararlarına göre tamamen iadesi gerekir. Ancak Yönetmelik öncesi akdedilmiş sözleşmelere dayalı işlemler yeni Yönetmelik sonrası yapılıyorsa Yönetmelik hükümlerine göre ücret alınması gerekecektir ki bu durumda Yönetmeliğe uygun olsa bile 6502 sayılı Yasanın tüketiciyi koruma amacına aykırı Yönetmelik kurallarının uygulanmaması gerekir.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Sanırım bankalardan şikayet etmeyen yok. Kanunlarla biz tüketiciyi korumaya çalışıyoruz ama uygulama yönetmeliği ile durum tersine çevriliyor. Murat Bey bunu çok güzel ifade etti. Kurdun eline bıçak verilerek kuzu teslim edilmiştir dedi, çok güzel bir ifade, meseleyi zaten anlatmış oldu. Teşekkür ediyoruz. Ece hanim, sigortacılık sözleşmeleriyle ilgili genel işlem şartlarını değerlendirecek.

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ KULLANILMASI

▪ **Doç. Dr. Ecehan Yeşilova Aras***

1-TERMİNOLOJİ VE ÇALIŞMANIN AMACI İLE KAPSAMI

Gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse Sigortacılık Kanunu'nda kanun koyucu, "genel şartlar" kavramını kullanmıştır. Bu durum ilk bakışta, sigorta genel şartlarının, Türk Borçlar Kanunu madde 20 ve devamı hükümleri anlamında genel işlem koşulu mahiyetinde olduğu izlenimini vermektedir. Bu çalışmanın amacı ve kapsamı, gerçekten sigorta genel şartları olarak anılan ve Sigortacılık Kanunu'nun 11/I. maddesi hükmü uyarınca sigorta şirketlerince hazırlanması gerekirken uygulamada Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenen metnin, "genel işlem koşulu"nun tanımını karşılayıp karşılamadığını ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle, "sigorta genel şartları" ve "genel işlem koşulu" olarak iki farklı kavram bilinçli kullanılmıştır. Bu çalışmanın konusu, sadece sigorta genel şartlarının, genel işlem koşulu kavramını da taşıyor mu sorusuna cevap aramakla sınırlıdır.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2. SİGORTA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI VE SEBEBİ

2.1. Genel Olarak

Öğretide, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sigorta hukuku alanında da kabul edildiği ancak sigorta sözleşmesinin "genel işlem koşullarını içeren bir sözleşme"[1] olduğu görüşü mevcuttur. Sözleşme özgürlüğününün özellikle de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün tek yanlı olarak sigortacı tarafından kullanılması nedeniyle, bu sözleşme ilişkisinin zayıf yanını korumak için Türk Ticaret Kanunu'nda emredici hükümler ihdas edilmiştir[2].

Sigortacılığın ekononmik ve sosyal hayattaki önemli rolü ve güvene dayalı bir müessese olması sebebiyle, sigortacı mali ve teknik açıdan sağlam bir bünyeye sahip olmalıdır. Bunun temini için devletin denetimi gerekli görülmüştür[3]. Sigortacılık Kanunu'nun 1. maddesi, aslında bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Kapsamlı bir amaç maddesi olan bu hükmün, konumuz açısından önemli olan noktası, sigorta sözleşmesinde yer alan kişlerin hak ve menfaatlerinin korunmasının, düzenlenen denetimin amaçlarından birisi olarak yazılmış olmasıdır[4]. Sigortacının karşısında zayıf taraf olarak kabul edilen sigorta ettirenin, kendisine empoze edilen şartları kabul etmesi noktasında devlet, sözleşmeye müdahaleyi gerekli görmüş ve sigorta şartlarını yeknesak hale getirmeye çalışmıştır.

[1] Bahtiyar, s.151; Memiş, Reasürör, s.5; Can, s.1;Yazıcıoğlu, s.40; Çeker, s. 7-8; Özdamar, s.131; s.139'da Yazar, salt sigorta sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğinden sıyrılabilmesi ve haksız şart düzenlemelerine tabi olmasını engellemek adına, sözde müzakere ortamı yaratılmasını, sigorta ettirene okunmasını, değişiklik yapılması imkanı tanınmadan görüşülmesini, kanuna karşı hile olarak değerlendirip bu durumun, sigorta sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğini değiştirmeyeceğini ifade etmiştir; Ünan, Güncel Gelişmeler, s.173; Atamer, Yeşim, s.15'de sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenmiş olmasının ve sigorta şirketlerinin bunları kullanmak mecburiyetinde olmasının, genel işlem koşulu niteliğini ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir.

[2] Can, Sigorta Hukuku, s. 260 vd;Kabukçuoğlu, s. 152; Memiş, Reasürör, s.4: Adıgüzel, s.4. Bununla birlikte, Memiş, deprem sigortasının sigortacısının kamu tüzel kişisi olması ve bu nedenle kurulan hukuki ilişkinin özel hukuktan ziyade idarenin üstün olduğu bir ilişki olmasından hareketle, deprem sigortası genel şartlarının genel işlem koluşu niteliğinde olmadığını dile getirmiştir (Memiş, s.5).

[3] Kender, Seminer, s.15; Arseven, s.24; Özer, s.22.

[4] Kabukçuoğlu Özer, s.9.

Bu, esasen devletin sigortacılık sektörü üzerindeki denetimidir[5] ve amacı da taraflar arasındaki dengeyi korumaktır[6]. Uygulamada Hazine Müsteşarlığı, bu amacını sigorta genel şartlarını bizzat düzenlemek şeklinde gerçekleştirmeye çalışmaktadır[7].

Sigorta sözleşmeleri, kanun koyucunun taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğüne her alanda müdahale ettiği bir konudur. Şöyle ki, tarafların *i-* sözleşme yapıp yapmama konusundaki özgürlüğüne müdahale edilmiş ve kamu yararı açısından gerekli görülen hallerde zorunlu sigortalar ihdas etmiştir (Sigortacılık Kanunu m. 13). Yine kamu yararı düşüncesiyle gereğinde, *ii-* karşı âkidi seçme özgürlüğüne de müdahale edilmiş; tasarruf mevduat sigorta fonu veya doğal afet sigortası kurumu gibi kamu hukuku tüzel kişileri yaratılarak bazı zorunlu sigorta türlerinin, "sigortacı" sıfatıyla yalnız bu kişiler tarafından akdedilebileceği ifade edilmiştir. Nihayetinde de, *iii-* sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahale edilmiş ve Sigortacılık Kanunu'nun 11/I. maddesinde, sözleşmenin ana içeriğini, Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanan genel şartların oluşturması istenmiştir. Hüküm, şu şekildedir:

"Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir.Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgaya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir."

2.2. Özgürlüğün Sınırlandırılmasında Kullanılan Araç: Sigorta Genel Şartları

TBK m.26 hükmü uyarınca taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilecekken, görüldüğü

[5] Özer, s.24; Taşbaşı, s.66.

[6] Kender, Murakabe, 3.

[7] Ünan, Güncel Gelişmeler, s.173.

üzere bu özgürlük; sigorta sözleşmesi bakımından sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmada kullanılan araç, sigorta genel şartları olmuştur[8]. Bir yandan Sigortacılık Kanunu'nun 11/I hükmü, sözleşmenin ana muhtevasının sigorta genel şartları olmasını öte yandan da Türk Ticaret Kanunu m.1423(3) hükmü, söz konusu genel şartlarda yapılan –ve sigorta ettiren/sigortalı/lehdar lehine olan- değişikliğin doğrudan, değişiklikten önce akdedilen sigorta sözleşmelerine yansımasını emretmiştir. Sözleşmenin içeriğini belirleme bakımından tarafların sahip olduğu özgürlüğün sigorta sözleşmelerinde sınırlandırılması anlamına gelen Türk Ticaret Kanunu'nun 1425(3) maddesi hükmünün ilk cümlesine göre;

"Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır."

Sözleşmenin akdi sırasında kullanılan sigorta genel şartları, şayet sözleşme süresi içinde sigortacı aleyhine değişikliğe uğrarsa, tarafların arzusu sorulmadan, kanun kuvvetiyle sözleşmenin içeriği *hemen ve doğrudan* değişecek ve sözleşme yeni sigorta genel şartlarına uyarlanacaktır.

2.3. Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılma Sebebi

Yangın sigortası branşında ruhsatı olan bir sigortacının, bu riske karşı teminat talep eden her bir kişi (sigorta ettiren) ile karşı karşıya, özgürce dilediği içerikte bir sözleşme yapmasına neden kanunen kısıt getirildiği sorusunun cevabı, sigortanın tanımında gizlidir. Bu tanımın temel öğelerinden ilki, iktisadi sonuç doğuran tesadüfi bir riskin mevcudiyeti ise de diğer önemli ikinci öğesi, "tehlike birlikteliği" olarak anılan, aynı veya benzer bir riske maruz bulunan şahıslardır yani risk taşıyıcılarıdır. Sigortacı, tehlike birlikteliğini oluşturan risk taşıyıcıları (yani sigorta ettirenler) arasında öyle bir organizasyon kuracaktır ki riskin oluşması halinde, istenilen teminat, somut olarak o riske maruz kalmamış

[8] Bahtiyar, s.153.

diğer sigorta ettirenler arasında paylaştırılacaktır. Aktüeryal hesapların ve sigortacılık tekniğinin ön planda olduğu bu yönetim organizasyonu başarılı kurulur ve işlerse, sigortacı riski bizzat kendisi devralmamış ve fakat *paylaştırmış* olur[9]. Şu halde, kanun koyucu aynı veya benzer riske maruz bulunan kişilere aynı hükümlerin uygulanmasını dolayısıyla da aynı teminatın verilmesini temin etmek üzere yani tehlike birlikteliğini muhafaza etmek ve böylelikle sigorta şirketinin organizasyonunun, riski paylaştırma üzerine sürdürülebilir olmasını temin etmek için sözleşmenin içeriğinin aynı genel şartlardan oluşmasını istemiştir. Başka bir deyişle, benzer riske maruz iki kişi arasında teminat bakımından farklılık oluşması arzu edilmemiştir.

3. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK KANUN HÜKÜMLERİ

Türkiye'de bütün sigortalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 6.kitabının emredici hükümlerine tabidir. Bu sebeple, 50.000 TL değerindeki bir arabanın kaskosu da, 50 milyon dolarlık bir geminin kaskosu da aynı emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Oysa ki birçok ülkede ve mehazımız Alman hukukunda "büyük risk" kavramı içine girebilen riziko çeşitleri bakımından, ki deniz tehlikeleri bunlardan birisidir, sigorta ettirenin sigorta hukukuna ilişkin emredici hükümlerin koruma şemsiyesinden çıkmasına izin verilmiştir, zira örneğin bir denizcilik işletmesi konumundaki sigorta ettirenin, sade bir vatandaş gibi korunmasına gerek görülmemiştir[10]. Lakin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu büyük risk kavramı ile tanışmaktan kaçınmış, kanunun hazırlık aşamalarında tartışma konusu dahi olmamıştır[11].

Türk Ticaret Kanunu'nın 6. Kitabındaki 120 hükmün yaklaşık 80'i emredicidir ve bu 80 hüküm, sigorta sözleşmesinin kırmızı çizgilerini

[9] Kender, Sigorta, s.2-5; Kender, Murakabe, s.2; Bahtiyar, s.153.

[10] Ünan, Sempozyum, s.168,169.

[11] Ünan, Şerh, s.10.

oluşturmaktadır[12]. Emredici olmayan hükümler ise zaten karakter olarak sigortalı aleyhine düzenlenmesi mümkün olmayan hususlardır. Gerek kamu düzenini gerekse sigortalıyı koruma adına sevkedilen emredici hükümler 3 farklı kategoride gruplanmıştır. "Koruyucu Hükümler" kenar başlığı ile sevkedilen bu emredici hükümler,

-aksinin kararlaştırılmış olması halinde sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran;

-aksinin karlaştırılmış olması durumunda sözleşme şartının geçersizliğini doğuran hükümler;

-aksinin sigorta ettiren/sigortalı/lehdar aleyhine kararlaştırılmış olması durumunda ise kararlaştırlanının yerine kanun hükmünün uygulanacağı hükümler, şeklinde kategorize edilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukuku kitabındaki koruyucu hükümlerden başka, hakimin elinde şüphesiz bir de genel hüküm mahiyetindeki TBK m.26 ve 27 hükümleri mevcuttur.

Ancak, Türk Ticaret Kanunu'ndan sonra her ne kadar 1451(1) hükmü, hiyerarşik olarak ikinci sıraya Türk Borçlar Kanununu koysa da denetim kanunu olan Sigortacılık Kanunu'ndaki sözleşme hukukuna ilişkin emredici hükümlerin uygulanma kabiliyetini değerlendirmek gerekir. Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinin son fıkrasında *"Diğer kanunlardaki sigortalara müteallik amir hükümler mahfuzdur"* hükmü, denetim kanunundaki amir hükümleri, Ticaret Kanunu'nun da önüne getirmekteydi[13]. Lakin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda böyle bir hiyerarşi hükmü olmadığı için, Sigortacılık Kanunu bir denetim kanunu olduğu için aslında içeriğindeki hükümlerin muhatabı sadece üzerinde denetim ihtiyacı görülen sigortacılık sektörünün mensuplarıdır. Bu nedenle, bu kanunda sözleşme hukukuna ait var olan hükümleri,

[12] Ünan, Şerh, s. 114.

[13] Ayrıntılı inceleme için bkz. Atamer, Sempozyum, s.111 vd.

Türk Ticaret Kanunu karşısında zımnen mülga kabul etmek gerekir. Bu nedenle, sigorta sözleşmesine uygulanacak hükümler bakımından hiyerarşik sıralamada Sigortacılık Kanunu'nun hükümlerinin yer almadığı kanaatindeyiz[14].

4. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ HAZIRLANMASI

Sigorta genel şartları esasen sözleşme hükümleridir, tarafların hak ve borçlarını gösteririr. Ancak, sigortanın ekonomik hayattaki önemi sebebiyle, sigorta genel şartları devletin kontrolüne tabi kılınmıştır[15].

Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 1266. maddesi, sigorta poliçesinin, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca tasdik edilmiş genel şartları içermesini buyurmuş, şayet tasdik edilmemiş genel şart kullanılması halinde, sigorta ettirenin aleyhine olan hükümler yerine kanundaki tamamlayıcı kuralların uygulanacağı ifade edilmiştir. Mülga sigorta denetim kanunu olan Sigorta Murakabe Kanunu ise eski Türk Ticaret Kanunu'nda zikredilen denetim makamını Hazine Müstaşarlığı olarak değiştirmiş ve 28. maddesinde, sigorta sözleşmelerinin Hazine Müsteşarlığınca ***onaylanan*** genel koşullara uygun olarak yapılacağı ifade edilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise 1425. maddesi hükmünde, sigorta poliçesinin genel ve özel şartları içerdiği düzenlenmiş, sözkonu şartların kim tarafından düzenleneceği hususuna girilmemiştir. Lakin, Sigorta Murakabe Kanunu'nun yerine gelen Türk Sigortacılık Kanunu'nun 11/I. maddesi hükmünün açık lafzı dikkate alındığında, kanun koyucunun isteği; her bir sigorta şirketinin ***kendi*** genel şartlarını hazırlaması ve Hazine Müsteşarlığı'na onaylatmasıdır[16]. Ancak şu an uygulamada, Hazine Müsteşarlığı, kanun koyucunun kendisine verdiği onama yetksinin ötesinde, bir de bu genel şartları tüm sigorta şirketle-

14 Ayrıca bkz., Ünan, Şerh, s.114.

15 Kender, Seminer, s.16; Bozer, 33.

16 Kabukçuoğlu Özer, s.153; Can, Esaslar, s.28.

ri adına ortak bir metin şeklinde kaleme alma vazifesini üstlenmiş[17] ve Resmi Gazete'nin Yönetmelikler kısmında yayımlanmasını sağlayarak yürürlüğe sokmaktadır[18]. Müsteşarlık tarafından bizzat kaleme alınan sigorta genel şartlarında, sigorta ettirenin veya sigortalının tüketici veya tacir olması arasında bir fark da gözetilmemiştir.

Ülkemizde sigortacıların, kendilerinin bizzat hazırlayacağı metni Müsteşarlığ'ın onayına sunmak yerine, Müsteşarlık tarafından hazırlanan genel şartları kullandığı bir gerçektir. Oysa denetim kanunu olan Sigortacılık Kanunu'nun, 11/I. maddesinde arzu ettiği denetim, bu yönde değildir. Başka bir ifadeyle, söz konusu hüküm, amacını aşkın biçimde kullanılmaktadır. Aslında, bu hükmün istediği 3 şey vardır:

1) sigorta sözleşmesinin *ana* muhtevasının genel şartlar olması,

2) genel şartların da Müsteşarlık'ça onaylanması ve

3) sigortacının bu onaylanan genel şartları *aynı* riske tabi kişilere *aynı* şekilde uygulamasıdır.

Hazine Müsteşarlığı'nın sadece onaylama makamı olarak düzenlenmiş olması ve her bir sigortacının kendi genel şartlarını hazırlaması, alında ürün çeşitliliğinin sağlanması anlamına da gelecektir[19]. Aslında Hazine Müsteşarlığı'nın sadece onay makamı olarak kullanılması kontrollü bir serbest rekabet sistemidir ki bundan da sigorta ettiren faydalanır[20]. Ancak ülkemizdeki sigorta şirketleri bu usulü tercih etmemekte, genel şartları bizzat hazırlamamaktadır.

[17] Bu uygulamanın değişmesi gerektiği çünkü Türk Ticaret Kanunu'ndaki emredici hükümlerin, koruma bakımından yeterli olduğu yönünde bkz. Ünan, Hekim, s.77.

[18] Can, Esaslar, s.28.

[19] Kabukçuoğlu Özer,s.153.

[20] Arseven, s.30.

5- SİGORTA GENEL ŞARTI İLE GENEL İŞLEM KOŞULU FARKI

5.1. Genel İşlem Koşulunun Tanımı

Genel işlem koşulu ile sözleşmenin asli unsurları dışında kalan yani ifanın tarzı, unsurları, ifa etmemenin sonuçları, yetkili mahkeme gibi yan noktalar, önceden düzenleyen tarafından kendi menfaatine olacak şekilde düzenlenir. Böylelikle, kanun koyucunun her iki tarafın menfaatini gözeterek getirdiği düzenleyici hükümler, tek yanlı saf dışı edilir[21]. Burada, çalışma konumuz bakımından da en can alıcı husus, genel işlem koşulunun, kanundaki "tamamlayıcı (düzenleyici)" hükümlerin yerine geçecek olmasıdır. Kanun koyucunun, her iki tarafın da menfaatlerini gözeterek dengeli biçimde yarattığı tamamlayıcı hükümler, tek yanlı olarak düzenleyen lehine bertaraf edilmektedir.

Sigorta sözleşmelerindeki genel şartları, "genel işlem koşulları"ndan ayıran 3 temel fark bulunmaktadır.

5.1. Ön Denetim Makamının (Fiilen) Düzenleyen Konumunda Olması

Sigortacılığın güvene dayalı bir sektör olması nedeniyle sigorta genel şartları, sigorta denetim hukuku hükümlerinin yani Sigortacılık Kanunu'nun ön denetiminden geçmektedir[22]. Bu Kanun'un 11/I. maddesinde, Hazine Müsteşarlığı tarafından sigorta genel şartlarının onaylanacağı düzenlenmiştir. Sözü edilen "onaylama", Hazine Müsteşarlığı'na inceleme görev ve yetkisi de yükler ve aynı Kanun'un 28. maddesi uyarınca bu görev Sigorta Denetleme Kurulu bünyesindeki uzmanlar eliyle ifa edilecektir. Ancak uygulamada, Hazine Müsteşarlığı, bu denetim yetkisini genişletmiş ve onama ile yetinmeyerek, sigorta genel şartlarını kendisi kaleme alır hale gelmiştir. Dolayısıyla, kendisinin hazırladığı ge-

[21] Havutçu, s.4,5; Atamer, Yeşim, s.13 vd..

[22] Özer,s. 22-24.

nel şartları onamaktadır ve bu metin, tüm sigorta şirketleri için ortak genel şartlar durumuna gelmiştir[23]. Halbuki, hükmün lafzı, her bir sigorta şirketinin kendisinin ayrı ayrı düzenlemesi ve Müsteşarlığ'ın onayına sunmasıdır.

5.2. Sözleşmenin Ana Muhtevasını Oluşturma Zorunluluğu

Sigortacılık Kanunu'nun 11/I. maddesi hükmünde, sigorta genel şartlarının, sözleşmenin *sadece ana muhtevası* olduğunun vurgulanmasıdır. Daha doğru bir ifadeyle, kanun koyucu, sigorta sözleşmesinin ana muhtevasının, sigorta genel şartları olmasını emretmiştir. Ancak, işin özelliğine uygun olarak da taraflar dilerlerse müzakere ederek kararlaştıracakları "özel şart"ları kullanabilecek veya sigortacıların önceden müzakere etmeden hazırlayacakları sair genel işlem koşulları da "özel şart" olarak tercih edilebilecektir. Hükümde, ana muhtevanın mutlaka, hükmün lafzına göre sigortacının hazırlayıp Müsteşarlığ'ın onayladığı sigorta genel şartları olması gerektiği ifade edilse de kanun koyucu, Müsteşarlık denetiminden geçen genel şartların, işin özelliği gerektiriyorsa[24], müzakereye açılmasına ve "özel şart"larla değiştirilebilmesine imkan vermiştir. Genel şart hükümleri, her ne kadar uygulamada Müsteşarlık tarafından hazırlandıktan sonra Resmi Gazetede yayımlansa da, her zaman, emredici yasa hükümlerine aykırı olmamak koşulu ile aksi kararlaştırılabilen kurallardır[25]. Zira, uygulamada Müsteşarlık'ça; hükmün lafzına göreyse her bir sigorta şirketi tarafından ayrı ayrı hazırlanması gereken sigorta genel şartlarının bizatihi kendisi de, sigorta sözleşmesi ile ilgili emredici kurallara aykırı olamayacaktır. Unutulmamalıdır ki, sigorta genel şartları da tıpkı genel işlem koşulları gibi, kanunun tamamlayıcı normları yerine gelmektedir.

---

[23] Genel işlem koşullarını düzenleyen kişi ile sunan kişinin aynı olması gerekmediğine, bu farklılığın sözkonusu metnin genel işlem koşulu sayılmasına mani olmayacağına ilişkin bkz. s.15 ve Havutçu, s.16.

[24] "İşin özelliği gerektiyorsa" vurgusu sayesinde, özel şartın, gereğinde sözleşmenin her iki tarafı lehine de yani sadece sigortacı menfaatine de düzenlenebileceği düşünülebilecektir (Can, Esaslar, s.31).

[25] Ünan, Şerh, s. 26.

Sigorta sözleşmesini ferdileştirme yani somut ilişkiye özgü hale getirebilme ve sigorta ettirenin veya sigortalının özelliklerini dikkate alarak genel şartların bazı hükümlerini değiştirebilme imkanı "özel şart" denilen hükümlerle mümkün olabilecektir[26]. Özetle, Müsteşarlığ'ın kendisinin hazırlayıp ve yine kendisinin onayladığı genel şartlar dokunulmaz değildir. Oysa sözleşme hukuku alanında mal veya hizmet sunan diğer kişilere baktığımızda, bu kişilerin genel işlem koşulu kullanmaktaki gayesi, zaten herkesle aynı sözleşmeyi yapmak, ilişkiyi ferdileştirmemek, müzakereye açmamak, tartışmamaktır.

5.3. Kullanımının Kanun Gücüyle Dayatılması

Sigorta genel şartlarını, genel işlem koşullarının karakteristik özelliklerinden ayıran 3. fark da, *kullanılmasının kanun gücüyle dayatılmasıdır*. Sigortacılık Kanunu'nun 11/I. maddesi hükmü, aslında sigortacının genel işlem şartları dışında sözleşme yapma yasağıdır[27]. Kanun koyucu, işin özelliğine uygun olarak gereken özel şartların kullanımına izin vermekle birlikte, Müsteşarlık tarafından onaylanan (ve aslında düzenlenmiş bulunan) genel şartlara uygun olarak sözleşmenin akdedilmesini emreder. Bu hükme aykırılık, sözleşmenin geçersizliğini doğurmayacak ve fakat sigortacı 10.000 TL idari para cezası ödemekle yükümlü olacaktır (Sigortacılık Kanunu m.34/II-f). Başka bir deyişle, sigortacı genel şart kullanmak istemezse idari para cezası ile karşılaşmaktadır.

Özel şart, tarafların kararlaştırdıkları ve üzerinde uzlaştıkları hükümlerdir, genel şartları değiştirici özelliği sebebiyle sözleşmeyi ferdileştirme özelliği bulunmaktadır[28]. Ancak, her "özel şart" başlığı altında yazılı hükmün, taraflarca müzakere edildiği ve birlikte kararlaştırıldığı düşünülmemelidir, zira özel şart altında yazılı hükümlerin bile genel işlem koşulu karakteri bulunabilir[29]. Özellikle tekne sigortasında, özel şart

[26] Özel Şart kavramı hakkında ayrıca bkz. Karayalçın, s.212, 234,235; Kender, Sempozyum, s.232; Memiş, Reasürör, 5-6.

[27] Yazıcıoğlu, s.43, dn.53.

[28] Kender, Sigorta, s.172.

[29] Aksi görüşte, Bahtiyar, s.196, Yazar, özel şartların, genel şartlardan farklı olarak standart olmadığını ifade etmiştir.

olarak İngiliz Enstitü klozları olarak anılan yabancı dildeki genel işlem koşullarının kullanılması[30] vazgeçilmez bir uygulamadır, zira sigortacı da ancak bu hükümlere tabi olarak söz konusu poliçenin reasüransını temin edebilmektedir. O nedenle, yabancı reasürans şirketi tarafından reasürans sözleşmesinin içeriği yani teminat koşulları, kaçınılmaz olarak sigorta sözleşmesindeki sigorta ettirene "özel şart" adı altında müzakere edilmeksizin sunulmaktadır. Günümüz sigortacılık uygulamasında, reasüransı temin edilmedikçe, sigorta teminatı verilmemektedir, yani sigorta şirketi önce kendisini teminat altına almakta sonra teminat vermektedir[31]. Bu sebeple de reasürans sözleşmesi ister istemez içerik olarak sigorta sözleşmesini etkilemektedir. Fakat burada, sigortacı sözleşme hükümlerini dayatıyor mu yani müzakereye açık değil mi yoksa müzakere imkanı olmakla birlikte, farklı koşullarda teminat vermek istemiyor mu, ayırım yapmak gerekir. Sigortacı, kendisinin reasürans temin ettiği koşullardan saptığı oranda, riski bizzat üstlenir ve aktüeryal hesaplamalar gereği alınan prim ile üstlenilen risk arasındaki denge, kazanç getirmiyorsa, böyle bir sigorta sözleşmesi yapmak istemez ve müzakere etmez ama bu husus onun "dayatma"da bulunduğu anlamına gelmemelidir.

Uyulması ve uygulanması zorunlu olan hukuki düzenlemelerin, her nasıl ki sözleşme içeriğine girmesi halinde, genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi mümkün değilse[32]; *kullanımı* yine kanun gücüyle emredilmiş hükümlerin (sigorta genel şartının) sözleşmeye girmesi durumunda da bunun genel işlem koşulu olarak nitelendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim. Başka bir deyişle, genel işlem koşulunda dayatmayı (müzakereye kapatmayı) o genel işlem koşulunu sunan taraf yapmaktayken; sigorta genel şartında bu dayatma kanun (devletin yasama organı) tarafından sigortacıya yapılmaktadır. Yani, fiili durumda "düzenleyen" konumundaki devletten, sunan kişiye (sigortacıya) dayatma yapılmaktadır ve hatta dayatmanın konusu, bu şartların sunulması

[30] Yazıcıoğlu, s.48.

[31] Atabek, s.78.

[32] Atamer, Denetleme, s.62.

mecburiyeti içindir. Oysa, genel işlem koşullarında kendisine bir takım hükümlerin dayatıldığı kişi, müşteri (veya tüketici) konumundaki akdin karşı tarafıdır.

6. SÖZLEŞMENİN KURULMASI BAKIMINDAN TÜRK TİCARET KANUNU VE SİGORTACILIK KANUNU HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Sigorta sözleşmesinin kurulması ile ilgili TTK'daki bazı hükümler birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlar çıkmaktadır:

m.1405: *"sigorta ettirenin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren 30 gün içinde reddedilmemişse, sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır"* Buradan çıkan sonuç, sözleşmenin kurulmuş sayılması için, genel şartların sözleşme içeriğine dahil edilmiş olması gerekmez. İcapçı rolündeki sigorta ettirenin, sözleşmenin asli unsurlarını içeren teklifnamesinin, sigortacı tarafından açık kabulü veya 30 günlük susması sonucunda sözleşme kurulmuş olacaktır.

m.1424: "s*igortacı, sözleşmenin yapılmasından itibaren 24 saat içinde sigorta ettirene poliçe vermekle yükümlüdür; poliçenin verilmediği hallerde, sözleşmenin ispatı genel hükümlere tabidir"*. Bu hükmün anlamı, sigorta poliçesinin, ispat vesikası olduğudur.

m. 1425/*I. "sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak tarzda düzenlenir"* dedikten sonra, aynı hükmün ikinci fıkrası da;

m.1425/II "poliçenin içeriği, teklifnameden ve ***kararlaştırılan hükümlerden*** sigortalının aleyhinde farklıysa geçersizdir " diyerek, genel şartların, sözleşmenin dokunulmaz hükümleri olmadığı vurgulanmıştır. Başka bir deyişle, sigorta ettirenin teklifnamesi ve birebir kararlaştırılan hükümler (emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile) genel şartlardan üstündür. İhtiyari bir sigorta sözleşmesi, her ne kadar sigorta genel şartlarını içerse de, bu hükümlerin aksinin teklif edilmesi ve kararlaş-

tırılması mümkündür, zira hükmün içeriğinde açıkça kanun koyucunun müzakere imkanının var olduğunu *"..kararlaştırılan hükümlerden"* vurgusunu yapması ile ortaya koyduğu görülmektedir. Bu nedenle, sigorta sözleşmesi *bireysel sözleşmedir*. Sigorta denetim hukukunun, genel şart adıyla yarattığı ve kullanımını emrettiği (Sigortacılık Kanunu m.11/I) hükümlerin getiriliş amacı, sigorta tekniği açısından, tehlike birlikteliği içinde bulunan kimselere aynı koşullarda teminatın verilmesini sağlamak böylelikle aktüeryal hesaplarla, riskin, aynı riske tabi kişiler arasında dağılımını temin ederek, sigortacının bizzat yük altına girmesini önlemektir.

Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan *"sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası genel şartlara uygun olarak düzenlenir, işin özelliğine göre özel şartlar tesis edilebilir"* hükmü ve 34(2-f). maddesindeki *"11. maddeye aykırı olarak genel şart düzenlemelerine aykırı davranılması halinde 10.000 TL idari para cezası uygulanır"* hükmünden çıkan sonuç, kanun koyucunun sigorta sözleşmesinin içeriğine genel şartların dahil edilmesini emredici olarak düzenlediğidir. Lakin bu emrediciliğe aykırı davranılması, Borçlar Hukuku'ndaki sonuçları yani sözleşmenin geçersizliğini doğurmayacak[33], sadece sigortacı bakımından idari para cezasının uygulanmasına sebep olacaktır. Bunun nedeni, Sigortacılık Kanunu'nun sigorta sözleşme hukukunu değil; sigorta denetim hukukunu düzenlemesidir. İçerdiği hükümlerin muhatabı, sigortacılık sektörünün aktörleridir (sigortacı, sigorta aracıları, eksper)[34].

Bu sebeple, sözleşmenin kuruluşu ve içeriği ile ilgili olarak öncelikli olarak TTK'nun emredici hükümleri uygulanacaktır[35]. Sigorta genel şartları deyince akla ilk gelen Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesi olsa da, bu hükmün sözleşme hukukunu ilgilendiren sair fıkralarının, Türk Ticaret Kanunu karşısında zımnen mülga olduğu görüşünü taşımakla birlikte, şayet bu durum göz ardı edilse dahi, sigorta genel şartlarının

[33] Özel hukuk ilişkisinin etkilenmeyeceğini ifade eden aynı yönde görüş için bkz. Ünan, Şerh, s.79.

[34] Bozer, s.8; Yazıcıoğlu, s.42; Özer, s.24; Taşbşı, s.66.

[35] Ünan, Şerh, s.114.

sigorta sözleşmesinin ana muhtevası olduğunu söyleyen 11/I. madde hükmünün kendisi bile genel şartların müzakereye açık olduğunu ve işin özelliğine uygun olarak özel şartlar getirilip değiştirilebileceğini düzenlemiştir. Başka bir deyişle, Müsteşarlık tarafından onaylanan (ve aslında fiilen hazırlanan) genel şartların sözleşmenin *zorunlu* içeriği olduğu değil; sözleşmenin *ana muhtevası* olduğu düzenlenmiştir.

Kanaatim o yönde olmamakla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun 11/I. maddesininde özel şart getirilebilmesi konusundaki açık vizeye rağmen, sigorta genel şart hükümlerinin fiilen sektör gereği müzakereye açık olmadığı veya açık olsa bile sigorta ettirenin tüketici ve akdin zayıf tarafı olması düşüncesiyle *"içeriğine etki edemeyecek olduğu"* düşünülse dahi, unutulmamalıdır ki, tek yanlı irade ile sözleşme içeriğine dahil edilen genel işlem koşulunun bağlayıcılık kazanması için, karşı tarafın kabulü gerekir[36]. Şu halde, bir sözleşme metnine dahil edilmesi kanun gücüyle istenmiş bir metin, yine yasa gereği karşı tarafın kabulü aranmaksızın bağlayıcılık kazanıyorsa, buna genel işlem koşulu denilemez[37]. Kanun koyucunun, sigorta genel şartlarının, sözleşmenin *ana* muhtevası olması hususundaki emrediciliğini sadece sigortacının iradesinin üzerinde düşünmek gerekir. Zira, denetim hukukuna ilişkin bir kanun olan Sigortacılık Kanunu'nun, sigortacılık sektörüne ait olmayan bir kişi konumundaki sigorta ettirenin iradesi üzerinde söz sahibi olması düşünülemez.

Genel işlem koşulu içeren bir sözleşmenin, bireysel sözleşmelerden ayırıcı özelliği, sözleşmenin içeriğinin düzenlenmesi serbestisinin tek yanlı olarak kullanılmasıdır yani müteşebbis tarafından veya başkası tarafından hazırlanmış bir metnin pazarlık konusu yapılmadan, tek taraflı irade ile sözleşmeye dahil edilmesi ve bu koşullarla karşı tarafa sözleşme metninin sunulmasıdır. Başka bir deyişle, müteşebbis tarafından her defasında yani her bir farklı kişiyle yaptığı sözleşmede, genel işlem koşulla-

[36] Havutçu, s.102.

[37] Havutçu, s.79.

rını dayatarak, bireysel sözleşme yapma imkanını saf dışı bırakmasıdır[38]. Müşterinin, sözleşmenin veya ilgili hükmün içeriğini bilmesi; kendisi için anlam ve önemini kavraması ve böylelikle, *içeriğine etki edebilecek durumda olması* halinde[39], yani müzakerenin *imkan dahilinde* olması halinde, karşılıklı müzakere edilmiş sayılacağı ve bu nedenle de genel işlem şartı olarak değerlendirilemeyeceği, kabul edilmektedir[40].

Düşünceme göre, sigorta sözleşmesinin kuruluşu, müzakereye açıktır ve sigorta ettirenin de sözleşmenin içeriğine etki edebilmesi bakımından Türk Ticaret Kanunu gereken alt yapıyı hazırlamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesi hükmünde düzenlenen sigortacının aydınlatma yükümlülüğü de bunun bir göstergesidir. Hükmün 1. fıkrası uyarınca, sözleşme kurulmadan önce sigotacı ve gerekse acentesi, gerekli inceleme süresi de tanınarak, kurulacak sözleşmeye ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını ve özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri ve yükümlülüklerini, sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Müsteşarlık tarafından matbu hazırlanan ve Bilgilendirme Formu olarak anılan bir belge üzerine hükümde anılan hususlar yazılır ve imza karşılığında sözleşme kurulmadan önce teslim edilir[41]. Şüphesiz bunun imzalatılması müzakere edildiği anlamına gelmez[42] ama hükmün lafzında geçen, sigorta ettirene *"gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla"* ifadesi bile müzakere imkanının olduğuna, olması gerektiğine emaredir[43].

---

38 Havutçu, s.79; Atamer, Denetleme, s. 61 vd.

39 Havutçu, s.88.

40 Atamer, Sempozyum, s.134.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdamar, s. 240 vd.; Yazıcıoğlu, Sempozyum, s.202 vd.

42 Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, formun imzalatılıp verilmesi ile yetinilmemeli, bunun yanısıra sözlü açıklamaların da yapılması gerekmektedir (ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özdamar, s.240 vd); tek tek hükümlerin açıklanmış olması ve karşı tarafın bunu kabulü, bireysel anlaşmanın varlığı için yeterli değildir, genel işlem koşulu mahiyetinde olabilmenin kriterlerinden biri olan "müzakere"nin varlığını kabul edebilmek için, karşı tarafa sadece açıklamada bulunmakla yetinilmemeli, aynı zamanda onun, somut alternatif getirebilme imkanına da sahip olması gerekmektedir (Atamer, Sempozyum, s. 128).

43 Bu yönde düşünceye sahip olan Can, pazarlık gücüne göre sigorta genel şartlarını değiştiren veya ona ek teşkil eden özel şart kararlaştırılabileceğini bu nedenle sigorta sözleşmesinin iltihaki akit sayılamayacağını ifade ederek, sigortacının karşısında sigorta ettirenin müzakere ve sözleşmenin içeriğine nüfuz edebilme gücüne sahip olduğunu da zımnen kabul etmiştir (Can, Sigorta Hukuku, s.279).

Sigortacının kamu hukuku tüzel kişisi olması durumunda (örneğin doğal afet sigortası kurumu veya tasarruf sigorta fonu), kullanılan (ve aslında yine müsteşarlığın hazırladığı) sigorta genel şartlarının sözleşme hukuku anlamıyla genel işlem koşulu olarak kabul edilmemesi gereği yönünde öğretide görüş bulunmaktadır ki bu görüşün esin kaynağı Alman hukukudur[44]. Ancak kamu hizmeti gören bir kurum taarfından yasanın gücüyle kendisine verilen bir hukuki tekel veya imtiyaza dayanarak akdedilen ve bu özelliği ile "iltihaki" olarak nitelendirilen bu sözleşme içeriğinde, "kamusal tasarruf" alanı dışında yani özel hukuk ilişkisine ait hükümlerin genel işlem şartları karakterini göstereceği de öğretide dile getirilmiştir[45].

Kanaatim odur ki, kanunkoyucu sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü tacir-tüketici ayırımı yapmaksızın her sigorta ettirene karşı düzenlemekle adeta sigorta ettirenlerin sigorta genel şartlarını müzakere edebilmelerine ortam yaratmış ve teşvik etmiştir. Aydınlatma yükümlülüğü de gereği gibi sigortacı tarafından yerine getirilmiş ve sözleşmenin kurulmasından önce gereken inceleme süresi sigorta ettirene tanınmışsa, hala sigorta ettiren, müzakere imkanının olmadığını dile getiremeyecektir.

Müsteşarlığın, Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesini hatalı uygulaması neticesinde, şu an her sigortacının aynı genel şartları kullandığı bir gerçektir ve fakat sigorta sektörünün, müzakere imkanının bulunmadığı, bu haliyle de aksak bir piyasa olduğu görüşünü taşımamaktayım. Sigorta genel şartlarının, somut riskin ve alınması beklenen teminatın özelliğine göre ferdileştirilmesine kanun koyucu imkan yaratmıştır. Bu imkanın kullanılmaması, sigorta ettirenin bilinçli olmayan tutumundan kaynaklanmaktadır.

[44] Memiş, s.126.

[45] Havutçu, s.80.

7. HAZİNE MÜSTEŞARLIĞININ DENETİMİ VE YARGISAL DENETİM

Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin, Hazine Müsteşarlığı'na sigorta genel şartları bakımından verdiği denetim yetkisi, lafzen onama ile sınırlı olmasına rağmen, sigorta şirketleri ayrı ayrı sigorta genel şartı düzenlemedikleri için, Hazine Müsteşarlığı'nın kendisi, düzenleyen ve onayan konumuna gelmiştir. Gerek "onama" ve buna ek olarak Müsteşarlığ'ın kendisinin yarattığı "düzenleme" şeklindeki uygulaması ile aslında Sigortacılık Kanunu'nun öngörmediği[46] ve arzu etmediği aşkın bir idari denetim yaşanmaktadır.

İdari denetim, yargısal denetimin önünde bir engel değildir[47]. Zira her iki denetimin mahiyeti farklıdır. İdare tarafından düzenlenen bir metnin zaten her halükarda hukuka uygun olduğunu kabul etmek özellikle sigorta alanında mümkün değildir. Hatasız genel şart hazırlayabilmek için gerekli hukuki birikim ve yeterli sayıda uzman, devletin elinde bulunmamaktadır[48].

Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Müsteşarlık tarafından hazırlanan Kredi (Ticari Alacak) Sigortası Genel Şartları'nda, "*C.10 –Özel Şartlar"* kenar başlığı altındaki hükümde, *"Sigorta sözleşmesine bu genel şartlara aykırı düşmemek ve sigortalının aleyhine olmamak kaydıyla özel şartlar konulabilir."* yazılıdır. Bu hüküm, sigorta genel şartı hükümlerinin Müsteşarlık tarafından hazırlanmış olmasının, hatasız kaleme alındığı anlamına gelmeyeceği fikrine güzel bir örnektir. Bu hüküm ile sigorta genel şartları emredici hükümler seviyesine çıkarılmış ve sözleşmede buna aykırı hüküm bulunamayacağı ifade edilmiştir. Oysa ki, genel şartlar da sözleşme hükmüdür ve bu niteliği ile

[46] Aksi görüşte, Bahtiyar s.157. Yazar, Hazine Müsteşarlığı'nın sigorta genel şartlarını düzenlemekle de yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Oysa, ne Sigortacılık Kanunu'nda ne de Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da (4059 sayılı) böyle bir görevlendirme bulunmaktadır.

[47] Havutçu, s.49.

[48] Ünan, Şerh, s. 13.

kanunun emedici hükümlerine aykırı olamaz, Müsteşarlığ'ın onayından geçmesi, bu gerçeği değiştirmeyacektir[49]. Kaldı ki emredici hüküm ihdas etmek sadece yasama organının yetkisindedir, Müsteşarlığ'ın bir kamu makamı da olsa böyle bir yetkisi bulunamaz. Özel şart, emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile genel şarttan önce gelir[50]. Aksi düşünce, yine Müsteşarlığ'ın sözleşme özgürlüğüne haksız müdahalesi olarak değerlendirilmelidir[51].

Bu şekilde hatalı kaleme alınmış bir sigorta genel şartını içeren sigorta sözleşmesi uyuşmazlık konusu olduğunda, denetimin nasıl yapılacağını düşünmek gerekir. Sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlendiğini düşünürsek, ilgili hükmün de idari işlem olması sebebiyle, Danıştay tarafından iptali gerekecektir. Böyle bir iptal sağlanmamış iken, adli yargıda Hakimin, emredici hükümlere aykırı sigorta genel şartı ile karşılaşması durumunda, re'sen yargısal denetimde bulunup bulunamayacağını değerlendirmek gerekir. Öğretide bu soruya verilen birinci cevap, Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanmış bir sigorta genel şartı olsa bile, şayet emredici hükümlere aykırılık söz konusu ise hakim, re'sen inceleyip geçersizliğine (yalnız o uyuşmazlık için) karar verebilmelidir[52]. Bir idari işlem niteliğine bürünmüş sigorta genel şartının, sözleşme içeriğine dahil olunması ile artık sözleşme hükmü haline geleceğini ve yargısal denetimin adli yargıda yapılabileceğini söylemek kanımca pek çabuk söylenebilecek bir fikir dğildir. Sözleşmenin içeriğine girmiş olması, o hükümlerin idari işlem niteliğini değiştirmeyecektir[53]. Bununla birlikte, öğretide[54], genel şartların idare tarafından

[49] Ünan, s.73; Yazıcıoğlu, s.51.

[50] Kender, Seminer, s.77; Yazıcıoğlu, s.52.

[51] Ünan, Şerh, s. 114.

[52] Karayalçın, All Risks, s.206; Bozer, s.34,54; Kender, Sigorta, s.171; Bahtiyar, s. 158; Can, Esaslar, s.29; Bu görüşü destekleyen yargı kararları için bkz. Ulaş s.46 vd.

[53] Aksi, görüşte Bahtiyar, s. 199,154, Yazar, sadece özel şartların değil, genel şartların da sözleşmesel nitelikte olduğunu ifade etmiştir.Yazarın aslında burada kanımızca anlatmak istediği, sigorta genel şartlarının yasa normu olmadığı, birer sözleşme hükmü kuvvetinde olduğudur ancak her ne kadar sözleşmenin bir parçası haline gelseler de, sigorta genel şartının idari işlem niteliğini tamamen kaybettiğini söylemek kanımızca mümkün değildir.

[54] Kender, Seminer, s.77; Memiş, s.128; Memiş, Reasürör, s.8.

hazırlanmış ve onaylanmış olduğu gözönüne alınmaksızın, her somut uyuşmazlıkta hakim tarafından sigorta genel şartlarının hukuka uygunluğu denetlenmelidir, emredici hükümlere aykırılığın tetkiki ve tespiti Mahkemeye aittir, görüşü yer almaktadır.

Kanımca, tekne sigortasında olduğu gibi, genel işlem koşulu niteliğinde özel şart (Enstitü klozları) kullanılması halinde, yürürlük ve içerik denetimi mümkün olabilecek; bunun dşında sigorta genel şartları üzerinde, genel işlem koşulu niteliğinde olmadığı için, Türk Borçlar Kanunu m.20-25 hükümleri çerçevesinde denetim yapılamayacaktır.

8. SONUÇ

Sigortacılık Kanunu m.11/I hükmü, sigorta genel şartlarının ana omurgasının, sigorta genel şartları olmasını istemiş, özel şartlarla da sözleşmenin ferdileşmesine imkan tanımıştır. Genel işlem koşullarının, bunu sunan kişi için taşıdığı dokunulmazlık özelliği yani müzakereye tamamen kapalı olması, sigorta genel şartları bakımından geçerli değildir. Kanunen müzakereye imkan tanınmıştır. Dayatma olgusu ise sigortacıdan sigorta ettirene değil; kanun koyucudan sigortacıya yöneliktir. Sigortacı kendi isteği ile değil, kanun koyucunun emri ile genel şart kullanmaktadır. Burada, sigorta genel şartlarının kullanılması bakımından yapılan dayatma devletten gelmektedir, amacı da zayıf konumdaki sigorta ettireni korumaktır. Oysa genel işlem koşulunda, bunu sunan kişi, kendi menfaatini korumak için bu metni kullanmaktadır. Sigorta sözleşmesi, içeriğinde sigorta genel şartları olsa da bireysel sözleşmedir. Sigorta genel şartı, genel işlem koşulu niteliğinde değildir, Türk Borçlar Kanunu m.20-25 hükümlerinin uygulama alanına girmemektedir.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, Sigorta Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları Bakımından Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Hükümlerinin Karşılaştırılması, Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt 3, Ankara 2009, s.1-45

ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, İstanbul 1987

ATABEK, Reşat, Reasürans Hukuku, Ankara 1974

ATAMER, Kerim, Sigorta Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında Uygulanacak Hükümler, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul

ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001 (Atamer, Denetleme)

ATAMER, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No:467 (Atamer, Yeşim)

ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013 (Atamer, Sempozyum)

BAHTİYAR, Mehmet, Sigorta Poliçesi Genel Koşulları, Makalelerim I, İstanbul 2008

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981

CAN, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2009 (Can, Sigorta Hukuku)

CAN, Mertol, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No:431

CAN, Mertol, Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı? Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2012 (Can, Esaslar)

ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011

HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel işlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003

KABUKÇUOĞLU ÖZER, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012

KARAYALÇIN, Yaşar, Taşıma Sigortalarında All Risks Klozu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, İstanbul 1984

KENDER, Rayegân, Taşıma Sigortalarında All Risks Klozu Tebliği Tartışmalar Bölümü, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, İstanbul 1984

KENDER, Rayegân, Sigortacılık Seminerleri Konu: Sigorta Hukuku, İstanbul 1975 (Kender, Sigortacılık)

KENDER, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011 (Kender, Sigorta)

KENDER, Rayegân, Türk Hukukunda Devletin Sigorta Şirketlerinin Murakabesi, İstanbul 1968 (Kender, Murakabe)

MEMİŞ, Tekin, Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartlarının Yargısal Denetimi, Reasürör, Nisan 2005, s.4-17

MEMİŞ, Tekin, Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul

ÖZDAMAR, Mehmet, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009

ÖZER, Dilek, Devlet Denetiminin Hukuki Yapısı, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul

TAŞBAŞI, İbrahim, Sigorta Şirketleri Üzerinde Devlet Denetimi, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul

ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998

ÜNAN, Samim, 2011 Tarihli (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz Sigortalarına İlişkin Düzenlemeleri, Çağ Üniversitesi Deniz Hukuku Sempozyumu 24-25 Mart 2011, Adana 2012 (Ünan, Sempozyum)

ÜNAN, Samim, 2013 Tarihli Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Sigortaya Etkileri, Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda ve Sigorta Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumları, 19-20 Haziran 2014 (Ünan, Güncel Gelişmeler)

ÜNAN, Samim, Kredi (Ticari Alacak) Sigortası Genel Şartlar Şerhi, İstanbul 2013 (Ünan, Şerh)

ÜNAN, Samim, Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi, İstanbul 2012 (Ünan, Hekim)

ÜNAN, Samim, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998

YAZICIOĞLU, Emine, Sigortacının Bilgilendirme Yükümlülüğü, Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda ve Sigorta Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumları, 19-20 Haziran 2014 (Yazıcıoğlu, Sempozyum)

YAZICIOĞLU, Emine, Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 2003

Prof. Dr. Şeref Ertaş: Evet sayın Yeşilovaya ilgi çekici tebliği için teşekkür ediyoruz. Bir sözleşme özgürlüğü nasıl katledilir bunun guzel bi örnegini veerdi. Hepimiz sigorta sözleşmesi yapıyoruz ama bu vakte kadar müzakere ederek şartlarında herhangi bir değişiklik yapabilme şansımız oldu mu bilemiyorum. Yani sigorta sözleşmeleri tabldot yemek gibidir ya yersiniz ya da aç kalırsınız. Evet şimdi Çağlar hocamız bu tarafta evet tebliğlerini sunacaklar. Genel işlem şartlarının yorumu konusunda buyrun..

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMU

Prof. Dr. Çağlar Özel: Hocam çok teşekkür ediyorum. Sayın başkan, sayın katılımcılar, değerli dipnotlar, sayın hocalarım... Bu güzel tatil gününde burda olan değerli katılımcılar, hepinize teşekkür ediyorum. Aynı zamanda dün yapacaktım ben bu konuşmamı malesef bir toplantı yüzünden gelemedim. Bu güne kaldım. Onun için de özür diliyorum, anlayış gösterdiği için de Ayşe hocama çok çok teşekkür ediyorum. Şimdi benim konum genel işlem koşullarının yorumlanması, yorumu meselesi. Genel işlem kosullarının yorumu, aslında yorum meselesi deyince, tabi yorumun nasıl yapılacağı hususu önemli bi husus. Bu konuda Kocayusufpaşaoğlu'nun kitabından aldığım bir yazıyı oraya koydum ki birazcık kendimi de fazla aşmıyım diye sınırlarımı da biliyim diye düşündüm. Gerçekten önemli bir alan bu alan. Bu konu öyle kolay kolay yapılacak bişey değil yorum meselesi. Yorum yapabilmek için çok fırın ekmek yemek gerektiğini Kocayusufpaşaoğlu söylüyor. Şimdi bu sunumda nelerden bahsedeceğim. Tabi ki genel işlem koşulları ve onun yorumu. Genel işlem koşulları çokça anlatıldı dünden beri anladığım kadarıyla. Biraz önce de yine genel işlem koşullarının nasıl olacağı hususunda açıklamalar yapıldı. O yüzden çok da fazla vaktimiz yok onları da burda tutmak istemiyorum ama burda önemli olan husus bir bireysel sözleşme modelinden genel işlem şartları modeline geçişin olduğu artık bugün için inkar edilmez bir biçimde bu gerçeklikle karşı karşıya kaldığımız. Ama acaba bunu kabul edip hiçbişey yapmamak mı gerekir? Hayır muhakkak bunun alt koşullarının da neler olduğunu görmemiz gerekiyor. Bu genel işlem koşullarıyla ilgili olarak ben.. Gik kavramı kullanılıyor, genel işlem şartlarıyla giş kavramı mı kullanılıyor acaba dedim. Bu bireysel sözleşme modeli için de BSM kullanılabilir mi? Şimdi BSM kullanılınca GİKe karşı bir BSM, belki dengeli olabilir. Onları kullanalım diye. Genel işlem şartları Türk Borçlar Kanununda düzenlendi. Artık bir genel işlem koşullarına yönelik bir düzenlememiz var. Eskiden bu olmadığı dönemlerde, dürüstlük kuralından başlayarak sağdan soldan biyerlerden bu genel işlem koşullarına karşı nasıl koruyabiliriz, bireysel sözleşme modelinin bi tarafa bırakılmasını nasıl ortadan kaldırabiliriz diye düşünüyorduk. Şükür artık bir genel işlem koşullarımız var. Genel işlem ko-

şullarının bir de tanımı var aynı zamanda bunun da üzerinde çok fazla durmayacağım. Genel işlem koşullarının unsurları üzerinde de yine biraz önce konuşuldu, dünden beri de bunlar konuşuluyor. Zaten genel kavramlar onların üzerinde de çok fazla durmayacağım. Ama burda bir şeye belki vurgu yapmak gerekiyor. Genel işlem koşullarının getiri.. Daha doğrusu genel işlem koşullarının düzenlenmesindeki genel işlem koşullarında karşı tarafın korunmasına yönelik getirilen düzenlemelerin temelinde yatan unsur aslında sözleşme özgürlüğünün sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün kullanılamaması dolayısıyla bu kullanamayan tarafı korumak ve o özgürlüğün gerçekleşmesini sağlamak. Bence en teorik ve felsefik temelleri bunu getiriyor. Genel işlem koşullarının yorumu meselesi genel işlem koşullarının denetimi meselesi ile de çok yakından ilgili. O çerçevede baktığımızda yürürlük denetimi yorum denetimi ve içerik denetimi aşamalarının üç aşama olarak gerçekleştiğini görüyoruz. bu yürürlük denetimi yapılmasıyla genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi,yorum denetimiyle kaleme alan aleyhine yorum ilkesinin getirildiğini,içerik denetiminde de sözleşme koşullarının hakim tarafından denetlenmesi ve yeni geldiğinde hükümsüz sayılması meslelerinin düzenlendiğini görüyoruz.bunlar birbirleriyle bağlantılı hususlar.burda önemli olan husus ve benim de konum o çerçevede yorum denetiminin nasıl olacağı.burda belirtilen kaleme alan aleyhine yorum ilkesinin yasada borçlar kanununun 23.maddesinde getirilmiş olması.bu genel işlem koşullarının yorumuyla ilgili olarak getirilen düzenlemelere baktığımızda isviçre hukukuna bakıyoruz.isviçre hukukunda aynı şekilde genel işlem koşullarının bu yasa benzeri sözcüklerle donatılmış olması ve doğrudan doğruya dayatılması meselesi dolayısıyla bu genel işlem koşullarının farklı bir biçimde yorumlanması gerektiği ve bu yorumun da düzenleyen lehine ee düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine olması gerektiği kabul ediliyor. Yalnız İsviçre hukukunda bizim hukukumuzun aksine bu konuyu düzenleyen doğrudan düzenleyen bir düzenleme yok.sevilay hoca bunların hepsini anlattı aslında.onların tutamak noktaları isviçrede yürürlüğü olan ama çok yakın zamanda değiştirilmiş olan haksız rekabetle ilgili düzenlemeye getirilen 8.madde.bu sekizinci madde bizim ticaret kanunumuza da alındı ama 1 temmuzdan itibaren bu çerçevede yeni bir düzenleme geti-

rildi.bu çok eleştiriliyordu genel işlem koşullarıyla ilgili olarak getirilen bu düzenlemenin çok yeterli olmadığı ama tutamak noktası olarak ele alınıyordu. Biraz daha değişiklik getirildi. Bunlar biraz önce Sevilay hoca tarafından anlatıldı.onlara da fazla girmeyeceğim. İsviçre'de bunun nasıl yorumlandığı hususuna baktığımızda genel işlem koşullarının yine sübjektif yorum çerçevesinde değerlendirildiğini alman hukukunda getirilen objektif yorum anlayışının burda kabul edilmediğini görüyoruz. Genel olarak daha doğrusu kabul edilen düşünce bu. Subjektif yorum çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul ediliyor. Alman hukukunda biraz önce de söyledim genel işlem koşullarının bir sözleşmeye değil kural olarak benzer nitelikte pek çok sözleşmeye uygulanması amacıyla çıkarıldıkları ileri sürülüyor.ve bu çerçevede genelleyici soyut ve yasa benzeri bir yorum yönteminin kabul edilmesi gerektiği genel olarak ileri sürülen düşünceler. Şimdi bunların hepsi tabi ki hukuki işlemlerin yorumu meselesiyle bağlantılı. Bu çerçevede yorum kavramıyla doğrudan doğruya karşılaşıyoruz. Yorumu hukuki işlemleri bir sanat eseri olan bir konçertoyu bir romanı veya bir şiiri bir tarihi olayı hatta bir kelimeyi anlamlandıran anlam vermeye yaşam vermeye yönelik zihni ve edebi faaliyetlerin tümü gibi zihinsel ve yaratıcı bir işlemdir diyerek biraz daha böyle edebi bir şekilde yorumlamak mümkün. Tabi yorum kavramının içerisine girdiğimiz zaman onun yorum bilimiyle ilgili olarak açıklamalara felsefi açıklamalara girdiğimiz zaman bunların içersinden şu an için en azından çıkamayız ama bu yorumun mantığında bir edebi bir yaklaşım olduğu sanatsal bir yaklaşım olduğu da en azından ortaya çıkıyor. İrade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin olarak değerlendirdiğimizde irade beyanlarına verilecek anlamın belirlenmesi taa öteden beri bitakım kıstaslara göre yapılıyor. Beyan sahibinin verdiği anlamı ön plana çıkaran bir yorum yoluyla bunu değerlendirmek mümkün. Veyahutta üçüncü kişilerin beyana verdiği anlam ön plana çıkarılabiliyor. Ya da beyan muhatabının vereceği anlam değerlendirilmesi gerekiyor. Burda da beyan muhatabının fiilen o beyana verdiği anlam anlam verme ilkesi olarak adlandırılıyor. Kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük kuralları gereğince değerlendirerek nasıl anlamlandırılması gerektiğine göre verilen anlam da güven ilkesi olarak adlandırılıyor. İşte bu güven ilkesi aslında bir bakıma genel işlem koşullarının yorumunda

da temel alınacak ana eksen olarak karşımıza çıkıyor. Bugün kabul edilen Türk İsviçre hukukunda irade beyanlarının yorumlanmasına yönelik olarak getirilen açıklamalar güven ilkesi çerçevesinde yapıldığı kabul ediliyor. Bizim de genel olarak kabul ettiğimiz düşünce bu. Yorum yoluyla tabi ki tarafların gerçek iradeleri ortaya çıkarılmaya çalışılıyor ama aynı zamanda tarafların çatışan çıkarlarının arasında da adil bir denge oluşturulması gerekiyor. İşte özellikle genel işlem koşullarıyla genel işlem koşullarının söz konusu olduğu bir sözleşme ilişkisinde yorum meselesi bu çerçevede önem taşıyor. Tarafların karşılıklı olarak sözleşme dengesini sağlamaya yönelik eksiklikleri işte bu yorum aracılığıyla gidermek sözkonusu olabilecek demektir. Yorumla ilgili olarak yine baktığımızda borçlar kanununun 19.maddesinde buna yönelik olarak bir düzenleme getirildiğini görüyoruz. Temel düzenleme bu. Doğrudan doğruya borçlar kanununda getirilen iradelerin nasıl anlaşılması gerektiği ve iradenin dış dünyaya yansıtıldığında bunun ne anlama geldiğini belirleyen temel ilke. Yalnız bu borçlar kanununun 19.maddesiyle getirilen düzenleme sözleşme formülasyonundan bağımsız olarak tarafların birbirine uygun gerçek iradelerinin ne olduğunu ortaya çıkartma görevinin doğrudan doğruya hakime verildiğini görüyoruz. Bu tabi ki öncelikle bir sözleşmenin olması gerektiğini ortaya çıkarıyor. Öncelikle bir sözleşme kurulmuş olucak ve bu kurulmuş olan sözleşmenin yorum yoluyla anlamlandırılması gerekecek. Bu aynı kural yine genel işlem koşulları için de geçerli. Biraz önce söylediğimiz sıralama çerçevesinde bu sözleşmenin genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası haline gelmiş olması gerekicek ki ondan sonra bunun yorumlanması söz konusu olabilsin. Buna bağlı olarak baktığımızda bir sözleşme dolayısıyla uyuşmazlık nasıl çıkar. Bunlardan iki tanesine bakıyoruz. Sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı meselesi tabi ki önemli. Ve kurulduğu ve kurulduğu hususunda anlaşma olan sözleşmenin içeriğinin ne olduğu ve nasıl anlaşılacağı konusunda da taraflar arasında bir uyuşmazlığın çıkması hususu. Işte bu aşamada yorum uyuşmazlığıyla karşı karşıya kalıyoruz. Bu yorum uyuşmazlığıyla karşı karşıya kaldığımızda bunların nasıl yorumlanması gerektiğine yönelik olarak ileri sürülen birtakım araçlar var. Bu araçlara pek çok araçlardan bahsedebiliriz. Ama biz sadece bunların belli başlılarından söz etmek istiyorum. En önemli araç tarafların kullandıkları söz-

cükler. Bu sözcüklerin sözlük anlamı dil bilgisi kuralları çerçevesinde ne anlama geldiğinin değerlendirilmesi. En temel elimizin altında olucak şey bu sözcükler. Bir diğeri açık sözleşme hükmünün yorumlanmamasına yönelik olarak getirilen anlayış aslında bu anlayış hem Türk hukukunda hem İsviçre hukukunda çok fazla kabul edilen bir şey değil. Bu özellikle genel işlem koşulları çerçevesinde önemli. Genel işlem koşullarının yorumlanması açısından da bir düzenlemenin açık olduğu ve bu açık olması dolayısıyla herhangi bir yoruma ihtiyacı olmadığı anlayışının kabul edilmemesi gerekiyor. Çünkü bazı kavramların açık olarak görülmesine karşılık bunların zaman içerisinde farklı durumlarla karşılaşıldığında açık olmadığı bazıları için de çok farklı anlamlara gelebileceği yine somut olaylar açısından da görülebiliyor. Bir diğer husus bir sözleşme hükmü sözleşmenin bütünüyle bağlantısı dikkate alınarak yorumlanması gerektiği hususu bu da yine bütünsel yorumlamanın önemini bence ifade ediyor. Genel işlem koşullarıyla bağlantısını kurarsak da bunların genel işlem koşullarının bütününün içinde bulunan tek bir şarttan bağımsız olarak değerlendirilmemesi bunun bütünsel olarak diğer koşullarla ve hatta bireysel sözleşme varsa bu bireysel sözleşmenin hükümlerinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekecek. Bir diğer husus ise tamamlayıcı yorum araçları olarak belirtilen hususlar bunlar hal ve şartlar, sözleşme dışı olgular olarak genellikle karşımıza çıkıyor. Bunlar sözleşmenin kurulmasına eşlik eden olgular, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşen olgular, sözleşmeden sonra gerçekleşen tarafların sözleşme sırasındaki gerçek amaçlarını aydınlatmaya elverişli davranışları gibi pek çok hal ve şartların yorum aracı olarak dikkate alınması gerektiği kabul ediliyor. Yine bunların da genel işlem koşullarıyla bağlantısını değerlendirirsek bu genel işlem olarak genel işlem koşullarının sözleşmeye eklenmesi sözleşmenin diğer bireysel sözleşmelerle bağlantısı bunların hepsi yorum aracı olarak dikkate alınacak. Bir diğer husus yorumun temel amacının tarafların sözleşmeyle takip ettikleri ortak amacı yani rasyo contractus u hedeflemesi ve onu bulmaya çıkartması olarak değerlendiriliyor. Ortak amacın tespiti ancak sözleşmenin gerçek anlamının ortaya çıkarılmasıyla bu sonuca ulaşılmasını sağlayacağı kabul ediliyor. Yine çok fazla vaktinizi almadan bazı yorum ilkelerinden de kısaca bahsetmek istiyorum. Işte sözleşmenin kurulduğu andaki duru-

ma göre yorumlanması gerektiği,sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanması gerektiği,sözleşmenin kanuna uygun olarak yorumlanması gerektiği bu da yine alt başlıklar altında değerlendirilebilir. Sözleşmeyi veya hükmü ayakta tutacak ona makul bir anlam verecek yorumun terih edilmesi gerektiği,yine sözleşmelerde yer alan bir haktan vazgeçilmesine ilişkin beyanların dar yorumlanması gerektiği,şüphe ve tereddüt halinde borçlu yararına olan yorumun tercih edilmesi gerektiği,anlamı açık olmayan hükümler tereddüt halinde onu kaleme alan aleyhine yorumlanması gerektiği.bu sayılan yorum ilkeleri bğtğn genel işlem koşullarında yer alan hükümler açısından da aynı şekilde geçerli. Işte bu son biraz önce söylediğimiz anlamı açık olmayan hükümlerin tereddüt halinde onu kaleme alan aleyhine yorumlanması ilkesi çok eskiden beri kabul edilen işte "indubio pro contra" diye Roma hukukundan beri gelen ve alman hukukunda da işviçre hukukunda da türk hukukunda da kabul edilen genel bir yorum ilkesi olarak karşımıza çıkıyor. Bunu düzenleyen borçlar kanunu 23.mddesi ve tüketicinin korunması hakkında kanunun 4.maddesinin 4. Fıkrası. Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Şimdi bu ve tüketicinin korunması hakkında kanunda getirilen bu düzenleme. Bu yorum ilkelerinden niye sadece bir tanesi bu şekilde buraya alınmış. Bu tabi ki diğer yorum ilkelerinin uygulanması neticesinde en son birden fazla eğer yorum yapılacak durumla karşı karşıya kalındığında bunlardan hangisinin tercih edilmesi gerektiğini gösteren temel bir ilke ve bu borçlar kanunumuzun 23.maddesine alınmış. Burda değişik şekillerde tespit edilmiş yorumlardan hangisinin uygulanacağı kabul edilmek hususu belirlenmek için tercih edilmesi gereken şeyin ne olduğu yasakoyucu tarafından burda belirlenmiş. Tabi bu yorum meselesi yorum ameliyesi nedeniyle ve bunun neticesinde gerçekleşen yorum sonucunda böyle bir ikilem yoksa bunlardan birisinin daha öncelikli olarak uygulanaması gerekiyorsa tabi ki doğal olarak bu 23.maddede belirtilen hususa ihtiyaç kalamyacak. O şekilde bir yoruma yorum sonucuna ulaşılmayacak demek ki. Bu ilke belirsizlik ilkesi olarak adlandırılıyor uygulamada ve teoride. Buna yönelik olarak getirilmiş birtakım mahkeme kararları da var bu çerçevede değerlendiriliyor. Şimdi bu belirsizlik ilkesi eğer bir-

den farklı olarak yorum sonucuna ulaşılabiliyorsa böyle bir durumda yapılacak bir içerik denetiminin bu birden farklı yorum sonucunun hangisinin içerik denetimini aşıp aşamayacağı meselesi ile karşı karşıya kalabiliriz. Eğer bu birden farklı yorum sonucunun her ikisi de yapılacak bir içerik denetimini aşamayacak durumdaysa böyle bir durumda artık yorumla uğraşmaya gerek yok doğrudan içerik denetimine geçilmesi gerektiği kabul ediliyor. Örneğin yorum neticesinde bir koşulun cezai koşul mu cezai şart mı yoksa götürü bir tazminat mı olduğu hususunda birleşmişse ve bunların her ikisi de aslında yapılacak bir içerik denetimi neticesinde iptal edilecekse hükümsüz sayılacaksa böyle bir durumda artık bunun yorumlanmasına ihtiyaç yoktur demektir. Yine yorum sonuçlarından biri içerik denetimini aşabilecek biri de aşamayacak durumdaysa böyle bir durumda da alternatiflerden hangisinin sonucunda müşterinin daha iyi bir durumda olduğuna bakılarak karar verilmesi gerekecek. Buna verilecek örnek de şöyle:diyelim satım sözleşmelerinde garanti kayıtları da koyulmuş garanti kayıtları altında böyle bir durum acaba yaıp halinde var olan yasal hakları ortadan kaldırır mı? Yoksa bunları yorum neticesinde bir ek imkanlar tanıyan hükümler olarak mı değerlendirmemiz gerekir? İşte böyle bir ikilemle karşılaşıldığında hangisinin tercih edilmesi hususu söz konusu olduğunda belirsizlik kuralı çerçevesinde bakıcaz. Ne olabillir bundan öncekine bakarsak satım sözleşmelerinde getirilen garani koşullarının doğrudan doğruya ayıp halinde var olan yasal hakları tamamıyle kaldırması işin mantığına aykırı olacağı için böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi mümkün olmayacağı için olsa olsa burda bazı ek imkanlar tanındığını yasal düzenlemenin getirdiği yasal hakların bir tarafta ve bunların da yansısıra aynı zamanda ek imkanların getirildiği kabul edilmesi gereken bir yorum olarak karşımıza çıkacaktır. Yine bir başka örnek malın görüldüğü gibi ve hiçbir ayıp tefekkül edilmeksizin alındığına yönelik olarak getirilen bir genel işlem koşulunda bir gizli ayıbın varlığı halinde acaba bu sorumluluk sınırlandırması geçerli olacak mı? Yani görüldüğü gibi ve hiçbir ayıp tekeffül etmeksizin alınmıştır biçimindeki koşul acaba gizli ayıpları da içinde barındıracak şekilde mi değerlendirmek gerekir. Burda da birden fazla anlam sözkonusu olduğu için bu birden fazla anlamlardan müşteri lehine olanın kabul edilmesi gerektiği kabul ediliyor. Yine bir kullanılmış araba

satın alınması sözkonusu olduğunda arabanın görüldüğü ve o şartlar altında satın alındığı yazılmış acaba bu ayıptan doğan sorumluluğun da sınırlandığını kabul edecek miyiz. Bu durumda yorum neticesinde neye vardık diyelim. Burda sadece görülerek anlaşılabilecek ayıplardan birinin sözkonusu olması halinde ayıptan doğan sorumluluğun sınırlandırıldığı kabul edilmek gerekecek. Bir başka örnek; satıcı tarafından müşterisine konserve içerisinde mantar teslim edilmesi gerekirken konservelerin içinden büyük ölçüde hayvan dışkısı çıkmıştır. Satıcının genel işlem koşulları içerisinde ayıp ihbarının en geç 3 gün içerisinde yapılaması gerektiği yazılıdır ve müşteri bu süreye uymamıştır. Böyle bir durumda ne olacak? Mahkemenin verdiği bir karara bakıyoruz. Böyle bir halde diyor müşterinin birden fazla konservenin içeriğini denetleyerek bunların ayıpsız çıkması halinde kendisine düşen muayene görevini yerine getirilmiş sayılacağını, gizli ayıplar açısından ise ilgili genel işlem şartının açıklık taşımadığını dolayısıyla bu üç günlük sürenin uygulanamıyacağına karar vermiş. Burda da yine açıklık ilkesi bu şekilde müşteri lehine uygulanmış.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Süremizi aştık, Özel hoca hatırlatırım.

Prof. Dr. Çağlar Özel : Hemen bitiriyorum hocam bir örnek daha var. İsterseniz bunu da geçiyim bu da örneklerden. Ben örnekleri biraz abartmışım heralde. Bir başka son olarak belirteceğimiz kural bireysel anlaşmaların önceliği ilkesi. Bu bireysel amaçların önceliği ilkesi de yorum kuralı olarak karşımıza çıkıyor. Eğer GİK metniyle bireysel anlaşma çelişirse ne olacak? Genellikle bunların üzerinin çizilmesi şeklinde yapılabilir veyahut da sadece sözleşmeye genel işlem şartlarından bireysel anlaşmayla çelişmeyecek olanlar uygulanacak diye belirtilebilir ama bunlar genellikle yapılmadığı durumlarda içerikleri farklı iki hükmün bağdaştırılması gerekecek. Burda da yine Alman kanununda getirilen düzenleme var. O düzenlemeden yardım almak mümkün. Bireysel anlaşma öncelikle uygulanır diyen BGB'nin 325/b hükmü. Bu husus Türk-İsviçre hukuku açısından da doğrudan doğruya kabul ediliyor. Öncelikli olarak bireysel anlaşmaların uygulanaması gerektiği hususu. Bu bireysel anlaşmaların sözlü-yazılı, açık-zımni ya da sözleşme kurulmadan önce

veyahut da daha sonra yapılmış olmasının önemli olmadığı herhangi bir şekilde yapılmış olmasının tek başına yeterli olacağı ve bu çerçevede de genel işlem koşullarının içeriğinden ayrılan tek taraflı hukuki işlemleri ve GİK'den sapıldığı inancını doğurmaya elverişli tavırların hepsi bireysel anlaşam anlamına geleceği genellikle kabul edilen bir düşünce. Ben sabrınızdan dolayı çok teşekkür ediyorum sayın başkanım.

TARTIŞMA SORU/CEVAP

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Evet bu şekilde tebliğlerin sonuna geldik. On dakikalık bir tartışma şeyimiz var bölümümüz var. Tebliğcilere soru sormak isteyenler bu on dakika içinde sorabilirler. Ondan sonra da kahve molası yapacağız. Buyrun Haluk hoca ondan sonra Lale Sirmen hocama söz vereceğim.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Bütün arkadaşlrımıza çok teşekkür ediyorum. Özellikle rekabet ve sigorta hukukundaki arkadaşlarıma. Çünkü bunlar hakikaten bilmediğim konular ve kimse özellikle Sevilay hocam kusura bakmasın dışladığım konu. Rekabet hukuku bana göre şey. Bunları dinledikten sonra şöyle bir gam içine düştüm. Ya biz napıyoruz allah aşkına. Dünya napıyo daha doğrusu belki onu sormak lazım. Şimdi bakıyosunuz her şeyi biz bölüyoruz. Sigorta, banka, rekabet... Afedersiniz mahkemelerin sayısına bir bakın yanlış hatırlamıyorsam daha sayın Ahmet İyimaya ile de yeni konuştum. O da "insan zararları mahkemesi" diye bir mahkeme oluşturmaya çalışıyor. Şimdi ben avukat olarak nereye gideceğimi bulamadım. Deniz hukuku mahkemesi var. Şimdi napıyoruz biz. Şeye bakıyorsunuz, Ankarada hukuka vekalet sözleşmesi diye aslanlar gibi bir sözleşmemiz var. Yönetim danışmanlığı yönetici sözleşmesi vs. Gidiyoruz. Napıcaz adi ortaklık diye pek hoşuma gitmese de var olan bir kurum ortak girişim müteşebbis noluyoruz yahu. Ya sonuçta hukuk nereye gidiyor. Hukukun bütünlüğü ne. Şimdi görüyorsunuz gayet açık bir şekilde... Yani öyle bir hale geldik ki biz istediğiniz düzenlemeyi getirin pat birden çıkıyor, sigortada idare devreye giriyor bankalarda bilmem ne devreye giriyor. Napıyoruz biz o zaman. Nedir bu. Hakikaten bütün kanunları bir kenara bırakalım. İdare canının istediğini yapsın. Oraya gidiyoruz. Sigorta hukukuyla ilgili arkadaşım son derece net bir biçimde anlattı. Genel işlem koşulları falan... Emredici hükümlere aykırı olamaz. Peki dün denmedi mi borçlar kanunu 20 ila 25. maddesi emredici hükümdür denmedi mi? İdare hangi cürretle yapıyor bunu? Müsteşarlık yok bilmem bana ne yahu. Ya biz nereye gidiyoruz. Samimi söylüyorum yıkılmış vaziyetteyim. Hele hele bir özel hukukçu olarak katiyyen anlamam. Şimdi burda Handan üstadım gene kızacak

belki ama asıl sorun mahkemelere düşüyor. Eleştiri anlamında söylemiyorum. Şimdiden onlar için üzülüyorum. Neyi uygulayacaksınız, napıcaksınız. Bu konuda hakikaten inşallah bir gün değişir diye de umuyorum. Ama gittiğimiz yol yol değil. Kimse bana aksini söylemesin. Böyle ufak ufak paketler çekmeceler yaratmak hukuku ortadan kaldırmaktan başka birşey değildir. Kimse bunun aksini bana inandıramaz. Yok böyle bişey. Napıyoruz biz ya. Öyle dimi. Bir baskı grubu; alışveriş merkezleri geliyor benim kira düzenlememi mahvediyor. Bu ne biçim memlekettir ya, nasıl şeydir bu. Böyle bir rüzgar gidiyor. Hatta şey yapıyoruz, takır takır kenara bırakıyoruz ve bunu normal karşılıyoruz. Müsteşar kim yahu. BDDK kim allah aşkına. BDDK nasıl kanun yapıyor ya. Ne biçim şeydir bu. Teşekkür ediyorum, üzüldüğümü belirtmek istedim. Bütün arkadaşlarıma tekrar teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Şeref Ertaş: Evet, Haluk hocamıza teşekkür ediyorum. Buyrun Lale hocam.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Evet, ben hamasi bir konuşma yapmayacağım. Güzel bir konuşmaydı, yani ama ben bunu yapamayacağım. Vakit çok kıt. Tamamen katılıyorum hocama. Sayın Uzunallı, çok faydalıydı çok ilginç geldi bana aslında bekliyordum bu konuşmayı. Yanılmıyorsam son bunun habire değişikliğe uğruyor tamam evet bunun 55.maddeye aykırı bunu dediğim bir genel işlem şartının 55.madde çerçevesinde bir haksız rekabet teşkil ettiği hallerde dava açılabileceğini sanıyorum bir standart sözleşmesi tümünde bu şartın tümünden kaldırılmasının sağlanacağını... Yanlış anlamadım değil mi?

Prof. Dr. Sevilay Uzunalli: Evet evet.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Haksız şartlar yönetmeliğine baktığınız mı bilemiyorum, Orada 8.maddede çok ilginç bir hüküm var. Murat hoca heralde bunu çok iyi biliyor. Orada standart sözleşmelerdeki haksız şartların kaldırılması için eskiden bir dava imkanı tanınıyordu. Nitekim Avrupa Birliği direktifinde de bu vardı ve eski mevzuatta da buna paralel bir dava imkanı öngörülmüştü. Fakat şimdi malesef idari yoldan bakanlığa

müracaat ediyorsunuz bakanlık orda o müthiş bakanlığın artık hukukçu uzmanları bilemiyorum kimler karar verecek bu evet bu haksız diyecek veya haksız değil diyecek bana göre tabi hangi iktidar olursa olsun ona yakın olan bir şey, firmanınki haksız olmayacak büyük bir ihtimalle -büyük bir ihtimalle yani- ben bunu belli birşey için söylemiyorum ama bakanlığa verilmez böyle şeyler diye söylüyorum. Büyük bir ihtimalle öyle bir ayrıma da gidebilecekler çok objektif de olamayabilecekler bu nedenle söylüyorum. Bakanlık karar verecek çıkaracak sizin davanız ticaret mahkemesine gidecek bakanlık "Hayır" diyecek. Öteki gittiği zaman ticaret hakimi "Evet" diyecek, çünkü birbirini bağlamayacak. Bakanlığın kararı idari yargıda denetlenecek ve böylelikle bence yeni bir kaos ortaya çıkacak. Ben buraya özellikle dikkatinizi çekmek istiyorum Ayşe hoca tabi benden bu konuları daha iyi bildiği için yanılıyorsam beni düzelt dedim. Doğru mu söylediğim. Aynı fikirdesiniz. Tamam çok teşekkür ediyorum. Yani ben olabilir yanılıyor olabilirim. Sadece katkı yapmak açısından söyledim çok önemli bir madde o.

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı : Sağolun evet.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ben bir de Yeşilova Aras, sayın Yeşilova Aras harika bir şeydi tebliğdi ama genel olarak ben tabi fikren katılmıyorum ama fevkalade bir tebliğ olduğunu söyleyeyim. Şöyle katılmıyorum. Bir açıkçası başında sigortacı hazırlayacak öteki onaylayacak düzen bu uygulamada öyleymiş, o beni ilgilendirmez. Varsayalım ki uygulamada öyle olsun, devlet desin ki "Sigortacı, ey sigortacı sen hazırlayacaksın öteki veyahutta sen hazırlayacaksın onaylayacaksın, sen de zorla sözleşmeyi koyup vereceksin." Kanuni düzenlemeyi yasal düzenlemeyi tekrarlamadıkça devlet de emretse sen bunu getir dese diğer taraftan o sözleşmeye o özel hukuk sözleşmesine veyahut kamu hukukundan da gelse şimdi yeni kanuna göre diğer taraf etki yapamıyor ise müdahalede bulunamıyorsa ona o imkan tanınmamışsa gene genel işlem şartı ve böyle olmasında da yarar var. Ama bu benim fikrim. Tabi ki çünkü biliyorsunuz, bilimsel yöntemlerle hazırlanmış her güzel tebliğ çok değerli sizi zevkle dinledim ama ben bunu tekrar size açıklamak sayın izleyicilere açıklamak ihtiyacı duydum. Çok teşekkür ediyorum.

Yard. Doç. Dr. Ecehan Yeşilova Aras : Kazancımdır hocam, eleştiriniz teşekkür ederim, sağolun.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Evet, başka söz almak isteyen? Buyrun.

Yargıtay 13. HD Hakimi Özgür Karadağ : Efendim önce kendimi tanıtayım, Hakim Özgür Karadağ, Yargıtaytay genel sekreter yardımcısıyım, aynı zamanda 13. Hukuk Dairesinde eski tetkik hakimiyim. Hocama sadece Murat Aydoğdu hocama birtakım eklemeler yapmak istiyorum. Son güncel durumu da aktarmak adına. Örneğin; bankaların kredi kartlarından aldıkları kart bedelleriyle ilgili daire 2010 yılına kadar bu kart bedellerinin geri istenemeyeceğine daha doğrusu geri istenebileceğine bunların haksız şart oluşturduğuna dair kararlar verirken, 2010 yılından sonra içtihat değişikliğine gitmiştir. Dolayısıyla 6502 sayılı Tüketici Kanunu yürürlüğe girene kadar kredi kart bedellerinin tüketicilere iade edilmemesi gerektiğine dair yerleşmiş kararı netleşmiştir. Bu birinci husus. İkinci husus da, bankalar tarafından yapılan hayat sigortalarıyla ilgili tüketicilerin sigorta bedellerinin iadesine yönelik açtığı davalarda sigorta yaptırmaktaki amacın sadece bankayı değil aynı zamanda tüketiciyi de korumak olduğuna da işaret etmekle birlikte bu kararın gerekçesinde şöyle de bir husus vardı, tüketiciler sigorta yaptırdıktan sonra ve sigorta süresi bittikten sonra bu davaları açtıkları için geçmişe yönelik olarak bu sigorta bedellerinin talep edilmesinin hem sigortanın süresince bu koruma imkanından yararlanılması hem de geriye doğru bu sefer koruma bittikten sonra, ücret talep etmenin tüketici lehine bir sebepsiz zenginleşmeye neden olabileceği saikiyle bu tür davalar kabul edilmemişti. Bir üçüncü hususu da belirtmek isterim. Malum yeni kanunun 83/2 maddesi ve kanunun giriş hükümlerinde tüketici işlemi ve tüketici mahkemelerinin görev alanı tanımlanıyor. Ancak 5464 sayılı banka kredi kartları kanunu 44/2 nci maddesinde ise göreve ilişkin bir tanım yapılarak banka tarafından bu kanun kapsamında açılacak davaların genel mahkemelerde görüleceği tüketici tarafından açılacak davalarda ise tüketici mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiş idi. Şimdi 83/2 nci maddesi 6502 sayılı yasanın diyor ki; başka kanunlarda düzenleme olması bu kanunun uygulanmasını engellemez. Son bir yeni içtihadı

söyliyeyim; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu kararda banka tarafından açılan davalarda artık 83/2 maddesi gereğince Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir.

Prof. Dr. Lale Sirmen: O hükme giderek?

Yargıtay 13. HD Hakimi Özgür Karadağ : Tabi, o hükme giderek. Ayrıca, açıkça işaret etmek suretiyle bu yönde karar vermiştir. Son durum budur. Saygılarımı sunarım.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Evet Sevilay hanım, sen söyleyecek misin birşey? Buyur.

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı : Ben hocalarıma katkıları için teşekkür etmek istiyorum. Gerçekten biz de aynı zorluğu akademisyen olarak yaşıyoruz. Ticaret hukukçusuyum ama hani tüketici kanunu beni ilgilendirmez tabi ki diyemiyoruz. Ben de dehşete kapıldım açıkçası son haksız şartlar yönetmeliğini gördüm aslında biraz da o yüzden vurguladım. Genel kanun-özel kanun ilişkisi yok diyorum ama tabi ki uygulamada farklı sonuçlara farklı görüşlere neden olacak kaos çıkabilecektir. Evet. Böyle söyleyeceklerim.

Yargıtay 13. HD Hakimi Özgür Karadağ : Son bir ekleme yapmak istiyorum, çok afedersiniz müsadenizle.şimdi ticaret kanunu anlamında da yargıtayın yaklaşımı şudur: Borçlar kanunu malum geçici maddesi var yürülüğüne ilişkin.orda diyor ki kamu düzenine ilişkin haller temerrüt faizi faiz gibi hallerde hangi dönemde olursa olsun resen uygulanır diyor yeni borçlar kanunu hükümleri. Yalnız yargıtayın ticaret daireleri özellikle genel işlem koşullarına ilişkin yerel mahkemelerin kabul yönünde verdikleri davanın kabulü hükümlerin geriye yürütülerek geçersiz sayılmasına dair kararlarına karşı bozma kararı veriyor ticaret daireleri genel işlem koşullarını düzenleyen 20 ve 25. Maddelerin kamu düzenine ilişkin olmadığı bu nedenle geriye yürütülemeyeceğine dair ticaret dairelerinin verdiği kararlar var dolayısıyla ticaret hukuku anlamında da son uygulama budur. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Teşekkür ediyoruz. Murat bey, sen bişey söyleyecek misin?

Doç Dr. Murat Aydoğdu : Yok hocam, teşekkür ediyoruz.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Ecehan hanım?

Doç Dr. Ecehan Yeşilova Aras : Sağolun hocam.

Prof. Dr. Şeref Ertaş : Özel bey? Peki, oturumumuzu bu şekilde kapatıyoruz. Kahve molamız var, ondan sonra... Evet Ayşe hanım, buyur... Handan beye bırakıyorum idareyi.

Sunucu : Konuşmacılarımıza teşekkür belgelerini vermek üzere sayın Prof. Dr. Fikret Eren hocamızı kürsüye davet ediyorum. Değerli misafirlerimiz, on dakika sonra ikinci oturum için salonumuzda tekrar biraraya gelmek üzere sizleri kahve arası için fuaye alanına davet ediyorum.

2. GÜN (18.04.2015)
2.OTURUM

Oturum Başkanı Mehmet Handan Surlu : Efendim, hepizi saygıyla selamlıyorum. Talebesi olmaktan onur duyduğum sayın hocam Fikret Eren, Lale hocam, takım arkadaşı dediğim hocamıza Şeref hoca, bütün katılımcılara en içten saygılarımı sunuyorum. Bir de dileğimi söyleyeyim böylesine güzel panelleri düzenleyen bu salonda şurda yer kalmasın isterdik ama maalesef çok önemli bir konu genel işlem şartları bunun dinleyicisi olarak sınırlı sayıda insanların gelmiş olması gerçekten üzücü çünkü bu konular çok yeni konular işleniyor bilgi sahibi olunuyor ama her zaman panellerde dikkatimi çeken bu oluyor katılımcı sayısı çok az oluyor. Dileğimiz buraların dolması bu işlerin yer kalmaması şartıyla herkesin ilgisini ve bilgisini çekmek olmalı ama olmadı ne yapalım böyle diyelim. Efefndim bu son oturumda bilgi sunacak arkadaşlarım burdalar ben burdaki sıra çerçevesinde yer vericem süremiz her bir bildiri sahibine tebliğ sahibine 20 dakika ben bu tür toplantılarda oturum başkanlığı yaptığımda 15 dakika dolduğunda bir işaret veririm ondan sonra 20 dakikanın dolduğunu haber olarak bizlerin sizlerin gerçekten bu tebliğlerin asla bir zaman sınırlaması olmadan hazırlayan arkadaşlarımın tamamını anlatsalar çok daha yararlı olur ama tabi bununla ilgili bir kural olduğu için bu kural çerçevesinde buna uyuyoruz. İlk sözü genel işlem şartlarında ispat hukukuna ilişken meseleler konusuyla sayın Prof. Dr. Oğuz Atalaya söz veriyorum buyurunuz sayın hocam.

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İSPAT HUKUKUNA İLİŞKİN MESELELER

Prof. Dr. Oğuz Atalay : Teşekkürler sayın başkan. Saygı değer hocalarım huzurunuzda tekrara sınava çıkmanın heyecanını yaşıyorum; umarım hasbelkader yıllar içinde biriktirdiğim bilgileri borçlar hukukunun önemli bir konusunda borçlar hukuku üstadları karşısında sürüçü lisan etmeden ifade etmeye muaffak olurum. Değerli genç meslektaşlar ve öğrenciler borçlar hukuku hukukun anasıdır bir usul hukukçusu olarak bunu hiç bir komplekse girmeden her zaman söyledim. Eğer usul hukukunda birkaç kelam etmişsek şimdiye kadar, bunu zamanında hocalarımızdan aldığımız borçlar hukuku ve medeni hukuk derslerine bağlıyorum. Çünkü maddi hukuk ve bu hukukun temeli olan borçlar hukuku ve medeni hukuku bu hükümler özel hukuku alanının anayasasıdır tabiri caizse on emridir. Onlar olmadan hiç bir alanda hiç kimse tavsif vasıflandırma yapamaz. Sağlıklı vasıflandırma yapamaz, sağlıklı analizler yapamaz. Usul hukuku için de bu böyledir. Ben hasbelkader ispat hukuku alanında biraz çalıştım ve ispat hukukunun bir davada talep edilen hukukki sonucu haklı göstermeye yetecek somut vakıaların hakim gerçek olduğu somut vakıa iddialarının gerçek olduğu konusunda hakimin aklında ve vicdanında kanaat oluşturma faaliyeti olduğunu gördüğümde, maddi hukuk olmadan yani bir davada uygulanmasını talep ettiğiniz maddi hukuk normunu bilmeden ispat konusunda da birşey söylemenin mümkün olmadığını gördüm. O sebeple de bana bu fırsatı tanıyan Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesine ve değerli kardeşim Ayşe Havutçu'ya çok teşekkür ediyorum. İspat hukukunun meseleleri, ispat hukukuna ilişkin meseleler, genel işlem şartlarında iki başlık altında ele alınmasının uygun olduğunu düşünüyorum. Birincisi; genel işlem şartlarının ispatına ilişkin meseleler. İkincisi; genel işlem şartlarındaki ispata ilişkin meseleler. Öncelikle genel işlem şartı dendiğinde ne anlaşılması gereketiği konusunda şimdiye kadar sempozyumda çok doyurucu açıklamalar yapıldı. Malumunuz, bir sözleşmenin şartlarından olan önceden tek taraflı olarak hazırlanmış yani müzakere edilmememiş olan genel soyut içerikli ve çok sayıda sözleşme için sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olan sözleşmenin kuruluşunda kullanan tarafın-

dan karşı tarafa sunulan ve sözleşmenin yapımında kullanılan koşullara biz genel işlem şartları veya yeni borçlar kanununda biz genel işlem koşulları diyoruz. Burda ispattan söz edebilmemiz için bir iddianın olması gerekir. Dolayısıyla bir maddenin bir sözleşme hükmünün genel işlem şartlarından olduğunu ve bu sebeple yazılmamış sayılması gerektiği tartışmada ortaya çıkacak ispata ilişkin meseleler. Gördüğünüz gibi öncelikle tarafalardan biri bir sözleşme hükmünün genel işlem şartlarından olduğunu iddia etmeli. Yani iddia yükü karşı tarafa düşer, kullanana değil. İkincisi; bu iddianın ispatı kime düşer, ispat yükünü kim taşır? Üçüncüsü; bu ispat yükü hanfi vasıtalrla yerine getirilir, yani hangi delillerle? İşte bu aşamada kendisinin hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşmedeki sözleşmenin bir koşuluna dayanarak bir hak ihlalini iddia eden taraf yani kullananın bu talebi üzerine savunma olarak veya o sözleşmenin belli maddelerle bağlı olmadığını, yalnızca o maddelerin yazılmamış sayılmasına hükmedilmesi iddiasıyla kullanan tarafından dava açılması durumunda, yani hem savunma tarafında kullanımında yer aldığı veya bir tespit davası bünyesinde davacı sıfatıyla kullananın yer aldığı iki ihtimal söz konusu olabilir. Ama her iki ihtimalde de bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı niteliğinde olduğu yazılmamış sayılmasına hükmedilmesi gerektiği kullanan tarafından ileri sürülecek bir iddiadır. İdia yükü kullanana düşer. İddia yükü ile ispat yükü çoğu zaman paralellik arz eder. Aynı kişiye terettüp eder. Burda da bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olduğunu iddia eden karşı taraf bu iddiasını ispatlamalı, ispat yükünü taşır. Çünkü kullanan taraf bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olduğu iddiasında bulunuyor. Yani bir somut vaka iddiasında bulunuyor ve buna bu somut vakaya kanunda 20.maddede bağlanan hukuki sonucun kendi lehine hükmedilmesini istiyor. Yazılmamış sayılma sonucunu öyleyse, ispat yükünü kullanan taşır demek doğru olabilir neye göre, tabi bu kabul ettiğimiz temel ispat hukuku ispat yükü temeline göre değişir ama bizim hukukumuzda çoğunlukla kabul edilen -benim de katıldığım- norm teorisine göre bir hukuk normuna dayanarak o hukuk normunun hukuki sonucunun kendi lehine hükmedilmesini isteyen taraf o hukuki sonucu harekete geçiren koşul vakaları iddia etmek ve bunları ispat etmek yükünü taşır. Peki iddianın konusu neler olacaktır? TBK nın 21.maddesindeki düzenlemeye göre: „Karşı tarafın menfaatine

aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi...“ Pardon özür dilerim, bu bir sonraki konu başlığı. Genel işlem şartı sayılabilmesi için bir hükmün öncelikle kullanan tarafından hazırlanmış olduğunu iddia edecek bunun müzakere edilmemiş olduğunu iddia edecek kendisine tartışma imkanı sunulmadığını iddia edecek ve genel soyut nitelikte kural olduğunu iddia edecek. Sözleşmenin hazırlanması sırasında, ikadı sırasında bunun kendine emrivaki sunulduğunu iddia edecek. Burda en önemli husus ispat hukuku bakımından müzakere edilmemiş olma söz konusu hükmün yazılmamış sayılmasını talep ettiğimiz hükmün müzakere edilmemiş bir hüküm olduğunu iddia etmek, burda bunu ispat etmeye çalışmaktır. Çünkü burada aslında menfii bir vakıayı iddia ediyoruz. Yani birşey olmadığını herhangi bir müzakere aşamasının geçirilmediğini iddia ediyoruz. Çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandığını iddia ediyoruz. Bunların hepsinin ispat yükü kullanana düşer. Bu yükü yerine getirmek mümkün müdür, yani ispat imkansızlığı var mıdır? Kanaatimce hayır, ispat yükü delil ikame yükü kavramı yardımıyla yerine getirilir. Bunun delillerini kim sunacak sorusuna cevap verir delil ikame yükü. Kullanan taraf yazılmamış sayılmasına hükmedilmesini iddiia ettiği hükümlerin sözleşme maddelerinin birden çok sözleşmede yani kullananın hazırladığı ve benzer aynı nitelikteki sözleşmelerde kullandığını o sözleşmeyi ortaya koyarak doğrudan ispat edebilir. Eğer elinde böyle sözleşmeler yoksa bu durumda karşı tarafın elindeki belgeye dayanmak mümkündür. Karşı tarafında vakıaların aydınlanmasına katılma yükü vardır. Usulü bir yük olarak ve karşı tarafın elindeki bir delile karşı taraf dayandığında yani kullananın elindeki bir delile karşı taraf dayandığında kullanan kendi yetki ve sorumluluk alanında oluşmuş bu delilleri ibraz etmekten imtina ederse, bu durumda karşı tarafın yani genel işlem şartları olduğunu iddia edenin ve birden çok sözleşme ve aynı hükümlerin yer aldığını ididia edenin iddiasının gerçek olduğuna hükmedilir. Müzakere edilmemiş olma vakıasının ispatında ise olumsuz bir durumun bir menfi vakıanın iddiası söz konusudur. Bu ise tabi doğrudan ispat olmaz. Çünkü olmayan şeyin doğrudan delili olmaz ama, emare ispat yoluyla ispatlanabilir. Daha önemlisi, böyle bir menfi vakıa iddiasında kullananın aksi müspet vakıanın delillerini ikame etme yükü düşer, yani hayır müzakere edilmiştir. İşte delilleri

bunlardır sözleşmenin kendisindeki nüshasında karşı tarafın imzasını taşıyan "Şu şu şu koşulların genel işlem şartı olduğu bana bildirildi okudum müzakere ettim veya şu şu teklifler geldi bu teklifler müzakere edildi şuna karar verildi." gibi somut delillerle ispat etmesi mümkündür. Hemen toparlayalım; bir hükmün genel işlem şartı niteliğinde olduğu ve bu sebeple kanundaki yazılmamış sayılma hukuki sonucuna hükmedilmesi gerektiğini iddia yükü karşı tarafa düşer ispat yükünü karşı taraf taşır ancak ileri sürülen vakıanın niteliğine göre delil ikame yükü bazen karşı tarafta bazen kullananda olabilir. İkincisi ve belki daha önmelisi genel işlem şartlarının sözleşme metninden sayılması bunun ispatına ilişkin sorun. Bir sözleşme maddesinin veya birkaç maddenin genel işlem şartı niteliğinde olduğu anlaşıldıktan sonra ortaya konulduktan sonra kullanan taraf genel işlem şartlarının 21.maddedeki koşulların varlığını ileri sürerek sözleşme metnine dahil sayılaması gereketiğini iddia etmelidir. İddia yükü burda kullanana düşer. Bu koşullar nelerdir yanlışlıkla okumaya başladığım 21.maddede: „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 imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır." Demek ki burada kullanan taraf müspet vakıa iddiasında bulunmalı iddia yükünü kendisi taşıyor ve bu iddiaları ispat yükünüde kullanan taşır. Genel işlem şartı niteliğinde değilse yani bir sözleşme maddesi karşılıklı müzakere metinleriyle, efendim karşılıklı yazışmalarla veyahutta sözleşme müzakereleri tutanaklarıyla bir sözleşme hükmünün müzakere edilerek sözleşmeye ithal edildiği ispatlanıyorsa, bu durumda zaten genel işlem şartından söz etmek mümkün değildir. Çünkü genel işlem şartı olabilmesi için müzakere edilmemiş olması gerekir evet müzakere edilmediği ispatlandı genel işlem şartlarıdır dedik. Şimdi bu genel işlem şartı niteliğindeki bu hükümlerin sözleşme metnine dahil olması gerektiği iddiasında kullanan taraf bulunur ve bunuda şu hususları iddia ederek ve ispata çalışarak yapabilir; 1) genel işlem şartının varlığı hakkında bilgilendirme vakıası, 2) karşı tarafa bu şartları öğrenme imkanı verdiği vakıası, 3) karşı tarafın bunu kabulü. 21.maddenin koşul vakıalarını yani; "a", "b", "c" koşulları varsa "x" sonucu doğar şeklindeki yapıda kullanan ben bu ko-

şulların varlığını iddia ediyorum. İşte delilleri dolayısıyla "x" sonucuna hükmedilmesi gerekir diye hakime talepte bulunur. O da sözleşme metninden sayılma hukuki sonucudur. Açıkça bilgi verme. Buradaki "açıkça" terimi demek ki üstü örtülü bir biçimde bilgi vermeyi dışlar. Çokça bilgi verilmesi, vakıasının ispatı kullanan tarafından yerine getirilmelidir. Peki bu ispat yükünü yerine getirirken hangi delilleri kullanabilir? Delil ikame yükü de kullanana terettüp eder. Çünkü zaten bu koşullar kendi yetki ve tasarruf alanında sorumluluk ve tasarruf alanında oluşmuştur. Kendisi hazırlamıştır, genel işlem şartlarını karşı tarafada sunan kendisidir. Dolayısıyla hem iddia yükü hem ispat yük hem delil ikame yükü kullanana terettüp eder. Bu yükleri usulü yükleri yerine getirecek deliller de yine kendisi nezdinde oluşabilecek delillerdir. Bunların tamamı müspet vakıalardır. Menfi vakıalar değildir dolayısıyla delilleride doğrudan delillerde ikame edilebilir niteliktedir. Kullanan taraf açıkça bilgi verdiğini malumunuz yine kanunda yani sözleşmenin altına bu hususlar "Karşı tarafın bilgisine sunulmuştur." şeklinde olsa bile o yine genel işlem şartı niteliğini ortadan kaldırmıyor. Madde 20/3. „Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz." Yani demek ki bir kullanan karşı tarafın elinden aldığı bu hüükmleri ben bilgisine sundum hatta tartıştık dese bile sözleşmenin altında genel işlem şartı nitelipini ortadan kaldırmıyor. O zaman hangi ihtiyaç devam ediyor sözleşme metnine dahil sayılmanın koşullarını ispat ihtiyacı devam ediyor demektir. Bunları yine kullanan yazılı delille ispat edebilir. Fakat yazılı ispat zorunluluğu var mıdır, yani senetle ispat mecburiyeti var mıdır? Bildiğiniz gibi senetle ispat mecburiyeti hukuki işlemler için geçerlidir.bir tarafın açıkça bilgisine sunma vakıası bir hukuki işlem değildir yani kendisine hukuki sonuç bağlayan bir irade beyanı olmadığı içn hukuki işlem değildir. Dolayısıyla bir hukuki fiildir. Yani kanunda 21.maddenin yani sözleşme metnine dahil sayılama hukuki sonucunu doğurmasına sebebiyet veren bir fiildir. Bu fiil her türlü delille ispat edilebilir. Yani takdiri delillerle tanıkla ispat edilebilir dolaylı doğrudan değil dolaylı ispat yoluyla da ispatı mümkündür. Emareler yoluyla ispatı mümkündür. (ne demek emare;o kişiye açıkça bilgi verildiğini gösteren komşu vakıaları ortaya

koyarak o tarafın yazdığı yazılar olabilir ondan haberdar olduğunu belirten mailler olabilir mektuplar olabilir sözleşme müzakere tutanakları olabilir) Bunlarla ispatı mümkündür. Ayrıca kendisinin işletmesindeki levhalarla ilan edebilir, duyurabilir İçeriğini onları ortaya koyarak, varlığını ortaya koyarak, bu delil ikame yükünü yerine getirebilir. Açıkça varlığı hakkında bilgi vermekte içeriğini öğrenme imkanı sağlamaktır. Yani böyle bu şu şu nitelikteki koşulların var olduğunu söylemek bu konuda bilgi vermek, ikincisi bu koşulların içeriği hakkında bilgi vermek. Her biri ayrı vakıa olarak düşünülmesi gerekir. Yani ne kadar birbirine bağlı zincirleme. Çünkü varlığından haberdar olunmasa zaten içeriğinden haberdar olunmayacak. Ama içeriğinden haberdar olunabilmesi için öncelikle bunların varlığının kullanan tarafından ortaya konulması gerekir. Kabulde ise yani karşı tarafın kabulunde ise açık veya zımni kabul olabilir. Burada yine ispat vasıtaları kullananın nezdinde olabilir. Belirttiğimiz gibi kendindeki sözleşme nüshasında el yazısıyla genel işlem koşulu niteliğinde olan şu şu hükümleri "Okudum ve kabul ediyorum." Şeklindeki... Bakın, bu onun genel işlem koşulu niteliğini kaldırmaz, fakat karşı tarafın bilgisine sunulduğunun ve içeriğinden haberdar olduğu vakıasını ispata yarar. Burdaki ispat güçlüklerini dikkate almak gerekir. İspat imkansızlığından söz etmek belki mümkün değil ama ispat güçlüğü zaman zaman vakadan vakaya karşımıza çıkabilir. Öğrendiğni ispat içeriğinden bilgi sahibi olduğunu ispat noktasında ki bu olmadan kabul geçerli olmaz tüketici hukukunda olduğu gibi aydınlatılmış olan, yani açıkça bilgi verdikten sonra onun kabulü hüküm ifade edecektir. Demek ki bilgisine sunma ve içeriğinden haberdar etme koşulları kabul koşulunun da ön koşulu olarak karşımıza çıkacak. O yüzden bu iki koşulun ispatında eğer ispat zorluğu ortay çıkarsa, bu durumda ispat ölçüsü kavramı önem kazanır. İspat ölçüsü bildiğiniz gibi tam ispat ve yaklaşık ispat önem kazanır. Eğer bu hususta ispat güçlüğü varsa, bu konuda pek bir tartışma yok bildiğim kadarıyla. Bir kaç eski tartışma dışında, ispat ölçüsünün düşünülmesi caizdir. Hakimde doğrudan delillerle senet gibi tanık gibi doğrudan delillerle tam ispat derecesinde kannat aramak yerine karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığını öğrendiği ve içeriğinden haberdar edildiği konusunda iddianın gerçek olma ihtimali ağır basıyor şeklindeki bir kanaat ki buna yaklaşık ispat diyoruz. Bu kanaatle, hakimin karar verme-

si mümkün olmalıdır. Genel işlem şartlarına ilişkin ispat meselelerini burada bitirelim. Genel işlem şartına ilişkin meseleleri koşulların genel işlem şartı niteliğinde olduğunun ispatı genel işlem şartı niteliğinde olan bu hükümlerin sözleşmeye dahil olma, olduğu veya olması gerektiği konusundaki ispat meseleleriydi. Kim iddia edecek, kim ispat edecek delilleri kim ileri sürecek? Karşı tarafın vakıayı aydınlatmaya katılma yükü ve ispat ölçüsünün ispat zorluğu olan durumlarda, yaklaşık ispata düşürülmesi yöntemiyle ispat güçlüklerinin aşılması mümkündür. İkinci başlığa geçecek olursak o da; genel işlem şartı şeklinde düzenlenen ispat hukukuna ilişkin meseleler özellikle hepimizin bildiği ve çok karşılaştığımız şekilde delil sınırlamaları ki buna biz ispat hakkıyla ilgili sınırlamalar diyebiliriz. Çünkü HMK 189.madde ispat hakkını düzenleyen ve bunun somut uygulaması olan HMK 193.madde delil sözleşmelerine ilişkin orada bir tarafın ispat hakkını aşırı derecede güçleştiren ve imkansız kılan delil sınırlamalarının delil sözleşmelerinin geçersiz olduğunu zaten usul kanunu söylüyor. O konunun ayrıntısına girmiyeceğim. Çünkü o ayrı bir tebliğin konusu. Evet ispat hakkının sınırlamasına ilişkin genel işlem şartları olabilir; ikincisi, ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin genel işlem şartları olabilir; üçüncüsü, faraziye varsayıma ilişkin yani "tebliğ edilmiş varsayılacaktır", "ulaşmış varsayılacaktır." şeklinde sözleşmeyle fiksiyon yaratılmasına ilişkin genel işlem şartları olabilir. Genel işlem şartları içinde ispat yükünün karşı tarafa yüklenmesine ilişkin şartların yazılmamış sayılması gerektiği konusunda zannediyorum çok fazla bir tartışma yok. Çünkü, ispat yükünün belirlenmesi için kurallar bir görüşe göre kamu düzenindendir. Bir görüşe göre ise, kamu düzeninden sayılmasına gerek yok bu usuldeki silahların eşitliği ilkesinin gereğidir ve bunun yer değiştirmesi aslında her ne kadar usulü bir yükün yer değiştirmesi görünüyor ise de unutmamak gerekir ki, ispat yükü usulü bir mesele değildir. İspat yükü, maddi hukuk meselesidir. Çünkü ispat yükünü düzenleyen normlar maddi hukuk normalarıdır. Norm teorisini benimseyen hukukumuzda da MK 2 MK6 net bir şekilde norm teorisini benimsemektedir. İspat hukuku meselesi bir usul hukuku meselesi değil, maddi hukuk meselesidir. Çünkü o normdaki hukuki sonuca o normda görülen koşulların koşul vakaların ispatı yoluyla ulaşılabilir. Dolayısıyla ispat hukuku konusundaki genel işlem şartlarında ispat yükünü yer de-

ğiştiren düzenlemeler aslında maddi hukuktaki bir normun değiştirilmesine ilişkin düzenlemelerdir. Maddi hukuktaki hak kaybına sebebiyet verecek düzenlemelerdir. Bu sebeple yazılmamış sayılma yaptırımının tam da muhattabı olması gereken hükümlerdir. Delil sınırlamasına ilişkin hükümlerin ayrıntısına girmiyorum, ancak ispat hakkını sınırlayan ve ortadan kaldıran nitelikteki sadece bir tarafın delillerinin geçerli olacağı münhasır delil sözleşmesi niteliğindeki bu kayıtlarında aynı yaptırıma tabi olması gerektiğini söyleyerek ihtiva edelim. Varsayım yaratan genel işlem koşulları özellikle tebligatta ulaşmış saymada vesaire bu hükümlerin tamamının yazılmamış sayılması gerektiğini toptan peşinci bir yaklaşımla söylemek mümkün değildir. Burada kullananın elindeki imkanlara ve işin niteliğine bakmak gerekir. Yani söz gelimi en çok rastlanılanı karşı tarafın adresinin kullanana bildirilmemesi durumunda, sözleşmedeki adrese yapılacak tebligatın 3 gün sonra ulaşmış sayılacağına ilişkin hükümde olduğu gibi bir kullanan binlerce müşterisi olan bir kullananın binlerce karşı tarafın adresini takip etmesi, haberdar olmasını beklemek herhalde pek de hakkaniyete uygun bir yaklaşım olmaz. Mesela bu durumdaki, bu şekildeki bir genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağını iddia etmek pek çok güçlü bi iddia olmaz diye düşünüyorum. Ama adresin bildirilmesine rağmen fiilen almasa bile aldığı sayılacağı şeklindeki bir hüküm olamaz veyahutta internet sitesine girerek öğrenmesi yükümlülüğünü yükleyen bir genel işlem şartının yazılmamış sayılmasına karar verebilir diye düşünüyorum. Genel işlem şartı niteliğindeki ispat hukukuna ilişkin hükümlerde o ilişkinin gerektirdiği somut vakıanın gerektirdiği somut vakıanın özellikleri dikkate alınarak bir karar verilmesi daha doğru olur ama ispat yükünün yer değiştirmesi ve ispat hakkını zedeleyen genel işlem koşulları ispat hukukuna ilişkin genel işlem koşullarının yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalmasının uygun olacağını düşünüyorum. Sabırla dinlediğiniz için çok teşşekür ediyorum.

Oturum Başkanı Mehmet Handan Surlu : Kanıtlanması konusundaki bu tebliğinden dolayı Gediz Üniversitesi profesörlerinden aynı zamanda dekanı olan sayın hocamıza bu güzel bildirisinden dolayı teşekkür ediyoruz. Sanıyorum genel işlem şartlarının 2 gündür sunulan

tebliğlerinin tam bir değerlendirmesi için bize usul hukuku açısından görüş belirttiler. Teşekkür ediyoruz sağolsun. Efendim, bu konuda ikinci tebliği sunmak üzere size yetkiye dair yine usulle ilgili sözleşmeler HMK ve genel işlem bakımından değerlendirilmesi başlıklı tebliğini sunması için sayın Prof. Dr. Meral Sungurtekin Özkan'a söz veriyorum buyrun sayın Özkan.

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA YETKİ SÖZLEŞMELERİ VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

▪ **Prof. Dr. Meral Sungurtekin ÖZKAN***

A) Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri

Yetki sözleşmelerinin GİK bakımından değerlendirildiği bu çalışmada söze medeni yargılama hukuku alanında, Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme serbestisi bulunmadığını; emredici hukuk kurallarının ağırlıklı olduğu bu alanda ancak emredici kurallara aykırılık oluşturmadığı ve maddi gerçekliğe ulaşmak amacını zedelemediği oranda sözleşme serbestisinden söz edileceğini belirterek başlamak isterim. Konumuz olan yetki sözleşmeleri HMK (m. 17 vd.) ve önceki HUMK'da (m. 22 vd) esasen düzenlenmiş bulunmaktadır. Sözleşme serbestisi esası ile ilgili bu açıklama bağlamında koyucunun yetki sözleşmesi- delil sözleşmesi ve tahkim sözleşmesini koşullarını, hüküm ve sonuçlarını ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih etmiş olmakla beraber, bu sözleşmelere dair dürüstlük kuralına aykırı belirlemelerin yaptırımı sadece delil sözleşmeleri ile ilgili olarak m. 193/2'de gösterilmiş olup; diğerleri bakımından örneğin konumuz olan yetki sözleşmesi için gösterilmiş değildir. Yetki sözleşmeleri konusunda HMK' nun bu konuda bir düzenleme içer-memesi sebebiyle Genel İşlem Koşulları çerçevesin-

* Yaşar Üni. Hukuk Fak. Medeni Usul H. -İcra ve İflas H. Anabilim Dalı Başkanı

de ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulama alanı bulabilmesi suretiyle, HMK'nun delil sözleşmelerindeki gibi bir düzenlemeye yetki sözleşmelerinde yer vermemiş olmasının yaratacağı boşluk giderilmiş olacaktır.

1- Genel Bilgi: Yetki sözleşmesinin yapılmış olması taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisini etkilemez; yalnızca yargılamanın *hangi yer* mahkemesi önünde yapılacağı konusunda belirleyici olur. Dar anlamda usuli işlemi kabul eden görüş, bir işlemin usuli işlem olarak nitelendirilebilmesi için hem usuli bir etki yaratması hem de söz konusu işlemin şartlarının usul hukuku alanında düzenlenmesi gerektiğini temel kriter olarak kabul etmektedir. Geniş anlamda usuli işlemi kabul eden görüşe göre ise, bir işlemin usuli işlem olarak nitelendirilebilmesi için işlemin asli etkilerinin usul huku-kunda doğması yeterlidir, şartlarının muhakkak usul hukukunda düzenlenmesi gerek-memektedir. Türk hukukunda geniş anlamda usuli işlem kavramı Bilge/ Önen, Yılmaz, Tuluay, Karslı ve Taşpınar tarafından savunulmaktadır. Konumuz bakımından esasen bu görüş ayrılığının bir önemi de bulunmamakta, zira dar anlamda usuli işlem görüşü de benimsense yetki sözleşmesinin usuli işlem olduğundan şüphe bulunmamaktadır.

2- HMK ile getirilen Koruma ve Yetki Sözleşmesi Yapabilecekler: Konumuz olan yetki sözleşmeleri bakımından HMK ile sözleşmenin tarafı olabilecekler *tacirler ve kamu tüzel kişileri* ile sınırlanmıştır. Yani tacirler ve kamu tüzel kişileri kendi aralarında ya da örneğin bir tacirle kamu tüzel kişisi arasında yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Bunlar dışında kalan örneğin tacir olmayan *gerçek kişilerle* tacir olmayan ***özel hukuk tüzel kişilerinin*** (aralarında ya da birbirleriyle) yetki sözleşmesi yapamayacakları buradan çıkan sonuçtur. Medeni hukuk tüzel kişileri diye de ifade edilen dernekler, vakıflar, kazanç paylaşma amacı taşımadıklarından tacir değildirler (TK:m. 16 gereğince amacına erişmek için ticari işletme işleten vakıflar, dernekler .....tacir sayılır).

Şirketler ise, özel hukuk tüzel kişisi ve aynı zamanda tacirdirler. Tacirler aralarında ve bir kamu tüzel kişisi ile ilişkilerinde yetki sözleş-

mesi yapabileceğinden, tacir sıfatı bulunan şirketlerin kendi aralarında bağıtladıkları ya da bir kamu tüzel kişisi ile ya da bir gerçek kişi tacirle yaptıkları sözleşmeye yetki kaydı koyabilecekleri gibi ayrı yetki sözleşmesi de yapabilmeleri mümkündür. Yetki sözleşmesinin geçerliliği için sözleş-menin tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılmış olması gerektiği üzerinde durulmuştu. Bu halde örneğin bir bankanın gerçek kişi tacirle yaptığı sözleşmeye koyduğu yetki kaydı HMK.m. 17 gereğince geçerli iken genel işlem koşulları bakı-mından hiç tartışılmadan konmuş dürüstlük kuralına aykırı nitelikteki bu şart geçerli olmayabilecektir. Hatta gerçek kişi tacirle yapılan bu sözleşme mesleki ya da ticari amaçla değil de ailevi ya da bireysel amaçlarla yapılmışsa, TKHK'nun aradığı şartlar mevcutsa haksız şart olarak bile nitelenebilecektir.

Öte taraftan , taraflarından biri veya ikisi tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadığı halde iki kişi arasında yetki sözleşmesi yapıldığı ve sözleşmede kararlaştırılan mahkemede dava açıldığı takdirde, davalı tarafından yetki sözleşmesinin geçerli olmadığı gerek-çesiyle o mahkemenin yetkisiz olduğu yönünde ilk itiraz ileri sürülmüş olmak gerek-tiği; aksi takdirde mahkemenin kendiliğinden -kanun o yönde düzenleme içerdiğin-den yetkisinin doğmuş olacağına dair (HMK.m. 19/IV)'ü gerekçe gösteren görüşe[1] katılmak olanağı kanımızca bulunmamaktadır. Kanımızca taraflara ilişkin bir geçerli-lik şartından söz edildiği ve bu hususun mahkemece resen göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul, HMK.m. 17 ile getirilen yasal düzenlemenin amacına çok daha uygun olacaktır. Bu görüş gereğince, ekonomik bakımdan aralarında derin farklılıklar olan tarafların yetki sözleşmesi yapabilmelerine hukuken sonuç da bağlanmamış olacaktır. Hâkim, yetki sözleşmesinin geçerli olmadığını re'sen nazara alacaktır.

[1] Bkz. BOLAYIR, N. "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri", İBD C.85, S.5, 2011, s. 140 Hatta bu görüş gereğince HMK.m. 19/I ve II'den kesin yetki halleri dışında hakimin yetki ile ilgili olarak resen araştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bu görüşün benimsenmesi halinde, GİK'e dair BK düzenlemeleri ile TKHK hükümlerinin yetki sözleşmeleri bakımından çok daha büyük bir anlam ve öneme sahip olacağı ortadadır.

B) Yetki Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları (BK.m. 20 vd.) ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bağlamında Değerlendirilmesi

1- Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile Getirilen Koruma:

a) Genel olarak

HMK ile uyuşmazlık konusuna ilişkin bir sınırlamaya yer verilmediğinden tacir veya kamu tüzel kişisinin ticari olmayan uyuşmazlıklar için de yetki sözleşmesi yapabileceği kabul edilmelidir. Acaba bunlar, tüketici olabilirler mi? Doğal olarak, tüketici sayılabilmek için TK'nun 19. maddesindeki karinenin aksinin ispatlanması da beklenir. TKHK' nda tüzel kişi tacirlerin tüketici olabileceklerine yer verilmiş de olsa kanımızca bunun aranması gerekir.

Medeni hukuk tüzelkişileri olan dernek ve vakıfların işlemlerinin ticari sayılması konusunda ise bir karine olmadığından tüketici sayılabileceklerinden şüphe bulunma-maktadır. Gerçek kişi tacirlerin de **mesleki veya ticari amaçlı olmayarak kişisel ya da ailevi amaçlı** yapılmış sözleşmelere taraf olması mümkündür. Bu gibi sözleşme-lerde yeralan mahkemenin yetkisine dair madde bulunmaktaysa**, GİK'nın uygulanması bağlamında tacir olmak ya da olmamak önemli olmadığından** keza şirket olmak ya da olmamak da önem taşımayacağından HMK' nun yetki sözleşmeleri için öngördüğü adi yazılı şekil koşuluna uygun olarak yapacakları sözleşmeye koyacakları yetki kaydı tarafların sözleşmeyi imzalamasıyla yapılmış olacaktır. GİK bakımından yürürlük denetimi bağlamında sözleşmenin kurulmasından önce aydınlatma ve kaydın içeriğini anlama fırsatının diğer tarafa sunulmasının gerekli olduğu da vurgulanma-lıdır. Aksi halde söz konusu kayıt, yazılmamış sayılacaktır. Yetki kaydının sadece tacirlerin aralarında yaptıkları sözleşmelere konulabilmesi; tacir sıfatı bulunan kişinin hayatının hiçbir alanında tüketici olarak tüketici sözleşmesi akdedemeyeceği anlamına gelemeyeceğinden TKHK kapsamında kalabileceği durumlar da söz konusu olabilir.

Bir tacir bir başka tacirle ama mesleki ya da ticari amaçla değil de kişisel ya da özel amaçla sözleşme yapmışsa, bundaki yetki kaydının yürürlük denetimi bakımından sözleşmenin kurulmasından önce sözleşme tarafının aydınlatılması ve kaydın içeriğini anlamasına fırsat verilmesi gerekliliklerı hususunda tacir olmayan birine yapılması gereken aydınlatma ve içeriğini anlama fırsatını sağlama gerekliliğine oranla daha azla yetinmek mümkün olabilecektir. Ancak bu koşulların hiç aranmayacağını söy-lemek kanımızca mümkün değildir.

HMK'na göre taraflardan birinin ya da ikisinin tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadığı durumlarda geçerli bir yetki sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmek mümkün olma-makla beraber; bağıtlanan yetki sözleşmesi gereğince yetkili olduğu gerekçesiyle uyuşmazlık önüne götürülmüş bulunan mahkeme, tarafların kanunda aranan tacir ya da kamu tüzel kişisi olma gerekliliğini karşılamamış olduklarını re'sen göz önünde bulundurmak yetkisine sahip olmalı mıdır? Kanımızca bu soruya olumlu yanıt veril-melidir. Aksi yöndeki görüşe göre ise, HMK.m. 19/IV sebebiyle ancak ilk itirazda bulunulduğunda mahkeme, yetkisinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaktır.

Bu noktada özellikle bankaların, sigorta şirketlerinin özel hukuk tüzel kişisi olmanın yanında tacir oldukları bu sebeple de tacirler (örneğin gerçek kişi tacirle ya da şirketler gibi özel hukuk tüzel kişileri ile) ve kamu tüzel kişileri ile bağıtladıkları sözleşmelere koydukları yetki kayıtlarının durumu ele alınmalıdır. Bunlar hazırlamış oldukları mat-bu sözleşmelerin içine yetki kaydı da koyarak bir gerçek kişi tacirle ya da özel hukuk tüzel kişisi tacirle ya da kamu hukuku tüzel kişisi ile yetkiye dair anlaşma HMK.m. 17 gereğince, yapabilmektedirler. Bu olasılıkta her iki tarafın ekonomik bakımdan eşit konumda oldukları HMK'nca varsayılmış olmakla beraber, kanımızca somut olayda birinin diğerine oranla ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü olduğu haller söz konusu olabilir. Banka ya da sigorta şirketinin önceden çok sayıda hazırlattığı örneğin kredi sözleşmelerine konmuş yetki kayıtlarının kredi kullanacak olan gerçek kişi tacir tarafından sorgulanabilmesi ve kabul edilmemesi gibi bir durum son derece zayıf bir olasılıktır. İşte bu halde BK'nun GİK ile

ilgili hükümlerinden tacirin de yararlanma-sına engel bulunmamaktadır. Hatta 6502 sayılı TKHK bakımından mesleki-ticari amaç sözkonusu olmayıp da özel bireysel ya da ailevi kullanım amaçlı kredi çekimi söz konusu olduğunda, TKHK kapsamında da korunacağı açıktır. Sözkonusu kanunun 5.maddesinde haksız şartla ilgili düzenleme düşünüldüğünde iki önemli unsur dikkati çekmektedir. O da «müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmiş olma» ve «taraf-ların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde DÜRÜSTLÜK kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma». Tabii bir tüketici sözleşmesi olması da gereklidir. Girişimci, sözleşmeyi tek taraflı düzenleme gücünü elinde bulundurduğunda bunu dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanamaz. Bu gerekliliklere uyulmamışsa, mahkeme yetkisine dair kayıt sözleşme içeriği haline gelmemiş ola-caktır; yani yazılmamış sayılacaktır.(BK. m. 20 vd.). Sadece yürürlük denetimiyle yetinilmeyerek söz konusu kayıt sözleşme içeriğine dahil olmuşsa bile, haksız şart olarak niteleyip ve hükümsüz sayabilmek de mümkündür. TKHK. m. 6 gereğini karşılamak bakımından örneğin merkezi İstanbul'da olan girişimci şirket ile yerleşim yeri Adapazarı olan gerçek kişi tacir arasında bağıtlanmış tüketici sözleşmesi İstan-bul'daki mahkeme ve icra dairelerini yetkili kılan kayıt içermekteyse, (aksi de kararlaştırılmış olmadığı sürece) bu halde İstanbul mahkemelerinin münhasır yetkisi de kurulmuş olduğundan dürüstlük gereği orantısızlık yarattığından haksız şart olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Yetkili mahkeme olarak İstanbul mahkemeleri, münhasır yetkisi yetki sözleşmesi ile ihdas edilmiş olan mahkemedir. İhtiyati tedbirden tutun da uyuşmazlığın esası hak-kında karar verecek olan mahkeme, İstanbul mahkemesi olduğunda, bu durum taraflar bakımından dürüstlük kuralına aykırı bir orantısızlık yaratabileceğinden haksız şart olarak nitelenebilir.

İlk koşul, yani "**müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmiş olma**" matbu metinler imzalatıldığında gerçekleşmektedir. Mahkemenin yetkisine dair böylesi bir kuralın, tarafların "**sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini dürüstlük kura-lına aykırı düşecek şekil-**

de" tüketici aleyhine bir dengesizliğe sebep olabileceği de şüphesizdir. Bu unsurlar değerlendirilirken, tüketici nitelemesi de önem taşıyacaktır. Avrupa Konseyinin 87/102/CEE sayılı Yönergesine göre "200-20.000 ECU arasındaki işlemleri yapma" esas alındığından bu limitler dahilinde işlem yapanların tüketici sa-yıldığını belirtildiğinden[2] (hukukumuz bakımından da benzer şekilde limitler öngö-rülmesi uygun olacaktır.

Somut olayda sözleşme taraflarından birinin tacir sıfatı bulunsa da, bireysel ya da ailesel sebeplerden yapılmış olan bir tüketici sözleşmesindeki yetki kaydının, standart sözleşmelerin taraflarca müzakere edilmeden tek taraflı olarak konulan ve sözleş-menin asli unsurları dışında kaldığı açık olan ve bir kararlaştırma olmadığında HMK' nın yetkiye dair hükümlerinin(yedek hükümler) -yetkinin kamu düzeninden olmadığı hallerde- devreye girecek olmasına karşın sözleşmeye konmuş yetki kaydı ile yetkilendirilmiş mahkemenin yetkisini kuran bir kayıt olarak haksız şart olarak değerlendirilebilmesine engel bulunmadığı kanısındayım.

Taraflar arasındaki sözleşmenin konusunun ticari işle ilgili olması, gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkanı vermemektedir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bonolardaki yetki kayıtlarında da bonoyu düzenleyen tarafın tacir olmaması halinde, HMK m. 17 hükmü varlığını koruyacak ve yetki şartı geçersiz olacaktır[3] Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin bir içtihatında[4] takip dayanağı bonoda tarafların tacir olduklarına dair bir ibare bulunmadığı , alacaklı tarafından tacir olduğuna ilişkin bir belge sunulmadığı, Ticaret Odası'ndan gelen yazı cevabında alacaklının

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, Ö. Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1.Bası İstanbul 2009, s. 36 vd.)

[3] Nur Bolayır, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri,İstanbul Barosu Dergisi,2011, C.85,Sayı 5,s.134.

[4] Takip dayanağı bonoda tarafların tacir olduklarına dair bir ibare bulunmadığı gibi, alacaklı tarafından kendisinin tacir olduğuna ilişkin bir belge sunulmadığı, tam tersine Ankara Ticaret Odası'nın yazı cevabı ile alacaklının sicil kaydına rastlanmadığı bildirildiğinden, anılan bononun tacirler arasında düzenlenen bir bono olarak kabulü mümkün değildir. O halde, mahkemece, takip tarihi itibariyle uygulanması gereken HMK.nun 17.maddesi gereğince, takip dayanağı bonodaki yetki şartının geçerli olmadığı, ayrıca borçlunun yerleşim yeri ve bononun tanzim yerinin de Ankara olmadığı hususu gözardı edilerek yetki itirazının kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir. (Yargıtay 12.H.D. 14.03.2012T. 2012/27827E. 2013/4096K.)

sicil kaydına rastlanmadığı bildirildiğinden, tacirler arasında düzenlenmeyen bonodaki yetki şartının geçersiz olacağı vurgulanmıştır.

Yetki sözleşmesi, taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesini etkilememekle bera-ber; aralarında çıkan uyuşmazlığın hangi yer mahkemeleri önünde görüleceğini göster-mesi ile, böyle bir kararlaştırma olmasaydı HMK' nun yetkiye dair hükümlerinin uygulanacağı düşünüldüğünde, taraflarca kanunen yetkisiz bir mahkeme yetkili kılınmak suretiyle, yargılama sürecinin hangi yer mahkemesinde gerçekleşeceğine tesirde bulunulmaktadırlar.

Hangi yer mahkemesi olursa olsun somut davanın tabi olduğu yargılama usulünün gerekleri yapılacağından esasen bunun bir önemi olmadığı da düşünülebilir. Ancak yukarıda verdiğimiz örnek düşünüldüğünde, bunun dürüstlük kuralı bağlamında taraflar bakımından oransızlık yani dengesizlik yaratılabileceği ve savunma hakkının kullanımını ve adalete erişim güçleştirilebileceği gerçeği de yadsınamayacağından haksız şart mahiyetine sahip olabileceği gözden kaçırılmamak gerekir. Tarafların sözleşme yapılırken bulundukları pozisyona yani güç asimetrisi bulunup bulunma-dığına ve söz konusu kayda dair bilgilendirme yapılıp yapılmadığı ile bunu anlama fırsatının diğer tarafa sunulup sunulmadığına bakılmalıdır. Tüketicinin karşısındaki girişimci ne kadar güçlüyse, kaydın oransızlığa sebep olup olmadığı o kadar sıkı değerlendirilmelidir.

Yetki şartının geçerli olup olmadığının, içinde yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığından bağımsız olduğu da unutulmamalıdır. Nitekim taraflar ara-sındaki maddi hukuk sözleşmesinin geçersiz olduğu iddia edildiğinde, bu dahi yetki şartında yetkili olarak gösterilen mahkeme önünde görülüp incelenecektir. Bu, yetki şartının saf usul sözleşmesi olmasının doğal bir sonucu olmakla beraber tebliğ konu-muzla doğrudan ilgili değildir. Usul hukuku hükümlerine tabi olan yetki sözleşmesine HMK' da açıklık veya hüküm olmayan durumlarda maddi hukuk kurallarının uygula-nacağı da kabul edilmektedir. Yetki kaydı, standart şartlardan biri olup; BK ve TKHK hükümleri çerçevesinde değerlendirmeler yapılabilmesi mümkündür.

Tacirin diğer bir tacirle yaptığı kişisel-ailevi amaçlı sözleşmeye yetki kaydının konmasına engel yoktur. Kanun uyuşmazlık konusuna ilişkin bir sınırlama olarak sadece **hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan** uyuşmazlık konusunda yetkili mahke-me kararlaştırıldığının gösterilmesini geçerlilik koşulu olarak 18.maddede düzenlemiş bulunmaktadır. Yani tacir bir başka tacirle ya da kamu tüzel kişisiyle ticari işletmesini ilgilendirmeyen kişisel ya da ailevi amaçlı bir sözleşme yapmış ve buna yetki kaydı konmuş olabilir. Böylesi bir kayıt, genel işlem koşulları(BK.m. 20 vd.) ve TKHK kapsamında değerlendirilebilecektir. BK. m. 20 anlamında müzakere edilmeyerek ve düzenleyenin (örneğin bankanın ya da sigorta şirketinin) ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayıp da karşı tarafa sunduğu sözleşmede yetki kaydı varsa, GİK bağlamında bunun hakkında açıkça karşı tarafa bilgi verilmiş, içeriğini öğrenme imkanı sunulmuş ve karşı taraf da bu şartları anlayarak kabul etmişse, ancak o zaman bu kayıdın hukuki açıdan sıhhatli olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde «GİK olarak yetki kaydı yazılmamış sayılacaktır». Dolayısıyla sözü edilen yer mahkemesinin yetkisi de söz konusu olmayacaktır. Bu halde ise, HMK' nun yetkiye dair hükümlerine göre yetkili mahkeme belirlenecektir. İçinde yeraldığı maddi hukuk sözleşmesi geçersiz olsa bile yetki kaydının geçersiz olmasını gerektiren yukarıda ifade edilen durumlardan hiçbiri yoksa, yetki kaydının geçerli olacağı ve hatta esas sözleşme ile ilgili uyuşmazlığın dahi yetkisi sözleşme ile yetkisi ihdas edilmiş mahkeme önüne götürüleceğinden yine yukarıda bahsetmiştik. Bu iki husus birbirinden farklıdır. İçinde yer aldığı sözleşmenin(kira-eser-hizmet vb) geçersiz oluşu, yetki konusundaki kaydın geçersiz sayılmasını gerektirmezken; biza-tihi yetki kaydının müzakere edilmemiş olması ve GİK kapsamında değerlendirilmesi halinde ise, BK.m. 20-21 gereğince yazılmamış sayılma yaptırımı devrede olacaktır. .

Borçlar Kanunu md. 20-25' deki genel işlem şartlarıyla ilgili hükümlerin tacirler bakımından da uygulanmasının mümkün olması nedeniyle yukarıda belirtildiği tarzda maddi hukuka ilişkin esas sözleşmenin yapılma anında ekonomik ve sosyal gücün sağladığı avantajlar kullanılarak baskı ve etki altında ve müzakere edilmeksizin, ileride çok sayıda

benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayıp da karşı tarafa sunduğu bir yetki kaydı(sözleşmesi)nın yazılmamış sayılması kaçınılmazdır. Tüketici sözleşmesi yapılmış olmak kaydıyla haksız şartla ilgili düzen-lemeler çerçevesinde dahi mahkeme önünde haksız şart olgusuna dayanılabilir. HMK.m. 17 ile, sadece tacir veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceği öngörül-müş yetki sözleşmeleri bakımından, «tüketici» gibi ekonomik ve sosyal manada korunmaya muhtaç gruplarla yetki sözleşmesi bağıtlanması olasılığı neredeyse orta-dan kaldırılmştır. Ancak tamamen de olasılık sıfırlanmış değildir. HMK' nın yetki sözleşmesinin tarafları konusunda getirdiği kısıda uyulmadığında bu husus hakim tarafından resen gözetilecek ve kayıt geçerli olmayacaktır.

Tarafların tacir olması halinde ise, örneğin Banka ya da sigorta şirketinin önceden çok sayıda hazırlattığı kredi sözleşmelerine tek yanlı konmuş yetki kayıtlarının kredi kulla-nacak olan tacir ve kullandıracak olan banka -yani tacir olduğu halde- olması halinde, bankanın isteği hatta dayatması sonucu tacir de olsa kredi çeken ile hiç müzakere edil-meden ve tacir de olsa aydınlatılmadan konmuş bu yetki kaydını BK.m.21 bağlamın-da yazılmamış sayılarak (yürürlük denetimi) koruma sağlamak mümkündür. Aydınlat-ma yükümlülüğü konusundaki beklenti aşağıya çekilebilirse de böylesi bir yükümlü-lüğün bulunmasığı söylenemez. BK. m. 21 bağlamında yürürlük denetimi bakımından değerlendirilme olasılığı bulunmaktadır. Bunun da ötesinde TKHK çerçevesinde hak-sız şart tanımına da dahil edilebilmesi mümkündür.

Yetki sözleşmesi bakımından ekonomik yönden zayıf olanın korunması düşüncesinin ilk halkasını HMK.m.17, sonraki halkayı ise GİK'na dair BK hükümleri oluşturmak-tadır. Bu iki yasal düze-leme birbiriyle uyumlu ve birbirlerini destekler düzenleme-lerdir ve devrededir. Nihayet korumadaki son halka da şartları bulunmak kaydıyla haksız şartla ilgili TKHK'nun hükümleridir.

b) BK Bağlamında Genel İşlem Koşulu Olarak Değerlendirilerek Getirilen Koruma

GİK'in, sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin uyuşması kapsamında olmadığı, dola-yısıyla sözleşme parçası olmadığı sonucuna varılabildiği bütün hallerde, GİK hükümlerinin geçerliliği hakkında bir tartışma artık anlamını yitirecektir. Dolayısıyla öncelikle sözleşme içeriğini doğru saptamak gerekir. Eğer GİK'in sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa, bunların yorum yoluyla denetlenmesi mümkündür (*yorum denetimi*). Yapılacak olan, GİK kullanan aleyhine, yorum yoluyla müşterileri korumaktır. Ancak bütün bunların işe yaramadığı birçok halde ister istemez son aşa-mada GİK'in geçerliliğinin denetlenmesi gerekecektir (*içerik denetimi)*

Üç aşamalı bu denetim bakımından en başta çözülmesi gereken ilk husus, genel işlem koşulu olduğu kabul edilebilecek olan sözleşme koşullarının varlığının aranmasıdır. Taraflar arasında müzakere edilmiş ve pazarlık konusu olmuş bir hüküm söz konusu olduğu sürece genel işlem koşulundan bahsedilemez, denetimi de yapılamaz.

"*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, nitelendirmede önem taşımaz.*"

Genel işlem koşulları kural olarak bir *sözleşme*nin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanır ve bu faaliyet *tek taraflı* olarak *sözleşmenin kurulmasın-dan önce* gerçekleşir. Amaç, *birden fazla sözleşme ilişkisi*nde kullanılacak koşullar saptamak ve bunları karşı tarafın müdahalesine imkân tanımadan *bir kül olarak sözleşmeye dâhil etmek*tir. Bu koşulların nasıl hazırlandığı, kağıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dâhil olup olmadığı gibi hususlar GİK nitelendirmesi açısından önem taşımaz.

Aynı şekilde tarafların mesleği, hangi sıfatla bu sözleşmeyi akdettiği gibi hususlar da önem taşımaz. Zira genel işlem koşulları *nitelendirmesi* bazı objektif unsurların varlığına bağlıdır, tarafların sıfatı bu noktada dikkate alınmaz; buna karşılık GİK'in denetlenip denetlenmeyeceği farklı bir sorundur ve tarafların hangi kimlikle işleme dahil olduğu bu değerlendirmede önem taşıyabilir. Genel işlem koşullarının varlığını kabul edebilmek için karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir. İki tarafın uzlaşarak, pazarlık sonucu belirledikleri sözleşme koşulları kural olarak klasik Borçlar Kanunu denetimi dışında bir denetime tâbi tutulamaz.

Dolayısıyla matbu bir metnin kullanımına rağmen ne zaman bu tür bir bireysel anlaşmanın kabul edileceğini saptamak da önemli ve mümkündür.

Tarafların bazen genel işlem koşullarından bir bölümünü aralarında bireysel anlaşma yaparak değiştirmeleri, bazen bütün metnin tarafların anlaşmasının ürünü olması da mümkündür. Böylesi bir irade uyuşmasının varlığını kabul edebilmek için aranacak koşullar aşağıda ayrıca incelenmelidir.

Görüleceği üzere GİK'in unsurları olarak sayılan bütün özellikler taraflar arasında pazarlık yapılıp yapılmadığını saptamaya ilişkin unsurlardır.

Sözleşmenin somut olayda ne tür bir sözleşme olduğu da önemli değildir. Bir borç-landırıcı sözleşme veya tasarruf sözleşmesi; bir eşya hukuku sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olması fark etmez. Önemli olan taraflardan birinin sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak ve kendi lehine kullanması, diğer tarafın ise sözleşmenin şekillendirilmesinde herhangi bir katkısının olmamasıdır.

Genel işlem koşulları, genelde iki taraflı bir sözleşmede ya da tek taraflı hukuki işlemlerde görülür. Örneğin bir hastaneye yatarken hastanın imzaladığı tedavi sözleşmesi içinde, ölümü halinde cesedinin has-

tane tarafından kullanılabileceğine ilişkin bir beyan yer aldığında veya banka kredi sözleşmesinde bankanın müşterisi hakkındaki bilgileri dilediği gibi kullanabileceği yazılı ise, genel işlem koşulu söz konusu olur. Sık sık bu tür tek taraflı beyanların kişilik hakkına sınırlama getirmeleri nedeniyle serbestçe geri alınması imkânı olsa da, müşterinin GİK' i okumadığı için bu tür bir taahhütte bulunduğundan habersiz olması olasılığı da yüksektir. Dolayısıyla bu ihtimallerde de GİK' in varlığını kabul ederek hakimin resen denetim uygulamasında fayda vardır. Bunların sözleşme kurulmadan önce düzenlenmiş olmaları önemlidir. Ya yazıya dökülerek ya da en azından GİK' nu kullanan tarafından yazılı olmasa dahi belirlenmiş olmak gerekir. Önceden düzenlenmiş olma, sözleşme koşullarının somut bir sözleşme için değil; ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenleniyor olması bakımından bir göstergedir. Bunlar farklı müşterilerle bağıt-lanacak aynı türden çok sayıda sözleşme için bir çerçeve yaratma amacıyla kaleme alınmaktadır. Somut bir sözleşme için bir sözleşme taslağı hazırlamak söz konusu değildir; zira bir sözleşme taslağında amaç, taraflara üzerinde tartışılacak bir metin hazırlamaktır. Oysa genel işlem koşulları, tartışmaya açık sözleşme koşulları değildir. Dolayısıyla genel ve soyut olarak düzenlenir.

Sözleşme koşullarının sadece önceden hazırlanmış olması değil; aynı zamanda taraflardan birinin tek yanlı olarak bunları hazırlamış olması da asli önemdedir.

GİK kitlesel sözleşme olgusunun somut bir yansımasıdır. İşletmenin, akdedeceği aynı türden çok sayıda sözleşmenin koşullarını, rasyonalizasyon amacı ile önceden kaleme alma ve bunları değiştirilme imkânı tanınmadan sözleşmeye dâhil etme, tipik olgudur. Dolayısıyla klasik tanımına göre, ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olan sözleşme koşulları, genel işlem koşulları olarak nitelendirilebilir Örneğin bir meslek örgütü, dernek veya şirket tarafından hazırlanmış veya işletmenin temsilcisi tarafından kaleme alınmış metinleri de kullanmak, kişinin GİK denetiminden kurtulacağı anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla *"tek başına"* ile kastedilen sadece diğer taraf dâhil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanmasıdır.

Düzenleyen ile kullananın aynı kişi olması da gerekmez. GİK'in kamusal bir makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olması, GİK niteliğini ortadan kaldırmaz.

Örneğin Sigortacılık Kanunu m. 11, f. 1 uyarınca sigorta genel koşullarının Hazine Müsteşarlığınca düzenleniyor olması ve bütün sigorta şirketlerinin bunları kullanmak mecburiyetinde olması, bu hükümlerin daha sonra yargısal yoldan denetlenmesini engellemeyecektir. Birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere kaleme alınma, işletme açısından, içeriğini değiştirmeme konusunda bir gösterge olarak kabul edildiği için önemlidir. Buna karşılık önceden kaleme almış olma olgusu, sözleşme eşitliği olgusunu doğrudan ortadan kaldırmaz. "İleride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak *amacı*", burada önemlidir.

Bu amacın var olduğu durumlarda ilk kullanımda dahi GİK'in varlığı kabul edilir. Hatta daha sonra birden fazla kullanımın fiilen gerçekleşmiş olması dahi aranmaz. Birden fazla kullanım için değil de sadece bir seferlik, belirli bir sözleşmede kullanılmak için sözleşme koşulları belirlenmişse, GİK söz konusu olmaz.

Bir kira sözleşmesi akdeden kişinin matbu kira sözleşmelerinden fay-dalanmış olması halinde de, GİK kullanımı kabul edilir; o kişinin ayrıca başka evler de kiralama amacı olup olmadığına bakılmaz. Önemli olan o formülleri hazırlayan kişide birden fazla kullanım niyetinin olup olmadığıdır *"Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. (BK. m. 20/II)*.

Kural olarak bir metnin GİK olduğu ve taraflar arasında pazarlık konusu edilmediğini ispat, bunu iddia edene düşer. Dolayısıyla birden fazla kullanım amacının olduğunu onu kullanan değil, karşısındaki ispatlar. Ortada matbu bir metin var ve ifadesi daha soyut, yani o sözleşmeye özgü ve özel değilse, bu durumda birden fazla kullanım niyeti olan bir metnin varlığı kabul edilir. İki tarafın da üçüncü bir kurum/kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının kullanılması konusunda

anlaşması haline artık bu anlaşma ile ilgili koşulların GİK niteliğini yitirip taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna geldiğini, dolayısıyla bu tür sözleşmelere ilişkin denetim mekanizmalarına tâbi olduğunu kabul etmek gere-kir. Özellikle tacirler arasında bu duruma sık rastlanır.

Aynı şekilde noterlerin veya avukatların, talepte bulunulması üzerine hazırladığı ve taraflar arasındaki menfaatleri dengeleme hedefine hizmet eden matbu sözleşme metinleri, her ne kadar önceden kaleme alınmış olsalar da, bu gibi hallerde sözleşme taraflarından hiçbiri diğerini belirli sözleşme koşullarının uygulanması zorunluluğunda bırakmamakta olduğundan; GİK' e özgü *taraflar arası dengesiz konum oluşması söz konusu olmadığından* kural olarak GİK olarak nitelendirilemezler. İki taraf da üçüncü kişi önünde sözleşmeye müdahale açısından eşit konumdadır, Noterin kendi koşul-larının değişmeden kabul edilmesi konusunda, işletmeden farklı olarak herhangi bir menfaati de yoktur. Ancak bazı durumlarda gerek noterlerin gerekse avukatların bu tarafsız rol dışında sözleşmede yer almaları da mümkün olabilmektedir. İşte bu gibi hallerde artık bir üçüncü kişinin değil doğrudan taraflardan birinin temsilcisi olduğu kabul edilerek bu koşulların da GİK olarak nitelendirilmesi uygun olur.

2-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bağlamında Haksız Şart Olarak Değerlendirilerek Getirilen Koruma

TKHK m. 65 uyarınca "*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu … sözleşme koşulları*" denetlenir. Aynı düzenleme Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 4 (d) bendinde de yer almakta ve AB Yönergesinden esinlenilerek Türk hukukuna aktarılmış bulunmaktadır.

Bu tanım esas alındığında, taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerde hakimin denetim yapması imkânının çok daha geniş olduğu görülür. Her ne kadar bu ihtimalde de olmazsa olmaz şart, *pazarlık konusu edilmemiş olmak ve tek taraflı olarak sözleş-meye dâhil edilmek olmakla beraber ; ilgili sözleşme koşullarının önceden tasarlanmış olması ve*

de bunların birden fazla kullanım amacını hedeflemesi gerekmemektedir. Sadece o sözleşme için ilgili tarafın menfaatlerini en iyi şekilde koruyacağına inandığı sözleşme hükmünü karşı tarafa dayatmış olması, TKHK'daki denetleme açısından yeterli görülmüştür. TKHK çok daha geniş bir çember içinde denetime imkân vermektedir.

TKHK m. 5 de aynı amacı gütmektedir. "Müzakere edilmemiş" hükümlerin haksız sayılabileceğini düzenlemiştir.

Burada GİK kullanmaya alışık, bunların hazırlanması için gerekli hukuki danışmanlığı alabilecek kişiler de karşı karşıya geliyor olabilir. Bu ihtimallerde örneğin bir tacirin diğerine 10 maddelik bir GİK metni yollaması ve "istemediğinizi çizebilirsiniz" diye bildirmesi ve karşı akidin üç hükmü çizip geri kalanına dokunmaması artık tümü itibariyle sözleşmenin pazarlık konusu edilmiş olduğunu kabul etmemizi gerektirebilecektir.

Müşteriye birden fazla GİK'den birini tercih etme imkânının verilmiş olması veya bu tercihin fiyat indirimleri ile cazip hale getirilmesi halinde de (müşteri lehine GİK-yüksek fiyat/müşteri aleyhine GİK-düşük fiyat) taraflar arasında sözleşme koşullarına ilişkin bir bireysel anlaşmanın yapıldığı kabul edilemez.

Yürürlük denetimi, tacirler arası işlemler açısından da emredici olarak düzenlemişse de, tacirler arası işlemler açısından bu aşamaya ağırlık verilmesi doğru değildir. Tacirlerin de GİK karşısında korunması ihtiyacı bulunmakla beraber; bu korumayı asıl sağlayacak olan içerik denetimidir. Sözleşmenin kurulması safhasında ticari sözleşme içindeki herbir GİK kullanımı hakkında açıkça karşı tarafın uyarılması ve içeriği hakkında bilgi edinme imkânı verilmesi, işlem hayatının hızına uygun bir çözüm değildir. Nitekim mukayeseli veriler tacirler arası işlemlerde bu aşamada korumanın sınırlı olduğunu gösterir. Dolayısıyla burada mahkemelerimizin mümkün olduğu kadar «açıkça karşı tarafın uyarılması ve içerik hakkında bilgi edinme imkanı sunulması» bakımlarından esnek davranmasında, çıtayı yüksek tutmamasında fayda vardır. Hüküm-

lerden bazılarının adil olmaması sebebiyle batıl sayılıp sayılmayacağı ise, ayrı bir sorundur. BK m. 25 bu konuya özgülenmiştir: *"V. İçerik denetimi «Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.»* TKHK m. 6, Yönetmelik m. 5 ve 6 ile onun Eki aynı mantıkla kaleme alınmışlardır. AB Yönergesi m. 3 ve 4 yargıcın dürüstlük kuralına aykırılığı tespitte hangi kriterleri esas alacağını göstermiştir. M.19'da haksız şart örneklerini de saymıştır. BK.m. 25'te ise yargıcın eline kriter olarak sadece dürüstlük kuralına aykırılık verilmiştir.

Burada hüküm içi bir boşluğun varlığını kabul etmek ve "dürüstlük kuralına aykırılığın" GİK denetimi bağlamında ne anlama geldiğini somutlaştırmak gerekecektir. Ancak bu noktada öncelikle cevaplanması gereken, m. 25'in hangi tür işlemler açısından önem kazanacağıdır. Zira Tüketici/tacir arasındaki işlemler açısından zaten TKHK m. 6, Yönetmelik m. 6 ve Yönetmeliğin Ek'i hakimin eline önemli kıstaslar vermektedir. Dolayısıyla bu tür işlemlerde içerik denetimi için hakimin ayrıca TBK m. 25'i dikkate alması kural olarak gerekmez.

BK m. 25 çerçevesinde denetlenecek hükümlerin özellikle tacirler arasındaki hukuki işlemler olacağı düşünülecek olursa bu soruya olumsuz cevap verme eğilimi olabilir.

GİK denetimine ilişkin hükümleri doğrudan Borçlar Kanunları içine yerleştiren ülkelerde tüketici/tacir ve tacir/tacir işlemleri arasında denetim kriterleri açısından bir fark gözetilmemiştir. Fark özellikle yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere yürürlük denetimi safhasındadır. GİK'in sözleşme içeriği olması konusundaki beklentiler tacirler arasındaki işlemlerde çok düşüktür. TKHK m. 6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerine de başvurulacaktır. İlgili hüküm içi boşluğu doldururken hakimin başvurabileceği ikinci önemli kaynak kanımca yeni TTK m. 55, f. 1, (f) bendidir. Bu düzenleme uyarınca dürüstlük kuralına aykırı GİK kullanmak bir haksız rekabet olgusu oluşturur.

Taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengelediği ve bir adalet değeri taşıdığı farzedilen normlar *-ki konumuz itibarıyla HMK'nın yetkiye dair kuralları, taraflar arasında yargılama süreci bakımından eşitliğin sağlanması temel düşüncesine hizmet eder-* yerine yetki kaydıyla yetkili kılınmış yer mahkemesinin üstelik münhasır yetkisinin müzakere edilmeden sözleşmeye konmuş olması, içerik denetimi ile bunların geçersiz olarak değerlendirilmesini gerektirebilir. Sapılan denetim normunun *adalet içeriği* belirleyici olacaktır. Örneğin Alman Medeni Kanunu § 307'nin ifade tarzı bunu açıkça göstermektedir: Önemli olan, sapılan yasal düzenlemenin "temelinde yatan asli düşünce" ile bağdaştırılamayan veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan "temel hak ve borçları" sınırlandıran GİK kullanılmış olmasıdır.

Hakimin sadece ilgili sözleşme hükmü olmasa uygulanacak olan yasal hükmü bulması yeterli olmayıp; ayrıca bu hükümde ifadesini bulan değer yargısını, taraf menfaatlerini dengeleme tarzını ve tarafların korunma ihtiyacını da tespit etmesi gerekir. Bu şekilde adalet içeriği daha yoğun olan ve olmayan yedek hukuk kuralları arasında ayırım yapmak da mümkün olur.

Kural olarak sadece kanun koyucunun adil olarak kabul ettiği dengeyi sarsan ve yerine buna tekabül edebilecek bir denge oturtmayan sözleşme hükümleri dürüstlük kuralına aykırıdır[5].

TKHK'nun 73.maddesi 5.fıkrası gereğince , «Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir» . Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, tüketicinin yerleşim yeri mahke-mesi kesin yetkili mahkeme olmadığından bir başka yer mahkemesinin yetkisi de taraflarca kararlaştırılabilir. Bu bağlamda akla yetki sözleşmeleri ile ilgili HMK.m. 17'nin getirdiği kısıtlar gelir. Yetki sözleşmesi yapabilecekler, *tacirler ve kamu tüzel kişileridir*. Bu anlamda tüketici kural olarak tacir olma olasılığı bulunmayan ya da çok zayıf olan kişi olduğuna göre bir tacirin tacir olmayan örneğin tüketici ile yaptığı

[5] Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, s. 160 vd..

sözleşmedeki yetki kaydına HMK izin vermediğinden mahkemece bu gibi bir kayıt mevcutsa geçersiz sayılacağından haksız şart olup olmadığı gibi hususlara dayanmak ve bu yönde ispat faaliyetinde bulunmaya dahi gerek kalmayacaktır. Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır(TKHK.m. 5/1). Haksız şartla ilgili yukarıda yapılan açıklamaların konumuz bakımından kullanılabilmesi olasılığının son derece zayıf olduğunu zaten HMK ile zayıfın korunması amaçlı 17.madde düzenlemesinin bulunduğu; ancak nadir de olsa gerektiğinde BK ve TKHK hükümleri ile HMK düzenlemesinin desteklenmesi gerekebildiğine dair örneklere yukarıda(bkz.s. 11) yer vermiş bulunmaktayız.

KAYNAKÇA

Ayşe Havutçu: Açık İçerim Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Ankara 2003

İbrahim Aşık : "Hukuk Muhakemeleri Kanuna göre yetki sözleşmesi" TBB Dergisi 2011(97), s. 11 vd.

Nur Bolayır : "Hukuk Muhakemleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmeleri "İst. Barosu Dergisi 2011 Eylül- Ekim, S.5, s.146 vd.

Derya Bilgin Güneş : "Yetki sözleşmeleri", İst. Bar.Der. 2012, S.5, s.197 vd.

Oya Şahin Mccharty:Sözleşme Serbestisinin Bir Sınırı olarak Tüketici Hukuku ve Uygulaması, İst.Bar.Der. 2011, S. 5, s.87 vd.

Ömer Çınar: Tüketici Hukukunda haksız Şartlar İstanbul 2009

Yeşim Atamer : Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001,

Turgut Öz: Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları

Mehmet Handan Surlu : Efendim, sayın Prof. Dr. Oğuz Atalay gibi kadim dostum olan Meral Sungurtekin Özkan'a da bu güzel tebliğinden ötürü teşkkür ediyoruz. O da usul hukukunun bir başka açısından genel işlem şartlarını değerlendirdi, bizi aydınlattı. Sağolsun süresini de tam kullandı ve ek süreye bile lüzum kalmadı. şimdi yine genel işlem şartlarını usül açısından bir başka bir yönden bakmak üzere Prof Sema Taşpinar Ayvaz... O da eski tanıdığım eski dostumdur, kendilerine söz veriyorum.

DELİL SÖZLEŞMELERİ – HMK ve GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

SEMA TAŞPINAR AYVAZ: Çok teşekkür ederim sayın başkan bende hem İzmir Barosuna hem de yaşar üniversitesi hukuk fakültesine teşkkür etmeyi bir minnetralık olarak görüyorum hem toplantı hem toplantı dışındaki ilgilerinden ev sahipliklerinden ötürü çok teşkkür ediyorum. Tabi toplantı sonuna doğru kaldıkça hem psikolojik baskıda artıyor yükte var üzerimizde. Onun için bende mümkün olduğunca elbette hazırladığım tebliğe bağlı kalmaksızın artık şu an itibariyle şimdiye kadar söylenenleride dikkate alarak belki Meral hoca gibi çok kısa yapamasamda bende ne söylemek istediğimi biraz net söylemeye çalışarak sizi çok yormamaya gayret edicem. Oğuz hocam söyledi, ispat hakkikaten usul hukukunun aslında maddi hukukunun da çok önemli bi yönü çünkü her ne kadar özel hukuk boyutuyla sözleşmenişn içermesi gereken hususları ssözleşmenin yapısını uzun uzun açıklasanız da –açıklasak da- sonuçta kişileri ilgilendiren hakların hayata geçebilirliği gerçekleştirilebilirliği bu ise malum ispatla gerçekleşiyor ve bir dava da ispat edilebildiği ölçüde bir hakkınızın varlığından ya da korunmasından ya da hukuki korumayı gerçekleştirip gerçekleştiremediğimizden söz ediyoruz. O nedenle hep biz biraz daha hayatı yakın hissediyoruz. Usulcüler daha somutlaştırdığımız için belki ve ispat dediğimiz hakimi ikna faaliyetininde üç temel yönü var Oğuz hocam bunu çok net, açık bir şekilde ifade ettiler. Bir; kim ispat edecek. İki; neyi ispat edicez. Üç; nasıl ispat edicez. "Kim ispat edicek?" sorusunun cevabı malum, ispat yükü ile ilgili ve hocam çok net olarak söylediler. Evet, bu bir maddi hukuk sorunu, yani ispat yükünün usul hukukunda bizede HMK 190'da düznlendi ama esas itibariyle bir usul hukuk sorunu değil, maddi hukuk sorunu. Bir başka mesele; neleri ispat edicez işte o noktada varsayımlar, fiksiyonlar veya birtakım kabullerden söz etti hocamız. Bu da çok önemli ama bu da daha ziyade maddi hukuku ilgilendiriyor. Oysa pür usul hukuku konusu olan bir mesele nasıl ispat edicez meselesi. Bu da "Delilerle." diye cevap verdiğimiz soru. Bu anlamda Meral hocam da söyledi hakkaten. Konu bakımından genel işlem şartları bakımından da son derece önemli yalnızca Borçlar Kanunu 20-25-27 yalnızca maddi hukuk sözleşmelerini

ilgilendirmiyor. Usul hukuku sözleşmelerini de ilgilendiriyor ve esasında delil sözleşmesi de hiç tereddüt etmediğimiz üzerinde hiç tartışma yapmadığımız bir netlikte söylediğimiz bir usul sözleşmesi, yani birincil etkilerine doğrudan doğruya bir yargılama için gösteren asli etkilerini usul hukukunda gösteren bir sözleşme dolayısıyla bu sözleşmenin kurulma biçimi, yapılması, etkileri esas itibarıyle usul hukukuna tabi. Biz bu konuda da hemen Haluk hocama atıfla söyleyeyim, Almanya'da Fransa'da İşviçre'de yok ama Türk hukukunda öteden beri delil sözleşmesi bir açıkça kabul ediyoruz. Çünkü diğer hukuk sistemlerinde delillere biraz daha mesafeli yaklaşılıyor bizde ise malum senetle ispat zorunluluğu 2500 lirayı geçen hukuki işlemlerin senetle ispat zorunluluğu nedeniyle delil sözleşmesinin yapılabilirliği hep kabuledilegelmiştir. Tabi eski yıllardaki içtihadı birleştirme kararı senetle ispat kuralının kabul düzeninden olmadığı karşı tarafın muvaffakatiyle senetle ispat kuralının aşılabileceği konusundaki yaklaşımı ve delil sözleşmesine imkan tanıyan düzenleme ile biz delil sözleşmesini hep kabul ettik usul hukukunda. Bugün içinde 193. madde -HMK 193.madde- açık bir şekilde delil sözleşmesini net bir şekilde düzenledi. Esasında biraz önce söylediğim gibi almanya da tartışmalı Fransada tartışmalı İsviçrede açık düzenleme yok. Ama biz delil sözleşmeleri konusunda terddüte yer bırakmayacak şekilde dedi ki kanun koyucu; bir kanunda belirli delillerler ispatı öngörülen diğer delillerle ispatı mümkündür. Sadece belli bir delille ispatı öngörüğlen hususun ya da her türlü delille ya da genel olarak ispatı mümkün olan başka delillerle de ispatı mümkün olan hususların yalnız belirli bir delille ispatı da kararlaştırılabilir. Doktrinde biz münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımını kullanıyoruz. Ben bu ayrımdan çok aslında delilleri daraltan ya da genişleten delil sözleşmeleri biçiminde bir ayrımın daha doğru olduğunu düşünüyorum. Ama hem karar hem gerekçe bu alışkanlıkla devam ediyor. Münhasır ve münhasır olmayan burada aslında söylenen şu delilleri daraltıryormuyuz, mevcut imkanlarını tarafların davadaki araçlarını daraltıyormuyuz, genişletiyor muyuz meselemiz bu. Bizim katı senetle ispat zorunluluğu kurallarımızın varlığı nedeniyle, aslında delil sözleşmesine duyulan ihtiyaç daha çok senedin kalıbına sığamamamızdan kaynaklanıyor. Çünkü biz diyoruz ki; alacağının varlığını senetle ispat edeceksin. Peki nasıl olacak bu

karşı tarafında imzasını içericek? Hadi biz şimdiye kadar buna elle atılan imza diyorduk, şimdi biraz daha sistem gelişti teknoloji gelişti, elektronik imzada bunun yerine geçer diyoruz. Ama günlük hayatımızın hızı, teknoloji ve bütün gerçekler bize gösteriyor ki; aslında hiç de ticari ilişkiler senet düzenleme imza almak üzerinde gitmiyor dolayısıyla asıl delil sözleşmesi bize bu anlamda çok önemli bir araç. Katı senetle ispat kuralını aşmak için getirilmiş bir araç. Böylece biz alacağımızın varlığını veya hukuki işlemin varlığını ispat konusunda elimizi rahatlatıyoruz. Çünkü diyoruz ki; istersek faksı da kullanırız, ses kayıtlarını da, görüntü kayıtlarını da kullanırız. Oysa biz senetle ispat kuralları içerisine hapsolur kalırsak yalnızca senet diycez. Başka türlü bir açılım imkanımız olmayacak. İşte bu anlamda bu kural bizi rahatlatan bir kural. Fakat şimdi bu konuda da yine ben dünden beri bir Borçlar Hukuku bu konudaki -Oğuz hocam da söyledi- hakkikaten diye de gitti bir şey söylemek istiyorum. Haluk hocam izin versin, biz Borçlar kanundan önce 1 Ekim 2011 yılında HMK madde 193 ile aslında Borçlar Kanunu 20-25 ten daha ileri bir adım atmış olduk. Çünkü HMK 193 dedi ki; taraflar delil sözleşmesi yapabilir, bu sözleşmelerine işte belirli delillerle ispatı öngörebilirler veya yasaklama yoluna gidebilirler. Ama dedi, ispat hakıkkının kullanımını imkansız kılan veya olağanüstü ölçüde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir. Yani aslında Borçlar Kanunu 25 teki yani 20 ve devamındaki engelleyici hükümler, bariyerler bize HMK madde 193 ile geldi. Biz daha öncesinde de bunu zaten kabul ediyorduk, diyorduk ki. Çünkü bizim temel sorunumuz şu; evet, usul hukukunda irade özerkliği, maddi hukukunda da var usul hukukunda da var ama silahların eşitiliği dediğimiz hukuku dinlenilme hakkı, daha doğrusu adil yargılanma hakkının en önemli unsuru taraflar arasında kurulan denge eşitlik ilkesi ve bu anlamda da hukuki dinlenilme hakkı tarafların her ikisininde bilgilenme hakkı olduğunu açıklama ve ispat hakkı olduğunu ve bu açıklam ve ispat sonucu getirdiklerinin dikkate alınmaları konusunda bir hakları olduğunu söylüyordu. Dolayısıyla bizim açımızıdan sorun daha çok eşitlik temelinde ve adil yargılanma hakkı temelinde şekillenmişti. 1 ekim 2011 tarihinden önce de şekillenmişti. Diyorduk ki; ispat hakkını sınırlandıran ortadan kalırdan delil söz geçersizdir. Yargıtay napıyordu? Gerek HMK öncesi genel işlem şartları bakımından, gerekse bireysel sözleşmeler ba-

kımından mümkün olduğunda bu ölçütleri getiriyordu. Örneğin; 1995 yılındaki bir hukuk genel kurulu kararında Yargıtay, bankanın tek taraflı kayıtlarının delil teşkil edemeyeceği konusunda karar vermişti. Demişti ki; bir; burada hukuka uygun bir delil sözleşmesi yoktur, iki; tek taraflı üzerinde düzeltme yaptığı delilleri kullanamazsın. Yine aynı şekilde deliller bakımından verdiği pek çok kararda Yargıtay, evet tek taraflı olarak sadece bu kayıtkar kullanılacaktır, bankanın kayıtları kullanılacaktır, ya da yalnızca bu ticari defterler kullanılacaktır ya da bir taraf yemin teklif etme hakkından feragat etmiştir gibi genellikle ifadeler. Bunlar delil sözleşmelerinde. Burada Yargıtay mesela bankanın delilleri kullanılacaktır ama müstenidatının olması lazım yani sırf delilleri banka çıkardı getirdim kullanıcaksın buna izin vermiyor. Yani bunların desteklenmesi lazım. İkincisi örneğin; sadece bankanın delilleri kaytıları esas alınacaktır ama bunun ispat hakkını ortadan kaldıracak şekilde aksinin ispatının mümkün olmadığı biçiminde yorumlanmayacağını söylüyor Yargıtay. Dolayısıyla özellikle bizim ispat hukuku bakımından deliller bakımından son derece belirleyici olan mesele şu; evet siz şu ya da bu menfaatleriniz gereği delilleri sınırlandırabilirsiniz ama, bu delilleri sınırlandırırken karşı tarafın ispat hakkını tümüyle ortadan kaldıran hiç bir delil kullanamaz hale getiren veya aksini ispata imkansız hale getiren delil sözleşmelerine yapamazsınız diyor Yargıtay. Şimdi burada tabiki yorum meselesi tek tek sözleşmeler bakımından yorum yapılması son derece önemli çünkü şu ifadeler var; işte her türlü bankanın bütün kayıtları veya sadece bir tarafın kayıtları delil teşkil edecek bir kere biz usul hukukunda zaten sözleşmeleri kurarken maddi hukuktakinden biraz farklı olarak belirlilik ilkesine çok önem veriyoruz. Şu açıdan her türlü delil ibaresi bizim için geçerli ve makbul bir ifade değil, her türlü delil diyebilirsiniz ki, evet tanık keşif yemin senet belge mikrofon, ses kaydı, görüntü kaydı bunları söyleyebilirsiniz... Hayır diyoruz, biz delillerin neler olduğunu sayacaksınız. Ben onu anlayabilicem ben yarın bir gün bir uyuşmazlık çıktığında hangi delilleri karşı tarafın kullanabileceğini bilmek durumundayım. Onun için biz usul sözleşmelerinde özel olarak da delil sözleşmelerinde delillerin belirliliği veya belirlenebilirliğine özel bir vurgu yapıyoruz. O nedenle götürü olarak her türlü delil ibaresi bizim için yeterli bir ibare değil. İkincisi ispat hakkını ortadan kaldıran,

sınırlandıran delil sözleşmeleri geçerli değil. Bunun somut olaylarda kararlaştırılması gerekiyor. Şu anlama gelmiyor; yani delilleri sınırlandıramazsınız, hayır mevcut 193'de delillerin sınırlandırılmasına imkan tanıyor. Ama bu delillerin sınırlandırılmasının tek taraflı olamayacağını ve bir tarafı her tülü delillden yoksun bırakmak koşuluyla yapılamayacağını söylüyor. O nedenle buardaki sınır çok hassas, çok zor bir noktadayız deliller konusunda. Mesela sigorta sözleşmelerinde hasarı şu şekilde tespit ettireceksin demiş ama Yargıtay diyor ki fiilen karşı tarafta hayır benim hasarı o şekilde tespit ettirme imkanım yoktu. Fiilen benim hasarlarım olduğu sahaya girme imkanım yoktu. Bu durumda örneğin Yargıtay böyle bir delil sözleşmesinin varlığına dayalı olarak evet sen hasarı tespit ettirmedin. Tutanak tuttrumadın diyerek o delil söz geçerlilik tanımamıştır. Genel olarak Yargıtay delil sözleşmesi geçerliliği konusunda 1990'lı yıllardan itibaren hakkaniyet ve güven prensiplerinden yola çıkmış ve ispat hakkını savunma hakkını sınırlandıran delil sözleşmesinin geçersiz sayma yolunda bir eğilime girmiştr. Ama bunun dışında çok net olarak bayındırlık işleri şartnamesinde söylenen hususlar bu delil sözleşmesidir. Bunu gereğinin yerine getirilmemesi halinde taraf ispat yükü ispatın gereğini yerine getirmemiştir diye davayı reddettiği ve delil sözlemşmelerinin bazen hiç gerçeliliğini tartışmadan kabul etttiği durumlar örnekler olduğunu da görüyoruz. Dolayısıyla delil söz konusu somut olaylar bakımından değerlendirme yapmak çok temel bir ihtiyaç halini alıyor. Çok net bir şekilde yemin hakkından feragat etmiştir. Bu delil sözleşmlesi geçersizdir. Mümkün değil, o dava da kullanılan diğer araçlaırn diğer yılların açık bırakılıp bırakılmadığı aksini ispata imkanın tanınıp tanınmadığı hukuki dinlenilme hakıkının eşitlik temelinde yara alıp almadığına bakarak karar vermek gerkiyor. Bir de şunu söyleyerek bitirmek istiyorum. Ben de şimdi müzakere edilmiş, edilmemiş meselesi bunun da delil söz bakımından önem taşımadığını düşünüyorum. Müzakere edilmiş olsa dahi delil sözleşmesi bu anlamda genel işlem şartları içerisinde kabul edilebilir mi acaba? Hayır bana göre müzakere edilmiş olsa dahi bir tarafın ispat hakkının kullanımını imkansız hale getiren veya önemli ölçüde güçleştiren bir delil sözleşmesinin müzakere edilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Soru olursa açıklama yaparım ben çok vakitten tasarruf edeyim istedim. Ama bilmiyorum oldu mu. Çok teşekkür ediyorum saygılar sunuyorum.

Mehmet Handan Surlu : Genel işlem şartlarına usul hukuku açısından bir başka yönden değerlendiren yine kadim dostum olan şu anda Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi olan Sema Taşpınar Ayvaz'a teşekkür ediyoruz sağolsun birde bu açıdan baktı, değerlendirme yaptı. Şimdi son söz olarak Yargıtayın özellikle 13. Hukuk açısından Dairesi kararlarına yer verecek olan onları bize aktaracak olan o dönem 13. Hukuk Dairesi hakimi şu anda genel sekreter yardımcısı olan mensup olmaktan gurur duyduğum Yargıtayın genel sekreter yardımıcısı olan Özgür Karadağ'a söz veriyorum. Sanıyorum bu uygulama açısından sizlerin zihinlerinizde beliren soruların bir çoğunu cevaplandıracaktır.

YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Yargıtay 13.HD. Tekik Hakimi Özgür Karadağ : Sayın başkan teşekkür ederim. Öncelikle bana bu fırsatı veren Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımını ifade etmem için olanak sağlayan Yaşar Üniversitesinin değerli hocalarına ve bu oranizasyonda emeği geçen İzmir Barosuna teşekkürlerimi sunuyorum. Tüm katılımcıları da saygıyla selmalıyorum. Hemen tabi bana verilen bir görev var. O da uygulamayı burada naklet-mek. Dolayısıyla bir insan hiç bir şey bilmiyorsa evvela haddini bilmelidir. Bizler doktrini anlatmak için gelmedik buraya. Bu kadar değerli hocamız varken teroide böyle, doktrinde böyle diyerek konuya başlamak istemiyorum. Dolayısıyla kitabın ortasından konuşarak uygulamadan bahsetmek istiyorum. Şimdi benden önce konuşan sayın hocalarımızın verdiği bilgiler, sunduğu konularla ilgili hemen somut örnek vermek istiyorum. Delil sözleşmesinden bahsettik tüketici yargılamasında delil sözleşmesine ilişkin yakın tarihli bir kararı aktarmak isterim. Örneğin, mütahitten alınan konutlarla ilgili gecikme halinde kira bedeli kaybına ilişkin olarak tüketicinin açtığı davada Yargıtay, vermiş olduğu kararda taraflar arasındaki geç teslim halinde ticaret odasındaki kira bedellerinin esas alınacağına ilişkin hükmün bir delil sözleşmesi olduğunu sözleşmede özel bir düzenleme olmadığını bu kurala atıf yapıldığını bunun da delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirterek yerel mahkemenin bilirkişi incelemesi sonucunda verdiği kararı bozmuştur. Demiştir ki, orada taraflar arasında bir delil sözleşmesi vardır, sözleşmede hüküm yoktur, Adana Ticaret Odasının kayıtları esas alınacaktır. Kira kaybı hesaplanmasın bu yönde yakın tarihli bir karar vardır. Yine ticari şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olmayacağı noktasında tüketici saikiyle hareket ettiği zaman bu yetki sözleşmelerinin geçerliliği konusunda yakın tarihli bir kararı aktarmak gerekirse yargıtay TTK md.19'da açık hüküm, yani ticari şirketlerin faaliyetlerinin ticari olduğu karinesi dolayısıyla bu hükme atıf yapmak suretiyle ticari şirketler tarafından mal satın alınması veya sözleşme yapılması halinde tüketici sıfatına sahip olunmayacağını ifade etmiştir. Daha önceden beri tartışılan husus şudur; ticari şirketlerin faaliyetleri ticari olduğuna göre burada ancak belki dernekler ve vakıflar anlamında tüketici sıfatına sahip olunup olunamayacağı tartı-

şılmalıdır. Bu da dava dosyasına somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir konudur. Örnek vereyim bir kahvehane işleten kahvehaneye aldığı projeksiyon cihazı ile maç izletiyor daha sonra bu projeksiyon cihazı ayıplı çıkıyor ve bunun için dava açıyor davayı tüketici sıftayla açtıktan sonra mahkamece davanın kabulüne karar verilmekle birlikte Yargıtay burada demiştir ki; "Projeksiyon cihazı ticari amaçlı kullanılmaktadır gelir getirme amaçlı kullanılmaktadır. Dolayısıyla sizin tüketici sıfatınız yoktur. Hal böyle olunca mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilmek suretiyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır." diye karar vermiştir. Şimdi kendi konuma geçiyorum efendim müsadenizle. Tabi genel işlem koşullarında da mutlaka ifade edilmiştir. Ama haksız şart kavramının kısaca tarihsel gelişiminden bahsetmek gerekirse 19.yy'ın başlarından itibaren egemen olmaya başlayan bir anlayış var. Liberal anlayış ve bireysel sözleşme modeli. Fakat bu anlayışın 20.yy'ında büyük değişilikler geçirdiğini, dolayısıyla tarafların eşitliği verekabet anlayışının gücü elinde bulunduranların lehine bozulduğunu görüyorsuz. Dolayısıyla hal böyle olunca tüketicinin hakları, sözleşme ilişkisinde taraf olan tüketicinin haklarının en aza indirildiğiden hatta ortadan kaldırıldığına rastlıyoruz. İşte bu nedenle günümüzde birçok ülkede özlellikle Avrupa ülkelerinde ve ülkemizde de tüketicinin korunmasına dair düzenlemeler yapıldığını görüyoruz. Haksız şartın tanımı 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5.maddesinde ifade edilmiş aynen okumam gerekirse, tüketici ile müzakere edilmede ki en önemli huhsustur, belkide. Bu husus sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürütslük kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici alyehine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları olarak tanımlanıyor. Bu tanımın yine bu maddeye dayanılarak çıkartılan yönetmelikte de aynen tekrar edildiğini görüyoruz. Tanımdan da anlayabileceğimizi gibi haksız şartın unsurlarından kısaca bahsetmemiz gerekirse; birinci husus tüketici ile müzakere edilmemesi -en önemli husus belkide- dolayısıyla tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması gerekiyor bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak tanımlanabilmesi için birinci şart bu. Burda şunu söylemek lazım satıcı sağlayıcı ve kredi veren tarafından bu sözleşme hazırlanacağı gibi bir kuruluş ya da üçüncü kişi tarafından

da bu sözleşme hazırlsnamış olabilir. Dolayısıyla bu sözleşmeyi düzenleyenin sıfatının çokta önemli olmadığını söyleyebiliriz. Zira Yargıtay yine bu konu ile ilglili vermiş olduğu bir karara da tüketici sıfatına sahip bir kişinin mütahitten satın almış olduğu daire nedeniyle noterde re'sen düzenlenen sözleşmedeki cezai şartın sadece tek tarafa ilişkin olduğu mütahitin cezai şart ile yükümlendirilmediği, dolayısıyla bu noterde düzenlenen bu sözleşmedeki hükmün haksız şart olduğuna karar vererek geçersziliğini tespit etmiştir. Yine örnek vermek gerekirse somut örnek vermek gerekirse; kuru temizlemeciye ürün teslim ettiğimiz zaman kuru temizlemeci tarafından daha önceden hazırlanan birtakım fişler var. Bu fişlerin arkasında bir takım hükümler var. Bu fişlerin arkasında yer alan firmanın yükümlülüğünü yani ayıba karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da daraltan hükümlerin haksız şart niteliğinde olduğunu tüketici ile müzakere edilmediğini bu yüzden de geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Bir başka örnek taşıt kredisi sonucunda düzenlenen rehin sözleşmesi. Bunu örnek verebiliriz bu rehin sözleşmesi yapılırken bir matbu sözleşme hazırlanıyor. Noterde de bu sözleşme imzalanıyor. Bu bözleşmede şöyle bir hüküm var ve daha sonrda taraflar arasında imzalanan kredi kartı üyelik sözleşmesi var. Rehin sözleşmesi. Hüküm aynen şöyle; taşıtın üzerine konulan rehnin tüketici ile banka arasında doğmuş doğacak ilerfe doğması muhtemel bütün borçları da kapsayacağı dolayısıyla bir borç mevcut olması halinde rehnin paraya çevrilmesinin mümkün olduğudu yönünde bi hüküm var. Buna ilişkin olarak açılan dava da Yargıtay, rehnin asıl alacağın ödenmesi ile ifa ile birlikte ortadan kalktığını zira rehnin feri nitelikte olduğunu taraflar arasında noterce düzenlenen, ilerde doğacak olan borçlara karşılık olarakta taşıt rehninin kullanılabileceği şeklindeki ifadenin, haksız şart olduğunu, bu nedenle geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Yine bir başka örnek; yüzme havuzunun da dahil olduğu bi spor kompleksine üyelik sözleşmesinde, havuzdan yararlanmak isteyenlerin belli dönemler halinde kan ve idrar tahlilleri yaptırması gerektiği, kan ve idrar tahlillerinin neticesine göre ancak havuzdan yararlanabileceğine ilişkin hükmün haksız şart olduğu iptal edilmesi gerektiğine ilşkin davada bunun kamu sağlığını ilgilendirdiği dolayısıyla burada kişin kendisinin de koruma altında olduğu gerekçesiyle bunun ileri sürmenin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu bu hususun

haksız şart olmadığını belirterek bu yönde hüküm tesis etmiştir. Şimdi devam edecek olursak birincisi dedik; tüketici ile müzakere edilmemesi, ikincisi ise sözleşme hükmünün dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacak şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerektiğidir. Bir hükmün haksız olarak nitelendirilebilmesi için dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekiyor kanundaki tanım bu. Türk Medeni Kanunun 2. maddesine baktığımızda da herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirrken dürüstlük kurallarına uyması gerektiği, bir hakkın açıkca kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ifade edilmiş. Dolayısıyla bu anlamda kısaca söylemek gerekirse, tüketici ile sözleşme ilişkisine giren satıcı sağlayıcı ve kredi vereninde tek taraflı düzenleme hakkını elinde bulundurduğu için bu hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanması gerekiyor. Dürüstlük kuralı 6502 sayılı yasada temel kriter objektif bir ölçüt olarak belirlenmiş ve kanunun genel gerekçesinde de Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasında paralellik sağlanması amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiş. Dürüstlük kuralından bahsedince tabi genel işlem koşullarına da biraz temas etmek gerekiyor. Kamu düzeni ilişkisi ve genel işlem şartları ilişkisinde bir önceki oturumda söz alarak bahsettiğim bir hususu tekrar edeyim. Özellikle ticaret daireleri genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olmadığı, bu anlamda geriye etkili olarak uygulanmayacağını ifade etmiştir. Ancak 13. Hukuk dairesinin özellikle tüketici sözleşmesinde geriye yürümeyeceğine dair bir içtihadı henüz bulunmamaktadır. Fakat 13. Hukuk Dairesinin tüketici sözleşmesinden doğan davalarında örenğin; kredi, banka kredi sözleşmesinden doğan davalarda TBK 88. Maddesinin yani faize ilişkin, temerrüt faizine ilişkin hükümlerinin re'sen uygulanması gerektiğini belirterek bozma kararları mevcuttur. Yani bir tüketici dava açtığı zaman veya tüketiciye karşı bir dava açıldığı zaman ödenmeyen kredi borcu nedeniyle veya kredi kartından doğan borç nedeniyle bir dava açıldığı zaman Yargıtay bunu hakimin re'sen ele alarak faiz oranlarını değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna işaret eden yerleşmiş içtihatları mevcuttur. Yine kira bedelinin geç ödenmesi nedeniyle gecikme faizi dışında ayrıca bir cezai şart kararlaştırılması söz konusuysa, kira akdinde taraflar arasında bu-

nun da kamu düzenine ilişkin olduğunu ve geçersiz sayılması gerektiğini belirten 6. Hukuk Dairesinin yerleşmiş kararları bulunmaktadır. Haksız şartların hukuki niteliğine kısaca değinmek gerekirse, artık teorik tartışmalara girmeden söylemek isityorum. Hem 6098 sayılı Borçlar Kanununda hem de Tüketicnin Korunmasına Dair kanunda genel işlem koşullarının ve haksız şartların hukuki niteliğinin net olduğunu görüyoruz. Bunlar, sözleşme kökenli hükümler olarak kabul edilmiş. Bu neden önemli? Çünkü bir hukuki kurumun temel niteliğini belirlemek o hukukiğ kurumun hükümkerinşn ve hukuki sonuçlarının tespiti açısından önemli. Ancak doktrinde tartışma olmakla birlikte yasa koyucunun bu tür şartların artık sözleşme kökenli hükümler olduğunu net bir şekilde yasaya yansıttığını söylemek mümkün. Haksız şartların denetimini kısaca iki şekilde özetleyebiliriz birincisi idari denetim diğeri ise yargısal denetim ,burada üçlü bir ayrım yapmak istemiyorum . İdari denetim; sözleşme hükümlerinin önceden ilgili makamlarca denetlenmesi ve tüketici için sıkıntı meydana getirecek hükümlerin tespiti halinde bunların genel işlem koşulları içinden çıkarılmasını ifade ediyor bu anlamda çıkarılan yönetmeliklerde de ayrıntılı hükümler mevcut Lale Hocamında daha önce ifade ettiği gibi bu yönetmelikte yargısal denetime ilişkin değil idari denetime ilşkin bir ağrılık verildiği görülüyor. Ancak hemen ifade etmek isterim her ne kadar önceki yönetmelikte haksız şartların tespitine yönelik dava açma imkanının getirildiği bu yönetmelikte bunun ortadan kaldırıldığı anlaşılmakta ise de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Kanununda zaten bu hüküm var ayrıca ve açıkca tespitinin yapılması içinde dava açılabileceği düzenlenmiş. Ben yönetmelikte bu hususun düzenlenmemiş olmakla birlikte kanunda düzenlendiği için daha sağlam olduğunu düşünüuyorum çünkü yönetmeliklerin her zaman değiştiğini dikkate aldığımızda bunun bi avatntaj olduğunu düşünüyorum. Yargısal denetime gelince yasa koyucu tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan kayıtların haksız şart niteliğindeki özellikle hükümlerin tespiti halinde yargısal denetim yoluyla hükümsüz sayılmasını amaçlamış. Ancak 2003 yılına kadar kronolojik olarak baktığımızda bu yönde hüküm bulunmadığını görüyoruz. 2003 yılında 4077 sayılı kanunla 4822 kanunla eklenen 6. madde ile haksız şartlar kurumunun düzenlendiğini görüyoruz bu düzenleme 28 mayıs 2014'te yürürlüğe giren

6502 sayılı yasada da aynen muhafaza edilmiş. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; tüm sözleşme hükümeri değil, sadece tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturan ve tüketici aleyhine dengesiziliğe neden olan sözleşme hükümleri denetlenmelidir. Zira yasa koyucunun amacı, yargıya bir yerindelik denetimi sağlamak değildir. Sadece taraflar arasında dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak sözleşme hükümlerinin denetlenmesini sağlamaktır.

Yargısal denetim unsurlarından kısaca bahsetmek gerekirse; birincisi daha önce de ifade ettiğimiz gibi dürüstlük kuralıdır. 6502 sayılı yasada dürüstlük kuralı özellikle dürüstlük kelimesi de kullanılmak suretiyile... Çünkü daha önce 4077 sayılı yasada iyiniyet kurallarından bahsediliyordu. Biz de kıyas yoluyla MK 2. maddesinde iyiniyet kurallarının kastedildiğini söylüyorduk. Şimdi yasa koyucu doğrudan dürüstlük kelimesini kullanmak suretiyle bir objektif ölçüt olarak dürüstlük kuralını belirlemiş, içerik denetiminde esas olduğunu ifade etmiş. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda devre tatil sözleşmeleriyle ilgili özellikle devre tatil sözleşmeleri yönetmeliği 9. maddesindeki hüküme de atıf yapmak suretiyle (Nedir o? Hüküm, Tüketicinin yönetmelikteki kendisine sağlanan haklardan peşinen feragat edecegine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılacağına ilişkin hüküm.) sözleşme de yer alan bu tür hükümlerin geçersizliğinin her zaman ki burda işaret edilen hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında olmadığı hususstur. Her zaman ileri sürülebileceğini ifade etmiştir. Yine uygulamadan bir örnek vermek gerekirse; dosya masraflarıyla ilgili olarak açılan davada bankalara yöneltilen davalarda zaman aşımının taraflar arasında akdi ilişkide bulunduğu gözetilererek 6098 sayılı BK gözetilerek 10 yıl olduğunu dolayısıyla taraflar borçlarını ifa etmiş olsa kredi sözleşmesi nihai bulsa bile, bu zamanaşımı süresi içerisinde dosya masraflarını tahsili talepli dava açılabileceğini hükmetmiştir. İstisnai bir tane karar vardır. Sincan Tüketici Mahkemesi tarafından verilmiş, benim takrtir ettiğim dosyadır. O dosyada ki özel bir durum nedeniyle orda davanın reddi kararı onanmıştır. Ancak temel ilke yaklaşım zamanaşımının 10 yıllık süre içerisinde dosya masraflarının tahsili talebi dava açılabileceği

yönündedir. Sözleşme ifa edilmiş bitmiş olsa bile. Yine tarımsal kredi sözleşmesi tacir sıfatına sahip kişinin açtığı bir dava da Yargıtay, kredi sözleşmesi devam ederken yapılandırma protokülüne ilişkin metinde, tacir olan kişinin yapılandırma komisyonunun kendisinden alınacağına dair bilginin kendisine verildiği bunu kabul ettiği beyanından sonra dönüp dava açmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı, iyiniyet kurallarına aykırı olduguna işaret ederek, davanın reddi gerektiğini belirtmiştir. Yanlız burda altını çizmek isterim, burda bir tüketici işlemi değil, ticari nitelikte bir kredi söz konusudur. Burda bir ikinci kriter olarak dürüstlük kuralnın yanına oransızlık kavramından bahsetmek gerekir. Orantısızlık kavramı dürüstlük kurallarıyla sıkı bir bağlantı içindedir. Dolayısıyla hakim dürüstlük kuralının tek başına değil oransızlık kavramıyla birlikte değerlendirmelidir. Eğer sözleşmedeki hülküm açık bir oransızlığa neden oluyorsa ancak haksız şart kabul edilmelidir. Uygulamadan hemen örnek vermem gerekirse 'hayat sigortalarıyla ilgili' açılan davalarda Yargıtay bu hususa işaret ederek tüketiciden hayat sigortası priminin tahsil edilmesinin açık bir oransızlığa neden olmadığını, burda tüketiciyi de koruyan bir hüküm bulunduğunu, dolayısıyla burda sigorta bedelinin sigortada bedelini tahsiline yönelik davada davanın reddi gerektiğine karar vermiştir. Yine bunun bir başka gerekçeside bu sigorta primlerinin tahsisine ilişkin açılan davalarda kişi sigortanın koruma süresinden yararlanmakta bir yıl yada iki yıl sigorta priminin kendisinden tahsisine rıza göstermekte bu koruma bittikten sonra dönüp dava açmaktadır. Şimdi hal böyle olunca eğer siz bu primin tahsiline karar verirseniz tekrar bankadan tüketici lehine sebebsiz zenginleşmeye neden olacaksınız. O yüzden Yargıtay bunu da gözeterek sigorta primleriyle ilgili böyle bir karar vermiştir. Tabi burda bir hususu belirtmek isterim. Yargıtay kararlarını biz genellikle eleştriyoruz. Haklı olduğumuz yönlerde var ama, şunu belirtmek isterim, Yargıtay taleple bağlılık prensibine göre hareket etmektedir. Özellikle hukuk yargılamasında. Dolayısıyla taraflarca ileri sürülmeyen temyiz dilekçesine konu edilmeyen bir nedeni Yargıtayın re'sen ele alıp bunu bir temyiz nedeni olarak görmesini beklemek ve bunu da bir bozma nedeni yapmasını beklemek haksızlık olur diye düşünüyorum. Örnek vermem gerekirse; bu dosya masraflarıyla açılan davalarda faizin dava tarihinden mi, yoksa kesinti tarihinden itibaren mi

uygulanacağına ilişkin davalarda taraflar talep etmediği için veya faizin türü konusunda temyize konu edilmediği için bu husus Yargıtay bu hususta bir değerlendirme yapmamıştır. Bu yüzden uygulamada sanki faizin yasal faiz olması gerektiği veya sebebsiz zenginleşme kurumu gereği tahsil tarihinden faize hükmedilmesi gerektiği yönünde bir yanlış algılama söz konusu olmuştur. Aksine Yargıtayın yaklaşımı bu konuda şudur: Faiz ticari faiz niteliğinde olabilir, dosya masraflarının tahsisine yönelik davalarda ve daha önce usulune uygun bir temerrüd söz konusu değilse dava tarihinden itibaren faize hükmedilmelidir. Son durum budur. Sayın başkanım ben uygulamaya yönelik açıklama yaptığım için süremi aşmış olabilirim tamamlayayım isterseniz. İzmirdeyiz madem İzmirle ilgili bir içtihattan bahsetmek isterim. Kısaca bahsedicem. Açıklık kuralından bahsederken bundan bahsetmek isterim. İz-Su tarifeler yönetmeliğinde abonelerle ilgili yapılan sözleşmelerde faize ilişkin yani gecikme zammının ne şekilde tahsil edileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamış. Aksine İz-Su tarifeler yönetmeliğine atıfta bulunmak suretiyle faizin gecikme faizi hesaplanacağı belirtilmiş. Şimdi Yargıtay, bu konuda verdiği kararda taraflar arasındaki sözleşmelerde bir hüküm bulunmadığı, sadece atıfta bulunulduğu bununda açıklık niteliğini sağlamadığı dolayısıyla tarifeler yönetmeliğinde gecikme zammının 6183 sayılı yasaya göre hesaplanacağına ilişkin hükmün, haksız şart olup bu olayda uygulanamayacağını, ancak çoğun içinde azında bulunduğu prensibinden hareketle yasal faizin istenebileceğine dair karar vermiştir. Sorular gelecektir mutlaka. Diğer uygulamadan örnekleri sorular gelirse aktarıcağımı ifade edeyim. Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyor. Saygılarımı sunuyorum.

TARTIŞMA SORU/CEVAP

Mehmet Handan Surlu : Değerli arkadaşımıza teşekkür ediyoruz. Programa göre şimdi tartışma soru ve cevap bölümü var. Burda özellikle şunu belirtmek istiyorum. Soru ve cevaplarda soruların net olmasını, korsan tebliğ sunulmamasını özellikle onu rica ediyorum. Mümkünse yazılı verin, yoksa teker teker. Evet buyrun.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu : Efendim benim iki tane sorum olacak. Biri Sema Hanıma. Şimdi çok iyi anlattınız ancak ben usulcu olmadığım için, her ne kadar avukat isem de pek iyi sezemedim. Şimdi çok sık rastlanan br kayıttan söz edicem. Gene o meşhur kurumun bütün kredi sözleşmelerini yazan bankanın kayıtları delil olur. Şimdi o kadar ayrıntılı anlattınız ki acaba bu baştan itibaren böyle bir şey hükümsüzdür, geçersizdir mi denilecek, yoksa karşı tarafın aksini ispat etme hakkını ortadan kaldırmadığı için böyle bir yorum yapılabilecek mi merak ediyorum. İkinci sorum da değerli Hakim kardeşim Özgüre. Çok sağolsun bilmediğimiz şeyleri bize anlattı uygulamadan özellikle. Şimdi diyor ki efendim, Yargıtay taleple bağlı ilkesini uyguluyor. Ben hakikatten bunu önce tetkik hakimi, sonra yargıtay hakimi olan çok sevgili öğrencilerimden de duymuştur. Hatta şu anda profesör ya dedim afedersiniz yani o yüzden herhalde bütün avukatlar maalesef ben hariç daha alışamadım. Dairemizce re'sen saptanıcak denilen kararın bozulması diye bir şey koyuyoruz. Acaba yani şimdi ben bunu koymazsam sizin re'sen hukuku uygulama yükümlülüğünüz yokmudur? Merak ediyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz : Hocam öncelikle şunu söyleyeyim. 193.maddenin 2. fıkrası ispat hakkını kullanımını imkansız kılan veya güçleştiren delil sözleşmelerini geçersiz saymıştır. Bu konuda bir tereddüt yok. Böyle bir sözleşme yok. Peki geçersizliği kabul ediyorsunuz, usul hukukundada. Peki ne olacak? Yani neyi nasıl ispat edecek? Bu söylediğim kapsamında geçersiz olunca da genel hükümlere doğru yöneleceğiz. Eğer bu bir münhasır delil sözleşmesi idiyse, biz zaten usul hukukundada bunu doğru şekilde açıklamalar yapıyorduk. Burada tabi

münhasır delil sözleşmesi delilleride kısıtlayan bir sözleşme olduğu için bunun münhasır olmayan delil sözleşmesi biçiminde yorumlanabileceği de söyleniyor. Ama bana göre hani böyle geçersiz bir sözleşmeyi bu kez münhasır olmayan delil sözleşmesi diye genişletmek yerine, yasal delil ilkelerine dönmek daha doğru diye düşünüyorum. Teşekkürler.

Yargıtay 13. HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Sayın hocam sorunuzdaki iğnelemeyi görüyorum ama teknik bir cevap vermek istiyorum. Tabi birazda latife ediyorum sayın hocamın affına sığınarak. Şimdi teknik olarak söylemek gerekirse, burada taleple temyiz nedenleriyle bağlılık hukuk yargılamasına temel ilke anlamında. Yoksa Yargıtayın re'sen gözeteceği, kanundan açıkça düzenlenen genel ahlak kamu düzenine ilişkin hükümler zaten Yargıtay tarafından re'sen gözetilecektir. Ancak örnek vermek gerekirse; farazi değil örneğin, faizin türünü davacı ya da davalı bir temyiz nedeni yapmadıysa faizin türü kamu düzeninine ilişkin re'sen ele alması gerekn bir konu olmadığı için Yargıtay bu konuya girememektedir. Benim konuşmamda ifade etmek istediğim husus buydu. Dolayısıyla Yargıtay kararları eleştirilirken bunun temyiz konusu yapılıp yapılmadığı genellikle bilmiyoruz. Bilmemizde çok mümkün değil. Dolayısıyla Yargıtay, bu hususu neden bozma nedeni yapmadı demek, Yargıtayın sadece o dosyaya ilişkin olmak üzere verdiği kararı emsal kabul etmek, bu anlamda bizi yanlışa götürebilir. Bu anlamda söylemek istemiştir. Şimdi belirtlmese bile Yargıtayın temyiz incelemesini nasıl yapılacağı kanunda belirtilmiş. Dolayısıyla o söylenmesde de dahil kanundan doğan yetkiyi Yargıtay her zaman kullanacaktır. Ancak sanıyorum bir alışkanlık olduğu için re'sen dikkate alınacak denilerek hukuk yargılamasında yazılıyor. Ceza yargılamasında bunun bir anlamı var. Ama hukuk yargılamasında bir el alışkanlığı olduğunu ben düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Mehmet Handan Surlu : Efendim bu konuda sayın hocamızın da bir ekleme yapma arzusu var. Kendisine sözü veriyorum

Prof. Dr. Oğuz Atalay : Haluk hocamın sorusu tabi iğneyi bilmiyorum, ama şöyle anlamlı bir soru. Çünkü gerçektende re'sen dikkat

edilecek diğer sebeplere binayen diye temyiz dilekçesine yazılır. Bizde temyiz yargılaması ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılama değildir. Dolayısıyla bizim hukuk yargılamamızda daha doğrusu hukukun uygulanmasında yani soyut hukuk kuralının somut olaya bağımsız hakim tarafından uygulanması ve hüküm verilmesi dedimiz yargılama faaliyetinde maddi anlamdaki hukuk faaliyetinde hukuk özel hukukta, evet taleple bağlılık ilkesi var. Fakat tarafların idda etmediği birşeyi hakim şahsen öğrense bile dikkate alamaz. Talepte de sen 10 lira istedin benim gönlümden 15 koptu diyerek karar veremez. Fakat Yargıtaydaki yargılama bu anlamda hüküm yargılaması değil. Hukuksal denetim yargısıdır. Yani yargı fonksiyonu aslında ilk derece mahkeme tarafından yerine getirilir. O fonksiyonun doğru yerine getirilip getirilmediği denetleme yargısı dediğimiz temyiz mahkemesi tarafından denetlenir. Temyiz mahkemesi hüküm vermez. Vermemesi gerekir. Türk Yargıtayı hüküm verir. Şimdi böyle olunca böyle olması gerekirken diyip karar veriyor bizim Yargıtayımız. Şimdi bunun kitapta yeri yok. Hiç olmadı. Ne Neuchatel'de vardı ne şimdi İsviçre Federal Kanunlarda var, ne de bizim HUMUK da var ne de HMK'da var. Ama şimdi bir de gerçek var. Hüküm veriyor Yargıtay. Böyle hüküm verilmesi gerekirse böyle olması hukuka uygun bulunmamıştır diyor. Şimdi temyiz sebepleri eski kanunda tek tek sayılmamış idi. HUMUK'da. Tam bir katalog yoktu elimizde ve şöyle bir sınıflandırma var: Mutlak bozma sebepleri, Nisbi bozma sebepleri. Maddi hukuka ilişkin bozma sebepleri, Usul hukukuna uygun bozma sebepleri. Kitaplarda yer alan bozma sebepleri bunlardı. Mutlak bozma sebepleri; siz mahkeme görevlidir, görevli değildir tartışmasına girmeseniz bie Yargıtay bunu re'sen dikkate alacak. Fakat hakimin somut vakalaya uygulamak üzere belirlediği hukuk normunun doğru seçip seçmediği. Ben temyiz ediyorum bence yeterlidir. Temyiz ediyorum, karar bozulmaldır takdir edilecek sebeplerle denmelidir. Şimdi temyiz incelemesi niçin yapılıyor; hukuki ilke denetimi yapıyor. Bizim Yargıtayımız şimdiye kadar belki bi süre daha devam edecek. İstinaf mahkemelerinin bulunmamasının getirdiği o fonksiyonu da üstlenerek bu hassasiyetle davrandığı için zaman içinde fonksiyonu başkalaşım göstermiş, istinaf ve temyiz karışımı bir inceleme ve denetleme yargısı fonksiyonu ifa etmiştir. Bunu tabiki mahkememizin gerçekten doğru karar verebilmelerini içtihat birliğinin

sağlanması için yapmıştır. Kendi üzerine durup duruken iş alsın yoksa. Fedakarlık yapmıştır işin doğrusu. Ancak öyle bir düzenleme yeni HMK 369 da var. Düzenleme nasıl: Yargtay tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp kararları diğer hususlarda inceleyebilir. Zaten böyledir. Bu bizim komisyona getirdiği bir yenilik değil, baştan beri böyleydi. Fakat talepten fazla Yargıtay talebe karar vermez. İlk derece mahkemesi karar verir talebin ne olduğuna. Yargıtay mesela faiz türüne somut örnek olarak. Faizin ticari faiz mi, adi faiz mi buna karar verir. Şimdi faiz haksızdır diye bir itiraz var. Faiz uygulanması bir yönden bozulmasını istiyorum dedi veya karar kanuna aykırıdır dedi. Temyiz talep etti. Şimdi Yargıtayın fonksiyonu nedir teorik olarak? Somut olaya doğru kanun maddesi uygulandı mı, uygulanmadı mı?E siz ticari işlerdeki kanun maddesini adi işlere uygularsanız, doğru kanun hükmü uygulamamışsınız demektir. Bu aslında meseleyi maddenin takdirinde hata, yani eski HUMUK'taki bu delillerin takdiri diye de bu Yargıtayımız tarafından genişleterek kullanır. Hakim delilleri takdirde hataya düşmüştür. Böyle bir yetkisi hiç olmadı Türkiye Cumhuriyeti tarihinde kanuni yetkisi olmadı. De facto oldu .İyi mi oldu? İyi oldu. Birçok vakada iyi oldu. Bazı vakalarda belki kötü oldu. Dolayısıyla ben hocamın sorusunun bu anlamda önemli bir soru olduğunu vurgulamak istedim. Aslında Yargıtay tarafların ileri sürmediği temyiz sebeplerini de kanuna aykırı görse bozma sebebi yapabilir. Buna yetkisi var. Yapıyor mu? Yapmıyor. Çünkü ilk derece mahkemesi gibi kendisinden ne talepte bulunursa, ondan fazla karar veremeyeceğini kabul etmiştir bi kere uygulamada. Böyle bir kanun hükmü olmadığını ben vurgulamak istedim. Teşekkür ederim.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Sayın Başkan bir konuda açıklama yapmak istiyorum. Şimdi genel tavır Yargıtayın her işe karıştığı, daha doğrusu genel kanı. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi hakiminin verdiği kararda takdir hakkına kadar girdiği. Temyiz mahkemesi görevini yerine getirmediği yönünde genel bir eleştri var. Şimdi bütün bu eleştriler ortadayken bir de Yargıtay temyiz talepleriyle de bağlı olmaksızın kendisi iyice dosyanın içine girsin sonra da talep olmadığı halde re'sen bazı konuları ele alsın faiz de düzeltsin, diğer konularda da düzeltme yapsın demek, bence Yargıtayı -zaten bu iş yükünün altında

ezilen Yargıtaya yeni görevler yüklemek- biraz hakkaniyete aykırı oldu diye düşünüyorum. Örnek vermek gerekirse; taraf ticari faiz talep etmediği halde, yasal faiz talep ettiği halde, "Hayır bu işte ticari faize hükmetmek gerekirdi. ey hakim, sen bunu yanlış yaptın. Ben bunu düzelterek onuyorum, ticaret faizine hükmediyoruz" deriz bunu kabul edersek.

Prof. Dr. Oğuz Atalay : Çok özür dilerim amacını aştı. Taraf ilk derece yargılamasında böyle bir talepte bulunmadıysa böyle bir şey Uganda Cumhuriyetinde bile yapılmaz. Yanlış anlaşılmasın. Ben böyle bir şey söylemedim. Benim söylediğim şudur; ilk derece yargılaması taleple bağlıdır. Yargıtay taleple bağlı değildir. İlk derece yargılamasında olmayan bir talebi Yargıtayın dikkate almaması çok doğal bir şey.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Temyiz talepleriyle alaklı söyledim ben.

Prof. Dr. Oğuz Atalay : Temyiz konusunda taleple bağlılık yok. Dünyanın hiçbir yerinde yok. Bakın çok özür dilerim, bu bir tartışma yıllardır bitmeyecek bir tartışma. Bitmeyecektir.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ben usul işine karışmıyorum. Usul usulculerindir. Şimdi ben Yargıtayla ilgileniyorum. Şimdi lütfen söylermisiniz sayın Hakim bey, yargısal denetimi genel işlem şartlarının standart sözleşmelerden çıkarılması konusunda nerde dava açılmasına yönelik hüküm var kanunda? Kanunda bakanlık tedbir alır diyor. Dava açar demiyor. Bana bulursanız çok sevineceğim onu. Bulamayacaksınız geçiyorum.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Hocam cevap veriyorum. 73/6 Tüketici örgütler-uzatmadan söylüyorum -Tüketicileri ilgilendiren bu kanuna aykırı bir durum doğma tehlikesi olan hallerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyatı tedbir kararı alınması…

Prof. Dr. Lale Sirmen : Ticari uygulamalar.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Yok yok genel olarak Tüketici Mahkemelerinin görevini tanımlayan maddede diyorki; bunun önlenmesine doğması tehlikesi hallerde önlenmesine veyahut durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler. Bu maddeyi kastettim.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Anladım o maddeyi kastettiniz. Siz ordan gideceksiniz. Ordan gidip hallediceksiniz ama siz ordan giderken Bakanlık "Hayır bu haksız şart değil." diyecek. Ne yapacaksınız onu bilemiyorum. İdari yargıyla gene birbirinize gireceksiniz ordan gidip. Çünkü öyle bir hüküm vardı. Ama o kaldırıldı. Siz genel bu hükümden gidiyorsunuz. Eskisinde de bu vardır.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Şahsi kanaatimi söyliyim sayın Hocam. İdari denetimden geçirilmiş olması içerik denetimi yapılmayacağı anlamına gelmiyor .Zira bu konuda Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 95 tarihinde vermiş olduğu Sigorta Sözleşmelerine ilişkin bir kararı var. Diyorki; "Genel işlem şartları olarak sigorta sözleşmesinin hükümleri ben denetliyorum ve bunu hukuka aykırı buluyorum." demiş ve iptal etmiştir.

Prof.Dr. Lale Sirmen : İdari denetim değil bu farklı bir şey. Bu yargısal denetim yerine Bakanlığın kendisini koyması. Çok ilginç bir durum. Neyse onun üzerinde durmuyorum fazla ve devam ediyorum. Mutlu oldum demek ortalık karışacak sizde oradan gideceksiniz o 73 den gideceksiniz. Böyle aşmaya çalışacaksınız. İkincisi, abonelik sözleşmelerinin yönetmeliğinde bir hüküm var. Temerrüd faiziyle ilgili. Diyorki; amme alacaklarının tahsilinde kanunda uygulanan faiz oranı uygulanacak. Onu nasıl aşacaksınız? Yönetmelik diye mi aşacaksınız onu da? Yönetmelikte yeni bir madde gelmiş abonelik sözleşmelerine ilişkin yönetmelikte. Temerrud faizinin amme alacaklığının tahsilatını kanundaki faiz oranındaki faiz oranında alınır. Tüketiciden öyle alınacak inşallah. Demekki siz de onu yönetmelik diye aşmaya çalışacaksınız.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Az önce ki örneği o yüzden verdim hocam. İZ-Su tarife yönetmeliği hatırlatayım hazır izin verirseniz. İz-Su tarifeler yönetmeliği dedim. Taraflar arasındaki sözleşmede bu yönde hüküm bulunmadığı tarifler yönetmeliğine atıfta bulunduğu. Ancak tarifeler yönetmeliğindeki bu hükmün esas sözleşmede gösterilmediği için açık ve anlaşabilir olmadığı gerekçesiyle Yargıtay demiştir ki; "Sen burda amme alacaklarının tahsiline göre faizi tahsil edemezsin ancak çoğun içinde azda vardır gerekçesiyle faiz talep edildiğine göre ancak yasal faiz faize hükmedebilirsin." demiştir.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Devamlı ücretler konusunda denetim yapıyorsunuz görüyorum sık sık. Faizlerle ilgili denetim yapıyorsunuz. Acaba eski kanun zamanında yönetmelikte düzenlediği için mi, kanunda öngörülen bir sınırlama olmadığından ben bunu da denetlerim edim karşı edim dengesinin denetlenmesi anlamında yönetmelik de olduğu için mi siz kendinizi bu konuda yetkili görüyorsunuz? Yönetmelik kanunu sınırlayamaz diyerek. Eğer öyleyse yeni kanun da düzenlenendi. Bu konuda ne yapmayı düşünüyorsunuz?

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Hemen cevap veriyorum. Şimdi sayın Hocam öncelikle bu BBDK yönetmeliğiyle ilgili Danıştayda açılmış bir dava var. Dolayısıyla bu bankaların alacağı ücretlerle ilgili olarakda yaptıgı belirlemeye ilişkin bir dava devam ediyor idari yargıda. Dolayısıyla yönetmeliğin kanuna aykırı olduğu açık. Tüketici kanununun ruhuna aykırı olduğu açık. Yönetmelik iptal edilirse zaten bu tartışmalar da son bulacak. Bize dönersek şimdi, o kararları ben yazdım. Dosya masrafları yapılandırma ücretleri, ekspertiz ücretleri ile ilgili kararları ben yazdım, için rahatlıkla cevap verebilirim. Şimdi ilk dosyalar bizim önümüze geldiği zaman sözleşmede bir kararlaştırma yoktu. Yani tüketiciden alınacak masraflar sözleşme metinlerine yazılmamıştı. Dolayısıylada biz evvela buradan hareket ettik. Tüketiciye bildirilmediğine göre açıkça belirtilmediğine göre siz bu kalemleri tüketiciden tahsil edemezsiniz dedik. Bu kere bankalar bunun sözleşme metnine yazmaya başladılar. Fakat burda yazarken tabi olağanüstü rakamlar ortaya çıktı. İkiye ayıralım. Birincisi dosya masrafı dediğimiz sözleşmenin başında alınan

masraflar. İkincisi ise yapılandırma bedelleri. Dosya masrafları ile ilgili olarak kriterlerimiz şunlardı. Makul olacak, belgeli olacak ve zaruri olacak. Yanlız bu üçününde bir arada bulunması gerekiyordu. Tüketiciye korumaya yönelik bir yorumdu bu. Şimdi yerel mahkemeler uygulamada bunların herbirini ayrı ayrı esas aldılar.Bizim burada bahsedeceğimiz edim, karşı edime ilişkin bir dengeleme değildi .Yani yasada böyle bir evet hüküm var. Mahkeme, edim ve karşı edime ilişkin kararlaştırmaya müdahale edemez, diyor. Ama burada edim ve karşı edimden anlaşılması gereken belkide bu ayrı bir tartışma konusu ama krediye esas miktar ve faiz oranı. Çünkü eğer kredi sözleşmesinde edim nedir diye soracak olursak iki şey karşımıza çıkıyor. Birtanesi verilecek para. İkincisi onun karşılığında ödenecek faiz. Dolayısıyla yan edim olarak düşünülebilir ama bu da ayrı bir hukuki tartışmanın konusudur. Dolayısıyla biz burada asla edimi ve karşı edimi dengeliyelim dolayısıyla piyasaya müdahale edelim gibi saiklerle hareket etmedik. Burada sözleşmeye hiç yazılmıyordu, tüketici bilgilendirilmiyordu. Şahsi kanaatimi söyliyim. Borçlar kanunu yürürlük denetimi gelmese bile Tüketici Kanununda genel hükümlere yapılan o atıf olmasa bile Borçlar kanunun 1. Maddesine gidin. Orda diyor ki, sözleşme tarafların iradesiyle kurulur. Dolayısıyla siz eğer tüketiciye zaten bildirmiyorsanız, bu masrafların alınacağını konusunda aydınlatmıyorsanız, sözleşme zaten tali noktalarda kurulmamış demektir. Yani bu hükümler olmasaydı bile biz Yargıtay olarak buna müdahale ederdik ve bu masrafların tahsili yada tüketici iadesine gerektiğine karar verirdik. Bizim oradaki saikimiz o değildi. Dolayısıyla baştan hiç yazılmıyordu. Sonrada yazılmaya başlandı. Bu seferde çok büyük rakamlar çıktı ve belgesiz. Bizde dedik ki bunu kanıtla. Kanıtla dedik. Kanıtlayamayadığı için tüketiciden tahsilin hukuka uygunluğu yoktur, dedik.

Prof. Dr. Lale Sirmen : Aslında şu anda kanunda yer alan düzenlemeye o ikinci denetiminiz kanunda yer alan yanlızca tüketici sözleşmeleri açısından. Öteki için düşünemiyorum, çünkü Borçlar Kanununda öyle bir şey yok. Tüketici kanunu açısından denetleme ters bir durum var orada. Çünkü tacirle tacirin arasındakini denetleyeceksiniz, tüketici de olmayacak. Kanuna aykırı olacak o zaman yaptığınız.Y ani onu işaret etmek istiyorum. Buna rağmen onuda bir düşünün. Teşekkür ederim.

Yargıtay 13 HD Tetkik Hakimi Özgür Karadağ : Ben teşekkür ederim. Burda bir uygulamada karşılaştığım ilginç bir olaydan bahsedeyim. Şimdi malum dosya masraflarına ilişkin bankalar sonradan dolduruyorlardı. Elleriyle. Tüketici de diyordu ki bana verildiği zaman bunlar yoktu. Bunlar sonradan yazdı. Şimdi malum senede karşı senetle ispat zorunluluğu var. Tüketici bunu ancak yazılı belge ile ispat etmek zorunda. Tanık dinletemiyor .Fakat önümüze gelen olayda şimdi kredi sözleşmesi eski TL zamanında imzalanmış. Fakat sonradan doldururken banka görevlisi oraya YTL yazmıştı. Dolayısıyla sadece o dosyaya özgü biz dedik ki, burda da sonradan doldurulduğu aşikardır, dedik ve davanın kabulüne ilişkin karar vermiştik. Teşekkür ederim.

Mehmet Handan Surlu : Başka sorusu olan? Bir kişiye daha söz vereyim buyrun.

Dinleyici: Böyle bir etkinlik gerçekleştirdiği için Yaşar Üniversitesine ve tebliğ sunan hocalarıma teşekkür ederim. Ben özellikle Meral Hoca ve Oğuz Hocaya yani usul hukuku hocalarına bir şey sormak istiyorum. Genel işlem öncelikle genel işlem şartı varsa, bunun ispatı açısından bir değerlendirme yaptık. Burda 20.maddede 20/3 de burda özellikle delil ikame yükümlülüğü ağırlaştırdığınız ve sadece bunu düzenleyen tarafın sözleşmede yer alan kayıdın yetmeyeceğini belirttik. Peki burda özellikle sorum tarafları sınırlandırarak soruyorum çünkü soracağım ve söyleyeceğim herşeye uygulanmayabilir veya hiç uygulanmayabilir, biliyorum soru sonuçta. Bir tarafın banka olduğunu düşünürsek diğer tarafında tüketici olduğunu düşünürsek burda ben hiç görmedim saygıdeğer hocalarım, eğer gördülerse iletsinler lütfen, bunu tartışmamız mümkün bile değil hiçbir şekilde bu bir gerçeklik bankanın özel bir müşterisiyle tacir tartışılabilir ama bir tüketici olduğununda bunun tartışılması bile mümkün olmuyor. Bu herkes tarafından bilinen bir gerçek. Burda da herkesce bilinen bir gerçek dersek hani usul hukukunda herkesçe bilinen vakıaların ispatına gerek yoktur diye bir ibare vardı. Burda bunu uygulayabilirmiyiz? Çünkü eğer 20. maddede bunu uygulamayıp düzenleyen bunu ispatlaması gerekirse dersek, burda delil ikame yükünü yerine getirmek…

Prof. Dr. Meral Sungurtekin Özkan : Burda önem taşıyan genel işlem koşulları açısından mercii içerik denetimi. Yani yürürlük denetim konusunda banka bizi bilgilendirdi kendisine fırsatta verdik inceledi, vesaire dese bile bunun bir karine olarak gerçekleşmediğini ben kabul etmeliyiz diye düşünüyorum. İçerik denetimini doğrudan uygulamak gerekli olduğunun kanısındayım.

Prof. Dr. Oğuz Atalay : Bir noktayı vurgulamak istiyorum çok kısa. Bir sözleşme hükmünün karşılıklı müzakere edilerek sözleşme konmuş olması durumunda onun genel işlem şartı olma koşullarından bir tanesi ortadan kalkıyor zaten. Dolayısıyla müzakere edilmemiş tek tarafça hazırlanmış olacak. Müzakere edilmemiş olacak. Müzakereye konmuşsa, genel işlem şartı değil sözleşmenin içeriğinden. Bu mesele müzakere edilmediğini ve herkesçe malum meşhur bir vakıa. Bilginin sunulması noktası belki tartışma olabilir. Orda da bu hükme dayanarak ispat yükü yerine getirilmiş saymak hayatın olağan akışı kriteriyle fiili bir karineyle kabul etmek mümkün olabilir. Teşekkür ederim.

Mehmet Handan Surlu : Buyrun sayın hocam.

Prof. Dr. Ayşe Havutçu : Afedersiniz tamamlamak amacıyla söz aldım. Bir karine var zaten. Tüketicinin korunması hakkındaki yasada eğer bir şart bir sözleşme görüntü itibariyle standart sözleşme ise zaten onun tartışılmadığı yasa koyucu tarafından karine olarak kabul edilmekte. Yani bunu bir fiili olarak böyle olmasını varsayabilirmiyiz dememize gerek yok zaten, bir yasa hükmümüz var. Tüketici hukuku. Çünkü tüketici dedi özellikle. Onu hatırlatmak için özellikle söz aldım. Bir kaç nokta daha vardı ama çok yoruldunuz görüyorum. Sormaktan vazgeçtim.

Mehmet Handan Surlu : Efendim çok teşekkür ediyorum. Bu güzel paneli düzenleyen İzmir Barosu ve Yaşar Üniversitesine çok teşekkür ediyorum. Bu panelin düzenlenmesinde baştan sonra yöneten Ayşe Havutçu hocama da özellikle teşekkür etmek istiyoruz .Sizlerde katıldınız renk verdiniz bilgi verdiniz. Size de teşekkür ediyoruz ve Fikret Eren hocamın tavsiyesiyle de oturumu kapatıyoruz.

YARGI KARARLARI

YARGITAY

DAİRE

KARARLARI

T.C
YARGITAY
6.Ceza Dairesi

Esas No : 2013/28714
Karar No : 2016/1802

Özet: *24.11.2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 gün 2014/140-2015/85 Esas ve Karar sayılı kararı ile TCK.nın 53/1-b maddesinde yazılı "seçme ve seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan" ibaresi iptal edilmiştir.*

YARGITAY İLAMI

Fuhuşa aracılık etmek suçundan sanık İsmail A. hakkında kurulan hükmün sanık İsmail ve o yer Cumhuriyet Savcısı tarafından temyizi sonucu yapılan incelemede ;

24.11.2015 tarihli resmi Gazetede yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 gün, 2014/140 - 2015/85 Esas ve Karar sayılı kararı ile TCK.nun 53/1-b maddesinde yazılı, "seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan " ibaresinin iptal edilmiş olması, bozmayı gerektirmiş, Sanık İsmail'in temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle isteme aykırı olarak Bozulmasına, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı yasanın 8/1.maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'nun 322.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hüküm fıkrasından TCK.nun 53.maddesinin uygulanmasına ilişkin bölüm çıkarılarak yerine, "Sanığın kasten işlemiş olduğu suç için hapis cezası ile mahkumiyetinin yasal sonucu olarak, TCK.nun 53/1 maddesinin uygulanması yönünden (a, c, d ve e) bentleri ile (b) bendinde yazılı seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları

kullanmaktan yoksun bırakılmasına, aynı kanunun 53/2.maddesinin uygulanması açısından, 53/1 maddesinin (a, c, d ve e) bentleri ile (b) bendinde yazılı seçme ve diğer siyasi hakları ve aynı maddenin 3.fıkrası uyarınca, (c) bendinde yazılı kendi alt soyu üzerindeki velayet , vesayet ve kayyumluk yetkilerini mahkum olduğu hapis cezasından koşullu salıverilinceye kadar kullanamamasına'' cümlesinin yazılması şeklinde diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükümlerin

DÜZELTİLEREK ONANMASINA ,

Sanık İsmail'in şikayetçi S.'yi ve birlikte olduğu A.ile görüntülerini göstererek A'.nın kocasını kendisine (şikayetçiyi) öldürebileceği beyanı ile tehdit ederek 7.000 Euro isteme eyleminin , yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şantaj suçundan hüküm kurulması ;

Diğer sanık A'nın, suç tarihinde babaannesinin evini fuhuş amacıyla kullandırdığının, tanık anlatımı ve sanığın müşteki ile telefon görüşme kayıtları ile doğrulanması karşısında, yetersiz gerekçelerle hakkında fuhuşa aracılık etmek suçundan Beraat Kararı verilmesi;

Kabule göre sanık İsmail hakkında şantaj suçundan kurulan hükümdeki hak yoksunluklarına ilişkin olarak, 24.11.2015 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 gün , 2014/140-2015/85 Esas ve Karar sayılı kararıyla TCK.nun 53/1-b maddesinde yazılı, "seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan " ibaresinin iptal edilmiş olması Bozmayı gerektirmiş o yer Cumhuriyet Savcısı ve Sanık İsmail savunmanı temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükümlerin açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak **BOZULMASINA** 07.03.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen : Av. Atilla ERTEKİN

T.C.
YARGITAY
20. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/2809
Karar No : 2016/50

Özet : *Objektif sorumluluk halinin varlığının kabulünde; tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararların karşılanması amacını güden Devlet'in tazmini sorumluğu; mülkiyetin el değiştirdiği veya mülkiyetin elden çıktığı, yani bir yerin kamu malı niteliğinde orman veya mera,yayla,kışlak olması, kıyı kenar çizgisi içerisinde kalması nedeniyle tapu kaydını iptal eden mahkeme kararının kesinleştiği tarihte başlar. Bu durumda, taşınmazın nakil ve gerçek değerinin saptanmasında dava tarihi değil, mülkiyet hakkına müdahalenin gerçekleştiği tarih esas alınmalıdır.*

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : İzmir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 19/12/2013
NUMARASI : 2012/216-2013/585
DAVACI : Mevlüt Ceylan
DAVALILAR : Hazine - Orman Yönetimi

Taraflar arasındaki tapu kaydının mahkeme kararı ile iptal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın 4721 sayılı TMK'nın 1007. maddesi uyarınca tazmini davasından dolayı yerel mahkemece verilen yukarıda gün ve sayısı yazılı hükmün; Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 28/10/2014 gün ve 2014/10269 E. - 24339 K. sayılı ilâmıyla bozulmasına karar verilmiş, süresi içinde davalı Hazine vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 09.02.2011 tarih

ve 6110 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 14. maddesinin son fıkrası ve aynı Kanuna 6572 sayılı Kanunun 27. maddesi ile eklenen geçici 14. maddesi ile 22.01.2015 tarih ve 29244 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 02.02.2015 tarihinde yürürlüğe giren Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun işbölümüne ilişkin 19.01.2015 tarih ve 2015/8 sayılı İş Bölümü Kararı gereğince, karar düzeltme incelemesi yapma görevinin Dairemize ait olduğu anlaşılmakla, dosya içindeki tüm belgeler incelenip gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili 21.08.2006 harç tarihli dava dilekçesinde; İzmir ili, Narlıdere ilçesi, Yeniköy köyünde bulunan 137 ada 42 parsel sayılı taşınmazı müvekkilinin 22.04.1996 tarihinde satın aldığını, tapuda müvekkili adına kayıtlı iken, taşınmazın orman sınırları içerisinde kaldığından bahisle Orman Yönetimi ve Hazine tarafından İzmir 11. Asliye Hukuk Mahkemesinin 01.06.2004 gün ve 2003/883 E. - 2004/251 K. sayılı dava dosyasında açılan tapu iptali ve tescil davası nedeniyle yapılan yargılama sonucunda dava konusu taşınmazın tapu kaydının iptaline ve orman olarak Hazine adına tesciline karar verildiğini, kararın Yargıtay denetiminden de geçerek 15.07.2004 tarihinde kesinleştiğini, AİHS 1 Nolu Protokolun1. maddesi uyarınca ve Anayasayla korunan mülkiyet haklarının ihlal edildiğini, fazlaya ilişkin hakları saklı tutulmak kaydıyla şimdilik 500.020.00.- TL tazminatın zararın oluştuğu tapu iptal tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte, davalı Hazineden alınarak müvekkiline ödenmesini talep ve dava etmiştir. Daha sonra keşifte belirlenen değer üzerinden davasını harçlı olarak ıslah etmiştir.
Dava dilekçesindeki açıklamaya göre dava, tapu kaydının mahkeme kararı ile iptali nedeniyle uğranılan zararın TMK'nın 1007. maddesi uyarınca tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine, dava reddedilmiş olmakla Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanan 90.539.50.- vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı Hazineye verilmesine karar verilmiş; hükmün, davalı Orman Yönetimi ve Hazine vekili tarafından vekâlet ücretine

yönelik olarak, davacı vekilinin işin esasına ilişkin duruşmalı olarak temyizi üzerine, gider eksikliğinden duruşma istemi reddedilerek Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 28/10/2014 gün ve 2014/10269 E. - 24339 K. sayılı ilâmındaki gerekçelerle bozulmasına karar verilmiştir.
Davalı Hazine vekili, karar düzeltme dilekçesinde; Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin bozma kararında ücreti vekâlete ilişkin temyiz taleplerinin tam karşılanmadığını, işin esasına ilişkin ret kararının doğru olduğunu, davanın değerinin sonradan ıslah edildiğini, bu değer üzerinden vekâlet ücreti hesaplanması gerektiğini re'sen ele alınacak diğer nedenleri de ileri sürerek bozma kararının aleyhe olan kısımlarının kaldırılarak yerel mahkeme kararının bu nedenle düzeltilerek onanmasını istemiştir.

Davacı vekili karar düzeltme dilekçesine karşı verdiği beyan ve cevap dilekçesinde; temyiz istemlerinin kabul edilerek yeniden araştırma ve incelemeye yönelik olarak yerel mahkeme kararının bozulduğunu, Hazinenin karar düzeltme talebinin yargılamayı uzatmaya yönelik olduğunu kötü niyetli olduklarından reddi gerektiğini, 1086 sayılı HUMK'nın 434 ve 432. maddeleri gereğince disiplin para cezası uygulanması gerektiğini ileri sürerek talebin reddine karar verilmesini istemiştir.

Dosyada bulunan yazılı kanıt ve belgelerin incelenmesinde; İzmir ili, Narlıdere ilçesi, Yeniköy köyünde bulunan 137 ada 42 parsel sayılı taşınmazın yörede 1947 yılında yapılan tapulamada Kara Hüseyin ve mirasçıları adına kadastro tesbiti ve tescilinin yapıldığı, davacı Mevlüt Ceylan taşınmazı 22.04.1996 tarihinde 598 yevmiye numarası ile ve satış ve hisse tevhidi yolu ile adına tescil edildiği, Orman Yönetimi ve Hazine tarafından taşınmazın orman sınırları içerisinde kaldığından bahisle Orman yönetimi ve Hazine tarafından İzmir 11. Asliye Hukuk Mahkemesinin 01.06.2004 gün ve 2003/883 E. - 2004/251 K. sayılı dava dosyasında yapılan yargılama sonucunda dava konusu taşınmazın tamamının orman olarak hazine adına tapuya kayıt ve tesciline karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin 15.07.2004 tarihinde kesinleştiği ve hükmün 08.05.2006 tarih 2184 numaralı yevmiye ile infaz edilerek tapu kütüğüne işlendiği ve sayfanın kapatıldığı anlaşılmaktadır.

4721 sayılı TMK'nın 1007. maddesinde "Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücû eder." hükmü yer almakta olup bu düzenlemeye göre devletin sorumluluğu resmî sicile güvenden doğan kusursuz sorumluluktur. Sicile güvenden doğan kusursuz sorumluluk, tapu siciline bağlı çıkarların ve aynî hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya da yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü, sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Kusurun varlığı ya da yokluğu, Devletin sorumluluğu için önem taşımaz. Sadece, Devletin memuruna rücûu halinde kusurun varlığı önemlidir. Kesinleşen bir mahkeme hükmünün infazı yasal zorunluluk olup tapu memurunun bu nedenle kusurundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, TMK'nın 1007. maddesinde düzenlenen resmî sicile güvenden doğan objektif (kusursuz) sorumluluk halinin, 818 sayılı Kanunun 41. md. (6098 sayılı Borçlar Kanununun 49. ve devamı maddesinde) düzenlenen haksız fiil sorumluluğu ile ilgisi bulunmadığından, aynı Kanunun 72. maddesindeki (818 sayılı Kanunun 66. maddesi) zamanaşımı kurallarının uygulanma imkanı olmadığı gibi, TMK'nın 1007. maddesine dayanılarak açılan davalar için de, ayrıca zamanaşımı süresi belirlenmemiştir. Bu itibarla, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 146. maddesindeki (818 sayılı Kanunun 125. maddesi) 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması İHS 1 nolu ek protokol ile koruma altına alınan mülkiyet hakkının korunmasında esas olup, işbu davada zamanaşımı süresi dolmamıştır.

Kural olarak; 6098 sayılı Borçlar Kanununun 49. ve devamı maddesinde düzenlenen haksız fiilden kaynaklanan tazmini sorumluluk, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte doğar ve zamanaşımı süresi başlar. 4721 sayılı TMK'nın 1007. maddesinde düzenlenen objektif (kusursuz) sorumluluk halinin varlığının kabulünde; Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararların karşılanması amacını güden Devletin tazmini sorumluğu ise; mülkiyetin el değiştirdiği veya mülkiyetin elden çıktığı,

diğer bir anlatımla bir yerin kamu malı niteliğinde orman veya mera, yaylak, kışlak olması, kıyı kenar çizgisi içerisinde kalması nedeniyle tapu kaydını iptal eden mahkeme kararının kesinleştiği tarihte başlar. Bu durumda, taşınmazın makul ve gerçek değerinin saptanmasında dava tarihi değil, mülkiyet hakkına müdahalenin gerçekleştiği tarih esas alınmalıdır.

Hal böyle olunca; 1947 yılında yapılan tapulama çalışmalarında 18.500 m^2 olarak özel kişiler adına tarla niteliği ile tespit ve tescile tabi tutulan taşınmazın tapu kaydının, davacı satın aldıktan sonra mahkeme kararıyla iptal edilmesi nedeniyle oluşan zararın da kadastro işlemlerinden kaynaklandığı ve TMK'nın 1007. maddesi anlamında tazmini gerektiği muhakkak olup, işin esasına girilerek, davacının gerçek zararının tespiti için öncelikle taşınmazın, mülkiyetin el değiştirdiği tarih itibariyle kamulaştırma yasasındaki kriterlerde dikkate alınarak ve şehir imar planınına göre arsa mı, yoksa arazi mi olduğu belirlenip, bu konuda taraflara delillerini ibraz etmek üzere süre verildikten sonra, mahallinde uzman bilirkişiler kurulu aracılığı ile yapılacak keşif sonucunda, taşınmaz arsa vasfında ise emsal karşılaştırması yapılarak; arazi vasfında ise gelir metodu esas alınarak, dava tarihindeki değilde tapu kaydının iptal edildiği ve mülkiyetin el değiştirdiği tarihindeki değerinin saptanması bundan sonra bilirkişi kurulu raporuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

Ayrıca; dava değeri harcı tamamlanmak suretiyle ıslah edilmişse bu değer üzerinden vekâlet ücreti hesaplanması gerekirken hesaplanmaması da ayrıca bozma nedenidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı Hazine vekilinin karar düzeltme istemlerinin re'sen ileri sürülen nedenlerle kabul edilerek özel Dairenin bozma kararının kaldırılarak açıklanan değişik gerekçelerle yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklana nedenlerle, davacı Mevlüt Ceylan vekili ile davalı Hazine vekilinin karar düzeltme istemlerinin kabul edilerek Özel Dairenin 28/10/2014 gün ve 2014/10269 E. - 24339 K. sayılı BOZMA KARARININ ORTADAN KALDIRILMASINA, yerel mahkemenin 19/12/2013 gün ve 2012/216 E. - 2013/585 K. sayılı kararının değişik gerekçeyle ve açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde iadesine 11/01/2016 günü oy birliği ile karar verildi.

Başkan V.	**Üye**	**Üye**	**Üye**	**Üye**
M. DOLU	R. SARITAŞ	Ö. AYTAÇ	A. YILDIZ	Ü. GÖRMEZ

DANIŞTAY
DAİRE
KARARLARI

T.C.
DANIŞTAY
3. Daire

Esas No : 2015/2998
Karar No : 2015/8279

Özet: Bilgi ve beyanname verme yükümlülüğüne uymayan mükelleflere özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için bilgi ve beyannamelerin verilmesi gereken tarihin 01.08.2009 tarihinden önceki tarihlere rastlaması halinde yazılı bildirim şartının aranacağı, bilgi ve beyannamelerin verilmesi gereken tarihin bu tarihten sonra olması durumunda yazılı bildirim olmaksızın özel usulsüzlük cezası kesilir.

Temyiz Edenler : 1- Ömer .....
Vekili : Av. Nazlı Gaye ALPASLAN
Şehit Fethibey Cad.99 Basamak İş Merkezi
No:43 K:6 D:602 Gümrük-Konak/İZMİR
2- İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı - İZMİR
(Bornova Vergi Dairesi Müdürlüğü)
Vekili : Av. Eda AYDINÖZ
Cumhuriyet Bulvarı No:5 Kat:5 - Konak/İZMİR

İstemin Özeti : Tasfiye memuru olduğu şirketin 2009 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannameleri ile 2009 yılının tüm dönemlerine ilişkin katma değer vergisi beyannamelerini elektronik ortamda vermediği ve 2009 yılının tüm dönemlerine ilişkin Ba ve Bs formlarını vermediğinden bahisle davacı adına kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İzmir 1. Vergi Mahkemesi 26.1.2015 gün ve E:2014/1311, K:2015/175 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun Mükerrer 355'inci maddesinin 2'nci fıkrasına 5904 sayılı Kanunun 22'nci maddesiyle eklenen ve yürürlük tarihi 1.8.2009 olan cümleyle; bilgi ve ibraz ödevinin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca yapılan düzenleyici işlemlerle duyurulması halinde ilgililere ayrıca yazılı olarak bildirim şartının aranmayacağının

hükme bağlandığı, bu itibarla, bilgi ve beyanname verme yükümlülüğüne uymayan mükelleflere 213 sayılı Kanunun Mükerrer 355'inci maddesine göre özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için bilgi ve beyannamelerin verilmesi gereken tarihin 1.8.2009 tarihinden önceki tarihlere rastlaması halinde yazılı bildirim şartının aranacağı, ancak bilgi ve beyannamelerin verilmesi gereken tarihin bu tarihten sonraki dönemlere rastlaması halinde yazılı bildirim şartı aranmaksızın özel usulsüzlük cezası kesileceği, bu durumda Ocak ila Haziran 2009 dönemlerine ait katma değer vergisi beyannameleri ile Ocak ila Mayıs 2009 dönemlerine ilişkin Ba-Bs formlarını vermeme nedeniyle yazılı bildirimde bulunmaksızın kesilen özel usulsüzlük cezalarında hukuka uyarlık bulunmadığı, diğer beyannameler ve Ba-Bs formlarının verilmemesi nedeniyle kesilen cezaların ise hukuka uygun olduğu gerekçesiyle cezaları azaltmıştır. Davacı tarafından, şirketin gayri faal olduğu dava konusu dönemde iki defa üst üste beyanname verilmemesi nedeniyle mükellefiyetlerinin davalı idare tarafından re'sen terkin edilmesi gerektiği halde edilmediği; davalı idare tarafından, kesilen cezalarda hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Davalı idare tarafından temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş, davacı tarafından savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi : İsa AYDEMİR
Düşüncesi :Temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz istemlerinin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

2575 sayılı Danıştay Kanununa 3619 sayılı Kanunla eklenen Ek 1'inci madde uyarınca hüküm veren Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Dairelerince oluşturulan müşterek kurulca işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dosya tekemmül ettiğinden davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülmemiştir.

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan

Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemlerine ilişkin dilekçelerde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz istemlerinin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca nispi harç alınması, kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde Danıştay nezdinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 18.11.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	**Üye**	**Üye**
S. Nilgün AKPINAR	Ayper GÖKTUNA	Mehmet Ali SAMUR

Üye	**Üye**	**Üye**
Seyfullah YILDIZTEKİN	Bekir SÖZEN	Orhan BOYRAZ

Üye	**Üye**	**Üye**
H. Ümit AKSOY	Hasan KABADAYI	Mehmet Ali GÜMÜŞ

T.C.
DANIŞTAY
3. Daire

Esas No : 2015/4482
Karar No : 2015/8437

Özet: *Borçlu şirketin adresinde bulunamadığı hususunun 213 sayılı Kanun'un 102. maddesinde belirtilen kişiler huzurunda ve anılan kişilerin imzalarıyla tespit edilmediği anlaşılmış olup, olayda ilanen tebliğ şartları oluşmadığından, şirket adına düzenlenen ödeme emirleriyle istenen kamu alacağının, borçlu şirkete usulüne uygun olarak duyurulduğundan ve kesinleştiğinden söz edilemez. Bu durumda davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uygunluk görülmediğinden, aksi gerekçeyle verilen vergi mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.*

İstemin Özeti : *Türev Tekstil Sanayi ve Limited Şirketine ait özel usulsüzlük cezası borçlarının tahsili amacıyla davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen 10.6.2014 gün ve 5 takip numaralı ödeme emrinin 2009 yılına ilişkin 31.600-TL'lik kısmının iptali istemiyle dava açılmıştır. İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 30.1.2015 gün ve E:2014/994, K:2015/131 sayılı kararıyla; dava konusu ödeme emirleriyle istenen cezaların davacının kanuni temsilcisi olduğu şirketten tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin gerek posta marifeti ile gerek memur eliyle tebliğ edilmek istendiği ancak muhatabın adresinde bulunamadığı, bu nedenle ödeme emirlerinin ilanen tebliğ edilerek kesinleşen ve şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağının tahsili için davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Davacı tarafından, 1.8.2009 tarihinden önceki dönemler için özel usulsüzlük cezası kesilemeyeceği, tebligatın usulsüz yapıldığı, alacağın zaman aşımına uğradığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.*

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Temyiz Eden : .....
Vekili : Av. Nazlı Gaye ALPASLAN
Şehit Fethibey Cad. 99 Basamak İş Merkezi
No:43 K:6 D:602
Gümrük - Konak/İZMİR
Karşı Taraf : İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı -İZMİR
(Karşıyaka Vergi Dairesi Müdürlüğü)
Vekili : Av. Sibel ELKİN
İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı Cumhuriyet Bulvarı
No:5/5 Konak/İZMİR
Tetkik Hakimi : Cabir DALCAN
Düşüncesi : Asıl borçlu şirkete ait iş yerinin kapalı olması nedeniyle gerek iadeye ilişkin tebliğ alındısının gerekse tutulan adres tespit tutanağının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 102'nci maddesinde öngörülen usule uygun olarak düzenlenmediği, ödeme emirlerinin usulüne uygun olarak tebliğ edilip kesinleşen bir kamu alacağından da söz edilemeyeceğinden davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uygunluk görülmediğinden vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinde, tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, temsilcilerin bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi veya buna bağlı alacakların, kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı kurala bağlanmıştır.

Kanuni temsilcinin tüzel kişi borçlarından sorumlu tutularak, 213 sayılı Yasanın 10'uncu maddesi uyarınca takip edilebilmesi için kamu

alacağının sorumlu sıfatıyla kendisinden tahsil edileceğinin duyurulmasından önce tüzel kişinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 54, 55 ve müteakip maddeleri uyarınca cebren takip edilmesi ve buna rağmen kamu alacağının tüzel kişinin mal varlığından tahsil edilememiş olması gerekmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 93'üncü maddesinde; tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazıların, adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak; adresleri bilinmeyenlere ilan yoluyla tebliğ edilmesi öngörüldüğünden ve aynı Yasanın 103'üncü maddesinde; muhatabın adresinin hiç bilinmemesi, bilinen adresin yanlış veya değişmiş olması ve bu yüzden mektubun geri gelmesi yahut başkaca sebeplerden dolayı tebliğ yapılmasına imkan bulunmaması hallerinde tebliğin ilan yoluyla yapılması kurala bağlandığından, ilanen tebliğin geçerli kabul edilebilmesi için bu tebliğin kamu alacağının ilan yoluyla duyurulması, kesinleşmesi ve ödeme emriyle istenmesini zorunlu ve hukuka uygun kılan nedenlerin yasaya uygun düşmesi gerekir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun „Tebliğ Evrakının Teslimi" başlıklı 102'nci maddesinde de, muhatabın zarf üzerinde yazılı adresini değiştirmesinden dolayı bulunamamış olması halinde posta memurunun durumu zarf üzerine yazacağı ve mektubun posta idaresince derhal tebliği yaptıran daireye geri gönderileceği, muhatabın geçici olarak başka bir yere gittiği, bilinen adresinde bulunanlar veya komşuları tarafından bildirildiği takdirde keyfiyet ve beyanda bulunanın kimliğinin tebliğ alındısına yazılarak altının beyanı yapana imzalattırılacağı, imzadan imtina ederse tebliği yapanın bu ciheti şerh ve imza ederek tebliğ edilemeyen evrakı çıkaran mercie iade olunacağı, bunun üzerine tebliği çıkaran mercii tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra yeniden tebliğe çıkarılacağı, ikinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeple tebliğ edilemeyerek iade olunursa tebliğin ilan yoluyla yapılacağı ve anılan maddenin son fıkrasında ise, madde de belirtilen işlemlerin komşularından bir kişi veya muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden veyahut bir zabıta memuru huzurunda icra ve keyfiyeti taahhüt ilmuhaberine yazılarak ta-

rih ve imza vaz'edilmek ve hazır bulunanlara da imzalattırmak suretiyle tespit olunacağı hükme bağlanmıştır.

Bu yasal düzenlemelerde; vergilendirme ile ilgili her türlü evrakın tebliğinin anılan Kanunda yazılı usule tabi olacağı ve bilumum evrakların posta ile ya da memur eliyle tebliğ edileceği, ancak bu şekilde yapılan tebligatlara rağmen tebliğ yapılamaması halinde ilanen tebliğ yoluna gidileceği açıklanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının kanuni temsilcisi olduğu şirket adına kesilen cezaların tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin 14.8.2013 tarihinde şirketin bilinen adresi olan „1586/14 Sok. No:3/B Bayraklı Karşıyaka/İzmir" adresine posta yoluyla tebliğe çıkarıldığı, şirketin adreste bulunmadığı ve tanınmadığının adreste bulunan Raziye Ermin'in sözlü beyanıyla öğrenildiği şerhi düşülen alındının tebliğ memurunca imzalandığı ve evrakın iade edildiği, bunun üzerine ödeme emirlerinin aynı adrese bu kez memur eliyle tebligata çıkarıldığı, şirketin faaliyetini 21.10.2009 tarihinde terk ettiği ve başka bir adresinin bilinmediğinin sadece tebligatı yapan memurun imzasını taşıyan 1.10.2013 tarihli adres tespit tutanağıyla tespit edilmesi üzerine ödeme emirlerinin ilanen tebliğ edildiği, kesinleştiği ve şirketten tahsil edilemediği ileri sürülen ödeme emirlerine konu kamu alacağının tahsili için davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere borçlu şirketin adresinde bulunamadığı hususunun 213 sayılı Kanunun 102'nci maddesinde belirtilen kişiler huzurunda ve anılan kişilerin imzalarıyla tespit edilmediği anlaşılmış olup, olayda ilanen tebliğ şartları oluşmadığından, şirket adına düzenlenen ödeme emirleriyle istenen konu alacağının, borçlu şirkete usulüne uygun olarak duyurulduğundan ve kesinleştiğinden sözedilemez. Bu durumda davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uygunluk görülmediğinden, aksi gerekçeyle verilen vergi mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle davacı temyiz isteminin kabulüyle İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 30.1.2015 gün ve E:2014/994, K:2015/131 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde Danıştay nezdinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 19.11.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	**Üye**	**Üye**
S. Nilgün AKPINAR	Mehmet Ali DURAN	Mehmet SÖNMEZ

Üye	**Üye**
Hanifi DOĞAN	Ali ALPAN

T.C
DANIŞTAY
9. Daire

Esas No : 2015/8404
Karar No : 2015/12121

Özet : *Olayda davacıya fatura düzenleyen mükellefin ihtilaflı dönemlerde faaliyet göstermediği ve gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasında bulunmaksızın sahte fatura düzenlediği hususu somut bir şekilde ortaya konulamamış olduğundan , davacının bu mükelleften aldığı faturalar nedeniyle tarh edilen vergi ziyaı cezalı KDV.de ve davanın bu kısmını reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*

İstemin Özeti : Davcı adına Bornova Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi M.Ltd.Şti'den alınan faturaların sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2009/ Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile Ekim- Aralık dönemleri için tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle tüm dönemler için kesilen bir kat vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı , kısmen kabul eden kısmen reddeden İzmir 1.Vergi Mahkemesinin 05/06/2015 tarih ve E.2014/1675, K.2015/859 sayılı kararının ; dilekçelerde ileri sürülen sebeplerle bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Tetkik Hakimi A.B'nin Düşüncesi: Davacıya fatura düzenleyen M.Ltd.Şti. hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda yeralan tespitlerden , düzenlediği faturaların sahte olduğuna ilişkin somut herhangi bir tespit bulunmadığı anlaşıldığından , Vergi mahkemesi kararının bir kat vergi ziyaı cezalı tarhiyata ilişkin hüküm fıkrasının bozulması, ilişkin hüküm fıkrasının ise onanması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Uyuşmazlık davacı adına, M.Ltd.Şti.den alınan faturaların sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2009/

Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile Ekim- Aralık dönemleri için tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle tüm dönemler için kesilen bir kat vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı vergi ziyaı cezasını tekerrür uygulanan kısmı yönünden kabul eden, diğer kısım yönünden reddeden Vergi Mahkemesi kararının taraflarca bozulması istemine ilişkindir.

Davalı tarafından ileri sürülen hususlar vergi mahkemesi kararının vergi ziyaı cezasının tekerrür uygulanan kısmına ilişkin hüküm fıkrasını kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Vergi Mahkemesi kararının M. Ltd.Şti.den alınan faturalardan kaynaklanan hüküm fıkrasına yönelik davacı temyiz istemine gelince ;

3065 sayılı KDV.Kanununun 29.maddesinin 1/(a) bendinde ; mükelleflerin , yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan KDV. den kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura vb. vesikalarda gösterilen KDV.yi indirebilecekleri belirtilmiştir.

213 sayılı VUK.nun 3.maddesinin (B) bendinde ; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu , vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetini yemin hariç hertürlü delille ispatlanabileceği, ancak vergiyi doğuran olay ile ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı , iktisadi, ticari ve teknik icatlara uymayan veya olayı özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumu iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan madde hükümlerinin değerlendirilmesinden , vergilendirme işlemi yapılırken kanuna uygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğinin ötesine geçilerek muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. kanun, gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasında

yemin hariç hertürlü delile izin vermiştir. Bu deliller, tarafların ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve taicari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitler olabilir.

M.Ltd.Şti hakkında düzenlenen 23.10.2013 tarih ve .... sayılı vergi tekniği raporunda mükellef şirketin 03.01.2008 tarihinde atık ve hurda toptan ticareti ile iştigal etmek üzere mükellefiyet tesis ettirdiği, şirket ortaklarının ortağı olduğu diğer şirketler hakkında sahte belge düzenlemekten dolayı raporlar bulunduğu, şirket adresinde 09.01.2008 tarihinde yapılan yoklamada işyerinin 500m2. olup 50 m2.lik kısmının büro olarak kullanıldığı, aylık kirasının 400 TL. olduğu, asgari ücretli bir çalışanının bulunduğu , emtia bulunmadığı ancak demirbaş olarak 1 adet vinç , 2 bilgisayar, telefon ve faks bulunduğu hususunun tespit edildiği, 20.10.2009 tarihli yoklamada şirketin adreste faal olduğu , 8 işçi çalıştırdığı ve başka bir şube veya deposunun bulunmadığı, 11.05.2011 tarihli yoklamada adreste faal olup 9 işçinin çalıştığı, aylık kirasının 500 TL. olduğu , deposunun bulunmadığı, aynı adreste S. LTd.Şti .nin de faaliyet gösterdiği, 20.02.2012 tarihli yoklamada adreste 11.10.2011 tarihinden bu yana başka bir mükellefin faaliyette bu7lunduğu hususlarının tespit edildiği, defter tasdikine ilişkin bilgi bulunmadığı, vadesi geçmiş toplam 488.343,97 TL. vergi borcu bulunduğu ancak 14.196,71 TL. ödeme yapıldığı, 2010 yılı 48.777.560 ,20 TL. KDV matrahına karşılık, indirilecek KDV nedeniyle ödenmesi gereken KDV.nin 1.392,42 TL.çıktığı , Ba-Bs analizi sonucu ,2010 yılında mal/hizmet alışlarının %99 luk kısmının toplam üç mükelleften olduğu ve bunlar hakkında ilgili dönemde sahte belge düzenledikleri yönünde tespitler bulunduğu veya özel esaslara tabi olduğu , 2008/Aralık döneminden itibaren beyannamelerini veren muhasebecinin İzmir SMMM Odası ile yapılan yazışma neticesinde oda kaydının bulunmadığının anlaşıldığı , amortismanlarının artma veya azalma olmadan sürekli 1.000 TL. olmasına rağmen 2010 yılı cirosunun 48.777.560,20 TL. olduğu hususlarının tespit edildiği ve sahte fatura düzenleyicisi olduğu sonucuna varıldığı anlaşılmıştır.

Olayda davacıya fatura düzenleyen mükellefin ihtilaflı dönemlerde faaliyet göstermediği ve gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasında bulunmaksızın sahte fatura düzenlediği hususu somut bir şekilde ortaya konulamamış olduğundan , davacının bu mükelleften aldığı faturalar nedeniyle tarh edilen vergi ziyaı cezalı KDV.de ve davanın bu kısmını reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin Reddine, davacı temyiz isteminin kabulüne , İzmir 1.Vergi Mahkemesinin 05.06.2015 tarih ve E: 2014/1675 , K: 2015/859 sayılı kararının re'sen tarh edilen KDV.si ve kesilen bir vergi ziyaı cezasına ilişkin hüküm fıkrasının **BOZULMASINA** , vergi ziyaı cezasının tekerrür uygulanan kısmına ilişkin hüküm fıkrasının ise **ONANMASINA,** 27.10.2015 tarihinde Oy Birliği ile karar verildi.

Gönderen : Av. Atilla ERTEKİN

DİZİN

HAKEMLİ MAKALELER

Sporda Dopingin Ceza Hukuku Boyutu
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM
Sayı: 2015/1 13

Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorununa Kısa Bir Bakış
Doç. Dr. Mustafa AVCI
Sayı: 2015/1 57

Gayrimenkul Satış Kazançlarının Ticari Kazanç Kapsamında İrdelenmesi
Yrd. Doç. Murat BATI
Sayı: 2015/1 77

Derneklerin Faaliyetleri (Actıvıtıes Of Associatıons)
Araş. Gör. Zeynep Tunca ÖZCAN
Sayı: 2015/1 99

Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri
Yrd.Doç.Dr. Hüsnü TURANLI
Sayı: 2015/2 13

Aihm'nin Din Dersleri ve Dinsel Semboller İle İlgili Kararlarına Yönelik Liberal Bir Okuma Denemesi
Yrd. Doç. Dr. Serkan EKİZ
Sayı: 2015/2 57

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Ticaret Sicili İle İlgili Yenilikler ve Değişiklikler
Arş. Gör. Ahmet Emre KAPLAN
Sayı: 2015/2 115

Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi / Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep
Av. Yeşim DAĞOĞLU
Sayı: 2015/2 141

Baz İstasyonunun Faaliyetinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Hakkında Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Karar İncelemesi
Av. Ayşe EROL SARIYEV
Sayı: 2015/2 175

Viyana Satım Antlaşması'nda Boşluk Doldurma
Yrd. Doç. Dr. Ebru KARADEMİR
Sayı: 2015/2 231

MAKALELER

HMK Sonrasında Velâyetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur GENÇCAN
Sayı: 2015/1 143

Yeni Bir Çevre Yasasının Gerekliliği Üzerine
Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ
Sayı: 2015/1 181

Mülteci Çocukların Hukuki Statüsü Legal Status Of Refugee Chıldren
Av. Nurçin KÜÇÜKYAZICI
Sayı: 2015/1 191

Demokrasilerde Halkın İradesinin Belirleyiciliği ve "İleri Demokrasi Söylemi" Hakkında Bir Deneme
Yrd. Doç. Dr. M. Beşir ACABEY
Sayı: 2015/1 211

Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Kapsamında Genel Değerlendirme
Av. Sinem HACIEMİNOĞLU
Sayı: 2015/1 221

Ticaret Hukuku Yönünden E-Fatura Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar
Av. Murat EREN, Arda VURAL (SMM)
Sayı: 2015/2 259

Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir Sorunu
Av. Zeynep VİLDAN AKKAYA
Sayı: 2015/2 269

Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 59. Maddesi Karşısında Yabancı Mahkeme Kararının Kesin Hüküm Veya Kesin Delil Etkisi İle Zaman Aşımının Başlangıcı Sorunu
Av. Yusuf ULUÇ
Sayı: 2015/2 295

SEMİNER NOTLARI

Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerinin (İhtiyatî Tedbir Ve İhtiyatî Haciz) Uygulama ve HMK Açısından Değerlendirilmesi

Sayı: 2015/1 237
TEBLİĞLER

Kadına Karşı İşlenen Eziyet Suçu
Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ
Sayı: 2015/2 335

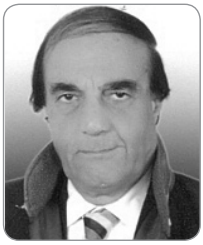
YARGI KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI
Sayı: 2015/1 313
YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI
Sayı: 2015/1 325
YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI
Sayı: 2015/1 385
YARGITAY CEZA DAİRE KARARLARI
Sayı: 2015/1 397

YARGI KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI
Sayı: 2015/2 355
YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI
Sayı: 2015/2 385

KAYBETTİKLERİMİZ



Av. Bahattin ERİ
Doğum Tarihi: 01.01.1928
Vefat Tarihi: 07.07.2015



Av. Mehdi Ümit KAYALI
Doğum Tarihi: 01.03.1948
Vefat Tarihi: 14.08.2015



Av. Behçet AKAL
Doğum Tarihi: 01.02.1948
Vefat Tarihi: 10.09.2015



Av. Zülfü BAYINDIR
Doğum Tarihi: 01.01.1932
Vefat Tarihi: 15.09.2015



Av. Ali Osman ŞİRİN
Doğum Tarihi: 18.11.1951
Vefat Tarihi: 20.09.2015



Av. Güney DİNÇ
Doğum Tarihi: 20.07.1936
Vefat Tarihi: 09.10.2015



Av. Adayı Bahar GÖKÇE
Doğum Tarihi: 08.05.1990
Vefat Tarihi: 14.10.2015



Av. Mehmet KORKMAZ
Doğum Tarihi: 28 .09.1953
Vefat Tarihi: 17.10.2015



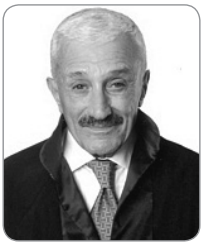
Av. Mehmet AKKAN
Doğum Tarihi: 21.09.1951
Vefat Tarihi: 28.10.2015



Av. Mehmet ÖZBEY
Doğum Tarihi: 09.04.1957
Vefat Tarihi: 10.11.2015



Av. Aydın PURA
Doğum Tarihi: 08.03.1926
Vefat Tarihi: 15.11.2015



Av. Mustafa Yılmaz GÖKSOY
Doğum Tarihi: 01.01.1942
Vefat Tarihi: 01.12.2015