

İÇERİK DENETİMİNİN MÜZAKERE EDİLMEMİŞ
SÖZLEŞME HÜKÜMLERİYLE SINIRLANMASI ÜZERİNE:
MOSTAZA CLARO'NUN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Restricting the Control of the Content of Standart Terms to Non-Negotiated Clauses: Reflections Based on the Mostaza Claro Case

*Prof. Dr. Erdem BÜYÜKSAGIS**

Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 818 sayılı Kanun'da bulunmayan yeni bir düzenlemeyle genel işlem şartları için yürürlük, yorum ve içerik denetimi öngörüyor (bkz. 20-25 TBK).¹ Kanun koyucu bu revizyonu şöyle gerekçelendiriyor:

«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 [...] Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin

* Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Lisans (Ankara Üniversitesi), LL.M. (Georgetown University), Doktora (Université de Fribourg/Universität Freiburg), Doçentlik (Üniversitelerarası Kurul-YÖK), *venia legendi* (Université de Fribourg/Universität Freiburg).

¹ Genel işlem şartı kavramı hakkında bkz. **Zevkliler Aydın/Aydoğdu** Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 159 vd; **Havutçu** Ayşe, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 71 vd.

içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece 'evet' ya da 'hayır' diyebilecek, buna karşılık, 'evet, ama' seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve 'evet, ama' deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır». ²

Sözleşme hükümlerinin dayatılması karşısında yeni düzenlemenin rolü, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, çalışmada, kanun koyucunun Kanun'da ortaya koyduğu çözümle gerekçede ortaya koyduğu amaca ulaşılmasının mümkün olup olmadığı irdelenmektedir. Konu, karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanılarak ve eleştirel bakış açısından ele alınmıştır.

Önce, TBK'nun 20-25. maddelerinde öngörülen denetim mekanizmasına ilişkin hatırlatmalarda bulunacağız (I). Sonra, söz konusu düzenlemenin uygulamada ortaya çıkarabileceği tereddütleri ortaya koyacağız (II). Son olarak, söz konusu hükümlerin kanun koyucunun amacı doğrultusunda yorumlamasını mümkün kılacak bazı çözüm önerilerinde bulunacağız (III).

I. TBK'nun 20-25. maddelerinde öngörülen düzenleme ve beraberinde getirdiği soru(n)lar

Bu ilk kısımda, TBK'yla getirilen yeni düzenlemeye ilişkin açıklamalarda bulunduktan sonra (A) düzenlemenin beraberinde getirdiği bazı soru(n)lara değineceğiz (B).

A. Düzenleme

TBK'nun 20. maddesine göre genel işlem şartları, «bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa

² TBMM (S. Sayısı 321), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 32-33. Bkz. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf (3.11.2012).

sunduğu sözleşme hükümleridir».³ Bu hüküm, sözleşmesel hükümlerin denetimini, taraflar arasında müzakereye konu olmamış koşullarla sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, bir sözleşme hükmünün denetime tabi tutulup tutulmayacağına belirlenmesinde, öncelikle söz konusu hükmün taraflarca müzakere edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekir.⁴

TBK'nun 21. maddesi uyarınca hâkim, hükmün müzakere edilmediğini, yani önceden ve tek yanlı hazırlandığını belirlerse, ikinci adımda, güven kuramı çerçevesinde,⁵ hükmün yürürlük denetimini gerçekleştirir. «Sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen tarafı karşı tarafa, bu [hükmün] varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı» sağlayıp sağlamadığını araştırır.⁶ Hâkim, karşı tarafın söz konusu hüküm hakkında bilgilendirildiğine kanaat getirmezse, hükmün yazılmamış sayılmasına; bilgilendirildiğine kanaat getirirse, hükmün sözleşmenin kapsamına dâhil sayılmasına hükmeder. Sözleşmenin kapsamına dâhil olan hüküm, ayrıca, TBK'nun 23 ve 25. maddelerinde belirtilen yorum ve içerik denetimlerine tabi tutulur. Yorum denetimini bir kenara bırakacak olur-

³ Burada hemen bir parantez açalım ve tanımda geçen 'düzenleyen' kavramının sözleşme hükümlerini hazırlayan üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde amaçsal yorum yöntemiyle anlamlandırılması gerektiğini belirtelim. Bkz. **Havutçu** Ayşe (dn 1) s. 76.

⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun açısından benzer bir yaklaşım için bkz. **Engin** Baki İlkay, Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen im türkischen Recht, *İÜHF Annales* 2008, s. 286.

⁵ **Atamer** Yeşim M., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, *Hukukî Perspektifler Dergisi* 2005, s. 111; **Serozan** Rona, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, *İÜHFD* 2003, s. 342.

⁶ Yürürlük denetimi hakkında bkz. **Havutçu** Ayşe (dn 1) s. 107 vd; **Atamer** Yeşim M., Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, İstanbul 2004, s. 292 vd; **Kocayusufpaşaoğlu** Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme, 4. Baskı, İstanbul 2008, § 23, N. 16.

sak,⁷ üçüncü adımda hâkim, dürüstlük kuralı çerçevesinde hükmün bir tarafın aleyhine bulup bulunmadığını değerlendirir. Bunun sonucuna göre, hükmün geçerli ya da yazılmamış sayılmasına karar verir.⁸

Yukarıda ana hatlarını ortaya koyduğumuz mekanizma, denetimin maddi uygulama alanının belirlenmesine, yürürlük denetimine ve içerik denetimine ilişkin farklı ölçütler öngörüyor. Denetimin maddi uygulama alanı, sözleşme hükümlerinin müzakere edilmiş olup olmadığına bağlı. Yürürlük denetimi sonucu bir hükmün geçerli ya da geçersiz sayılması, düzenleyenin karşı tarafı bilgilendirmiş olup olmadığına bağlı. İçerik denetiminin sonucu, hükmün taraflardan biri aleyhine bulup bulunmamasına bağlı. Düzenleme, böylece, denetimi gerçekleştiren hâkimin adım adım ilerlemesini öngörüyor. Sözleşme hükümlerinin taraflar arasında müzakere edilmiş olup olmadığı, hükümlerin yürürlük ve içerik denetimine tabi olup olmayacağını belirliyor. Yürürlük denetiminin sonucu da, hükümlerin içerik denetimine tabi tutulup tutulmayacağını belirliyor. Hâkim, müzakere edilip edilmediğini değerlendimeksizin bir hükmü TBK'nun 25. maddesi anlamında doğrudan içerik denetimine tabi tutma yetkisini haiz değil.

B. Soru(n)lar

Soru(n)ları, (1) denetimin maddi uygulama alanının belirlenmesi, (2) yürürlük ve içerik denetimleri için öngörülen ölçütlerin uygulanabilirliği açısından ayrı ayrı ele alalım.

1. Denetimin maddi uygulama alanının belirlenmesi

Düzenleyen, sözleşme hükümlerinin yargısal denetime tabi olmasını arzu etmez. Çünkü denetim, hem söz konusu ekonomik sektörde standardizasyonu kolaylaştıran hazır sözleşmelerin hukuki

⁷ Yorum denetimi üzerine bkz. Y3.HD, 2 Haziran 1998, K. 4263/6098.

⁸ **Ulusan İlhan**, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi/III 2004, s. 31; **Engin Baki İlkay** (dn 4) s. 31.

akıbeti açısından belirsizlik yaratır, hem de düzenleyenin muhtemel hukuki sorunlar karşısında önünü görmesini ve kendisini sektördeki rizikolara karşı güvence altına almasını zorlaştırır.⁹ Müzakere imkânından yoksun bırakılan ve dayatılan sözleşmeyi kabul etmek durumunda kalan tarafın menfaati ise, sözleşme hükümlerinin denetlenmesi ve hukuka aykırı hükümlerin geçersiz kılınması veya lehine yorumlanması yönündedir. Söz konusu hükümleri etkin bir şekilde müzakere etme gücüne sahip olmayan bireyler, hâkimin müdahalesinden faydalanarak aleyhlerine olan durumu düzeltme fırsatı yakalar.¹⁰

TBK ile getirilen yeni düzenleme, hâkimin müdahale alanına ilişkin bazı sınırlamalar öngörüyor.¹¹ İsviçre¹² ve Alman¹³ hukuklarının

⁹ **Ramstein** Christoph/**Kuster** Matthias, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz*, 2. Baskı, Zürich 1995, s. 6; **Baudenbacher** Carl, *Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz ?*, ZBJV 1987, s. 506 vd.

¹⁰ Yukarıda bkz. Giriş kısmında Gerekeç'e'nin ilgili bölümü.

¹¹ TBK'nun 20. maddesinin 1. fıkrasının aksi yorumu. Ayrıca konuyla ilgili bkz. **Havutçu** Ayşe (dn 1) s. 88-89.

¹² Bkz. **Büyüksagis** Erdem, *La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales 'soi-disant' négociées?*, PJA/AJP 2012, s. 1401; **Schmid** Jörg, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, ZBJV 2012, s. 1 vd; **Stöckli** Hubert, *Der neue UWG 8 - Aufbruch oder perte d'une chance?*, in Stephan Weber (ed), *HAVE Personen-Schaden-Forum 2012*, Zürich 2012, s. 200 vd. Yeni maddenin yürürlüğü ile ilgili olarak bkz. **Pichonnaz** Pascal, *Le nouvel art. 8 LCD - Droit transitoire, portée et conséquences*, DC/BR 2012, s. 140 vd. Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Federal Kanun'un eski 8. maddesine getirilen en önemli eleştiri, içerik denetimini 'aldatıcı' genel işlem şartlarıyla sınırlamasıydı. Bkz. **Huguenin** Claire, *Obligationenrecht, AT&BT*, Zürich/Basel/Cenevre 2012, N 609; **Furrer** Andreas, *Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz ?*, *Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG*, REAS/HAVE 2011, s. 324; **Honsell** Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht*, BT, 9. Baskı, Bern 2010, s. 94; **Gauch** Peter/**Schluep** Walter R./**Schmid** Jörg/**Emmenegger** Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht, AT, C. II*, 9. Baskı, Zürich 2008, N. 1154.

¹³ Alman Medeni Kanunu'nun § 305. paragrafının 1. fıkrasının son cümlesi.

daki gibi, çok sayıda ve aynı türde sözleşmeler için kullanılmak amacıyla önceden ve tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşme hükümlerini genel işlem şartlarından sayıyor.¹⁴ Buna karşın, müzakere edilmiş sözleşme hükümlerini TBK'nun 20-25 maddelerinin uygulama alanı dışında bırakıyor.¹⁵ Öyleyse, müzakere edilmiş sözleşme hükmü/müzakere edilmemiş sözleşme hükmü ayrımının pratikteki sonucu şu şekilde ortaya konulabilir: Genel işlem şartı sayılan hükümler yürürlük ve içerik denetime tabi olur. Müzakere edilmiş hükümler ise sözleşme serbestisi içinde değerlendirilir ve TBK'nun 20-25 maddelerinde öngörülen denetiminden muaf tutulur.

Burada bir noktanın üzerinde durmak gerekiyor. Kanun koyucu, müzakere edilmiş hükümleri denetim dışında bırakırken hangi hükümlerin müzakere edilmiş sayılacağını tanımlamamış, bu değerlendimeyi hâkimin takdirine bırakmıştır. Bu çözüm tarzı iki sorunu beraberinde getiriyor. İlk olarak, AB Komisyonu'nun 93/13 sayılı Yönerge'nin¹⁶ kabulünden yedi yıl sonra Yönerge'ye ilişkin hazırladığı raporda da belirttiği gibi, bir sözleşme hükmünün hangi şartlarda müzakere edilmiş sayılacağı, çoğu zaman hâkim için yanıtlanması zor bir soru teşkil eder.¹⁷ Burada konuyu özellikle şu iki durum açısından tartışmaya değer buluyoruz: 1) Düzenleyenin yasal yükümlülüklerine uyararak karşı tarafa hükmün içeriğine etki etme

¹⁴ Ayrıca, TBK'nun 20. maddesinin 3. fıkrasına göre, «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». Bu nedenle, sözleşmenin her bir sayfasına veya her bir maddenin altına müzakere edildiğine ilişkin kayıtların konulması, söz konusu sözleşme hükümlerinin denetim mekanizması dışında tutulması için yeterli olmaz.

¹⁵ Ayrıca, ileride çok sayıda ve aynı türde sözleşmeler için kullanılmak üzere önceden ve tek taraflı olarak hazırlanmış olsa dahi, söz konusu hükümlerin taraflarca müzakere edilmesi, bu hükümleri genel işlem şartı olmaktan çıkarır. Bkz. **Wildhaber** Isabelle, *Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr*, SJZ 2011, s. 542.

¹⁶ OJ L 95, 21 Nisan 1993.

¹⁷ Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, 27 Nisan 2000, COM(2000) 248, s. 14.

imkânı tanınması,¹⁸ TBK'nun 20. maddesi uyarınca hükmün müzakere edilmiş sayılması için yeterli midir? 2) Düzenleyen, karşı tarafa sözleşmeyi müzakere etme imkânı tanısa ve fakat müzakere sonucunda hükümleri karşı tarafın isteği doğrultusunda değiştirmese, sözleşmenin müzakere edildiği savunmasında bulunabilir mi? Şimdilik, bu soruları ileride irdeleneceğimizi belirtmekle yetinelim (bkz. aşağıda II.A.1).

TBK'nun 20. maddesi uyarınca denetimin maddi kapsamının müzakere edilmemiş şartlarla sınırlanması, TBK'nun 21. maddesindeki hükümle birlikte ele alındığında ikinci bir sorunu daha beraberinde getiriyor. Bir hükmün yürürlük denetimi sonucu sözleşme kapsamına dâhil sayılması, bir yandan hükmün taraflar arasında müzakere edilmiş olmamasını, diğer yandan düzenleyenin hüküm hakkında karşı tarafı bilgilendirmiş olmasını gerektirmekte. Önce müzakere edilmiş hükümleri denetim dışı bırakmak, sonra müzakere edilmemiş hükümler için düzenleyenin karşı tarafı bilgilendirip bilgilendirmediğini sorgulamak ne kadar mantıklıdır? Böyle bir düzenleme, sözleşme hükümlerinin daha bilgili, güçlü ve organize olan tarafça dayatılmasına karşı kanun koyucunun amaçladığı gibi – tüketici hukukun ötesinde¹⁹ – etkin ve efektif bir koruma sağlayabilir mi? (bkz. aşağıda II.A.1)

2. Yürürlük ve içerik denetimi için öngörülen ölçütlerin uygulanabilirliği

Düzenleyenin TBK'nın 21. maddesi uyarınca karşı tarafı genel işlem koşulları hakkında bilgilendirmesini isteyen kanun koyucu,

¹⁸ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 sayılı Kanunla değişik 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen bir tüketici sözleşmesinin, söz konusu yasal düzenleme gereği on iki punto ve koyu siyah karakterler kullanılarak yazılmış ve bu şekilde karşı tarafa sunulmuş olduğunu varsayalım.

¹⁹ Bkz. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesi. Tüketici ve tüketici hukuku kavramlarından ne anlaşılması gerektiği üzerine yeni tarihli ve eleştirel bir çalışma için bkz. **Mak** Vanessa, Standards of Protection: In Search of the « Average Consumer » of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, ERPL 2011, s. 25 vd.

aslında bir öngörüden hareket ediyor. Buna göre, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin rasyonel sayılabilecek bir kararın alınması, ancak bireyin önceden hazırlanmış hükümler hakkında bilgilendirilmesi durumunda söz konusu olabilir.

Bu varsayımın gerçeği ne kadar yansıttığı tartışılmaya değer. Karşı tarafın aleyhine olan koşullar hakkında düzenleyene onu bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi, karşı tarafın “evet, ama” diyebilmesinin önünü gerçekten açar mı? Kendisini çoğunlukla iyi örgütlenmiş kurumsal yapılar karşısında bulan kimse verilen bilginin ne kadarını kavrayabilir ve bu kavrayış karar alma sürecine ne kadar etki edebilir? Söz konusu hüküm için ‘evet, ama’ deme olanağı bulunmayan bireyin hüküm hakkında bilgilendirilmiş olması, hükmü serbest iradesiyle kabul etmiş olduğunu kabule yeter mi?²⁰ Davranış bilimleri alanında yapılan çalışmaları değerlendiren Avrupalı ve Kuzey Amerikalı hukukçular, bireyin her zaman rasyonel davran(a)madığı gerçeğini ortaya koyuyor ve sözleşme hukukunda bu tip sorulara önceden kesin yanıtlar vermenin mümkün olmadığını belirtiyorlar.²¹

Şimdilik yürürlük denetimiyle ilgili soru(n)ları bir kenara koyalım ve yürürlük denetimi sonucu sözleşmenin kapsamına dâhil sayılan bir hükmün içerik denetime tabi tutulduğunu varsayalım. TBK'nın 25. maddesi “genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına

²⁰ Benzer sorular için, bkz. **Akan** Perran, Tüketici ve Tüketicinin Korunması, İstanbul 1995, s. 21.

²¹ **Schüller** Bastian, The Definition of Consumers in EU Law, in James Devenney/Mel Kenny (ed), European Consumer Protection, Cambridge 2012, s. 129 vd; **Porras** Catherine I. Garcia/**van Boom** Willem H., Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations, in James Devenney/Mel Kenny (ed), Consumer Credit, Debt and Investment in Europe, Cambridge 2012, s. 44; **Howells** Geraint, The Potential and Limits to Consumer Empowerment by Information, J. of Law and Society 2005, s. 349; **Korobkin** Russell B./**Ulen** Thomas S., Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California L. R. 2000, s. 1051 vd. Konuyla ilgili geniş kapsamlı bir çalışma için bkz. **Schwartz** Barry, The Paradox of Choice: Why More Is Less, New York 2004.

aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümlerin” konulamayacağını belirtiyor. Bu hüküm, ‘dürüstlük kuralına aykırılık’ ile ‘taraplardan birinin durumunun ağırlaştırılması’ arasındaki ilişkiyi tanımlıyor mu ?²² Dürüstlük kuralına aykırılık ve taraplardan birinin durumunun ağırlaştırılmış olması, bir hükmün geçersiz sayılabilmesi için bir arada bulunması gerekli iki koşul mu ? Düzenleyen, dürüstlük kuralına uygun hareket ettiğini ispatlayarak karşı tarafın aleyhine olan bir hükmün geçerli sayılmasını talep edebilir mi? Dürüstlük kuralına aykırılık ve taraplardan birinin durumunun ağırlaştırılmış olması bir hükmün geçersiz sayılması için bir arada bulunması gereken iki koşul değilse, dürüstlük kuralı sözleşme hükümlerinin bir tarafın aleyhine sayılıp sayılmayacağını belirlemede dikkate alınması gerekli bir ölçüt mü? Hâkimin somut olay açısından yanıtlamak durumunda kalacağı bu soruları ve muhtemel yanıtlarını aşağıda kanun koyucunun amacı doğrultusunda irdeleyeceğiz (bkz. aşağıda III.B).

II. TBK’nun düzenlemesine ilişkin eleştiriler

TBK’ndaki düzenlemenin sözleşme hükümlerinin denetimini genel işlem koşullarıyla sınırlaması, birçok problemi beraberinde getiriyor (A).²³ Avrupa ve Kuzey Amerika’da bu tip sınırlamalar öngörmeyen düzenlemelerin, bu konudaki yeni eğilimlerin ve bunların nedenlerinin Türkiye’deki kodifikasyon aşamasında gözetilmemiş ve tartışılmamış olması,²⁴ bizce önemli bir eksiklik (B).²⁵ Değer-

²² Aynı sorunu AB hukuku açısından irdeleyen çalışmalar için bkz. **Ebers** Martin, Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13), in Compendium CE de droit de la consommation, Bielefeld 2011, s. 434; **Tenreiro** Mário/**Feroli** Elena, Examen comparatif des législations nationales transposant la Directive 93/13, in Commission européenne (ed), L’intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux, Brüksel 1999, s. 7; **Roppo** Vincenzo, The Definition of « Unfairness »: The Application of Art. 3(1), 4(1) - and the Annexes of the Directive, in Commission européenne (*supra*), s. 135; **Tenreiro** Mário, The Community Directive of Unfair Terms and National Legal Systems, ERPL 1995, s. 279.

²³ **Havutçu** Ayşe (dn 1) s. 85 vd.

²⁴ Yeni eğilimler ve nedenleri için bkz. **Wilhelmsson** Thomas, Standard Form Conditions, in Arthur S. Hartkamp/Martin W. Hesselink/Ewoud H.

lendirmelerimizde, konuyla ilgili yeni eğilimleri ortaya koyuyor ve TBK'nda benimsenen çözüm tarzının eleştiri konusu yapılabilecek yanlarını göstermeyi amaçlıyoruz (C).

A. Hukuki denetimin müzakere dışında kalan koşullarla sınırlanması

Sözleşme hükümlerinin denetimini genel işlem koşullarıyla sınırlandıran düşünce, yeni sosyo-ekonomik problemler karşısında esnek ve etkin çözümler sunmaktan uzak (1). Bir başka sorun da, konuya olan çelişkili yaklaşımlar (2).

1. Eski yaklaşım, yeni sorunlar, esnek ve etkin çözümlerden yoksunluk

Hukuki denetimi müzakere dışında kalan koşullarla sınırlayan yaklaşım, öncelikle hükmün müzakere edilmiş olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirir. Çünkü bir sözleşme hükmünün genel

Hondius/Chantal Mak/C. Edgar du Perron (ed), *Towards a European Civil Code*, 4. Baskı, Alphen aan den Rijn 2010, s. 571 vd; **Träger** Marion, Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice, in Hugh Collins (ed), *Standard Contract Terms in Europe, A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Alphen aan den Rijn 2008, s. 58 vd.

²⁵ Bu eksiklik ve acelecilik aslında yeni TBK'nun tamamında, özellikle de haksız fiillere ilişkin hükümlerde açıkça görülüyor. TBK'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin kaynağı olan İsviçre'deki Ön-Tasarı, TBK henüz kabul edilmeden önce, 21 Ocak 2009 tarihinde İsviçre Federal Konseyi tarafından rafa kaldırıldı. Bunun nedenlerinden biri, Konsey'in Ön-Tasarı'nın hükümlerini toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte ve netlikte bulmamasıydı. Konsey tarafından yapılan resmi açıklama için bkz. www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformation/2009/ref_2009-01-21.html (3.11. 2012). Son olarak şunu da belirtelim: *Draft Common Frame of Reference (DCFR) hükümleri referans alınarak hazırlanmış yeni bir tasarı, İsviçre'de yakın gelecekte farklı kesimlerin görüşüne açılacak.* Bkz. www.prorat.ch (3.11.2012); **Huguenin** Claire, Die Bedeutung des Common Frame of Reference ausserhalb der Europäischen Union am Beispiel des schweizerischen Rechts, in Martin Schmidt-Kessel (ed), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Münih 2009, s. 378.

işlem koşulu olmaktan çıkması, bu hükmün taraflar arasında müzakereye konu edilmesi ile mümkün olur. O hâlde, hangi sözleşmesel hükümlerin denetim dışı kalacağını belirlemek için önce, 'bir hüküm hangi şartlarda müzakere edilmiş sayılır' sorusunu yanıtlamalıyız. Türk²⁶, İsviçre²⁷ ve Alman²⁸ hukukları, 93/13 sayılı AB Yönergesi'nin 3. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemede de yer alan 'hükmün içeriğine etki etme' kıstasını kabul ediyor. Bir sözleşme hükmünün içeriğine etki edebilecek durumda bulunma, söz konusu tarafın hukuki işleme yönelik iradesinin bulunduğu anlamına geliyor. O hâlde, aslında şu soruyu yanıtlamalıyız: Hangi şartlar bir sözleşme hükmünün içeriğine etki edebilecek durumda sayılmayı gerektirir?²⁹

İsviçre Federal Mahkemesi, bir sözleşme hükmünün içeriğine etki edilebilmesinin ölçüsü olarak, bu hükümlere 'ulaşılabilirliği' esas alıyor.³⁰ Mahkeme, genel işlem şartlarına ulaşılmış ve bunların kabul edilmiş sayılmasını, düzenleyenin karşı tarafın genel işlem şartları hakkında dikkatini çekmesine ve karşı tarafa bunları okuma fırsatı

²⁶ Bkz. TBK'nın 21. maddesinin 1. fıkrası; 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinin 3. fıkrası; Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrası. Yargıtay içtihatlarında bkz. Y13. HD, 26 Eylül 2007, E. 2008/4345, K. 2008/6088. Doktrinde bkz. **Havutçu** Ayşe (dn 1) s. 88-89; **Engin** Baki İlkey (dn 4) s. 30.

²⁷ ATF/BGE 100 II 200 (par. 5d); ATF/BGE 77 II 54.

²⁸ BGH, 19 Mayıs 2005, NJW 2005, s. 2543. Karar açıklaması için bkz. **Gottschalk** Eckart, Neues zur Abgrenzung zwischen AGB und Individualabrede, NJW 2005, s. 2493 vd; *id*, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, AcP 2006, s. 555 vd.

²⁹ İsviçre'de bu soruya yanıt arayan yeni tarihli bir çalışma için bkz. **Bieri** Laurent, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, RDS/ZSR 2012, s. 201. Konuyu karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendiren bir çalışma için bkz. **Whittaker** Simon, Assessing the Fairness of Contract Terms: The Parties' "Essential Bargain", its Regulatory Context and the Significance of the Requirement of Good Faith, ZEuP 2004, s. 77.

³⁰ ATF/BGE 100 II 200 (par. 5d); ATF/BGE 77 II 54. Doktrinde bkz. **Schwenzer** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 6. Baskı, Bern 2012, N. 45.02.

tanımış olmasına bağlıyor. Doktrinde, bu koşulların yerine getirilmiş olup olmadığının objektif ve makul ölçülerle değerlendirilmesi gerektiği vurgulanıyor.³¹ Somut olayın şartları düşünüldüğünde, normal zekâ ve bilgide bir sözleşme tarafının sözleşmenin hükümlerini inceleyebilecek ve hukuki işleme yönelik iradesini serbestçe oluşturabilecek konumda bulunup bulunmadığı sorgulanıyor.

Genel işlem koşullarının kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik içtihatlarında Alman Federal Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre çitayı biraz daha yukarı çekiyor.³² Sözleşme hükümlerinin içeriğine etkide bulunabilecek konumda olmayı, söz konusu tarafın hükmün içeriği ve hukuki sonuçlarını çok iyi bir şekilde kavramış olmasına bağlıyor.³³ İsviçre mahkemeleri düzenlenenin hukuki ödevini yerine getirip getirmediğini sorgularken, Alman mahkemeleri bu ödevin yerine getirilmiş olmasının arzu edilen sonucu doğurup doğurmadığını sorguluyor.

Türk Yargıtayı da, İsviçre ve Alman mahkemeleri gibi 'bir hükmün içeriğine etki etme' ölçütünü benimsiyor. Fakat, İsviçre ve Alman mahkemelerinden farklı olarak, bu kavramı daha kapsamlı şekilde tanımlama çabasına girmiyor.³⁴ Örneğin, bir bankanın kestiği kredi kartı üyelik ücretinin iadesine ilişkin kararında şu ifadelerle yetiniyor: «Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği

³¹ **Bouverat** David, Conditions générales d'affaires: perspectives législatives – Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne, Bern 2009, N. 41 ve 157; **Schwenzer** Ingeborg (dn 30) N. 45.03; **Higi** Peter, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, in Sandra Hotz/Klaus Mathis (ed), Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, Zürich/St. Gallen 2008, s. 505 vd.

³² BGH, 19 Mayıs 2005, NJW 2005, s. 2543. Konu hakkında Alman ve İsviçre hukuklarını karşılaştıran bir çalışma için bkz. **Ehle** Bernd/**Brunschweiler** André, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, RIW 2012, s. 264 vd.

³³ *Id.*

³⁴ Y13. HD, 26 Eylül 2007, E. 2008/4345, K. 2008/6088.

kabul edilir».³⁵ Bununla birlikte, Türk doktrini tarafından yeni Kanun'un kabulünden sonra benimsenen yaklaşımların çoğunun uygulamada benimsenmiş yaklaşımlara göre daha fonksiyonel, yasal denetimle ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye daha elverişli olduğunu da belirtelim. Örneğin Profesör Kılıçoğlu, yeni Kanun'un 21. maddesinin 1. fıkrasındaki bilgilendirme yükünün genel işlem koşulları hakkında genel açıklamalar yapma ödevi olarak değil; karşı tarafa genel işlem şartının içeriğini öğrenme imkânı sağlayacak nitelikte açıklamalar yapma ödevi olarak anlaşılması gerektiğini savunuyor³⁶ ve bu şekilde yukarıda değindiğimiz Alman Federal Mahkemesi'nin yorumuna yakın bir değerlendirmede bulunuyor.³⁷

Bizim asıl olarak üzerinde durmak istediğimiz soru şu: Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında benimsenen yaklaşımlar, sözleşme hükümlerinin dayatılması karşısında 'evet, ama' deme seçeneğinden yoksun bireylerin korunmasında efektif bir çözüm olarak görülebilir mi? Önce bir noktayı hatırlatalım: Bu hukuklarda düzenleyen, bir sözleşme hükmünün müzakere edilmiş olduğunu ileri sürebilir ve ileri sürüyorsa bunu ispat yükü ona aittir.³⁸ Örneğin Türk uygula-

³⁵ *Id.*

³⁶ **Kılıçoğlu** Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 115. Doktrinde bundan farklı düşünceler de savunuluyor. Örneğin bkz. **Atamer** Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, in Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (ed), Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Ankara 2011, s. 28. Bazı müellifler, düzenleyenin genel işlem şartının içeriğini öğrenme imkânı sağlayacak nitelikte açıklamalar yapma ödevinin karşı tarafın menfaatine aykırı hükümlerle sınırlanması gerektiğini savunuyor. Örneğin bkz. **Kuntalp** Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, in Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (*supra*) s. 94-95. Şu halde bu son yorum, hangi sözleşme hükümlerinin karşı tarafın menfaatine aykırı hangilerinin aykırı olmadığını kararını ve dolayısıyla denetimini düzenleyene mi bırakıyor? Öyle ise, bu tarz bir çözüm konun koyucunun TBK'nda ortaya koyduğu amaçla ve Anayasa'nın 172. maddesindeki hükümle ne ölçüde bağdaşır?

³⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin kararı için yukarıda bkz dn 32.

³⁸ Bu hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin esinlendiği 93/13 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının son paragrafı da benzer bir hüküm

masında Yargıtay, yukarıda ele aldığımız üyelik ücretinin iptaline ilişkin kararında şu ifadelere yer veriyor: «Sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp 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».³⁹ Bu karardan şu sonucu çıkarmak mümkün: Düzenleyen, yasal düzenlemelerdeki gereklilikleri yerine getirerek (örneğin TKHK'nun 4822 sayılı Kanunla değişik 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde öngörülen yükümlülükler uygun davranarak) karşı tarafın aleyhine olacak hükümleri denetim dışında bırakabilir.⁴⁰

Sorunu daha iyi kavrayabilmek için yukarıda bahsettiğimiz kredi kartı üyelik ücretinin iadesine ilişkin karara dönelim ve şu soruları soralım: Banka genel işlem şartlarını on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlemiş olsaydı ne değişirdi? Sözleşme on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlendi diye müşteri kredi kartı üyelik ücretini ödemedi bankayı sözleşme yapmaya zorlayabilir miydi? Piyasada, üyelik ücreti almayan bir başka banka bulabilir miydi? Gerçekçi olmak gerekirse, bulamayacağını bildiği için bankayla pazarlığa girmezdi. Asimetrik enformasyona ek olarak,⁴¹

çeriyor. Türk hukuku açısından bkz. **Zevkliler** Aydın/**Aydoğdu** Murat (dn 1) s. 160.

³⁹ Y13. HD, 26 Eylül 2007, E. 2008/4345, K. 2008/6088.

⁴⁰ İsviçre hukuku açısından benzer bir yaklaşım için bkz. **Pichonnaz** Pascal, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?, in Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (ed), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Cenevre 2008, s. 391.

⁴¹ Sözleşme hukukunda asimetrik enformasyon ve sonuçları üzerine, Avrupa hukuklarında bkz. **Leyens** Patrick C./**Schäfer** Hans-Bernd, Inhaltsskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 2010, s. 779 vd; **Kötz** Hein, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle, JuS 2003, s. 209 vd; **Basedow** Jürgen, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung, AcP 2000, s. 486-487. Kuzey Amerika hukuklarında bkz. **Hillman** Robert

müşteri ve girişimci arasındaki güç ve organizasyon farkı da sonucun banka lehine gelişmesine katkıda bulunurdu.⁴² Sonuçta, içerik denetimi ne önleyici ne de düzeltici işlevini yerini getirebilmiş olurdu.

Türk, İsviçre ve Alman uygulamaları nüansları barındırmakla beraber -Alman hukuk uygulaması biraz daha az, İsviçre uygulaması biraz daha fazla, Türk uygulaması da bunlardan çok uzaklaşmadan-, sözleşme hükümlerinin denetim sahasını gerçekte önemli ölçüde sınırlandırıyor. Aşağıda incelediğimiz başka hukuk sistemleri (örneğin Avrupa'da Fransa, Belçika, Norveç, İsveç, Finlandiya, Danimarka hukukları; Kuzey Amerika'da, Amerika Birleşik Devletleri eyalet hukukları ve yeni yürürlüğe giren Québec hukuku) müzakere edilmiş olsun olmasın sözleşmesel hükümlerin tamamını içerik denetimine tabi tutuyor. Bu ülke kanun koyucuları, sözleşmenin etik yanından çok işlevine ağırlık veriyor ve 'önceden ve tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşme hükümleri hangi şartlar yerine getirildiğinde müzakere edilmiş sayılır, dolayısıyla genel işlem şartı olmaktan çıkar ve hâkimin müdahale alanı dışında kalır?' sorusunu bertaraf etmiş oluyorlar. Dahası, 93/13 sayılı Yönerge'nin genel işlem şartlarının kötüye kullanılmasına karşı öngördüğü hukuki korumanın asgari ölçüde kaldığını karara bağlayan Avrupa Birliği Adalet Divanı da (ABAD), daha efektif bir koruma sağlamak adına müzakere edilmiş/ müzakere edilmemiş hüküm ayırımını dikkate almıyor (aşağıda bkz. *Mostaza Claro* kararı).⁴³ Son olarak şunu da belirtelim. 2011/83 sayılı AB Yönergesi,⁴⁴ 20 yıl önceki tüketici hukuku mentalitesini yansıtan 93/13 sayılı Yönerge'nin öngördüğü korumayı daha etkin kılabilme

A./**Rachlinski** Jeffrey J., Standard- Form Contracting in the Electronic Age, NYU L. R. 2002, s. 435-436.

⁴² Konuyla ilgili bkz. **Huguenin** Claire, Zum Verhältnis zwischen linguistischen Kommunikationsmodellen und Verträgen, in Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (ed), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, s. 121.

⁴³ ABAD, 26 Ekim 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421.

⁴⁴ OJ L 304, 22 Kasım 2011, s. 64 vd.

için bazı değişiklikler öngörüyor.⁴⁵ Örneğin, yeni Yönerge'nin 32. maddesi, müzakere edilmiş hükümleri de içerik denetimine tabi kılan milli düzenlemelere yasal zemin hazırlıyor.⁴⁶

Avrupa'da bu yeni sayılabilecek anlayışın ortaya çıkmasının bir sebebi, müzakere edilmiş/müzakere edilmemiş sözleşme hükmü ayrımının uygulanabilirliğinin kısıtlı bulunması⁴⁷ ve benzer olaylarda farklı kararların verilmesine neden olması.⁴⁸ Empirik çalışmalarla doğrulanmış diğer bir sebebi de şu:⁴⁹ Kabul ettiği koşullar hakkında dikkati çekilen taraf, söz konusu koşulların içeriğini belirlemede çoğu zaman etkin rol oynayamıyor.

⁴⁵ *Id.* s. 72 (par. 62).

⁴⁶ *Id.* s. 83. Bu düzenleme, 93/13 sayılı AB Yönergesi'ni revize ediyor ve Yönerge'nin 8. maddesine 8a numaralı yeni bir hükmün eklenmesini öngörüyor. 2011/81 sayılı Yönerge'nin 93/13 sayılı Yönerge'ye eklediği 8a maddesinin 1. fıkrasına göre, taraflar arasında müzakere edilmiş sözleşme hükümlerini de içerik denetimine tabi tutan üye ülkeler, bu durumu AB Komisyonu'na bildirmekle yükümlü tutuluyorlar.

⁴⁷ Yukarıda bkz. dn 17.

⁴⁸ **Pichonnaz** Pascal/**Fornage** Anne-Christine, Le projet de révision de l'art. 8 LCD, Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, SJZ 2010, d. 285; **Morin** Ariane, Les clauses contractuelles non négociées, RDS/ZSR 2009, s. 506; **Koller** Thomas, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA/AJP 2008, s. 952; **Werro** Franz, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile: regard critique sur les conditions générales, in Franz Werro/Hubert Stöckli (ed), Journées du droit de la circulation routière 2006, s. 9 ve 83; **Pichonnaz** Pascal (dn 40) s. 384-385. AB hukuku açısından bkz. **Reich** Norbert, The Tripartite Function of Modern Contract Law in Europe: Enablement, Regulation, Information, in Franz Werro/Thomas Probst (ed), Schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2004, s. 169-170; **Wilhelmsson** Thomas (dn 24) s. 583.

⁴⁹ Böyle bir çalışma için bkz. **Bakos** Yannis/**Marotta-Wurgler** Florencia/**Trossen** David R., Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economic Approach to Standard Form Contracts, CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, NYU Law and Economics Research Paper, 09-40. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1443256> (3.11.2012).

Bir sözleşme hükmünün içeriğine etki etme imkânına sahip olan taraf, görüşmeler sırasında bu hükmün değiştirilmesini ya da sözleşmeye alınmamasını istese ve fakat isteği düzenleyen tarafından yerine getirilirse, hüküm müzakere edilmiş sayılır mı? Bu soruya 'evet, müzakere edilmiş sayılır' şeklinde yanıt verirsek, TBK'nda öngörülen denetim mekanizmasının fonksiyonu sorgulamamız gerekir. 'Hayır, müzakere edilmemiş sayılır' dersek, söz konusu hüküm denetime tabi tutmak mümkün olur, fakat diğer yandan müzakere edilmiş/müzakere edilmemiş hüküm ayrımı yapmanın ne anlamı kalır?

2. Çelişkili yaklaşımlar

Taraflar arasında müzakere edildiği varsayılan sözleşme hükümlerinin denetim dışı bırakılması, Türk doktrininde sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmekte ve özel olarak tartışılmaya değer bulunmamakta. Oysa aşağıda göreceğimiz üzere, Almanca konuşulan ülkeler dışında kalan milli hukuk sistemlerinde⁵⁰ ve AB hukukunda⁵¹ bu durum bir sorun olarak görülmekte ve irdelenmekte. Konunun bu boyutu, Türk hukuku açısından şu soruyu akla getiriyor: Müzakereye konu olmuş ve taraflarca kabul edilmiş sözleşme hükümleri sözleşme dengesini bozacak şekilde taraflardan biri aleyhine bulursa, bu hükümler herhangi bir denetime tâbi olmaksızın geçerli sayılabilecek mi?

Doktrinde, müzakere edilmiş hükümlerin dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtiliyor.⁵² Yargıtay uygulamasıyla kısmen tutarlık gösterse de,⁵³ müzakere edildiği varsayılan hükümlerin içerik denetiminin sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca daha gevşek bir şekilde TMK'nun 2 maddesi uyarınca gerçekleş-

⁵⁰ Aşağıda bkz. II.B.2.

⁵¹ Aşağıda bkz. II.B.1.

⁵² Örneğin bkz. **Engin** Baki İlkey (dn 4) s. 282 ve 286; **Bouverat** David (dn 31) N. 58.

⁵³ Örnek olarak bkz. Y13. HD, 7 Nisan 1981, E. 1045, K. 2514; Y13. HD, 18 Kasım 1981, K. 6416/7369.

tirilmesi düşüncesini şüphe ile karşılıyoruz. Avrupa ve Kuzey Amerika hukuklarında, sözleşme serbestisi ilkesi iki yüz yıl önceki parlak devrini kapatıp, yerini risk toplumunun yeni sosyo-ekonomik sorunları karşısında daha verimli olabilecek çözümlere bıraktı. Ayrıca, ilkenin uygulama sahası, davranış bilimleri alanında gerçekleştirilen çalışmalar sonucu ciddi şekilde geriledi.⁵⁴ Aşağıda bu tartışmalara değiniyoruz (bkz. II.B).

Burada şunu söylemekle yetinelim: TBK'yla getirilen yeni düzenlemenin gerekçelerini açıklarken Türk doktrini, yerinde bir saptamayla, dürüstlük kuralı çerçevesinde (bkz. TMK. 2) veya genel kamu düzeni düşüncesi (bkz. TBK. 27) etrafında gerçekleştirilen denetimin yetersizliğine vurgu yapıyor.⁵⁵ Müzakere edilmiş sayılan ama gerçekte esaslı bir müzakereden yoksun bırakılmış olan sözleşme hükümlerinin denetimi söz konusu olduğunda aynı doktrinin dürüstlük kuralına atfı yapması çelişkili, daha da önemlisi sorunu görmezden gelen bir yaklaşım değil mi?

B. Yeni eğilimlerin göz ardı edilmesi

Hukuki denetimin müzakere dışında kalan sözleşmesel koşullarla sınırlanması düşüncesi, Kuzey Amerika ve bazı AB üyesi ülke hukuklarında ve en önemlisi ABAD'nın yeni içtihatlarında yer almıyor. Aşağıda, önce ABAD'nın *Mostaza Claro* kararını inceleyeceğiz (1). Sonra, Avrupa ve Kuzey Amerika'daki milli hukuk sistemlerinin yöneldiği yeni eğilime ilişkin açıklamalarda bulunacağız (2). Burada kısaca şunu belirtelim: Özellikle AB hukukundaki gelişmelerin kapsamının şimdilik tüketici hukukuyla sınırlı kaldığının farkındayız. Ancak bu durum, TBK'nun 20-25. maddelerinin yorumunda söz konusu gelişmelerin yol gösterici olmasına engel değil, özellikle de somut olayın şartları zayıf olan tarafın sözleşme menfaatinin korunmasını gerektiriyorsa.

⁵⁴ Bkz. dn 21'deki referanslar.

⁵⁵ **Ulusan İlhan** (dn 8) s. 32; **Morin Ariane** (dn 48) s. 507; **Vigneron-Maggio-Aprile Sandra**, Le point sur les clauses abusives, in Lauren Ojha/Pierre-François Vulliemin, Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lozan 2009, s. 107.

1. ABAD'nın içtihatları

Açıklamalarımıza, 93/13 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasındaki müzakere edilmiş şartları denetim dışı bırakan hükmün geçerliliğini sorgulayan ABAD kararıyla başlayayım. Mahkeme, *Océano*,⁵⁶ ve *Codifis*⁵⁷ kararlarında üye ülke hâkimlerine resen içerik denetimi yapma yetkisi tanımıştı. 26 Ekim 2006 tarihli *Mostaza Claro* kararında,⁵⁸ *Océano* ve *Codifis* kararlarındaki yaklaşımını daha ileri götürerek, 93/13 sayılı Yönerge'de ifade edilen müzakere edilmiş/müzakere edilmemiş hüküm ayrımını ortadan kaldıran bir karara imza attı. Önce karara konu olayın gelişimini açıklayalım:⁵⁹ Tüketici Mostaza Claro, düzenleyen konumunda bulunan telekomünikasyon hizmeti sağlayıcısı Móvil ile yaptığı sözleşmede, «söz konusu anlaşmadan doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini» ifade eden hükmü tartışmadan kabul etti. Sonra, bir uyuşmazlık nedeniyle Móvil tahkim prosedürünü başlattı. Tahkim heyeti Mostaza Claro'ya 10 gün içinde tahkim şartına itiraz edebileceğini ve ayrıca isterse uyuşmazlığın normal yargılama usulüne göre yapılmasını talep edebileceğini belirten bir mektup yazdı. Mostaza Claro mektuba önce cevap vermedi; sonra, tahkim yargılaması aleyhine sonuçlanınca, kendisiyle müzakere edilmemiş olduğunu iddia ettiği tahkim şartının yazılmamış sayılması gerektiğini savundu.

Sorun ABAD'nın önüne geldiğinde, Móvil ve Alman hükümeti 1) söz konusu sözleşmedeki tahkim şartının milli hukukun emredici hükümlerine aykırı bulunmadığını; 2) tüketici aleyhine bir durum yarattığı kabul edilse dahi, tüketicinin bu şartın uygulanmaması yönünde itiraz etme şansının olduğunu; başka bir ifadeyle, tahkim şartıyla ilgili olarak sözleşmenin içeriğine etki etme şansına sahip

⁵⁶ ABAD, 27 Haziran 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero*, Rec. I-04941, par. 28.

⁵⁷ ABAD, 21 Kasım 2002, C-473/00, *Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*, Rec. I-10875, par. 32.

⁵⁸ ABAD, 26 Ekim 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421.

⁵⁹ *Id.* par. 16-20.

bulduğunu; dolayısıyla, şartın müzakere edilmiş sayılıp içerik denetimi dışında tutulması gerektiğini iddia etti.⁶⁰ Mahkeme, Móvil ve Alman hükümetinin itirazlarını dikkate almadı ve 1) AB tüketici hukukunun emredici karakteri bulunduğunu ve AB hukukunun milli hukukların üzerinde konuma sahip olduğunu; 2) düzenleyen ile arasındaki sözleşmede aleyhindeki hükümlere etki etme şansına sahip olup da bunlara etki etmemiş olsa dahi, tüketicinin söz konusu hükümlerin AB hukukuna aykırılığına karar verilmesini isteyebileceğine hükmetti.⁶¹ Mahkeme, tahkim şartı nedeniyle sözleşmedeki dengenin tüketici aleyhine bozulmuş olduğuna ve bu durumun tek başına AB tüketici hukukuna aykırılık oluşturduğuna karar verdi; tüketicinin hükmün içeriğine etki edip etmediğini ya da edebilecek konumda bulunup bulunmadığını irdelemedi.

ABAD'nın kararı ilk bakışta 93/13 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasındaki hükme aykırı gibi görünüyor. Ancak, tüketici haklarını düzenleyen 2011/83 sayılı yeni Yönerge'nin 32. maddesinde⁶² ve 93/13 sayılı Yönerge'nin giriş kısmında (bkz. 12. paragraf), içerik denetimine ilişkin AB hukuku hükümlerinin 1) üye ülke hukukları arasında asgari uyumu amaçladığı; 2) tüketici için en düşük ölçekte koruma öngördüğü; dolayısıyla, üye ülke kanun koyucuları tarafından bunların yerine tüketiciyi daha iyi koruyabilecek

⁶⁰ *Id.* par. 33.

⁶¹ *Id.* par. 35-39. Ayrıca bkz. **Komninos** Assimakis, Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernisation Era, in Gordon Blanke/Phillip Landolt (ed), EU and US Antitrust Arbitration, Alphen aan den Rijn 2011, s. 468.

⁶² Her ne kadar yeni Yönerge'nin başlığı 'tüketici hakları' ise de bu başlık Yönerge'nin içeriği ile karşılaştırıldığında abartılı. Gerçekte Yönerge, kapıdan satış ve mesafeli satış sözleşmeleri hakkında kaleme alınmış ayrıntılı ihbar yükümlülükleri getirmeye yetmiyor. Oysa tüketici sözleşmeleri kapıdan satış ve mesafeli satış sözleşmeleri ile sınırlı değil. Yönerge'nin getirdiği bir diğer yenilik, söz konusu sözleşmelerle ilgili içerdiği hükümler açısından AB'de azami uyumu amaçlaması. 2011/83 sayılı Yönergeyi eleştirel bakış açısından değerlendiren kapsamlı bir çalışma için bkz. **Weatherill** Stephen, The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for 'Coherence' Has (Largely) Failed, CMLR 2012, s. 1279 vd.

hükümlerin getirilmesinin mümkün olduğu belirtilmekte. 93/13 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen düzenlemenin ötesine geçerken, ABAD da aynı gerekçeden hareket ediyor.

2. Milli hukuk sistemlerinin yöneldiği yeni eğilimler

Yukarıda incelediğimiz kararın arkasındaki yaklaşım,⁶³ uzun süredir. İskandinav ülkelerindeki içtihatların dayanağını oluşturuyor. Hem siyasi hem ideolojik anlamda sözleşme hukukunda zayıf tarafın –dar anlamda tüketicinin- korunması kavramını diğer ülke hukuk sistemlerine ihraç etmiş olan Norveç,⁶⁴ İsveç, Finlandiya ve Danimarka hukukları aslında ayrı bir çalışma konusu olmaya değer. Burada şunu belirtmekle yetinelim: Bu ülkelerde uygulanan *Nordic Contacts Act*'ın 36. maddesi, hâkimin sözleşmeye müdahalesini şu iki şartın bir arada bulunmasına bağlıyor: 1) Sözleşmenin tamamı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu sözleşme hükmünün makul olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması (objektif değerlendirme); 2) hükmün aleyhine bulunduğu tarafın menfaatinin diğer tarafın menfaati karşısında korunması gereği (sübjektif değerlendirme).⁶⁵ Somut olayda bu iki şart gerçekleşmişse, İskandinav hukukunda düzenleyen, müzakere edildiğini ileri sürerek söz konusu

⁶³ ABAD kararlarının İsviçre hukukunda bağlayıcılığı üzerine yeni tarihli bir çalışma için bkz. **Werro** Franz, La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 CO, in Stephan Fuhrer/Christine Chappuis (ed), *Liber amicorum Roland Brehm, Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité et des assurances*, Bern 2012, s. 475.

⁶⁴ Norveç, Avrupa Serbest Ticaret Birliği üyesi olarak AB Yönergelerini düzenli şekilde iç hukukuna dâhil etmekte.

⁶⁵ **Nielsen** Ruth, *Contract Law in Denmark*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 51; **Wilemsson** Thomas (dn 24) s. 583. İsviçre uygulamasında benzer yaklaşım üzerine inşa edilmiş kararlar için bkz. ATF/BGE 135 III 1 (par. 2.1); ATF/BGE 135 III 225; ATF/BGE 132 V 149 (par. 5); TF 5C.134/2004; ATF/BGE 122 III 373; ATF/BGE 119 II 443 (par. 1c); ATF/BGE 117 II 332 (par. 5). Karar incelemeleri için bkz. **Klett** Kathrin/**Hurni** Christoph, *Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle*, recht 2012, s. 82 vd.

sözleşme hükmünün denetim dışında bırakılmasını talep etme yetkisini haiz değil.

İçerik denetiminin maddi uygulama alanına ilişkin benzer yaklaşımları Avrupa'da Fransız ve Belçika tüketici hukuklarında da bulmak mümkün. 1 Temmuz 2010'da revize edilen Fransız Tüketici Kanunu'nun L. 132-1 maddesinde, müzakere edilmiş olsun olmasın sözleşme dengesini tüketici aleyhine önemli ölçüde bozan tüm hükümlerin hukuka aykırı sayılacağı düzenleniyor.⁶⁶ Belçika'da Tüketicinin Korunması ve Bilgilendirilmesi Hakkında Kanun'un 31. maddesinin 1. paragrafında da benzer bir hüküm yer alıyor.⁶⁷ Fransız ve Belçika hukukları, Türk hukukundan farklı olarak, içerik denetimini müzakere edilmemiş hükümlerle sınırlamadıkları gibi, bu hükümler için yürürlük denetimi de öngörmüyorlar.

Yukarıda ele aldığımız Avrupa'daki yeni eğilim, Amerika Birleşik Devletleri'nde Louisiana dışındaki tüm eyalet hukuklarını etkilemiş bulunan *Uniform Commercial Code*'un (UCC) § 2-302. paragrafındaki düzenlemeyle de benzeşiyor. Yalnız bir noktayı hatırlatmakta fayda görüyoruz: Fransa ve Belçika hukuklarından farklı olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nde § 2-302 UCC'nin uygulama alanı tüketici hukuku ile sınırlı değil. Hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan düzenleme, müzakere edilmiş olsun olmasın, sözleşmenin

⁶⁶ Fransız Tüketici Kanunu'nun L. 132-1 maddesi: « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat [...] Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ».

⁶⁷ Belçika'da Tüketicinin Korunması ve Bilgilendirilmesi Hakkında Kanun'un 31. maddesi: « Pour l'application de la présente loi, il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ».

doğasına aykırı tüm hükümler için içerik denetimi öngörüyor.⁶⁸ Yeni Québec Medeni Kanunu'nun 1437. maddesi, § 2-302 UCC hükmünden farklı olarak dürüstlük kuralına aykırı şekilde bir tarafın aleyhine olan sözleşme hükümlerinin hukuka aykırı sayılacağını düzenliyor;⁶⁹ ancak, yukarıda ele aldığımız çözümlere paralel şekilde, bu hükümlerin müzakere edilmiş olup olmadığını dikkate almıyor.⁷⁰

C. Değerlendirmeler

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, sözleşme hükümlerinin içerik denetimini müzakere dışında kalan koşullarla sınırlayan yaklaşım sözleşme serbestisini esas alırken, hâkimin sözleşmeye müdahalesini bu serbestiye getirilmiş bir istisna olarak görüyor. Bu anlayışa temel teşkil eden düşünce önce bir ihtiyaca cevap olarak doğdu. David Hume, Hobbes, Reidenitz ve Ahrens, insan topluluklarının bir arada yaşayabilmesinin ön şartının bireylerin özgür iradeleriyle meydana getirdiği sözleşmelere güvenmekten geçtiğini belirtti. Sonra Schulze, Stahl ve Rousseau sözleşme hükümlerine uygun hareket etmenin ahlaki yanına vurgu yaptı. 1788'de yayımla-

⁶⁸ § 2-302 UCC: «(1) If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result. (2) If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination».

⁶⁹ Québec Medeni Kanunu'nun 1437. maddesi: «La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci».

⁷⁰ **Bourgoignie** Thierry/**Lafond** Pierre-Claude/**Rouillard** Lindy, La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec, Jalons pour un Code de la consommation du Québec, Montréal 2010, s. 130.

dığı 'Pratik Aklın Eleştirisi' adlı eserinde Alman filozof Kant da insanlığın ortak ahlak bilincine dair açıklamalarda bulunduktan sonra, sadece iradi davranışların evrensel ahlaka katkı yapabileceğini savundu.⁷¹ Çünkü bir davranışla bu davranışın sonucu arasında nedensellik bağının kurulabilmesini, davranışın iradi olması koşulluna bağladı. Böylece, iradesini bir sözleşme hükmünü kabul etmek yönünde kullanan kimsenin aleyhine de olsa bunun sonuçlarına katlanması gereği ahlaki açıdan temellendirilmiş oldu.⁷² Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında taraflar arasında müzakereye konu olmuş sözleşme hükümlerinin denetim dışı bırakılması ve bunların hâkim müdahalesini hak etmediği düşüncesi, yukarıda değindiğimiz ahlaki düşüncenin uzantısı olarak ele alınması gereken bir konu. Söz konusu ülkelerdeki mahkeme içtihatları bu görüşü destekliyor. Mahkemeler, hâkim müdahalesini hak eden hükümleri, dürüstlük kuralına aykırı şekilde sözleşme özgürlüğünü kötüye kullanan hükümler olarak tanımlıyor.⁷³

Avrupa'da Fransız, Belçika ve İskandinav hukukları ile Kuzey Amerika'da Birleşik Devletler eyalet hukukları ve Québec hukuku ise, sözleşmenin ahlaki yanından çok işlevine odaklanıyor. Taraf-

⁷¹ **Kant** Immanuel, Kritik der praktischen Vernunft (Riga 1788), in Karl Vorlaender (ed), 9. Baskı, Hamburg 1974, N. 131.

⁷² **Barmann** Johannes, Pacta sunt servanda - Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, RIDC 1961, s. 18 vd.

⁷³ Türk uygulamasında örneğin bkz. Y13. HD, 7 Nisan 1981, E. 1045, K. 2514. Ayrıca bkz. **Akünel** Teoman, Allgemeine Geschäftsbedingungen im türkischen Recht, in Avusturya-Türk Hukuk Haftası/Österreichisch-Türkische Juristenwoche, İstanbul 1983, s. 12-13. İsviçre uygulamasında örneğin bkz. ATF/BGE 112 II 450 (par. 3a): «Le juge devrait veiller à une répartition équitable [des] risques en examinant le contenu des clauses litigieuses au regard des normes générales du droit civil (art. 2 CC)». Alman uygulamasında ilk kez genel işlem şartlarını denetime tabi tutan ve bunu da dürüstlük kuralı çerçevesinde (§ 242 BGB) gerçekleştiren 29 Ekim 1956 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGHZ 20, 90, 97 vd, NJW 1957, s. 17. Kararda Mahkeme, 1935 tarihinde yayınlanmış bir çalışmada yer verilen görüşlere atıf yapıyor. Bu çalışma için bkz. **Raiser** Ludwig, Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, s. 293 vd.

lardan birinin sözleşmenin işlevini sınırlandıracak bir durum yaratması, bu ülke hukuklarında hâkimin sözleşmeye müdahalesini haklı kılıyor. Örneğin sözleşmenin doğası gereği taraflardan birinin üstlenmesi gereken rizikoyu diğer tarafa yüklemesi, sözleşmenin işlevini sınırlandıran bir davranış olarak kabul ediliyor⁷⁴ ve bu durumun başlangıçta taraflarca onaylanmış olması, aleyhine durum yaratılan tarafın sonradan hâkimin sözleşmeye müdahalesini talep etmesine engel olmuyor. Çünkü bu hukuklarda hâkimin müdahalesi, orta Avrupa hukukundan farklı olarak istisnai bir durum teşkil etmiyor.⁷⁵ AB üyesi ülke mahkemeleri için bağlayıcılık taşıyan ABAD'nın yukarıda incelediğimiz 26 Ekim 2006 tarihli *Mostaza Claro* kararını da bu zeminde değerlendirmemiz gerekir.⁷⁶

Biri sözleşmenin ahlaki diğeri işlevsel yönünü esas alan yukarıda değindiğim iki yaklaşım, pratikte birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğuruyor. İlki, iradesini bir sözleşme hükmünü kabul etmek yönünde kullanan kimsenin aleyhine de olsa bunun sonuçlarına katlanması gereğine vurgu yaparak, sözleşmenin kurulması aşaması üzerine odaklanıyor ve hükmün geçerli bir şekilde sözleşmeye dâhil edilip edilmediğini (örneğin zayıf tarafın hükmün içeriğine müdahalede bulunmasının mümkün olup olmadığını) sorguluyor. İkincisi, kabul edilmiş olan bir hükmün içeriğini sözleşme adaleti açısından irdeliyor. Bu iki denetim mekanizmasının maddi uygulama sahası ve amaçları birbirinden farklı. Bu nedenle, birinin uygulamasının diğerininkini sınırlandırmaması; yani, hükmün sözleşmeye dâhil edilme sürecinin ve içeriğinin birbirinden bağımsız olarak denetlenmesi gerekir.

Ancak TBK tarafından benimsenen ve sözleşmenin ahlaki yönünü ön plana çıkaran yaklaşım, 1) hâkimi müzakere edilmiş/

⁷⁴ **Wilhelmsson** Thomas (dn 24) s. 583.

⁷⁵ Konuya karşılaştırmalı hukuk açısından yaklaşan yeni tarihli bir çalışma için bkz. **van Boom** Willem H., *Torts, Courts and Legislatures: Comparative Remarks on Civil Law Codifications of Tort Law*, in Thomas Arvind/Jenny Steele (ed), *Tort Law and the Legislature Common Law, Statute and the Dynamics of Legal Change*, Oxford 2012, s. 17 vd.

⁷⁶ Yukarıda bkz. II.B.1.

müzakere edilmemiş hüküm ayırımının ortaya çıkardığı zorluklarla baş başa bırakıyor; 2) kabul ettiği hükmün içeriğine müdahale etme fırsatına sahip olmuş bireyin aldığı kararın rasyonel olduğunu varsayıyor; bu da kanun koyucunun tercih ettiği çözümün sosyo-ekonomik gerçeklik ile bağının zayıf olduğunu gösteriyor;⁷⁷ 3) en önemlisi, müzakere edildiğini varsaydığı hükümleri içerik denetimine tabi tutmuyor ve böylece söz konusu hükümler için hem içerik denetimini devre dışı bırakıyor hem de sözleşmenin işlevini yerine getirmesinin önündeki çok önemli bir engeli görmezden geliyor;⁷⁸ 4) ABAD'nun içtihatlarıyla uyum göstermiyor.⁷⁹

III. Türk hukuk uygulaması açısından çözüm önerileri

Mahkemeler tarafından tamamen bir kenara bırakılmayacaksa da, TBK tarafından benimsenen ve sözleşmenin işlevinden çok ahlaki yönünü ön plana çıkaran düzenleme, en azından Kanun'un gerekçesinde belirtilen amaca uygun şekilde yorumlanabilir. Kanun

⁷⁷ **Kenny Mel/Devenney** James, Conclusions: Consumer Credit, Debt and Investment in Europe, in James Devenney/Mel Kenny (ed), Consumer Credit, Debt and Investment in Europe, Cambridge 2012, s. 397: « As the authors conclude, the concept of the well-informed, average consumer, a consumer who only needs information to make rational choices, relates more to myth than to reality ».

⁷⁸ Benzer eleştiriler için bkz. **Voyiakis** Emmanuel, Unconscionability and the Value of Choice, in Mel Kenny/James Devenney/Lorna F. O'Mahony (ed), Unconscionability in European Private Financial Transactions, Cambridge 2010, s. 129; **Koller** Thomas (dn 48) s. 952; **Schmid** Jörg, Freizeichnungsklausen, in Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (ed), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Cenevre 2003, s. 308.

⁷⁹ Ayrıntısına girmeden şunu da belirtelim: Avrupa özel hukukunun ortak referans noktalarını düzenleyen taslağın (DCFR) II-9:404 maddesi, yukarıda saydığımız nedenlerle müzakere edilmiş hükümlerin de müzakere edilmemiş hükümler gibi içerik denetime tabi tutulabileceğini öngörüyor. Ancak, bu konuyu düzenleyen metin için henüz nihai kararın verilmeyeceğini de ekleyelim. Bkz. **von Bar** Christian/**Clive** Eric (ed), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Münih 2009, s. 635.

koyucunun gerekçede belirttiği amaca ulaşabilmesi için⁸⁰ Türk uygulamasında benimsenebilecek yaklaşımlar konusunda dürüstlük kuralından yola çıkarak aşağıda bazı önerilerde bulunuyoruz. Önce, dürüstlük kuralının sözleşme hükümlerinin müzakere edilip edilmediğinin belirlenmesindeki rolünü irdeliyoruz ve mahkemelerin TBK'nun 20-25. maddelerinin maddi uygulama alanını genişletmek için başvurabileceği yöntemleri ele alıyoruz (A). Sonra, TBK'nun 25. maddesinde sözü geçen 'dürüstlük kuralının ihlalinin' ve 'tarafardan birinin durumunun ağırlaştırılmış olmasının' içerik denetimine konu olan bir hükmün yazılmamış sayılması için bir arada bulunması gerekli iki şart olup olmadığını tartışıyoruz (B).

A. Denetimin maddi kapsamının belirlenmesi

Diğer bazı ülke hukuklarından (örneğin Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeden)⁸¹ farklı olarak Türk hukuku, dürüstlük kuralının uygulama alanını sözleşmenin ifası ile sınırlandırmıyor. Yargıtay, sözleşmenin kurulması aşamasında da dürüstlük kuralının uygulanabileceğini kabul ediyor.⁸² Bu nedenle dürüstlük kuralı, bir sözleşme hükmünün müzakere edilmiş sayılıp sayılmayacağında Türk hukukunda belirleyici ölçüt konumunda bulunuyor. Buradan şu noktaya varmak istiyoruz: Hâkim, bir hükmün müzakereye konu olup olmadığını değerlen-

⁸⁰ Gerekçe'nin ilgili bölümü için yukarıda bkz. Giriş.

⁸¹ Bir noktayı hatırlatmakta fayda görüyoruz: Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 3. fıkrası sözleşmenin dürüstlük kuralına uyularak kurulması gereğini belirtmiyor. Ancak, Fransız mahkemeleri sözleşme öncesi duruma haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralları uygulayarak bu boşluğu kapatıyor. Bkz. **Mestre** Jacques, *L'exigence de la bonne foi dans la conclusion du contrat*, RTDciv 1989, s. 736. Fransız Medeni Kanunu Tasarısı'nın 1104. maddesi ise, sözleşmenin kurulması aşamasında haksız fiil hükümlerinden ziyade dürüstlük kuralının uygulanmasını öngörüyor: «L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi». Tasarı hakkında kısa bir değerlendirme için bkz. **Catala** Pierre, *Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, Dalloz Chronique 2006, s. 535-538.

⁸² Y13. HD, 7 Nisan 1981, E. 1045, K. 2514.

dirirken, düzenleyenin yasal düzenlemelere uymuş olup olmadığını tespit ile yetinmemelidir. İngiliz,⁸³ Fransız⁸⁴ ve Alman⁸⁵ hukuklarında olduğu gibi, dürüstlük kuralı çerçevesinde, karşı tarafı irrasyonel davranmaya sevk etmiş muhtemel nedenleri resen araştırmalı ve bunların düzenleyenin davranışlarının sonucu olup olmadığını da değerlendirmelidir.

Neler olabilir bu nedenler? Örneğin, olası itirazları en aza indime düşüncesi ile müşteri aleyhine sonuç doğurabilecek sözleşme hükümleri hakkında onu bilgilendirmek için düzenleyenin sözleşmenin kurulacağı son anı beklemesi ve böylece müşteriye bir emrivaki ile karşı karşıya bırakması, somut olayın diğer şartlarıyla birlikte dikkate alındığında dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebilir. Girişimcinin sözleşmenin doğası gereği aslında kendi üzerinde kalması gerekli rizikoyu müşteriye yüklemesi ve bunu da müşterinin kabul kararını almasıyla kabul iradesini açığa vurma arasında geçen zaman dilimi arasında gerçekleştirmesi, çoğu durumda müşterinin bu rizikoları tarafsız gözle değerlendirmesini engeller.⁸⁶ Söz konusu hükmün denetimini yapan hâkim, böyle bir durumda, başkaca bir araştırmaya gerek duymaksızın müşteriye hükme etki etme fırsatı tanınmış olduğundan hareketle hükmün sözleşmeye dâhil edildiğine karar vermemelidir. Olayın şartlarını

⁸³ Bkz. *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 davasında hâkim Lord Bingham tarafından dile getirilen düşünceler.

⁸⁴ **Ghestin** Jacques, *L'analyse économique de la clause générale*, in Stefan Grundmann/Denis Mazeaud (ed), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Hague 2006, s. 169.

⁸⁵ **Spruß** Christian, *Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts und des UN-Kaufrechts*, Frankfurt 2009, s. 479 vd.

⁸⁶ ATF/BGE 132 III 449 (par. 2); TF 4C.413/2005 (par. 2); **Probst** Thomas, *Kommentierung von Art. 8 UWG (Allgemeine Geschäftsbedingungen)*, in Peter Jung/Philippe Spitz (ed), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Bern 2010, s. 640; **Morin** Ariane (dn 48) s. 502-503; **Hochstrasser** Michael, *Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter*, Zürich 2006, s. 15 vd; **Pedrazzini** Mario M./**Pedrazzini** Federico A., *Unlauterer Wettbewerb – UWG*, 2. Baskı, Bern 2002, N. 12.06.

dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirmeli ve söz konusu tarafın sözleşmeye efektif bir şekilde etki etme imkânına sahip olup olmadığını irdelemelidir.⁸⁷

Burada önemli olan değerlendirme, bireyin, aleyhine olan sözleşme hükümleri hakkında kendisine verilen bilgileri kavrayıp rasyonel bir şekilde karar vermesinin somut olayda kendisinin beklenebilir beklenemeyeceğidir.⁸⁸ Müşterilere verilen konut kredilerinin geri ödenmemesi üzerine Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayan ve Avrupa'da da etkileri hissedilen ekonomik krizin nedenlerinden biri, sözleşmeyle müşterilere yüklenen rizikoların müşteriler tarafından analiz edilememiş olmasıydı. Yapılan araştırmalar, müşterilerin çoğunun geri ödeme konusunda kendilerine aşırı güvendiğini ve uzun vadede beklenmeyen durumların ortaya çıkarabileceği sorunları hesaba katmadıklarını ortaya koydu. Bu araştırmalarda varılan bir başka sonuç da, girişimcilerin davranışlarıyla ilgiliydi: Girişimciler, sözleşme şartları hakkında kendileri kadar bilgi sahibi olmayan ve ihtiyaç içerisinde bulunan müşteriler üzerine önemli rizikolar aktararak sözleşmeye işlevi dışında roller yükledi.⁸⁹

Yukarıda ele aldığımız konut kredilerinin geri ödenmemesine ilişkin örneği burada biraz değiştirelim: Girişimcinin sözleşmenin doğasına uygun olarak kendi üzerinde kalması gereken rizikoları müşterinin sırtına yüklediğini ve fakat bunu yaparken yasal düzenlemelere uyararak söz konusu hükümleri büyük puntolarla ve koyu siyah karakterlerle düzenlediğini varsayalım. Böyle bir durumda: 1)

⁸⁷ Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları açıkça dürüstlük kuralını telaffuz etmemekle birlikte bu görüşü destekler niteliktedir. Örneğin bkz. Y13. HD, 18 Mart 1996, E. 1996/1734, K. 1996/2495.

⁸⁸ Benzer yaklaşımlar için bkz. **Howells** Geraint (dn 21) s. 349; **Rischkowsky** Franziska/**Döring** Thomas, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics As Well As Behavioural Economics*, J. of Consumer Policy 2008, s. 285.

⁸⁹ **Marshall** Eric M., *The Protective Scope of the Fair Debt Collection Practices Act: Providing Mortgagees the Protection They Deserve from Abusive Foreclosure Practices*, Minnesota L. R. 2010, s. 1269 vd.

Söz konusu hükümler müzakere edilmiş sayılıp yargısal denetim dışında bırakılabilir mi? 2) Girişimcinin sözleşmenin doğasına uygun olarak kendi üzerinde kalması geren rizikoları müşteriye aktardığı sözleşme, içerdiği hak ve borçları adilane bir şekilde paylaşmış sayılır mı?

Yargısal denetimin maddi kapsamının belirlenmesine ilişkin ilk soruyu, somut olayın özelliklerini de dikkate aldıktan sonra büyük ihtimalle 'hayır, söz konusu hükümler müzakere edilmiş sayılmaz' şeklinde yanıtlanır. Çünkü müşteri bu hükümlerin içeriğine efektif bir şekilde etki etme imkânına sahip olmamış, yalnızca kendisine dayatılan hükümler hakkında yasal düzenlemelere göre bilgilendirilmiştir. Bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi'nin de ifade ettiği gibi, söz konusu hükümleri kabul etmiş olması her zaman müşterinin iradesinin bu yönde olduğunu göstermez; çoğunlukla, iradesini başka yönde kullanmasının mümkün olmadığını gösterir.⁹⁰ İçerik denetimine ilişkin soruya gelince, burada, girişimcinin sözleşmenin doğasına uygun olarak kendi üzerinde kalması geren rizikoları müşteriye aktarmasının sözleşme dengesini bozup bozmadığı değerlendirilmelidir.⁹¹ Aslında bu değerlendirmenin yapılabilmesi, yukarıdaki ilk soruya verilecek yanıtla bağlıdır. İlk soruyu, yasal düzenlemelere uyulduğundan hareket ederek bu hükümlerin denetim dışı bırakılması yönünde yanıtlarsak, TBK'nun 25. maddesinde düzenlenmiş içerik denetiminin gerçekleştirilmesi mümkün olmaz.⁹²

7 Mayıs 2002 tarihli kararında Adalet Divanı, 93/13 sayılı AB Yönergesi'nin ekinde örnekleme yoluyla sayılmış sözleşme hüküm-

⁹⁰ ATF/BGE 109 II 452 (par. 5a): «Wie bereits erwähnt, kann sich in der Regel nur die schwache oder unerfahrene Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen [...] Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet».

⁹¹ İsviçre uygulamasında benzer bir yaklaşım için bkz. ATF/BGE 135 III 1 (par. 2.1).

⁹² Yukarıda bkz. II.B.1.

lerin analoji yoluyla muhakeme edilerek değerlendirilmesi gereğini vurguladı.⁹³ ABAD'nın *Kingdom of Sweden* davasında verdiği bu karar, denetiminin maddi kapsamının belirlenmesinde Türk mahkemeleri tarafından da dikkate alınmalıdır. Türk mahkemelerince – istisnalar dışında- Yönerge'nin ekinde sayılmış sözleşme hükümlerinin ve benzerlerinin taraflar arasında gerçek bir müzakereye konu olamayacağını kabul etmek, ABAD'nın *Mostaza Claro* davasındaki içtihadıyla uyumlu bir uygulama olur.⁹⁴

B. İçerik denetimine ilişkin ölçütler

TBK'nun 25. maddesinde yer alan içerik denetimine ilişkin düzenlemenin benzerlerini 93/13 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında, Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu'nun revize edilmiş 8. maddesinde, Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafının 1. fıkrasında ve Avrupa özel hukukunun ilkelerini, tanımlarını ve model kurallarını ortaya koyma iddiasında olan taslakta (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*) bulmak mümkün (bkz. II-9:403 DCFR).⁹⁵ Bu düzenlemelerden Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu'nun revize edilmiş 8. maddesi, Avrupa özel hukukunun ortak referans noktalarını düzenleyen taslağın II-9:403. maddesi ve bunların ilham kaynağı olan 93/13 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrası, hükmün yazılmamış sayılmasını, TBK'nun 25. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine önemli ölçüde bozulmuş olduğu hallerle sınırlıyor. Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenleme ise, TBK'nun 25. maddesindeki düzenlemeye paralel şekilde, dengenin önemli ölçüde bozulmuş olmasından bahset-

⁹³ ABAD, 7 Mayıs 2002, C-478/99, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-04147, par. 22.

⁹⁴ Yukarıda bkz. II.B.1.

⁹⁵ Madde II-9:403 DCFR: «In a contract between a business and a consumer, a term [which has not been individually negotiated] is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing». Açıklaması için bkz. **von Bar** Christian/**Clive** Eric (dn 79) s. 634.

miyor.⁹⁶ Ancak, Alman kanun koyucunun tercih ettiği düzenleme, TBK'nun 25. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, 1) örnekleme yoluyla sayılmış bazı hükümlerin kullanılmasını kesin olarak yasaklıyor (bkz. § 309 BGB)⁹⁷; 2) sözleşme dengesinin bozulmasına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunuyor (bkz. § 307 BGB). Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafının 1. fıkrası, açık ve anlaşılabilir olmayan; aynı paragrafın 2. fıkrası, 1) kendisinden sapılan yasal düzenlemelerin temelindeki asli düşünceye aykırılık taşıyan ya da 2) sözleşmeyle yaratılan hak ve yükümlülükleri sözleşmenin amacına aykırı düşecek şekilde sınırlandıran hükümlerin sözleşme dengesini bozacağını varsayıyor.⁹⁸

Yukarıdaki düzenlemeler, sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulması üzerine yoğunlaşırken, dürüstlük kuralına aykırılıkla sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulmuş olması arasındaki ilişkiyi tanımlamıyor. Bu nedenle, içerik denetimi yaparken hâkimin esas alması gerekli ölçütler üzerinde Avrupa doktrininde farklı görüşler ileri sürülüyor.⁹⁹ Profesör Pichonnaz, durumu İsviçre hukuku açısından değerlendirdiği makalelerinde, düzenleyenin

⁹⁶ **von Staudinger Julius/Coester Michael**, § 307, in Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, C. II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310, UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Berlin 2006, N. 71 vd.

⁹⁷ **Wolf Manfred/Lindacher Walter F./Pfeiffer Thomas** (ed), AGB Recht: Kommentar, 5. Baskı, Münih 2009, s. 85 vd.

⁹⁸ Burada her ne kadar Alman düzenlemesinin sözleşmenin işlevini esas alarak yukarıda incelediğimiz İskandinav, Fransız, Belçika, ABD ve Québec hukuklarındaki anlayışa yaklaştığı düşünülebilecekse de, yukarıda saydığımız hukuklardan farklı olarak müzakere edilmiş şartlar için yargısal denetim yolunu kapatması ve içerik denetimini genel işlem koşullarıyla sınırlaması, Alman hukukunun sözleşmenin işlevinden çok kurulması aşamasına odaklandığını düşündürüyor.

⁹⁹ Bu görüşleri karşılaştırmalı hukuk açısından irdeleyen bir çalışma için bkz. **Schultheiss Jörg**, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, Eine vergleichende Analyse des Einheitsrechts mit dem Recht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs und der USA, Frankfurt 2004, s. 79 vd.

dürüstlük kuralına aykırı davranmış olmasının ve bir taraf aleyhine sözleşme dengesinin bozulmuş bulunmasının, hükmün yazılmaması için birlikte bulunması gerekli iki ayrı şart olduğunu savunuyor.¹⁰⁰ Benzer bir düşünceyi, Avrupa özel hukukunun ortak referans noktalarını düzenleyen taslak açısından (bkz. II-9:403 DCFR) Profesörler von Bar ve Clive de savunuyorlar.¹⁰¹ Von Bar ve Clive, hâkimin 1) sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulup bozulmadığını değerlendirmesi, 2) dengenin bozulduğuna kanaat getirirse, ikinci bir adımda dengenin bozulmasına düzenleyenin dürüstlük kuralına aykırı davranışının sebep olup olmadığını incelemesi gerektiğini belirtiyorlar.¹⁰² Profesör Pichonnaz'dan farklı olarak, bu ikinci adımda, sözleşme dengesi bir taraf aleyhine ne kadar çok bozulmuşsa, dürüstlük kuralına uygun hareket ettiğini iddia eden düzenleyenin kanıtının da o kadar güçlü argümanlarla desteklenmesi gerektiğine işaret ediyor ve savlarına izafi bir anlam kazandırıyorlar.¹⁰³

Yukarıdaki yorumlara saygı duyuyoruz; ancak, bunlara ne İsviçre¹⁰⁴ ne de Türk hukuku açısından katılmıyoruz. Düzenleyene dürüstlük kuralına uygun davrandığına ilişkin kanıt getirme ve bu şekilde karşı taraf aleyhine olan sözleşme hükümlerini içerik denetiminden geçirme imkânı tanınması, kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz.¹⁰⁵ Çünkü böyle bir uygulama, soruna girişimci gözünden

¹⁰⁰ **Pichonnaz** Pascal, *Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence*, Plaidoyer 2011/V, s. 38; **Pichonnaz** Pascal/**Fornage** Anne-Christine (dn 48) s. 289-290.

¹⁰¹ **von Bar** Christian/**Clive** Eric (dn 79) s. 635.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ **Büyüksagis** Erdem (dn 12) s. 1407 vd. Ayrıca bkz. **Stöckli** Hubert, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, DC/BR 2011, s. 184; *id.*, (dn 12) s. 200.

¹⁰⁵ Benzer bir düşünceyi Calais-Auloy ve Roppo AB hukuku açısından savunuyorlar. Bkz. **Calais-Auloy** Jean, *Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation*, in Stefan Grundmann/Denis Mazeaud (ed), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Hague 2006, s. 192; **Roppo** Vincenzo (dn 22) s. 141.

bakmayı gerektirir. Aynı durumdaki ideal bir girişimcinin varsayımsal davranışıyla, somut olaydaki girişimcinin davranışının karşılaştırılmasını gerekli kılar. Oysa kanun koyucunun getirdiği düzenleme, diğer Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler gibi, sözleşmede zayıf tarafın korunmasını amaçlamaktadır; girişimcinin değil.¹⁰⁶ Başka bir deyişle, soruna zayıf tarafın perspektifinden bakılmasını gerektirmektedir.

Dürüstlük kuralına aykırı davranış, sözleşme dengesinin bozulması ile birlikte sözleşme hükmünün yazılmamış sayılması için bir şart olarak kabul edilmeyecekse, TBK'nun 25. maddesindeki dürüstlük kuralına atfın anlamı nedir? Birçok müellifin de belirttiği gibi dürüstlük kuralı, sözleşme dengesinin bir tarafın aleyhine bozulmuş olup olmadığını değerlendirmede hâkime yol gösterecek ölçüttür.¹⁰⁷ Hâkim, önce söz konusu hükmü sözleşmenin bütünüyle birlikte ele almalı, yani söz konusu hükmü sözleşmenin diğer hükümleriyle karşılaştırmalıdır (objektif değerlendirme).¹⁰⁸ Örneğin, satış sözleşmesinde satıcı ayıplı olması nedeniyle malın fiyatını önemli ölçüde düşürmüştüğü, ayıptan sorumluluğunu kaldıran sözleşme hükmünün sözleşme dengesini karşı taraf aleyhine bozduğu artık iddia edileme-

¹⁰⁶ **Leyens** Patrick C./**Schäfer** Hans-Bernd (dn 41) s. 774; **Zimmermann** Reinhard, Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience, in Jane Holder/Colm O'Conneide (ed), Current Legal Problems, Oxford 2005, s. 417 ve 431. Daha geniş kapsamlı bir çalışma için bkz. **Reppen** Tilman, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001, s. 68 vd.

¹⁰⁷ AB hukuku açısından benzer bir yaklaşım için bkz. **Tenreiro** Mário (dn 22) s. 279; **Tenreiro** Mário/**Feroli** Elena (dn 22) s. 7; **Roppo** Vincenzo (dn 22) s. 135; **Stauder** Bernd, Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in Bernd Stauder (ed), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, s. 29. İsviçre hukuku açısından benzer bir yaklaşım için bkz. **Büyüksagis** Erdem (dn 12) s. 1407 vd; **Stöckli** Hubert (dn 104) s. 184; *id.*, (dn 12) s. 200. Alman hukuku açısından benzer bir yaklaşım için bkz. **von Staudinger** Julius/**Coester** Michael (dn 96) § 307, N. 97; **Schmid** Jörg (dn 12) s. 13.

¹⁰⁸ İsviçre uygulamasında bu yöndeki iki örnek karar için bkz. ATF/BGE 108 II 416 (par. 1c); ATF/BGE 109 II 213.

melidir (bkz. TBK'nun 221. maddesi). Buna karşın hâkim, taraflardan birinin borcunu diğerinkiyle karşılaştırdığında bunlar arasında önemli ölçüde bir dengesizlik olduğunu belirlerse, ağır borç altına sokan hükmü yazılmamış saymalıdır. Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim, sözleşme dengesinin taraflardan biri aleyhine bozulup bozulmadığını değerlendirmede, Alman hukukundan farklı olarak,¹⁰⁹ sözleşmeyi kurarken tarafların içinde bulunduğu somut durumu da dikkate almalıdır (sübjektif değerlendirme).¹¹⁰ Profesör Gauch'un da belirttiği gibi, bir kimse için ağır sayılabilecek borç yükleyen bir hükümün, bir başkası için, yerine getirilmesi kolay bir borç yüklediği düşünülebilir.¹¹¹

Yukarıda bahsettiğimiz objektif ve sübjektif değerlendirmelere göre tarafların hak ve borçları arasında bir ölçsüzlük bulunup bulunmadığı, ölçünün ne olması gerektiği, dürüstlük kuralı esas alınarak belirlenmelidir.¹¹² Yani dürüstlük kuralına aykırılık, TBK'nun 25. maddesi anlamında sözleşme dengesinin bozulma-

¹⁰⁹ Sübjektif değerlendirmeye Alman hukukunda genelde yer verilmemektedir. Alman hukukunda, sözleşmeyi kurarken tarafların içinde bulunduğu somut durum göz önünde bulundurulmamakta; söz konusu ekonomik sektörde sunulan benzer sözleşmeler dikkate alınarak, bunlar somut olaydaki sözleşme ile karşılaştırılmaktadır. Bkz. **Ohletz** Wolfram, Bonitätsorientierte Zinsänderungsklauseln nach Basel II, Berlin 2007, s. 107-108; **von Staudinger** Julius/**Coester** Michael (dn 96) § 307, N. 80.

¹¹⁰ İsviçre hukukunda sübjektif değerlendirme sonucuna göre verilmiş kararlar için bkz. ATF/BGE 122 III 121; ATF/BGE 119 II 372; ATF/BGE 117 II 621.

¹¹¹ **Gauch** Peter, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in Peter Gauch/Jörg Schmid (ed), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s. 219.

¹¹² İçerik denetiminde dürüstlük kuralının uygulanmasının hukuk güvenilirliğini zedeleyeceğini iddia eden ve dürüstlük kuralının mümkün olduğunca uygulanmaması gerektiğini belirten İsviçreli müellifler da var. Özellikle bkz. **Marchand** Sylvain, Un léger mieux sur le front des intempéries, REAS/HAVE 2011, s. 329-330. Ayrıca bkz. **Hess** Markus/**Ruckstuhl** Lea, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung, PJA/AJP 2012, s. 1212.

sından ayrı olarak dikkate alınmamalı, sözleşme dengesinin bozulup bozulmadığını değerlendirmede hâkime yol gösteren ölçüt olarak kabul edilmelidir.

Sonuç

Bir sözleşme hükmünün taraflar arasında müzakere edilmiş olup olmadığı, düzenleyenin bu hüküm hakkında karşı tarafı bilgilendirmiş bulunup bulunmadığı ve söz konusu hükmün bir taraf aleyhine sözleşme dengesini bozup bozmadığı ayrı ayrı ele alınması ve değerlendirilmesi gereken konulardır. Ancak, TBK'nun 20-25. maddelerindeki düzenleme, yürürlük denetiminin yapılabilmesini hükmün müzakere edilmemiş olmasına, içerik denetiminin yapılabilmesini de, hükmün hem müzakere edilmemiş olmasına hem de yürürlük denetiminden geçmiş olması şartlarına bağlamaktadır.

Böyle bir düzenleme, mahkemeler tarafından esnetilmeden uygulanırsa kanun koyucunun amaçladığı sonuca ulaşmada yeterli olmaz. Düzenleyen, yasal gerekleri yerine getirdiğini ispatlayarak karşı tarafa sözleşmeye müdahale etme imkânı tanıdığını iddia eder ve sözleşme hükümlerinin içerik denetimi dışında kalmasını sağlar. Başka bir ifadeyle hâkim, kabul ettiği hükümler hakkında dikkati çekilen bireyin bu hükümlerin içeriğini belirlemede etkisinin bulunmadığı durumlarda, söz konusu hükümlerin bireyin aleyhine olup olmadığını değerlendiremez.

Bireyin sözleşme hükümlerinin dayatılması karşısında 'evet, ama' deme seçeneğinden yoksun bulunduğu durumlarda hâkim, bu hükümlerin müzakereye konu olup olmadığını değerlendirirken düzenleyenin yasal düzenlemelere uymuş olup olmadığını tespit ile yetinmemeli, dürüstlük kuralı çerçevesinde, karşı tarafı irrasyonel davranmaya sevk etmiş muhtemel nedenleri de resen araştırmalı ve bunların düzenleyenin davranışlarının sonucu olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu değerlendirmede hâkim, TBK'nun 20-25. maddelerinde düzenlenmiş yargısal denetimin maddi uygulama sahasını ne kadar genişletebilirse, başka bir ifadeyle 'müzakere edilmiş sözleşmesel hüküm' kavramını ne kadar daraltabilirse, o ölçüde ABAD'nın *Mostaza Claro* kararıyla geliştirdiği içtihadı; daha

önemlisi, yeni TBK'nun Gerekeşi'nde kanun koyucunun ifade ettiği hedefe yaklaşmış olur.

TBK'nun 20. maddesinde öngörülen denetimin maddi uygulama alanını sınırlayan yaklaşımı bu şekilde esneten hâkim, TBK'nun 25. maddesi uyarınca içerik denetimini gerçekleştirirken de kanun koyucunun ulaşmayı amaçladığı sonucu göz önünde bulundurmalıdır. 'Düzenleyenin dürüstlük kuralına aykırı davranmış olmasının' ve 'hükmün içeriği nedeniyle karşı taraf aleyhine sözleşme dengesini bozmuş olmasının' söz konusu hükmün yazılmamış sayılması için birlikte bulunması gerekli iki ayrı koşul olduğunu düşünmemelidir. Çünkü, düzenleyene dürüstlük kuralına uygun davranıldığına veya bir hakkı açıkça kötüye kullanmadığına ilişkin kanıt getirme ve bu şekilde karşı taraf aleyhine olan sözleşme hükümlerini içerik denetiminden geçirme imkânı tanınması, kanun koyucunun Gereke' de ortaya koyduğu amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle, dürüstlük kuralına aykırılığın sözleşme dengesinin bozulmasından ayrı olarak olarak ele alınması doğru olmaz. Hâkim, dürüstlük kuralına aykırılığı, sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulup bozulmadığını değerlendirmede kendisine yol gösteren bir ölçüt olarak kabul etmelidir.