

**EDİMİ BELİRLEME YETKİSİNİN
MEVCUT GENEL İŞLEM KOŞULLARI TEORİSİ VE
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Consideration of the Authority of Fulfillment Determination under
the Existing Theory of General Terms and Conditions and the
Turkish Code of Obligations No: 6098*

*Yrd. Doç. Dr. Melek Bilgin YÜCE**

I- GENEL OLARAK EDİMİ BELİRLEME YETKİSİ

A- KAVRAM VE NİTELİK

1- Kavram

Edimi belirleme yetkisi, bir borç ilişkisinde karşılıklı anlaşma ile bir kişiye¹ borç ilişkisi kapsamında bir unsuru, yani ifaya ilişkin konulardan birini belirleme yetkisinin verilmesidir. Bu yetki borç ilişkisinin kurulması sırasında verilebileceği gibi, sonradan yine karşılıklı anlaşma ile verilebilir. Belirleme konusunda yetki verilen bu husus, sözleşmenin aslî edimi olabileceği gibi; yan borçlar, ifa yeri, ifa zamanı gibi sözleşmesel unsurlardan birine ilişkin de olabilir. Bu açıdan bakıldığında edim dışındaki sözleşmesel unsurlara ilişkin

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Sözleşmenin taraflarından birine olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de verilmesi söz konusu olabilir. OĞUZMAN, M.K.-ÖZ, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, B.10, İstanbul 2012, s.74; ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2012, s.169.

olarak da bu yetkinin verilmesi söz konusu olduğunda, edimi belirleme yetkisi terimi biraz yanıltıcı olabilmektedir. Bu bağlamda “sözleşmesel unsuru belirleme yetkisi” olarak adlandırılması kurumu daha açıklayabilecek niteliktedir. Bununla birlikte yerleşik terimlerin kullanılmasının eğitim ve uygulama açısından iletişimi kolaylaştıracağı, içinin ise doktrin ve uygulama ile doldurulabileceğini düşündüğümüzden edimi belirleme yetkisi teriminin de sıkıntı yaratmadan kullanılabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle biz edimi belirleme yetkisi terimini kullanacağız.

Bilindiği üzere, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin aslî unsurları ki, bunlara sözleşme görüşmeleri kapsamında objektif esaslı unsurlar denir, konusunda iradelerinin uyuşması aranır². Aslî unsurların belirli olması şart olmayıp, belirlenebilir olması hâlinde de sözleşme kurulur. Kilogramı 3 TL’den 1000 kg fındık siparişi verdiğimizde edim belirliyen, devletin açıklayacağı fiyattan 1 TL fazladan fındığı satın almayı teklif ettiğimizde belirlenebilirlikten bahsedilecektir. Her iki hâlde de sözleşme, bu hususta tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulur.

Sorun hiçbir belirleme yapmaksızın, bir başka kavrama atfı olmaksızın; örneğin fiyatı belirleme yetkisinin tamamen alıcıya bırakılması hâlinde sözleşmenin kurulup kurulmayacağıdır³. Fındığını üç senedir (A)’ya satan (S), “1000 kg fındık çıktı. Belirleyeceğin fiyattan

² OĞUZMAN-ÖZ, s.74; HATEMİ, H.-GÖKYAYLA, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, B.2, İstanbul 2012, s.29; TEKİNAY, S.-AKMAN, S.-BURCUOĞLU, H.-ALTOP, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993, s.75 vd.; KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.15, Ankara 2012, s.55; ANTALYA, s.165; REİSOĞLU, S.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.23, İstanbul 2012, s.63; von TUHR, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2, Ankara 1983, s.185 (Çev. Cevat Edege); SCHWENZER, I.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2003, s.170; GAUSCH-SCHLUEP-SCHMIDT-EMMENEGGER: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, Nr.332 vd.

³ “Belirleme yetkisinin taraflardan birine tanınması ise, bu yetki diğer tarafın özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlamadığı takdirde (MK m.23) geçerli sayılmaktadır.” OĞUZMAN-ÖZ, s.74.

hepsini sana satmaya hazırım." beyanını içeren bir faks yolladığında, acaba bu beyan onun açısından bağlayıcı olacak mıdır? Soruyu şu şekilde de sormak mümkündür: Bu beyan bir icap mıdır? 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) terminolojisiyle "öneri" midir? Kabûl beyanı geldiğinde sözleşme kurulur mu? Bu iki soruya yanıt verebilmek için değerlendirilmesi gereken nokta, edimi belirleme yetkisinin verilmesinin aslî edimi belirlemek anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bu tespite olumlu yanıt verdiğimizde, beyan aslî unsurları içermesi dolayısıyla öneri kabûl edilecek; bu nedenle de gelen kabûl beyanı ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak bu soruya olumsuz yanıt verilirse, aslî edimlerden biri belirli veya belirlenebilir olmadıkça, beyan öneri sayılmaz; buna bağlı olarak da sözleşme kurulmaz demek gerekecektir.

Patlayan lastiğimizi bedelini sormadan tamir ettirdiğimiz tamirciye, aslında bir şekilde edimi belirleme yetkisi vermekteyiz. Tamirin sonunda ne kadar ödememiz gerektiğini sorduğumuzda, *"bir sifteh at, yeter."* dediğinde ise, tamirci kendisine verilen yetkiyi bize devretmek istediğini belirtmektedir. Bunu kabûl edip etmeme konusuna tekrar döneceğiz. Benzer bir örnek, Türkiye'de oldukça aşına olduğumuz, evimize gelen boyacıya ne kadara boyayacağını sorduğumuzda, *"ne verirsən abi"* dedikten sonra, bizim ona boyaya başlamasını söylediğimizde ne olacağıdır. Boyacı ile aramızda edimi belirleme yetkisinin var olduğu bir sözleşme kurulmuş mu olacak; yoksa boya bittikten sonra fiilî sözleşme ilişkisinin⁴ varlığını kabûl edip, bir tarafın edimi geri alınamaz biçimde ifa edildiğinden, diğer tarafı da ifa yapmakla yükümlü mü tutacağız. Bütün bunların yanıtı, edimi belirleme yetkisi verilip verilemeyeceği, verilebiliyorsa da sonuçlarının ne olacağı ile ilgilidir.

Kanımızca, yukarıda aslî edim açısından belirli veya belirlenebilir olmasının sözleşmenin kurulması için yeterli olması yanında,

⁴ Eski ifadesiyle şibih akit olan fiilî sözleşme ilişkisi kavramı için bkz. OĞUZMAN-ÖZ, s.41vd.; HATEMİ-GÖKYAYLA, s.15-16; TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.68-69; ANTALYA, s.138 vd.; SCHWENZER, s.184 vd.; FURRER, A.-MÜLLER-CHEN, M.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2008, s.103.

aslî edim konusunda sözleşmenin bir tarafına veya üçüncü bir kişiye edimi belirleme yetkisinin verilmesi hâlinde de, aslî edim konusunda irade uyuşması var kabûl edilecektir. Çünkü, taraflar edimin nasıl belirleneceği konusunda hemfikir olmuşlardır. Elbette tamamen belirsiz nitelikte ya da gerçekte sözleşme yapmayı gerçekten arzulamadan yapılan irade beyanları açısından bu sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır. İradeden sözleşme yapma arzusu açıkça görülmeli ve karşı tarafa ivazsız kazandırma yapmaksızın bir edada bulunma arzusu görülebilmelidir. İradeden edimin ivaz karşılığında ifa edilmek istendiği ve bunun da belli sınırlar içinde olması arzusu görülebilmelidir. Olayımızda olduğu üzere boyacının bize bağışlama amaçlı boya yapmayı arzu ettiği düşünülemez gibi; makûl bir ivaz karşılığında evimizi boyama isteği tartışmasıdır. Sonradan belirlenmesi aşamasında sıkıntı yaşandığında, bunun çözümü edimi belirleme yetkisinin hüküm ve sonuçlarıyla ilgili olup, aşağıda açıklanacaktır. Yoksa sonradan yaşanan bu sıkıntı sözleşmenin kurulduğu sonucuna etki etmez. Bu nedenle, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların aslî edimler üzerindeki uyuşması için, edimin belirli olması⁵, belirlenebilir olması veya edimi belirleme yetkisinin verilmesi gerekli ve yeterlidir⁶.

Aslî edim dışındaki borç ilişkisindeki diğer hususlara ilişkin olarak edimi belirleme yetkisi verilmesinde bir sorun çıkmaz. Sözleşmenin kurulması için üzerinde uyuşulması zorunlu olan hususlar aslî unsurlardır. İkinci dereceden unsurlar⁷ konuşulmasa; konuşul-

⁵ “Bazı sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmayan esaslı noktanın nasıl belirleneceği kanunda öngörülmüştür. Alım-satımda bedel (TBK m.233), hizmet sözleşmesinde ücret (TBK m.401, 403), eser sözleşmesinde bedel (TBK m.481), vekalet sözleşmesinde ücret (TBK m.502) konusundaki hükümler böyledir. Taraflar aksini öngörmedikçe bu hususta anlaşmış sayılırlar.” OĞUZMAN-ÖZ, s.74. Ayrıca bkz. SCHWENZER, s.36.

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWENZER, s.35 vd.

⁷ OĞUZMAN-ÖZ, s.75; TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.75 vd.; HATEMİ-GÖKYAYLA, s.29 vd.; ANTALYA, s.168 vd.; GAUSCH-SCHLUEP-SCHMIDT, Nr.341; FURRER-MÜLLER-CHEN, s.122; KILIÇOĞLU, s.56-57.

masına rağmen netlik kazandırılmadan, üzerinde daha sonra anlaşılacağı konusunda mutabık kalınsa da sözleşme kurulur⁸. Bu nedenle sözleşme görüşmeleri sırasında sübjektif esaslı unsur olarak adlandırılan bu konulara ilişkin edimi belirleme yetkisi verilmesi mümkün ve geçerlidir⁹. Sonrasında yetkinin kullanımına ilişkin bir sorun çıkması hâlinde ne olacağı ise, yukarıda belirtildiği üzere edimi belirleme yetkisinin hüküm ve sonuçlarıyla ilgilidir. Örneğin, yeni evlenecek olan çift, evleri için mobilya satın alırlar. Ancak henüz ev kiralayamamış olduklarından dolayı, satıcıyla anlaşmalarında teslim için adresi daha sonradan onların vermesi konusunda anlaşılırlar. Bu hâlde, ifa yerini belirleme konusunda edimi belirleme yetkisi verilmiş olur¹⁰. Benzer bir şekilde bir müteahhit sürekli malzeme satın aldığı inşaat malzemeleri satıcısı ile yaptığı çerçeve sözleşme ile ifa yerini belirleme yetkisini kendisine bırakılmasını sağlar; çünkü, şantiyelerin yeri her zaman değişik olup, her siparişte ifa yerini belirleme yetkisini kendisinde tutması yerinde olacaktır. Bir satım sözleşmesinde, satış bedelinin kısmî ödemelerle ifası konusunda anlaşılmış, ancak kaç kısımda ödeneceği alıcıya bırakılmıştır. Böyle bir durumda da, yine ikinci dereceden bir unsur olan kısmî ödeme miktarlarına ilişkin belirleme yetkisi borçluya bırakılmış olmaktadır. Benzer bir şekilde vadenin belirlenmesi de borçluya¹¹ bırakılabilecektir¹².

⁸ BK m.2'de yer alan ve sözleşmenin tamamlanması kavramı için bkz. OĞUZMAN-ÖZ, s.197 vd.; TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.76; HATEMİ-GÖKYAYLA, s.63 vd.

⁹ Benzer bir düzenleme TKHK m.5/3'te yer alır. Bu düzenleme ile tüketiciye miktar, sayı, ebat ve süre belirleme yetkisi verilmektedir. OĞUZMAN-ÖZ, s.74.

¹⁰ İşte başta terminoloji açısından yaptığımız açıklama bu tür durumlara ilişkin olup, ifa yeri açısından bu yetkinin verilmiş olması hâlinde bir edim söz konusu olmadığından terim aslında tam olarak kurumu anlatamıyor olmaktadır. Bu tür durumlar dikkate alınarak, sözleşmesel unsuru belirleme yetkisi diye adlandırılabilceğini düşünmekle birlikte, yine de daha yerleşmiş terim olarak edimi belirleme yetkisini tercih ettiğimizi belirtmiştik.

¹¹ "İfa zamanını tâyin yetkisi borçluya bırakılmış ise, borçlunun bu tâyini dürüstlük kurallarına uygun bir tarzda ve zamanında yapması icap eder. Örneğin, borcun

Yukarıda açıklandığı üzere, edimi belirleme yetkisi hem sözleşmedeki aslî unsurlar için, hem de ikinci dereceden unsurlar için geçerli olarak verilebilecek¹³; sözleşme bu haliyle de kurulabilecektir¹⁴. Edimi belirleme yetkisi, sözleşmenin taraflarından birine verilebileceği gibi, üçüncü bir kişiye de verilebilecektir¹⁵. İrade serbestisi çerçevesinde bu açıdan da herhangi bir sorun yaşanmayacaktır.

2- Nitelik

Verilmiş olan edimi belirleme yetkisi tek taraflı kullanılacak olup, kullanılmasıyla sözleşmedeki bir unsuru belirli hale dönüştürecektir. Bir kere belirleme yetkisi kullanıldıktan sonra, tek taraflı olarak değiştirme imkânı da olmayacaktır. Bu özellikler bizi yenilik doğuran hak kavramına götürmektedir. Bu haliyle, tek taraflı irade beyanıyla bir kere kullanılıp tüketilen ve mevcut durumu net hale getiren bu hak, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir.

Bilindiği üzere yenilik doğuran haklar üç grupta toplanırlar¹⁶.

ifasının, borçlu için doğacak ilk imkanda yapılmasında taraflar anlaşmışlarsa, ifadan kaçınmak isteyen borçlunun bu (ilk imkanının bir türlü doğmadığını) nı söylemesi pek muhtemeldir. Bu takdirde alacaklının hakimden, objektif iyiniyet kurallarına göre borçlunun o devredeki imkanlarını değerlendirmek suretiyle ifa tarihini tâyin etmesini istemek hakkı olmalıdır." **FEYZİOĞLU, F. N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, B.2, İstanbul 1977, s.111.

- ¹² Borcun vadesinin belirleme yetkisinin tamamen borçluya bırakılması halinde eksik borç niteliğinin bulunacağı hakkında bkz. **FEYZİOĞLU, C.II**, s.111; **BARLAS, N.:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s.30; **TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP**, s.1066.
- ¹³ Karşı edimin veya edimin ifasına ilişkin ayrıntılara dair verilebileceği hakkında bkz. **SCHWENZER**, s.36.
- ¹⁴ Burada özellikle "kurulacaktır" ifadesi kullanılmış; "hükümlerini doğuracaktır" ifadesinden kaçınılmıştır. Çünkü, bir sözleşmenin kurulması, onun hükümlerini doğurması anlamına gelmez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN-ÖZ**, s.75 vd.
- ¹⁵ **OĞUZMAN-ÖZ**, s.74; **SCHWENZER**, s.36.
- ¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BUZ, V.:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.192 vd.; **von TUHR**, s.23 vd., s.42;

Bunlardan bir kısmı yeni bir durum yarattıkları için kurucu, bir kısmı mevcut bir durumda değişiklik yarattıkları için değiştirici, son grup ise mevcut bir durumu sona erdirdiklerinden bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilirler. Edimi belirleme yetkisi, var olan bir durumda değişiklik yaratmamakta ya da bir durumu sona erdirmemektir. Kanımızca edimi belirleme yetkisi ile daha önceden belli olmayan bir husus, belirli hale getirilmektedir. Örneğin, alıcı daha önceden tespit edilmemiş olan malın satış bedelini tek taraflı irade beyanı ile belirli hale getirmektedir. İkinci dereceden bir unsur söz konusu olduğunda, örneğin vadenin belirli hale gelmesi, ifa yerinin tespit edilmesi gibi durumlarda da benzer bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, edimi belirleme yetkisi yeni bir durum meydana getirmesi nedeniyle kurucu yenilik doğuran haktır¹⁷. Ancak faiz oranını, malın fiyatını artırma azaltma konusunda verilen yetkilerde olduğu gibi edimi yeniden belirleme yetkisinin verildiği durumlarda değiştirici yenilik doğuran hak¹⁸ olduğu kabûl edilmelidir.

Her ne kadar “yetki” kavramı ile ifade edilse de, bunun o kişiye verilmiş bir yetki olmadığı açıktır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere kurum; tek taraflı verilip, sonra da tek taraflı olarak alınabilen “yetki” kavramı ile ilgisi olmayıp, tek taraflı irade beyanı ile sonuçlarını doğuran kurucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir.

B- KULLANILMASI VE SONUÇLARI

Kurucu yenilik doğuran hak olan edimi belirleme yetkisinin kullanılmasıyla, sözleşme ilişkisi içinde ya aslî edim ya da ikinci dereceden unsurlardan biri belirli hale gelir. Yenilik doğuran hak

OĞUZMAN, M. K.-BARLAS, N.: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B.18, İstanbul 2012, s.166 vd.

¹⁷ Ancak aşağıda seçimlik borçta açıklanacağı üzere doktrinde bu tür belirlenebilirliğin varlığı hâlinde, örneğin seçimlik borçta da değiştirici nitelik görülmektedir. Biz o konuda da hakkın kurucu olduğunu düşündüğümüzden burada da benzer bir sonuca ulaşmaktayız.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BUZ**, s.192 vd.

olması özelliği nedeniyle tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve beyanın muhatabına varması ile sonuçlarını doğurur. Yenilik doğuran hakların tek taraflı irade beyanı ile, bir başka kişinin malvarlığında veya hukukî statüsünde onun iradesi olmaksızın sonuçlar yaratma özelliği dolayısıyla, bir kere kullanılmaları halinde sona ererler. Edimi belirleme yetkisi de bir kere geçerli olarak kullanıldığı halde¹⁹ sonuçlarını doğurur ve sona erer. Bundan sonra ancak karşılıklı anlaşma ile belirlenen hususa ilişkin değişiklik yapılacaktır ki, bu halde de sözleşmede değişiklik²⁰ niteliğinde iki tarafın birbirine uygun irade beyanı gerekir.

Edimi belirleme yetkisi açısından sorun, sınırlarının ne olacağıdır. Verilen belirleme yetkisi sınırsız mıdır? Sınırları varsa, nasıl çizilecektir? Tarafların sınırlar konusunda anlaşamamaları halinde, uyuşmazlık nasıl çözümlenecektir? Bütün bunlar edimi belirleme yetkisinin kullanılmasının sonuçları ile ilgilidir.

Örneğin, evimizi boyattığımız boyacı, boyaya başlamadan önce bize “*ne verirsen*” diyerek, edimi belirleme yetkisi vermiş olduğu halde, boya bitiminde biz boyacıya gerçekten de dilediğimiz miktarda para verebilecek miyiz sorusunun yanıtı bizi sonuca götürecektir. Böyle bir durumda iş bitiminde, tutup 250 TL verdiğimizizi düşünelim, bu ihtimalde boyacı bu parayı kabul etmek zorunda mıdır? Bir görüş, baştan iş bedelini konuşmamış olan ve her türlü

¹⁹ İrade sakatlıklarının varlığı halinde, örneğin hile ile edimi belirleme yetkisinin kullanılmış olması halinde, irade beyanının sıhhatli olmaması nedeniyle iptal edilebileceği unutulmamalıdır.

²⁰ Sözleşmede değişiklik kavramı gündeme geldiğinde asla unutulmaması gereken husus EBK m.12/TBK m.13 hükmüdür. Bu hükme göre, kanunen şekle tabi bir akitte yapılacak değişikliklerin de aynı şekilde yapılması zorunlu olup; aksi takdirde bu değişiklik sözleşmeleri şekle aykırılıktan kesin hükümsüzdür. Bu noktada TBK madde metni, 818 sayılı yasanın “*tahriri*” şeklinde yer alan ve yanlış olan ifadesini, hiç düzeltmeksizin “*yazılı*” olarak değiştirmekten öteye gitmemiştir. İkinci fıkra ile konuya açıklık getirilmiştir. Ancak “*Kanunen şekle tabi sözleşmelerde yapılacak değişiklikler aynı şekilde yapılmadıkça kesin hükümsüzdür*” şeklinde bir cümle ile konu çözümlenecekken, iki ayrı paragrafa çözüme gidilmesi kanımızca yerinde olmamıştır.

rakamı kabûl edeceğini beyan etmiş olan boyacının bu türlü bir belirlemeyi kabûl etmesi yönünde olabilir. Edimi belirleme yetkisi verilmesi halinde, sınırları da çizilmemişse, karşı tarafın her türlü belirlemeyi sineye çekmek zorunda olduğu kabûl edilirse, boyacımızın 250 TL'yi alıp oradan çıkıp gitmesi gerekir. Diğer bir bakış açısı ise, boyacının ilk başta beyanda bulunurken, iradesinin gerçekten de her türlü rakamı kabûl etme yönünde olup olmadığının değerlendirilmesi şeklinde olabilir. Şöyle ki; bir boyacının üç oda bir salon evi boyamaya kalktığında, rayici 3.500-4.000 TL civarında olan işi, 250 TL de verilse yapacağını düşünmek pek de makûl bir düşünüş değildir denebilir. Bu bakış açısı ile olaya bakıldığında, aslında her hususta olduğu gibi burada da sınırların varlığı kabûl edilecek; 250 TL'lik ödeme kabûl edilmek durumunda olunmayacaktır. Elbette bu aşamada eser sözleşmeleri açısından yaklaşık bedel belirlenmiş olduğu durumların bu kurumun dışında kaldığının tespiti yapılmıştır. Bu hâlde malzeme, emek unsurlarının değerlendirilmesi ile bir bedele ulaşılacak; ancak bu iş sahibine ya da müteahhide edimi belirleme yetkisi verildiği anlamına gelmeyecektir.

Hukuk sistemlerinde hiçbir hak sınırsız değildir. Hiçbir serbesti sonsuz değildir. Nasıl ki her hakkın, her yetkinin belli bir sınırı varsa, edimi belirleme yetkisinin varlığı halinde de, belli sınırların kabûl edilmesi kaçınılmaz olacaktır. Yoksa yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu üzere boyacıya ne verilirse kabûl etmek zorundadır, denilmeyecektir. Peki, tarafların hiç konuşmadığı bu konuda sınır ne olacaktır?

Bilindiği üzere, hukuk düzeni hiç söylenmese de, daha önce o somut olay hiç karşımıza çıkmasa da; Roma hukukundan beri, genelgeçer nitelikte olmak üzere, her hakkın veya yetkinin kullanılması, her borcun ifası konusunda genel bir sınır zaten getirmiştir. Bir kişi hakkını kullanırken dürüst bir insan gibi kullanılmalı; borçlarını ifa ederken de aynı esaslar çerçevesinde hareket etmelidir. Bu çerçevede ortalama zekâyâ sahip bir davranış biçimi temelli olarak kontrol yapılacaktır; orta zekâlı ve diğerlerinin haklarına saygılı bir insan o durumda nasıl davranırsa, o şekilde davranan insan olarak

tanımlanabilir. Bu bağlamda edimi belirleme yetkisinin kullanılmasında bu hususa dikkat edilmesi zorunludur²¹.

Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan bu kurala göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. / Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. Bu kuralın hem doktrinde hem de mahkeme kararlarına yansımış bir sürü örneği vardır. Örneğin, şekle aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuşken, bazı durumlarda bunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır. Hatta şekle aykırı taşınmaz satışlarında her iki taraf geçerli bir sözleşme varmış gibi ifasını gerçekleştirmiş ve üstünden bir süre geçmişse, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılması, içtihadı birleştirme kararına dahi konu olmuştur²². Buradaki bakış açısı, dürüst bir kişinin parasını almış ve taşınmazın zilyetliğini de çoktan devretmişken; sonradan taşınmazın değerinin artması gibi sebeplerle, taşınmazı geri istemeyeceğinin kabûl edilmesidir. Bu kişi, geri almaya utanır; böyle bir şey yapmayı onuruna yediremez şeklinde bir bakış açısı söz konusudur.

Şimdi bu kuralı, edimi belirleme yetkisine uyguladığımızda karşımıza çıkan soru şudur: Bu boyacıya biz ne kadar verirdik? Yeni neslin ahlak anlayışında biraz farklılık olduğundan, öğrencilerime konuyu anlatırken soruyu şu şekilde sormayı daha uygun bulmaktayım: Anneniz, babanız olsa bu durumda boyacıya ne kadar para verirlerdi? Paranın miktarını belirlemek için ne yaparlardı? Elbette bu durumda orta zekâlı bir insan, bu işin rayicinin ne olduğunu tespit etmeye çalışırdı. Bunu nasıl yapardı? Yakında evini boyatmış bir komşusu, arkadaşı varsa ona sorar; ancak evinin metrekaresini de öğrenir, kendisinininkiyle kıyaslardı. İki oda bir salon evi 2.000 TL’ye boyatmışlarsa, kendisi üç oda bir salon ev boyatıp aynı parayı verebileceğini düşünmezdi. Benzer şekilde; arkadaşının üç oda bir salon evi 100 m² iken 2.500 TL’ye boyatmışken, kendi üç oda bir salon evi 200 m² ise de yine aynı parayı veremeyeceğini düşünürdü.

²¹ SCHWENZER, s.36-37.

²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s.144 vd.

Kıyaslamaya esas olacak nitelikteki, boyanın cinsi, astar yapılıp yapılmayacağı gibi diğer etkenler de dikkate alınarak bir fiyat tespit edilmesi; orta zekâlı, iyi aile babasının yapacağı şeydir. İşte, her zaman her yerde beyanları doğru algılayan, her zaman doğru davranışları gerçekleştiren bu “*iyi aile babası*”; evini boyayan boyacıya sonuç olarak, rayici 3.500-4.000 TL arasında olan boya işi karşılığında boyacı işi iyi yapmışsa 3.800 TL, boyacı o kadar da iyi iş çıkarımadıysa alt sınır olan 3.500 TL üzerinden ödemesini yapardı.

Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde, belirlemenin objektif esaslara dayalı olarak yapılması sonucunda bulunacak alt ve üst sınır, edimi belirleme yetkisi açısından da alt ve üst sınırlar olacaktır. Bu çaptaki bir boya işinin 3.500 TL'nin altında yapılmayacağı tespit edildiği halde, artık 3.500 TL'nin altında bir iş bedeli belirlemesi yapılması MK m.2 uyarınca hükümlerini doğuramayacaktır. İş sahibinin iş sonundaki “*2.000 TL öderim*” şeklindeki beyanı, edimi belirleme yetkisinin kullanılması olarak karşımıza çıkacaksa da; her işlemin hükümlerini doğurması için gereken geçerlilik denetimi açısından baktığımızda, MK m.2 denetimine takılacak²³; bu nedenle kesin hükümsüz olduğundan sonuçlarını doğuramayacaktır²⁴. Bu halde 2.000 TL teklifi gereği gibi ifa teklifi olamayacağından, alacaklı bu teklifi kabûl etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşmeyecektir. Hatta bu tür durumda, sınırların aşırı dışında bir belirleme hâlinde hakkın hiç kullanılmadığı sonucuna dahi ulaşılması mümkün olacaktır. Alacaklı böyle bir durumda mahkemeye başvurarak, önce kullanılan beyanın hükümsüzlüğünün veya hiç kullanılmamış sayıldığı hâllerde yokluğunun tespit talebi ile birlikte; edimi belirleme yetkisinin sınırlar içinde kullanılarak²⁵, iş bedelinin makûl bir biçimde

²³ “Sözleşme noktalarının belirlenmesi üçüncü kişiye bırakılabilir. Üçüncü kişi belirleme yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmak durumundadır.” **ANTALYA**, s.169. Üçüncü kişi için söylenen bu hususun, yetkinin taraflardan birine verilmiş olması hâlinde de geçerli olacağı tartışmasızdır.

²⁴ Aynı yönde **SCHWENZER**, s.37.

²⁵ “(...) *GlŞ'nın muhteva kontrolü*, BGB §315'e dayandırılmıştır. Bu paragrafta sözleşenler, içlerinden birinin, sözleşmenin kurulmasından sonra edimi tek yönlü

belirlenmesini hâkimden talep edebilecektir. Kendisine yetki verilmiş olan borçlunun bir irade beyanında bulunması gereken bu durumda, onun belirlenen sınırlar çerçevesinde bir irade beyanında bulunmaması halinde mahkeme onun yerine irade beyanında bulunacaktır.

Nasıl düşük bir rakam belirlendiğinde alacaklıyı koruyorsak, edimi belirleme yetkisinin üst sınırı bilinmeyerek, çok üstünde kullanılması halinde de, bu sefer borçluyu korumak gerekecektir. Bu durumda iş bedelini daha iyi bilen karşı taraf bunu fark edip, müdahale etmelidir. Boyacı örneğimizden devam ettiğimizde, işin bitiminde boyacıya çıkarıp 6.000 TL uzattığımızda bu sefer boyacı dürüst bir insan gibi davranmalı ve bu rakamın çok fazla olduğunu söylemelidir. Bunu söylemesine rağmen iş sahibi hâlâ ödeme yapmak isterse onun bileceği iştir. Ancak boyacının rakamın yüksek belirlendiği konusunda iş sahibini uyarmaması ihtimalinde, bu sefer de iş sahibi durumu fark ettiğinde fazlalık kısmın iadesi için talepte bulunabilecektir. Burada da mahkemenin yapması gereken, olması gereken rakamı tespit ederek; borçlunun kendisini borçlu zannederek

irade beyanı ile tayin etmesi hususunda anlaşabilirler. Bu tayinin nasıl yapılacağı hakkında sözleşmede açıklık yoksa, tayin yetkilisi tamamen serbest olmayıp, bunu § 315/I gereğince âdil, objektif iyiniyet esasına ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapmalıdır. GİŞ'nin muhtevasının müteşebbis tarafından tek yönlü olarak tayinine katlanan müşteri, edimin tayininden sözleşme ile vazgeçen taraftan daha az korunmaya layık addedilemez. Bu fikirden hareketle Alman Hukukunda, § 315'e göre edimi tayin yetkilisinin, sözleşme konusunu belirlerken tâbi olması gereken sınırlara, kitle sözleşmelerinde müteşebbisin de tabi olması gerektiği görüşü yerleşmiştir. Böylece müteşebbis, GİŞ'ni teşkil eden kayıtların tayin ve hazırlanmasında, hakkaniyete uygunluk sınırı ile bağlıdır.

İsviçre Hukukunda, BGB § 315 gibi bir hüküm bulunmamakla beraber, aynı sonuca, OR Art.71 c.2'ye (EBK md.70 c.2) dayanarak varılmıştır. Gerçi OR Art.71 c.2, BGB § 315 gibi genel bir düzenleme getirmemekte ve taraflardan birine sözleşme ile verilen edimi tayin yetkisinin sınırlarını açıklamamakta, yalnız, bir nevi bircu vermek yükümü altındaki borçlunun orta kalite ve vasıftan aşağı bir sunamayacağını belirtmektedir. Bununla beraber bu ayrılıklara rağmen OR Art.71 c.2'nin muhtevası, BGB § 315'de genel olarak belirtilen esastan başka bir şey söylememektedir: eğer sözleşmenin muhtevası, sözleşenlerden yalnız biri tarafından tek yönlü olarak tayin edilirse, bu, ancak belirli sınırlar içinde yapılabilir." AKMAN, G.S.: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.96-97.

fazladan yaptığı ödemenin borç olmayan şeyin ödenmesi çerçevesinde sebepsiz zenginleşme uyarınca iadesini sağlamaktır.

Asli edimler açısından yaşanan bu sorun, diğer hususlar açısından da benzer sonuçlara sahiptir. Örneğin, yeni evlenecek olan çift Bostancı'daki mobilya mağazasından aldıkları mobilyaların nereye teslim edileceğini sonradan belirleyeceklerdir. Bir ay sonra nişanı bozan çiftten mobilyaların satış bedelini ödemiş olan erkek Van'da iş bulduğunu söyleyerek oraya teslim yapılmasını isterse, yine hakkın kötüye kullanılması kurumu karşımıza çıkacaktır. Bostancı'daki bir mağaza, karşı tarafa ifa yerini belirleme yetkisi verirken kafasında belli bir alan vardır. Zaten Van'da ikamet eden bir kişi Bostancı'daki bir mağazadan mobilyalarını almaz; alıyorsa da orta zekâyâ sahipse, mobilyaların Van'a götürüleceği hususunu sözleşmenin akdedilmesi sırasında gündeme getirir. Makûl mantıklı bir kişinin Bostancı'da satın alınan mobilyaların, açıkça söylenmedikten sonra, başka bir şehre teslim edileceğini düşünmesi mümkün değildir. Bunu düşünmesi ondan beklenemez. Hal böyle olunca da, verdiği yetkinin de makûl bir insanın düşünüşüne göre sınırlarının çizilmesi gerekir.

Sonuç olarak edimi belirleme yetkisi tek taraflı irade beyanı ile kullanılacak; muhatabına varmayla sonuçlarını doğuracaktır. Ancak tek taraflı kullanılacak olan bu belirleme yetkisi, her hakta ve yetkide olduğu gibi dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılacak; her somut olayın özelliklerine göre belirlenecek olan bu sınırların dışında kullanılması halinde kesin hükümsüz olacaktır. Elbette taraflar sonradan anlaşma yoluyla bu hususu bertaraf edebileceklerdir. Ancak anlaşma olmadığı halde, tek tarafın dayatmasıyla bu sınırların dışındaki bir belirlemenin kabûl edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

C- BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1- Seçimlik Borç

Birden fazla seçeneğin varlığına dayalı olarak sözleşmenin bir tarafına veya üçüncü bir kişiye²⁶ bunlardan birini seçme hakkının

²⁶ TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.813.

verilmesi halinde seçimlik borç söz konusu olur²⁷. Asli edimler için seçimlik tarzda edimlerin belirlenebilmesi mümkün olabileceği gibi, yan edimler için, hatta ikinci dereceden unsurlar niteliğindeki vade, ifa yeri vb. hususlar için de benzer şekilde birden fazla seçeneğe dayalı olarak belirleme yapılması mümkündür²⁸. Bu durumda, seçim hakkının kullanılması sonucunda edim belirli hale gelir ve artık diğer edimlerin varlığından bahsedilemez. Bir kere seçim hakkı, geçerli olarak kullanıldıktan sonra diğer edimlerin varlığı sona erer; seçilen edim tek başına sözleşmede yerini alır.

Arkadaşımızın yeni açtığı bürosuna hediye almak için gittiğimiz dükkânda, bir themis heykeli ile bir at heykeli arasında kaldığımızda, satıcı "*Düşünün, her ikisini de size 600 TL'den verebilirim; isterseniz arkadaşımızın ağzını yokladıktan sonra gelin ve istediğinizi alın.*" deyip, biz de kabûl ettiğimizde; satıcının aslî edimi seçimlik borç şeklinde belirlenmiş olur. Bu şekilde kurulan satım sözleşmesinde, satıcının edimi henüz belli değildir. İmkânsızlık²⁹ ve alacaklı temerrüdü³⁰ açısından farklı sonuçları olan bu durumda, satıcının edimi ancak seçim hakkının kullanılmasından sonra belirli hale gelecektir. Bu durumda seçim hakkının arkadaşımıza bırakılması halinde, seçim hakkının üçüncü kişiye verilmesi söz konusu olup, bu da mümkündür.

Seçim hakkını borçluya bırakılması da görülebilecektir. Örneğin, eşimize doğum günü için uzun süredir istediği dvd oynatıcı, uydu alıcısı ve televizyon arasındaki uyumu sağlayacak bir alıcı almak için gittiğimiz dükkânda, karşımıza özelliklerini anlamadığımız bir sürü alet çıkarıldığında, bunlardan hangisini seçeceğimiz bir muamma haline dönüşebilir. Ancak satıcı bize seçenekleri üç

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN-ÖZ, s.10; SCHWENZER, s.51 vd.; TEKİNAY- AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.811 vd.; ANTALYA, s.43 vd.; FEYZİOĞLU, C.II, s.21 vd.

²⁸ TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.812.

²⁹ TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.816 vd.; OĞUZMAN-ÖZ, s.290 vd.; ANTALYA, s.46 vd.

³⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.814 vd.; OĞUZMAN-ÖZ, s.289 (dn.130 ve 131), s.369.

taneye indirip, evimizdeki diğer aletlerin marka ve özelliklerini getirdiğimizde, en uygun olanı bize vereceğini söylediğinde; artık seçim hakkının borçluya ait olmasından bahsedilebilecektir. Borçlu bu durumda kendi borcunu belirleme yetkisine sahip olur. Seçim hakkını kimin kullanacağı sözleşme ile kararlaştırılmadığı durumlarda borçluya ait olacağı kanunda kabûl edilmiştir (BK m.71/TBK m.86). Uygulamada, karşımıza bu tür bir belirlememe halinin fazla çıkmayacağını düşünmekteyiz³¹.

Doktrinde ağırlıktaki görüş uyarınca değiştirici yenilik doğuran hak olan kabûl edilen³² seçimlik borç, kanımızca kurucu yenilik doğuran hak niteliğindedir³³. Daha önceden borçlunun edimi belirli değilken, seçim hakkının kullanılması ile belirli hale gelmektedir. Bu hak kullanılmadan önce pasifte net olarak borç yazılamaz durumda olduğundan, kanımızca kurucu olarak kabûl edilmesi daha uygun olmaktadır. Ancak yukarıda edimi belirleme yetkisi açısından açıklandığı üzere, biz bu görüşte olmamakla birlikte seçimlik borçta hakkın kurucu olduğunun kabûl edilmesi hâlinde, edimi belirleme yetkisi açısından da benzer sonuçlar söz konusu olacağından değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabûl edilmesi tutarlı olacaktır.

Anlatılanlardan da açıkça görülebileceği üzere, seçimlik borçlarda birden fazla edim belirlenmiştir; alacaklı, borçlu ya da üçüncü bir kişi bunlar arasında seçim yapacaktır. Oysa edimi belirleme yetkisinde, hiçbir şey belli değildir. Birden fazla seçeneğe bağlı olarak

³¹ Seçimlik borç ile ilgili olarak uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri olan, seçim hakkının kullanılmaması halinde ne olacağı sorunu TBK ile de çözülmemiştir. Bilindiği üzere, seçim hakkının kullanılmaması halinde temelde üç görüş bulunmaktadır: Birinci görüş, seçim hakkının sözleşmenin karşı tarafında geçeceğini kabûl eder; ikinci görüş, seçim hakkının kullanılması için seçim hakkını kullanacak kişinin yerine irade beyanında bulunması için hâkime başvurulması gerektiğini kabûl eder; üçüncü görüş ise, alacaklı seçecekse BK m.94/TBK m.109 uyarınca alacaklı temerrüdü oluştuğunu kabûl eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN-ÖZ**, s.289 (dn.130 ve 131), s.369.

³² **TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP**, s.814.

³³ Aynı görüşte **ANTALYA**, s.46.

gündeme gelebilecek bir kavram olan seçim yapmaktan bahsetmek bu nedenle mümkün değildir. Edimi belirleme yetkisinde, birden fazla husus arasında bir seçim yapılmamakta; belirli olmayan bir husus, dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmektedir. Bu nedenle, yenilik doğuran hak olmaları dışında pek ortak noktaları olmayan ve bambaşka sonuçlara sahip bu iki kurumun karıştırılması, kanımızca oldukça zordur.

2- Edimi Değiştirme Yetkisi (Seçimlik Yetki)

Genelde doktrinde seçimlik yetki (facultas alternative)³⁴ terminolojisi ile kullanılan edimi değiştirme yetkisi³⁵, bir borç ilişkisinde üzerinde anlaşma sağlanmış bir hususu, daha sonradan taraflardan birinin ya da üçüncü bir kişinin tek taraflı irade beyanı ile değiştirebilme konusunda iki tarafın daha önce anlaşmalarını³⁶. Bir başka ifadeyle, taraflar sözleşmedeki herhangi bir unsur üzerinde anlaşır- lar; ancak taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye mevcut unsuru tek taraflı irade beyanı ile değiştirme yetkisi verilir³⁷. Arkadaşımızın

³⁴ FEYZİOĞLU, C.II, s.23.

³⁵ Biz “edimi değiştirme yetkisi” teriminin kurumu seçimlik yetkiden daha güzel ifade ettiğini düşünmekteyiz. Ama bundan daha önemli bulduğumuz diğer bir tercih sebepimiz de, öğrencinin seçimlik borç ile seçimlik yetki ifadelerinin birbirlerine çok benzemeleri nedeniyle sürekli iki kurumu yanlış ifade ediyor olmalarıdır. Öğrencinin konuyu baştan daha net bir şekilde ayırt edebilmesi için, birbirine hiç benzemeyen bu iki terimin tercih edilmesinin öğretme tekniği olarak daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle, seçimlik yetki terimi yerine konuyu daha iyi ifade ettiğini ve karıştırılmasının daha zor olduğunu düşündüğümüz edimi değiştirme yetkisi terimini kullanmayı daha uygun buluyoruz.

³⁶ Kanundan doğan edimi değiştirme yetkileri de bulunur. Bunun en bilinen örneği eBK m.83/TBK m.98/II’de düzenlenmiş olan yabancı para borcunu, TL olarak ödeme konusunda borçluya tanınmış olan değiştirme yetkisidir. Borçlu alacaklı ile daha önce yabancı para borcu konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, aynen ödeme yönünde bir anlaşma yapmadıkları halde, bu borcunu tek taraflı irade beyanı ile TL’ye çevirme yetkisine sahip olmaktadır.

³⁷ TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.817-818; OĞUZMAN-ÖZ, s.278; ANTALYA, s.44.

avukatlık bürosu için themis heykelini beğeniyoruz, fiyatı 600 TL olarak görüyoruz. Ancak bürosunda themis heykeli bulunabileceği endişesi taşıdığımızı söyleyince, satıcımız “Öyle bir durum olduğunda, gelirsiniz beğendiğiniz at heykelini aynı fiyata veririz.” der ve biz bu şekilde sözleşme akdedersen, bize sözleşme ile edimi değiştirme yetkisi verilmiş olur. Sözleşmenin akdedildiği anda satıcının pasifinde themis heykelinin mülkiyetini devir borcu vardır. Ancak daha sonradan alıcının tek taraflı irade beyanı ile, diğer tüm hususlar aynı kalırken, satıcının pasifindeki borç themis heykeli yerine at heykelinin mülkiyetini devir borcu haline getirilebilecektir. Alıcının sahip olduğu edimi değiştirme yetkisi, satıcının var olan edimi tek taraflı irade beyanı ile bambaşka bir edim haline getirdiğinden, değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir.

Aslî edimler dışında da, edimi değiştirme yetkisi verilebilecektir. Örneğin, mobilya satış sözleşmemizde ifa yerini kışlık evimiz olarak belirlemiştir. Fakat yazlık eve de koyma ihtimalimiz olduğundan satıcıya, ifa yerini yazlık ev şeklinde değiştirebileceğimizi kabul ettirmiş olduğumuzda, bu sefer de ifa yerine ilişkin değiştirme yetkisi verilmiş olmaktadır. Sözleşmenin ilk haliyle Bostancı’da ifayı yapmakla yükümlü olan satıcı, daha sonradan alıcının tek taraflı irade beyanı ile kullanacağı edimi değiştirme yetkisi ile borcunu Maşukiye’de ifa ile yükümlü hale gelir.

Bilindiği üzere, konumuzu oluşturan edimi belirleme yetkisinde ilk başta belirli bir edim yoktur. İlk baştan belirli bir edim ya da unsur olmadığından, mevcut olanın değiştirilmesi esasına dayalı edimi değiştirme yetkisinden apayrı bir kurumdur³⁸. Uygulamada edimi belirleme yetkisinin mevcut bir unsurda değişiklik yapıcı nitelikte verildiği de görülmektedir. En tipik örneği, genel kredi

³⁸ Edimi değiştirme yetkisi en çok seçimlik borç ile karıştırılmaktadır. Oysa edimi değiştirme yetkisinde taraflar ilk baştan bir konuda anlaşılır ve onu belirli hale getirirler. Oysa seçimlik borçta baştan belirli bir husus yoktur, birden fazla seçenekten herhangi biri olabilecektir. Bu iki kurum arasındaki farkı tespit etmek, özellikle alacaklı temerrüdü ve imkânsızlık konuları açısından önemlidir.

sözleşmelerinde yer alan faizi belirleme yetkisidir. Burada mevcut bir faiz oranı olsa ve bankaya bunu değiştirme yetkisi verilmiş olsa bile, bu seçimlik yetki niteliğinde olmaz. Çünkü seçimlik yetki de, değişiklik yapılacak diğer husus da belirli veya belirlenebilir niteliktedir. Oysa faize ilişkin değişiklik yapma yetkisinin verilmesinde belirli veya belirlenebilir bir diğer oran söz konusu değildir; banka şartlara göre bir değerlendirme sonucu indirebilir, yükseltebilir. Bu nedenle değiştirici niteliğe sahip bir edimi belirleme yetkisi verilmesi hâli de, seçimlik yetkiden farklıdır.

3- Sözleşmede Değişiklik

İrade serbestisinin görünüşlerinden biri de, akdettiğimiz bir sözleşmede sonradan değişiklik yapabilmemizdir. Ahde vefa kavramına çok tersmiş gibi gözükse de, sözleşmeyi ikâle sözleşmesi ile sona erdirebilen³⁹ taraflar, elbette yine karşılıklı anlaşma ile sözleşmede var olan bir hususu değiştirebileceklerdir⁴⁰. Örneğin, aldığımız mobilyaları satıcı Bostancı'daki evimize teslim edecek diye anlaşmışızdır. Ancak daha sonradan mobilyaları Maşukiye'deki evimize götürmeye karar verip, durumu satıcıya ilettiğimizde satıcı "*sorun olmadığını, oraya da sevkiyatlarının olduğunu*" söylediğinde sözleşmede daha önceden kararlaştırılmış olan ifa yeri, karşılıklı anlaşma ile değiştirilmiş olmaktadır.

Sözleşmede ifa yerinin hiç belirlenmemiş olması halinde, sözleşmenin tamamlanması kavramı karşımıza çıkmakta olup; bunun sözleşmede değişiklik ile ilgisi bulunmamaktadır. Hatta sözleşmede değişiklik denildiğinde ilk değerlendirilmesi gereken husus, değişiklik yapılan akdin kanunen geçerlilik şekline tabi olup olmadığı iken, sözleşmenin tamamlanması halinde sözleşmenin şeklinin herhangi bir önemi olmadan taraflar diledikleri şekilde sözleşmeye ek unsurlar getirebileceklerdir⁴¹. Oysa sözleşmede değişiklik halinde asıl sözleş-

³⁹ HATEMİ-GÖKYAYLA, s.59; FEYZİOĞLU, C.II, s.413.

⁴⁰ TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.128.

⁴¹ OĞUZMAN-ÖZ, s.161; TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.128 vd.; SCHWENZER, s.203.

menin şekline uyulmadığı halde değişiklik sözleşmesi de şekle aykırılıktan kesin hükümsüz olacaktır⁴².

Sözleşmede bir husus konusunda edimi belirleme yetkisi verildiğinde, yukarıda açıklandığı üzere tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakla bu beyan sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşmede değişiklik ile karıştırılabilecek bir kavram olmaktan da uzaktır.

4- Temsil Yetkisi

Temsil yetkisi, temsil olunan tarafından bir kişiye kendisi adına ve hesabına ya da kendisi hesabına olmakla birlikte, adını anmadan onun için bir hukukî işlem yapmak üzere bir kişinin yetkilendirilmesidir⁴³. Temsil yetkisine sahip olan kişi, temsil yetkisi veren kişinin hukukî sahasında sonuçları olacak şekilde işlem yapma hakkına sahip olmaktadır. Bu açıdan temsilciye bir hususu belirleme yetkisi verilmemekte, yetkisinin sınırları talimatlar ile çizilmekte ve bu sınırlar içinde hukukî işlemi gerçekleştirmektedir. Oysa edimi belirleme yetkisinde bir husus belirli hale getirilmektedir.

Edimi belirleme yetkisinin kendisi de tek taraflı bir hukukî işlem olduğundan, bunun kullanılması konusunda da bir kişiye yetki verilebilecektir. Ancak bu sadece edimi belirleme yetkisinin temsilci aracılığıyla yapılabilecek nitelikte bir işlem olduğunu gösterir; yoksa bu iki kavramın örtüştüğü anlamına gelmez.

Temsil yetkisi tek taraflı irade beyanı ile verilecek ve her zaman da tek taraflı olarak geri alınabilecektir. TBK m.42'de⁴⁴ (EBK m.34'te)

⁴² Bu durum uygulamada en çok arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından sorun yaratmaktadır. İfası nispeten uzun soluklu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar süreç boyunca sözleşmede çeşitli değişiklikler yapmakta, ancak bunların çoğu şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olmaktadır.

⁴³ OĞUZMAN-ÖZ, s.220 vd.

⁴⁴ TBK m.42: "Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır./Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez".

yer alan bu düzenleme uyarınca, her zaman geri almak mümkün olduğu gibi, bundan feragat etmek de mümkün değildir. Oysa edimi belirleme yetkisi verilmesi konusunda bir kez anlaşıldığı takdirde, ister aslî edim olsun isterse ikinci dereceden unsur olsun, artık onun tek taraflı geri alınması mümkün değildir. Sözleşme kapsamında belirlenmiş olan herhangi bir konu için söz konusu olan ahde vefa ilkesi uyarınca buna uygun davranılması gerekir; bu konuda değişiklik yapılmak istendiğinde de, sözleşmede değişiklik niteliğinde yeniden anlaşma yapmak gereklidir.

Açıklananlardan da görülebileceği üzere edimi belirleme yetkisi, temsil yetkisi ile de karıştırılabilecek nitelikte bir kurum olmayıp; diğer kurumlardan çok farklı özelliklere sahip bir kurumdur. Genel işlem koşulları açısından karşımıza oldukça sık çıkan edimi belirleme yetkisi, bu açılarından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II- GENEL İŞLEM KOŞULLARI TEORİSİ AÇISINDAN EDİMİ BELİRLEME YETKİSİ

A- GENEL OLARAK

Bilindiği üzere Borçlar Hukukunda temel prensip irade serbestisidir⁴⁵. Bu prensibin getirilmesinin altında yatan sebep, eşit konumdaki kişilerin iradelerine öncelik vermektir. Eşit konumda oldukları kabul edilen bu kişilere tanınan ilk serbesti, sözleşme yapıp yapmama dır. Sözleşme yapmaya karar verdiklerinde ise, kiminle yapacakları konusunda ikinci serbesti tanınmıştır. Daha sonrasında hangi tip sözleşme akdedebilecekleri konusunda serbesti verilirken, bu sözleşmelerin içeriğini kendilerine uygun bir biçimde doldurabilecekleri, eş deyişle hükümlerini belirlemeleri konusunda aynı şekilde serbesti tanınmıştır. Bunlar dışında şekil serbestisi ve sona erdirme konusunda da serbesti bulunur.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN-ÖZ, s.23 vd.; TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s.362 vd.; FEYZİOĞLU, F. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, B.2, İstanbul 1976, s.231 vd.; SCHWENZER, s.143 vd.; GAUSCH-SCHLUEP-SCHMIDT, Nr.612 vd.; HATEMİ-GÖKYAYLA, s.57 vd.; ANTALYA, s.261 vd.

Hiçbir özgürlük, yetki sınırsız olmadığı gibi, irade serbestisi ve görünümünün de sınırları bulunmaktadır. Tarafların eşit konumda oldukları varsayımıyla tanınmış olan bu serbestileri, tarafların o kadar da eşit olmadığını farkettiğimiz durumlarda doğal olarak sınırlamak gereği de duyulmuştur⁴⁶. Örneğin, sözleşme doğalgaz, elektrik gibi bir kamu hizmetinin verilmesi konusunda olduğunda, sözleşme yapıp yapmama konusunda bu hizmeti veren tarafa özgürlük tanınması söz konusu olamayacaktır. Kişinin ne kadar çok borca aykırı davranmış olduğu, daha önce hırsızlık yaptığının tespit edilmiş olması dahi sözleşme yapma zorunluluğuna engel oluşturmaz. Konumuz olan genel işlem koşulları da sözleşmenin hükümlerini belirleme serbestisi ile ilgili olarak, günümüzde hâkimin müdahalesinin zorunlu hale geldiği bir kurumdur.

Tarafların akdettikleri sözleşmelere kendilerine uygun, eş deyişle sübjektif koşullarına uygun bir biçimde hükümler getirmeleri esastır. 100.000 TL borçlanıldığında bunun her kişi tarafından aynı şekilde ödenmesi söz konusu olmayabilir. Kimi peşin öderken, kimi kısmî ödemelerle ifasını yapabilecektir. Bu nedenle kişilerin kendilerine en uygun koşulları belirlemeleri en doğal olandır. Ancak bu esas, yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmeyi akdeden tarafların güçlerinin, yetkilerinin, etkilerinin eşit olduğu ya da en azından aralarında uçurum bulunmadığı varsayımıyla getirilmiştir. Oysa günümüzde eşit olmayan, bir tarafın açık farkla üstün olduğu ilişkiler oldukça fazlaşmıştır. İşte bu gerçek nedeniyle de, genel işlem koşulları kavramı oluşmuş; birçok ülkede buna yönelik kanunî düzenlemeler yapma gereği duyulmuştur⁴⁷. Bizde de uzun yıllardır

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY- AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP**, s.369 vd.; **OĞUZMAN-ÖZ**, s.23 vd.; **FEYZİOĞLU**, C.I, s.233 vd.; **ANTALYA**, s.261 vd.

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **HAVUTÇU, A.**: Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s.23 vd.; **ATAMER, Y. M.**: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s.40 vd.; **ULUSAN, M. İ.**: "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004, s.28; **AKMAN, A.**: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem

düzenlemeye konu olmaması eleştirilen⁴⁸ bu husus, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye geçmeden önce 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğü sırasında durumun⁴⁹ nasıl olduğunu kısaca tespit etmek istemekteyiz. Bundan sonra konumuzu oluşturan edimi belirleme yetkisi kavramı ile genel işlem koşulları arasındaki ilişki değerlendirilecektir.

B- GENEL İŞLEM KOŞULLARININ GENEL TEORİSİ

1- Kavram

Genel işlem koşulu, kanunda yer alan ifadesi ile, *“bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”*.

Hem tanımın kendisi⁵⁰, hem de kanun metninde konuya ilişkin tanımlayıcı bir hüküm getirilmiş olması çeşitli açılardan eleştirilmektedir⁵¹. Konuyu, yaşamdaki gelişmelere açık olacak şekilde bırakmak adına biz de kanunda tanım getirilmiş olmasını eleştirmektediriz. Tanımın kendisi açısından ise çeşitli unsurlar eklenip⁵²,

Şartları”, İstanbul Barosu Dergisi, S.2012/5, s.232; **BAHTİYAR, M.**: “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996, s.77 vd.; **KILIÇOĞLU**, s.109-110.

⁴⁸ “Borçlar Kanunumuzun hiçbir yerinde genel işlem şartlarına değinilmemektedir.” **TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP**, s.154-155 (özellikle dn.2). Ayrıca bkz. **AKMAN, S.**, s.98.

⁴⁹ TBK öncesi dönemin kısa bir özeti için bkz. **ALTOP, A.**: “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler, İstanbul 2012, s.31 vd.; **AKMAN, A.**, s.233 vd.; **KILIÇOĞLU**, s.109 vd.; **BAHTİYAR**, s.78 vd.

⁵⁰ Bkz. **ALTOP**, s.36; **KUNTALP, E.**: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s.26; **ARIKAN, M.**: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu 83-4 Haziran 2011, Sempozyum No : III, s. 70 vd.

⁵¹ Bkz. **KUNTALP**, s.26.

⁵² **HAVUTÇU**, konuya ilişkin çalışmasında genel işlem koşullarının unsurlarını; önceden tek yanlı belirlenmesi, genel ve soyut nitelikte olması, çok

bazı ifadeler değiştirilebilecekse de; eleştirilecek temel nokta bunların karşı tarafın tartışmasına açık olmayan hükümler olmasının tanıtımda yer almamasıdır⁵³.

Genel işlem şartları nitelendirmesinde önemli olmayan hususlar; kaç kere kullanıldıkları, yazılı olup olmadıkları, metin içinde olup olmadıkları, kapsamı, kaç hüküm olduğu, taraflarının kim olduğu, nitelikleri vb. tek taraflı olarak dayatmayı değiştirmeyecek nitelikteki unsurlardır⁵⁴. Bunların bir kısmı da, TBK m.20'de yer almıştır. Buna göre, "Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. / Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. / Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz."

Karşı tarafın iradesinin ya hiç olmadığı ya da oldukça zayıfladığı bu tür sözleşmeler açısından bir denetimin gündeme gelmesi, bu tür hükümlerin muhataplarının korunması ihtiyacı doğal karşılanacaktır.

2- Genel İşlem Şartlarının Denetimi

Bir sözleşme içeriğinde genel işlem şartları niteliğinde hükümlerin varlığı, ancak bir uyumsuzluk hâlinde gündeme gelecektir. Yoksa sözleşme ilişkisinde herhangi bir sıkıntı yaşanmadığında, bu

sayıda sözleşme için hazırlanmış olması, taraflardan birinin önceden hazırlanmış olan bu koşullara dayanması (bireysel anlaşma yapılmamış olması) olarak saymaktadır. HAVUTÇU, s.74 vd. Diğer bir monografik çalışmada da ATAMER, genel işlem koşullarının unsurlarını; bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmeleri, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmeleri ve giş kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek üzere karşı tarafa sunulmaları olarak saymaktadır. ATAMER, s.62 vd.

⁵³ Aynı yönde eleştiri için bkz. KUNTALP, s.26.

⁵⁴ Bu konuda bkz. HAVUTÇU, s.90 vd.; ATAMER, s.72-72; ALTOP, s.36 vd.; KILIÇOĞLU, s.113 vd.; ARIKAN, s.70.

hükümler karşı tarafa dayatılarak kabûl ettirilmiş olsa bile, muhatap olan kişi bu hükme dayalı olarak herhangi bir sıkıntı yaşamadığında ilgili hükmün denetlenmesinden bahsedilemeyecektir. Bu diğer hâkimin müdahale örnekleri için de geçerlidir. Örneğin, cezaî şartın fahiş belirlendiği bir sözleşme ilişkisinde, borçlu borcunu gereği gibi ifa etmiş olduğunda cezaî şart muaccel olmayacak; buna bağlı olarak da, onun fahiş olduğu iddiası gündeme dahi gelmeyecektir. Genel işlem şartları açısından bakıldığında, bir genel kredi sözleşmesinde bankanın çalışanlarının hiçbir davranışından sorumlu olmayacağına dair bir sorumsuzluk anlaşması hükmü içerdiğinde; banka çalışanlarının (A) kişinin işlemlerini düzgün yürütmesi hâlinde bu madde taraflar arasında uygulama alanı bulmayacağından, bunun genel işlem şartları denetlemesine tabi olması gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır. Ancak aynı şartlarda başka bir genel kredi sözleşmesi imzalamış olan (B)'nin işlemleri sırasında banka çalışanının hesaptaki paraları yanlışlıkla başka bir hesaba aktarmış olması, (B)'nin çeklerinin arkasının yazılmasına sebebiyet verdiğinde bu maddenin geçerliliği söz konusu uyuşmazlıkta tartışmaya açılacak; işte bu noktada maddenin genel işlem şartı niteliği taşıyıp taşımadığı öncelikli sorunlardan biri olacaktır.

a) Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi⁵⁵, genel işlem şartları açısından ilk yapılan denetimdir. Bu denetimle esas olarak tespit edilmek istenen, uyuşmazlık konusu maddenin taraflar arasında yürürlüğe girip girmediğidir. Bir başka ifadeyle, yürürlük denetiminden geçemeyen bir madde yoklukla sakat olduğu söylenecektir. Çünkü bu denetimle tespit edilmek istenen husus, genel işlem şartlarının dayatıldığı kişinin ilgili maddeye ilişkin irade beyanında bulunup bulunmadığıdır. İrade beyanının hiç olmadığına ya da söz konusu koşullarla varmış gibi gözükse de, aslında olamayacağının tespit edildiği durumlarda uyuşmazlık çıkaran madde yürürlük denetiminden

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, s.81 vd.; **TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP**, s.157 vd. **HAVUTÇU** bu denetimi, "bağlayıcılık denetimi" olarak adlandırmaktadır. **HAVUTÇU**, s.105 vd.

geçemeyecek ve sözleşmenin hükmü hâline geldiği kabûl edilmeyecektir⁵⁶.

Bu bağlamda denetimin üç aşamalı olduğu kabûl edilmektedir. “Görmedim”, “gördüm, okumadım” ve “okudum, anlamamışım” şeklinde formüle edebileceğimiz üç aşama söz konusudur.

Öncelikle bu sözleşmenin akdedilmesi sırasında, muhatabın okuma imkânı olup olmadığı değerlendirilecektir. Örneğin, evimize kombiyi ilk olarak çalıştırmak için gelen servis, 250 TL karşılığında ekstra üç yıllık daha garanti isteyip istemediğimizi sorup biz kabûl ettiğimizde buna ilişkin anlaşma yapılmış olur. Servisin ekstra üç yıllık dönemdeki haklarımıza ilişkin bir ay sonra evimize gönderdiği sözleşmedeki koşullar, işte bu yürürlük denetiminden geçemeyecek ve yok hükmünde olacaktır. Çünkü, sözleşme görüşmeleri sırasında gündeme getirilmeyen, yani sübjektif esaslı unsur hâline getirilmeyen ikinci dereceden unsurlar, sonradan tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin diğer tarafına dayatılamaz. Bu nedenle sözleşme akdedildikten sonra, muhataba verilen bu tür sözleşme hükümlerinin taraflar arasında yürürlüğe girmesi söz konusu olmayacağından, bunlara ilişkin sorun çıkması hâlinde TBK m.2/II uyarınca⁵⁷ hâkim tarafından tamamlanması gündeme gelecektir.

Çoğu olayda muhataba sözleşmenin ve eklerinin okunması imkânı verilmiş olsa bile, metinde değişiklik yapamayacağı inancı nedeniyle okuma gereği duymamaktadır. Bütün olarak kabûl

⁵⁶ “Maddenin (TBK m.21) 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre, ‘aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır’. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) kıymetli evraka ilişkin çeşitli maddelerinde yer almakla beraber, Türk hukukunda mevcut olmayan bu yaptırım türü yerine, 1. cümledeki ifade ile BGB Pr.305c/I’de kullanılan “werden nicht Vertragsbestandteil” ifadesini dikkate alarak, hükmü ‘aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dahil sayılmazlar’ şeklinde düzenlemek daha uygun olurdu kanısındayım”. **ALTOP**, s.40. Aynı yönde **ARIKAN**, s.72.

⁵⁷ Hatırlanacağı üzere maddenin ilk iki fıkrası şu şekildedir: “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. / İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar”.

edildiği⁵⁸ varsayılan bu tür durumlarda da, uyuşmazlık konusu maddenin içeriği sıkıntılı olduğu hâllerde denetim şu şekilde devreye girmektedir: Muhatap bu metni okusaydı bu hükmü kabûl etmezdi, yani genel olarak bu sözleşmeye ilişkin kabûl yönünde bir irade beyanında bulunmuşsa da, bu maddeye ilişkin irade beyanı olamaz. İşte bu tür bir değerlendirme sonucunda uyuşmazlığa konu madde de, yürürlük denetiminden geçemeyecek; yoklukla sakat olacaktır. Örneğin, (X) inşaat firmasıyla bir bağımsız bölüme ilişkin olarak taşınmaz satış vaadi akdeden (A), sözleşmenin akdedilmesi sırasında kendisine sunulmuş olan yönetim planını okumadan kabûl ettiğini belirtmiştir. Ancak daha sonradan yönetim planına baktığında, havuz kullanımının dışarıdan gelecek olanlara yasak olduğunu fark eder. Yaşlılıktan veya muhafazarlıktan dolayı bizzat havuzu kendi kullanmayacak olmakla birlikte, çok sevdiği iki torunu için havuzlu sitede bağımsız bölüm satın almış olan (A)'nın baştan okusaydı, bu hükme rıza göstermeyeceği açıktır. Bu nedenle yönetim planındaki bu hükme ilişkin olarak irade beyanının olamayacağını iddia edebilecek ve iddiası bu somut olayda haklı görülebilecektir. Ancak başka bir kat maliki açısından aynı sonuca ulaşmak her zaman mümkün olmayacaktır. Bu nedenle yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi, genel işlem şartları denetiminin aslında genel değil; münferit bir denetim olduğu her somut uyuşmazlıkta hatırlanmalıdır.

Yürürlük denetimindeki üçüncü aşama, beklenmezlik olarak adlandırılmaktadır. Kanun hükmünde işin niteliğine yabancı olan hükümler şeklinde ifade bulmuş olan bu denetlemede, aslında okunmuş ve sonuç olarak kabûl edilmiş olan bir hükmün aslında kabûl edilmiş olmadığı iddia edilmekte ve bu iddia haklı bulunarak, madde yok hükmünde sayılmaktadır. Burada maddeyi sözleşmenin kurulması aşamasında okuyup anladığımızı sanmamıza rağmen; sonradan somut olayda kaleme alan tarafından uygulanmaya kalkıldığında, gerçekte maddenin nerelere vardığını anlamamış olduğumuzu fark

⁵⁸ Global kabûl olarak adlandırılan bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, s.102; HAVUTÇU, s.112.

ettiğimiz bir durumdur⁵⁹. Örneğin, “Bankanın sorumlu olduğu hâllerde banka, fiili zararlarla yoksun kalınan kar ile manevi zararlardan sorumlu olmaz.” şeklindeki bir hüküm hızlı bir okumada, bankanın borca aykırılığı hâlinde sanki istenebilecek zarar kalemleri varmış izlenimi yaratmaktadır. Oysa borca aykırılık hâlinde maddî tazminatın içi, alacaklının uğradığı fiili zararlar ve yoksun kalınan kârlar ile doldurulur. Bunun yanısıra bir de manevi zarar istenebilir. Şimdi sözleşme hükmü değerlendirildiğinde, bu madde başta okunmuş olsa bile bu sonuçlarıyla anlaşılması beklenemeyecektir. Ancak sonradan bankanın sorumluluğunun doğup da, biz bu talep edilen zarar kalemlerini sözleşme ile bertaraf etmiştik diye bir savunma yapıldığında bu durum netleşecektir. İşte beklenmezlik olgusu nedeniyle bu hüküm yoklukla sakat sayılacaktır. Bir başka tipik örnek de, genel kredi sözleşmelerine konulan “borçlunun herhangi bir borcuna ilişkin takip yapılmış olması hâlinde, tüm krediler kat edilir” şeklindeki hükümlerdir. Bu hüküm de, ilk başta bankaya olan borçlarla ilgili olarak gözükmekteyse de, uygulamada karşılaşıldığı üzere borçlunun bir başka kişiye olan borcundan dolayı yapılmış icra takibinden genel kredi sözleşmesinin tarafı olan bankaya tebligat geldiğinde, banka vermiş olduğu kredilerin tümünü bu maddeye dayalı olarak çekmeye kalktığında; maddenin amacını aşarak kullanıldığı ortaya çıkacaktır. İşte bu hâlde de, maddenin beklenmezlik olgusuna dayalı olarak yoklukla sakat olması gerekir.

6098 sayılı TBK’da yürürlük denetimi olarak adlandırılan bu denetim, “yazılmamış sayılma” başlığı altında 21. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların

⁵⁹ “Maddenin 2.fıkrasına göre ‘sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır’. Bu suretle, BGB Pr.305c/1’de olduğu gibi, şaşırtıcı koşullar olarak nitelendirilen bu tür genel işlem koşullarının da, - yukarıda açıklamalarımız doğrultusunda- sözleşmenin kapsamına dahil sayılmayacakları ilkesi kabul edilmiştir. Nitekim madde gerekçesinde de aynen ‘şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir’ ifadesine yer verilmiştir”. **ALTOP**, s.40-41.

içeriğini öğrenme imkânı 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". Öncelikle düzenlemeye ilişkin olarak getirilecek olan eleştiri bugüne dek Türk hukukunda yer almamış bir terim⁶⁰ olan "yazılmamış sayılma"ya ilişkindir⁶¹. Bilindiği üzere, geçersizlik yaptırımlarının en ağır iki tanesi yokluk ve kesin hükümsüzlüktür. Bunların ortak noktaları anahatlarıyla dört adettir: Her ikisi de hüküm ve sonuç doğurmaz, bunun için dava açılmasına gerek yoktur; ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilirler; hâkim tarafından, kimse ileri sürmemiş olsa da, re'sen dikkate alınırlar; bir sürenin geçmesi, sakat unsurun sonradan düzeltilmesi ile hüküm doğurmaya başlamazlar; yeniden geçerli olarak yapılmaları gerekir. Şimdi yeni terim olarak getirilmiş gibi gözüken "yazılmamış sayılma" bunlardan hangisi açısından diğer ikisinden farklı olacaktır? Kanımızca, yeni bir hükümsüzlük hâli⁶² yaratmayı gerekli kılacak

⁶⁰ "(...) hukukumuzda 'yazılmamış sayılma' şeklinde bir hükümsüzlük tipi mevcut değildir. Hukuken herhangi bir anlam taşımayan bu ifadenin Komisyon tarafından Tasarıya ne amaçla konulduğunu ve kanun koyucu tarafından da hangi düşünceyle benimsenerek yasa metnine alındığını anlamak mümkün değildir." **OĞUZMAN-BARLAS**, s.219.

⁶¹ Yazılmamış sayılmanın uygulamada ve doktrinde bir sürü gereksiz tartışmaya sebep olacağı açıktır. Daha şimdiden AKMAN, A. tarafından nisbi etkisizlik kavramı ile karıştırıldığı görülmektedir. "Sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına yönelik dikkat çekici bir müeyyide olarak kanun metninde yer alan yazılmamış sayılma, genel işlem şartlarının bağlayıcı olmadığı anlamına gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşme maddeleri geçersiz olmamakla birlikte sadece sözleşmeyi kabûl eden tarafa karşı ileri sürülmemektedir. 22. Madde gerekçesinde belirtildiği şekilde sözleşmenin diğer tarafının söz konusu hükümlerden yararlanabileceğinde duraksama yoktur." **AKMAN, A.**, s.238. Benzer bir yaklaşım için bkz. **DEMİR**, s.220.

⁶² **KILIÇOĞLU**, bu hususu "Yasa bu hükmüyle Borçlar Hukukunda "yazılmamış sayılma" türünde bir yaptırım getirmiş bulunmaktadır. Burada bu tür hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yeni " yokluk" türünde bir yaptırım söz konusudur. Bu hükümlerin diğer taraf için bağlayıcı olmaması bir irade açıklamasını ya da dava açılmasını gerektirmez. Bu hükümle Borçlar Hukukumuzda, olmayan bir yaptırım türü olan "yokluk" da girmiş bulunmaktadır." şeklinde açıklamaktadır. Ancak kanımızca bu açıklama çerçevesinde, ayrı tipte

özelliğe bir denetim yoktur. Burada değerlendirmeye tabi tutulan husus, bu sözleşmenin dayatıldığı kişinin sorun teşkil eden maddede iradesinin olup olmadığıdır. Esasen bu denetleme her türlü sözleşme için yapılmaktadır. Kişinin iradesinin olmadığı bir hükümle bağlı olması düşünülemeyeceğinden, buradaki yaptırımın yokluk olması gerektiği açıktır⁶³. Bu nedenle yeni bir terim yaratmak, kanımızca doğru olmamıştır.

b) İçerik Denetimi

Yürürlük denetimine takılmadan geçen maddelerin hiçbir sorunu yok demek değildir. Bunlar içinde de, uyuşmazlık çıkması

“yokluk” yaptırımları olduğu sonucuna ulaşmak bize çok mümkün gözükmemektedir. **KILIÇOĞLU**, s.115.

⁶³ BARLAS bu konudaki yaptırımın yokluk değil, kesin hükümsüz olmasının gerektiğini şu şekilde açıklamaktadır: “Asıl önemli mesele ise, bu hukuk-dışı deyimle hangi hükümsüzlük tipinin kastedildiğini belirlemektir: Şayet kanunun emredici nitelikteki bir hükmü ile, taraflardan biri lehine - diğeri aleyhine bazı düzenlemelerin sözleşmeye konulması yasaklanmışsa, bu yasağa aykırı davranışın yaptırımı ‘kesin hükümsüzlük’ olmalı; sözleşmeye bu yasağa aykırı nitelikteki hükümlerin konulması hâlinde bu hükümler kesin hükümsüz sayılmalıdır. Soruna uyan ve yakışan yaptırım budur. burada ‘yokluk’ söz konusu olmamalıdır; çünkü yokluk, hukukî işlemdeki kurucu unsurların mevcut olmaması (meselâ, sözleşmelerdeki taraf iradelerinden birinin bulunmaması) hâlinde gündeme gelebilecek olan bir hükümsüzlük türüdür. Burada ise kurucu unsur olarak taraf iradeleri mevcuttur; sözleşme tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesiyle kurulmuştur; sadece sözleşmenin içeriğinde kanunun emredici hükmüne (incelediğimiz sorunda, BK m.21’e) aykırı bir takım unsurlara yer verilmiştir. Fakat kanunda yer alan ‘yazılmamış sayılma’ şeklindeki ibare, doğrudan sözleşme içeriğini ilgilendirdiği için, kesin hükümsüzlükten ziyade, ‘yokluk’ hâlini çağrıştırmaktadır. Başka deyişle, sözleşmeye konulması yasaklanan kayıtlara yine de taraflarca sözleşme metninde yer verilirse, bunlar sözleşme içeriğine dahil sayılmayacak; sözleşmeyi oluşturan taraf iradeleri bu yasak düzenlemeleri sanki hiç kapsamıyormuşçasına beyan edilmiş gibi değerlendirilecektir. Bu bakımdan, kanunda yer alan bu yersiz, anlamsız ve uygulamada tereddüt yaratacak ‘yazılmamış sayılma’ ibaresinin, hükmün amacına ve düzenleniş biçimine göre ‘yokluk’ olarak kabûl edilmesi gerekir. kısacası, kanaatimizce burada yer verilmesi gereken (de lege feranda) yaptırım, ‘kesin hükümsüzlük olmalı idi; fakat kanunun mevcut düzenlemesi karşısında (de lege lata), buradaki yaptırımın türünün ‘yokluk’ olarak nitelendirilmesi zorunludur.” **OĞUZMAN-BARLAS**, s.219-220.

hâlinde sıkıntı yaratacak hükümler bulunur. İçerik denetimi⁶⁴ olarak adlandırılan ve kanunda da bu şekilde ifadesini bulan bu denetim ile, genel işlem şartları niteliğinde olan bir sözleşme hükmü çeşitli nedenlere dayalı olarak kesin hükümsüz sayılmaktadır. Buna bağlı olarak da, hüküm ifade etmediği ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkta uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu denetleme çerçevesinde, ilk olarak yapılması gereken her türlü hukukî işlem için gereken denetim yapılmalıdır. Bir hüküm ahlaka aykırı, imkânsız, emredici hükümlere aykırı ise, ister genel işlem şartları niteliği taşıyın ister taşımasın, her hâlde kesin hükümsüz olacaktır⁶⁵. Bu nedenle genel işlem şartları niteliğinde olan hükümlerin birçoğunda bu tür bir geçersizlik tespit etmek mümkündür. Örneğin, bir inşaat firması işe aldığı her bayan mühendisin hizmet sözleşmesine beş yıl boyunca hamile kalmayacağına ilişkin hüküm koyduğunda bu hüküm kişilik haklarına aykırı olacaktır⁶⁶. Ancak bu hüküm, bir avukatın yanına alacağı bayan avukat ile yaptığı münferit sözleşmede de yer alsa yine kişilik haklarına aykırı olacak ve kesin hükümsüz sayılacaktır. Benzer nitelikte çok yoğun temposu olan bir finans şirketi, ilk üç yıl boyunca yıllık izin kullanılmayacağına ilişkin bir hüküm koysa, bu hüküm de emredici hükme aykırılıktan kesin hükümsüz olur. Ya da borçlunun hiçbir davranışına ilişkin sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kaydı,

⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, s.143 vd.; **HAVUTÇU**, s.154 vd.; **TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP**, s.160 vd.

⁶⁵ Ayrıca yine bazı sözleşmelerde meslektaşlarımız tarafından, “*taraflar bu sözleşme hükümlerinin emredici hükümlere aykırı olmadığını kabûl etmişlerdir*”; “*taraflar İİK m....’in emredici nitelikte olmadığını kabûl ederler*”; “*borçlu ... bu kredinin belli bir amaç için verilmiş olmadığını kabûl etmiştir*” gibi herhangi bir hukukî sonucu olmayan hükümler konulduğu görülmektedir. Sözleşme taraflarının anlaşarak emredici bir hükmü emredici olmaktan çıkaramayacakları ne kadar açıksa, bir hakikati de aksini kabûl ettiklerini söyleyerek değiştiremezler.

⁶⁶ Elbette böyle bir hüküm, iki yıl boyunca çekilecek bir dizinin başrolünde oynayacak film yıldızının sözleşmesine konulduğunda aynı akibetle karşılaşılacaktır; objektif gerekçelerle konulmuş bu hüküm bu olayda hükümlerini doğruracaktır.

TBK m.115 (EBK m.100) çerçevesinde ancak hafif ihmal için geçerli olabilecek; hatta alacaklı borçlunun hizmetindeyse ya da hastane, banka vb. izinle yapılabilen uzmanlığı gerektiren bir meslek çerçevesinde yapılmış olan sorumsuzluk kayıtları her durumda kesin hükümsüz olacaktır.

Bir diğer içerik denetimi de dürüstlük kuralı temellidir. Bu çerçevede, eşit konumda ve dürüst iki insanın akdettiği bir sözleşmeye, bir taraf aleyhine çok ağır sonuçları olan bir hüküm konulmaması dikkate alarak bir değerlendirme yapılacaktır. Örneğin, büyük bir inşaat firmasının alt taşeronlarla yaptığı sözleşmelere tek taraflı fesih hakkı koyması hâlinde bunun dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilecektir. Bir başka örnek ise, bir ardiyenin müşterilerle yaptığı sözleşmede “*mala gelen zararların ardiyeden veya çalışanlardan kaynaklandığı ispatlamak müşteriye aittir*” şeklinde bir hüküm konulmasıdır. Bu hâlde müşterinin bu hususları ispatlama şansı olmayacağı açıktır. Bu nedenle bu hüküm dürüstlük kuralı uyarınca kesin hükümsüz sayılacaktır⁶⁷.

“İçerik denetimi” başlıklı TBK m.25 şu şekildedir: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*”. Bu madde⁶⁸ aslında MK m.2'nin tekrarı niteliğindedir⁶⁹. Esasen bu kural sadece genel işlem şartları niteliğindeki sözleşmeler için değil, her türlü sözleşme için geçerlidir. Örneğin yukarıda anılan ispat yükünü karşı tarafa yükleyen ardiye sözleşmesindeki hüküm, münferit bir sözleşme olsa dahi MK m.2 uyarınca kesin hükümsüz sayılacaktır. Bu nedenle, bizim kanaatimiz içerik denetimi aslında her türlü hukukî işlem için yapılan geçerlilik denetiminden farklı bir denetim olmayıp; sadece genel işlem şartları niteliğine bağlı olarak daha dikkatli değer-

⁶⁷ Usul Kanununa yeni getirilen düzenleme ile zaten bu tür delil anlaşmaları kesin hükümsüz sayılmıştır: “*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını inkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*”.

⁶⁸ Maddenin eleştirisi için bkz. **ALTOP**, s.43-44.

⁶⁹ “*Burada TMK. md.2 deki hakların kullanılmasında dürüstlük kurallarına uygun hareket etme zorunluluğunun genel işlem koşullarında özel bir uygulaması söz konusudur.*” **KILIÇOĞLU**, s.117.

lendirme yapılması gereken bir denetimdir. Bu nedenle genel işlem şartları kapsamında, uygulamaya yol gösterici nitelikte kanunî düzenleme ile dürüstlük kuralı vurgulanması yapılması uygun olmuştur⁷⁰.

c) Yorum Denetimi

Genel işlem şartları açısından yapılan bir diğer denetim yorum denetimi⁷¹ olarak adlandırılmaktadır. Bilindiği üzere herhangi bir hukukî işlemin nasıl bir sonucu olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıktığı hâlde o işlemin yorumlanması gündeme gelir⁷². Burada da, taraflar sözleşme hükmünün geçersizliğini öne sürmekte; sadece her iki taraf bu hükmün farklı uygulanması gerektiğini öne sürmektedir. Bu bağlamda, genel yorum ilkesi çerçevesinde yapılması gereken, tarafların gerçek ortak arzularını bulmak; bu yapılamadığı takdirde farazi ortak arzuyu bulmaya yönelmektir. İşte bu yolda kullanılacak olan yorum metodları, aslında tüm hukukî işlemler için benzer özellikler taşır; bütün içindeki anlamı araştırmak, sözleşme öncesinde ve sonrasında tarafların davranışlarına bakmak gibi yöntemlerle ortak arzuyu bulmaya uğraşmak gerekir. Bununla bir sonuca ulaşamadığında ise, kaleme alanın aleyhine, borçlu lehine, işlemi ayakta tutan yorumu tercih etmek gibi daha ikincil yollara başvurmak gerekmektedir. Çünkü, daha önceki metodlardan farklı olarak artık tarafların ne düşündüğünü onların laflarına veya davranışlarına dayalı olarak değil de, genel dürüstlük kuralı çerçevesinde olması gereken gibi yorumlanması gündeme gelmektedir. Bu nedenle, artık bundan sonra farazi ortak iradeye ulaşılacağı açıktır.

60098 sayılı TBK “yorum denetimi” başlıklı m.23 ile, “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok

⁷⁰ Maddenin sorun çıkaracağı görüşü için bkz. KUNTALP, s.31.

⁷¹ Kavram hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ATAMER, s.124 vd.

⁷² “Madde bu hükmüyle sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayanın aleyhine yorum kuralı getirmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için yani sözleşmede yer alan bir koşulun genel işlem koşulu sayılması ve yazılmamış sayılabilmesi için “açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi gerekir”. KILIÇOĞLU, s.116.

anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır” şeklinde konuyu düzenlemiştir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, bu genel işlem şartlarına özgü bir yorum ilkesi olmadığı gibi; genel işlem şartlarının denetiminde en sonlarda uygulanacak bir yorum metodudur. Bu yorum metoduna gelene kadar, öncelikle uygulanması gereken yorum metodları olup; bunlardan sonuç elde edilemediğinde kaleme alanın aleyhine yorum yapılabilecektir. Ancak önceki metodlarla, örneğin sözleşmenin bütününden bir sonuca ulaşabiliyorsa o zaman kaleme alanın aleyhine yoruma gerek olmayacaktır. Bu nedenle, sanki genel işlem şartları açısından yorum sadece bu şekilde yapılacakmış gibi düzenlenmiş olan madde- nin bu şekilde algılanmaması; yorumun genel yorum metodları çerçevesindeki sıraya dayalı olarak yapılmasının burada da geçerli olduğu kabul edilmeli, genel işlem şartları içeren sözleşmenin her zaman güçlü tarafça hazırlanmasına dayalı olarak bu yorum metodunun göz ardı edilmemesi gerektiği şeklinde algılanması kanımızca daha doğru bir yaklaşım olacaktır⁷³.

d) 6098 Sayılı TBK Düzenlemesinin Eleştirisi

Kanımızca genel işlem şartları düzenlemesinin, daha basit ve sonrasında gelişmeye açık olacak şekilde düzenlenmesi doktrin ve uygulama açısından daha iyi olurdu. İleride içeriğinin değişebilecek olmasına dayalı olarak, tanımdan kaçınılması, nelerin genel işlem şartları olmaktan çıkaracağı gibi hususların doktrin ve uygulamaya bırakılması daha uygun olurdu diye düşünmekteyiz. Bunun dışında, mevcut terminolojiye sadık kalınarak yaptırımların getirilmesinin de uygulamaya kolaylık sağlayacağı düşünülmektedir. Bu nedenle, genel işlem şartları düzenlemesi tek bir madde ile aşağıdaki gibi düzenlenmiş olsaydı da, sorunu çözecek niteliğe sahip olacaktı diye düşünülmektedir.

⁷³ “Temelde hukuk öğretisi ve uygulamasında herkes tarafından benimsenmiş olan bir yorum kuralını genel işlem kurallarına ilişkin bir kanun maddesi haline getirmenin gerekliliği her zaman tartışmaya açıktır. Bunun dışında maddenin başlığının müphem ve uygunsuz olduğunu belirtmek yerindedir.” **KUNTALP**, s.29.

“Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yoklukla sakattır.

Genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede yer alan dürüstlük kuralına aykırı nitelikteki hükümler kesin hükümsüzdür.

Bir tarafın idari kurum ve kuruluşlar olduğu her tür sözleşme de genel işlem koşulları denetimine tabidir.”

III- 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN EDİMİ BELİRLEME YETKİSİ

Yukarıda da açıklandığı üzere, 818 sayılı Borçlar Kanununda genel işlem şartları düzenlenmemişken dahi, genel teori çerçevesinde yukarıda belirtilen denetimlerin yapılabileceği kabul edilmişti. Bununla birlikte, edimi belirleme yetkisinin verilmesi açısından herhangi bir sorun bulunmamaktaydı. 818 sayılı yasa zamanında, diğer her türlü işlem açısından edimi belirleme yetkisi nasıl denetlenmekte ise, genel işlem şartı niteliğindeki bir metin içinde yer alması hâlinde de aynı denetime tabi olmaktadır. Buna göre, genel işlem şartı niteliğinde olsun ya da olmasın, edimi belirleme yetkisi verilmesi geçerli kabul edilmekteydi ve bu tarz bir yetki verilmesi hâlinde, yukarıda açıklandığı üzere, bunun dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gereği kabul edilmekteydi.

Ancak edimi belirleme yetkisi konusunda yukarıda anlatılanlar, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle farklı bir hal almıştır. Edimi belirleme yetkisi, genel işlem şartları niteliğindeki metinler açısından artık yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Konuyu düzenleyen m.24 şu şekildedir:

“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.”

Değiştirme yasağı başlıklı maddede esasen iki konu düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, mevcut bir hususu değiştirme konusunda taraflardan birine yetki verilmesi; diğeri ise yeni düzenleme getirme

yetkisidir⁷⁴. Burada düzenlenen edimi değiştirme yetkisi verilmesi hâlinde de, aslında mevcut bir edimi sonradan serbestçe belirlenmesinden bahsedilmekte; klasik olarak bir edim yerine diğerinin seçilmesi şeklinde olan seçimlik yetkiden bahsedilmemektedir. Bu madde ile düzenlenmek istenen, genel işlem şartları niteliğindeki bir hükümde düzenleyen lehine konulmuş ve serbestçe belirleme hakkı içeren bir maddenin geçersizliğidir. Buna göre, ister mevcut bir maddede serbestçe değişiklik yapmak niteliğinde olsun, isterse hiç olmayan bir hususu serbestçe düzenlemek şeklinde olsun düzenleyen lehine, muhatap aleyhine getirilmiş olan bu hüküm, madde ifadesiyle “yazılmamış sayılacaktır”.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK) da, tüketici aleyhine bazı hususların değiştirilemeyeceğini kabul eden hükümler vardır. Taksitli satışta, tüketici kredisinde tüketici aleyhine hüküm getirmeye ilişkin yasağın altında yatan sebep, tüketici açısından tüm hususların belirli olmasının sağlanmak istenmesidir. Malı peşin alamayan ya da belli bir nedenle krediye ihtiyaç duyan ekonomik olarak zayıf konumdaki tüketici, güçlü konumdaki satıcıya veya bankaya karşı korunmak istenmektedir. Küçük rakamların söz konusu olduğu ve kapsamı belli olan tüketici alanında bu kural makûl karşılanabilecektir. TKHK’da edimi belirleme yetkisinin verilmesi hâli için öngörülmüş olan yaptırım kesin hükümsüzlüktür.

Oysa burada hem her türlü işlem açısından edimi belirleme yetkisi yasaklanmış, hem de diğer maddelerle birlikte değerlendirildiğinde “yokluk” yaptırımı olarak nitelendirilen bir yaptırım öngörülmüştür. Bu iki hususun da bu kadar lafzî algılanması hâlinde sakıncalı sonuçlara sahip olacağını düşünmekteyiz. Kanaatimiz edimi belirleme yetkisi verilmesinin geçerli kabul edilmesinin gerekli olduğu; ancak kullanılmasının, her yetkide olduğu gibi dürüstlük

⁷⁴ “Maddede yasak yani yazılmamış sayılma ‘aleyhe değiştirmeler yanında yeni düzenlemeler getirmeyi’ de kapsadığı ifade edilmiştir. Aslında ‘yeni düzenleme getirme’ kavramı da sonradan yapılan ‘değiştirme’ niteliğinde olduğundan maddede ayrıca ‘yeni düzenleme getirme yetkisi’ ifadesine de yer verilmiş olması gereksiz olmuştur.” KILIÇOĞLU, s.117.

kuralı ile denetlenmesi gerektiğidir⁷⁵. İkinci olarak, edimi belirleme yetkisinin verilmesinin yasaklanması zorunlu ise de, o zaman kesin hükümsüz yaptırımının yokluk karşısında daha makûl olacağı düşünülmekte; bu nedenle buradaki yaptırım her ne kadar “yazılmamış sayılma” olarak ifade edilmiş olsa bile; kurumun içerik denetimi kapsamında değerlendirilmesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması⁷⁶ gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır⁷⁷. İki hususa ilişkin görüşlerimiz örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

⁷⁵ “Bu durumda ‘değiştirme yasağına’ mutlak bir anlam vermenin ne derece uygun olacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Özellikle genel işlem koşulları arasında ‘değiştirme yetkisi’ veren bir düzenlemenin yer aldığını bilerek sözleşmeyi imzalamış olan ticarî kredi borçlusunun, bu hükümle neden bağlı olmayacağını anlamak mümkün değildir. Ayrıca, değiştirme yetkisi, özellikle faizlere ilişkin öngörülmekte olup, bankaların kredi müşterileri ile uzun süreli, hatta süresiz sözleşme yapabilmelerine, böylece müşterinin ihtiyaç duyduğu kredinin süratle verilebilmesine imkân sağlamaktadır. Tasarıda önerilen bu hükümle getirilecek bir ‘değiştirme yasağı’, bankaların kredi sözleşmelerini kısa süreli yapmalarına neden olacak, bunun sonucunda müşterinin her yeni kredi ihtiyacı oldukça zahmetli kredi tahsis süresi sonunda karşılanabilecektir. Bunun da, ticarî yaşamın gerektirdiği süratle eyleme geçme imkânını ortadan kaldıracığı açıktır.” KUNTALP, s.29-30.

⁷⁶ Galatasaray değerlendirmelerine esas tasarıda madde metni şu şekildedir: “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar geçersizdir”. Görüleceği üzere, eleştirilerden önce metin kesin hükümsüz anlamına gelecek şekilde geçersizlik yaptırımına tabi tutulmuştur. Ancak değerlendirmelerde bu husus şu şekilde eleştiriye tabi tutulmuştur: “Nitekim, 21. ve 22. maddelerde yazılmamış sayılma ifadelerinin kullanılmasına rağmen 24. maddede bahsi geçen kayıtların geçersizliğinden bahsedilmesi hukuken doğru olmamıştır. Zira, madde gerekçesinde, hemen hemen bütün tip sözleşmelerde düzenleyenlere böyle bir yetki tanınması nedeniyle uygulamada çok sık rastlanan kayıtlar oldukları, bu sebeple taşıdıkları önem gereği böyle bir düzenlemeye gidildiği belirtilmiş, ancak, buna rağmen söz konusu kayıtların 21. maddedeki gibi yazılmamış sayılacağından değil, geçersizliğinden bahsedilmiştir. Bu durumda, söz konusu kayıtlar için 22. maddedeki düzenleme uygulama alanı bulmayacak yani düzenleyen, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinin son cümlesinden yararlanarak yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürebilecektir. Bu da, söz konusu kayıtların uygulamada taşıdıkları önem dolayısıyla böyle bir hükmün düzenlendiği gerekçesi

Öncelikle edimi belirleme yetkisinin verilmesinin, bazı ilişkiler açısından zorunlu olabileceği düşünülmektedir. Örneğin, bir genel kredi sözleşmesi açısından bankanın bazı hususları düzenleme yetkisini elinde tutmak istemesi kadar doğal bir sonuç düşünülemez. Konuya ilişkin en belirgin örnek faize ilişkin belirleme yetkisinin bankanın elinde olmasıdır. Bir bankanın faizi artırma yetkisini almadan, müşteri ile süresiz bir genel kredi sözleşmesi akdetmeyeceği açıktır. Benzer sorunun süreye bağlı olmaksızın verilen kredi kartları için de çıkacağı öngörmüş olan kanun koyucu, TKHK m.10/A f.3 ile bu hususu açıklığa kavuşturma ihtiyacı duymuştur. Buna göre, “Kredi veren faiz artırımını otuz gün önceden tüketiciye bildirmek zorundadır. Kredi veren tarafından artırılan faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz”. Bu düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının sebebi, TKHK m.10 ile getirilmiş olan “Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez” kuralının kredi kartları açısından uygulanacak olmasıdır. Miktarı değişken olmayan ve süresi baştan belli olan tüketici kredileri açısından faizi değiştirmek mümkün değildir; kanun koyucu tabiri caizse “ucu bucağı” belli olan bu sözleşme açısından sistemi baştan sabitleme konusunda bir sakınca görmemişken, kredi kartları açısından aynı

ile bağdaşmamaktadır”. KUNTALP, s.30. Kanımızca metnin düzeltilerek “yazılmamış sayılma” yaptırımına tabi tutulmasının temeli bu tarz eleştirilerdir. Oysa aynı eleştiri TBK m.25 için de getirilebilecektir ki, zaten değerlendirmelerde bu eleştiri de yapılmıştır. TBK m.22 hükmünün genel işlem şartlarının en sonunda, tüm denetime ilişkin olarak yer alması gerekmektedir. Maddenin kanun yaparken yanlış yere konulmuş olması, kısmî hükümsüzlük iddiasının genel işlem şartları açısından herhangi bir denetim açısından gelebileceği anlamına gelemez. Kısmî hükümsüzlüğe dayalı olarak (yok ya da kesin hükümsüz olarak) geçersiz sayılan veya yorumla düzenleyen aleyhine uygulanan bir maddenin varlığı hâlinde, sözleşmenin hiç akdedilmeyeceği iddiasının dinlenmesi genel işlem şartlarının amacına terstir. Bu nedenle, yukarıda da açıklandığı üzere, aslında hiç düzenlemeye konu edilmemesi gereken bu maddenin kaldırılması yerinde olacaksa da, mevcut hâli ile de içerik denetimi çerçevesinde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması zorunludur.

⁷⁷ Aynı görüşte ALTOP, s.43.

sonucu kabûl etmemiştir⁷⁸. Bunun altında yatan sebep kolaylıkla görülebilecektir. Ortada süresi belli olmayan, ileriki yıllarda öngörülenden farklı miktarlara ulaşabilecek ve değişen ekonomik koşullara bağlı olarak koşullarında değişiklik yapılmazsa sıkıntı yaşanabilecek bir ilişki söz konusudur. Bu nedenle kanun koyucu da doğal olarak bunu diğerinden farklı bir düzenlemeye konu yapmış; burada edimi belirleme yetkisinin verilmesini belli koşullara bağlamıştır. Örneğin, kredi kartına ilişkin yapılmış olan tüketici sözleşmesine dayalı olarak faizi belirleme yetkisini elinde bulunduran banka bunu piyasa koşullarının gerektirdiğinden çok daha yüksek bir orana çıkartma şeklinde kullanmış olsa; tüketicinin buna müdahale edemeyeceğini kabûl etmek hukuken mümkün değildir. Burada tüketici; işlemin, sözleşmenin, maddenin niteliğinden bağımsız olarak karşı tarafın sözleşme çerçevesinde sahip olduğu bir yetkiyi dürüstçe kullanmadığı için hâkimin müdahalesini isteyebilecek ve kredi kartı için faiz oranının makûl sınırlara çekilmesini talep edebilecektir. Oysa şimdi bu hükümlerin de âkıbeti tartışmalı olacaktır. Kredi kartı sözleşmeleri de genel işlem şartı niteliğinde olacağından bunlara ilişkin olarak da, sonradan yürürlüğe girmiş olan bu maddenin uygulanması gerektiği kabûl edilerek; bunlar açısından da “yazılmamış sayılması” gerekir denebilecektir. Bizim kanaatimiz TKHK hükümlerinin özel düzenleme niteliğine bağlı olarak, yapılan değişikliklerin tüketici işlemlerine uygulanmak istenmesi hâlinde daha dikkatli davranılması gerektiğidir⁷⁹.

Genel kredi sözleşmesinin bir tüketici kredi kartından daha kapsamlı olduğu tartışmasızdır. Genel kredi sözleşmesinin akdedil-

⁷⁸ Sınırlandırılması konusunda ilginç bir çalışma için bkz. **ATAMER, Y. M.-SANLI, K.C.:** “Kredi kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları”, *BATIDER*, Aralık 2010, S.4, s.17 vd.

⁷⁹ Benzer yaklaşımla; “TKHK m.6 hükümlerinin TBK m.20-25 hükümlerine göre ‘özel hüküm’ oluşturduğu kabûl edilmelidir. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinde TKHK m.6 düzenlemesinde hüküm varken tüketici TBK m.20-25 hükümlerine başvuramaz. TBK m.20-25 hükümleri tüketici sözleşmelerine, ancak TKHK m.6 hükümlerinde boşluk bulunduğu ölçüde boşluğu doldurmak üzere uygulanabilir.” denilmektedir. **OĞUZMAN-ÖZ**, s.163.

mesi sırasında, banka müşterilerden çeşitli evraklar, mali bilançolarının dökümü, kefil listesi, ipotek ettirilecek taşınmazlar gibi kendisini güvenceye alacak bir sürü bilgi istemekte; bunlara dayalı olarak da yıllarca sürebilecek nitelikte bir kredi ilişkisi kurmaktadır. Banka bu kredi sözleşmesini önceden hazırlamakta, karşısına gelen her müşteriye tek taraflı olarak sunup imzalatmaktadır. Bu bağlamda metnin genel işlem şartı niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Böyle olunca o zaman, genel kredi sözleşmesi içinde yer alan “banka dilediği zaman, faize ilişkin değişiklik yapma, artırma azaltma konusunda yetkilidir.” hükmünün akıbeti ne olacaktır⁸⁰? Bankanın faizi düşürmek istemesi hâlinde herhangi bir sakınca bulunmazken⁸¹, faizi artırmak istemesi hâlinde sözleşme hükmü, TBK m.24’e takılacaktır. Genel kredi sözleşmesindeki bu hükmün geçersiz sayılması karşısında bir bankanın süresiz bir sözleşme akdetmeyeceği ortadadır. Bu hâlde banka bir yıllık sözleşmeler akdetme yoluna gidebilecek; her seferinde müşteriden aynı evrakları getirmesini isteyecektir. Bu evrakların her seferinde toplanmasının zorluğunu bir kenara bıraktığımızda, burada en büyük sorun teminatlara ilişkin olacaktır. Bilindiği üzere fer’i nitelikteki kefalet ve ipotek, asıl borcun sona ermesine bağlı olarak kendiliğinden sona erecek; yeni bir kredi sözleşmesi için bu teminatların yeniden usûlüne uygun olarak alınması gerekecektir. Teminat bulmanın zorluğu, ipotek işlemleri ve harçları dolayısıyla her sene yeniden teminatların alınamayacağı ve buna bağlı olarak uygulamada bankaların en azından teminatlar konusunda yeniden işlem yapma yoluna gitmeyeceği açıktır. Kanımızca uygulamada, kanunun dolanılması sağlanmak için aşağıda açıklanacak endeks-

⁸⁰ “Böylece örneğin kredi sözleşmelerinin hemen hepsinde yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı değiştirme yetkisi tanıyan kayıtlar artık geçersiz sayılacaktır.” **ALTOP**, s.43.

⁸¹ “Düzenleyen için bu yasak ‘diğer tarafın aleyhine değişiklikleri’ kapsamaktadır. Bunun sonucu olarak düzenleyen kişinin sonradan sözleşmede diğer taraf lehine değiştirme yetkisi hükmün kapsamına girmez ve yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olmaz. Örneğin: Banka ile akdedilen genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede ‘Banka para piyasalarındaki gelişmelere göre faiz oranını indirme yetkisine sahiptir’ yönündeki bir hüküm müşteri aleyhine değil lehine olduğundan bu hüküm yazılmamış sayılma kapsamında değerlendirilemez.” **KILIÇOĞLU**, s.117.

leme yolu dışında, sanki her sene yeni bir genel kredi sözleşmesi akdedilmiş gibi yapılacak; ancak ilkinde dayalı olarak alınmış ipotek tapuda terkin edilmeden tutulacak, sanki o andaki genel kredi sözleşmesinden dolayı ipotek verilmiş gibi metin yazılacaktır. Oysa bu mevcut ipoteğin, ilk süreye bağlı genel kredi sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte yolsuz hâle geldiği gerçeğini değiştirmeyecek; bankanın ipoteğe dayalı herhangi bir hakkı olmayacaktır. Taraflar arasında herhangi bir sorun olmadığında bu durum fark edilmeyecek, ancak bir uyuşmazlık hâlinde ipoteğin ne için verilmiş olduğu ve geçerliliği gündeme gelecektir.

Bankaların faizi değiştirme yetkisini ellerinde tutabilmeleri için akla gelebilecek bir diğer yöntem ise, faize ilişkin endeks getirme şeklinde olabilecektir. Buna göre, genel kredi sözleşmesinde faize ilişkin hüküm, *“Banka, merkez bankasının faiz oranlarını artırması hâlinde, artırımdan sonra kullanılacak kredilerdeki faizlere aynı oranda yansıtma hakkına sahiptir”* şeklinde düzenlenebilecektir. Bu hâlde merkez bankası kredi faiz oranlarını % 2 oranında artırdığında, bankanın genel kredi sözleşmesindeki faiz oranı % 20 iken % 2 fazlasıyla % 24 yapma hakkına sahip olabilecektir. Elbette bu tarz bir düzenlemenin de ne kadar kanuna karşı hile niteliğinde olabileceği tartışılabilir.

Elbette edimi belirleme yetkisine ilişkin mutlak yasak sadece genel kredi sözleşmeleri açısından sorun olmayıp, birçok uzun soluklu ilişki açısından da benzer sorunlar gündeme gelebilecektir. Örneğin, iki yıllığına akdedilmiş ard arda teslimli bir satış sözleşmesinde satıcının malların bedelini artırma hakkını saklı tutması, sigara bayiliği verdiğimizde sigaralara ilişkin bedellerin artırılması hakkının saklı tutulması söz konusu olamadığında, sorunlar yaşanacağı açıktır. Bu gibi uzun süreli ilişkiler açısından ekonomik istikrarın olmadığı bir ortamda hukukî koruma, sadece aşırı ifa gücü (emprovizyon) kurumuna bırakılmamalıdır. Bu tür sözleşmelerde de bir tarafın, yaşamın gerçekleri karşısında elinde tutmak zorunda olduğu bir yetki vardır; yaşamın dayatması olan bir yetkinin hukuk düzeni tarafından yok edilmeye çalışılması kanımızca birçok olay açısından sonuçsuz kalacaktır. Buradaki örneklerde de, ya baştan çok

yüksek rakamlar belirlenmesi yoluna gidilecek, ya bir başka şeye endeksleme ile durum kurtarılmaya çalışılacak ya da fiili olarak fiyat değişiklikleri yapılacaktır. Aksi hâlde bu sözleşmelerin uzun soluklu akdedilmeleri düşünülemeyecektir. Bu tür uzun soluklu ilişkileri dikkate alan Alman kanun koyucu, BGB 309/1 ile bu konuya esneklik getirmiştir⁸². Buna göre, sağlanan mal ve edimler için öngörülen ivazın artmasına ilişkin bir hüküm, bunlar sözleşmenin kurulmasını takip eden dört ay içinde teslim edilecek veya sağlanacak ise geçerli değildir; ancak bu düzenleme sürekli edim içeren sözleşmeler kapsamında teslim veya temin edilecek mal ve edimler için uygulanmaz. Görüleceği üzere uzun soluklu ilişkinin zamana bağlı değişiklik ihtiyacının zorunluluğunu gören BGB, bu konuda zamana bağlı bir tercih ile dört aylık sınırlama getirmiş; dört aydan fazla süreli bir sözleşmeye dayalı edimlerde belirleme yetkisinin saklı tutulmasını geçerli sayarak, fiyat dengesinin korunmasını sağlamak istemiştir. Örneğin, Almanya'daki bir pizza firmasının peynir fabrikası ile yaptığı üç yıllık bir ard arda teslimli satış sözleşmesi kapsamında satıcının peynir fiyatını değiştirme hakkı bulunabilecektir. Oysa TBK m.24 düzenlemesi ile Türkiye'deki bir firmanın bu kadar uzun süreli sözleşme yapma hakkı elinden alınmış olmaktadır.

Uzun süreli olmasına gerek olmaksızın da, bazı durumlarda sonradan değişiklik olması zorunlu olan ya da değişiklik yapılması hâlinde daha az sorun yaşanacak ilişkiler açısından da edimi belirleme yetkisinin elde tutulması zorunlu olabilecektir. Örneğin, bir gezi sözleşmesinde uçak saatlerinin ya da diğer kısımlardaki programı değiştirme hakkının saklı tutulması, yapım şirketinin çekim koşullarına ilişkin saatlere, yerlere ilişkin değişiklik yapma hakkını saklı tutması gibi durumlarda da aynı sorun gündeme gelebilecektir. Örneğin bir çekimin gündüzden akşam saatine alınması, hem yönetmen hem de oyuncuların aleyhine bir durum yaratacak mıdır? Çekimin Ankara'da değil de, Sivas'ta yapılmasına sonradan karar verilmesi hâlinde nasıl bir sonuca ulaşılacaktır. Bütün bunlar aslında

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **MÜNCHENER KOMMENTAR** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, München 2012, Art.309.

sözleşmenin bir tarafının elinde bulundurmasında her iki taraf açısından yarar olabilecek nitelikteki yetkililerdir. Bu değişikliklerin yapılmaması durumunda ilişkinin sıkıntı yaratacak olması hâlinde yaşanacak sorunlar yerine, ufak değişikliklere izin verilerek ilişkilerin rahata kavuşmasına izin verilmesi kanımızca daha sağlıklı bir çözümdür. Sorun bunların düzgün kullanılması, kötü şekilde kullanılmamasındadır. Oysa kanun koyucu, MK m.3'teki karinenin aksi yönde bir düşünüşle, bu tarz bir yetkiyi elinde bulunduran kişinin bunu her zaman dürüstlük kuralına aykırı davranacağı sonucuna varmış, buna bağlı olarak da olayı kökten çözme yoluna başvurmuş; böyle bir yetkinin varlığını dahi kabûl etmeyerek, "yazılmamış saymış"tır. BGB 308/4 hükmünde de benzer nitelikte bir düzenleme bulunmakla birlikte, TBK'dan farklı olarak orada yine bir esneklik sağlanmıştır⁸³. Bu hüküm ile, düzenleyene üzerinde anlaşıl-mış bir edimi değiştirme veya ondan sapma hakkı veren bir anlaşma, düzenleyenin menfaatleri dikkate alındığında sözleşmenin karşı tarafı için kabûl edilebilir (makûl nitelikte) olmadıkça geçersiz olacağı kabûl edilmiştir. Yukarıdaki örneklerde de belirtildiği üzere, öncelikle düzenleyen açısından bu yetkinin verilmesinin zorunluluğu dikkate alınacak, eş deyişle bu yetkiye ne kadar ihtiyaç duyduğu objektif açıdan değerlendirilecek; daha sonra ise bunun karşı tarafın durumunu ne kadar etkileyeceğine bakılacaktır. Karşı taraf açısından da makûl sonuçları olduğu tespit edildiği durumlarda bu yetkinin verilmesinde sorun olmayacak, aksi hâlde bu yetki hükümsüz olacaktır. Kanımızca bu denetlemeyi MK m.2 ile yapabilecekken böyle bir hükme dahi ihtiyaç yoktur; ancak bu konuda mutlaka bir düzenleme yapılmak isteniyorsa en azından bu şekilde hâkimin takdirine bırakılmış bir geçersizlik hâli yaratılması mevcut durumdan daha makûl olacaktır.

Kanımızca edimi belirleme yetkisinin gerek normal bir sözleşme çerçevesinde gerekse genel işlem şartı niteliğindeki bir sözleşme çerçevesinde verilmesinde hiçbir sorun yoktur. Hangi tür hukukî işlemde bulunursa bulunsun, dürüstlük kuralı çerçevesinde

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. MÜNCHENER KOMMENTAR, Art.308.

denetleyebileceğimiz bu yetkinin varlığı birçok olay açısından ilişkinin gidişatını rahatlatıcı bir etkiye sahip olacak; uzun vadede ifa güçlüğü ile karşılaşılmasına engel olacaktır. Bu nedenle bizim kanaatimiz TBK m.24 ile getirilen düzenlemenin yerinde olmadığıdır. Kanımızca daha makûl bir biçimde denetleyebildiğimiz, karşı tarafın aleyhinde olan sonuçları daha adil bir şekilde ve ilişkiye en az zarar verecek şekilde denetleyebildiğimiz bir kurum olan edimi belirleme yetkisinin bu şekilde yasaklanması için geçerli bir hukukî dayanak bulunmamaktadır.

TBK m.24 ile getirilmiş olan bu düzenlemenin uygulama açısından sıkıntılı sonuçlara sahip olacağını düşünmekle birlikte, en azından içerik denetimi çerçevesinde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu şeklinde amaçsal yorumun tercih edilmesi hâlinde bazı uyumsuzlukları yine de daha makûl bir çerçevede çözmek mümkün olabilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere yazılmamış sayılma olarak ifade edilmiş olan bu yaptırımın yokluk niteliğinde olduğu sonucu kabûl edilecek olduğu takdirde, sonuçlarının çok daha ağır olacağı kanaatindeyiz. Bilindiği üzere en ağır iki hükümsüzlük hâli olan yokluk ve kesin hükümsüzlük arasında benzerlikler bulunmaktaysa da, farklılıkları benzerliklerinden daha kayda değerdir⁸⁴. Öncelikle aile ve miras alanında kesin hükümsüzlük ancak bir dava sonucunda sonuçlarını doğurabilir, ayrıca örneğin miras hukukunda süresi içinde iptal davası açılmadığı hâlde, doktrinde ne kadar karşı çıkılsa da, ahlaka aykırı bir ölüme bağlı tasarruf dahi geçerli hâle gelebilmektedir. Kısmî hükümsüzlük hâli açısından da farklı sonuçları bulunup, yokluk hâlinde TBK m.27/II (EBK m.20/II) hükmü uygulama alanı bulmazken; kesin hükümsüzlük hâlinde uygulaması söz konusu olur⁸⁵. Bunun dışında kesin hükümsüz bir işlemi tahvil

⁸⁴ Yokluk ve kesin hükümsüzlük arasındaki benzerlikler ve farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN-BARLAS, s.223 vd.

⁸⁵ Örneğin, (A) el yazısı vasiyetname ile yeğenleri arasında malvarlığını paylaşmak istemektedir. Çay doldurmak için mutfağa gittiği bir sırada, eşi (E)'nin "(B)'ye de yazlığı bırak o zaman" diyerek, o kısmı eşinin yazmış olması; devamında (A)'nın vasiyetnamenin kalanını yine (A)'nın kendisinin yazması hâlinde ölüme bağlı tasarruftaki (B) lehine yapılmış olan belirli

ile ayakta tutmak mümkün iken, yok işlemi bir başka hâle sokmak mümkün değildir. Farklar arasında en büyük uygulama alanı bulan ise, kesin hükümsüz bir işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmek bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılırken, yokluk hâlinde bu mümkün değildir.

Kanımızca edimi belirleme veya değişiklik yapma yetkisinin “yazılmamış sayılma”sına bağlı olarak yokluk yaptırımına tabi olduğunun kabûl edilmesi, tahvil açısından sıkıntı yaratacaksa da, en büyük sıkıntı hakkın kötüye kullanılmasının ileri sürülmesi açısından olacaktır. Örneğin, banka genel kredi sözleşmesi ile faizi değiştirme hakkını saklı tuttuğu bir hâlde, uzun dönem faiz indirimi yapılmış olduğunda muhatabın buna itiraz etmeyeceği açıktır. Bir ya da iki yıllık dönemin sonunda faiz oranlarının artması sonucunda banka faiz oranını yükselttiği takdirde TBK m.24 uyarınca onun aleyhinde bir değişiklik yapıldığından, muhatap itiraz ettiğinde haklı olacaktır. Oysa bankanın bu hâlde artırma ile uyguladığı faiz oranı, belki de iki yıl önce ilk başlanılan faiz oranından bile düşük olabilecektir. İki yıl boyunca faiz oranının beş puan düşürüldüğü varsayımında, sonradan artırma oranı üç olsa bile ilk kabûl edilen oranı geçmemiş

mal bırakma şekle aykırılıktan kesin hükümsüz olacaktır. Oysa (A) vasiyetnamesini tamamlayıp bitirmiş ve çekmeceye koyması için (E)'ye vermiş olsa; (E) çekmeceye koymadan önce arada kalan boşluğa kendi el yazısı ile (B)'ye yazdığı bırakmaya ilişkin beyanı yazmış olsa bu sefer ilgili ölüme bağlı tasarruf yoklukla sakat olacaktı. Öncekinde (A)'nın iradesi varken, şekle ilişkin sorun nedeniyle hükümlerini doğuramayan bir işlem söz konusuysen, burada artık (A)'nın işlemde iradesi bulunmamaktadır. İradesinin olmamasına bağlı olarak, işlemin hiçbir zaman hüküm ifade etmesi gündeme gelmeyecek; dava açılarak hükümsüz hale getirilmesi söz konusu olmayacaktır. Oysa kesin hükümsüz olması hâlinde MK m.557 uyarınca hak düşürücü süreler içinde iptal davası açılmadığı takdirde şekle aykırı olan belirli mal bırakma vasiyeti hükümlerini doğuracaktır. Açılan iptal davasında ileri sürülebilecek diğer bir iddia ise, o kısım olmadan (A)'nın diğer belirli mal bırakmaları yapmayacak olduğu, bu nedenle ilgili kısmın geçersiz olması hâlinde diğer kısımların da geçersiz kabûl edilmesi gerektiği olacaktır. Oysa yokluk hâlinde işleme ilişkin bir irade olmadığından, diğerlerini bunu düşünerek yazmıştı gibi bir değerlendirme yapılması akla bile gelmeyecektir.

olabilecektir. Ancak maddenin birebir lafzını uygulamaya kalktığı-mızda bankanın tek taraflı irade beyanı ile muhatap aleyhine değişik-lik yapması mümkün olmayacaktır. Hatta TBK m.24 uyarınca bu hüküm yok hükmünde sayıldığında, muhatabın bu itirazını hakkın kötüye kullanılması sayarak bertaraf etmek mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, yok niteliğindeki bu hükmü tahvil yoluyla endeksleme niteliğinde kabûl etmek de mümkün olmayacaktır. Bu hâlde banka ya uzun soluklu kredi sözleşmeleri yapmayacak ya da faizler ne kadar düşerse düşsün bir gün yükselme ihtimaline dayalı olarak indirim gitmeyecektir. Elbette faizlerin indiği bir dönemde müşte-rinin krediyi ondan kullanmayarak, başka bir bankaya yöneleceği açıktır.

Uygulamada değişik sorunlara yol açacağını düşündüğümüz TBK m.24'ün tamamen yürürlükten kaldırılması kanımızca en doğru çözüm olacaktır. Bu yapılmıyorsa en azından değişikliğe gidilerek, hâkimin müdahalesine dayalı bir değerlendirme ile hükümsüz sayma imkânı getirilmesi şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi bu şekilden daha iyi olacaktır. Cezaî şartın fahişliğini takdir etmek, eBK m.99'da olduğu gibi sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğini değerlendirmek⁸⁶ gibi örneklerde olduğu üzere, her somut olayda genel işlem şartlarını kaleme alan kişinin bu hakka muhtaç olup olmadığı, muhtaç olduğu noktada hakkın varlığını kabûl ederek bunun dürüst bir çerçevede kullanılıp kullanılmadığını değerlen-dirme yetkisi hâkime tanınmalıdır. Bu bağlamda, "*Genel işlem koşulla-rının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzen-leyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların varlığı zorunlu görülmediği hâlde hâkim tarafından kesin hükümsüz sayılabilir.*" şeklinde getirilecek bir hüküm ile sorunun daha esnek bir çözüme kavuşturulacağına inanmaktayız. Bu değişiklikler yapılmadığı hâlde ise, maddenin yukarıda açıklandığı üzere endeks-leme yapmaya izin verecek şekilde daha esnek bir biçimde yorum-lanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁶ Bu konu hakkında bkz. AKMAN, S., s.70 vd.; BAŞALP, N.: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.175 vd.

KAYNAKÇA

- AKMAN, A.:** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları", İstanbul Barosu Dergisi, S.2012/5.
- AKMAN, G.S.:** Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- ALTOP, A.:** "Genel İşlem Koşulları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, İstanbul 2012.
- ANTALYA, G.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2012.
- ARIKAN, M. :** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu 83-4 Haziran 2011, Sempozyum No : III.
- ATAMER, Y.M.:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999.
- ATAMER, Y.M.-SANLI, K.C.:** "Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları", BATIDER, Aralık 2010, S.4.
- BAHTİYAR, M.:** "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması", Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996.
- BARLAS, N.:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- BAŞALP, N.:** Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- BUZ, V.:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- FEYZİOĞLU, F.N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, B.2, İstanbul 1976.
- FEYZİOĞLU, F.N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, B.2, İstanbul 1977.
- FURRER, A.-MÜLLER-CHEN, M.:** Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2008.

- GAUSCH-SCHLUEP-SCHMIDT-EMMENEGGER:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Auflage, Zürich 2008.
- HATEMİ, H.-GÖKYAYLA, E.:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, B.2, İstanbul 2012.
- HAVUTÇU, A.:** Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- KILIÇOĞLU, A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.15, Ankara 2012.
- KUNTALP, E.:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- MÜNCHENER KOMMENTAR** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, München 2012.
- OĞUZMAN, M.K.-BARLAS, N.:** Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B.18, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, M.K.-ÖZ, T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, B.10, İstanbul 2012.
- REİSOĞLU, S.:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.23, İstanbul 2012.
- SCHWENZER, I.:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2003.
- TEKİNAY, S.-AKMAN, S.-BURCUOĞLU, H.-ALTOP, A.:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993.
- ULUSAN, M.İ.:** "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004.
- von TUHR, A.:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2, Ankara 1983 (Çev. Cevat Edege).