

STANDART SÖZLEŞMELERİN BK. 21 İLE 99/2 VE 100/3 HÜKÜMLERİNE GÖRE HAKİM TARAFINDAN KONTROLÜ

Yrd. Doç. Dr. Cemal OĞUZ (*)

I- STANDART SÖZLEŞMENİN TANIMI

Sözleşme Hukukumuz, karşılıklı müzakere edilmiş sözleşme modeli üzerine oturtulmuştur. Borçlar Kanunumuz'un 1. maddesine göre, karşılıklı birbirlerine uygun irade beyanlarına sözleşme denilmektedir. Sözleşmenin kurulabilmesi için iradelerin birbirine uygun hale gelmesi gereklidir (1). Bunun yolu ise karşılıklı müzakerelerdir. Karşılıklı müzakereler sonucu taraflar sözleşmenin en azından esaslı noktaları üzerinde anlaşmak zorundadırlar. (BK. 2/1) İcap, karşı icap ve kabul, münferit sözleşmenin karakteristik özelliğidir. Bu vasıtayla taraflar sözleşme içindeki menfaatlerini dengeye getirirler.

Seri, kitle, tip ya da standart adı verilen sözleşmelerde ise münferit sözleşmenin müzakere aşaması ortadan kaldırılmıştır (2). Girişimciler, sözleşmeyi, sözleşmenin bireysellik özelliğini göz önüne almaksızın önceden hazırlamakta ve sözleşme üretilen mal ve hizmetlerden faydalanmayı düşünen tüketicilerin bu metinleri imzalamalarıyla tamamlanmaktadır. Tüketicilerin düşünceleri sözleşmeye yansımamaktadır (3).

(*) G.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuk Genel Hükümler B:6 1988, s.95 vd.

(2) HECHT, Der Standartisierte Vertrag, ZSR. 79, 1960 s 47 vd.

(3) AUER, Richterliche Korrektur von Standartvertraegen 1964 s.10; KAPLAN, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 1987, s.52 vd;

- Karşılıklı müzakere temeline dayanan klasik sözleşme hukukundaki bu değişimin sebebi sanayi devrimiyle ortaya çıkan seri üretilimdir. Büyük tüketici yığınlarına yönelik seri üretim, girişimcilerin sözleşme ilişkisine girişecekleri tüketicileri ile yapacakları sözleşmelerin içeriğini müzakere imkanını ortadan kaldırmıştır (4). Girişimciler içeriklerini önceden soyut biçimde hazırladıkları standart metinleri sözleşme ilişkilerinde kullanarak, hem müzakere etmenin getireceği zaman kaybından hem de aynı konuda farklı içerikli sözleşme yapmanın getireceği çok sayıdaki dava riskinden de böylece kurtulmuşlardır.

İsviçre ve Alman Hukuk Literatüründe Standart Sözleşmeye ilişkin çok sayıda tanımlamaya rastlamak mümkündür. Bu tanımlamaların ortak hareket noktası standart sözleşmelerin müzakere edilmeden hazırlanmış olmasıdır. Örneğin Schumann (5), normlaştırılmış sözleşme hükümlerinden oluşan metinleri standart sözleşme olarak tanımlamıştır. Hecht'e (6) göre ise tek tarafça çok sayıda benzer türdeki sözleşme ilişkilerini düzenlemek amacıyla önceden tasfiyatlı biçimde formüle edilmiş metinler standart sözleşme sayılmıştır. Schönerberger ve Jaeggi (7) benzer tanımlamayı İsviçre Hukukunda yapmıştır ve ileride girişilecek sözleşme ilişkilerinde kullanılmak üzere hazırlanmış kapsamlı metinleri standart sözleşme olarak tanımlamışlardır. Schmidt-Salzer (8) ise, Alman mahkeme uygulamasına dayanarak standart sözleşmeye daha geniş bir anlam kazandırmaya çalışmıştır. Schmidt-Salzer'e göre bir sözleşmenin standart sözleşme sayılması için tek taraflı hazırlanmış biçiminin önemi yoktur. Zira bir sözleşmenin hazırlanmasının diğer tarafa bırakılması her zaman mümkündür. Standart sözleşmeyi bireysel sözleşmeden ayıran nokta, standart sözleşmenin müzakere edilmemiş olmasıdır. İleride bir kereye mahsus yapılacağı dü-

(4) GIGER/SCHLUEP, AGB in Doktrin Und Praxis, 1982, s.10 vd- MERZ, Massenvertrag Und AGB, Festschrift Schönerberger 1968, s. 139 vd.

(5) SCHUMANN, Handelsrecht, 1954 s. 24

(6) HECHT, s.49

(7) SCHÖNERBERGER/JAEGGI, Züricher Kommentar Obligationrecht Bd VI-a, Sinnleitung und Kommentierung von Art 1-17 Zürich 1973.

(8) SCHMIDT-SALZER, Das recht der AGB und Versicherungsbedingungen. 1967 s. 23 vd.

şünülen sözleşmenin içeriğinin önceden tek tarafca hazırlanmış olması onu standart sözleşme niteliğini kazandırması için yeterlidir. Metnin çok sayıda sözleşme ilişkisini düzenlemek üzere hazırlanmış olmasının önemi yoktur. Schmidt- Salzer (9) ayrıca standart sözleşmenin tafsilatlı metinlerle sınırlanmayacağını da ileri sürmüştür. Örneğin vestiyelerde rastlanılan "Kayıplardan Sorumlu Olunmamacasına" dair kayıtlar da standart sözleşme hükmü sayılmalıdır. Kanımızca Schmit- Salzer'in görüşü isabetlidir. Müzakere edilmeksizin önceden tek tarafca hazırlanmış her sözleşme tafsilatlı olup olmamasına bakılmaksızın standart sözleşme sayılmalıdır. Yine sahibi olduğu tek gayrimenkulü kiraya vermek üzere önceden + kira sözleşmesini soyut biçimde hazırlayan ve bunu karşı tarafa tartışmasız kabul ettirmeyi düşünen malikle, site sahibi şirketin önceden hazırladığı sözleşmeler arasında nitelik farkı olmamalıdır.

Hukukumuz içinde seri standart kitle sözleşmesi yerine baskın biçimde İltihaki Sözleşme kavramı kullanılmaktadır. Yüksek Mahkeme Yargıtay 1944 tarihli İctihadı Birleştirme Kararında (10) İltihaki Sözleşmeyi esaslı biçimde tanımlamıştır. Bu tanımlamaya göre, İltihaki Sözleşme, idarece önceden bir takım şartlarla hazırlanan ve umuma yöneltile icabın karşı tarafca kabulüyle kurulan sözleşmedir. Kararda ayrıca özel hukukta karşılaşılan sigorta ve taşıma sözleşmelerinin de aynı türde sözleşmeler olduklarına yer verilmemiştir. Yargıtayın bireysel sözleşmeden iltihaki sözleşmeyi ayırırken seçtiği kıstas, şartların önceden tespiti ve icabın umuma yapılmasıdır. Bu farklı özelliğe bağlanan sonuç ise kabulün ortaya çıkması halinde sözleşme yapma mecburiyetinin idare için doğmasıdır. Şartların önceden müzakere edilmeden hazırlanmasına hiç bir sonuç bağlanmamıştır. İctihadı Birleştirme Kararına bağlı olarak daha sonra verilen kararlarda (11) da İltihaki Sözleşmenin özel kontrole tabi tutulması gerektiği söz konusu edilmemiştir.

Hukuk Doktrinimiz içerisinde standart sözleşme kullanımının bireysel sözleşme modelinden uzaklaşılmasına yol açtığı görüşü

(9) SCHMIDT-SALZER s. 27

(10) YİBK, 5.4.1944, T., E.K.4 (YİBK. 2, s. 312);

(11) Y., 4 HD 16.6. 1975, T., E.K. 1671/3675 (YKD. 1981-7/286)

itirazsız kabul edilmiştir (12). Alman, ve İsviçre Hukuku Doktrinindekilere benzer şekilde bu sözleşmelerin arz ettikleri özelliklerden hareketle yapılan tanımlamaları göz önüne aldığımızda standart sözleşmeyi şu şekilde tanımlayabiliriz.

Bir çok sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere muhtevası soyut biçimde önceden tek tarafca, müzakere edilmeksizin karşı tarafa kabul ettirilmek üzere hazırlanmış formüler metinlere standart sözleşme denilir.

II. STANDART SÖZLEŞMELERİN HAKİM TARAFINDAN KONTROLÜ

Standart sözleşmeler vasıtasıyla sözleşmeyi rasyonelleştirme çabaları sadece bu amaçla sınırlı kalmamıştır. Girişimciler standart sözleşmeyi kendi çıkarlarına hizmet edecek şekilde kullanmaya başlamışlar ve sözleşme ilişkisinden doğabilecek bütün riskleri karşı tarafa yüklemeye çalışmışlardır (13). Standart sözleşmelerin bu şekilde kullanımına ilk tepki mahkemelerden gelmiştir. Hakimler yorum yoluyla dolaylı, hakkaniyete uygunluk açısından da doğrudan sayılacak biçimde standart sözleşmeye müdahale etmişlerdir (14). Alman ve İsviçre Hukukunda mahkemeler müdahalenin sebebini standart sözleşme vasıtasıyla sözleşme özgürlüğünün girişimci tarafından tek yönlü ele geçirilmesine dayandırmışlardır. Standart sözleşme vasıtasıyla girişimciler sözleşme ilişkisinden kendileri için doğabilecek riskleri, sözleşmenin içeriğinin tespiti hususundaki serbestiden faydalanarak karşı tarafa yüklemekle diğer tarafın akitteki durumunu ağırlaştırmaktadırlar (15). Tüketicinin bu vasıtayla kötüleşen durumu hiç değilse hukuk düzeninin kabul edebileceği sınırlar içinde tutulmalıdır. Hakim standart söz-

(12) TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 1987 s. 483 vd- OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Dersleri, CI, 1987, s. 15 vd.- EREN, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, B. 4, 1991, C.I, s. 20 vd.

(13) SOYER, Genel İş Koşulları, 1987, s. 26 vd- REHBİNDER, AGB und Kontrolle İhres Inhalts, 1972 s. 12 vd.

(14) TANDOĞAN; Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğün Bu Açıdan Sınırlanması, 1977, s. 24 vd.

(15) AKMAN, Genel İşlem Şartları, Yargı, S. 35, s. 13 vd.; AKMAN, Sorumsuzluk Anlaşması, 1976, s. 85 vd.

leşmenin içeriğini gözden geçirmeye ve bazı kayıtları hükümsüz addetmeye yetkili sayılmalıdır.

- Alman Hukukunda 1945 tarihinden sonra verilmiş kararlarda (16), standart sözleşmenin içerik kontrolünün pozitif hukuktaki temeli BGB 138. maddesine dayandırılmıştır. Bu kararlarda edim ve karşı edim arasındaki ilişki ahlaka aykırılık açısından kontrolden geçirilmiştir. Daha sonra mahkemeler BGB nin 242. maddesinde yer alan doğruluk ve güven kurûlını standart sözleşmenin kontrolünde kullanmaya başlamışlar. Bu nedenlerden başka, bilhassa literatürde (17) sözleşmeyi düzenleme yetkisinin karşı tarafa bırakılması halinde bu yetkinin nasıl kullanılacağını gösteren BGB nin 315. maddesinden de şartların kontrolünde yararlanılmak istenmiştir. Yine aşırı miktardaki ceza-i şartın hakim tarafından indirileceğine ilişkin BGB nin 343. maddesine dayanarak standart sözleşmenin kontrol edilebileceğini ileri sürenlerde olmuştur (18).

Daha yeni bir öğretiye göre de (19), standart sözleşmenin kontrolünde düzenleyici hukuk ölçü olabilir. Zira düzenleyici hukuk vasıtasıyla, belirli bir maddi meseleye ilişkin yasa koyucunun uygun gördüğü veya adil saydığı çözümün ne olduğu saptanabilir. Bazı yazarlara göre ise, standart sözleşmenin kullanılması maddeten norm koyma yetkisinin haksız biçimde ele geçirilmesinden başka bir şey değildir. Standart sözleşmeyi düzenleyen taraf, toplumun karşısına yasa koyucu sorumluluğu ile çıkmaktadır. Özel hukuk kişinin normlaştırılmış düzenlemeleri olan standart sözleşmeler bu sebeple yasa koyucunun norm düzenlemeleriyle bağdaşır olmalıdır. Yapılması zorunlu olan denetim sonucu hakim, standart sözleşme içinde yer alan ve mevcut hukuki düzenlemelerle bağdaşmadığı görülen kayıtları geçersiz saymalıdır (20).

(16) SCHMİDT/SALZER, s. 221, Dipnot 7'de anılan Federal Mahkeme Kararları

(17) ERMAN/HEFERMEHL, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Münster/Westfalen 1962, Art 145, N.5;

(18) ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, I.Halbbant, 15. Aufl. Tübingen 1960, Art 49, S. 301

(19) MEDİCUS, Schuldrecht, All. Teil, 1986, s. 31

(20) RAİSER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 1961 s. 262

Yine başka bir görüşe (21) göre de standart sözleşmeye hakim müdahalesinin varlık sebebi, sosyal devlet ilkesi içerisinde görülmelidir. Çünkü bu tür sözleşmeler sosyal gücün haksız olarak ele geçirilmesi ve devlete ait norm koyma faaliyetinin özel hukuk kişilerinince yürütülmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu görüşlere ilave olarak bazı yazarlar da standart sözleşmenin, özel kontrolden geçirilmelerini zorunlu kılacak kadar sözleşme serbestisinin sınırlarını aştıklarını ileri sürmüşlerdir (22). Diğer bir görüş ise (23) kontrole dayanak olarak kendisine tabi olunma beyanını seçmiştir. Standart metni kabul eden tarafın irade beyanı bir tabi kılınma beyanı olarak görülmüş ve sözleşmede yer alan kayıtlardan, sadece tarafların ortak iradelerinin ifadesi sayılabilecek olanların geçerlilik kazanabilecekleri ileri sürülmüştür. Yorum öğretisi çerçevesinde kalan bu görüşe göre tüketicinin tabi olunmaya ilişkin beyanı karşılaşılması beklenen kayıtlarla sınırlıdır. Buna karşın şaşırtıcı ve ölçsüz kayıtlar tüketicinin doğruluk ve güven kuralı gereği sözleşmeye alınmasını bekleyeceği kayıtlardır.

Bu görüşlerden başka, standart sözleşmelerin kontrolünde hakkın kötüye kullanılması müessesesine başvurulması gerektiğini ileri süren yazarlar da olmuştur (24). Hakkı görülecek maddi bir sebep olmaksızın girişimci lehine sorumluluğu sınırlayan veya haksız biçimde tüketicinin durumunu kötüleştiren kayıtlara sözleşmede yer verilmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.

İsviçre hukukunda da Alman hukukuna benzer biçimde doğruluk ve güven kuralına (25) ilişkin ZGB'nin 2. maddesi BGB'nin 315. maddesini dolaylı biçimde karşıladığı ileri sürülen OR'nin 71. maddesi, BGB'nin 138. maddesiyle bağlantı içerisinde OR'nin 19/2. maddesi ile gabine ilişkin OR'nin 21. maddesi standart sözleşme-

(21) BÖHLER, Standart Verträge und AGB. SJZ. 72 1976, s. 1 vd

(22) MORCH, Unlautere Geschäftsbedingungen 1960, s. 40 vd.

(23) LARENZ, Schuldrecht. I. Bant, Allgemeiner Teil II. Aufl. 1976 Art. 8, C III, s. 95

(24) STOCKAR, Zur Frage der Richterlichen Korrektur von Standartverträgen nach Schweizerischem Recht, 1971, s. 17

(25) AKMAN, Sorumluluk Anlaşması. s. 93.

nin hakim tarafından kontrolünün dogmatik temelleri olarak gösterilmiştir. İsviçre Hukukunda, Alman Hukuk doktrininden bağımsız olarak OR'nin 100 ve 101. maddelerinden standart sözleşmenin kontrolünde yararlanabileceğini ileri sürenler de olmuştur (26).

Biz bu çalışmamızda yabancı doktrinde öngörülen çeşitli denetim yollarından sadece Borçlar Kanununumuzun 21. maddesi ile 99 ve 100. maddelerine dayananların standart sözleşmenin kontrolüne elverişli olup olmadıklarını inceleyeceğiz.

1- Standart Sözleşmenin BK 99/II ve 100/III e göre Kontrolü

Standart sözleşme içerisinde yer alan ve girişimcinin kast veya ağır ihmalden sorumlu tutulmayacağına ilişkin kayıtların BK 99/1'in emredici hükmüne göre batıl addedilmelerinin özel bir önemi yoktur (27). Zira standart sözleşme hükümleri diğer hükümleri gibi emredici kurallara aykırı olamazlar. Zaten bu tür sözleşmeler için öngörülen kontrolün amacı, emredici hükümlere aykırı olmayan ancak tek tarafın çıkarlarını kollayan düzenlemelerin belirli sınırlar içinde tutulmaya çalışılmasıdır.

İsviçre Hukukunda standart sözleşmenin muhtevasının OR 100/II ve 101/III'e göre hakim tarafından gözden geçirilebileceğini ilk defa STOCKAR (28) ileri sürmüştür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun bunları karşılayan 99/II-2 ve 100/3 maddeleri, hükümet tarafından imtiyaz verilen işletmelerin sözleşmeleri içinde yer alan ve sorumluluğu kaldıran kayıtların hükümsüzlüğüne ilişkindir. OR 100/II ye göre hakim imtiyaz sahibi girişimcinin hafif ihmalden dahi sorumluluğunu kaldıran sözleşme hükmünü geçersiz sayabilecektir. OR 101/III'e göre de imtiyaz sahibi girişimci ifaya yardımcı kişilerin işin yapılması sırasında verecekleri zararlardan sadece hafif ihmallerine dayananlar üzerindeki sorumluluğunu, sözleşme ile ortadan kaldıracabilecektir. Stockara göre her iki hükümde, hükümet

(26) STOCKAR, s. 27 vd.

(27) STOCKAR, s. 43 vd.

(28) TANDOĞAN, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977.

imtiyazıyla yürütülmesi bir işletmeye bırakılmış faaliyetlerle ilgili sözleşmeler yapacak kişilerin korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle korumayı amaçladıkları kişiden hareketle maddelerin lafızlarına göre değil, imtiyaz sahibi bulunmasalar da fiilen monopol oluşturan işletmeler ile icrası resmi bir ruhsata veya müsaadeye bağlı meslek ve faaliyetlerde bulunanlarla sözleşme yapanları da koruyacak şekilde yorumlanmaları gerekmektedir.

Stockar'a (29) göre icrası resmi bir ruhsata veya müsaadeye bağlı meslek ve faaliyetlerin de OR 100/II'ye sokulması, maddenin uygulama alanını oldukça genişletecektir. Doktorlar, Avukatlar, Eczacılar, Diş Hekimleri vs. gibi topluma yönelik hizmet yürütenler madde kapsamına gireceklerdir. Bunların yapacakları sözleşmeler de hafif ihmallerinden dahi sorumluluklarını kaldırankayıtlarla karşılaşılması halinde, hakim takdir yetkisine dayanarak kayıtları hükümsüz sayabilecektir.

Tüketicilerin Borçlar Kanunumuzun 99/II-2 ve 100/III hükümleri yardımıyla sorumluluğu kaldıran kayıtlara karşı korunabilecekleri düşüncesi Tandoğan (30) ve Akman (31) tarafından Stockar'a benzer şekilde savunulmuştur. Her iki yazara göre de BK. 99/II-2 hükmünün kapsamına, İdare Hukuku anlamında icraları gerçek bir imtiyaza bağlı olan işletmelerden başka, icrası zabıta iznini veya ruhsat almayı gerektiren faaliyetler de girmelidir. Zira yasadaki "Mesuliyet hükümet Tarafından İmtiyaz Suretiyle Verilen Bir Sanatın İcrasından Tevellüt Ediyorsa", cümlesi gerek idare hukuku anlamında devlet imtiyazı almış işletmeleri, gerekse icrası zabıta iznini veya bir ruhsatı gerektiren işleri de içine alacak biçimde yorumlanmalıdır.

2- Standart Sözleşmenin Gabin Öğretisi Çerçevesinde Kontrolü

Gabin, Borçlar Kanunumuzun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninden anlaşılacağı üzere gabinin esaslı unsuru ivazlar

(29) STOCKAR, s. 49 vd.

(30) TANDOĞAN, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977 s. 24 vd.

(31) AKMAN, Sorumsuzluk Anlaşması s. 85 vd.

arasında açık nispetsizliğin bulunmasıdır. İsviçre Borçlar Kanununun 21. maddesinde bu nispetsizlik, "Göze Çarpacak Biçimde Olma", ile tanımlanmıştır. Gerek İsviçre Federal Mahkemesi (32) gerekse Yargıtay (33) bu ölçüyü edimin gerçek değerinin belirli bir yüzdesi ile objektifleştirmeye çalışmışlardır. Federal mahkemeye göre, bir taşınmazın satış fiyatı piyasa değerinden % 100 fazla ise kanunun gabin için aradığı, göze çarpacak biçimde nisbetsiz olma şartı gerçekleşmiş demektir. Yüksek Mahkememiz Yargıtay ise edimler arasındaki % 50 farkı açık nispetsizlik için yeterli saymıştır.

Her iki Yüksek Mahkeme de gabinle ilgili tüm kararlarında gabinin varlığını sadece esaslı edimler arasında açık veya göze çarpan nispetsizliğin sözkonusu olup olmadığı noktasından hareketle tespit etmeye çalışmışlardır. Buna karşın standart sözleşme hükümleri genellikle asıl edimin ifasını kolaylaştıracak düzenlemelere ilişkindirler. Şayet İsviçre ve Türk İçtihat Uygulaması gibi davranılıp "Açık Nispetsizlik" kavramı esas edimlerle sınırlı tutulursa BK. 21 standart sözleşme şartlarının kontrolünde dar bir alan sağlanacaktır.

İsviçre Hukuk Doktriniinde OR 21'in bu şekilde dar yorumlanmaması (34) gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yazarlara göre OR 21 sözleşme adaletini esas edimle birlikte yan edimler için de gerçekleştirme amacıyla konulmuştur. Bu şekilde anlaşılması halinde OR 21, açıkca haksız sayılacak standart sözleşme kayıtlarının, edim ve karşı edim arasındaki nispetsizlik açısından denetlenebilmesi imkanını verebilecektir.

Ancak yan edimler açısından edimle karşı edimin birbiriyle denge içinde olmadıklarının tespitinin hangi ölçüye göre yapılacağı güçlük arz etmektedir. Zira sorumluluk sınırlamalarının, yetkili

(32) BGE 61 II 34 f; BGE 84 II 11 f; BGE 92 II 168 ff;

(33) İlgili Yargıtay Kararları için Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1993, s. 451; Gabin Hakkında Geniş Bilgi İçin EREN, 502 vd.

(34) LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im Schweizerischen Kaufrecht Zürich, 1977; OEFTINGER, Bundesgerichts Praxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Rechts, Zürich 1973; MERZ, 334 f.

hakim şartının veya itiraz sürelerini kısaltan kayıtların para ile hesaplanırlıkları imkan dahilinde değildir. Standart sözleşme şartlarının denetiminde gabinden faydalanılmasını önerenler bu karşılaştırmanın mutlaka maddi değer üzerinden yapılmasının şart olmadığını söylemişlerdir. Örneğin Merz (35) yan edimler arasında kendisini hakkaniyete aykırı hissettiren nispetsizlik varsa gabinin objektif unsurunun gerçekleşmiş sayılması gerektiği düşüncesindedir. Kanımızda da yan edimler arasındaki nispetsizlik, bunların karşılıklı olarak hakkaniyete uygunlukları araştırılarak tespit edilebilir.

Diğer yandan BK. 21, gabin nedeniyle sözleşmenin tek taraflı feshini yalnızca edimler arasında açık nispetsizlik bulunması şartına bağlamamıştır. Bunun yanı sıra gabine uğrayanın darda kalmasından, tecrübesizliğinden veya hafifliğinden yararlanılarak, edimler arası aşırı nisbetsizliğin yaratılmış olması da BK 21'de hüküm altına alınmıştır.

Darda kalma ve zayıflık, İsviçre Hukuk uygulamasında oldukça dar yorumlanmaktadır. Federal mahkeme kararlarında darda kalma (36) sadece taraflardan birinin edimler arasındaki açık nispetsizliğe rağmen sözleşmeyi yapmak mecburiyetinde kaldığı hal için var kabul edilmektedir. Hafiflik ise, gerçeğin görülmek istenmeden hareket edilmesi veya düşüncesiz biçimde mevcut aleyhe durumun dile getirilmemesi halinde sözkonusu olmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin gabine ilişkin verdiği kararlarda kullandığı bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, OR 21'e uygun biçimde darda kalma ve zayıflık unsurunun standart sözleşmede ortaya çıkması oldukça güçtür. Monopol teşkil eden işletmelerin standart sözleşmeleri için tüketicilerin darda daldıklarının kabulü mümkün olabilir. Ancak bu da kendisiyle standart sözleşme imzalanan işletmenin gerçekten monopol teşkil edip etmediğinin her se-

(35) BGE 84 II 110 f: Ağır Mali Sıkıntı İçinde Olma BGE 61 II 35: Paraya Acil İhtiyacın Olması

(36) BGE 61 II 31 vd; 65 Yaşındaki Dul Kadının Yalnız Kalmamak İçin Etlendikten Sonra Değerinin Çok Altında Evini Eşine Satması, Bu Kararda Hafifliğe Dayanılarak Gabin Sayılmıştır.

ferinde kontrolünü gerektirecektir. Ayrıca küçük işletmelerin kullandıkları formüler metinlere karşı tüketici itirazda bulunmayacak, böylece küçük işletme sahibi monopole göre korunmuş olacaktır.

Gabinin diğer subjektif unsuru olan tecrübesizlikte İsviçre Federal Mahkemesi (37) uygulamasınca dar yoruma tabi tutulmuştur. Mahkeme münferit sözleşme üzerindeki bilgi eksikliğini göz önüne almaksızın hukuki ilişkileri yağlayabilmekteki yeteneksizliği, tecrübesizliğin tespitinde kendisine esas almıştır. BGE 92 II 175 (38) ve devamında yayınlanan kararıyla Federal Mahkeme tavrını değiştirmiş, daha sonraki kararlarında da tecrübesizliği mevcut sözleşmeyle ilişkili tespit etmeye çalışmıştır. Mahkemenin bu ve bunu takip eden kararlarına göre sadece hukuki ilişkiler üzerindeki genel bilgi eksikliği OR. 21 anlamında tecrübesizliğin varlığına delil sayılmamalı somut durumla ilgili bilgi eksikliği de aynı sonucu doğurmalıdır.

Kanımızca hukukumuz içerisinde de tecrübesizlik unsuru bu amaca göre yorumlanırsa, standart sözleşme kayıtlarının kontrolünde gabinen yararlanmak mümkündür. İleri sürülmesi halinde hakim, tüketicinin yaptığı akitle ilgili bilgi ve deneyim eksikliğinden hareketle açıkça bir tarafın menfaatlerini gözetken kayıtları, gabin nedeniyle hükümsüz sayabilecektir.

Tecrübesizliğe somut durumla ilişkili geniş anlam kazandırılırsa gabinin diğer subjektif unsuru olan karşı tarafın zayıf durumundan yararlanma kastının standart sözleşme şartları açısından varlığının tespiti de zorluk arz etmez (39). Zira standart sözleşme metnini kullanan taraf en azından tüketicinin bunu okumayacağını ve hatta okusa dahi anlamayacağını da tahmin etmektedir. O halde girişimcinin standart sözleşme içinde karşılıklı menfaat dengesini bozacak biçimde koyduğu her şart, karşı tarafın tecrübesiz-

(37) BGE II 579; BGE II 186

(38) Bu kararında mahkeme teknik hayattaki gelişmeler kişilerin yapacakları sözleşmelerde exper kişilere başvurmaları zorunluğunu doğurduğundan bahsedip, yaptıkları sözleşmelerde tecrübesizlik ihtimalinin her geçen gün arttığını ifade etmiştir.

(39) Aynı görüşte. MERZ s. 335; LÖRTSCHER s. 243

liğinden faydalanmak kastından başka bir sebebe dayanmamaktadır.

Standart sözleşme içeriğinin gabin müessesine göre kontrolünde güçlük arz eden diğer nokta da BK. 21/II hükmüdür. Bu hükme göre gabin nedeniyle fesih akdin tümüne şamildir. Yan edimler üzerindeki dengesizliğin akdin tümünün feshine yol açmasının her zaman tüketici lehine sonuç doğuracağı şüphelidir. Gerçi yeni sayılacak İsviçre öğretisinde (40), bu hususta kanun boşluğu olduğu ileri sürülerek kısmi hükümsüzlük imkanının tüketiciye tanınması gerektiği ileri sürülmüşse de görüş kendisini kabul ettirmiş de değildir.

III- Sonuç

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan görüleceği üzere, gabin ve BK 99-II ile 100-III hükümlerinden, standart sözleşmelerin hakim tarafından kontrolünde, sınırlı olsa da yararlanmak mümkündür. Hükümetçe verilmiş imtiyaza dayanarak faaliyet gösteren işletmelerin sözleşmelerinde yer alan ve kendilerinin hafif kusurlarından sorumlu tutulmayacaklarına ilişkin şartların, hakim tarafından geçersiz sayılabileceğini düzenleyen 99/II ve 100/III hükümleri kapsamına, fiilen monopol teşkil eden işletmelerin standart sözleşmeleri de kanımızca sokulabilir. Ancak hükümetçe verilen imtiyaza dayanarak faaliyet gösteren işletmelerle, sözleşme yapanları korumak için konulmuş bulunan bu özel hükümlerin, hükümet imtiyazı bulunmayan ve fakat, fiilen monopol teşkil eden işletmeleri de içine alacak biçimde geniş yorumlanmalarının ne kadar isabetli olacağı şüphelidir. Ayrıca pazar paylarına bakılarak işletmelerin monopol teşkil ettiklerinin tespiti de hakim için kanımızca güçlük arz edecektir. Bu engel aşılsa dahi BK 99/II ve 100/III tüketicilerin korunmasına sadece standart sözleşmede yer alan sorumluluğu kaldıran kayıt noktasında yardımcı olabileceklerdir. Sözleşmedeki ihbar sürelerini kısaltan, teslim zamanını uzatan, yetkili hakim

(40) BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2.A Bern 1988. S.235; İsviçre Federal Mahkemesi'nde 51 II 169; 56 II 193- 80 II 327 sayılı kararlarında gabin nedeniyle akdin kısmi butlanının ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir.

şartını değiştiren vs. şartların kontrolünde bu hükümlerden yararlanılmayacaktır. Bu nedenle kanımızca her iki hüküm de standart sözleşmelerin kontrolüne elverişli araçlar değildirler. İsviçre ve Alman Federal Mahkemeleri de isabetli biçimde standart sözleşmelerin kontrolünde monopol teorisinden yararlanmamışlardır.

Kanımızca gabin müessesesi de tüketicinin korunmasına sınırlı imkan yaratacaktır. Zira standart sözleşme içinde genellikle esas edimin ifasını kolaylaştıran yan edim yükümleri düzenlenmektedir. Bu nedenle, yukarıda söylenenlerden anlaşılacağı üzere sadece, açıkça hakkaniyete aykırı sayılabilecek nitelikte olan standart sözleşme kayıtları üzerinde, gabin yoluyla kontrol mümkün olabilecektir.