

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

161879

**BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN GENEL
KAYITLARIN HUKUKSAL GEÇERLİLİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Onur YALÇIN

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Nami BARLAS

Eylül 2005

İÇİNDEKİLER

Sayfa

GİRİŞ

I. Konunun önemi.....	1
II. İnceleme planı.....	2
III. Konunun sınırlandırılması.....	3

1. Bölüm**GENEL OLARAK BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİ**

I. Banka Kredi Sözleşmesi Kavramı.....	4
A. Banka Sözleşmeleri Alanı.....	4
B. Kredi Sözleşmesi Kavramı ve Genel Kredi Sözleşmesinin Oluşumu.....	5
1. Kredi Sözleşmeleri Alanı.....	5
2. Genel Kredi Sözleşmesinin Oluşumu.....	7
II. Banka Genel Kredi Sözleşmesinin Konusunu Oluşturması Bakımından Kredi Kavramı ve Bu Sözleşmelere Konu Teşkil Eden Başlıca Kredi Türleri.....	9
A. Kredi Kavramı.....	9
B. Kredi Türleri.....	11
1. Nakdi Krediler.....	11
a. Borçlu Cari Hesap Kredisi.....	11
b. Senet İskontosu ve İştirak.....	14
c. Avans.....	14
2. Gayri nakdi krediler.....	15
a. Teminat Mektubu.....	15
b. Kabul Kredisi.....	17
c. Aval Kredisi.....	18
d. Akreditif.....	18
III. Banka Genel Kredi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	20
A. Karz Sözleşmesi Görüşü.....	20

B. Karz Vaadi Sözleşmesi Olduğu Görüşü.....	22
C. Bankacılıkla İlgili İşgörme Sözleşmesi Olduğu Görüşü.....	23
D. Çok Aşamalı Sui Generis Sözleşme Olduğu Görüşü.....	23
E. Tek Aşamalı Sui Generis Sözleşme Olduğu Görüşü.....	23
F. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	24

2. Bölüm

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL GEÇERLİLİĞİNİN BELİRLENMESİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER

I. Banka Kredi Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu.....	28
A. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı ve Genel İşlem Şartlarının Ortaya Çıkışı.....	28
1. Sözleşme Özgürlüğü.....	28
2. Genel İşlem Şartları Problemi.....	29
B. Banka Genel İşlem Şartlarının Hukuki Mahiyeti.....	31
II. Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kayıtların Tâbi Olacağı Genel Hukuki Sınırlamalar.....	33
A. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık Açısından.....	34
1. Emredici Hukuk Kurallarının Nitelik ve Fonksiyonları.....	34
2. Kanunlarda Yer Alan ve Banka Kredi Sözleşmelerinin Denetiminde Kullanılan Başlıca Emredici Hükümler.....	36
B. Ahlâka Aykırılık Açısından.....	38
1. Genel Olarak Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Yaptırımı.....	38
2. Ahlâka Aykırılık Yaptırımının Banka Kredi Sözleşmelerindeki Uygulama Alanı.....	40
C. Gabin Açısından.....	44
1. Genel Olarak Gabin Kavramı ve Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi.....	44
2. Banka Kredi Sözleşmeleri Alanında Gabinin Uygulanma İmkânı.....	49
D. Kamu Düzenine Aykırılık Açısından.....	54
1. Kamu Düzenine Aykırılık Kavramı ve Yaptırımı.....	54
2. Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kamu Düzenine Aykırılık Sorunu.....	58

III

a. Standart Sözleşme Kayıtlarının Denetiminde Kamu Düzenine Aykırılık Kriterine Başvurulması.....	57
b. Banka Genel Kredi Sözleşmeleri Bakımından Kamu Düzeni.....	58
E. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık Bakımından.....	62
1. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	62
2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Banka Kredi Sözleşmeleri Alanındaki Uygulanabilirliği.....	64
F. Kişilik Haklarına Aykırılık Oluşturan Kayıtlar Açısından.....	71
1. Medeni Hukukta Kişilik Hakkı ve Ele Alınış Biçimi.....	71
2. Kişilik Hakkına Aykırı Kayıtların Maruz Kalacağı Yaptırım Şekli ve Bu Açından Genel Kredi Sözleşmeleri.....	73
III. Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı ve Benimsediği Çözüm Yolları.....	80
IV. Kişisel Değerlendirmemiz.....	84

3.Bölüm

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN BAZI ÖZEL KAYITLAR VE BUNLARIN GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Bankanın Krediyi Kullandırıp Kullandırmama Serbestisi.....	88
A. Bankaya Tanınan Krediyi Kullandırıp Kullandırmama Serbestisinin, Genel Kredi Sözleşmelerinde Düzenleniş Biçimi.....	88
B. Bankanın Bu Hakkını Kullanması Durumunda Tâbi Olacağı Sınırlamalar.....	89
II. Bankaya, Asıl Borcu ve Kredi İlişkisi Dışındaki Borçları Tek Yanlı Olarak Muaccel Kılma Yetkisi Verilmesi.....	91
A. Muacceliyet kavramı ve Genel Kredi Sözleşmelerindeki Muacceliyet Kayıtlarının Düzenleniş Biçimi.....	91
B. Borcu Muaccel Kılabilme Yetkisinin MK. md. 2 ve Diğer Sınırlamalar Anlamında İncelenmesi.....	93
III. Bankanın Sözleşmeyi Tek Taraflı Feshetmesine İlişkin Hükümler.....	96
A. Genel Olarak Fesih Hakkı.....	96
1. Fesih Kavramı.....	96

2. Feshin Türleri.....	98
a. Olağan Fesih.....	98
b. Haklı Nedenle (Olağanüstü) Fesih.....	100
3. Fesih Hakkının Dayanakları ve Kullanılması.....	101
4. Feshin Sonuçları.....	101
B. Bankaya Tanınan Tek Taraflı Fesih Yetkisinin Geçerlilik Ölçütleri	
Açısından Değerlendirilmesi.....	103
IV. Kredi Sözleşmelerindeki Faize İlişkin Kayıtlar.....	110
A. Banka Kredi Sözleşmelerinde Düzenlenen Faiz Kaydının İçeriği	
ve Niteliği.....	110
1. Kapital Faizi Oranının Tek Taraflı Belirlenebilmesine İmkân	
Veren Kayıtlar.....	111
2. Temerrüt Faizi Oranının Tek Yanlı Artırılabilmesine İmkân	
Tanıyan Düzenlemeler.....	113
3. Genel Kredi Sözleşmelerindeki Bileşik Faize İlişkin Düzenlemeler.	114
B. Tek Taraflı Faiz Artırımına ve Borca Bileşik Faiz Yürütülmesine	
Olanak Veren Düzenlemelerin Geçerlilik Ölçütleri Açısından	
Değerlendirilmesi.....	119
V. Kredi Borçlusunun ve Kefilin, Kanunun Kendilerine Tanıdığı Defi	
ve İtirazlardan Peşinen Feragatine İlişkin Düzenlemeler.....	125
A. Borçlar Kanunu'nda Yer Alan ve Genel Kredi Sözleşmeleri İle Devre	
Dışı Bırakılan Defi ve İtirazlar.....	125
B. Geçerlilik Ölçütleri Penceresinden Duruma Bakış.....	126
VI. Banka Defter ve Kayıtlarının Münhasır Delil Teşkil Etmesi.....	130
A. Genel Olarak Delil Sözleşmeleri.....	130
B. Genel Kredi Sözleşmeleri Bakımından Delil Sözleşmeleri.....	131
VII. Bankanın Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Düzenlemeler.....	134
A. Genel Olarak Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Etkisi.....	134
B. Kredi Sözleşmelerindeki Sorumsuzluk Kayıtlarının Geçerliliğinin	
Değerlendirilmesi.....	135
SONUÇ.....	138
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	142

KISALTMALAR

agm.	: Adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
bk.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: (Türk) Borçlar Kanunu Tasarısı
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CO	: Code des Obligations (İsviçre Borçlar Kanunu)
çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
GIŞ	: Genel İşlem Şartları
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: (Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İSO	: İstanbul Sanayi Odası
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İzmir BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Legal HD	: Legal Hukuk Dergisi
md.	: Madde

MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Türk Medeni Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayı
sh.	: Sahife
t.	: Tarih
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
Yasa HD	: Yasa Hukuk Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTL	: Yeni Türk Lirası

GİRİŞ

I. Konunun Önemi

Bir güven, aynı zamanda da mali piyasa kurumu olan bankaların asli fonksiyonları incelendiğinde, müşterilerine kredi kullandırma ve bu yolla üretimi fonlama faaliyetinin önde gelen işlevlerinden biri, belki de en önemlisi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Gerçekten de bankalar kendi öz kaynaklarından yarattıkları fonları, tasarruf sahiplerinden topladıkları mevduatı ve finansal araçların gelişmesi paralelinde, yurtdışından sendikasyon ve sekürütizasyon kredileri yoluyla temin ettikleri kaynakları nakit ihtiyacı içindeki gerçek ve tüzel kişilere aktaran, bu faaliyetten elde ettikleri komisyon, faiz ve benzeri gelirlerle kâr elde eden, böylece de yatırımları desteklemek suretiyle ülke ekonomisine katkı sağlayan finans piyasasının başlıca ve vazgeçilmez aktörleridir.

1 Ocak 2004 - 31 Aralık 2004 dönemi içinde, TMSF bünyesindeki bankalar dahil, Türkiye' de kurulu mevduat bankalarının kullandığı kredilerin toplam tutarı 94,034,000,000- YTL'na ulaşmış; bu tutarın da yaklaşık %69'luk kısmı sanayi ve hizmet sektörüne kullanılmıştır.¹ Bu tablonun bir görünümü olarak, kullanılan kredilerin usul, esas ve şartlarını belirleyen sözleşme hükümlerinin önemi artmakta ve ülke ekonomisindeki olumsuzlukların da etkisiyle uygulamada kredi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara sıklıkla rastlanmaktadır. Bunlar arasında da kredi sözleşmelerinin içeriğini oluşturan, ya da yapılan atıfla sözleşmeye dahil edilen standart ve genel nitelikteki kayıtların geçerliliği problemi, karşılaşılan ihtilafların en önde gelenidir.

¹ http://www.bddk.org.tr/turkce/yayinlarveraporlar/rapor/bddk/rapor2004/2_1.pdf

II. İnceleme Planı

“Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Genel Kayıtların Hukuksal Geçerliliği” konulu incelememiz üç ana bölümden ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümü banka kredi sözleşmelerini genel bir bakış açısıyla ele almıştır. Birinci bölümdeki açıklamaların amacı, kredi sözleşmelerinde düzenlenen genel nitelikteki kayıtların geçerliliği problemine çözüm aramadan önce bu sözleşmelerin yapısı ve özellikleri hakkında bilgi sahibi olmaktır. Bu bağlamda konu, banka kredi sözleşmelerine genel bakış, genel kredi sözleşmesinin içeriğini teşkil eden kredi kavramı ve türleri ile banka genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğinin incelenmesi şeklinde ele alınmaktadır.

Çalışmamızın omurgası niteliğinde olan, “Banka Kredi Sözleşmelerinin Hukuksal Geçerliliğinin Belirlenmesinde Kullanılacak Ölçütler” başlıklı ikinci bölümde genel işlem şartı özelliği taşıyan ve banka genel kredi sözleşmelerinde ifadesini bulan standart kayıtların içerik denetiminde kullanılacak hukuki sınırlamalar ayrıntılı olarak ele alınmakta ve her bir denetim ölçütünün banka genel kredi sözleşmelerine uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bu bölümde ayrıca, genel kredi sözleşmelerinin konusunu oluşturan hukuki ilişkiler bakımından henüz yasal bir çerçeveye oturtulmayan ve bu nedenle içtihat hukuku olma özelliğini sürdüren “genel işlem şartlarının geçerliliği problemi”ne Yargıtay’ın genel kredi sözleşmesi hükümleri açısından yaklaşımı da irdelenmiş ve tarafımızın konuya ilişkin görüş ve önerileri de ikinci bölümün sonunda yer almıştır.

Üçüncü bölümün içeriğini, genel kredi sözleşmelerinde düzenlenen ve uygulamada sıkça rastlanan uyuşmazlıkların kaynağını teşkil eden bir takım kayıtların özel olarak incelenmesi, bu özel kayıtlar

karşısında doktrin ve uygulamada nasıl bir tavır takınıldığı ve bunların, -de lege ferenda- nasıl bir etkiye maruz kalmaları gerektiği konuları oluşturmaktadır.

Çalışmamızın sonuç kısmı ise, o âna kadar elde edilen veriler ışığında ulaşılan tespit ve yargılardan ibarettir.

III. Konunun Sınırlandırılması

Tez konusunun bir anlamda kaynağını oluşturan genel işlem şartlarının geçerlilik sorunu başlı başına bir inceleme ve araştırma konusudur. Bu nedenle konuya yalnızca banka kredi sözleşmelerinin ihtiva ettiği genel kayıtların içerik denetimleri açısından yaklaşmış, genel işlem şartları meselesine konu ile ilgisi oranında değinilmiş ve bu şartların yürürlük denetimi ve yorumlanması gibi konular çalışma dışı bırakılmıştır.

Yine ayrıca çok geniş kapsamlı bir araştırmaya konu edilebilecek "banka kredi sözleşmeleri"nden sadece genel kredi sözleşmesi açısından konu incelenmiş ve genel kredi sözleşmelerindeki kayıtların değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda bireysel kredi sözleşmeleri ve kredi kartı uygulamaları gibi değişik tarzdaki benzer özellikler gösteren banka sözleşmeleri yine çalışmamızın kapsamı dışındadır.

1. Bölüm

GENEL OLARAK BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİ

I. Banka Kredi sözleşmesi Kavramı

A. Banka Sözleşmeleri Alanı

Bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan ve ticari işletme niteliği taşıyan bankalar, iktisadi sistemin işleyişi içinde piyasanın para ve kredi ihtiyacını karşılarken, fonksiyonel olarak da krediye aracılık işlevlerinin ağırlıklı ve belirleyici unsur olarak ortaya çıktığı mali kurumlardır.² Bankaların, yukarıdaki tanımda belirleyici unsur olarak ifade edilen “krediye aracılık faaliyetleri” dolayısıyla ve ayrıca gelişen ekonomik yaşamın gereklerine uygun olarak çok çeşitli hukuki ilişkiler içine girdikleri görülmektedir. Bu hukuki ilişkiler de çoğu zaman borçlar ve ticaret hukuku alanındaki pozitif hukuk kaynaklarında ifadesini bulan sözleşme tipleri ile bire bir örtüşmemekte ve bankacılık faaliyetlerinin kendisine özgü yapısı içinde ya birleşik sözleşme tarzında ortaya çıkmakta, ya karma sözleşme olarak hukuk düzeninde varlık kazanmakta ya da bu ilişkiler çoğu zaman “sui generis sözleşme” şeklinde vasıflandırılmaktadırlar.³ Bu bağlamda bankalar, müşterileri ile tasarruf mevduatı sözleşmesi, müşterek hesap

² Avni Zarakolu, Para, Kredi ve İktisadi Faaliyetler, 2. Basım, Ankara 1977, sh.61; İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C.I, Ankara 1998, sh.3; Ali Sait Yüksel, Bankacılık Hukuku, 2. Bası, Trabzon 1982, sh.1.

³ Söz konusu birleşik sözleşme, karma sözleşme ya da sui generis sözleşme ayrımları, borçlar hukuku doktrininin, isimsiz sözleşmeleri sınıflandırmada kullandığı kavramlar olup; yapılan bu ayrımın öğretilde genel olarak benimsendiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, yapılan bir sözleşme, hukuki nitelikleri itibarıyla birden fazla sözleşmenin unsurları kullanılmak suretiyle bir araya getirilerek oluşturulmuşsa “birleşik sözleşme”; oluşturulan yeni sözleşme kanunun çeşitli akitlerde öngördüğü unsurların, yasanın açıkça düzenlenmediği bir tarzda bir araya getirilmesine dayanıyorsa “karma sözleşme”; taraflar arasında akdedilen sözleşme yasanın düzenlenmediği hiçbir akdin unsurunu taşııyorsa “sui generis” (kendine özgü) sözleşmeden söz açılmaktadır. Bk. M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, sh.47-48. Karş. Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, sh.10 vd. Yazar, isimsiz akitleri, tipik sözleşmelerden sapma derecelerine göre sui generis sözleşmeler, karışık muhtevalı sözleşmeler ve unsurları kısmen kanunda düzenlenmiş - kısmen düzenlenmemiş sözleşmeler şeklinde üç ana grupta ele almaktadır. Yukarıda açıklandığı biçimde, yapılan bu sınıflandırmalar, isimsiz sözleşme olarak adlandırılan hukuki işlemlerin açıklanmasında kullanılmakta ve banka sözleşmelerinin büyük çoğunluğu da bu kapsamda nitelendirilmektedir.

sözleşmesi, kiralık kasa sözleşmesi, tüketici kredisi sözleşmesi, fon yönetimi sözleşmeleri, genel kredi sözleşmesi vb. şeklinde başlı başına banka sözleşmeleri alanı oluşturmaya yetecek çeşitlilikte akitler düzenlemektedir.⁴ İnceleme konumuz olan banka genel kredi sözleşmesi de bunlar arasında önemli yer tutmakta ve geniş bir uygulama alanına sahip bulunmaktadır.

B. Kredi sözleşmesi Kavramı ve Genel Kredi Sözleşmesinin Oluşumu

1. Kredi Sözleşmeleri Alanı

Para ticareti yoluyla kâr elde eden ve ticari faaliyetlerini bu esas üzerine temellendiren bankaların söz konusu fonksiyonel tanımından yola çıkıldığında, bu işlevin en önemli enstrümanının “kredi kullandırma faaliyeti” olduğu ortaya çıkar. Bankaların kullandığı bu kredilerin de kullanım alanları açısından üretime dönük - tüketime dönük şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğu; buradan hareketle de kredi sözleşmelerinin, yönedikleri faaliyet açısından ticari krediler ve tüketici kredileri şeklinde farklılaştığı rahatlıkla söylenebilir. Bu anlamda kredi kurumları, ellerinde biriken fonları, ülkenin ekonomik durumuna paralel olarak değişen oranlarda ya sanayi ve üretim kesimine aktarmakta ya da bu fonları tüketicilere kullandırmaktadırlar.⁵ Hukuki niteliği itibariyle, BK md. 306 vd. hükümleri anlamında faizli karz sözleşmesi olarak nitelendirilen⁶ ve esas

⁴ Banka ile müşteri arasındaki bir ilişkide, taraflar arasındaki sözleşme içeriğinde belirtilen durumları aşan borç ilişkilerinin oluşabileceği durumlar göz önüne alındığında bu tür borç ilişkilerine hangi hükümlerin uygulanacağı ve bu ilişkilerin hangi yöntemle taraflar arasındaki esas borç münasebetine dahil edileceği tartışılmış ve bu konuda iki teori öne sürülmüştür. “Genel banka sözleşmesi teorisi” ve “asli edim yükümünden bağımsız kanuni borç teorisi” olarak ortaya çıkan bu iki teori içinde, banka ile müşteri arasında sözleşme dışı ve hukuki işlemle doğmayan özel bir bağ bulunduğunu savunan asli edim yükümünden bağımsız kanuni borç teorisi günümüzde genel olarak kabul edilmekte ve culpa in contrahendo sorumluluğu da bu teorinin önemli dayanak noktalarından birisini oluşturmaktadır. Teoriler ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Ünal **Tekinalp**, Türk Mali Kurumlar Hukuku C.I Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, sh.249 vd.

⁵ Sabih **Arkan**, Tüketici Kredisi ve Uygulaması, BATİDER C.XV, s.1, Haziran 1989, sh.19.

⁶ **Arkan**, Tüketici Kredisi ve Uygulaması, sh.27; Ümit **Gezder**, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, sh.67; Bazı yazarlar, tüketici kredisinin niteliği konusunda bir ayrıma giderek, nakdi tüketici kredisi sözleşmelerini BK md. 306 vd.’de

itibariyle müşteriye bir defada nakden ödenerek kullanılan⁷, tüketici tarafından geri ödemesi de sabit taksitler şeklinde gerçekleşen tüketici kredisi sözleşmeleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁸ md.10 ile pozitif hukuka dahil edilmiş olup, bu açıdan TKHK'un maddi anlamda uygulanma alanı içinde yer almakta ve "tüketici sözleşmesi" özelliği göstermektedir.⁹

İnceleme konumuz dışında kalan tüketici kredi sözleşmelerinde, genel kredi sözleşmelerinden farklı olarak, tüketiciye çoğu zaman "bağlı nitelikte"¹⁰ ve kredi türlerinden yalnızca "nakdi krediler" sınıfına giren sabit vadeli para ödünçü şeklinde kullanılan bir kredi verilmektedir. Bu kredi de, cari hesap esaslarına göre işlememekte ve bir defada alınan paranın bir ödeme planına bağlanarak belli vadelerde banka veya finansman kurumuna geri ödenmesi esasına dayanmaktadır.¹¹

Banka kredilerinin, ticari nitelik arz eden ve üretim ile yatırıma dönük olanları ise doktrin ve uygulamada "kredi açma sözleşmesi" veya

ifade olduğu şekliyle faizli karz sözleşmesi olarak nitelerken, bağlı kredilerin söz konusu olduğu durumlarda artık sui generis bir sözleşmeden söz edilmesi gerektiği düşüncesindedirler. Bk. bu görüşte: Tamer **İnal**, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 2002, sh.234. Ayrıca bk. Şebnem **Akipek**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, sh.213 vd. Yazara göre, tüketici kredisi sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmesi zorunluluğu, tüketici kredisinin finansman amacı taşıması ve bu yönüyle, özellikle bağlı kredilerin "faizli karz" sözleşmesinin unsurlarını taşımaması gibi nedenlerden ötürü, benzer yönler bulunmasına karşın, tüketici kredisi sözleşmesini ödünç sözleşmesi olarak nitelendirmek imkânı bulunmamaktadır. "Bağlı kredi" kavramının tanımı için bk. dn.10.

⁷ **Arkan**, Tüketici Kredisi ve Uygulaması, sh.28.

⁸ 08.02.1995 t. ve 22221 s. RG. TKHK'nın tüketici kredilerine ilişkin maddesi, 14 Mart 2003 tarih ve 25048 s. RG'de yayınlanan 25048 s. Yasa ile değişmiş ve bugünkü şeklini almıştır.

⁹ Tüketici sözleşmeleri kavramı ve TKHK' un maddi anlamda uygulanma alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Hasan Seçkin **Ozanoğlu**, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), AÜHFD, c.50, s.1, sh.55 vd.

¹⁰ Tüketici Kredisinin yalnızca belli bir kişi veya kurumdan satın alınacak mal ya da tedarik edilecek hizmet karşılığında verilmesi halinde bağlı krediden söz edilir. Sabih **Arkan**, Tüketici Kredileri, BATİDER, C.XVIII, s.1-2, Haziran-Aralık 1995, sh.40

¹¹ Tüketici kredileri ve tüketici kredilerinin kurduğu hukuki ilişkilerin türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **İnal**, sh.248 vd.; **Akipek**, sh.141 vd.

“genel kredi sözleşmesi” olarak isimlendirilen¹² sözleşmelere konu olmakta ve aşağıda ifade edildiği gibi¹³ nakdi kredileri olduğu kadar gayri nakdi kredileri de kapsamına almaktadır.

2. Genel Kredi Sözleşmesinin Oluşumu

Özel hukuk karakteri taşıyan banka genel kredi sözleşmesi, BK. md.1 hükmünde ifade edildiği şekilde, iki tarafın karşılıklı olarak sözleşme kurma iradelerini beyan etmeleri ve bu beyanların birbiriyle uyuşması halinde kurulmuş sayılacaktır. Bu itibarla, irade beyanlarından hangisinin icap, hangisinin kabul teşkil ettiği, icapçının icabıyla ne kadar bağlı kalacağı, icap karşısında susmanın kabul beyanı niteliğinde olup olmadığı gibi sorunlar, Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin çözüm getireceği meselelerdir. Bu açıardan genel kredi sözleşmesi incelendiğinde ilk bakışta, genel kredi sözleşmesinin geçerliliğinin kanunen yazılı şekil şartına bağlanmadığı, yani sözlü olarak da akdedebileceği sonucu ile karşılaşılr.¹⁴ Ancak, genel kredi sözleşmesinin çerçeve sözleşme niteliği¹⁵ ve bu özelliği nedeni ile de sözleşme içeriğinde geçerliliği kanunen yazılı şekil şartına bağlı unsurları barındırması dolayısıyla (kefalet, cari hesap vb.) genel kredi sözleşmeleri yazılı olarak akdedilmesi yönünde teamül oluşmuş ve ayrıca HUMK md.288' in getirdiği yazılı belge ile ispat

¹² Şener **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul 2001, sh.77; Murat **Baykal**, Banka Kredi Sözleşmeleri, BATİDER C.XXI, s.3, Haziran 2002, sh.51

¹³ Bk. sh.10 vd.

¹⁴ Ömer **Teoman**, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I Hukuki Mütalaalar, Kitap:9, 1998-1999, İstanbul 2000, sh.173-174; **Baykal**, sh.54

¹⁵ Pozitif hukukta her hangi bir tanımı bulunmayan ancak standart sözleşmeler ve özellikle banka sözleşmelerinin yaygınlaşmasıyla birlikte hukuk doktrininde kendisine yer bulan çerçeve sözleşme kavramı ile; ileride taraflar arasında münferit olarak akdedilecek sözleşmelere temel teşkil etmek üzere o sözleşmelerin belli ve ortak özelliklerinin (vergisel yükümlülükler, borçların ifa şekilleri ve borca aykırılık hükümleri, yetkili mahkeme, hukuk seçimi, uyarılama kayıtları.. gibi) belirlenmesi, ve bu yolla, tarafların meydana getirmeyi düşündükleri bağımsız sözleşmelerin “genel çerçevesini” oluşturan sözleşmeler anlaşılmaktadır. Banka genel kredi sözleşmelerinin içerik kayıtları incelendiğinde bunların çerçeve sözleşme niteliğinde algılanması gerektiği genelde kabul görmektedir. Çerçeve sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Nami **Barlas**, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu' na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, sh.807 vd.

zorunluluğu ve en önemlisi de standart kayıtlar koymak suretiyle, doğabilecek uyuşmazlıkların banka lehine çözümlenmesini sağlayabilmek amacıyla yönelik olarak yazılılık; genel kredi sözleşmelerinin olmazsa olmaz özelliği haline almıştır.

Genel kredi sözleşmelerinin geçerliliğinin kanunen yazılı şekil şartına tâbi olmaması paralelinde Yargıtay, kökleşmiş içtihatlarıyla, kredi kullandıran kuruluş ile müşteri arasında yazılı bir kredi sözleşmesi bulunmamasına rağmen karşılıksız bir çekin bilerek ya da sehven ödenmesi, karşılıksız çeki bloke kaydı konması veya müşterinin, banka nezdindeki hesabına giren parayı kullanması gibi durumlarda bankanın müşteriye açıktan kredi kullandığını kabul etmekte ve böyle durumlarda bankanın emsal krediler için yürürlüğe koyduğu faiz oranı ve benzeri düzenlemelerin bu durumlara da uygulanacağını belirtmektedir.¹⁶

Doktrinde Yargıtay'ın bu uygulaması eleştiriler almakta ve taraflar arasında yapay ve yasaya aykırı olarak sözleşme ilişkisi tesis edildiği, bankanın hatalı davranışı sonucu ve müşterinin somut iradesi bulunmaksızın meydana getirilen bu sözleşmeye, bankanın tek yanlı olarak belirlediği faiz oranı ve benzeri hükümlerin uygulanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçeleriyle ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır.¹⁷ Bu eleştirinin dayandığı nokta ise, banka dışındaki kişi veya kurumların bu tür bir durumla karşılaştıklarında sehven ödedikleri tutarları sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri alabilecekken, bankanın kredi kurumu

¹⁶ Y. 11. HD' nin 6.6.1994 t. ve 1994 / 762 E., 1994 / 4776 K. sayılı kararı. BATİDER 1994, C.XVII, s.3, sh.175-176; Y. 11. HD.' nin 1.5.1995 t. ve 1995 / 3008 E., 1995 / 3892 K. sayılı kararı. BATİDER 1995, C.XVIII, s.1-2, sh.219-220. Aynı yönde: Y. 19. HD.' nin 23.1.1998 t. ve 1997 / 7798 E., 1998 / 287 K. sayılı kararı, Cengiz **Kostakoğlu**, Bankalar Kanunu Şerhi, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 4. Bası, İstanbul 2003, sh.799; Y. 19. HD.' nin 11.12.1999 t. ve 98 / 7524 E. ve 99 / 652 s. kararı, **Kostakoğlu**, sh.803; Y. 19. HD.' nin 18.5.1994 t. ve 93 / 5708 E. ve 94 / 5142 K. s. kararı **Kostakoğlu**, sh.805.

¹⁷ Haluk **Burcuoğlu**, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İstanbul 1995, sh.58 vd., İsmail **Kayar**, Bankaların Yaptığı Fazla Ödemelerin Hukuki Niteliği ve İadesi Sorunu, BATİDER Haziran 1997, C.XIX, s.1, sh.65 vd. Yazara göre, bankaların bilerek yaptığı fazla ödemelerde lehine ödeme yapılan kimsenin izin veya icazetinin alınmasının söz konusu olduğu durumlarda açık krediden bahsedilebilecek ancak lehine ödeme yapılanın izin veya icazetinin bulunmadığı veya bankanın sehven yaptığı ödemeler bakımından açık kredi ilişkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Aksi görüşte: **Kostakoğlu**, sh.752

niteliğinde olması nedeniyle, böyle bir durumda sözleşmeye dayanmayan bir kredi ilişkisi kurulmasının haklı bir sebebe dayanmadığı görüşüdür.¹⁸

Kanımızca burada bir ayrıma gidilmeli ve limitli kredilerde kredi borçlusunun kendisine tahsis edilen limiti aşması halinde taraflar arasında bir kredi ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli; ancak, özellikle bankanın kusurlu davranışı sonucu mevduat karşılığı bulunmayan bir çeke “bloke” şerhi konması ya da söz konusu çekin ödenmesi gibi hallerde bu işlemler kredi kullandırma olarak nitelendirilmemeli ve banka açısından sebepsiz zenginleşme talebine konu edilmelidir. Nitekim Yargıtay da, 1998 tarihli bir HGK kararında, banka personelinin hataen veya kasıtlı olarak yaptığı mükerrer veya fazla ödemeleri, ödemeyi kabul eden bakımından sebepsiz iktisap olarak nitelemiş ve bu tür bir ödemenin kredi kullandırma işlemi olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁹ Ancak Yargıtay, karşılıksız çekin ödenmesi veya karşılıksız çeke “bloke” kaydı konması işlemlerini, bu işlemlerin banka personeline hataen veya kasıtlı olarak yapılmış olup olmamasına bakılmaksızın kredi kullandırma olarak görme eğilimini sürdürmektedir.

II. Banka Genel Kredi Sözleşmesinin Konusunu Oluşturması Bakımından Kredi Kavramı ve Bu Sözleşmelere Konu Teskil Eden Başlıca Kredi Türleri

A. Kredi Kavramı

Latince kökenli olan ve “credere” sözcüğünden türetilen kredi terimi, Fransızca “crédit” kelimesinin telaffuzu esas alınarak dilimize girmiştir. Sözlük anlamı inanmak, güvenmek ve itibar etmek olan kredi kavramı günümüzde çeşitli anlamlarda kullanılmakta ve sözlük anlamına

¹⁸ Burcuoğlu, sh.62.

¹⁹ Y. HGK'nun 18.2.1998 t. ve 1998 / 19-127 E., 1998 / 120 K. sayılı kararı. Kostakoğlu, sh.793-794.

yakın şekli ile de bir gerçek veya tüzel kişinin ticari hayattaki itibarı ve güvenilirliğini ifade etmektedir.²⁰

Kredi kavramının ticari ve ekonomik hayatta oynadığı rollerin çeşitliliğine paralel olarak, kredi kavramının tanımlanmasında da benzer bir çeşitlilik göze çarpmaktadır. Bankaların tâbi olduğu genel kredi sınırlarını düzenleyen 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun²¹ 11. maddesi bir kredi tanımı vermemiş ve Kanun kapsamında kredi olarak nitelendirilecek işlemleri *"...nakdi krediler ile teminat mektupları, kefaletler, aval, ciro ve kabuller gibi gayri nakdi krediler, satın alacağı tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette vereceği ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler..."* demek suretiyle sayma yoluna gitmiştir. Konumuz olan genel kredi sözleşmeleri bağlamında kredi kavramını tanımlamak istersek: Kredi, bankanın²², müşterisine belli bir limit dahilinde para kullandırması ya da onun lehine üçüncü kişilere karşı değişik görünümdeki borçlarının ifasına yönelik teminat taahhüdü altına girmesi şeklinde tezahür eden bir finansman tekniğidir.²³

²⁰ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.75, **Tekinalp**, Banka, sh.350-351.

²¹ 23.06.1999 t. ve 23734 sayılı RG

²² 4389 sayılı Bankalar Kanunu' na tâbi ve BDDK tarafından yayımlanan 24529 sayılı Yönetmelik esaslarına göre faaliyet gösteren Özel Finans Kurumları da kredi benzeri finansman ve fonlama teknikleri kullanmaktadır. Bu bağlamda, işletmelerin finansman ihtiyacı, klasik anlamında kredi temelinde nakit kullandırmak şeklinde değil, finansman talep eden kuruluşun ihtiyaç duyduğu eşyanın teminine aracılık yapmak ve esas itibarıyla, kredi kullanan tarafın ihtiyaç duyduğu mal ya da hizmetin, üreticiden peşin alınıp kredi kullanan tarafa vadeli satılması suretiyle karşılanmaktadır. Ancak bu yöntemde, kredi müşterisinin ihtiyaç duyduğu mal ya da hizmetin özel finans kurumuna fatura edilerek satılması, ardından da özel finans kurumunun bu mal veya hizmeti müşterisine fatura ederek satması söz konusu değildir. Bu kurumlar tâbi oldukları Yönetmelik gereği, mal veya hizmetin bedelini, müşterileri adına o mal ya da hizmetin sağlayıcısına peşin olarak ödemekte ve böylece ödedikleri bu tutara belli oranlarda kâr ekleyerek müşterilerini vadeli olarak borçlandırmaktadırlar. Özel Finans Kurumlarının finansman sağlama teknikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Ahmet **Battal**, Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999, sh.179 vd.

²³ Hukuki ve iktisadi yönden çeşitli kredi tanımlamaları için bk. Mükerrerem **Hiç**, Para Teorisi, İstanbul 1989, sh.41; Avni **Zarakolu**, Para ve Kredi Bilgisi, Ankara 2003, Para, sh.50; Turgut **Sungur**, Banka Tekniği (İşlemleri), Ankara 1999, sh.66; **Tekinalp**, Banka, sh.350 vd; Güven **Vural**, Türk Banka Hukuku, Ankara 1991, sh.77. **Gezder**, sh.21; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.77;

B. Kredi Türleri

Kredi sözleşmelerine konu olan kredilerin türleri, ekonomik hayatta meydana gelen gelişmeler paralelinde giderek farklılaşmakta ve çeşitlenmektedir.²⁴ Günümüzde banka kredileri, bankacılık tekniği ve hukuki nitelermeler dikkate alındığında çeşitli kategorilere ayrılmaktadır. Buna göre krediler; ekonomik kullanım amacına göre tüketime dönük-üretime dönük krediler, vadelerine göre kısa, orta ve uzun vadeli krediler, kullandırıldıkları sektörler açısından ticari krediler, tarım kredileri, endüstriyel krediler vb., teminat durumlarına göre açık ve teminatlı krediler, hukuki niteliği açısından da nakdi krediler ve gayri nakdi krediler olarak sınıflandırılmaktadırlar.²⁵ Kredi kavramının genel kredi sözleşmelerinde ele alınış biçimi, Bankalar Kanunu'nun yaptığı sınıflandırma ve konunun daha iyi anlaşılması açısından biz de kredileri tâbi oldukları hukuki nitelermeler açısından ele alacak ve nakdi ve gayri nakdi krediler hakkında genel bilgiler vermeye çalışacağız.

1. Nakdi Krediler

a. Borçlu Cari Hesap Kredisi : Bankacılık alanında ve bankacılık teamülleri uyarınca bankacılık işlemleri; gerçek anlamda bankacılık işlemleri ve diğer bankacılık işlemleri olarak sınıflandırılmakta ve gerçek anlamda bankacılık işlemleri de bilanço esasına göre pasif işlemler ve aktif işlemler olarak ele alınmaktadır.²⁶ Pasif bankacılık işlemleri olarak değerlendirilen işlemlerde banka, bilançosundaki görünüm dikkate alındığında müşterisine karşı sürekli borçlu görünmekte; bu da esas itibarıyla mevduat sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Aktif banka işlemlerinde ise bu kez banka, müşterisi karşısında sürekli alacaklı konumundadır ve bu tür bankacılık

²⁴ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.79

²⁵ Doktrin ve uygulamada yapılan çeşitli ayrımlar için bk: **Tekinalp**, Banka, sh.359; **Vural**, sh.77; **Akipek**, sh.10; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.79 vd.; **Zarakolu**, Para, sh.77; **Kostakoğlu**, sh. 927 vd.

²⁶ **Kaplan**, Banka Sözleşmeleri, sh.3; **Yüksel**, sh.2. Karş. **Vural**, sh.61. Yazar, banka işlemlerini mali işlemler, itibar işlemleri, çeşitli bankacılık hizmetleri ve bankaların faaliyet türlerine göre özel olarak yaptıkları işlemler şeklinde dört grupta toplamaktadır.

işlemlerinin temelini de kredi sözleşmeleri ve -özellikle- borçlu cari hesap kredisi oluşturur.²⁷

Borçlu cari hesap kredisi, kredi borçlusuna belli bir limit dahilinde kullandırılan, sabit vadeli para öduncünden farklı olarak müşteriye -limit dahilinde- dilediği miktarda para çekme imkânı sağlayan ve müşterisinin bu serbestisine karşılık bankanın da krediyi dilediği zaman kesme ve ayrıca değişen oranlarda faiz yürütme olanağının bulunduğu nakit bir kredi olarak tanımlanabilir.²⁸

Rotatif kredi olarak da adlandırılan borçlu cari hesap kredisinin kredi kullanan taraf için getirdiği avantaj, kredi kullanma inisiyatifinin kendisinde olması ve âni bir likidite ihtiyacı halinde hemen başvurulabilecek şekilde kredi kullananın talebi ile işlerlik kazanabilecek olmasıdır.²⁹ Borçlu cari hesap olarak isimlendirilen bu kredi türünün her ne kadar TTK md.87 vd.'de düzenlenen cari hesap sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade olursa da bu husus doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre³⁰, TTK md.87-100 arasında düzenlenen cari hesap sözleşmesi, taraflar arasındaki gereksiz para hareketlerini ortadan kaldırmaya yönelik bir ödeme aracıdır ve bu yönüyle de cari hesap ilişkisinin kredi fonksiyonu taşımadığından bahisle "borçlu cari hesap kredisi" olarak adlandırılan kredi aslında bir cari hesap ilişkisi mahiyetinde değildir. Ayrıca, genel kredi sözleşmelerinde düzenlenen borçlu cari hesap kredisi ilişkisinde borçlu sıfatını taşıyan kredi kullanan, banka karşısında hiçbir zaman alacaklı konumuna geçmediği için, TTK md.87'nin aradığı "cari hesap sözleşmesinin tarafları arasında karşılıklı borçluluk ve alacaklılık durumu" gerçekleşmez ve bu nedenle de bankalarca verilen

²⁷ Kaplan, Banka Sözleşmeleri, sh.116 vd.

²⁸ Benzer tanımlar için bk. Hikmet Küney, Banka Tekniği, 6. Bası, Ankara 1989, sh.28; Sungur, sh.67; Kostakoğlu, sh.929.

²⁹ Feridun Ergin, Kredi Sistemi, İstanbul 1980, sh.126-127.

³⁰ Bk. bu görüşte Sıtkı Akyazan, T. Ticaret Yasasında Yer Alan (Cari Hesap Sözleşmesi) ile Banka Cari Hesapları ve Bu Hesaplarda Uygulanan Faiz Türleri, BATİDER, C.IX, s.4, sh.1003 vd.; Baykal, sh.63.

borçlu cari hesap kredileri TTK md.87 vd. anlamında cari hesap sözleşmesi değildir. Yargıtay da, aynı gerekçelerle genel kredi sözleşmelerinin cari hesap sözleşmesi niteliğini kabul etmemekte ve “hesabı cari şeklinde ikraz mukavelenamesi karzdır” demektedir.³¹

Diğer görüşe göre ise³², eğer taraflar, kendi aralarındaki kredi ilişkisine cari hesap hükümlerinin uygulanması konusunda anlaşmışlarsa böyle bir irade uyuşmasına üstünlük tanınması gereklidir. Ayrıca, bakiye itibariyle kredi borçlusu hiçbir zaman alacaklı duruma geçmese bile, kredi kullananın yaptığı her geri ödeme onun hesabına alacak olarak yazılmakta böylece de cari hesap ilişkisindeki karşılıklılık unsuru gerçekleşmiş olmaktadır. Ayrıca, adi karz sözleşmesinde ödünç alan, ödünç aldığı parayı geri ödediğinde karz akdi sona ermekte ancak cari hesap şeklinde işleyen kredi ilişkilerinde limit içinde kalmak şartıyla ödünç alan, ödediği parayı tekraren ve birden çok defa çekebilmektedir. Bu nedenle de bu işlemler cari hesap ile iç içe geçmiş bir tür karzdır ve adi karzdan farklıdır.

Kanımızca da, borçlu cari hesap kredilerinin “cari hesap” olarak adlandırılmalarının nedeni, banka tekniği açısından, kredi kullananın banka nezdindeki kredi hesabının çeşitli para çekme ve yatırma işlemleri dolayısıyla devamlılık arz etmesi nedeniyledir. Eğer taraflardan bir tanesi yani kredi kullananın, borçlu cari hesap kredisi olarak adlandırılan kredi ilişkisinde hiçbir zaman banka karşısında alacaklı konuma geçmemesi; bu ilişkinin TTK md.87 vd. maddelerinde öngörülen cari hesap ilişkisi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Zira alacakların karşılıklı olması hukuki

³¹ Y. HGK'nun 20.10.1978 t. ve 1977 / 11-213 E., 1978 / 856 K. sayılı kararı. YKD C.5, Nisan 1979, s.4, sh.461-462. Banka ile kredi kullanan arasındaki ilişkiyi cari hesap sözleşmesi olarak değil de ticari ödünç sözleşmesi olarak değerlendiren ve bu yönüyle de üçer aylık dönemler halinde faizin anaparaya eklenerek (kapitalize edilerek) tekrar faiz yürütülmesinin bu sözleşmeler bakımından mümkün olduğu yönünde diğer bir karar için bk. Y.19. HD.'nin 26.06.1997 t. ve 1997 / 4575 E., 1997 / 6637 K. sayılı kararı. Yasa HD, C.16, s.191, Kasım 1997, sh.1459-1460.

³² Bk. bu görüşte: Seza **Reisoğlu**, Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara 2002, sh.430; Haluk **Tandoğan**, Bankaların Cari Hesap Suretiyle İkrazat Mukavelelerinin Hukuki Mahiyeti Hakkında İctihad Notu, BATİDER, C.II, s.1, sh.85 vd.; Sabih **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Ankara 2004, sh.344-345; İsmail **Kayar**, Cari Hesapta Faiz, BATİDER Haziran 2000, C.XX, s.3, sh.66; **Yüksel**, sh.181; **Küney**, sh.28.

bir kavram olmakla, fiilen kredi borçlusunun banka karşısında alacaklı konumuna geçmemesi, taraflar arasındaki bu ilişkiyi cari hesap sözleşmesi olarak nitelendirmemenin hukuki gerekçesini oluşturamaz.³³ Ayrıca taraflar, kendi aralarındaki ticari ilişkiye cari hesap kurallarının uygulanması konusunda anlaşmışlar ve gerçekte de taraflar arasında karşılıklı olarak cereyan eden para yatırma-çekme işlemleri süreklilik gösteriyorsa bu durumda kanımızca, TTK md.87'nin aradığı anlamda bir cari hesap sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmeli ve her iki tarafın bu yöndeki karşılıklı irade beyanlarına itibar edilerek taraflar arasındaki ilişkiye; cari hesap sözleşmesinin ilgili hükümleri uygulanabilmelidir.

b. Senet iskontosu ve iştirai: Genel kredi sözleşmelerinde düzenlenen nakdi kredi türlerinden biri olan senet iskontosu ve iştirai bankacılık uygulamasında sıklıkla başvuru yapılan finansman tekniklerinden biridir.

Senet iskontosu esas itibariyle, finansman ihtiyacı içindeki kıymetli evrak hamili ya da lehdarının, vadesi gelmemiş olan senedini, vadeye kadar işleyecek faiz ve belli bir komisyon tutarının indirilmek suretiyle bankaya devretmesi,³⁴ bankanın da bakiye kısmı senet hamiline ödemesi yoluyla senet hamilinin likidite ihtiyacının karşılanması esası üzerine kuruludur.

Tâbi oldukları mekanizma açısından iskonto ile aynı niteliğe sahip iştirai işleminin farkı ise iştirada, iskontodan farklı olarak, iştirai işleminin gerçekleştiği yerden başka bir yerde tahsil edilecek olan senetlerin satın alınmasının söz konusu olmasıdır.³⁵

c. Avans : Bankaların nakdi kredi olarak müşterilerine kullandırdıkları kredi türlerinden birisi de avans işlemidir. Genel olarak teminatlı olarak

³³ Tandoğan, Cari Hesap, sh.87.

³⁴ Senet iskontosu ve iştirai işleminin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmakla beraber, bu işlemin "satım sözleşmesi" özelliğinin ağır bastığı ifade olunmaktadır. Bk. bu görüşte: Tekinalp, Banka, sh.363; Yüksel, sh.182.

³⁵ Senet iskontosu ve iştirai işlemlerinin bankacılık uygulaması ve banka teamülleri açısından işleyişleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Reşat D. Tesal, Banka Hukuku Bilgisi, Ankara 1975, sh.112 vd.; Ergin, sh.128 vd.

kullandırılan avans; bazı yönlerden borçlu cari hesap kredisi ile benzerlik gösterse de ondan farklı olarak avans kredisinin “karz” niteliği daha baskındır ve banka ile müşteri arasındaki avans kredisi ilişkisinde avansın tasfiye edilmesi belli bir tarihe yani vadeye bağlanmış durumdadır. Bu açıdan borçlu cari hesap kredisinin aksine, rotatif çalıştırılmayan avans kredisi, müşteri tarafından bir defada kullandırılır ve alınan kredinin geri ödemesi toptan veya parça parça tasfiye etmek şeklinde gerçekleşir.³⁶

2. Gayri Nakdi Krediler

Yasal bir tanımı bulunmayan ancak Bankalar Kanunu md. 11’de: “...*teminat mektupları, kefaletler, aval, ciro ve kabuller gibi gayri nakdi krediler...*” demek suretiyle örneklerinin sayılması tercih edilen gayri nakdi krediler yine genel kredi sözleşmelerinin içeriğini oluşturan ve kredi kullanan tarafın yararlandığı finansman enstrümanları arasında yer almaktadır. Gayri nakdi kredilerin ortak özelliği, bankanın, kredi kullanan gerçek ya da tüzel kişiye nakit bir ödeme yapmaması ancak onun adına sorumluluk yüklenmesi ve belli bir taahhüdün altına girmesidir.³⁷ Banka açısından nakit çıkışının ancak, üstlenilen riskin gerçekleşmesi halinde söz konusu olacağı ve doktrinde “yükümlülük kredisi” olarak da adlandırılan ve ayrıca banka müşterisi ile alacaklı arasındaki temel ilişki, banka ile müşterisi arasındaki karşılık ilişkisi ve banka ile temel ilişkideki alacaklı arasındaki teminat ilişkisi şeklinde üç köşeli bir hukuki ilişki³⁸ meydana getiren bu tür kredilerde³⁹ banka, yükümlendiği riske karşılık olarak müşterisinden komisyon alır.

a. Teminat Mektubu : Bankacılık alanında yaygın bir kullanım alanı bulunan teminat mektupları Bankalar Kanunu md.11’de açık olarak

³⁶ Küney, sh.33.

³⁷ Sungur, s.67; Kostakoğlu, sh.929; Akipek, sh.19.

³⁸ Tekinalp, Banka, sh.370-371.

³⁹ Tekinalp, Banka, sh.367; Aeschlimann, Der Krediteröffnungsvertrag nach Schweizerischem Recht, Bern-Bümpliz 1925, sh.97 (Akyol, Banka Sözleşmeleri, sh.81’den naklen); Canaris, Bankvertragsrecht, Berlin-New York 1975, sh.865 N:610. (Akyol, Banka Sözleşmeleri, sh.81’den naklen)

bankaların kullandığı gayri nakdi kredi türlerinden biri olarak sayılmıştır. Banka teminat mektuplarının gayri nakdi kredi olarak kabul edilmesinin nedeni de bankanın, teminat mektubu ilişkisine taraf olmakla müşterisine nakit kredi kullandırmaması; buna karşılık kendi saygınlığının ve güvenilirliğinin müşteri tarafından kullanılmasına izin vermesidir.⁴⁰ Gerçekten de banka müşterisine kullandığı teminat mektubu kredisi ile lehdar konumundaki müşterisinin karşılaşılabileceği riski tekeffül etmekte⁴¹ ve riskin gerçekleşmesi durumunda söz konusu yükümlülüğün gereği olarak teminat mektubu tutarını muhataba ödemektedir.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği, doktrinde bu konuda yoğun tartışmaların yaşanmasına yol açmıştır.⁴² Teminat sağlama amacına yönelmeleri nedeniyle kefalet ya da garanti sözleşmesi oldukları yönünde yargısal içtihatlarda görüş ayrılıkları baş gösterince Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 13.12.1967 tarih ve 66 / 16 E.; 67 / 7 K. sayılı İBK ile⁴³ teminat mektuplarının garanti sözleşmesi sayılmaları gerektiğine karar vermiş; 1969 tarihli başka bir İBK ile de⁴⁴ bu görüşünü bir kez daha teyit etmiştir. Yargıtay'ın, banka teminat mektuplarını BK md.110 anlamında üçüncü şahsın fiilini taahhüt ve garanti sözleşmesi saymasının temel gerekçesi, teminat mektuplarının içeriğindeki "protesto keşidesine, hüküm istihsaline ve borçlunun rızasına gerek olmaksızın ilk yazılı talepte derhal ödeme" şeklindeki taahhüde dayanarak bankanın, kefilin BK md.497 uyarınca dermeyan etme hakkı bulunan -aynı zamanda da dermeyan etmesi gereken- defillerden feragat etmesi ve bu nedenle de

⁴⁰ **Sungur**, sh.108.

⁴¹ **Seza Reisoğlu**, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003, sh.37,

⁴² Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Nami **Barlas**, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, sh.26 vd. Yazar, müşteri lehine muhataba teminat mektubu veren bankanın teminat mektubu verirken garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi ya da her iki sözleşmeye ait unsurlar barındıran karma nitelikte bir sözleşme ilişkisi içine girebileceğinden bahisle, somut olaydaki herbir teminat mektubunun ayrı ayrı ele alınarak hukuki niteliğinin belirlenmesinin daha yerinde olacağını savunmaktadır. Ayrıca bk. **Seza Reisoğlu**, Teminat Mektupları, sh.29 vd.

⁴³ 5 Nisan 1968 t. ve 12867 s. RG.

⁴⁴ 3 Ekim 1969 t. ve 13317 s. RG.

asil borçtan bağımsız karakterde bir borç ortaya çıkmasıdır. Bu kabulün sonucu olarak da teminat mektubu, asil borca bağlı fer'i bir borç değil; bağımsız nitelikte asli bir borç olarak karşımıza çıkmakta ve banka asil borçlunun sahip olduğu ve temel ilişkiyi ilgilendiren deflery ileri süremediğinden⁴⁵ sık başvuru ve kabul gören bir şahsi teminat ilişkisi olarak uygulamadaki yerini almaktadır.

b. Kabul Kredisi : Üçlü bir kambiyo ilişkisi olan ve taraflarını; keşideci, lehdar ve muhatabın oluşturduğu poliçede muhatabın söz konusu kambiyo ilişkisine dahil olması poliçe üzerine imzasını koyması, diğer bir anlatımla poliçeyi kabul etmesi ile gerçekleşir. Keşideci, lehdar emrine bir poliçe düzenlediğinde bunu muhatap üzerine çeker ve poliçenin meşru hamili poliçeyi muhataba ibraz ettiğinde muhatap, kabul beyanını poliçe üzerine yazmakla artık kendisi de kambiyo ilişkisine dahil olur ve poliçenin asli ve nihai borçlusu konumuna gelir.⁴⁶

Genel kredi sözleşmelerinde düzenlenen kabul kredisinin özelliği ise bir bankanın muhatap sıfatıyla yer aldığı bir poliçenin ödeneceğine olan güvenin artması ve buna paralel olarak da keşidecinin bu poliçeyi kolayca tedavül ettirebilmesi, başka bir ilişkiden kaynaklanan borcunu ifa maksadıyla alacaklıya ciro edebilmesi veya böyle bir poliçeyi teminat göstererek başka bir kaynaktan nakdi kredi bulmasının kolaylaşması şeklinde tezahür etmektedir.⁴⁷ Kabul kredisinin gayri nakdi kredi olarak

⁴⁵ Bankanın temel ilişkiyi ilgilendiren deflery ileri sürememesi, muhataba karşı hiçbir savunma imkânına sahip olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Banka kendi taraf olduğu sözleşme (garanti sözleşmesi) ile ilgili deflery her zaman ileri sürebileceği gibi; üstlendiği riskin doğup doğmadığını inceleyebilecek ve tekeffül edilen riskin hiç doğmaması veya sona ermesi hallerinde de bankanın ödeme taahhüdünün -teminat mektubunun, garanti sözleşmesi niteliğinin bir sonucu olarak- son bulacağı şeklinde bir deflyi de her zaman dermeyan edebilecektir. Bk. bu görüşte: **Barlas**, Teminat Mektupları, sh.66; **Seza Reisoğlu**, Teminat Mektupları, sh.61,64; **Tekinalp**, Banka, sh.384.

⁴⁶ **Hayri Domaniç**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990, sh.210 ; **Fırat Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, sh.95.

⁴⁷ **Üner Dağ**, Türk Hukukunda Kabul Kredisi, İBD, c.59, s.10-11-12, sh.902; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.82; **Akipek**, sh.24. Bankacılık uygulamasında kabul kredisi, ithalat finansmanı işlemlerinde ithalatçının doğrudan banka üzerine çektiği ve lehdarı ihracatçı olan poliçeyi bankanın kabul etmesi şeklinde kendini göstermektedir. Bk. **Seza Reisoğlu**, Bankalar Kanunu Şerhi, sh.459.

değerlendirilmesinin nedeni ise bankanın muhatap sıfatıyla kambiyo ilişkisine dahil olmasıyla herhangi bir nakit ödemede bulunmaması ve kendi itibarını müşterisine kullandırmasından kaynaklanır. Gerçekten de müşteri, vade dolmadan poliçe karşılığını bankaya ödediğinde kambiyo ilişkisi müşterinin yaptığı bu dolaylı kambiyo ödemesi ile son bulmakta ve aslında poliçenin ödenmesinden müşteri sorumlu olmaktadır.

c. Aval Kredisi : Bankalar Kanunu md.11'de bankaların verebileceği gayri nakdi krediler arasında sayılan aval, esas itibariyle bankanın kredi borçlusuna nakit ödeme yapmadan onun lehine sorumluluk altına girdiği işlemlerden birisidir. Kambiyo senedinde "mündemiç" alacak hakkının bir kısmının ya da tamamının ödeneceğinin taahhüt edilmesi olarak tanımlanan aval,⁴⁸ bu yönü itibariyle şahsi bir teminat ilişkisi meydana getirir ve nitelik itibariyle "poliçe kefaleti" olarak da adlandırılır.⁴⁹ Ancak aval, kefaletin aksine mücerret nitelikte bir kambiyo taahhüdüdür ve bu özelliği ile de asıl borç ilişkisi geçersiz olsa bile hüküm ve sonuçlarını tam olarak doğurur. Kefalet ilişkisinde kefil BK md. 497 uyarınca asıl borçluya ait şahsi deflileri ileri sürebilme hakkına sahip ve bununla mükellef iken avalist yalnızca kendi şahsi deflilerini veya senet metninden doğan savunmaları dermeyan edebilmektedir.⁵⁰

Bir bankanın kambiyo senedi üzerine aval şerhi koyması, senedin ödeneceği yönünde bir güvence yaratmakta ve bu durum senedin tedavül kabiliyetini artırıcı etki meydana getirmektedir. Bankanın verdiği aval şerhinin olumlu etkisini kullanan keşideci ya da lehine aval verilen diğer müracaat borçluları bu sayede çeşitli finansman imkânlarından daha kolay yararlanırlar.

d. Akreditif : Banka genel kredi sözleşmeleri içeriğinde "ithalat akreditifleri" başlığı altında ve işlemin gayri nakdi kredi fonksiyonu öne çıkarılmak

⁴⁸ **Domanıç**, Kıymetli Evrak, sh.214; Reha **Poroy** / Ünal **Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. Bası, İstanbul 2001, sh.169.

⁴⁹ **Öztañ**, sh.155.

⁵⁰ Aval' in diğer şahsi teminat ilişkisi meydana getiren sözleşmelerden farkı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Domanıç**, Kıymetli Evrak, sh.218 vd.

suretiyle ele alınan akreditif işlemi esas itibariyle uluslararası ticarete başvuru olan ödeme araçlarından birisidir. Sınır ötesi ticarete mevcut bulunan güven sorununun aşılması amacıyla ve tamamen dış ticaret uygulamasının meydana getirdiği bir kurum olan akreditif ile ilgili, doktrinde çeşitli tanımlar yapıldığı gözlemlenmektedir.⁵¹ Akreditif ilişkisine katılan taraflar ve işlemin özelliği göz önüne alındığında akreditifi; alıcı, yani ithalatçının, belli belgelerin satıcı tarafından bankaya ibraz edilmesi halinde mal bedelinin satıcıya ödenmesi yönünde bankaya verdiği bir tür talimat olarak tanımlamak mümkündür. Gerçekten de konuyu ayrıntısıyla düzenleyen ve bu yönüyle de sınır ötesi satım sözleşmelerinde atıf yapılarak taraflar arasında bağlayıcılık kazanan, Milletlerarası Ticaret Odası'nın 1 Ocak 1994 tarihinde yayımladığı "Vesikalı Krediler Hakkında Yeknesak Teamüller ve Kurallar" başlıklı 500 sayılı broşür uyarınca akreditif işlemi; akreditif amiri, akreditif bankası ve lehdar olmak üzere asgari üç gerçek ve / veya tüzel kişinin katılımına ihtiyaç gösteren bir ilişkiler bütünüdür.⁵²

Çeşitli türleri bulunan⁵³ akreditifin konumuzu ilgilendiren yönü itibariyle bir kredi işlemi olmadığı ve uluslararası ticarete başvuru olan bir ödeme aracı olduğu genel kabul gören görüştür.⁵⁴ Ancak işlemin iktisadi boyutu ve bankacılık uygulamasında kazandığı görünüm dikkate alındığında akreditif işleminin; akreditif amiri ile amir banka arasında bir gayri nakdi kredi ilişkisi şekline büründüğü rahatlıkla söylenebilmektedir.⁵⁵

⁵¹ Bk. Seza **Reisoğlu**, Türk Hukuku'nda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara 1995, sh.5; Arslan **Kaya**, Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukuki Durumu, İstanbul 1995, sh.7; Sibel **Özel**, Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1991, sh.13.

⁵² **Kaya**, Akreditif, sh.9.

⁵³ Akreditif, genel kabul gördüğü şekliyle geri dönülebilir ve geri dönülemez (kabil-i rücu / gayri kabil- i rücu) akreditif olarak iki ana bölümde incelenmekte; geri dönülemez akreditif ise muhabir bankanın akreditif işleminin icrasına katılım tarzına göre teyitli geri dönülemez ve teyitsiz geri dönülemez akreditif şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Teyitli akreditiflerde, esas fonksiyonu akreditife aracılık etmek olan muhabir banka, teyit bankası sıfatını da kazanır ve akreditif alacağından, lehdara karşı akreditif bankası gibi sorumlu olur. Seza **Reisoğlu**, Akreditif, sh.87 vd.; **Kaya**, Akreditif, sh.12 vd.; İhsan **Erdoğan**, Akreditif Sözleşmeleri, Ankara 2000, sh.26 vd.

⁵⁴ Bk. bu görüşte: Seza **Reisoğlu**, Akreditif, sh.6, **Kaya**, Akreditif, sh.32; **Erdoğan**, sh.25; **Kostakoğlu**, sh.1543; **Özel**, sh.13.

⁵⁵ **Akipek**, sh.27; **Küney**, sh.176.

Zira amir banka akreditif lehdarı lehine akreditif açtığında akreditif bedelini lehdara ödemeyi taahhüt etmekte ve böylece akreditif amiri, yani müşterisi lehine yükümlülük altına girmektedir. Ayrıca işlemin izleyeceği normal prosedür gereği bankanın lehdara ödemekle yükümlü olduğu tutarın akreditif amiri tarafından özel bir akreditif hesabına depo edilmesi gerekliliğine rağmen bu meblağın bizzat akreditif bankası tarafından akreditif amirine kredi şeklinde sağlanması da imkân dahilindedir.⁵⁶ Bu özelliği ile, akreditifin her ne kadar bir kredi değil de bir ödeme aracı olduğu kabul edilse dahi, akreditifin yapısında kredi fonksiyonunun da bulunduğu ileri sürülmüştür.⁵⁷ Sonuç olarak akreditif işleminin banka tarafından kredi borçlusuna kullanılan kredilerden biri olduğu ve bu yönüyle de genel kredi sözleşmesi bağlamında, ödeme fonksiyonu yanında kredi fonksiyonu da taşıdığı kanımızca da yerinde bir görüştür.

III. Banka Genel Kredi sözleşmesinin Hukuki Niteliği

A. Karz Sözleşmesi Görüşü

Banka Genel Kredi sözleşmesinin, hukuki nitelik itibariyle kanunlarda ve özellikle Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan tip sözleşmelerden biri olduğu görüşünü savunanlar, anılan sözleşmenin karz akdinin hukuksal özelliklerini taşıdığını ileri sürmektedirler.⁵⁸ BK md.306' da "*Karz bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur*" şeklinde tanımlanan karz akdi; bir miktar para veya misli eşyanın söz konusu olması, ödünç verenin para veya misli eşyanın mülkiyetini ödünç alana geçirmeyi taahhüt etmesi, ödünç alanın miktar ve vasıfta eşit, aynı

⁵⁶ **Kaya**, Akreditif, sh.33.

⁵⁷ **Kaya**, Akreditif, sh.32; Aksi görüşte Seza **Reisoğlu**, Akreditif, sh.3. Yazar, akreditifin kredi fonksiyonunun bulunmadığı iddiasındadır.

⁵⁸ Theo **Guhl** / Hans **Merz** / Jean **Koller** / Nicolas **Druey**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, sh:396, (Kaplan, Banka Sözleşmeleri, sh.110' dan naklen); Heinrich **Honsell**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonder Teil, 3. Aufl., Bern 1995, (Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara 2003, sh.316' dan naklen).

türden bir başka şeyi geri vermeyi yükümlenmesi ve tarafların, sayılan hususlar üzerinde anlaşmaları unsurlarına dayanan rızai bir sözleşmedir.⁵⁹

Karz sözleşmesinin esaslı unsurları içinde yer alan “para veya misli eşyanın mülkiyetinin ödünç alana geçirilmesinin taahhüt edilmesi, ödünç alanın da aynı türden bir başka şeyi vermeyi yükümlenmesi” ilk bakışta, genel kredi sözleşmesinin içeriğinde yer alan nakit para transferi ve bunun bankaya geri ödenmesi şablonuna uygun düşer gibi görünse de; genel kredi sözleşmesinin içerdiği kompleks hükümler dikkate alındığında bu düşünce yerinde değildir. Zira karz sözleşmesinde, alınan para ödünç verene iade edildiğinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi son bulmaktadır. Oysa genel kredi sözleşmesindeki nakdi nitelikli krediler, limitli kredilerdir. Bu yönüyle, kredi kullanan, kullandığı kredi tutarını bankaya geri ödese dahi iki taraf arasındaki sözleşmesel bağ son bulmaz ve kredi kullanan taraf, kendisine tanınan limit dahilinde birden çok defa para çekip yatırma imkânına sahiptir.⁶⁰ Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi,⁶¹ genel kredi sözleşmesinin konusunu yalnızca nakdi krediler oluşturmamakta ve kredi kullanan taraf, bankadan, teminat mektubu kredisi, aval ya da kabul kredileri gibi gayri nakdi nitelikte kredilerden yararlandırılmasını da talep edebilmektedir. Bu durumda da genel kredi

⁵⁹ Ödünç alanın, ödünç verene faiz ödeme borcu altına girmesi karz akdinin zorunlu unsurlarından biri değildir. Karz akdinde faiz taleplerini düzenleyen BK md.307'ye göre sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa faiz ödeme zorunluluğu bulunmazken ticari işlemler bakımından faiz şart edilmese dahi faiz ödemek, ödünç alanın, ödünç verene karşı yükümlü olduğu borçlardan biridir. Genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliği, karz akdi olarak kabul edilirse, bu takdirde, genel kredi sözleşmesi banka ile akdedildiğinden, TTK md.21 / f.II uyarınca, karşı âkit tacir olmasa bile onun açısından da ticari iş sayılır ve faiz ödeme borcu sözleşmenin esaslı unsuru haline gelir. Karz sözleşmesinin unsurları ve karz akdinde faiz ödeme borcunun çeşitli görünüşleri için bk. Haluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 3.Bası, Ankara 1985, sh.298 vd.; Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku C.II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, sh.769 vd.; Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002, sh.363 vd.; F. **Aral**, sh.310 vd.

⁶⁰ **Tandoğan**, C.I/2, sh.332; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.91; F. **Aral**, sh.315.

⁶¹ Sh.15 vd.

sözleşmesinin hukuki niteliğini karz sözleşmesi ile açıklamak imkânı mevcut değildir.⁶²

B. Karz Vaadi Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Genel kredi sözleşmesinin karz vaadi niteliğinde olduğunu ileri süren yazarlara göre,⁶³ genel kredi sözleşmesinin niteliğinde yer alan ve somut kredi işlemlerinde kendisini belli eden “kredi sözleşmesinin imzalanması” ile “filen kredi kullandırma işleminin gerçekleşmesi” aşamaları arasındaki fark; genel kredi sözleşmesinin esasen karz vaadi sözleşmesi olmasından ileri gelmektedir. Roma Hukuku’ndaki aynı sözleşme karakterinden esinlendiği gözlemlenen⁶⁴ bu görüş, kredi sözleşmesinin imzalanması ile tarafların ileride karz sözleşmesi akdetmek üzere birbirlerine taahhütte buldukları; somut kredi temini işleminin de daha önce yapılması vaad edilen kredi sözleşmesi olduğu esası üzerine temellenmektedir.

Ancak, karz sözleşmesi görüşüne getirilen “nakdi kredi dışındaki çok çeşitli kredi türlerini kapsam dışında bırakma” eleştirisi bu görüş için de aynen geçerlidir. Bunun yanında, genel kredi sözleşmesinin bir karz vaadi olduğu kabul edilirse bu takdirde söz konusu karz vaadinden sonra ve bu karz vaadinin yegâne amacını oluşturan karz sözleşmesinin imzalanması ile birlikte genel kredi sözleşmesinin de hükümsüz kalması gerekirdi.⁶⁵ Oysa ki uygulamada kredi sözleşmesinden sonra ayrı bir sözleşme imzalanmamakta ve genel kredi sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte taraflar ileride başka bir sözleşme imzalamayı değil; doğrudan doğruya kredi ilişkisine girmek yönünde irade beyanında

⁶² Bk. bu görüşte, Herman **Becker**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri (çev: A. Suat Dura), Yargıtay Yayını no:24, Ankara 1993, sh.380; **Akipek**, sh.38.

⁶³ Adolf **Barchewitz**, Das Bankrecht, 2.Aufl. Hamburg 1957, sh.98. (Tandoğan, C. I/2, sh.332’den naklen)

⁶⁴ **Tekinalp**, Banka, sh.354; **Akipek**, sh.39.

⁶⁵ **Akipek**, sh.39-40; **Tekinalp**, Banka, sh.354.

bulunmaktadırlar.⁶⁶ Dolayısıyla, genel kredi sözleşmesinin karz vaadi olduğu niteliğinde olduğu görüşü de bu yönleriyle kabul edilebilir değildir.

C. Bankacılıkla İlgili İş Görme Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, banka genel kredi sözleşmesi, bankalardan belli bir tutara kadar nakdi veya gayri nakdi kredi kullanma yetkisini de içinde barındıran, bankacılıkla ilgili bir iş görme sözleşmesidir.⁶⁷ Bu görüş, genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğine getirdiği yaklaşım bakımından, genel kredi sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun vekaletle ilişkin özel hükümlerine tabi olduğunu ileri sürmektedir.

D. Çok Aşamalı Sui Generis Sözleşme Görüşü

Genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğini çok aşamalı sui generis sözleşme olarak açıklayan görüşe göre⁶⁸ genel kredi sözleşmesinin iki aşaması vardır. İlk aşama kredi açılmasının hazırlığını oluşturmakta ve bu hazırlık aşaması hukuken bir "önsözleşme" özelliği göstermektedir. Hazırlık aşamasından sonra ise kredi kullanan tarafa sağlanan kredinin niteliğine göre satım, vekalet, karz, cari hesap sözleşmeleri kurulmuş olmaktadır.

E. Tek Aşamalı Sui Generis Sözleşme Görüşü

Banka genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından doktrinde baskın olan görüş, bu sözleşmenin, kendine özgü bir yapı arz eden ve bünyesinde karz akdi, cari hesap, kredi alana kefil olma vaadi vb. nitelikteki sözleşme ve edimleri barındıran sui generis bir

⁶⁶ **Tekinalp**, sh.354.

⁶⁷ Bu görüşte: Yaşar **Karayalçın**, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C.V, Ankara 1997, sh.83.

⁶⁸ **Guhl/Merz/Kummer**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich, 1980, sh. 396. (Tekinalp, Banka, sh.356'dan naklen); **Becker**, Berner Kommentar, Bd.IV: Obligationenrecht, 2. Aufl., Bern, 1941, m. 22, N.2. (Tekinalp, Banka, sh.356'dan naklen)

sözleşme olduğu yönündedir.⁶⁹ Bu görüşe göre genel kredi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, içinde karz, cari hesap, kredi kullanana kefil olma vaadi, vekalet gibi sözleşmelerden unsurlar barındıran, bu sözleşmelere özgü hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceği ve kredi kullanana yenilik doğurucu nitelikte, krediyi tek yanlı çekme hakkı veren, çerçeve nitelikte ve kendine özgü bir yapısı olan bir sözleşmedir. Genel kredi sözleşmesi akdetmekle banka, kredi sözleşmesi konusu kredi işlemlerinin her biri için ilgili kredileri müşterisinin kullanımına sunmak borcu altına girmekte müşteri ise kullandığı krediyi; faiz, komisyon ve benzeri fer'i borç kalemleri ile birlikte bankaya geri ödeme borcunu üstlenmektedir.

F. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Genel kredi sözleşmesine konu kredi işlemlerinin yukarıda açıklanan tür ve nitelikleri ve bu sözleşme ile tarafların yükümlendiği edimler dikkate alındığında genel kredi sözleşmesinin; bankanın, kredi işlemi olarak nitelendirilen cari hesap şeklinde işleyen nakdi kredi, senet iskontosu ve iştirai, teminat mektubu kredisi, kredi kullanana kefil olma vaadi, aval kredisi kullandırma gibi nakdi ve gayri nakdi kredileri müşterisinin kullanımına hazır bulundurma borcu altına girdiği; kredi kullananın da kullandığı krediyi (veya gayri nakdi kredi kullanımı söz konusu ise kullandırılan gayri nakdi kredinin kullanım bedelini) faiz, komisyon, hizmet bedeli vs. yan edimlerle birlikte bankaya geri ödeme

⁶⁹ Bk. bu görüşte: İbrahim **Kaplan**, Banka Standart sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER Aralık 1991, C.XVI, s.2, sh.83; **Kaplan**, Banka Sözleşmeleri, sh.111; Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Borçlar Hukuku 2. Kısım, C.I, 4. Bası, İstanbul 1980, **Tandoğan**, C.I/2, sh.333; **Tunçomağ**, Özel Borç İlişkileri, sh.785; **Tekinalp** Banka, sh.356; **Yüksel**, sh.161; H. Avni **Göktürk**, Borçlar Hukuku 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, sh.450-451; **Türkay Alica**, Türk Hukukunda Banka Genel Kredi Açma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990, sh.79; Yaşar **Alıcı**, Banka Kredi Sözleşmelerinin Mali ve Hukuki Yönü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2000, sh.67-68; Kerem **Ertan**, Banka Kredi Açma sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Çerçeve Anlaşma Olma Özelliği, Legal HD, C.I, s.7, Temmuz 2003, sh.1681; **Akipek**, sh.41; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh. 94; Daniel **Guggenheim**, Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, sh. 100. (Kaplan, GİŞ sh.83' den naklen). Kredi kullanan tarafa genel kredi sözleşmesinde tanınan, krediyi çekme hakkının niteliği ise bu görüş taraftarları arasında tartışma konusu olmuş; bunun yenilik doğurucu bir hak değil, kredi kullanana sözleşme ile tanınan bir yetki olduğu ileri sürülmüştür. Bk. **Akipek**, sh.42.

borcunu üstlendiği ve bu yönüyle de tam iki tarafa borç yükleyen, çerçeve nitelikte, kendine özgü bir yapı arz eden ve taraflar arasında anlık değil, sürekli borç ilişkisi meydana getiren bir isimsiz sözleşme olarak tanımlanmasının doğru olacağı kanısındayız.

Yaptığımız tanımlamadan da anlaşılacağı gibi genel kredi sözleşmesini bir bütün olarak Borçlar Kanunu'ndaki akit formlarından birine; dolayısıyla da doktrinde öne sürüldüğü şekilde "karz" sözleşmesinin kalıpları içine oturtmak veya genel kredi sözleşmesini salt bir iş görme sözleşmesi olarak değerlendirmek imkânı mevcut değildir. Ayrıca genel kredi sözleşmesinin taraflar arasında meydana getirdiği süreklilik ilişkisi, karz akdinin "anlık edimler" doğuran niteliğine aykırı olduğundan; başka deyişle, genel kredi sözleşmesi ilişkisi kapsamında kullanılan bir nakit paranın faizi ile birlikte bankaya geri ödenmesi durumunda dahi genel kredi sözleşmesi sona ermediğinden bu sözleşmelerin hukuken karz sözleşmesi olarak tanımlanması gerektiğini öne süren görüşe katılmak mümkün değildir.

Aynı şekilde, karz vaadi görüşü de öncelikle, nakdi kredi dışındaki kredi türlerini kapsam dışı bıraktığı ve ayrıca tarafların genel kredi sözleşmesi ile ortaya koydukları "sözleşme konusu edilen kredilerin kullanımının sağlanması" yönündeki irade beyanı ile da uyuşmadığından kabul edilebilir değildir. Taraflar, genel kredi sözleşmesi akdetmekle ileride başka bir kredi sözleşmesi akdetmek gibi bir irade ortaya koymadıkları gibi bankacılık uygulamasında da genel kredi sözleşmelerine konu edilen kredilerin somut olarak kullanılabilmesi amacıyla bağımsız ve münferit sözleşmeler de akdedilmemekte ve tüm işlemler mevcut genel kredi sözleşmesi üzerinden yürümektedir.

Çok aşamalı sui generis sözleşme görüşünün de genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğini tam olarak açıklayamadığı; zira bu görüşün kabulü halinde, tarafların sözleşme imzalamakla beyan ettikleri irade ile uyuşmayan bir durumun ortaya çıktığı görüşündeyiz. Gerek banka, gerekse kredi kullananın, genel kredi sözleşmesi imzalamaktaki niyeti ve

bu sözleşmenin imzalanması ile ortaya çıkan borç ilişkisi bir “kredi verme hazırlığı” değil; doğrudan doğruya kredi kullanan tarafa, kredi sözleşmesi konusu nakdi ve gayri nakdi kredilerin kullandırılması olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanımızca genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğini en iyi açıklayan görüş tek aşamalı sui generis sözleşme görüşüdür. Sözleşmenin, Borçlar Kanunu'nun sözleşme kalıpları içine oturmaması nedeniyle sui generis karakter taşıması bir yana; sözleşmenin tek aşamadan oluşması yani somut kredi uygulamaları sözleşmenin imzalanması aşamasından sonra kullanıma sunulsa dahi genel kredi sözleşmesinin taraflara başlı başına hak ve borçlar yüklemesi, bu görüşün kabulünü haklı kılan en önemli dayanak noktalarıdır. Ancak kredi kullananın tanındığı ileri sürülen yenilik doğurucu nitelikteki “krediyi çekme hakkı” bu görüşün zayıf noktasını teşkil etmektedir.⁷⁰ Zira genel kredi sözleşmesinin konusunu oluşturan kredilerden birisi olan teminat mektubu kredisinde kredi kullananın tek yanlı, varması gerekli, yenilik doğurucu nitelikteki beyanı kredinin kullanılabilmesi için yetmemekte ve banka teminat mektubu kredisinin şartları; banka ile muhatabın akdettiği garanti sözleşmesinin içeriği ile belirlenmektedir. Ancak bu durumda da kredi kullananın sahip olduğu hakkın yenilik doğurucu bir hak değil de kendisine zaten sözleşme ile tanınan ve kredinin kullandırılması yönünde bankaya yönelteceği bir talep hakkı olarak ele alınması durumunda söz konusu görüşün bu zayıf yönünün de bertaraf edilebileceğini düşünüyoruz.⁷¹

Bizim de savunduğumuz, banka genel kredi sözleşmesinin hukuki nitelik itibariyle tek aşamalı sui generis sözleşme olduğu görüşünün en güçlü dayanak noktası, bu sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tip sözleşmelerden hiçbirisine uymadığıdır. Bu saptamadan çıkan sonuç, bu sözleşmeye sözleşmenin içeriğindeki hükümlerin öncelikle uygulanacağı; sözleşme içeriğinde ele alınmayan noktalarda da Borçlar

⁷⁰ Bu yönde: **Akipek**, sh.40-41.

⁷¹ Aynı yönde: **Akipek**, sh.42.

Kanunu'ndaki tip sözleşmelerin ilgili hükümlerinin kıyasen tatbik edileceğidir.

Nakdi krediler bakımından kıyasen uygulanabilirliği en fazla mümkün olan karz sözleşmesi ile ilgili, ödünç alan kimsenin borcunu ifa etmekte acze düşmesi halinde ödünç verenin taahhüdünden dönebilmelerini düzenleyen BK md.310 hükmü, genel kredi sözleşmeleri açısından tatbik edilebilir bir düzenlemedir.⁷² Bunun gibi, geri ödenmesi için herhangi bir vade veya ihbar müddeti öngörülmemiş bir karz sözleşmesinin varlığında, borcun ilk talepten itibaren altı hafta içinde geri verilmesi gerektiği yönündeki BK md.312 hükmü de ancak; bankanın kredi ilişkisine son verip kredi konusu alacağını ne zaman ve ne şekilde geri talep edeceği ile ilgili bir hüküm içermeyen genel kredi sözleşmeleri bakımından uygulanabilme imkânına sahiptir.⁷³ Aynı şekilde, taraflardan birinin iflâsı ile cari hesap sözleşmesinin sona ereceğine dair TTK md.96 / f.III ve belirsiz süreli cari hesap sözleşmesinin taraflarca her zaman feshi ihbar yoluyla sona erdirilebileceğini düzenleyen TTK md.96 / f.II hükmü, genel kredi sözleşmelerine uygulanabilecek diğer yasa maddeleri arasındadır. Özellikle sonuncu zikredilen madde, kredi kullanan tarafın sözleşme ilişkisini tek yanlı fesih beyanıyla sona erdirebilmesi yönünde herhangi bir hüküm içermeyen kredi sözleşmeleri bakımından uygulanabilir ve kredi kullananın yapacağı fesih bildirimini sözleşmenin son bulmasının hukuki dayanağını da TTK md.96 / f.II düzenlemesi oluşturur. Ancak bunlara rağmen, banka genel kredi sözleşmelerinin, taraflar arasındaki her türlü muhtemel hukuki ilişkiyi en ince ayrıntısına kadar düzenleyen yapısı; kanunlardaki tip sözleşmelerin ilgili hükümlerinin genel kredi sözleşmelerine kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüşlerin geçerliliğinin yitirilmesine yol açmıştır, düşüncesindeyiz.

⁷² Aynı yönde: **Tandoğan**, C.I/2, sh.333

⁷³ Teorik açıdan bu görüş doğru olmakla birlikte uygulamada, bankalar tarafından hazırlanan standart genel kredi sözleşmelerinde bankanın, kredi alacağını geri ödenme vadesi ve geri ödeme talebinin yöntem ve içeriği hakkında herhangi bir düzenleme içermemesi düşünülmemeyeceğinden; BK md.312 hükmünün genel kredi sözleşmelerine uygulanabilmesinden bahsetmek kanımızca mümkün değildir.

2. Bölüm

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL GEÇERLİLİĞİNİN BELİRLENMESİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER

I. Banka Kredi Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu

A. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı Ve Genel İşlem Şartlarının Ortaya Çıkışı

1. Sözleşme Özgürlüğü :

Borçlar Hukukunun en temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü kavramı, üzerinde yoğun tartışmalar yapılmış bir kavramdır. Özgürlük kavramı ile olan yakın ilişkisi nedeniyle söz konusu soyut gerçekliğin tarihi süreç içinde kazandığı görünümlere paralel olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi de değişik tanımlamalara maruz kalmış; günümüzde ise hukuk sistemlerinin referans aldığı bir kurum haline bürünmüştür.⁷⁴

1982 Anayasasının “Sosyal Haklar ve Ödevler” başlıklı 3. bölümünde ve “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddede, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” demek suretiyle anayasal güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü kavramı genel olarak kişilerin borçlar hukuku alanındaki hak ve yükümlülüklerini ve akdi ilişkilerini özgür iradeleriyle belirleyebilmeleri olarak tanımlanmaktadır.⁷⁵ Sözleşme özgürlüğü olgusunu bir üst kavram

⁷⁴ Sözleşme özgürlüğü kavramının tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Mehtap İpek, Sözleşme Özgürlüğü Kavramı ve Günümüzdeki Sınırlamaları, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2002, sh.29 vd.

⁷⁵ Sözleşme özgürlüğü kavramının değişik tanımlamaları için bk. Oğuzman / Öz, sh.19; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İst.2003, sh.19; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İst.1993, sh.26 vd.; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1, 4. Bası, Ankara 1985, sh.9; Turgut Akıntürk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, İstanbul 2004, sh.53; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2003, sh.266; Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel

olarak ele alıp bu olgunun borçlar hukuku alanındaki fonksiyonları incelendiğinde ise sözleşme özgürlüğü ilkesinin öncelikle sözleşme kurup kurmama serbestisi olarak karşımıza çıktığı; ardından da kurulan sözleşmenin karşı tarafını seçebilme, sözleşmenin içeriğinin özgürce belirlenebilmesi, sözleşmenin istenilen şekilde akdedilebilmesi ve sözleşmenin istenildiğinde değiştirilebilme ve ortadan kaldırılabilme serbestisi şeklinde alt ayrımlara tabi olduğu görülür.⁷⁶ Bu itibarla, BK md.19 / f.II ve md.20'de ifadesini bulan genel sınırlamalar ve sözleşmesel ilişkilerin ulaştığı boyut dikkate alındığında, sözleşme özgürlüğünün tâbi olduğu özel nitelikli ve güncel sınırlamalardan da bahsedilmelidir.⁷⁷

2. Genel İşlem Şartları Problemi :

Sanayi devrimini takip eden dönemde toplumsal ilişkilerin karmaşıklaşması, ekonomik alanda yaşanan gelişme ve bunun sonucunda görülen tekelleşmeler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin unsurlarını törpülemeye başlamış ve artık taraflar, akdedecekleri sözleşmenin içeriğini karşılıklı olarak müzakere ederek değil; standart ve genel nitelikli hükümler koymak yoluyla tayin etme sürecine girmişlerdir. Yukarıda sözü edilen toplumsal ve ekonomik alanda yaşanan gelişmenin bir sonucu olan ve bu anlamda ihtiyaç halini alan "kitle sözleşmeler" yepyeni bir sözleşme modeli olarak ortaya çıkmış ve banka işlemlerinden taşıma anlaşmalarına, alım-satım akitlerinden seyahat düzenleme sözleşmelerine kadar bir çok hukuki ilişkinin temelini oluşturur hale bürünmüşlerdir.⁷⁸ Günümüzde işletmelerin sunduğu mal ve hizmetlerin birbirine benzer hale gelmesi ve bunun bir

İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, sh.26 vd; Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, sh.16; İpek, sh.13;

⁷⁶ Tandoğan C.I/1, sh.9 vd.; İpek, sh.24; Karş. Pierre Tercier, Le Droit des Obligations, 2e édition, Zurich 1999, sh.100. Yazar, sözleşme özgürlüğü ilkesinin esas itibarıyla sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilmek ve sözleşme modalitelerini özgürce belirleyebilmek biçiminde iki ana kategoride sınıflandırmıştır.

⁷⁷ Sözleşme özgürlüğü ilkesi günümüzde, sosyal devlet anlayışına paralel olarak; tüketicinin, rekabetin ya da işçinin korunması amaçlı özel yasal düzenlemeler yoluyla da sınırlandırmakta ve bu yöndeki eğilimler artış göstermektedir. İpek, sh. 85 vd.

⁷⁸ Eren, sh.197-198; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.155; Mehmet Bahtiyar, Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması, YD. C.22, s.12, Ocak-Nisan 1986, sh.78; Atamer, GİŞ, sh. 58-59; İpek, sh.102.

sonucu olarak, sunulan bu mal ve hizmetlerin unsurlarında standart düzenlemeler yapma ihtiyacı, zaman ve emek tasarrufu sağlamak ve belki de en önemlisi, işletmelerin ileride ortaya çıkma ihtimali olan sözleşmesel ve ya da başka kaynaklardan doğabilecek sorumluluklarını ortadan kaldırmak veya asgariye indirmek gibi gerekçelerle standart içerikli sözleşmeler çok sık kullanılmakta ve bu standart (ya da kitlesel-formüler) sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel nitelikli kayıtlar da genel işlem şartları⁷⁹ olarak anılmaktadır.⁸⁰

Kurulacak sözleşmenin şartlarını oluşturan, yürürlüğe girmesi planlanan somut sözleşmeden önce genel olarak düzenlenen, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanan ve sözleşmeye dahil edilmek amacıyla sözleşmenin diğer tarafına sunulmaları gereken genel işlem şartlarının⁸¹ ortak özellikleri, bu tür kayıtların soyut nitelikli kurallar olmaları, genel ve standart mahiyette düzenlenmeleri ve tek yanlı belirlenmeleridir.⁸² Sözleşme özgürlüğü kavramının günümüzde kazandığı sosyal boyut ve genel adalet anlayışı çerçevesinde, ticari ve toplumsal ilişkilerin vazgeçilmez unsuru haline gelen genel işlem şartlarının ön

⁷⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, md.20'de genel işlem koşulları, "*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmelerde kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*" olarak tanımlanmıştır.

⁸⁰ Şartları önceden ve genel nitelikte hazırlanan kitlesel sözleşmeler açısından doktrinde bir alt ayrıma gidilmekte ve sözleşmenin bütün hükümlerinin tek yanlı olarak belirlendiği sözleşmeler iltihaki sözleşme (contrat d'adhésion) olarak adlandırılmaktadır. Özellikle kara, hava ve deniz taşıma sözleşmeleri ile kamu hizmeti sunan kuruluşlarla akdedilen sözleşmeler, oluşum tarzı bakımından iltihaki sözleşme kavramı ile açıklanmasına karşın; sözleşen taraflara ilişkin bilgilerin ve bir takım tali kuralların karşılıklı görüşmeler yoluyla belirlendiği ve standart kayıtlar bakımından ise genel işlem şartlarına yollama yapıldığı veya bu kayıtların doğrudan sözleşmeye dahil edildiği akıtlar ise "genel işlem şartlarına yollama yapılan akıtlar" veya "genel işlem şartı niteliğinde hükümler içeren sözleşmeler" olarak vasıflandırılmaktadır. **Oğuzman / Öz**, sh.21; **Eren**, sh.197. Yargıtay da iltihaki sözleşmeleri "bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeler" şeklinde tanımlamaktadır. Y.4. HD.' nin 16.6.1975 t. ve 1975 / 3743 E., 1975 / 7667 K. sayılı kararı. YKD, C.1, s.6, Haziran 1976, sh.818. Aynı yönde, Y. 3. HD.' nin 2.6.1998 t. ve 1998 / 4263 E., 1998 / 6098 K. sayılı kararı. YKD, C.24, s.8, Ağustos 1998, sh.1141-1142.

⁸¹ **Atamer**, GlŞ, sh.62 vd.

⁸² **Nihat Yavuz**, Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi, YD, C.25, s.4, Ekim 1999, sh.572.

incelemelere tabi tutulması ve içeriklerinin olağan sözleşmelere göre daha sıkı bir şekilde denetlenmesi gerektiği yönündeki düşünce genel olarak kabul görmekte, bir kısım ülkeler bu yönde yasal düzenlemeler getirmekte⁸³ veya yargısal içtihatlar yoluyla bu konuda çeşitli kriterler benimsenmektedir.

B. Banka Genel İşlem Şartlarının Hukuki Mahiyeti

Bankacılık işlemlerindeki çeşitlenme ve bankalar tarafından sunulan bu çok çeşitli hizmetlerin toplumun tüm kesimlerine ulaştırılması sonucu bankacılık alanında da, söz konusu işlemleri hızlandırmak, standartlaştırmak ve uyumsuzluk halinde bankanın üstlenmek zorunda kalacağı riskleri asgariye indirebilmek amacıyla genel işlem şartları ihtiva eden tip sözleşmeler yaygınlaşmış ve günümüzde “genel işlem şartları” problemine değinilirken, bankalarla akdedilen sözleşmelerin içeriği ilk planda akla gelir olmuştur. Bu gelişmelerin sonucu olarak, bankaların sunduğu çeşitli hizmetlerin genel çerçevesini teşkil eden mevduat ve genel hesap sözleşmeleri, tüketici kredisi ve genel kredi sözleşmeleri, kiralık kasa sözleşmeleri, dış ticaretin finansmanına yönelik sözleşmeler ve benzeri hukuki ilişkiler içinde yer alan tüm şart ve kayıtlar ve özellikle faiz, komisyon, mali yükümlülükler, banka kayıtlarının kesin delil niteliği, sözleşmenin sona erme şartları, yetkili mahkeme, uygulanacak hukuk, akreditif açma kayıtları ile diğer tüm akdi düzenlemeler, bankalarca kendi uzman personeline tek taraflı ve soyut ilişkiler göz önünde tutulmak

⁸³ Genel işlem şartlarının yasal çerçeveye oturtulması ve içeriklerinin denetlenmesi konusunda Almanya’ da 9 Aralık 1976 tarihinde “Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yasa” kabul edilmiş ve söz konusu ülke bu alanda öncü rol oynamıştır. Anılan Yasa, daha sonra 31.12.2001 tarihinde yürürlükten kaldırılarak Borçlar Hukuku’nun modernleştirilmesi çalışmaları paralelinde Alman Medeni Kanunu’nun “Borç İlişkileri Hukuku” başlıklı ikinci kitabına aktarılmıştır. Karşılaştırmalı hukukta genel işlem şartlarının denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, sh.43 vd.; Atamer, GİŞ, sh.40 vd.

suretiyle hazırlatılan ve dolayısıyla banka müşterisinin üzerinde tartışma imkânına sahip olmadığı standart düzenlemeler niteliğindedir.⁸⁴

Bankaların tip sözleşmelerinin ve inceleme konumuz itibariyle genel kredi sözleşmesinin barındırdığı bu tür genel nitelikli hükümler dolayısıyla bu kayıtların geçerliliği problemi önem kazanmakta ve bu kayıtların hukuk alanında geçerli olarak varlık kazanıp kazanamayacakları meselesi, bunlara uygulanacak geçerlilik ölçütleri açısından değerlendirmelere tâbi tutulmaktadır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüş; büyük işletmelerin ve bu anlamda akla ilk gelen kurumlar olan bankaların sahip olduğu ekonomik güç, müşteri karşısındaki tavizsiz konumları ve ileride ortaya çıkması muhtemel tüm olumsuzlukları önceden engelleme çabaları nedeniyle, sözleşmelerdeki bu tür kayıtları kazüistik bir yöntem kullanarak sözleşmelere dahil ettiklerini ve böylece bankanın bu anlamda, müşterisini iradesiz bırakarak genel nitelikli kurallar koyabilme gücü elde ettiklerini öne sürmektedir.⁸⁵ Bu durum, özelde banka; genelde tüm genel işlem şartlarının hukuki niteliğinin tartışılması sonucunu doğurmuş ve bunların objektif hukuk normu oldukları öne sürülmüştür.⁸⁶ Ancak günümüzde doktrindeki yaygın görüş, bu tür kayıtların objektif hukuk normu niteliğinde olmadıkları ve ancak banka ile müşteri arasında münferit sözleşmenin akdedilmesi ile bağlayıcılık kazanacakları, dolayısıyla da bunların hak ve yükümlülük doğurucu etkisinin taraflarca hukuki işlem yoluyla kabul edilmesine bağlı olduğu yönündedir.⁸⁷ Bu görüşe göre, genel kayıtlar içeren bu tür sözleşmelerin önceden tek taraflı olarak hazırlanması

⁸⁴ Ünal **Tekinalp**, Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Ernst E. Hirsch' in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, sh.123-124.

⁸⁵ Ahmet **Battal**, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001, sh.184; Rona **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, sh.208.

⁸⁶ Bu görüşte: **Grosman-Doerth**, Selbgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht, Freiburg 1933, sh.6 vd. (Havutçu sh.95'den naklen) Genel işlem şartlarının hukuk normlarından farkı ve bu konu ile ilgili tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Atamer**, GİŞ, sh.77 vd.

⁸⁷ Bk. bu görüşte, **Kaplan**, GİŞ, sh.54; **Tekinalp**, GİŞ, sh.125, **Eren**, sh.199; **Atamer**, GİŞ, sh.78; **Havutçu**, sh.102-103; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.157; **Oğuzman / Öz** sh.21; **Bahtiyar**, GİŞ, sh.88.

bunların geçerliliğini olumsuz olarak etkilememekte ve borç sözleşmelerinin tâbi olduğu genel sınırlamalar çerçevesinde ve tarafların karşılıklı irade uyuşmalarının bulunması durumunda⁸⁸ bu tür sözleşmeler geçerli olarak hak ve yükümlülük doğurabilmektedir.

II. Banka Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kayıtların Tâbi Olacağı Genel Hukuki Sınırlamalar

Genel kredi sözleşmeleri de diğer hukuki işlemler gibi Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarını teşkil eden genel sınırlamalara tâbidir ve ancak bu sınırlar içinde kalmak kaydıyla hak ve borç doğurucu etki meydana getirebilir. Aşağıda, genel işlem şartı niteliğinde kayıtlar ihtiva eden banka genel kredi sözleşmelerindeki söz konusu kayıtların içerik denetiminde kullanılan ve esas itibariyle BK md.19 / f.II ve BK md.20 / f.I' de düzenlenmiş genel sınırlamalar ile; gabin ve hakkın kötüye kullanılması yasağı müesseseleri hakkında genel bilgiler verilecek ve bu sınırlamaların banka genel kredi sözleşmelerine olabilecek muhtemel etkileri incelenecektir.⁸⁹

⁸⁸ Müşterinin açığa vurduğu irade beyanları ile ilgili doktrinde açık kabul, örtülü (zımni) kabul ve global kabul (Müşterinin, kendisine sunulan genel işlem şartı niteliğindeki sözleşmeyi ve söz konusu standart kayıtları okumadan ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi edinmeden sözleşme içeriğini kabul etmesi) yapılmakta ve bu tür irade beyanları karşısında takınılan tavır, genel işlem şartlarının müşteri açısından bağlayıcılığı ve bunların yürürlük denetimi noktasında önem taşımaktadır. Genel işlem şartları ile ilgili irade beyanları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Atamer**, GİŞ, sh.99 vd; **Havutçu**, sh.109 vd.

⁸⁹ Doktrinde, sözleşmelerdeki genel nitelikli standart kayıtlar hakkında, bunların içerik denetimlerine girilmeden önce, öncelikle bu kayıtların sözleşmenin bir parçası olup olamayacaklarının incelenmesi gerektiği yönünde öneriler getirilmektedir. Yürürlük denetimi adı verilen bu yöntemle, inceleme konusu standart kaydın sözleşmenin içeriğini oluşturmadığı sonucuna varılırsa artık söz konusu genel işlem şartı içeren sözleşmenin içerik denetimine tâbi tutulup bu kayıtların Borçlar Kanunu'ndaki geçerlilik süzgeçlerinden geçirilmesine gerek kalmayacaktır. (Bu görüşte olarak bk. dn. 178'de isimleri zikredilen yazarlar.) Bu doğrultuda Borçlar Kanunu Tasarısının "yazılmamış sayılma" başlıklı 21. maddesinde genel işlem şartlarının yürürlük denetimi ele alınmakta ve md.21 / f.I'de karşı tarafın menfaatine aykırı düzenlemeler getiren genel işlem şartlarının bağlayıcılık kazanabilmesi ve yürürlüğe girebilmesi (tasarı, "genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi" terimini kullanmaktadır) için bu şartları (veya genel işlem şartı niteliğinde hükümler barındıran sözleşme metnini) düzenleyen tarafın karşı tarafa bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlaması ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır. Aynı maddede, bu zorunluluklara aykırı davranışın yaptırımını olarak, genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı ifade

A. Emredici hukuk kurallarına aykırılık açısından

1. Emredici hukuk kurallarının nitelik ve fonksiyonları :

Geçmişten günümüze, ait oldukları toplumda belirli bir düzen tesis etme amacına yönelmiş tüm hukuk sistemleri; yazılılık unsuru taşımasa ve “töre” esasına dayansa dahi bazı emredici kurallara ve yaptırıma bağlı normlara sahip olagelmışlerdir.⁹⁰ Hukukun “buyurucu” karakterinin bir görünümü olarak ortaya çıkan bu kurallar⁹¹ günümüzde kamu hukuku alanında etkisini yoğun şekilde hissettirmekte ancak özel hukuk alanında ve özellikle borçlar hukukunda, sözleşme özgürlüğü ilkesi paralelinde oldukça sınırlı bir uygulama sahasına sahip bulunmaktadır. Böyle olmasına rağmen, bir sözleşmenin ya da münferit bir hükmün geçerliliğinin tespitinde yalnızca spesifik bir hukuk dalındaki emredici hükümler değil; hukuk düzeninin emredicilik özelliği attettiği tüm normlar dikkate alınmalıdır.⁹² Bu anlamda, sözleşmenin taraflarınca aksi kararlaştırılmayan ve mutlak surette uyulması gereken kurallar⁹³ emredici

olunmaktadır. Doktrinde, yürürlük denetimi kriterlerine uymayan genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmamaları gerektiği yönünde beliren görüşlere paralel olarak seçildiği anlaşılan bu ifade ile aslında, klasik borçlar hukuku teorisindeki, yürürlüğe girmiş bir sözleşme içerisinde düzenlenen bir hükmün belli koşullar altında “kesin hükümsüzlük” yaptırımına tâbi olarak geçersiz sayılmasından farklı ve sadece genel işlem şartlarına özgü olarak getirilen “yürürlük denetimi kriterlerine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme içeriğinden dahi sayılmaması” şeklinde özel bir geçersizlik türünün hukuk sistemimize dahil olacağına kabulü gerekir. Genel işlem şartlarına uygulanabilecek yürürlük denetiminin nitelik ve şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Atamer**, GlŞ, sh.81 vd.

⁹⁰ Hüseyin **Hatemi**, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989, sh.247.

⁹¹ Vecdi **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6. Bası, İstanbul 1991, sh.56 vd.; Adnan **Güriz**, Hukuk Felsefesi, 5. Bası, Ankara 1999, sh.22.

⁹² Bk. bu görüşte, Hüseyin **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 kuralı), İstanbul 1976, sh.140; **Oğuzman / Öz**, sh.73; **Eren**, sh.286; **Başpınar**, Kısmi Butlan, sh.126; **İpek**, sh.52, Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002, sh.55; **Atamer**, GlŞ, sh.146; Şener **Akyol**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, sh.141.

⁹³ Emredici hukuk kuralları kendi içinde mutlak emredici hükümler ve nisbi emredici hükümler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Mutlak emredici hükümler, emredici hukuk kuralları için verilen tanım paralelinde hiçbir surette aksine düzenleme yapmanın mümkün olmadığı normlardır. Nisbi (tek taraflı) emredici hukuk kuralları ise taraflar arasındaki asgari şartları belirleyen ve sözleşmenin bir tarafı lehine iyileştirme yapma imkanının bulunduğu hukuk normları olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha çok sosyal koruma amacının ağır bastığı hukuk dallarında görülen

hukuk kuralları (dispositions impératives) olarak tanımlanmakta;⁹⁴ hangi durumların emredici hukuk kurallarına aykırılık yaratacağı konusunda da özellikle, sözleşmenin ortaya çıkardığı sonucun hukuka aykırı olması, sözleşme ile üstlenilen edimlerin hukuka aykırılık oluşturması ve sözleşen tarafların güttüğü amacın hukuka aykırı bulunması üzerinde durulmaktadır.⁹⁵

Toplumdaki asgari düzeni ve hukuk düzeninin temel taşı niteliğindeki ilkeleri koruma amacı güdülerek konulan emredici hukuk kurallarının tanımını bu şekilde yaptıktan sonra ikinci aşama, yasalarda ve diğer normlarda ifadesini bulan emredici hükümlerin tespit edilmesidir. Burada bize yol gösterecek olan kıstaslar ise, söz konusu hükmün lafzı, korumak istediği menfaat ve konuluş amacıdır.⁹⁶ Bir hükmün yasada yer alan ifadesinden, o hükmün belirttiği durumun aksinin yapılamayacağı açık olarak anlaşılabilir gibi kamusal bir menfaatin korunduğu durumlarda da söz konusu müesseseyi düzenleyen hükmün emredici mahiyet taşıdığı noktasında tereddüt edilmemelidir. Yasalardaki emredici nitelikli hükümler dışında kalan düzenlemeler ise, doktrindeki yaygın sınıflandırmaya uygun olarak⁹⁷, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları olarak adlandırılmaktadır. Yasanın kesin bir şekilde uyulmasını emrettiği ya da herhangi bir davranış biçimini kesin olarak yasakladığı normlar dışında

nisbi emredici hukuk kurallarına iş hukuku alanında sıklıkla rastlanabilmektedir. **Eren**, sh.287.

⁹⁴ Benzer tanımlar için bk. Ergun **Özsunay**, Medeni Hukuka Giriş (Medeni Hukuk), 5. Bası, İstanbul 1986, sh.183; **Oğuzman / Öz**, sh.73; M. Kemal **Oğuzman / Nami Barlas**, Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 11. Bası, İstanbul 2004, sh.59; **Eren**, sh.286; **Akıntürk**, sh.54; Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Bası, İstanbul 1976, sh.249; Haluk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2004, sh.44. Yargıtay, bir kararında emredici hukuk kurallarını, "Emredici normlar herkese hitap eden, herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır. Bir sözleşmenin kendisi veya muhtevası emir veya yasayı koyan bir normla çeliştiği, ona aykırı olduğu zaman hukuka aykırı sayılır." şeklinde tanımlamıştır. Y. 4. HD' nin 3.6.1985 tarih ve 2315 E. ve 5606 s. kararı, Mustafa Reşit **Karahasan**, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İstanbul 1996, sh.228.

⁹⁵ Pierre **Engel**, Traité des Obligations en Droit Suisse – Dispositions Générales du CO, 2e édition, Berne 1997, sh.275 vd.

⁹⁶ **İpek**, sh.53.

⁹⁷ **Oğuzman / Barlas**, sh.61; **Özsunay**, Medeni Hukuk, sh.183;

kalan alanlarda, borçlar hukukunun temel ilkesi olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir ve taraflar, hukuki işlemlerin tâbi olduğu diğer sınırlamalar içinde kalmak koşuluyla bu alanları kendi özgür iradeleriyle düzenleyebilirler. Ayrıca, emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturan bir sözleşmeyi yapma imkânı bulunmayan tarafların, o sözleşmenin amacına, hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak yoluyla ulaşma çabalarının da yine emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturacağı kabul edilmelidir.⁹⁸

Emredici bir hukuk normuna aykırı bir sözleşme BK md.20 / f.1 uyarınca kesin hükümsüzdür. Bu anlamda kesin hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşan bir sözleşme kesin olarak ve baştan itibaren geçersizdir ve taraflarca yeniden canlandırılabilmesi mümkün değildir.⁹⁹ Kesin hükümsüzlük hali, herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da re'sen dikkate alınmak zorundadır.¹⁰⁰

2. Kanunlarda Yer Alan ve Banka Kredi Sözleşmelerinin İçerik Denetiminde Kullanılan Başlıca Emredici Hükümler :

Bütün sözleşmeler gibi banka genel kredi sözleşmeleri de hukuk düzeninin emredicilik fonksiyonu yüklediği kurallara uygun olmak zorundadır. İçerik denetimi kriterleri içinde emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturduğu için geçersiz olan hükümlere sıklıkla rastlanmakta ve bunlar genellikle sorumsuzluk kayıtları şeklinde karşımıza çıkmaktadır.¹⁰¹

⁹⁸ Kanuna karşı hile olarak adlandırılan söz konusu durumda, emredici hukuk kuralı haline getirilen ve böylece koruma altına alınan hukuki menfaatin amacının tespit edilmesi önem taşımaktadır. Buna göre, yasak edilen amaç, tarafların istediği sonuçla yakından ilgili olarak değerlendirilebiliyorsa bu durumda, yasak edilen amacı elde etmeye yönelik taraflarca yapılan sözleşme de butlan müeyyidesi ile karşılaşır. **Tunçomağ**, Genel Hükümler, sh.253.

⁹⁹ BK md.20, uygulanacak müeyyide bakımından yalnızca "kesin hükümsüzlüğü" düzenlemiş olmasına rağmen, doktrinde, söz konusu emredici hükmün ihlali halinde özel olarak başka bir yaptırım öngörülmeleyen durumlarda sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Nitekim, Alman Borçlar Kanunu'nda açıkça ifade edilen bu durum, "özel kural genel kuraldan önce gelir" ilkesinin de bir görünümü olarak ifade edilmektedir. Bk. bu görüşte: **Hatemi**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, sh.144.

¹⁰⁰ **Oğuzman / Öz**, sh.131.

¹⁰¹ **Atamer**, GİŞ, sh. 147.

Bk md. 99 / f.I, hile ve ağır kusur hallerinde borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran akdi düzenlemelerin batıl olduğunu açıkça hüküm altına almış; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise hafif kusur halinde borçluyu sorumluluktan kurtaran kayıtların geçerliliği, alacaklının borçlunun hizmetinde olması veya lehine sorumsuzluk kaydı bulunan kişinin sorumluluğunun kamusal bir otorite tarafından bahşedilen bir imtiyaz suretiyle gerçekleşen iş sonucunda doğması durumunda hakim takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu doğrultuda, banka genel kredi sözleşmesinin içeriğinde, bankanın, sözleşmenin işleyişi esnasında müşterinin uğrayacağı zararlardan dolayı sorumluluğunun bulunmadığı veya yalnızca “kastından” sorumlu olacağı yönündeki kayıtlar Borçlar Kanunu’nun öngördüğü kesin hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşır. Borçlar hukuku anlamında sorumsuzluk kayıtları ve genel kredi sözleşmelerindeki sorumsuzluk kaydı niteliğindeki düzenlemeler ileride özel olarak ele alınacağından, ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.¹⁰²

Sorumsuzluk kayıtlarının dışında, Yargıtay kararlarına yansıyan ve banka genel kredi sözleşmesinde yer alan “ taraflar arasındaki kredi ilişkisinde hesap kat edildikten sonra oluşan temerrüt faizinin anaparaya ilave edilip tekrar faiz yürütüleceği” yönündeki hükümler de TTK md. 8 ve 94’te düzenlenen bileşik faiz hükümlerine aykırılık oluşturmakta ve bu nedenle de emredici hükümlere aykırılıktan dolayı kesin hükümsüzlük yaptırımını bu tür sözleşme düzenlemelerine de uygulanmaktadır.¹⁰³ Yine, zamanaşımı ve vekalet ücreti oranları ile ilgili mevcut yasal emredici kurallara aykırılık içeren sözleşme hükümlerinin ve borçlunun tüm maaşının, kendisinin bankaya olan borçlarına mahsup edileceğine yönelik akdi düzenlemelerin¹⁰⁴ de aynı şekilde, açık yasal normlar karşısında kesin hükümsüz kabul edilmesi gerekmektedir.

¹⁰² Bk. sh.135 vd.

¹⁰³ Y.11. HD.’ nin 25.02.1999 t. ve 1998 / 9561 E.; 1999 / 1557 K. sayılı kararı. Yasa HD., C.18, s.208, Mart 1999, sh.362-363.

¹⁰⁴ Banka ile müşteri arasındaki bireysel bankacılık hizmetleri (kredi kartı) sözleşmesinde yer alan ve borçlunun tüm maaşının kredi kartı borcuna mahsup edileceği yönündeki kaydın, maaşın tümünden feragat etme anlamına geleceği ve bu yönüyle hukuken geçersiz olduğu; bu hükmün, İİK md. 83 / f.II uyarınca bankanın

B. Ahlâka Aykırılık Açısından

1. Genel Olarak Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Yaptırımı :

Hukuki işlemlerin denetimi faaliyetinde bir emniyet supabı işlevi gören¹⁰⁵ ve hukuk normları karşısında geçerli olsa bile bir toplumdaki genel ahlâk anlayışını ciddi şekilde zedeleyen bir hukuki işlemi geçersiz kılan söz konusu denetim ölçütünün atıf yaptığı genel ahlâk kavramı, “belli bir zaman kesitinde makul, orta zekalı ve dürüst kimselerce benimsenen düşünce ve yorumlar” şeklinde tanımlanmakta¹⁰⁶ ve dikkate alınacak “ahlâkilik” ölçütünün yargıcın kendisinin ya da tarafların ahlâk anlayışı değil, objektif nitelikteki ve toplumdaki dürüst düşünce yapısına sahip insanların ortak görüşü olması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁷ Ahlâk kurallarının belirsizliği ve değişkenliği ve bu yönüyle de kötüye kullanımlara açık olması karşısında insan hak ve özgürlüklerinin tehlikeye düşmesine dikkat çeken bazı yazarlar, genel ahlâk kavramını tanımlarken toplumca benimsenen etik değerlerin “asgarisinin” ölçüt olarak alınması gerektiğine de özellikle vurgu yapmaktadır.¹⁰⁸ Dolayısıyla, genel ahlâk kriterini bir sözleşmenin geçerliliği probleminde uygulama yoluna giden yargıç sübjektif tarzda ve belli bir toplum kesiminin ahlâk anlayışını değil,

alacağına karşılık maaşın ¼ ‘ü oranında mahsuba yetkili olduğu anlamında ele alınacağına yönelik Y.11. HD.’nin 9.10.2000 t. ve 2000 / 6909 E., 2000 / 7670 K. sayılı kararı için bk. BATIDER, C.XXI, s.1, Haziran 2001, sh.306 vd.

¹⁰⁵ **Atamer**, GlŞ, sh.151.

¹⁰⁶ Benzer tanımlamalar için bk: **Oğuzman / Öz**, sh.75; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.398; **İpek**, sh.66; **Safa Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2002, sh.108; **Tunçomağ**, Genel Hükümler, sh.254; **Akıntürk**, sh.55; **Eren**, sh.291; **Kılıçoğlu** Borçlar Hukuku, sh.57; **Nomer**, sh.45; **Karahasan**, Genel Hükümler, sh. 275; **Başpınar**, Kısmi Butlan, sh.136; **Atamer** GlŞ, sh. 152.

¹⁰⁷ **Eren**, sh.291; **Safa Reisoğlu**, sh.108; **Oğuzman / Öz**, sh.75; **Akıntürk**, sh.55. Yargıtay, başlık parasını ahlâka aykırı olarak niteleyen kararlarında, “başlık” ediminin, doğurduğu sonuçlar bakımından toplumu ileri medeniyet düzeyine götürmeye yönelik genel ahlâk ve düşüncelere aykırı düştüğüne işaret etmekte ve genel ahlâk kavramına, toplumu uygar bir yaşama düzeyine çıkarma gibi bir fonksiyon da yüklemektedir. Y. 11. HD’ nin 15.11.1976 t. ve 4887 E., 4912 K. sayılı kararı. **Karahasan**, Sorumluluk, sh. 241.

¹⁰⁸ Bk. Nihat **Bulut**, Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak, <http://www.jura.uni.-sb.de/turkish/Nbulut.htm>.

topluma mal olmuş ahlâk kurallarını göz önünde bulundurmak durumundadır.

Ahlâk kurallarının zaman içinde değişime uğraması ve günümüzün karmaşık toplum yapısı içinde tüm topluma mal olmuş genel ahlâk kurallarının tespitindeki güçlükler, genel ahlâka aykırılık ölçütünü uygulayacak olan yargıcın görevini zorlaştırmaktadır. Bu durumun, BK md.19' un öngördüğü söz konusu genel ahlâka aykırılık süzgecinin artık görevini yapamaz duruma düşmesi gibi bir tehlike yaratması karşısında doktrinde, konuya daha pozitivist bir açıdan yaklaşılması, ahlâk kurallarının anayasal ilkeler ışığında incelenmesi ve uygulanacak ahlâk normlarının pozitif hukukun atıf yapabildiği doğrultuda olması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.¹⁰⁹

Ahlâka aykırılık durumu, çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Buna göre, bizzat akdedilen sözleşmenin ahlâka aykırı olması, borçlanılan edimin ahlâka aykırı nitelik taşıması ve sözleşmenin amacının ahlâka aykırı nitelikte olması durumlarının her birinin tespitinde söz konusu işlem ahlâka aykırı sayılacak ve bu nedenle de kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır.¹¹⁰

Ahlâka aykırı bir sözleşme ya da bir sözleşmenin ahlâka aykırı nitelik taşıyan bir hükmü, BK md. 20 / f.1' in emredici düzenlemesi gereği kesin hükümsüzdür. Kanun, kesin hükümsüzlük gibi ağır bir müeyyideyi genel ahlâka aykırı hukuki işlemler için de öngörmüş ve genel ahlâka aykırı sözleşmelerin hukuk alanında geçerlilik kazanamayacağını böylelikle açık olarak vurgulamıştır.

¹⁰⁹ Bk. bu yönde **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, sh. 104 vd.

¹¹⁰ **Başpınar**, Kısmi Butlan, sh.137 vd.

2. Ahlâka Aykırılık Yaptırımının Banka Kredi Sözleşmelerindeki Uygulama Alanı:

Sözleşme özgürlüğüne ve bu bağlamda, akdedilen sözleşmelere getirilen sınırlamaları düzenleyen BK md.19 ve 20'deki ölçütlerden biri olan "ahlâka aykırılık" diğer tüm borç sözleşmeleri için olduğu gibi genel kredi sözleşmeleri için de geçerlilik sınırı oluşturur. Ancak doğaldır ki, buradaki sorun ahlâka aykırılık yaptırımının genel işlem şartı niteliğinde standart ve bir örnek kayıtlar içeren genel kredi sözleşmeleri bakımından özel bir uygulama alanı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bir sözleşmedeki edimin süresinin, yüklediği yükün ağırlığının, sözleşmenin diğer tarafının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcılığının ve tekel niteliğindeki işletmelerin bu özelliğini kötüye kullanmasının özel olarak ahlâka aykırılık nedeniyle o sözleşmeyi geçersiz kılacağı doktrinde ifade olunmakta¹¹¹ ve buradan hareketle genel kredi sözleşmesindeki faiz oranlarının geçmişe dönük olarak serbestçe artırılabilmesi ve bankanın, alacağın tümünü muaccel kılabilmesine yönelik hükümlerin, bankaların üstün pozisyonlarını ve güçlerini kötüye kullanmalarının bir görünümünü oluşturduğu düşüncesinden hareketle ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz oldukları öne sürülmektedir.¹¹²

Bu görüşe göre bankaların kredi müşterileri karşısındaki üstün pozisyonlarını kötüye kullanmaları ve söz konusu üstün pozisyonun aslında fiili bir tekel yaratması; "ahlâka aykırılık" ölçütünün ekonomik alanda da uygulanabilirliğinin ön şartı olan -karşı sözleşenin iktisadi özgürlüğünü yok etme ve onu hareketsiz bırakma- gibi fiili durumlar meydana getirmektedir. Dolayısıyla, kredi kullanan tarafın, ihtiyaç duyduğu

¹¹¹ Oğuzman / Öz, sh.77.

¹¹² İsmet Sungurbey, Türkiye'de Bankaların İçyüzü. Bankaların genel kredi sözleşmelerindeki faiz oranlarını geçmişe dönük olarak, diledikleri oranda artırma ve alacağın tümünü muaccel kılma yetkisi veren maddelerin dürüstlük kurallarına ve güven ilkesine aykırı olduğundan sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı gibi, ahlaka aykırılıktan dolayı da batıl olduğu, bu maddeler yüzünden bankalara yapılan ödemelerin geri alınabileceği konusunda etüd, Medeni Hukuk Sorunları, 6.cilt, İstanbul 1994, sh.600; Akyol, Banka Sözleşmeleri, sh.114,115.

krediyi geri öderken bankanın kapital faizi oranını dilediği oranda artırabilmesi veya kredi borcunun banka tarafından dilediği an muaccel kılınabilmesine olanak veren genel kredi sözleşmesi hükümleri BK md.19 ve 20 düzenlemesinin öngördüğü biçimiyle açıkça ahlâka aykırıdır ve bu nedenle de kesin hükümsüz sayılmaları gerekir.

Öte yandan, Anayasa'da ifadesini bulan "Anayasa'nın bağlayıcılığı", "sosyal devlet" ve "iktisaden zayıf olan kişilerin devlet tarafından himaye edilmesi zorunluluğu" ilkelerinden hareket eden bir diğer görüş de, ekonomik olarak üstün bir konumda olan işletmelerin bu ayrıcalıklı statülerini; belli sözleşme hükümlerini kendi yararlarına oluşturmakta kullanmalarının, Anayasa'nın eşitlik ve sosyal devlet ilkelerine aykırı olacağını ve bu durumun özel hukuk alanındaki görünümünün de "kamu düzeni" ve "ahlâka aykırılık" yaptırımına tekabül ettiğini öne sürmüştür.¹¹³ Buna göre, özellikle ekonomik olarak üstün konumda bulunan tarafın, dilediği anda sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması yönünde bir sözleşme hükmü veyahut da, zayıf tarafın sözleşmeden dönme hakkından feragat etmesinin geçersizliğini öngören bir kayıt, ahlâka ve kamu düzenine aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz sayılacaktır.

Genel işlem şartlarının denetlenmesinde kullanılan ölçütlerin izlediği seyir dikkate alındığında bir dönem Alman İmparatorluk Mahkemesi de sözleşenlerden birinin ekonomik gücünü ve tekel niteliğindeki konumunu kötüye kullanmasını ahlâka aykırılık olarak değerlendirmiş,¹¹⁴ yabancı doktrinde de, üstün ekonomik güce dayanarak,

¹¹³ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, sh.216; Rona **Serozan**, Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği, MHAD, No.19, 1990-1991, sh.9 vd. Yazar bu görüşünü, Borçlar Kanunu md.19 ve 20 kurallarının öngördüğü ahlâka aykırılık kavramının belirlenmesi konusunda öğretiyi ve uygulama tarafından benimsenen kriterlerin "klasik ahlâksızlık örneği" olarak nitelenen bir takım durumlardan, giderek, ekonomik yaşam alanına kayması olgusuna dayandırmakta ve bir hukuki işlemin ahlâka aykırı sayılabilmesi için hem sözleşmenin kurulması aşamasında bir aksaklık hem de sözleşmeye konu iradenin ürünü olan işlemin içeriğinde (sözleşmenin düzenlenmesinde) bir terslik bulunması gerektiğini savunmaktadır.

¹¹⁴ **Atamer**, GIŞ, sh. 156; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.162; **Bahtiyar**, GIŞ, sh.91.

özellikle sorumsuzluk anlaşması şeklinde kendini gösteren kayıtlara yer verilerek karşı tarafın bunu kabule zorlanması ahlâka aykırı kabul edilmiştir.¹¹⁵

Doktrinde ifade olduğu şekilde, ekonomik faaliyet özgürlüğünün sözleşmeyle sınırlandırılmasının ahlâka aykırı sayılabilmesi için bu durumun, sözleşen tarafın ekonomik varlığının yok olması tehlikesini yaratacak şekilde mutlak surette alacaklının inisyatifine bırakarak onu alacaklının vesayeti altına sokması, borçluyu adeta iradesiz bırakması ve ekonomik faaliyeti felce uğratması gibi çok ağır şartları bünyesinde barındırması gerekir.¹¹⁶ Buradan hareketle, her borç ilişkisi, hürriyetin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve her sözleşme ilişkisinde taraflar özgürlüklerinden bir ölçüde feragat etmektedirler. Bu açıdan bir sözleşmenin veya bir sözleşme hükmünün “ahlâka aykırılık” nedeniyle kesin hükümsüz sayılabilmesi için yukarıda sayılan ağır koşulların varlığının titizlikle incelenmesi, borçlar hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan pacta sunt servanda (ahde vefa) kuralının ve işlem güvenliği ilkesinin zedelenmemesi açısından zorunludur.

Kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılan ve borçluyu her yönden hareketsiz bırakan ve alacaklının keyfi davranışlarına tâbi kılan sözleşmelerin bu açıdan ahlâka -ve bir anlamda bununla bağlantılı olarak kişilik haklarına- aykırılık yaratıp yaratmadığı tartışmalıdır. Somut olay bakımından bankaya, faiz oranlarını geçmişe dönük olarak artırabilme ve alacağın tümünü muaccel kılma yetkisi veren düzenlemelerin geçerlilikleri konusunda incelememizin üçüncü bölümüne atıf yapmakla beraber, bu tür kayıtların ahlâka aykırılık gerekçesiyle sözleşme içeriğinden dahi sayılmayacakları ve ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlükle sakat oldukları yönündeki görüşlere temkinli yaklaşılması gerektiği kanısındayız.

¹¹⁵ Thomas **Lörtscher**, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im Schweizerischen Kaufrecht unter Besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich, 1977, sh.207-208. (Havutçu, sh.194'ten naklen)

¹¹⁶ İsmet **Sungurbey** / Selim **Kaneti**, Borçlunun kişilik haklarından olan iktisadi faaliyet hürriyetinin hangi ölçüde sınırlandırılması ahlaka aykırı düşer? (Kelepçeleme, kısıktırak bağlama sözleşmeleri), Medeni Hukuk Sorunları, 3.cilt, İstanbul 1976, sh.179.

Zira, bir sözleşmede her zaman bir tarafın menfaatlerini korumaya yönelik hükümler bulunabileceği gibi¹¹⁷ edimi belirleme yetkisinin taraflardan birine bırakılabilmesi de her zaman mümkündür. Böyle bir durumun varlığında devreye girmesi gereken kontrol mekanizması, alacaklının bu hakkını dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde kullanıp kullanmadığının tespitidir.¹¹⁸ Ayrıca unutulmamalıdır ki BK md.19'un ahlâk kavramına yaptığı atıf, toplumun genel ahlâk anlayışına yaptığı atıftır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, incelediği somut olayda bir kelepçeleme sözleşmesinden bahsedilebilip bahsedilemeyeceği ile ilgili uyuşmazlıklarda verdiği ilke kararlarında, kelepçeleme sözleşmesi olarak addedilebilecek ve bu nedenle ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılacak sözleşmelerde hem süreklilik hem de zaman bakımından sınırlandırılmamış şekilde borçlunun alacaklıya belirli bir edim yükümü altına girmiş olması gibi kriterlerin varlığını aramaktadır.¹¹⁹ Bu açıdan, banka genel kredi sözleşmelerinin özellikle faiz oranlarını tek yanlı artırabilme yetkisi veren veya kredi borcunu muaccel kılmada bankaya serbesti tanıyan düzenlemeleri kanımızca sırf bu özellikleri nedeniyle - kelepçeleme hükmü- olarak değerlendirilemezler.

Bankanın, gelişen piyasa şartlarında değişken faiz oranları uygulayabilme serbestisini elinde bulundurması ve kredi kullananın da bunu kabul etmesinin; kredi borçlusunu "bankanın hareketsiz bir aleti" veya "iktisaden bankaya bağımlı bir köle durumuna getirmesi" anlamına geldiğini söylemek çok güçtür. Aynı şekilde, borçlunun finansal durumu ve ekonomik konjonktürün anlık değişimleri karşısında kredi borcunu muaccel kılabilme yetkisinin bankaya verilmesi -salt bu nedenle ve bu yetkinin banka tarafından somut olayda kullanım tarzı irdelenmeksizin- genel ahlâka aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz sayılması gerektiği yönündeki görüşler kanımızca; hukuk düzeninin temel değerleriyle örtüşmeyen, bütüncül ve detaya inmeyen bir yaklaşım tarzıdır.

¹¹⁷ **Atamer**, GİŞ, sh.160.

¹¹⁸ Bu konu ile ilgili Yargıtay kararları için bk. sh.81 vd.

¹¹⁹ BGE c.25, II, sh.478; BGE c.26, II, sh.120; BGE c.31, II, sh.915. **Sungurbey / Kaneti**, sh.120-121.

Sonuç itibariyle, banka genel kredi sözleşmelerinde bankaya tanınan faiz oranlarını serbestçe artırabilme ve alacağın tümünü muaccel kılabilme yetkilerinin toplumun genel ahlâk anlayışını ve etik değerlerini örselediğini ve bu düzenlemeler nedeniyle bankanın “kınandığını” söylemek mümkün gözükmemektedir.¹²⁰ Genel ahlâk kavramı ve bu çerçevede genel ahlâka aykırılık nedeniyle hukuki işlemlerin geçersiz sayılması; sözleşme kurma, sözleşmenin içeriğini belirleme ve sözleşmeye dahil edilecek unsurların en uçtaki sınırını oluşturmakta ve bu yönüyle sözleşme özgürlüğüne çok geniş bir sınır çizmektedir.¹²¹ Bu nedenle, genelde banka genel kredi sözleşmelerinin; özelde de, bankaların faiz oranlarını serbestçe tayin etme ve alacağın tümünü tek yanlı olarak muaccel kılmaya imkân tanıyan sözleşme hükümlerinin, pozitif hukukun verileri karşısında ahlâka aykırı oldukları nedeniyle kesin hükümsüz olduklarını ileri sürmenin, yargı organlarınca sübjektif kararlar verilmesine ve bu hükümlerin daha kolay ve etkin denetlenmesini sağlayan diğer kriterlerin göz ardı edilmesine sebebiyet vereceği görüşündeyiz.

C. Gabin Açısından

1.Genel Olarak Gabin Kavramı ve Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi

Borçlar hukuku terminolojisinde gabin, sözleşenlerin karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlığın bulunması ve söz konusu oransızlığın diğer âkidin zor durumda bulunması, hiffeti ve tecrübesizliğinden faydalanılarak ve sömürü kastı ile meydana getirilmesi halinde sömürülen tarafa sözleşme ile bağlı olmama imkânı veren ve böylece sözleşmenin geçerliliğine etki eden hukuki müesseseyi ve hukuki korunma yolunu anlatır.¹²² Gabin için verilen bu tanımdan da

¹²⁰ Bk. bu görüşte, **Atamer**, GlŞ, sh.160.

¹²¹ **Atamer**, GlŞ, sh.160.

¹²² Gabine Türk Hukuk Lugati'nde, “Karşılıklı edaları ihtiva eden akitlerde, bir tarafın edası ile diğer tarafın ivazı arasında fahiş bir kıymet farkının bulunmasıdır.” şeklinde bir tanım verilmiştir. Bk. Türk Hukuk Lugati, Ankara 1999, sh.99. Doktrinde farklı tanımlamalar için bk. **Oğuzman / Öz**, sh.113; **Eren**, sh.377; **Tekinay / Akman /**

anlaşılabileceği gibi, sözleşen tarafların birbirlerine karşı yükümlendikleri edimlerin başlı başına oransızlığı Kanun Koyucuyu ilgilendirmemekte ve salt bu durum, sözleşmenin geçerliliğine etki edecek ağırlıkta değerlendirilmemektedir. Objektif unsur olarak da adlandırılan söz konusu durumun, diğer âkidin tecrübesizliğinin, hiffetinin ve zor durumda bulunmasının sömürülmesi ile meydana gelmesi halinde ise sübjektif unsur da gerçekleşmekte ve o zaman, gabine uğrayan tarafa, sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulma imkânı verilmektedir.¹²³

Gabinin objektif unsuru olan “edimler arasında aşırı oransızlık” ile ilgili olarak Yasada herhangi bir somut ölçü konmamıştır. Yargıcın, söz konusu açık oransızlığı takdir ederken edimlerin objektif değerlerini göz önüne alması gerektiği ve tarafların kendi edimlerine verdiği sübjektif kıymetin önemsenmemesi, genel kabul gören görüştür.¹²⁴ Aynı şekilde,

Burcuoğlu / Altop, sh.458; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh.128; **Akıntürk**, sh.59; **Burcu Kalkan**, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004, sh.51; **Nomer**, sh.56; **Bülent Özden**, Türk Hususi Hukuku'nda Gabin, İBD, C.65, s.7-8-9 (Temmuz, Ağustos, Eylül 1991), sh.512; **Eraslan Özkaya**, Gabin Davaları, Ankara 2000, sh.16.

¹²³ Gabinin oluşum şartları, doktrinde genel olarak, edimler arasındaki aşırı oransızlık (objektif unsur) ve bu oransızlığın, sömürülen tarafın zorda kalma, hiffet ve müzayakasından yararlanılması (sübjektif unsur) olmak üzere iki kısımda incelenmiştir. Bu görüşte: **Oğuzman / Öz**, sh. 114; **Eren**, sh.378 vd. Anılan yazarlar, Gabinin oluşum şartlarını objektif ve sübjektif olarak ikiye ayırmakta ancak sübjektif unsuru iki kısımda ele almaktadır. Ayrıca bk. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.461; **Özkaya**, sh.20; **Tercier**, sh.114; **Engel**, sh.300; **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2 (çev: Cevat Edege) Ankara 1983, sh.311. Bazı yazarlar ise, edimler arasında açık oransızlık olarak nitelenebilecek objektif unsur ile; bu durumun, sömürülen tarafın müzayaka, hiffet ve tecrübesizliğinden faydalanılması sonucu elde edilmesi olarak tanımlanan sübjektif unsura ek olarak, “istismar kastı” olarak isimlendirilecek üçüncü bir unsurun da gabinin oluşum şartları içinde yer alması gerektiği düşüncesindedir. Bk. bu görüşte: **Özden**, sh.513; **Atamer**, GİŞ, sh.165. Yargıtay ise, esas itibarıyla, gabinden bahsedebilmek için objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun varlığından söz etmekte ancak sübjektif unsurun içinde iki ayrı durumun bulunması gerektiğini içtihat etmektedir. “.....O halde gabinden söz edilebilmesi, objektif unsur olan edimler arasındaki aşırı nisbetsizlik yanında, bir tarafın darda kalma, tecrübesizlik, düşüncesizlik hallerinin bulunması, diğer yanın ise yararlanmak, sömürmek kastını taşıması biçiminde iki sübjektif unsurun dahi gerçekleşmesine bağlıdır.....” Y. 1. HD.' nin 21.2.2000 t. ve 2000 / 1314 E., 2000 / 1379 K. sayılı kararı. YKD C.26, s.10, Ekim 2000, sh.1507-1508. Benzer yönde kararlar için bk. Y. 1. HD.' nin 26.4.1979 t. ve 1979 / 2670 E., 1979 / 5555 s. kararı, YKD C.V, s.8, Ağustos 1979, sh.117-118; Y. 13. HD.' nin 20.4.1974 t. ve 1974 / 512 E., 1974 / 971 s. kararı, YKD C.II, s.11, Kasım 1975, sh.85-86; Y.1. HD.' nin 24.11.1976 t. ve 1976 / 10356 E., 1976 / 11572 sayılı kararı, YKD C.3, s.5, Mayıs 1977, sh.618; Y. 1. HD.'nin 26.1.1999 t. ve 1999 / 1357 E., 1999 / 153 K. sayılı kararı. **Özkaya**, sh.65;

¹²⁴ **Oğuzman / Öz**, sh. 113; **Eren**, sh.379; **Özden**, sh.515.

edimlerin değerini belirlemekle bu edimler arasındaki oransızlığı belirlemek birbirinden tamamen farklı olduğundan, söz konusu oransızlığı tayin etmekle görevli yargıca yol gösterici başka kıstaslara da ihtiyaç duyulmaktadır. Doktrinde ifade edildiği şekilde, edimle birlikte yan borçların da dikkate alınması gerektiği,¹²⁵ edimlerin, sözleşmenin kurulduğu andaki değerlerinin göz önüne alınması zorunluluğu,¹²⁶ tarafların birbirlerine fiilen verdikleri şeylere değil, sözleşme konusu gerçek taahhütlerine bakılmak gerektiği,¹²⁷ ve bu oransızlığın ilk bakışta sezilebilecek açıklıkta olmasının zorunlu bulunduğu;¹²⁸ yargıca Yasanın aradığı objektif şartın belirlenmesinde yol gösterici niteliktedir.

Gabin olgusunun varlığının öne sürüldüğü bir uyuşmazlıkta, “edimler arasında açık oransızlık” olarak nitelenen objektif unsur öncelikle tespit edildikten sonra¹²⁹ sübjektif unsurların araştırılması gerekir.

Kanunun aradığı sübjektif unsurlardan birisi olan ve BK md.21’de ifadesini bulan “müzayaka” kavramı zor durumda bulunma anlamındadır. Söz konusu zor durumda bulunma hali salt ekonomik ve mali anlamda bir sıkıntı yaşama halini anlatmamakta; genel olarak psikolojik, manevi ve ruhsal nedenlerle de zorda kalma olgusunun gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.¹³⁰ Yargıtay da, manevi anlamda zorda kalmayı sübjektif unsurun gerçekleşmesi açısından yeterli saymıştır.¹³¹ Kanımızca müzayaka hali, tüzel kişiler ve özellikle sermaye şirketleri bakımından da

¹²⁵ Oğuzman / Öz, sh.113.

¹²⁶ Oğuzman / Öz, sh.113; Eren, sh.378-379; Özden, sh.515; Akıntürk, sh.60; Atamer, sh. 163; Kalkan, sh.112.

¹²⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.459.

¹²⁸ Oğuzman / Öz, sh.114; Özkaya, sh.26; Kalkan, sh.119; Akıntürk, sh.60; Özden, sh.516; Safa Reisoğlu, sh.112; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.459.

¹²⁹ Yargıtay, gabin iddialarında öncelikle objektif unsurun aranması gerektiğini; sübjektif unsurun, objektif unsurun varlığının tespit edilmesinden sonra incelemeye konu yapılması gerektiği görüşündedir. Bk. Y. 1. HD.’nin 13.4.1999 t. ve 1999 / 210 E., 1999 / 3580 K. sayılı kararı. Özkaya, sh.63.

¹³⁰ Kalkan, sh.123; Oğuzman / Öz, sh. 114.

¹³¹ Bk. Y. 1. HD.’nin 28.2.1974 t. ve 1974 / 1924 E. ve 1974 / 1255 K. sayılı kararı. Özkaya, sh.146.

kabul edilmeli ve mali sıkıntı içine düşen kuruluşların da gabin hükümlerinde yararlanabilmesine imkân tanınmalıdır.¹³²

BK md.21'in gabine uğradığını iddia eden tarafta bulunmasını gerekli gördüğü ikinci hâl, "hiffet" kavramıyla ifade edilmiştir. Hiffet, genel kabul gördüğü şekliyle, patolojik bir düzeye varmayan akıl zayıflığı, çabuk karar vermek, yapılacak işin sonuçlarını öngörememek, ciddi anlamda bir fikri analiz yapmadan yapılacak işe atılmak gibi, genç kişilerde ve belli bir yaş sınırını aşmış kimselerde rastlanabilecek bir durumdur.¹³³

Tecrübesizlik olarak anılan durum ise girilen hukuki ilişkinin gerektirdiği bilgi ve donanımdan yoksun olma olarak tanımlanabilmektedir.

Hiffet ve tecrübesizliğin, tüzel kişiler bakımından kabul edilebilir edilemeyeceği tartışmalıdır. Gabinin, tüm sübjektif şartları bakımından tüzel kişiler için de sözleşmeyi iptal edebilme nedeni olduğu ve hiffetin, tüzel kişi adına işlem yapan organ-kişinin şahsında aranması gerektiği ileri sürülmüşse de,¹³⁴ tüzel kişiler ve özellikle sermaye şirketleri bakımından hiffet ve tecrübesizlik kanımızca, sermaye şirketlerine yüklenen "basiretli bir tacir gibi hareket etme" yükümü karşısında söz konusu olmamalı, hiffet ve tecrübesizlikle hareket eden organ kişiye karşı şirketin içi ilişkisinde rücu etme yoluna gidilmelidir.¹³⁵

Gabinin, yukarıda bahsedilen objektif ve sübjektif unsurlarının bir arada bulunduğu bir sözleşme, Borçlar Kanunu sisteminde "emredici kurallara, kamu düzenine, ahlâka ya da kişilik haklarına aykırılık" durumlarıyla eş değerde tutulmamış ve böyle bir akit, kesin hükümsüz sayılmamıştır. BK md.21'in gabin için öngördüğü yaptırım, "mutazarrıra 1 sene zarfında akdi feshetmek" imkânı ile sınırlıdır. Madde hükmünde belirtilen "fesih" ibaresine rağmen gabine uğrayan tarafa tanınan imkânın

¹³² Bk. bu görüşte: **Kalkan**, sh.125; **Eren**, sh.380; **Özden**, sh.518; **Oğuzman / Öz**, sh.115.

¹³³ **Kalkan**, sh. 126.

¹³⁴ **Oğuzman / Öz**, sh.115-dn.333.

¹³⁵ Bk. bu görüşte: **Kalkan**, sh.127; **Özden**, sh.519.

teknik anlamda fesih olmadığı ve geriye etkili olarak sözleşmeyi iptal edebilmek hakkı olduğu, hukuk doktrininin ortak görüşüdür.¹³⁶ Ancak söz konusu iptal edilebilirlik yaptırımının iradeyi sakatlayan hallerden birine maruz kalan kişiye tanınan ve BK md.31' de düzenlenen "düzelebilirlik hükümsüzlük" yaptırımıyla aynı mahiyette olup olmadığı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Doktrinde egemen olan görüş, gabine uğrayan tarafa tanınan sözleşmeyi iptal etme imkânının; irade bozukluğu durumlarında olduğu gibi baştan itibaren geçersiz bir sözleşme ile bağlı olunmadığının karşı sözleşene tek yanlı irade beyanı ile bildirilmesi niteliğinde olduğu yönündedir. Buna göre, gabine uğrayan taraf 1 yıllık hak düşürücü süre zarfında iptal hakkını kullanmazsa ancak o takdirde sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir.¹³⁷

Akdin hükümsüzlük hallerinden biri olan iptal kabiliyetini, düzelebilir hükümsüzlük ve bozulabilir muteberlik şeklinde ikili bir ayrımla ele alan azınlık görüşü ise, gabin halinde geçerlilik şartının eksikliğine rağmen akdin başlangıçtan itibaren hüküm doğuracağını fakat gabine uğrayanın iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geriye etkili olarak hükümsüz kılabileceğini öne sürmektedir.¹³⁸

BK md.21, gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi bir bütün olarak iptal etme hakkı vermektedir. Gabin müessesesi bakımından, BK md. 20 / f.II' de öngörüldüğü şekliyle kısmi butlan benzeri bir kurumdan bahsetmek söz konusu değildir. Ancak doktrindeki yaygın kanaat, gabine maruz kalan tarafa sözleşmeyi bir bütün olarak geçersiz kılma imkânı yanında edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulmasının sağlanması olanağının da tanınması yönündedir.¹³⁹ İsviçre Federal

¹³⁶ Engel, sh.305; Oğuzman / Öz, sh.115; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.464; Eren, sh.381; Safa Reisoğlu, sh.114; Kılıçoğlu, sh. 130; Kalkan, sh.139-140; Özden, sh.521.

¹³⁷ Bk. bu görüşte: Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.465; Safa Reisoğlu, sh.113; Eren, sh.381; Akıntürk, sh.61-62; Atamer, GİŞ, sh.165;

¹³⁸ Bu görüşte: Oğuzman / Öz, sh.115

¹³⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.466; Eren, sh.382; Safa Reisoğlu, sh.114; Atamer, GİŞ, sh.166; Engel, sh.305 Özden, sh.527; Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, sh.240. Yazar, bu amaca yönelik olarak BK md.21' in sonuna şu yönde bir fıkranın eklenmesini teklif etmektedir: "Sömürülen, yukarıdaki şartlar var olduğu

Mahkemesi de yakın geçmişte verdiği bir kararla tartışmaya katılmış ve doktrindeki yaygın görüş paralelinde tavır almıştır.¹⁴⁰ Kanımızca da BK md.21'in zayıfı ve güçsüzü korumak ve bu şekilde sözleşme adaletini gerçekleştirmek olarak nitelenebilecek "ratio"sundan yola çıkarak¹⁴¹ gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi bir bütün olarak iptal etme hakkı yanında edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin öncelikle karşı taraftan; kabul edilmezse de yargıçtan isteyebilme hakkı tanınmalıdır.

2. Banka Kredi Sözleşmeleri Alanında Gabinin Uygulanma İmkânı :

Genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerin içerik denetimi faaliyetine esas olacak kriterlerden biri olarak doktrinde gabin kurumuna başvurulduğu gözlemlenebilmektedir.¹⁴² Benzer görüşler, Türk doktrininde

takdirde, iptal beyanında bulunmak yerine, borçlandığı para ediminin aşırı olduğu iddiası ile, makul ölçüde indirilmesi için karşı taraftan talepte bulunabileceği gibi, kabul edilmediği takdirde aynı amaçla dava da açabilir. Ayrıca sömürülen tarafından açılan ve verdiği edimin geri alınmasını amaçlayan davada davalı, edimler arasındaki dengenin dürüstlük kuralına uygun biçimde sağlanmasını kabul edeceğini def'i olarak ileri sürerse, bu dengenin sağlanmasının mümkün olduğu durumlarda, hakim, sözleşmeyi dürüstlük kuralına uygun biçimde dengeleyebilir." Borçlar Kanunu Tasarısı md.28'e göre, tasarının deyimiyle "aşırı yararlanma"dan zarar gören, durumun özelliğine göre sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini isteyebileceği gibi sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilecektir.

¹⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, 26.06.1997 tarihli kararında (BGE 123, III, sh.292 vd.) sözleşme hukukundaki şekli anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerini maddi anlamda sözleşme adaletinin aldığını belirtmiş ve BK md.21' in koruduğu menfaatten yola çıkarak, uygulanacak normun etkilerinin hükmün lafzını aşsa bile teleolojik (amaca uygun) yorum yöntemiyle sınırlandırılabilirliğini içtihat etmiştir. Söz konusu karar ve gabin halinde gabine uğrayan tarafa sözleşme edimlerinin aşırı oransızlığını giderebilme imkanının verilir verilemeyeceği yönündeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bk. Vedat Buz, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, Aralık 1998, C. XIX s.4, sh.53 vd.

¹⁴¹ Edimler arasındaki açık oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması imkanının gabine uğrayan tarafa verilmesini savunanlar bu görüşlerini esas itibariyle BK md.21'deki düzenlemenin amaca uygun sınırlandırılması, MK md.2' de ifadesini bulan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, BK md. 25 f.II'de hataya uğrayan tarafa tanınan imkan, BK md.20 f.II' deki kısmi butlan müessesesi, BK md.161 f.III'de hakime yüklenen fahiş cezai şartı tenkis mükellefiyeti gibi hukuksal dayanak noktalarıyla temellendirmektedirler.

¹⁴² Hans Merz, "Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen", Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, 313,334 (Yeşim Atamer, Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları, İTO Yayını no:2001-08, İstanbul 2001, sh.29'dan naklen); Karl Oftinger, "Betrachtungen über die Laesio im Schweizerischen Recht", Festschrift Pan J. Zepos, Athen u.a. 1973, sh. 535,547. (Atamer, Banka, sh.29'dan naklen)

de taraftar bulmuş ve standart sözleşmelere -ve bu bağlamda genel kredi sözleşmelerine- özgü içerik denetiminde gabin kurumundan da yararlanılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁴³ Buna göre, söz konusu standart sözleşmeleri hazırlayan tarafın, organizasyon açısından ve psikolojik olarak üstün durumda bulunması, gabinin “edimler arasında aşırı oransızlık” olarak tanımlanan objektif unsurun gerçekleşmesi için yeterli sayılmalı; müşterinin psikolojik baskı altında ve güçsüz bir konumda bulunması da sübjektif unsurun var olduğuna kanıt gösterilebilmelidir.¹⁴⁴ Gabinden bahsedebilmek için aranan şartların geniş yorumlanması ve edimler arasındaki aşırı oransızlığın tespitinde yalnızca asli edimlerin değil, fer’i (yan) edimlerin de dikkate alınması gerektiği yönündeki baskın öğreti görüşü; standart sözleşmelerdeki genel kayıtların denetiminde gabin müessesesinden daha etkin bir biçimde yararlanılması gerektiği yönündeki eğilimi desteklemiştir. Bunun yanında doktrinde öteden beri savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesi’nce de kabul edilen “gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi tümüyle iptal etme imkânı yanında edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması” olanağının da tanınması gerektiği şeklindeki görüş, özellikle banka sözleşmeleri bakımından gabinin uygulanma alanının yaygınlaşması sonucunu doğurabilir niteliktedir.¹⁴⁵ Ancak konumuz itibariyle banka genel kredi sözleşmeleri açısından sorunu incelediğimizde özellikle tacirler arasında akdedilen genel kredi sözleşmelerinde gabinden bahsedebilmek için gabinin sübjektif unsurları üzerinde durulmalı ve bu nedenle; müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik unsurları ayrı ayrı tartışılarak bir sonuca varılmalıdır.¹⁴⁶

¹⁴³ **Bahtiyar**, GİŞ, sh.92; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.165; **Arif Kocaman**, Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, C.1, İstanbul 2003, sh.1112; **Alıca**, sh.154-155. Yazara göre, genel kredi sözleşmesinde faiz miktarının yüksek tutulması halinde kredi kullanan, eğer şartları oluşmuşsa gabin hükümlerine dayanarak faizi geri alabilmelidir.

¹⁴⁴ **Kocaman**, sh.1109.

¹⁴⁵ **Atamer**, Banka, sh.30.

¹⁴⁶ Tacirlerin genel olarak, genel işlem şartlarından korunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacakları da doktrin ve uygulamada tartışılmıştır. Bu hususta, sonradan

Türk Ticaret Kanunu md. 20 / f.II, tacirlere, meşgul oldukları ticaret alanına ilişkin faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümü yüklemiştir. Niteliği itibariyle bir objektif özen ölçütü olan basiretli bir işadamı gibi davranma yükümü, tacirin ticari işletmesiyle ilgili her türlü faaliyetinde kendi yetenek ve imkânları doğrultusunda kendisinden beklenecek özeni değil; objektif bir kıstas olarak aynı ticaret dalındaki tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekliliğini anlatır.¹⁴⁷ Buna göre tacirin, işletmesiyle ilgili sözleşmelerin düzenlenmesi ve akdedilmesinde, borçlarını ifada ve diğer iş ve eylemlerinde basiretli ve öngörülü davranması yasal bir zorunluluk olarak kabul edilmiş durumdadır. Bu açıdan bakıldığında gabinin sübjektif unsurları arasında sayılan tecrübesizlik olgusu, ticaret alanında öne sürülmesi mümkün olmayan ve “basiretli bir işadamı gibi davranma yükümü” engeline takılan bir durum niteliğindedir. O nedenle, “tecrübesizlik” olgusuna dayanarak bir tacirin, BK md.21’de ifadesini bulan gabin hükümlerinden istifade edebilmesi kanımızca mümkün değildir.¹⁴⁸

Aynı şekilde, gabinin bir diğer sübjektif unsuru olan “hiffet” olgusunun da bu kapsamda değerlendirilmesi, yukarıda bahsi geçen objektif özen ilkesi gereğince bir zorunluluktur. Ancak müzayaka (zorda kalma) unsuru gerçek ve tüzel kişi tacirler için söz konusu olabilmekte ve bir tacir mali açıdan zor durumda bulunduğu sırada akdettiği bir sözleşme ilişkisi ile bağlı olmak istemediği takdirde -objektif unsurun da evleviyetle bulunması koşuluyla- gabin müessesesinden yararlanabilmektedir. Bu açıdan, müzayaka halinin getirdiği bir zorunluluk sonucu akdedilen ve karşılıklı edimler arasında aşırı oransızlığın da bulunduğu bir genel kredi

yürürlükten kaldırılarak Alman Medeni Kanunu’na aktarılan Alman Genel İşlem Şartları Yasasında belli ölçülerle de olsa tacirlerin de söz konusu koruyucu hükümlerden yararlanabilmeleri kabul edilmiş durumdadır. Türk doktrininde de Anayasa’ nın 173. maddesinde Devlete, “esnaf ve sanatkarları koruma” mükellefiyeti getirilmesinden hareketle tacirlerin de bu kapsamda değerlendirilmeleri gerektiği ve bu nedenle tacirlerin de genel işlem şartları denetimine ilişkin çözümlerden yararlandırılmasının doğru olacağı savunulmaktadır. **Kocaman**, sh.1096-1097.

¹⁴⁷ **Arkan**, Ticari İşletme, sh.132; Reha **Poroy** / Hamdi **Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, sh.141; Mehmet **Bahtiyar**, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005, sh.77.

¹⁴⁸ Aynı görüşte, **Arkan**, Ticari İşletme, sh.133.

sözleşmesine karşı tacirin gabin hükümlerinden yararlanabilmesinin önünde her hangi bir yasal engel bulunmamalıdır. Ancak buradaki sorun, gabinin oluşum şartları bakımından gerekli olan ve sübjektif unsur olarak adlandırılan unsurun diğer yönünü oluşturan “sömürü kastının” banka genel kredi sözleşmeleri bakımından ne derece söz konusu olabileceği; daha açık bir anlatımla, bankanın, kredi kullanan tarafı sömürmek ve onun zor durumda bulunmasından yararlanmak kastının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁴⁹ Yargıtay, gabinin varlığı için gereken sübjektif unsuru ikili bir ayırımla ele almakta ve tecrübesizlik-hiffet-müzayaka durumlarının yanı sıra gabine uğrayanın bu hallerinden sömürü kastı ile yararlanılmasını şart koşmaktadır.¹⁵⁰ Bu açıdan, Bankalar Kanunu’na tâbi ve yetkili otoriteler tarafından verilen izinlerle faaliyet gösteren, ayrıca da “güven kurumları” olarak nitelenen bankaların kredi müşterilerini “sömürdüklerinden” ve onların “zor durumlarını istismar ettiklerinden” bahsetmenin güçlüğü ortadadır. Zira, bankadan kredi kullanma ihtiyacı hisseden bir işletme ekonomik olarak zaten bir ölçüde zor durumdadır. Kredi kullanmak için bankaya başvuran “müzayaka halindeki” bir işletmenin bu talebinin banka tarafından olumlu karşılanarak kendisine bir limit tahsis edilmesi kanımızca, müzayaka halinin sömürülmesi olarak kabul edilmesi mümkün olmayan; tam aksine, hayatın olağan akışına uygun düşen bir durumdur. Kredi ilişkisi kurulduktan sonra kredi kullanan tarafın ekonomik anlamda sıkıntıya girmesi halinde ise zaten gabinden söz edilemeyeceği açıktır.

Bunun yanında, müzayaka içinde bulunduğunu ve bu durumundan bilerek ve sömürü kastı ile yararlandığını ispat külfeti, gabine uğradığını iddia eden taraf üzerindedir.¹⁵¹ Bu çerçevede bankanın, -sözleşmenin oluşumu anında- kredi kullananı sömürmek kastı ile hareket ettiği

¹⁴⁹ Bk. sh.44 vd.

¹⁵⁰ Bk. dn.123'teki Yargıtay kararları.

¹⁵¹ Aynı yönde: Y. 13. HD.' nin 30.1.1989 t. ve 1989 / 105 E., 1989 / 440 K. sayılı kararı, YKD c.XVI, s.8, Ağustos 1990, sh.1186 vd.

yönündeki muhtemel bir iddia, kanımızca herhangi bir ispat vasıtası ile kanıtlanması mümkün olmayacak derecede güçlükler arz eden bir iddia konumundadır.

Gabinin objektif unsurunun varlığından söz edebilmek için yargıca yol gösterici nitelikte olan ve doktrinde ifade olunan¹⁵² “edimle birlikte yan borçların da dikkate alınması”, edimlerin, sözleşmenin kurulduğu andaki değerlerinin göz önüne alınması zorunluluğu”, tarafların birbirlerine fiilen verdikleri şeylere değil, sözleşme konusu gerçek taahhütlerine bakılmak gerektiği”, oransızlığın ilk bakışta sezilebilecek açıklıkta olmasının zorunlu bulunması” gibi kıstaslar açısından da konuya yaklaştığımızda, genel kredi sözleşmesi ile bankanın üstlendiği edimlerle kredi kullananın üstlendiği edimler arasında açık oransızlıktan bahsetmenin de mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira bir genel kredi sözleşmesinde örneğin, bankanın edimi olarak ortaya çıkan “belli bir limit dahilindeki tutarı, kredi kullananın talebi doğrultusunda nakdi veya gayri nakdi kredi kalemleri şeklinde kredi kullanan tarafın kullanımına hazır bulundurma” borcu ile; kredi kullananın karşı edimini oluşturan “kullandığı krediyi bankanın serbestçe belirleyeceği kapital faizi oranı üzerinden hesap edilecek faiz tutarı veya kullandırılan kredinin niteliğine göre hesaplanacak belirli komisyon oranları ile birlikte bankaya geri ödeme borcu” arasında, ilk bakışta göze çarpan bir oransızlıktan söz edilemeyeceği görüşünderiz. Eğer buradaki problem, sözleşme hükmü ile bankaya tanınan, faiz oranını serbestçe belirleyebilme yetkisinin somut olayda hakkaniyet ilkesine aykırı olarak uygulanması ise; bu artık, gabin kurumunun değil, diğer denetim ölçütlerinin kontrol sahasına giren bir durumdur. Çünkü burada, gabinin ön şartı olan “sözleşme edimleri arasında açık oransızlık” değil, bankaya tanınan bir yetkinin yasal çerçeve içinde kullanılıp kullanılmadığı sorunu tartışılmaktadır.

¹⁵² Bk. sh.46.

D. Kamu Düzenine Aykırılık Açısından

1. Kamu Düzenine Aykırılık Kavramı ve Yaptırımı :

Sözleşme özgürlüğü ilkesini benimseyen ve temel yapısını bu ilke üzerine oturtan Borçlar Kanunu sistemi, tarafların kurdukları hukuki ilişkiler bakımından bunların, kamu düzenine aykırılık oluşturmasını istememiş ve kamu düzeni kavramını, taraf iradelerini sınırlayan genel sınırlamalar arasına böylelikle dahil etmiştir.

BK md.19 / f.II' de "umumi intizam" olarak zikredilen kamu düzeni kavramına doktrin ve içtihatlarda çeşitli anlamlar verilmektedir. Genel itibariyle toplumun bütününe ilgilendiren ve tüm toplumun menfaatlerini korumayı amaçlayan hukuk kuralları, kamu düzeni ile ilgili normlar olarak tanımlanabilmekte ve bu kuralların oluşturduğu yapı kamu düzeni olarak adlandırılmaktadır.¹⁵³ Yalnızca kamu hukuku alanında değil, özel hukuka ait kurumlar bakımından da etkin olan kamu düzeni olgusunun belirleyici yönü toplumun ortak çıkarlarını koruma amacına yönelmesi ve toplumun temel yapısının sürdürülmesi fonksiyonunu üstlenmesidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kuralın kamu düzeni ile olan ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirleneceği ve sözü edilen gerçeklikler; kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyduğu takdirde kuralın, kamu düzeni ile ilgili olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁵⁴

Kamu düzeni kavramının tanım olarak yasal bir çerçeveye oturtulmaması ve kamu düzeni olgusunun toplumdan topluma hatta aynı toplum içinde zamanla değişiklikler geçirmesi; kamu düzeninin somut bir yapıya oturtulması gerektiği ve bunun ayrı bir denetim normu işlevi

¹⁵³ **Hatemi**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, sh.42-43; **Oğuzman / Öz**, sh.74; **Eren**, sh.288; **Safa Reisoğlu**, sh.106; **Tunçomağ**, Genel Hükümler, sh.250; **Akıntürk**, sh.54; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.402; **Karahasan**, Genel Hükümler, sh.272; **Kemal Dayınlarlı**, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, sh.33; **Nomer**, sh.44.

¹⁵⁴ Y. HGK' nun 12.12.1990 T. ve 1990 / 3 E., 1990 / 527 K. sayılı kararı. **Karahasan**, Sorumluluk, sh.232-233.

görmeyerek “hukuka aykırılık” kavramı içinde ele alınmasının zorunlu olduğu yönünde görüşlerin öne sürülmesine yol açmıştır.¹⁵⁵ Buna göre kamu düzeni, hukuki işlemlerin üzerinde adeta bir “demokles kılıcı” olmaktan çıkarılmalı ve güven verici bir çerçeveye oturtulmalıdır. Bu düşünceden hareketle, pozitif hukukta ifadesini bulmamış ve yazılı bir hukuk kuralı haline getirilmemiş soyut nitelikte kamu düzeni kurallarının varlığının kabul edilmesi, hukuk güvenliği açısından sakıncalı bir ortam yaratmaktadır.¹⁵⁶ Bu nedenle dar anlamda hukuka aykırı olarak kabul edilemeyecek bir hukuki işlem, artık başka soyut gerekçeler öne sürülerek kamu düzenine aykırılıktan dolayı batıl sayılmamalıdır. Yine bu görüşe göre aksi düşüncenin kabulü, hukuk güvenliği ilkesini zedeleyebileceği gibi keyfi kararlar verilmesine ve kamu düzeni kavramının içeriğinin genişletilmesine yol açacaktır. Kamu düzeni olgusunun fonksiyonu ise, pozitif hukuk kurallarının hangisinin kamu düzenine ilişkin olduğunun belirlenmesi ile sınırlı kalmalıdır.¹⁵⁷

Kamu düzeni kavramına bağımsız bir denetim ölçütü olma rolü verilmesi gerektiğini öne sürenlere göre ise¹⁵⁸ bir hukuki işlemin kamu düzenine aykırı sayılabilmesi için onun mutlaka kamu düzenine ilişkin bir emredici hükmü ihlal etmesi gerekmemeli; yazılı olmasa bile toplumun temel çıkarlarına ve temel düzenine aykırı olması halinde de söz konusu işlem geçersizlik yaptırımına maruz kalabilmelidir. Ayrıca Borçlar Kanunu’nda hem emredici hukuk kurallarına hem de kamu düzenine aykırılığın birbirinden ayrı iki geçersizlik sebebi olarak öngörülmesi de bu görüşün normatif temelini oluşturmaktadır. Bu açıdan kamu düzenine aykırılığı, emredici hukuk kurallarına aykırılık kavramı ile eş tutmak, Yasada kamu düzenine ayrıca atıf yapılmış olmasını anlamsız kılabileceği

¹⁵⁵ Bk. bu görüşte, **Hatemi**, Hukuka ve Ahlakta Aykırılık, sh.31 vd.

¹⁵⁶ Bu görüşte: **Hatemi**, Hukuka ve Ahlakta Aykırılık, sh.31.

¹⁵⁷ **Hatemi**, Hukuka ve Ahlakta Aykırılık, sh.40-41

¹⁵⁸ Bk. bu görüşte, **Atamer**, GİŞ, sh.184; **Oğuzman / Öz**, sh.74; **İpek**, sh.56.

gibi¹⁵⁹ Yasa Koyucunun iki farklı geçersizlik sebebinden bahsederek aslında aynı kavramları ifade ettiğini savunmak da çok güçleşecektir.¹⁶⁰

Kanımızca da kamu düzeni kavramını emredici hukuk kurallarının belirlenmesinde bir “yorum sistemi” olarak değerlendirip bağımsız bir “kamu düzenine aykırılık” kriteri kabul etmemek Borçlar Kanunu md.19 / f.II'nin açık tutumu karşısında mümkün olamamalıdır. Aksi düşüncenin kabulü Yasa hükmünün öngörmediği bir sonuç ortaya çıkarır. Ancak kamu düzeni kavramının içinde barındırdığı değişkenlik özelliği ve kamu düzeninin tanımını yapmakta ortaya çıkan güçlükler nedeniyle kamu düzeni kavramına atfedilmesi gereken anlam somutlaştırılmalı ve kamu düzeni kavramının sınırları olabildiğince belirginleştirilmelidir. “Kamu hizmetlerinin sağlıklı yürütülmesi” veya “toplumsal huzur” gibi sübjektif nitelermelere açık kavramlara aykırılıkların, kesin hükümsüzlük gibi ağır bir yaptırıma bağlanması, hukuk güvenliği açısından tehlike oluşturabilir niteliktedir. Bu açıdan, kamu düzeni kavramı ile ilgili yapılan tanımlar paralelinde, sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni olgusu ile sınırlandırılabilmesi için, kamunun bir menfaatinin ağır bir şekilde zedelenmesi ve bu menfaatin üstün bir menfaat olarak ortaya çıkması zorunludur.¹⁶¹ Pozitif hukukta somut bir karşılığı olmayan bir kuralın, kamu düzeninden sayılarak bağımsız bir denetim kriteri olduğu kabul edildiğinde ise söz konusu kurala aykırılık halinde hangi kamusal değerlerin ihlal edildiğinin tespiti yargı organlarına düşen önemli bir görev niteliğindedir.

¹⁵⁹ Oğuzman / Öz, sh.74-dn.111

¹⁶⁰ Atamer, GİŞ, sh.185.

¹⁶¹ Bu görüşte, Atamer, Banka, sh.33.

2. Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kamu Düzenine Aykırılık Sorunu :

a- Standart Sözleşme Kayıtlarının Denetiminde Kamu Düzenine Aykırılık Kriterine Başvurulması:

Kamu düzenine aykırılık olgusunun bağımsız bir denetim ölçütü olarak kabul edilmesi gerektiğini öne süren görüşler, kamu düzeninin ve korunması gereken kamu menfaatinin sınırlarını çizerken var olan sistemin ve ekonomik düzenin de bu kapsamda olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁶² Bu çerçevede rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisi sisteminin korunması da bu açıdan kamu düzeni kavramının içinde değerlendirilecek ve rekabet özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik sözleşme hükümleri kamu düzenine aykırı sayılacaktır. Bu düşünceden hareketle doktrinde, genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükümlerinin denetiminde kamu düzenine aykırılık kriterinden yararlanılması gerektiği ve yedek hukuk kurallarını bertaraf ederek yapılan kitlesel sözleşmelerin kamu düzenine aykırılık engeliyle karşılaşması gerektiği öne sürülmektedir.¹⁶³ Bu anlamda, standart kayıtlar içeren sözleşmelerin kamu düzenine aykırılık nedeniyle batıl sayılması gerektiği şeklindeki doktrin görüşünün dayandığı temel gerekçe yedek hukuk kurallarının kitlesel ve sistematik olarak genel işlem şartları yoluyla bertaraf edilmesinin doğurduğu sonuçlar ve bu sonuçların kamu düzenine aykırılık oluşturduğudur.¹⁶⁴

Genel işlem şartı niteliğindeki standart sözleşme kayıtlarının ve bu bağlamda banka sözleşmelerinin geçerliliğinin denetiminde kamu düzenine atıf yapan diğer bir görüş de, doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan "sosyal devlet" ve "Anayasa'nın bağlayıcılığı" ilkesi ile, devlete yüklenen "iktisaden zayıf olanların korunması zorunluluğu"

¹⁶² **Atamer**, GlŞ, sh.187.

¹⁶³ Conrad **Stockar**, Zur Frage der Richterlichen Korrektur von Standartverträgen nach Schweizerischem Recht, Basel, stuttgart 1971, sh.75 vd. (Atamer, GlŞ, sh.187'den naklen); Ernst **Kramer**, Berner Kommentar, Art.19-20 OR N.158 ve 291, (Atamer, GlŞ, sh.187'den naklen); Carl **Baudenbacher**, Wirtschafts-, Schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, sh.292. (Atamer, GlŞ, sh.187'den naklen), **Atamer**, GlŞ, sh.190; **İpek**, sh.58.

¹⁶⁴ **Atamer**, GlŞ, sh.188.

yükümlülüğü dolayısıyla, ekonomik olarak üstün nitelikteki kuruluşların, sahip oldukları bu üstün konumlarını müşterileri aleyhine kullanmalarının, ilgili Anayasa hükümlerine aykırı olduğunu savunmuş; böyle bir durumun varlığında da, BK md.19-20 kurallarının devreye girerek, sözleşmenin kamu düzeni ve ahlâka aykırılıktan dolayı batıl sayılması gerektiğini öne sürmüştür.¹⁶⁵

Yine, genel işlem şartlarının içerik denetiminde kamu düzeninden yararlanılması gerektiğini öne süren bir başka görüş, bu görüşün dayanağını; sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanılması ve irade özerkliği kurumunun işleyişini yitirmesinde bulmaktadır.¹⁶⁶

b- Banka Genel Kredi Sözleşmeleri Bakımından Kamu Düzeni :

Yukarıda ifade edilen ve genel işlem şartlarının içerik denetiminde kamu düzenine aykırılık kriterine üstünlük tanıyan görüşler, bu itibarla banka genel kredi sözleşmelerinin denetimi açısından da aynı ölçütten ağırlıklı olarak yararlanılması gerektiğini ifade etmiş olmaktadır. Bu çerçevede, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarından biri olan ve BK md.19 / f.II'de ifadesini bulan "umumi intizam" kriterinin de her borç ilişkisi açısından olduğu gibi genel kredi sözleşmeleri açısından da bir denetim işlevi göreceğinde kuşku yoktur. Ancak buradaki sorun, kamu düzenine aykırılık kavramı içinde mütalaa edilen "sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanılması" ve "yedek hukuk kurallarından ölçüsüz derecede sapma" olgularının genel kredi sözleşmeleri bakımından ne derece uygulanabilir olduğudur.

Yukarıda ifade olunduğu üzere¹⁶⁷ klasik doktrin, kamu düzenine aykırılık kriterini, toplumun bütününe ilgilendiren, toplumun temel yapısını sürdürmeyi hedefleyen ve tüm toplumun menfaatlerini koruma amacına yönelik bir kavram olarak ele almıştır. Bu açıdan, herkesçe kabul gören

¹⁶⁵ Bk. bu görüşte: **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, sh.216.

¹⁶⁶ **Havutçu**, sh.213, 214.

¹⁶⁷ Bk. sh.54 vd.

bir tanımı bulunmayan, ortak bir çerçevesi çizilemeyen ve bu nedenle de bazı yazarlarca bağımsız bir denetim ölçütü olma gücü bulunmadığı dahi iddia edilen¹⁶⁸ kamu düzenine aykırılığın, genel kredi sözleşmelerinin içerik denetiminde başvurulabilecek bir hukuki enstrüman olduğunu düşünmüyoruz.

Zira öncelikle, genel kredi sözleşmesinin ele aldığı ve kredi veren banka ile kredi kullanan taraf arasındaki kredi ilişkisini, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, kredinin geri ödenmemesi durumunda bankanın sahip olduğu hakları ve bu çerçevede haiz bulunduğu bir takım tek taraflı yetkileri düzenleyen, kredi türlerini ayrı ayrı ele alan, bu kredilerin kullandırılma esaslarını hüküm altına alan bir sözleşmenin, -bu sözleşmedeki hükümler her ne kadar banka lehine ve tek yanlı kaleme alınırlarsa alınsınlar- “toplum düzeni”, “kamusal intizam” gibi kavramlar açısından her hangi bir şekilde denetlenebilme özelliği bulunmamaktadır. Başka deyişle, az yukarıda belirtilen ve genel kredi sözleşmesinin içeriğini oluşturan hükümlerin toplumun düzenini sarsıcı ve bozucu olduğu yönündeki bir iddianın kamu düzeni kavramı ile bağdaşır bir yönü olmadığı kanısındayız.

Genel kredi sözleşmesinin tarafını oluşturan ve basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü bulunan bir tacirin, tacir olma sıfatıyla sözleşme ile bağlı olmama imkânları son derece kısıtlı olan kredi kullananın, taraf olduğu bir sözleşme açısından kamu düzenine aykırılık iddiası getirebilmesi, işlem güvenliği ilkesini de zedeler niteliktedir.

Öte yandan, banka genel kredi sözleşmelerindeki genel kayıtlar açısından, yedek hukuk kurallarının bertaraf edilmesinin kamu düzenine aykırılık oluşturacağı yönündeki doktrin görüşünün de uygulanma kabiliyeti bulunmadığını düşünüyoruz. Kamu düzeni kavramının henüz herkes tarafından kabul edilen bir tanımının yapılamamış olması bir yana, öne sürülen; yedek hukuk kurallarına aykırı hükümlerin salt kitlesel sözleşmeler bakımından geçersiz kabul edilmesi görüşü ve bunun kamu

¹⁶⁸ Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, sh.31 vd.

düzenine dayandırılması kamu düzenine, Yasa Koyucunun dahi arzusunun ötesinde bir geçersizlik kıstası olma gücü bahsetmektedir. Kamu düzenine aykırılığın genel olarak kamu hukuku kuralları açısından söz konusu olabileceği; özel hukuk sisteminde ise ancak aile hukuku ve eşya hukuku gibi toplumsal korunma ihtiyacı ağır basan hukuk dallarının kamu düzeni özelliği göstermesi karşısında; borçlar hukukunun yedek normlarına aykırı sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırı sayılmasının hukuk güvenliğini zedeleyici bir durum yaratacağı görüşünderiz.

Ayrıca kanımızca, Yasanın yalnızca emredici hukuk kurallarına tanıdığı “aykırı düzenleme getirilememe” ayrıcalığının yedek hukuk kurallarına da tanınması ve bunun aykırı bir kesin hükümsüzlük nedeni olarak kamu düzenine dayandırılması; Kanunun lafzının aşılması ve yedek hukuk kurallarının emredici normlar statüsüne yükseltilmesi sonucunu doğurur. Kitlemel ve standart sözleşmelerin içeriklerinin daha sıkı denetlenmesi gibi çok açık ve üzerinde hiçbir tereddüt bulunmayan bir ihtiyacı karşılarken Yasa Koyucunun koyduğu sınırlar ve getirdiği düzenlemelerin aşılması zorunludur.

Zira, her sözleşme gibi genel kredi sözleşmelerinde de yedek hukuk kurallarını devre dışı bırakan düzenlemelere rastlanılabilir. Örnek olarak, genel kredi sözleşmelerine konu olan nakdi kredilere uygulanabilecek nitelikteki.¹⁶⁹

“Karzda faiz miktarı tayin edilmemiş ise, asıl olan karzın alındığı zaman ve mekanda o nevi karzlarda âdet olan faiz miktarıdır.”

¹⁶⁹ Banka genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğini en iyi açıklayan ve doktrin tarafından da çoğunlukla kabul edilen “tek aşamalı sui generis sözleşme görüşü” bu sözleşmeyi tanımlarken, onun, kendine özgü bir yapı arz eden ve bünyesinde karz akdi, cari hesap, kredi alana kefil olma vaadi vb. nitelikteki sözleşme ve edimleri barındıran sui generis bir sözleşme olma özelliği üzerinde durmaktadır. Dolayısıyla, yasalarda düzenlenmiş tip sözleşmeler, genel kredi sözleşmesine, nitelikleri elverdiği ölçüde uygulanabilmektedir. Genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki değerlendirmeler hakkında bk. sh.21 vd.

Hilafına mukavele yoksa tayin edilen faiz senelik olarak tediye olunur.”

şeklindeki BK md.308 / f.I-II hükümleri yedek hukuk kuralları ihtiva etmekte ve taraflar arasında herhangi bir sözleşme düzenlemesi yapılmamış olması halinde, para ödünçlerinde faiz miktarının nasıl tespit edileceği ve faizin hangi zaman aralıklarıyla talep olunacağını düzenlemektedir. Kanundaki söz konusu yedek hükmün yerine, genel kredi sözleşmesi içeriğinde bu yedek hükümlere itibar edilmeyerek faiz oranını belirleme yetkisinin bankaya bırakılması veya yıllık bazda faiz hesaplanması yöntemi yerine, banka tarafından üçer aylık dönemler halinde faiz hesaplaması yapılabileceğinin kararlaştırılması, kamu düzenine aykırılık oluşturacak ve bu nedenle de kesin hükümsüzlük yaptırımını doğuracak ağırlıkta bir hukuka aykırılık içermemektedir görüşünderiz.

Bunun gibi yine, BK md.312’de düzenlenen:

“Geriye verilmesi için ne bir muayyen vade ne ihbar müddeti ne de istenildiği zaman muacceliyet kesbedeceği mukavele edilmemiş olan bir borç ilk talepten itibaren altı hafta içinde geri verilmek gerekir”

hükmü de yedek hukuk kuralı içermekte ve maddenin lafzından, tarafların bu düzenlemenin aksine bir sözleşme yapabilecekleri de açıkça vurgulanmaktadır. Aynı şekilde, TTK’nun cari hesap sözleşmesi bakımından taraflara aksini sözleşme ile kararlaştırabilme imkânı veren düzenlemeleri de bu kapsamda değerlendirilebilecek yasal normlardır. Tüm bunların yalnızca, genel işlem şartı özelliğini taşıyan hükümler barındıran sözleşmeler ve bu arada genel kredi sözleşmeleri eliyle bertaraf edilmesi sebebiyle yedek hukuk kuralı yerine ikame olunan düzenlemenin kamu düzenine aykırı olduğunu savunmak, sonuç itibarıyla, sorunun çözümüne katkısı bulunmayan bir yaklaşım tarzı olarak görünmektedir.

E. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık Bakımından

1. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı :

Medeni Kanun'un başlangıç kısmı, özel hukukun tüm alanlarında uygulanma kabiliyeti bulunan genel nitelikli hükümler içermektedir. Bunlardan biri de ikinci maddede ifadesini bulan ve "dürüst davranma" başlığı altında formüle edilen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.

Maddenin birinci fıkrası bir hukuki ilişkide alacaklı ve borçlu sıfatlarını taşıyan tarafların uymakla yükümlü oldukları genel bir davranış kuralını belirtmektedir. Doktrinde "dürüstlük kuralı" olarak adlandırılan bu genel davranış kuralı, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde genel ahlâk kuralları paralelinde dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen kimselerin davranışlarına atıf yapmakta¹⁷⁰ ve dürüstlük kuralına yüklenen fonksiyonların bu tür bir davranış biçimi ekseninde görev icra edeceğini hükme bağlamaktadır.

Bütün hukuk düzenlerinin ortak bir varlığı olan¹⁷¹ dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına doktrin ve uygulamada çeşitli görevler yüklenmiştir. Genel olarak bir hukuki işlemin taraflarının o işlemler üstlendikleri hak ve borçların kullanım ve yerine getirilmesi esaslarını tayin etmeye yarayan dürüstlük kuralı, bunun yanında, hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin yorumlanması, tanımlanması ve gerektiğinde değişen şartlara uyarlanması gibi belirleyici işlevlere sahiptir.¹⁷²

¹⁷⁰ **Oğuzman / Barlas**, sh.173; Ergun **Özsunay**, Medeni Hukuk, sh.307; Ramazan **Aslan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, sh.24; Esat **Şener**, İçtihatlı-Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, 1.cilt, 3. Bası, Ankara 1998, sh.71.

¹⁷¹ Dürüstlük kuralının karşılaştırmalı hukuktaki görünümünü için bk. **Özsunay**, Medeni Hukuk, sh.307-308; **Şener Akyol**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, sh.3 vd.

¹⁷² Doktrinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının icra ettiği fonksiyonların birbirinden kesin çizgilerle ayrılması imkânının bulunmadığı ve dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının birbirlerine bağlı iki hukuki müessese olduğu, bu nedenle de MK md 2'nin birinci ve ikinci fıkralarının uygulama

Hukuk düzenince kişilere tanınan hak, ilke olarak hak sahibi tarafından özgürce kullanılmalıdır. Hakkın kullanılmasında hak sahibine, dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü getiren Kanun, hak sahibinin bu hakkını kötüye kullanmasına izin vermemiş ve hakkın kötüye kullanılması halinde bu durumun korunmayacağıni öngörmüştür. Dolayısıyla, sahip olunan hakkın, Yasanın ifadesiyle “açıkça” kötüye kullanılması halinde hak sahibi söz konusu hakkın kendisine tanıdığı menfaatten yararlanma imkânından yoksun kalacaktır. Hakkın, hak sahibi tarafından kullanımında uyulması gereken davranış kurallarını ifade eden dürüstlük kuralı, hangi durumlarda hakkın kötüye kullanımının olduğunu tayin etmekte çeşitli ölçüler getirmektedir. Bu doğrultuda hukuk düzeni tarafından tanınan bir hakkın meşru bir menfaat bulunmaksızın amaca aykırı nitelikte ve açıkça¹⁷³ kötüye kullanılması, sahip olunan hakkın kullanımı sonucu ortaya çıkan durumun yararlar dengesini aşırı derecede bozması, hak sahibinin kendi ahlâka aykırı davranışına dayanarak hakkını kullanması ve karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı davranılması durumları; hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecek ve buna bağlanan yaptırım uygulanacaktır.¹⁷⁴

Hakkın kötüye kullanılması durumunda hak sahibinin maruz kalacağı yaptırım, Yasanın ifadesiyle kötüye kullanılan hakkın korunmayacağıdır. Kötüye kullanılan hakkın korunmaması, öncelikle, kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların yargıç

alanlarının dürüstlük kuralı temelinde ele alınması gerektiği savunulmaktadır. Bk. bu görüşte: **Oğuzman / Barlas**, sh.172, 187-188.

¹⁷³ Genel bir ilke olarak kabul edilen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, ikincil (tali) bir niteliğe sahiptir. Kanun da, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için açıkça bir kötüye kullanımdan bahsetmiş ve somut olayda uygulanacak özel bir düzenleme bulunmaması durumunda son aşama olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının getirdiği yaptırımdan yararlanılmasını istemiştir. Aksi takdirde hukuk güvenliğinin sarsılması ve kanun ve sözleşme hükümlerinin yumuşatılması tehlikesi ile karşı karşıya kalınır. Bu görüşte: **Oğuzman / Barlas**, sh.202 vd.; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, sh.16.

¹⁷⁴ **Oğuzman / Barlas**, sh.179 vd.; **Atamer**, Banka, sh.169; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, sh.21; **Özsunay**, Medeni Hukuk, sh.321 vd.; **Jale Akipek / Turgut Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C.I, 4. Bası, İstanbul 2002, sh.197 vd. Yazarlar, hakkın kötüye kullanılmasının varlığından bahsedebilmek için söz konusu hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasından başkalarının somut zarar görmüş veya en azından zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalmış bulunmaları gerektiğini öne sürmektedirler.

tarafından dikkate alınmaması tarzında karşımıza çıkar.¹⁷⁵ Bunun yanında amaca aykırı olarak kullanılan hak sonucunda zarara uğrayan taraf, zararının tazmin edilmesi talebinde bulunabileceği ve bunu dava yoluyla ileri sürebileceği gibi; zarar gören, eski hale iade talebinde bulunmak ve ayrıca tespit veya tehlikenin önlenmesi davaları ikame etmek yollarına da başvurabilir.¹⁷⁶

2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Banka Kredi Sözleşmeleri Alanındaki Uygulanabilirliği :

MK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından, genel işlem şartı niteliğindeki standart sözleşme hükümlerinin yürürlük denetiminde¹⁷⁷ sıklıkla yararlanılmakta ve bu noktada, tek tip sözleşme kayıtları içerisinde yer alan alışılmamış ve şaşırtıcı nitelikteki bir hükmün sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmaması gerektiği, doktrinde genel olarak kabul görmektedir.¹⁷⁸ Yargıtay tarafından da kabul edilen ve uygulanan söz konusu yaklaşıma göre¹⁷⁹ genel işlem şartı niteliğinde hükümler içeren bir sözleşmeyi global olarak kabul eden¹⁸⁰ müşteri için olağandışı, alışılmadık ve şaşırtıcı nitelikte sayılacak bir hükmün sözleşme içeriğine dahil olacağı yönünde, banka veya diğer bir

¹⁷⁵ Oğuzman / Barlas, sh.185.

¹⁷⁶ Akipek / Akıntürk, sh.202; Özsunay, Medeni Hukuk, sh.328; Akyol, Dürüstlük Kuralı, sh. 99 vd. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranan taraf, karşı tarafın "hakkın kötüye kullanıldığı itirazı" ile karşılaşma ve kötüye kullandığı hakkın sonuçlarından artık yararlanamama riski ile de karşı karşıyadır.

¹⁷⁷ Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi hakkında bk. dn.89.

¹⁷⁸ Oğuzman / Öz, sh.22; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.162; Havutçu, sh.135 vd.; Kaplan, GİŞ, sh.59 vd.; Battal, Banka, sh.186; Bahtiyar, sh.95; Kocaman, sh.1100-1101; Tekinalp, GİŞ, sh.142-143; Atamer, GİŞ, sh.108 vd. Borçlar Kanunu Tasarısı md.21 / f.II'de de söz konusu yürürlük denetimi kıstasına yer verilmiş ve "sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı" düzenlenmiştir. Bk. dn.89.

¹⁷⁹ "Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı)ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır." Y.3. HD.' nin 2.6.1998 t. ve 1998 / 4263 E., 1998 / 6098 K. sayılı kararı. YKD C.24, s.8, Ağustos 1998, sh.1141.

¹⁸⁰ Global kabul hakkında bk.dn.88.

standart sözleşme kullanıcısı, MK md.2'den ilham alan "güven kuramı" gereği haklı bir güven sahibi olamaz.¹⁸¹ Bu doğrultuda, objektif unsur olarak, sözleşmeye yabancı olma özelliği gösteren; sübjektif açıdan da genel işlem şartı muhatabı sözleşenin bireysel özellikleri, bilgisi, yapılan işleme ilişkin tecrübesine göre değerlendirme yapıldığında alışılmamış ve şaşırtıcı sayılabilecek bir sözleşmesel kayıt¹⁸² artık sözleşme içeriğinden dahi sayılmamalı ve bu düzenleme, müşteri konumundaki sözleşen açısından yürürlüğe girmemeli, bağlayıcı olmamalıdır.

Banka genel kredi sözleşmeleri açısından da doktrinde, bu sözleşmelerde bankaya tanınan tek yanlı irade beyanıyla faiz artırımını imkânı veren kayıtlarla; bankanın, kredi borcunu dilediği zaman muaccel kılma ve alacağını talep etme yetkisini saklı tutan düzenlemelerin bu kapsamda olduğu ve bu nedenlerle, yukarıda zikredilen ve MK md.2'de düzenlenmiş dürüstlük kuralı baz alınarak oluşturulmuş yürürlük denetimi kriteri bağlamında sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayarak sözleşme dışı kalmaları gerektiği ifade olunmaktadır.¹⁸³ Yine bunun gibi, genel kredi sözleşmelerindeki cezai şart hükümlerinin alışılmamış ve şaşırtıcı nitelikte oldukları gerekçesiyle aynı kapsamda kabul edilmeleri gerektiği savunulmaktadır.¹⁸⁴

Genel kredi sözleşmelerinin içeriğini oluşturan standart kayıtların yürürlük denetimi konusu çalışmamızın kapsamı dışında olmakla birlikte, anılan sözleşmeler açısından öne sürülen bu görüşlerin tartışılmasında yarar görmekteyiz.

Alışılmamış ve olağandışı kayıtların, genel işlem şartı niteliği gösteren ve müşteri tarafından global olarak kabul edilen sözleşmeler

¹⁸¹ **Atamer**, GİŞ, sh.109.

¹⁸² **Havutçu**, sh.138.

¹⁸³ **Sungurbey**, sh.577. Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "Yazılmamış Sayılma" başlıklı 21. maddesi de, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağını düzenlerken maddenin gerekçesinde, kredi sözleşmelerinde kredi kurumuna tanınan ve dilediği anda gerekçe göstermeksizin hesabı kat ederek kredi ilişkisine son vereceğine ilişkin hükümlerin de olağan dışı ve şaşırtıcı oldukları gerekçesiyle yazılmamış sayılacakları ifade edilmektedir.

¹⁸⁴ **Battal**, Banka, sh.190.

bakımından sözleşmenin içeriğinden sayılmaması yaklaşımı, bir takım şartların birlikte mevcut olması halinde söz konusu olabilen bir denetim kıstasıdır. Buna göre, anılan yaklaşım çerçevesinde sözleşmenin içeriğinden sayılmayacak bir hükmün öncelikle objektif açıdan sözleşmeye önemli ölçüde yabancı olması ve sübjektif açıdan da müşterinin somut olaydaki bireysel özellikleri, bilgisi ve yapılan işleme ilişkin tecrübesi dikkate alındığında kendisinin, böyle bir kaydın sözleşmede yer almasını öngöremeyecek durumda olması gerekir.¹⁸⁵ Dolayısıyla, bahse konu objektif ve sübjektif ölçütler açısından konuya yaklaşılması ve genel kredi sözleşmelerindeki hükümlerin ne ölçüde alışılmamış ve şaşırtıcı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Alman Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemesinde tüketici veya tacir ayrımı yapılmadan uygulanması kabul edilen bu yaklaşım, doktrinde bazı yazarlarca zayıf ve deneyimsiz tacirler bakımından uygulanabilir olarak değerlendirilmiştir.¹⁸⁶ Buna göre, anılan sözleşmenin tarafı olan bir tacirin, somut olayda şaşırtıcı ve olağandışı bir hükmün etkilerini değerlendiremeyecek derecede tecrübesiz olduğu kabul edilirse bu kriter; anılan tacir açısından da uygulanabilmelidir. Yine bu paralelde, faiz artırımı oranı konusunda bankaya tek taraflı yetki veren hükümlerin ve kredi borcunu dilediği an muaccel kılma yetkisini bankanın inisiyatifine bırakan kayıtların, sözleşmeyi imzalayan tacir tarafından öngörülebilmesi mümkün değildir ve bunlar bu yönüyle sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmazlar.¹⁸⁷

Ancak kanımızca bu görüşlerin kabul edilebilmesi, söz konusu ilkenin uygulanabilmesi için gerekli olan objektif ve sübjektif kriterler dikkate alındığında olanaklı değildir. Zira, kredi faiz oranını sözleşmede belirtilen ölçüler dahilinde serbestçe belirleyebilme, faiz hadlerinin serbest bırakılması durumunda da bankaya kredi faiz oranlarını dilediği oranda artırabilme veyahut da kredi kullananın bankaya karşı doğmuş kredi borcunu bankanın tek yanlı irade beyanıyla muaccel kılma ya da kredinin

¹⁸⁵ **Havutçu**, sh.137-138.

¹⁸⁶ **Atamer**, Banka, sh.22.

¹⁸⁷ Bu görüşte: **Sungurbey**, sh.577.

kullanımını durdurma ve krediyi kesme yetkilerini bankaya tanıyan bu tür hükümlerin “genel kredi sözleşmesinin içeriğine önemli ölçüde yabancı olmasından” bahsedebilmek kanımızca mümkün değildir. Bir genel kredi sözleşmesinin konusu, kredi kullanana belli bir limit dahilinde nakdi ve gayri nakdi krediler kullandırılması olduğuna göre ve kullandırılan kredi de -tarafklar faiz kararlaştırmasalardı bile- faiz talebine konu olacağına göre faiz ile ilgili bir düzenlemenin sözleşmenin içeriğine yabancı olduğundan bahsedilemez. Böyle geniş bir yetkinin somut olayda banka tarafından ne şekilde kullanıldığı ise artık “sözleşme hükmünün şaşırtıcı ve olağandışı olması nedeniyle sözleşmeye dahil sayılmayacağı” kriterince değil; başka bir denetim kıstasınca denetlenecektir.

Sübjektif kriter açısından ilgili kayıtları incelediğimizde genel kredi sözleşmesinin tarafını oluşturan tacirin TTK md.20 gereği basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereği karşısında kredi kullanan taraf; bankaya tanınan tek yanlı faiz artırımını imkânı veren ve kredi borcunu muaccel kılma olanağı tanıyan düzenlemelerin kendisi ve işletmesi için “şaşırtıcı ve olağandışı” olduğundan bahsedememelidir.¹⁸⁸ Zira, Yasa gereği basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olan bir tacir, banka ile kredi ilişkisine girerken kredi sözleşmesinin içeriğini bilmek durumunda olduğu gibi; ekonomik açıdan tam anlamıyla istikrara kavuşmamış olan bir ülkede kredi kullanan bir tacir, bankanın bu tür akdi yetkilerle kendisini ekonomik dalgalanmalara karşı korumak durumunda olduğunu da tahmin edebilmelidir. Dolayısıyla da, bahse konu davranış kuralı bu yönüyle, ilgili hükümlerin tacir için şaşırtıcı ve olağandışı kabul edilmelerini olanaksız kılar. Kaldı ki, anılan akdi kayıtların tacir için şaşırtıcı ve olağandışı

¹⁸⁸ Aynı yönde: Erden **Kuntalp** / Nami **Barlas** / Ahu **Ayanoğlu Moralı** / Pelin **Çavuşoğlu İşintan** / Mehtap **İpek** / Mert **Yaşar** / Sedef **Koç**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, sh.27 vd. Yazarlar, kanımızca son derece haklı olarak, tacir sıfatını haiz ve genel işlem şartı kullanan tarafla bir ölçüde müzakere edebilme gücüne sahip bir tacirin bu hükümler hakkında bilgilendirilmesi ve uyarılması, dolayısıyla da bunların artık şaşırtıcı ve olağandışı olmaktan çıkarak kendisi tarafından da kabul edilmesi halinde dahi karşı sözleşenin Kanun'un korunması kapsamına girmesini yerinde görmemektedirler. Yine madde değerlendirmesinde yazarlar, bu tür kayıtların tüketici sözleşmeleri bakımından şaşırtıcı ve olağandışı sayılmasının doğru olduğunu ancak tacir sıfatını taşıyan bir sözleşen bakımından, bankanın kredi hesabını dilediği an keserek borcu muaccel kılabileceğine yönelik sözleşme hükmünün “olağandışılığının” tartışmaya açık olduğunu haklı olarak vurgulamaktadırlar.

olduğunu savunmanın, işlem güvenliği ticari hayatın devamlılığı açısından da kabule değer olduğunu düşünmüyoruz.

MK md.2 hükmünden ve özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı penceresinden genel kredi sözleşmelerinin içerik denetimi problemine baktığımızda ise, hakkın kötüye kullanılması yasağının anılan ilkenin uygulama süreci içinde, olağan kullanım alanından daha değişik yaklaşımlarla ele alınmış olduğunu ve yalnızca hakların değil; hukuki kurumların da kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceğinin öne sürüldüğünü görmekteyiz.¹⁸⁹

Bu görüşe göre, özel hukuk sisteminin görevi yalnızca subjektif hakları koruma altına almak değil toplumsal hayatın tümüne egemen olan mülkiyet, sözleşme özgürlüğü ve rekabet gibi doğrudan doğruya bir hakkın konusu olmayan kurumların da korunmasına hizmet etmektir. İsviçre hukuk doktrininde de taraftar bulan bu görüşten hareketle sözleşme özgürlüğü kurumunun sağladığı imkânlardan yararlanarak genel işlem şartı niteliğindeki hükümleri sözleşmeye dilediği ölçüde ve oranda dahil eden tarafın bu davranışı ile, herhangi bir "subjektif hak" niteliği taşımayan ancak özel hukukun en temel ilkesi olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğünü kötüye kullandığı ileri sürülmektedir. Toplumsal bir fonksiyonu olan sözleşme özgürlüğü, hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan kullanılamayacağı gibi anılan kurumun üstlendiği işleve zarar verecek tarzda kötüye kullanımın da korunması bu görüş doğrultusunda kabul edilmemek gerekir. Genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerin tâbi olacakları denetim kriterlerini belirlemede dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından Alman uygulaması da yararlanmış ve Alman Medeni Yasası'nın genel işlem şartlarına ilişkin bölümünde "dürüstlük ve güven ilkeleri"ne denetim mekanizması sıfatıyla açıkça atıf yapılmıştır.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, sh.1 vd. (Atamer, GlŞ, sh.170'den naklen)

¹⁹⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.162-163.; Kocaman, sh.1109.

Türk doktrinde MK md.2 hükmünün standart sözleşmeler ve özellikle banka genel kredi sözleşmeleri açısından elverişli bir denetim ölçütü olduğu¹⁹¹ ve hatta yasalarda başkaca bir denetim kriteri bulunmasa bile salt bu düzenlemenin yeterli olacağı vurgulanmaktadır.¹⁹²

Ülkemiz uygulamasına bakıldığında ise Yargıtay'ın genel işlem şartı özelliği taşıyan hükümler açısından, bu hükümleri tek yanlı olarak belirleyen tarafın -bu arada bankaların- söz konusu standart akdi düzenlemelerle kendisine tanınan yetkilerin sınırını tayin etmede ve banka genel kredi sözleşmelerinin geçerlilik probleminde esas olarak MK md.2 hükmünden yararlandığı görülmektedir.¹⁹³

Yargıtay'ın bu yaklaşımına doktrinde çeşitli eleştiriler yöneltilmektedir. Buna göre, sözleşme ile bankaya tanınan tek yanlı olarak kapital ve temerrüt faizi oranını belirleme yetkisi, buna imkân veren

¹⁹¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh.165; Kocaman, sh.112; Kaplan GlŞ, sh.56-57; Bahtiyar, GlŞ, sh.97.

¹⁹² Akyol, Banka Sözleşmeleri, sh.113.

¹⁹³ ".....Taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinde artan faiz oranlarının uygulanacağı kabul edildiğinden bu durum, BK 19 ve 20 maddelerine aykırılık teşkil etmez. Ancak sözleşmenin bu maddesi ile davalı bankanın iradesine bırakılan faiz artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuraları içinde davranılması, MK' nun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Bu kuralın sonucu olarak bankanın fahiş kazanç amacı ile faiz oranını tek yanlı artırma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltmesi, hakkın sulistimalini oluşturduğundan sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK' nun 2. maddesinin korunmasında bulunduğu kabulü gerekir. Somut olayda banka kredi süresince faiz oranını %125, %150, %175'e yükseltip daha sonra %150, %130, %120 ve %110'a indirdiğinden faiz oranlarındaki artışın MK' nun 2. maddesine aykırı olduğu kabul edilemez....." Y.19. HD' nin 30.10.1997 t. ve 1997 / 5007 E. ve 1997 / 9024 K. sayılı kararı. YKD C.24, s.10, sh.1515. ".....Taraflar arasında imzalanan Kredi Genel Sözleşmesinin 10/1. maddesinde faiz oranlarında yetkili merciler veya banka tarafından değişiklik yapılması halinde ihtara gerek kalmaksızın değişiklik tarihinden itibaren yeni faiz oranlarının uygulanması kararlaştırılmıştır. Artan faiz oranlarının bankaca kredi borcuna uygulanmasına olanak sağlayan sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan BK' nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Ancak sözleşmenin bu maddesi ile davacı bankanın iradesine bırakılan faiz oranını artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyiniyet kuralları içinde davranılması MK' nun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Bu kuralın sonucu olarak bankanın fahiş kazanç amacı ile faiz oranını tek yanlı artırma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltmesi objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK' nun 2. maddesinin korunmasında bulunduğu kabulü gerekir....." Y. 19. HD' nin 3.3.2000 t. ve 1999 / 8010 E. ve 2000 / 1603 K. sayılı kararı, Kostakoğlu, sh.866.

sözleşme hükmü gereği banka tarafından somut olayda uygulanmış ve bu uygulama biçimi kredi müşterisi tarafından kabul edilmemiş ise ilke olarak bunun geçersiz sayılması ve ancak, Banka tarafından tek yanlı şekilde belirlenen faize müşteri tarafından karşı çıkılmasının MK md.2 düzenlemesine aykırı addedildiği hallerde bu faiz oranının hüküm doğurması gerektiği; bu çerçevede ileri sürülen bir görüştür.¹⁹⁴

Ayrıca, MK md.2 hükmünün sözleşmenin içerik denetimi ile doğrudan ilgili olmadığı zira içerik denetiminin, bir sözleşmenin geçerli olarak doğup doğmadığı ile ilgilendiği dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ise geçerli olarak doğduğu kabul edilen bir sözleşmede yer alan bir hakkın sınırının çizilmesine yaradığı ifade olunmaktadır.¹⁹⁵

Bu görüşten hareketle, MK md. 2 hükmü ile, akdi nitelikte bir hakkın geçerli olarak doğduğu ve anılan sözleşme hükmünün taraflar arasında bağlayıcı olduğu ön kabulünden hareket edildiği ve Yasa hükmünün ifa ettiği fonksiyonun doğrudan içerik denetimine ilişkin değil tali nitelikte bir hakkaniyet dengesi kurmak şeklinde kendini gösterdiği öne sürülmektedir.¹⁹⁶ Genel kredi sözleşmelerindeki faiz kayıtlarının, bankanın borcunu ifa etme biçimini düzenleyen maddeler ve benzeri durumlarda bankanın, kendisine tanınan bu yetkilerini MK md.2'nin çizdiği sınırlar içinde kullanması gerektiğinin doğal bir olgu olduğunu belirten bu görüş,¹⁹⁷ dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, banka kredi sözleşmelerindeki genel işlem şartı niteliğindeki hükümler için getirilmiş özel bir denetim kriteri olmadığını ifade etmekte ve bu nedenle de MK md. 2 hükmünün, sorunun çözümüne doğrudan bir katkı sağlamayacağını öne sürmektedir.

¹⁹⁴ **Burcuoğlu**, sh.13.

¹⁹⁵ **Atamer**, GlŞ, sh.176 vd.

¹⁹⁶ **Havutçu**, sh.181.

¹⁹⁷ **Atamer**, Banka, sh.31.

Kanımızca, hakkın kötüye kullanılması yasağı, tüketici sözleşmelerinde yer alanlar hariç genel işlem şartlarının içerik denetimi ile ilgili herhangi bir yasal düzenleme -ve bu çerçevede bu tür sözleşmeler için spesifik bir denetim kriteri- içermeyen Türk Hukuk Sistemi bakımından banka genel kredi sözleşmelerinin içeriğini teşkil eden tek tip kayıtların denetiminde en fazla yararlanılabilecek denetim kriteridir. Bu anlamda, genel kredi sözleşmeleri içindeki somut hükümlerin BK md.19-20'de ifade olunan genel sözleşme sınırları kapsamında ele alınmasının zorluğu ve gabin kurumunun da anılan sözleşmeler bakımından uygulanma kabiliyetinin olmaması, MK md.2 / f.II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağını bu tür akıtlar açısından en elle tutulur, en somut, pozitif hukuk kurallarının çizdiği sınırları zorlamayan, amaca en uygun sonuçlar veren ve denetim ölçütü olarak kullanılmaya en elverişli kriter olarak karşımıza çıkarmaktadır.

Bu çerçevede, doktrinde MK md.2 düzenlemesinin aslında içerik denetimi yapmaya yarayan bir mekanizma olmadığı ve geçerli olarak doğmuş bir sözleşmesel kaydın somut olayda hukuk düzeninin çizdiği sınırlar dahilinde kullanılıp kullanılmadığını belirleyen bir ölçüt olduğu yönündeki tenkitler temelde yerinde olsa dahi burada, genel kredi sözleşmeleri açısından denetim ölçütlerinin ne derece somut ve pratik bir sonuç vereceği dikkate alınmalı ve anılan sözleşmeler yönüyle kanımızca uygulanma yeteneği son derece sınırlı olan kamu düzenine, ahlâka, kişilik haklarına aykırılık ve gabin gibi sözleşme sınırları yanında, hakkın kötüye kullanılması yasağına öncelik tanınmalıdır.

F. Kişilik Haklarına Aykırılık Oluşturan Kayıtlar Açısından

1.Medeni Hukukta Kişilik Hakkı ve Ele Alınış Biçimi :

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını çizen BK md.19 düzenlemesi, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağladığı aykırılıklar içinde "şahsi haklara müteallik haklar" olgusunu da katmış ve böylece kişilik haklarına aykırılık teşkil eden hukuki işlemlerin batıl olduğu hüküm altına

alınmıştır. Geniş ve mutlak surette içinin doldurulması gereken bir kavram olan kişilik hakkının yasal bir tanımı bulunmamakla beraber MK md.23 ve devam eden maddelerde “kişiliğin korunması” üst başlığı altında kişilik hakları, vazgeçme ve aşırı sınırlandırmaya ve saldırıya karşı koruma altına alınmış ve kişilik haklarını koruyucu davalar tek tek sıralanmıştır.

Yasa hükmü ile koruma altına alınan kişilik haklarının Kanunda ayrı ayrı belirtilmeyişi doktrin tarafından yerinde görülen bir hareket tarzıdır.¹⁹⁸ Kişilik kavramı ile çok yakından ilişkisi olan¹⁹⁹ ve hukuk sùjelerinin, “kişi” olmaları dolayısıyla sahip olduğu değerler üzerindeki haklarını belirleyen kişilik hakkı kavramı genel itibariyle, gerçek kişinin doğuştan, tüzel kişinin ise kuruluştan itibaren sahip olduğu veya sonradan edindiği ve korunmasını talep ettiği hukuki, manevi, ahlâki ve bedeni niteliklerine ilişkin menfaatleri olarak tanımlanabilmekte²⁰⁰ ve çeşitli gruplar altında incelenmektedir.

“Kişilik hakkı”nın, kişinin sahip olduğu insani değerlerine sıkı sıkıya bağlı olması, bu değerlerin korunması zorunluluğunu doğurmuştur. Bu doğrultuda da Medeni Kanun’un 24. maddesinde kişilik hakları saldırıya uğrayanın yargıçtan hukuki korunma talep edebileceği düzenlenmekte, aynı Kanun’un 25. maddesinde ise kişilik haklarını koruyucu davalara yer verilmektedir. Buna göre, kişilik hakkının ihlal edildiğini öne süren taraf saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini ve sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği gibi düzeltmenin veya mahkeme kararının üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanmasını talep etme hakkına da sahip

¹⁹⁸ Ergun **Özsunay**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. bası, İstanbul 1979, sh.98; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1992, sh.249-250; Abdülkadir **Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000, sh.105-106; Ahmet **Kılıçoğlu**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 2. bası, Ankara 1993, sh.5.

¹⁹⁹ **Arpacı**, sh.103.

²⁰⁰ **Tekinay**, sh.249. Ayrıca bk. **Özsunay**, Gerçek Kişiler, sh.97; Mustafa **Dural** / Tufan **Öğüz**, Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, **Eren**, sh.289; sh.91-92; Zahit **İmre**, Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Dr. Recai Seçkin’ e Armağan, Ankara 1974, sh.801; **İpek**, sh.61-62.

kılınmıştır. Kişilik hakkının ihlal edildiğini öne süren tarafın maddi ve manevi tazminat isteme ve hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilmiş olan kazancı, vekaletsiz işgörme kuralları çerçevesinde kendisine verilmesini talep etme hakkı da aynı maddede saklı tutulmuştur.

2.Kişilik Haklarına Aykırı Kayıtların Maruz Kalacağı Yaptırım Şekli ve Bu Açıdan Genel Kredi Sözleşmeleri :

Banka genel kredi sözleşmelerinin standart ve genel nitelikli kayıtlarının denetiminde BK md.19 / f.II' deki genel geçersizlik sebepleri arasında yerini alan kişilik haklarına aykırılık kıstasından da yararlanılması önerilmekte ve kişilik haklarına aykırı olarak değerlendirilebilecek sözleşme hükümlerinin Borçlar Kanunu'ndaki yaptırım şekli olan kesin hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşması gerektiği ifade olunmaktadır.²⁰¹ Bu bakımdan doktrinde kişilik haklarına aykırılık yaptırımı ve kişiliğin korunmasına ilişkin MK md.23 hükmü ile banka genel kredi sözleşmeleri arasında daha sıkı bağlantı noktaları yaratılmaya çalışıldığı göze çarpmaktadır.

Genel kredi sözleşmeleri içeriğinde Bankaya tanınan, faiz oranlarını serbestçe artırabilme, kullandırılan krediyi kesme, krediyi geri ödeme borcunu tek yanlı irade beyanıyla muaccel hale getirebilme yetkilerinin, borçlunun kişilik haklarından olan "ekonomik faaliyet özgürlüğü"nü ahlâka aykırı derecede kısıtladığı, bu hükümler yoluyla güçlü tarafın egemenliğini zayıf tarafa dayattığı ve bu durumun zayıf taraf yani kredi kullananın kişiliğini, ekonomik varlığını ve ekonomik faaliyet özgürlüğünü giderek de

²⁰¹ **Kaplan**, GİŞ, sh.61-62. Yazar özellikle, banka ile kredi kullanan arasındaki ihtilafların çözümü ile ilgili olarak banka genel kredi sözleşmelerindeki standart kayıtlar arasında bulunan "kanunen genel ya da özel olarak yetkili kılınan mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırıp başka bir yer mahkemesini yetkili gösteren kayıtlarla hakem kaydı, takastan vazgeçme, ibralaşma, ispat yükünün ters çevrilmesi gibi sözleşme hükümlerinin, kişinin hakkını korumasını güçleştiren, hak arama hürriyetini kısıtlayan ve bu suretle de kişisel özgürlüğü Yasaya olarak sınırlandıran bir niteliğe sahip olduğunu ve bu nedenle de -müşterinin açık onayının bulunmadığı durumlarda- kişilik haklarına aykırı sayılarak geçersiz kabul edilmeleri gerektiği görüşündedir. Genelde tüm standart ve kitlesel sözleşmeler özelde de banka sözleşmeleri ve genel kredi sözleşmelerinin içerik denetiminde kişilik hakların aykırılık kıstasının da uygulanması gerektiği görüşünde: **Kocaman**, sh.1108; **Tekinalp**, GİŞ, sh.140.

toplumdaki şeref ve itibarını törpülediğinden bahisle söz konusu kayıtların kişilik haklarına aykırı ve bu kriterin yaptırımını olan “kesin hükümsüzlük” müeyyidesi ile geçersiz oldukları savunulmuştur.²⁰² Bu nedenle, kişilik haklarının görünülerinden biri olan ekonomik faaliyet özgürlüğü, bu özgürlüğü ortadan kaldırdığı öne sürülen kelepçeleme sözleşmelerinin nitelikleri, hangi durumlarda kelepçeleme sözleşmelerinin varlığından bahsedilebileceği ve genel kredi sözleşmelerindeki hükümlerin, kredi kullananın iktisadi faaliyet özgürlüğünü ahlâka aykırılık derecesinde kısıtlayıp kısıtlamadığı konuları üzerinde durmak gerekmektedir.

Kişilik haklarının görünülerinden biri olarak kabul edilen²⁰³ ekonomik faaliyet özgürlüğü, en genel tanımıyla, kişinin (gerçek veya tüzel) dilediği alanda ekonomik faaliyette bulunabilmesi anlamındadır. Bu çerçevede her özgürlük gibi ekonomik faaliyet özgürlüğü de sınırlandırılabilen ve sözleşmeler de esas itibariyle doğaları gereği borçlunun iktisadi faaliyet özgürlüğünü bir ölçüde kısıtlamakta, onu alacaklıya karşı bir edim borcu altına sokmaktadır. Başka deyişle, her borç ilişkisi kişinin ekonomik özgürlük alanına müdahale anlamını taşır. Ancak buradaki sorun, ekonomik faaliyet özgürlüğü alanına yapılan bu müdahalenin hangi noktada kişilik hakkının ahlâka aykırılık teşkil edecek derecede sınırlandırılmış sayılacağı meselesidir.²⁰⁴

MK md.23 hükmü ile güvence altına alınan ve kişilik haklarından biri olarak kabul edilen ekonomik faaliyet özgürlüğü bu yönüyle ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmamalı ve kişinin kendi ekonomik özgürlüğünü sınırlandırması, onun ekonomik varlığını ortadan kaldırmaya nitelikte olmamalıdır.²⁰⁵ Bu anlamda alacaklının herhangi bir hukuki işlem yoluyla borçlunun ekonomik geleceğini gasbetmesi, borçlunun tamamen

²⁰² **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh. 114; **Sungurbey**, sh.539 vd.

²⁰³ **İpek**, sh.62; **Veysel Başpınar**, Kişilik Hakları Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/VBaspinar3.html>; **Sungurbey / Kaneti**, sh.178.

²⁰⁴ **Özsunay**, Gerçek Kişiler, sh.152-153; **Başpınar**, agm, **Sungurbey / Kaneti**, 178-179.

²⁰⁵ **Özsunay**, Gerçek Kişiler, sh.153.

alacaklının keyif ve arzusuna bırakılması,²⁰⁶ söz konusu hukuki işlemin getirdiği edim yükümlülüğünün borçlunun ekonomik hayatını ve ekonomik kişiliğini yok etmesi ve borçlunun, alacaklının iradesiz bir aleti haline gelecek şekilde borç altına sokulması;²⁰⁷ kişinin ekonomik özgürlüğünün ahlâka aykırı biçimde sınırlandırılması anlamındaki kısıtlamalar olarak kabul edilmektedir.

Kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğünü bu derece sınırlayan, diğer söyleyişle kişinin ekonomik hareket alanını felce uğratarak yok etmek suretiyle onu tamamen diğer tarafın insafına bırakan ve böylece de borçluyu toplumca ahlâki bakımından kınanacak derecede alacaklısına bağlayan²⁰⁸ bu tür sözleşmeler doktrinde “kelepçeleme sözleşmeleri” olarak adlandırılmaktadır.²⁰⁹ Hangi koşulların gerçekleşmesi halinde ise bir kelepçeleme sözleşmesinin varlığından bahsedileceği ise, İsviçre Federal Mahkemesi kararında da vurgulandığı gibi²¹⁰ taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünün zaman, yer ve konu unsurları bakımından en az biri yönünden ahlâka aykırılık yaratacak ölçüde sınırlanmış olması gerekmektedir.²¹¹

Zaman unsuru, kelepçeleme durumunun varlığı açısından olmazsa olmaz bir şarttır.²¹² Dolayısıyla, uzun süreli olarak kurulmamış bir borç ilişkisini kural olarak kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelermek mümkün

²⁰⁶ Edwin **Schweingruber**, Die Wirtschaftlich Schwächere Vertragspartei Insbesondere nach dem Allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes, Bern 1930, sh.115 vd., (Başpınar, agm'den naklen.)

²⁰⁷ **Başpınar**, agm; **Sungurbey / Kaneti**, sh.179.

²⁰⁸ Roland **Hüririmann**, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Bern 1984, sh.39, (Başpınar, agm'den naklen.)

²⁰⁹ **Sungurbey / Kaneti**, sh.179; **Başpınar**, agm; **Özsunay**, Gerçek Kişiler, sh.152-153. Yazar, boğazlama sözleşmeleri deyimini tercih etmektedir.

²¹⁰ “.....Bağlılığın, caiz olan ölçüyü aşip aşmadığına bakılmak gerekir ki, bu, zaman, yer ve konu bakımından ya da aynı zamanda çeşitli bakımlardan olabilir; borçlunun hürriyeti kullanmakta ahlaki duyguyu ZGB 27.fıkra anlamında ihlal edecek derecede sınırlanmış olup olmadığına bakılmalıdır.” BGE c.51 II, sh.167-169. **Sungurbey / Kaneti**, sh.182-183

²¹¹ **Başpınar**, agm.

²¹² **Başpınar**, agm.

değildir.²¹³ İsviçre Federal Mahkemesi de bu anlamda kelepçeleme halinin varlığı için zaman unsuru bakımından sınırlandırılmamış; sınırlandırıldıysa bile çok uzun süre devam eden borç ilişkilerinin mevcudiyetini aramaktadır.²¹⁴ Ancak bir sözleşmenin uzun süreli olarak akdedilmesi onu salt bu nedenle hükümsüz kılmaya yetmemektedir. Uzun süreli olarak akdedilen bir sözleşmede uzun süreli olarak borç altına giren kişinin üstlendiği edim dikkate alınmalı ve edimin içeriğine göre kelepçeleme durumunun varlığı veya yokluğu tespit edilmelidir. Bu anlamda bir borç ilişkisinde bir tarafa uzun süreli bağlanma durumu mevcut olsa dahi, üstlenilen edimler bağlanan tarafın ekonomik durumunu felce uğraticı ve o kişiyi alacaklısının keyfi davranışlarının esiri konumuna getirici nitelikte değilse kelepçeleme sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.²¹⁵

Bir borç ilişkisinin kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespitinde kullanılacak ikinci kriter “konu” yani edimin içeriğidir. Üstlenilen edimle bir taraf diğerine uzun süre ile yalnız bir konuda ifayı ve o istikamette faaliyette bulunmayı veya bulunmamayı taahhüt etmekte veya uzun süreli bir rekabet yasağı söz konusu olmakta ise bu durum, borçlunun iktisadi geleceğini yok etme tehlikesi arz edebilmektedir.²¹⁶ Burada yine edim yalnız bir konuda faaliyette bulunma gibi bir taahhüt içerse dahi somut olay bakımından yan edimler, edimlerin değeri, günün koşulları gibi kriterler bakımından olay incelenmeli ve “iktisadi geleceğin mahvını doğuracak ve onu felce uğratacak” ağırlıkta bir kelepçeleme durumunun varlığı titizlikle araştırılmalıdır.

Yer açısından kelepçeleme durumu ise üstlenilen edimin (hizmet, işgörme vb.) kişilik haklarını ahlâka aykırılık derecesinde kısıtlayacak

²¹³ **Gauch, P. / Schluemp, W**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auf. Zürich 1995, Nr.663. (Başpınar, agm'den naklen)

²¹⁴ BGE c.25, II, sh.478; BGE, c.26, II, sh.120; BGE c.31, II, sh.915. **Sungurbey / Kaneti**, sh.180-181.

²¹⁵ **Başpınar**, agm

²¹⁶ **Başpınar**, agm

ölçüde belli bir yere özgülenmesi halleri için söz konusu olmaktadır.²¹⁷ Örnek olarak, uzun süre ile belli bir yerde ticari faaliyette bulunulması ve bu süre zarfında başka bir yerde edimin ifa edilmesine izin verilmemesi kelepçeleme durumunun varlığını gündeme getirebilmektedir.

Zaman, konu ve yer unsurları bakımından banka genel kredi sözleşmelerinin hükümlerini ele aldığımızda, öncelikle zaman unsurunun bu sözleşmeler bakımından bir kelepçeleme durumu yaratmayacağı kanısındayız. Zira, her ne kadar genel kredi sözleşmesi bir bütün olarak taraflar arasında uzun süreli bir borç ilişkisi tesis etse dahi salt kredi sözleşmesinin imzalanması somut bir “kredi geri ödeme borcu” doğurmamakta; kredi kullanan örneğin bankadan nakdi cari hesap kredisi çektiğinde bu, sözleşmedeki geri ödeme şartları ve bankaca gönderilen hesap özetleri çerçevesinde genel olarak üçer aylık dönemler halinde bankaya geri ödenmektedir. Bu anlamda genel kredi sözleşmesi bir çerçeve sözleşme olduğundan banka ile kredi kullanan arasındaki somut kredi kullanma ve bunu geri ödeme hak ve yükümlülüğü belli süreler içinde gerçekleşmekte ve bu durum zaman açısından kelepçeleme durumu yaratmamaktadır. Taraflar arasında genel kredi sözleşmesi imzalanırsa dahi ne nakdi ne de gayri nakdi bir kredi kullanımı söz konusu olmamış ise, banka komisyonları gibi bir takım yan borçlar haricinde bir geri ödeme borcu da olmayacak ve dolayısıyla süre sınırlaması olmayan böyle bir genel kredi sözleşmesi ilişkisinde konu ve edimin içeriği bakımından herhangi bir kelepçeleme durumundan da bahsedilemeyecektir. Keza kredi kullananın, bankadan kullandığı krediyi dilediği an geri ödemek ve kullanılan somut kredi bazında bu ilişkiyi sona erdirebilmek imkânına sahip bulunması; genel kredi sözleşmelerinin yapısının ve bu sözleşmenin doğurduğu karşılıklı ilişkilerin “zaman” unsuru bakımından kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmektedir.

Konu ve edimlerin içeriği bakımından genel kredi sözleşmelerini incelediğimizde, özellikle bankaya tanınan tek yanlı faiz artırımını imkânı,

²¹⁷ Başpınar, agm

kullandırılan krediye bankaca saptanacak oranda faiz tahakkuk ettirilebilmesi, bankanın, kredinin kullanımını durdurabilme ve kredi borcunu dilediği an muaccel kılabilmesi gibi olanaklar tanıyan düzenlemelerin kelepçeleme niteliğinde olduğu ve bu gerekçeyle de kesin hükümsüz sayılmaları gerektiği, doktrinde seslendirilen görüşler arasındadır.²¹⁸

Kanımızca, banka genel kredi sözleşmelerindeki bu tür hükümlerin, -kelepçeleme sözleşmelerinin oluşum şartları paralelinde- kredi kullananın ekonomik geleceğini ortadan kaldırdığından veya gasbettiğinden, kredi borçlusunu kıpırdayamaz hale getirdiğinden ve onun iktisadi hayatını felce uğrattığından bahsetmek olanaklı değildir. Zira öncelikle, kredi kullananın bu tür yetkileri bankaya tanınması ile, bankanın somut olayda bu yetkilerini kullanırken bunları suiistimal etmesi birbirinden ayrı konulardır. Genel kredi sözleşmelerinin yukarıda anılan tarzdaki hükümlerinin “ratio”su, tesis edilen kredi ilişkisi boyunca gerek borçlunun mali durumunda gerekse de ülkenin ekonomik konjonktüründe meydana gelebilecek olumsuzluklara karşı bankaya, ihtiyaç duyduğu tedbirleri alabilme imkânı vermesidir. Banka, bu tür bir yetkisinin varlığına rağmen kredi borcunun vadesinde muaccel olmasını bekleyebilir veya kredi sözleşmesi yürürlükte kaldığı sürece kredinin kullanılmasını durdurmayabilir. Başka deyişle, genel kredi sözleşmelerindeki bankanın tek yanlı kullanımına açık yetki ve düzenlemeler borçlu bakımından mutlak edim yükümlülüğü doğurmamakta; ancak bankaya, kredinin geri dönüşünü güvenceye almak amaçlı tek taraflı yetkiler bahsetmektedir. Bankanın söz konusu geniş yetkilerini kullanmaması durumunda ise kredi borçlusunun -salt bu düzenlemelerden ötürü- iktisadi geleceğinin yok olduğundan bahsedilemeyecektir. Bankanın bahse konu tek taraflı yetkilerini somut

²¹⁸ **Sungurbey**, sh.539 vd.; **Başpınar**, agm. Yazar bu konu ile ilgili olarak: “.....burada banka güçlü konumunu kötüye kullanmaktadır. Böyle bir davranış kişilik haklarını ihlal ettiği için MK md.23’e, BK md.19-20’ye aykırı olduğu kadar MK md.2/II’ye de aykırıdır.” ifadesini kullanmaktadır. MK md.23 hükmü ile yasaklanan, kişinin kendisinin, kendi kişilik hakkını ahlaka aykırı şekilde kısıtlamasıdır. Dolayısıyla bankanın “davranışının” hukuk düzeni tarafından tâbi tutulacağı muamele bizce, kişilik haklarına aykırılık kriteri noktasında değil; ancak bankanın bu yetkisini MK md.2 / f.II anlamında kötüye kullanıp kullanmadığı noktasında belirlenebilir.

olayda nasıl kullandığı ise artık hakkın kötüye kullanılması yasağı kriterinin getirdiği esaslar dahilinde çözülmesi gereken bir konudur.

Öte yandan, her sözleşmenin bir ölçüde tarafların ekonomik özgürlüğünü kısıtladığı, dolayısıyla, ancak ekonomik faaliyet özgürlüğünün ahlâka aykırı olarak kısıtlanması halinde kelepçeleme sözleşmesinden bahsedilebileceği gerçeği karşısında; bankanın koruyucu nitelikte bir takım yetkilerle donatılması ve kredi borçlusunun da bu yetkilerin varlığını kabul etmesi; kesin hükümsüzlük yaptırımı davet edecek ölçüde kişilik haklarına aykırı değildir kanısındayız. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de kelepçeleme sözleşmelerinin ağır oluşum şartlarına özel vurgu yapmış ve kelepçeleme sözleşmesinin mevcudiyeti yönündeki iddialara oldukça temkinli yaklaşmıştır.²¹⁹ Dolayısıyla, istisnai olarak iktisadi faaliyet hürriyetinin sözleşmeyle sınırlanmasının ahlâka aykırı sayılabilmesi için bu sınırlamanın, sözleşen tarafın ekonomik varlığının yok olması tehlikesi yaratacak biçimde onu alacaklının keyfine tâbi tutması, borçluyu, alacaklının ekonomik vesayeti altına alması ve onun iktisadi etkinlikte bulunma hürriyetini felce uğratması gibi çok ağır şartların gerçekleşmesi gerekliliği karşısında salt bankanın konjonktürel nitelikte tek yanlı yetkilere sahip olması bu anlamda kişilik haklarını ahlâka aykırı ölçüde kısıtlayıcı değildir düşüncesindeyiz.

Yine bunun yanında, sözleşme sınırı oluşturan ve “kesin hükümsüzlük” gibi çok ağır bir yaptırım getiren “kişilik haklarının ahlâka aykırı biçimde sınırlandırılmasından” bahsedebilmek ve bir tarafa tanınan tek yanlı yetkilerin kesin hükümsüzlük sonucu doğuracak ağırlıkta olduğuna hükmetmek için söz konusu sözleşme kayıtlarının değerlendirilmesinde son derece titiz ve ölçülü davranılması gerekir. Bu nedenle, borçluyu yükümlülük altına sokan ya da alacaklıya edimi belirleme yetkisi veren her sözleşmenin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmak hukuk güvenliğinin ortadan kalkması tehlikesi yaratacaktır.²²⁰ Dolayısıyla, kredi kullanan tarafın kredi kullanmak üzere başvurduğu

²¹⁹ BGE c.95 II, sh.57. **Sungurbey / Kaneti**, sh.184-185.

²²⁰ Aynı görüşte: **Başpınar**, agm

bankanın genel kredi sözleşmesi içerisinde kredi faiz oranını dilediği an artırabilme veya kredi borcunu dilediği an muaccel kılabilme gibi yetkileri; sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracak ağırlıkta düzenlemeler olarak kabul edilmemelidir.

III. Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı ve Benimsediği Çözüm Yolları

Banka genel kredi sözleşmelerindeki standart ve genel nitelikli sözleşme kayıtlarının hukuki geçerliliği problemi ile ilgili davalar, ülkenin ekonomik şartlarında meydana gelen beklenmedik dalgalanma ve olumsuzluklara paralel olarak belli dönemlerde artmaktadır. Söz konusu konjonktürel durumlarda da bankalar sözleşmesel yetkilerini kullanarak faiz oranları ile ilgili tek yanlı uygulamalara gidebilmekte, kredi kullananın mali durumunda meydana gelebilecek kötüleşmeler sonucunda kredi borcunu muaccel kılabilmekte, dolayısıyla bunlar da kredi kullanan tarafın edimlerini yerine getirememesine ve temerrüde düşüp borcunun daha da ağırlaşmasına sebep olmaktadır.

Yargıtay, kredi sözleşmelerindeki genel nitelikli kayıtların içerik denetimlerinde konuya Borçlar Kanunu'nun genel geçersizlik sebepleri penceresinden bakarken, emredici hükümlere aykırılık kriterinden belli noktalar açısından yararlanmaktadır.²²¹

Kamu düzenine, kişilik haklarına ya da ahlaka aykırılık kriterleri bakımından ise Yargıtay,²²²*Davada uyuşmazlık konusu edilen, vadesiz*

²²¹ ".....Kredi taahhütnamesinin 15. maddesinde avukatlık ücretinin oranı %10 olarak belirtilmişse de, İİK' nun 138 / 3. maddesi gereğince taahhütnamenin avukatlık ücretine ilişkin bölümü geçerli olamayacağından, davacı bankanın %10 avukatlık ücreti talebinin reddi gerekirken....." Y.19. HD' nin 01.02.1994 t. ve 1993 / 423 E., 1994 / 719 K. sayılı kararı. **Kostakoğlu**, sh.914. ".....Takip talebinde, asıl alacağa takip tarihine kadar işlemiş faizi de katılarak takipten sonra bu meblağ üzerinden faiz talep edilmiş olmasının B.K. nun 104 / son ve 3095 sayılı Yasanın 3. maddesi hükmü göz ardı edilerek takipte %10 vekalet ücreti talep edilmesinin Yasaya aykırı olduğu dikkatten kaçırılarak takibin aynen devamına karar verilmesi isabetsizdir....." Y. 19. HD' nin 01.12.1993 t. ve 1992 / 10310 E., 1993 / 8189 s. kararı. **Kostakoğlu**, sh.919.

²²² Y. 19. HD.'nin 25.11.1994 t. ve 1994/6472 E., 1994/11467 K. sayılı kararı, İzmir BD, Ocak 1995, s.1, sh.119 vd. Aynı yönde: Y. 19. HD.'nin 30.10.1997 t. ve 1997/5007 E., 1997/9024 K. sayılı kararı, YKD C.24, s.10, Ekim 1998, sh.1513 vd.; Y. 19. HD.'nin 26.3.1996 t. ve 1996/6 E., 1996/2976 K. sayılı kararı, YKD C.22, s.7, Temmuz 1996, sh.1113 vd; Y. 19. HD' nin 17.04.2000 t. ve 1999 / 7929 E., 2000 /

kredi sözleşmelerinin 2. maddesindeki, "bankanın dilediği zamanda açılan kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek yahut kullandırılan kredinin cari hesabını kat'etmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek" yetkisinin bankaya tanınması hükmü ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabulü olanaksızdır.....Kredi sözleşmesinin vadesiz süreci içinde, artan kredi faizlerinin, kredi müşterisi nezdindeki kredi borcuna, ihbar koşulu ile bankaya uygulama yetkisi tanıyan bu hükmün de kredi müşterisinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı, ahlaka aykırı ve kelepçeleyci bir niteliği bulunduğu kabulü olanaksızdır....." ifadeleri ile ortaya konan, istikrarlı bir içtihat geliştirmiş durumdadır.

Karardan da anlaşılacağı gibi Yargıtay dairesi, bankanın tek yanlı irade beyanı ile faiz artırımını yapabileceğine dair ya da krediyi dilediği an kesmek veya kredinin kullanımını durdurmak yönündeki yetkilerinin - salt bunların sözleşme metninde yer almaları nedeniyle- kişilik haklarının görünüşlerinden biri olan ekonomik faaliyet özgürlüğünün ahlâka aykırı ölçüde sınırlandırıldığı yahut da bu hükümlerin kamu düzenine aykırılık oluşturduğu görüşünde değildir. Başka deyişle bu tür hükümler Yargıtayca "kelepçeleyci düzenlemeler" olarak kabul edilmemektedir. Yüksek Mahkeme bu uygulamasına dayanak olarak şu gerekçeleri ileri sürmektedir:

- Vadesiz kredi sözleşmesine dayanarak açılan ve cari hesap şeklinde işletilen krediyi kullanan kredi müşterisinin, kullandığı krediyi dilediği an geri ödeyerek borcunu kapatabilme imkânına paralel olarak bankanın da aynı haklara sahip olması, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranılmadıkça yararlar dengesi bakımından bir sakınca arz etmez.

2904 s. kararı. **Kostakoğlu**, sh.849 Bununla birlikte, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin, tarafların temerrüt faizi oranlarını serbestçe kararlaştırabilecekleri ancak ihtilaf halinde kamu düzeni ile ilgili yasal sınırlamalara göre değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin 06.07.2004 t. ve 2003/6364 E., 2004/3764 K. sayılı kararı için bk. Yargı Dünyası, Kasım 2004, s.107, sh.65 vd.

- Kredi kullanan tarafın basiretli bir tacir gibi davranarak, kredi faiz oranlarının zaman içinde banka tarafından artırılabilirliğini öngörmesi gerekir.

- Kredi faiz oranlarının uzun kredi süreci boyunca sabit kalması bankaları acze düşürebilir ve bu durum mevduat sahiplerinin mağduriyetine sebebiyet verir. Para ticareti yapan bankalar, sattıkları bu paranın bankaya zararsız olarak geri dönüşünü gözetmek yükümlülüğü altındadır.²²³

- Tacirler arasında kapital faizi ve temerrüt faizinin sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde serbestçe belirlenmesine ilişkin hüküm, BK md.19 / f.II'ye aykırılık teşkil etmez; taraflar, serbest iradeleri ile akdettikleri sözleşmeye uymak zorundadır.

Ancak sözleşmenin, tarafların serbest iradeleriyle oluşmuş bulunması; onun kişilik haklarına ya da ahlâka veyahut da kamu düzenine aykırı sayılmalarına engel değildir. Taraflardan birisinin serbest iradesine dayanmayan ve bu anlamda örneğin karşı sözleşenin hile veya ikrahına maruz kalarak iradesi sakatlanan tarafın bu sözleşme ile bağlı olmama gerekçesi tamamen farklıdır. Konumuzu oluşturan kişilik haklarına, ahlâka ve kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile kesin hükümsüz sayılan sözleşmeler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucu oluşan ancak içerik itibariyle hukuk düzeninin kabul edemeyeceği ve geçerlilik kazanmasına izin vermeyeceği düzenlemeler içeren sözleşmelerdir. Dolayısıyla buradaki problem de genel kredi sözleşmelerinin tartışma yaratan hükümlerinin bu tarz bir hukuka aykırılık içerip içermediği noktasındadır.

²²³ Yargıtay, bankaların taraf olduğu diğer uyuşmazlıklarda da benzer gerekçelere başvurmakta ve banka ile müşteri arasında akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların çözümünde; bankaların faiz ödemesinde bulunurken kambiyo zararına uğrama riskleri, kamusal otoritelerce uygulanan dispoñibilite ve munzam karşılık ayırma yükümlülüklerine uyma zorunlulukları ve ayrıca bu doğrudan maliyetler yanında üstlenmek durumunda kaldıkları dolaylı maliyet kalemleri gibi özel durumların dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Y. HGK'nun 17.9.1997 t. ve 1997/11-460 E., 1997/651 K. sayılı kararı, İKİD yıl:39, Ağustos 1999, s.464, sh.14307 vd.

Yargıtay'ın bu anlamda genel kredi sözleşmeleri ile bankaya tanınan ve hemen tüm bankalarca benzer ifadelerle: *“Banka, önceden ihbarda bulunmaksızın yetkili merciler tarafından tespit edilmiş, edilecek veya bankanın serbestçe tayin edeceği oranlarda faiz, temerrüt faizi... uygulama ve bu oranları dilediği zaman ve miktarlarda tek yanlı olarak artırma yetkisine sahiptir”* şeklinde formüle edilen ve yine kredi borcunu tek yanlı ve dilediği an muaccel kılabilme, krediyi kesme, kredinin kullanımını durdurma yetkilerini bankaya tanıyan akdi düzenlemeler karşısında takındığı tutum; bunların BK md.19-20 ve BK md.21'deki sınırlamalarına uygun olduğu, bu kayıtların sözleşme içeriğine dahil bulunduğu ve kesin hükümsüz sayılamayacağı ancak bu tek yanlı yetkilerin banka tarafından, MK md.2 / f.II çerçevesinde kullanılması yani kötüye kullanılmaması gerektiği yönündedir.

MK md.2 / f.II'de ifade olunan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kriterini, uygulanabilir nitelikte bir denetim ölçütü olarak benimseyen Yargıtay bu anlamda; vadesiz kredi sürecinin gözetilerek bu süreçte yükselen faiz oranlarının, bankanın somut olaydaki faiz artırımını ile karşılaştırılmasını ve böylece bankanın haksız bir faiz artırımına gidip gitmediğinin saptanması gerektiğini, banka defter ve kayıtlarının incelenerek bankanın gerçek alacağıının tespit edilmesi lüzumunu belirtmekte ve aslında somut olay denetimi yapmaktadır.

Faiz artırımını bakımından izlenecek yöntemi yerel mahkemelere bu şekilde gösteren Yüksek Mahkeme, kredi borcunun banka inisiyatifinde olmak üzere istendiği an muaccel kılınabilmesi veya kredinin kullanımını durdurulması gibi yetkilerin somut olayda banka tarafından hakkaniyete uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı konusunda ise açıklayıcı bir kriter ortaya koymamaktadır.

Kanımızca burada, kredi borcunun bakiyesi, kredi kullananın mali durumu, kredi teminatlarının, kredi limitinin tümünün kullanılması halinde banka alacağıının tam ve eksiksiz olarak tahsiline imkân verir durumda olup olmaması, sözleşmenin imzalanması ve somut kredi kullandırma

işlemi ile kredi hesabının kat'edilmesi veya kredinin kullanımının durdurulması arasında geçen zaman gibi somut durum kriterleri yargıca bu yönde yeterli bir denetim olanağı verebilir. Bu çerçevede, teminatları alınmış ve geri dönüşü, banka için -objektif kriterlere göre- risk oluşturmeyen bir kredi için bankanın hesap kesim işlemi yapıp borcu muaccel kılması ya da kredinin kullanımını durdurması, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı sayılıp kredi müşterisinin bu nedenle uğradığı zararın bankadan tazmin edilebilmesine imkân tanınmalıdır.

IV. Kişisel Değerlendirmemiz

Genel işlem şartları ihtiva eden standart ve tip sözleşmeler ile bu bağlamda banka genel kredi sözleşmelerinin içerik denetiminde bu sözleşmelerin karşılıklı görüşme yoluyla akdedilmeyip standart metinler halinde karşı tarafa sunulması olgusu karşısında, bunların daha sıkı bir denetime tâbi tutulmaları gerektiği ve bu tür sözleşmelere özgü yeni denetim ölçütlerinin kullanılma zorunluluğu günümüzde genel olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle, genel kayıtlar barındıran sözleşmelerin yorumlanmasından başlayarak yürürlük (bağlayıcılık) denetimleri ve içerik kontrolleri standardize edilmeye çalışılmış, mukayeseli hukukta yargı kararlarıyla başlayan bu süreç Almanya'da bu konuya eğilen özel bir Yasa çıkartılması; sonradan da bu yasanın hükümlerinin Alman Medeni Kanunu'na aktarılması ile sonuçlanmıştır.

Ülkemiz açısından da bankacılık alanında yaşanan hızlı gelişmeler, işlemlerin standardizasyonu ihtiyacını gündeme getirmiş ve kredi kullandırma işlemlerinde de genel işlem şartları içeren metinler uygulanmaya konmuştur. Bunların içerik denetimlerinde Yasalardaki genel geçersizlik sebepleri veya gabin ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi farklı müesseselerden yararlanılması her zaman mümkündür.

Türkiye'de de bu konuya ilişkin özel bir yasal düzenleme henüz bulunmamaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu Tasarısı md.25 genel işlem koşullarına özgü, özel bir içerik denetimi kuralı getirmektedir. Buna göre,

“Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersizdir.” BKT md.20 / f.IV hükmü uyarınca, genel işlem şartlarıyla ilgili hükümler imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşlarca hazırlanan sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağından, BKT md.25 bankalar tarafından kullanılan genel nitelikli her türlü sözleşmeye; bu sözleşmelerin tüketici sözleşmesi özelliği gösterip göstermediği dikkate alınmaksızın uygulanma gücüne sahiptir. Alman Medeni Kanunu’nun genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemesini esas alan ve madde gerekçesinde de anılan Kanun md.307 ile benzerlik gösterdiği ifade edilen bu hükme göre genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, objektif bir denetim ölçütü olarak yararlanılmak üzere, dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı tarafa zarar verici ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersiz sayılacaktır. Konuya ilişkin yasal düzenleme yürürlüğe girene kadar geçecek sürede BK md. 19-20 düzenlemesinden, MK md. 2’den ve gabin kurumundan yararlanılması akla gelecek en rasyonel çözümdür.²²⁴ Ancak

²²⁴ BKT’nin söz konusu düzenlemesi çerçevesinde, GIŞ niteliğindeki bir sözleşme hükmünün geçersizlik yaptırımını getirecek ölçüde karşı tarafa zarar verici olup olmadığı veya karşı tarafın durumunu ne ölçüde ağırlaştırdığını belirlemede kullanılacak ölçüt, dürüstlük kuralıdır. Bk. **Havutçu**, sh.171. Maddenin esinlendiği Alman Medeni Kanunu md.307, genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerden sözleşme tarafını doğruluk ve güven ilkesine aykırı olarak ölçüsüz biçimde mağdur eden şartların geçersiz olduğunu hüküm altına alırken, bir hükmün hangi şartlar altında dürüstlük ve güven ilkesine aykırı sayılacağı konusunda somut ölçütler kabul etmiştir. Buna göre, Alman Medeni Kanunu md.307 / f.II hükmü uyarınca bir hüküm kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelindeki asli düşünceye aykırı ise veya sözleşmenin tabiatından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye düşürecek biçimde sınırlandırıyorsa tereddüt halinde ölçüsüz bir mağduriyetin olduğu kabul edilir. Tasarı, 25. maddede dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar veren ve karşı tarafın durumunu ağırlaştıran genel işlem şartı niteliğindeki kuralların geçersiz sayılacağını düzenlerken bu aykırılığı belirlemede yargıcın eline, Alman Medeni Kanunu md.307 / f.II örneğinin aksine somut ölçütler vermekten kaçınmıştır. Bu durumda ve maddenin bu şekilde yasalaşması halinde, genel işlem şartı niteliğindeki akdi kayıtların denetimi problemi, bir içtihat hukuku dalı olma özelliğini sınırlı ölçüde de olsa sürdürecektir kanısındayız. Zira, somut bir sözleşme hükmünün hangi şartlar altında dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşen tarafa zarar verici ve onun durumunu ağırlaştırıcı olduğu konusunda elinde herhangi bir somut kriter bulunmayan yargıcın bu husustaki değerlendirmesini neye göre yapacağı Tasarıda açıklanmış değildir. Tasarının bu tercihi de haklı olarak eleştiri almakta ve bu yönde bir düzenleme ile, genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme kayıtlarının içerik denetimi sorununun geçiştirilmiş olacağı savunulmaktadır. **Havutçu**, sh.217. Yine, Tasarı maddesi ile ilgili eleştiriler için bk. **Kuntalp / Barlas / Ayanoğlu Morali / Çavuşoğlu Işıntan / İpek / Yaşar / Koç**, sh.30-31.

konumuzu oluşturan ve genel kredi sözleşmelerine derc edilen standart akdi düzenlemelerin içerik denetimleri noktasında, -çalışmamızın ikinci bölümünün konu ile ilgili kısımlarında ayrıntıları ile açıklandığı üzere- bunların ahlâka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olduğunu veyahut da kredi kullananın gabine maruz kaldığını ileri sürmek kanımızca mümkün değildir.

Başka deyişle, genel kredi sözleşmelerindeki standart kayıtlar eliyle toplumun ahlâk anlayışının ve toplum içinde yerleşik etik değerlerin örselendiği ileri sürülemeyecek, kredi kullananın ekonomik faaliyet özgürlüğünün ahlâka aykırı şekilde kısıtlandığından bahsedilemeyecek, ve yine bu hükümlerin kamu düzeni olarak adlandırılan, “kamunun ortak menfaatlerine” aykırı düştüğü iddia edilemeyecek, bu kayıtların kredi kullanan açısından gabin kurumunun kurallarının işletilmesine de imkân verdiği söylenemeyecektir. Bu da, genel kredi sözleşmesinin anılan hükümlerinin ancak MK md.2 / f.II’de ifadesini bulan “hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde içeriklerinin denetleneceği anlamına gelmektedir.

Dolayısıyla, genel kredi sözleşmelerinin, üzerinde en çok ihtilaf cereyan eden kayıtlarının içerik denetiminde hakkın kötüye kullanılması yasağı kanımızca bu noktada en elverişli, somut olay adaletini gerçekleştirmeye en fazla hizmet edebilecek, en somut ve -deyim yerindeyse- en elle tutulur denetim olanağını veren, bankanın, kredi sözleşmesinin uygulanma süreci içinde başvurabileceği sözleşmesel yetkilerinin hukuk düzeni içinde kullanılıp kullanılmadığını en doğru şekilde belirleyebilecek ve pozitif hukukun koyduğu kuralların aşılması gibi bir tehlike de yaratmayan, esnek çözümler üretebilen bir denetim kriteri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yine bu çerçevede bütüncül ve detaya inilmeden yapılan bir denetim yerine, somut olaya ve kredi ilişkisinin işleyişine eğilme zorunluluğu ortaya çıkacak ve bankanın kullandığı hak ve bu hakkın doğurduğu yetkinin kullanımı, hakkın kötüye kullanılması yasağının çizdiği

evrensel normların dışında kalıyor yani banka söz konusu yetkilerini kötüye kullanıyor ise; bu kötüye kullanımın ortaya çıkardığı durumun banka açısından gerçekleşmesine izin verilmeyecektir. Bu nedenle de örneğin, kapital veya temerrüt faizi intibak hükümlerinin baştan ve salt genel kredi sözleşmesinde yer alıyor gerekçesiyle batıl addedilmesi yerine somut olayda bankanın uygulamasının MK md.2 / f.II çerçevesine oturup oturmadığının araştırılması ve herhangi bir biçimde kötüye kullanım tespit edildiğinde bankanın bu davranışının korunmaması kanımızca daha rasyonel, amaca daha uygun ve gerçekçi bir çözüm olarak görüldüğünden, pozitif hukukun sınırları da zorlanmamış olacaktır.



3. Bölüm

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN BAZI ÖZEL KAYITLAR VE BUNLARIN GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Bankanın Krediyi Kullandırıp Kullandırmama Serbestisi

A. Bankaya Tanınan Krediyi Kullandırıp Kullandırmama Serbestisinin, Genel Kredi Sözleşmelerinde Düzenleniş Biçimi

Bankalar, standart sözleşme metinleri şeklinde hazırladıkları genel kredi sözleşmelerinde kredi kullanan tarafa tahsis ettikleri limit çerçevesinde kullandırılan nakdi veya gayri nakdi kredilerin kullanılma usul, esas ve şartlarını, tarafların karşılıklı yükümlülüklerini, kredinin teminatlarını ve benzeri hükümleri ayrıntılı olarak düzenlemektedirler. Bu hükümlerin ortak noktası ise bankanın çok geniş hak ve yetkilerle donatılması ve kredi kullanan tarafın hareket alanının olabildiğince daraltılmış olması şeklinde özetlenebilir. Bu bağlamda, genel kredi sözleşmelerinde kredinin kapsamı ve kullanma tarzını belirleyen başlangıç hükümlerinde:

“Tayin ve tahsis edilmiş bu kredi miktarını Banka kullandırma yükümlülüğünde olmayıp, dilerse hiçbir sebep veya gerekçe göstermeksizin ve önceden de bir ihbara ihtiyaç olmaksızın, teminat verilmiş olup olmasına bağlı bulunmaksızın bu krediyi veya kullanma konusunu, tarz ve nisbetlerini indirmek veya değiştirmek veya büsbütün kesmek, kredinin kullanımını bir müddet için durdurmak ve aynı esas ve şartlara tabi olmak üzere onaylanmış bulunan kredi umumi limitini yükseltmek.....hakkına sahiptir.....Müşteri(ler), Banka'nın kayıtsız ve şartsız sahip bulunduğu haklarını kullanması, tasarrufları dolayısıyla, önceden haberdar edilmediğinden / edilmediklerinden, bu krediye istinaden veya güvenerek iş ya da taahhütlere giriştiğinden / giriştiklerinden

*bahisle veya herhangi sair sebeple, bir talepte itiraz ve iddiada bulunmayacağını / bulunmayacaklarını peşinen kabul ve ikrar etmektedirler.....*²²⁵

şeklinde düzenlemelere rastlanmaktadır.

B. Bankanın Bu Hakkını Kullanması Durumunda Tâbi Olacağı Sınırlamalar

Doktrinde; genel kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankalara tanınan “tahsis edilen kredinin hiç kullandırılmaması veya bir müddet kullandırılrsa dahi bankanın bunları dilediği zaman durdurabilmesi” şeklindeki düzenlemelerin bankacılık etik ve teamüllerine aykırı sonuçlar vereceği; zira kredinin kullanılacağı beklentisi içinde kredi sözleşmesi gereği kendisinden talep edilen teminatları bankaya sağlayan kredi müşterisinin kredinin kullandırılmaması halinde büyük zararlara uğrayacağı öne sürülmektedir.²²⁶ Bu görüşe göre, bankanın söz konusu sözleşme hükmüne dayanarak, tahsis ettiği krediyi hiç kullandırmaması veya kredinin kullandırılmaya başlanmasından çok kısa bir süre sonra kullanımının durdurulması sebebiyle kredi kullanan taraf, uğradığı müspet ve hatta manevi zararlarını bankadan talep ve dava edebilir.

Buna karşılık, bankaların ekonomik düzenin bir parçası olmaları ve kendisine tevdi edilen tasarrufları ülke ekonomisi yararına kullanılmak zorunda olmaları nedeniyle bankalara bu tür yetkilerin tanınabileceği; aksi durumun kabulü halinde ise bankanın ticari işletmesini güvenli bir biçimde idame ettirememesi ve sonuçta ülkenin ekonomik sisteminin bundan

²²⁵ Finansbank A.Ş. Genel Kredi Sözleşmesi, md.1-2

²²⁶ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.108; Benzer görüşte: **Kocaman**, sh.1121-1122. Yazara göre, “bu tür kayıtların geçersiz olacağı bir yana, müşteri bu yüzden uğradığı zararlarının da tazminini bankadan talep edebilir”. Ancak burada, sözleşme hükmünün baştan “kesin hükümsüzlük” nedeniyle geçersiz olması ile; geçerli fakat MK md.2 / f.II denetimine tabi bu hükme dayanarak bankanın krediyi hiç kullandırmaması sonucu kredi kullananın uğradığı zararların tazminine olanak verilmesi, birbirinden farklı ele alınması gereken konulardır.

olumsuz etkilenebileceği sonucunun doğma ihtimalinin bulunduğu ileri sürülmektedir.²²⁷

Yargıtay da, banka genel kredi sözleşmelerinin içerik denetimi faaliyetinde yararlandığı dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kriterini, tahsis edilen kredinin fiilen hiç kullandırılmaması veya bankanın dilediği zamanda bu kredinin kullanımını durdurmak gibi yetkileri bankaya tanıyan düzenlemeler bakımından da uygulamakta ve bu tür sözleşme kayıtlarının, kredi kullananın ekonomik faaliyet özgürlüğünü kısıtlayıcı olmadığını içtihat etmektedir.²²⁸

Kanımızca soruna, bankaların ülke ekonomisindeki konumları ve mevduat toplama ayrıcalıklarından yaklaşmak bir ölçüye kadar haklı görülebilse dahi²²⁹ bankaya kredi kullanmak üzere başvuran ve bankanın talep ettiği şahsi ve aynı teminatları sağlayan kredi kullanan tarafın, güven kurumu sıfatını taşıyan bankaya duyduğu kredinin kullandırılacağı yönündeki inanç artık korunmalı ve -her somut olaydaki durumun ayrıca ele alınması ve bankanın bu ölçüler çerçevesinde, kendisine tanınan bu hakkı kötüye kullandığının tespit edilmesi koşuluyla- bankanın böyle bir durumda kredi kullanan tahsis ettiği limiti kullandırmaktan vazgeçmesi MK md.2 hükmünün ihlali niteliği taşımaktadır. Bu çerçevede; tahsis edilen kredi limitinin toplam tutarının bankaya geri dönüşünü garanti edecek değerde teminatı bankaya sağlayan kredi kullanan, kredinin hiç kullandırılmaması yahut da kredinin tahsis ve fiili kullandırımından çok

²²⁷ Kostakoğlu, sh.854.

²²⁸ ".....davada uyuşmazlık konusu edilen vadesiz kredi sözleşmelerinin 2. maddesindeki "bankanın dilediği zamanda açılan kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek yahut kullandırılan kredinin cari hesabını kat'etmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek yetkisinin bankaya tanınması hükmü, ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabulü olanaksızdır....." Y. 19. HD' nin 25.11.1994 t. ve 1994 / 6472 E. ve 1994 / 11467 K. sayılı kararı, İzmir BD, Ocak 1995, s.1, sh.119 vd.

²²⁹ Bankaların güven kurumu olma niteliklerinin; mevduat toplama ve bu mevduatı kredi olarak kullandırma işlemlerinde aynı derecede söz konusu olması gerektiği ve kredi verme işleminde güvenen tarafın banka olması dolayısıyla bankanın kredi müşterisine duyduğu güven ile mevduat sahibinin bankaya duyduğu güven aynı vasıfta olduğundan bankanın, mevduat sahiplerinin kendisine duyduğu güvenin gereğini kredi işlemlerinde yerine getirmesinin doğal olduğu yönünde: **Battal**, Banka, sh.241.

kısa bir süre sonra kullanımının durdurulması sonucunda, kredinin kullanılacağına yönelik duyduğu güveni nedeni ile giriştiği taahhütlerinin gereğini yerine getirememesi ve benzeri durumlar dolayısıyla uğradığı zararlarının tazminini bankadan talep edebilmelidir.

II. Bankaya, Asıl Borcu ve Kredi İlişkisi Dışındaki Borçları Tek Yanlı Olarak Muaccel Kılma Yetkisi Verilmesi

A. Muacceliyet Kavramı ve Genel Kredi Sözleşmelerindeki Muacceliyet Kayıtlarının Düzenleniş Biçimi

Alacaklının, alacak hakkını talep edebileceği; borçlunun da artık ifadan kaçınma imkânlarının tükendiği zaman noktasına ulaşılması olarak tanımlanabilecek²³⁰ muacceliyet (éxigibilité), alacaklıya tanınan talep hakkının kullanılmasını sağladığı gibi, BK md.101 gereği borçlunun temerrüde düşürülebilmesinin de ön şartıdır. Bu anlamda, borçlunun borcunu ifa edebileceği zaman dilimi olarak isimlendirilen “ifa zamanı” ile “muacceliyet” birbirinden farklı kavramlar olarak karşımıza çıkar. Vadeye bağlı olan bir borçta borçlu borcunu kural olarak vadeden önce ifa etme yetkisine sahip olmasına rağmen alacaklı vadeden önce alacağını talep etme imkânından yoksundur.²³¹

Taraflar arasında belirsiz süreli bir borç ilişkisi tesis eden genel kredi sözleşmesinin içeriğinde, kredi kullananın krediyi geri ödeme borcunu bankanın tek yanlı olarak muaccel kılabilmesine ilişkin düzenlemeler genellikle şu ifadelerle formüle edilmektedir:

²³⁰ Nami **Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, sh.21; **Oğuzman / Öz**, sh.227; **Tunçomağ**, Genel Hükümler, sh.684; Rona **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3. bası, İstanbul 2002, sh.48; **Akıntürk**, sh.120; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh. 800; **Eren**, sh.906; **von Tuhr** (çev: C. Edege), sh.506

²³¹ **Barlas**, Temerrüt, sh.21

“Banka, vadeli ya da vadesiz kredilerin tümünü serbestçe her zaman muaccel kılma hakkına sahiptir”²³²

“Banka dilediği anda, Noter aracılığı ile veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla bildirmek şartı ile.....açılan kredileri hemen kesmek.....borçlu cari hesaplarının borç bakiyesinin bir kısmının veya tamamının derhal ödenmesini istemek.....haklarına sahiptir.....Yukarıdaki paragrafta kabul olunan haklarına dayanarak bankanın cari hesap veya hesapların kesilmesi konusunda yapacağı ihbar, bu ihbar hangileri hakkında yapılmışsa o hesap veya hesapları muaccel kılacak, müşterinin (müşterilerin) ilgili cari hesapların borç bakiyelerini tamamen ödenmesini gerektirecek, ancak cari hesapların kesilmesi, banka tarafından açıkça belirtilmedikçe sözleşmenin de feshedildiği anlamına gelmeyecektir.”²³³

Bu ve benzeri düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi banka, kredi kullanan tarafa kullandığı kredilerin kredi müşterisi tarafından geri ödenmesi borcunu dilediği an muaccel kılma, daha değişik bir söyleyişle, kullandığı krediyi, bu kredi borcunun tüm fer’ileri ile birlikte, dilediği an kredi kullandan talep edebilme hakkını kendisinde alıkoymaktadır. Bu düzenlemenin bankacılık uygulamasındaki uygulanış biçimi de, hesap kat ihtarı olarak isimlendirilen “cari hesapların kesildiği ve bakiyenin ödenmesi gerektiği” yönündeki ve hukuki nitelik itibarıyla bir muacceliyet ihbarı olan tek yanlı bildirim yoluyla cari hesap şeklinde kullanılan kredinin bakiyesinin banka tarafından ödenmesinin talep edilmesi şeklinde kendini göstermektedir.

²³² Finansbank A.Ş. Genel kredi sözleşmesi, md.I-2

²³³ Finansbank A.Ş. Genel kredi sözleşmesi, md.IV-52 a) ve b)

B. Borcu Muaccel Kılabilme Yetkisinin MK md.2 ve Diğer Sınırlamalar Anlamında İncelenmesi

Bankaya, yukarıda ifade edildiği şekilde yetki bahşeden sözleşme kayıtları, doktrinde bu kayıtların öncelikle, genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde kullanılan “şaşırtıcı ve alışılmamış kayıtların sözleşme içeriğinden dahi sayılmaması gerektiği yaklaşımı”²³⁴ doğrultusunda taraflar arasındaki kredi ilişkisi bakımından hüküm doğurmayacağı ileri sürülmüştür.²³⁵ Bu görüşün dayandığı esas nokta, MK md.2’ de yer alan dürüstlük kuralının bir görünümü olan “güven kuramı”dır. Bu yürürlük denetimi kriterine göre, sözleşmede standart kayıtlara yer veren taraf, bu tür genel ve tek yanlı kayıtlar yoluyla karşı sözleşenin öngörmediği ve onun için beklenmedik, şaşırtıcı, alışılmadık nitelikte olan “kredi borcunu yek yanlı olarak muaccel kılabilme” yönündeki düzenlemelere yer vermek konusunda haklı bir güven sahibi değildir. Bu nedenle bu görüş öncelikle bu kayıtların bu nedenden ötürü, yürürlük denetimi süzgecinden geçirilerek sözleşmenin içeriğine dahil edilmemesi gerektiğini öne sürmektedir.

Çalışmamızın, genel kredi sözleşmelerinin içerik denetiminde yararlanılan denetim kriterlerini ve bu denetim kriterlerinin kredi sözleşmeleri bakımından ne ölçüde uygulanabilir olduğu konusunu ele alan ikinci bölümünde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını incelerken ayrıntısıyla değerlendirdiğimiz üzere;²³⁶ bu yaklaşımın söz konusu olabilmesinin ön şartı olan objektif ve sübjektif kriterler bakımından, genel kredi sözleşmelerindeki bu tür muacceliyet kayıtlarının sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmaması gerektiği yönündeki görüşün kabul edilebilir olduğu kanaatinde değiliz. Zira kanımızca, banka genel kredi sözleşmelerinde yer alan; bankanın dilediği an krediyi geri ödeme

²³⁴ Söz konusu yürürlük denetimi kriteri ve bu kriterin banka genel kredi sözleşmeleri alanındaki uygulanabilirliği hakkında yaptığımız ayrıntılı açıklamalar için bk. sh.64 vd.

²³⁵ Bu görüşte: **Sungurbey**, sh.577. Yazar, bu tür bir sözleşme hükmünün, “şaşırtıcı ve alışılmadık sözleşme kayıtları” bakımından Avrupa ülkelerinde eşine rastlanmayacak kadar tipik ve çarpıcı örneği olduğu görüşündedir.

²³⁶ Bk. sh.64 vd.

borcunu muaccel kılabilme yetkisi bu sözleşmelerin içeriğine yabancı olmadığı gibi, kredi kullanan tacir bakımından da bu yönde bir hükmün şaşırtıcı ve alışılmadık bir düzenleme olduğunu kabul etmek de olanak dışıdır.

Genel kredi sözleşmelerinde yer alan ve yukarıda anılan şekilde formüle edilen muacceliyet kayıtlarının kesin hükümsüzlük yaptırımını ile malul olduğunu öne süren bir başka görüşe göre de, bu yönde bir hüküm, kredi müşterisini iktisadi bakımdan bankanın “vesayetine” sokarak onu bankanın mutlak surette keyfine bağlı tutmakta ve böylece iktisadi açıdan bankanın “iradesiz bir aleti” durumuna getirmektedir. Dolayısıyla, kişilik haklarından biri olarak kabul edilen ekonomik faaliyet özgürlüğü, ahlâka aykırı olarak kısıtlanmakta ve bu nedenle de bankanın tek yanlı beyanla dilediği an kredi borcunu muaccel kılabileceği şeklinde bir akdi kayıt; BK md.19 / f.II ve BK md.20 / f.I gereği kesin hükümsüz sayılmak gerekmektedir.²³⁷

Buna karşılık, bizim de katıldığımız doktrindeki ağırlıklı görüşe göre; bankanın, belirsiz süreli olarak akdedilen bir genel kredi sözleşmesi çerçevesinde müşterisine kullandırdığı kredi hesabını dilediği zaman tek yanlı olarak kesmek ve borçlunun krediyi geri ödeme borcunu dilediği an muaccel kılabilme yetkilerini kendisinde alıkoyma imkânını sağlayan düzenlemeler -salt bu nedenden ötürü- kesin hükümsüz sayılamaz zira bu tür düzenlemelerle bankaya tanınan yetkilerin MK md.2 / f.II anlamında ele alınması gerekir.²³⁸

²³⁷ Bk bu görüşte: **Sungurbey**, sh.589, 600-601. Yazar, genel kredi sözleşmelerindeki bu tür hükümlerin hem şaşırtıcı ve olağandışı olduğunu savunarak bunların sözleşme içeriğinden sayılmamaları gerektiğini savunmakta aynı zamanda da bunların ahlâka ve kişilik haklarına aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz olduklarını öne sürmekte ve kanımızca çelişkiye düşmektedir.

²³⁸ **Alıca**, sh.119; **Atamer**, GİŞ, sh.261. “Yazara göre, kredili mevduat hesabı veya kredi kartı sözleşmesi gibi, belirli bir meblağın belirli bir süre için ödünç alınmadığı sözleşmelerde bu tür muacceliyet kayıtları kredi müşterisi için sorun doğurmamakta zira taraflar arasında kurulmuş sürekli borç ilişkilerinin olağan ve olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi ve müşterinin borçlarının talep edilmesi mümkündür. Dolayısıyla, bu hallerde bankaya, var olan alacaklarını muaccel kılma yetkisinin verilmesinin, taraflar arasındaki hak ve borç dağılımında müşteriyi mağdur edecek bir dengesizlik yaratmadığı kabul edilebilir.” **Kostakoğlu**, sh.967; Aynı paralelde: Hasan

Kanımızca, banka genel kredi sözleşmeleri ile bankaya tek yanlı irade beyanıyla dilediği an kredi borcunu muaccel kılabilme yetkisi tanıyan düzenlemeler, -salt bankaya bu tür geniş bir yetki tanımaları gerekçesiyle- kredi kullananın kişilik haklarından olan ekonomik faaliyet özgürlüğünü ahlâka aykırı şekilde kısıtlamış olmazlar.²³⁹ Zira bu tür bir yetkinin belirsiz süreli olarak akdedilen bir genel kredi sözleşmesi ile bankaya tanınması gerek süreç içinde kredi kullananın mali durumunda meydana gelebilecek kötüleşmeler gerekse de ülke ekonomisinde yaşanabilecek muhtemel olumsuzluklara karşı bankaya tanınan bir koruma mekanizması niteliğindedir.

Bir güven kurumu olan ve mevduat sahiplerinin kendisine duyduğu güveni kredi müşterisine yansıtan bankalar, -mevduat sahiplerinin bankaya duyduğu güven ile bankanın kredi müşterilerine duyduğu güven aynı derecede korunmaya değer olduğundan- kredi kullananın mali durumunu kredi süreci içinde yakından izlemek ve gerektiğinde bir takım önlemlere başvurmak zorundadırlar. Bankanın, kredi müşterisinin borcunu ödeyemez duruma düştüğünü fark ettiği anda bile kredi geri ödeme borcunun vadesini beklemek zorunda bırakılması bazı durumlarda kredinin geri dönüşünü imkânsız kılabilir. Bu açıdan, uzun süreli bir kredi ilişkisinde bir ön tedbir ve koruma mekanizması olması planlanan

Nerad, Bankaların Genel İşlem Şartları Şeklinde Düzenledikleri Kredi Sözleşmelerinin Özellikleri ve Hükümleri, Türk, İngiliz ve A.B.D Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, ISO yayını, İstanbul, 1993, sh.178-179. Yazara göre, tüm hukuk düzeni için olduğu gibi bu tür kayıtlar bakımından da, adalete ulaşmada en büyük hizmeti yapan hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması yerinde olacaktır. Ancak yazarın, bu tür kayıtların "cari hesabın taraflardan birinin tek yanlı iradesiyle ve çoğu defa gerekçe göstermeksizin kesilebilmesinin cari hesap kavramı ile bağdaşmadığı" yönündeki görüşlerine katılmıyoruz. Zira, cari hesabın sona ermesini düzenleyen TTK md.96 / b.2, belirsiz süreli cari hesap sözleşmelerinde taraflardan birinin feshi ihbar etmesi halinde cari hesap ilişkisinin son bulacağını düzenlemektedir. Karşılıklı güven temeline dayanan belirsiz süreli bir cari hesap sözleşmesinde taraflara diledikleri an bu ilişkiye son verebilme hakkının verilmesi olağan sayılmalıdır. Nitekim, konuyu düzenleyen TTK md.96 / b.2 de aynı yaklaşımdan hareket etmiş ve fesih bildirimini için herhangi bir süre şartı veya haklı nedene dayanma gibi ön koşullar öngörmemiştir.

²³⁹ Banka genel kredi sözleşmelerinin içerik denetimlerinde yararlanılan "kişilik haklarına aykırılık" kriteri, bu kriteri kredi sözleşmeleri bakımından somutlaştıran ekonomik faaliyet özgürlüğü, ekonomik faaliyet özgürlüğünün hangi hallerde ahlâka aykırı şekilde kısıtlanmış sayılacağı ve genel kredi sözleşmeleri bakımından kişilik haklarına aykırılık yaptırımının uygulanabilip uygulanamayacağı yönündeki tartışmalar ve kişisel değerlendirmemiz için bk. sh. 73 vd.

muacceliyet kayıtları, kredi kullananın ekonomik faaliyet özgürlüğünü ortadan kaldıracı mahiyette kabul edilmemeli; ancak her hak gibi bunun da, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmelidir.

Bu anlamda, -objektif kriterler çerçevesinde- mali durum açısından kredinin geri dönüşünü tehlikeye düşürecek bir olumsuzluk içinde olmayan, gerekli teminatları bankaya sağlamış ve kredi ilişkisine güvenerek çeşitli taahhütler altına girmiş olan kredi müşterisi; bankanın, kredi borcunu bu şartlar altında muaccel kılması karşısında, uğradığı zararı bankadan tazmin edebilme yönünde talep ve dava hakkına sahip bulunmalıdır.

III. Bankanın Sözleşmeyi Tek Taraflı Feshetmesine İlişkin Hükümler

A. Genel Olarak Fesih Hakkı

1. Fesih Kavramı :

Taraflar arasında kurulan borç ilişkisi, söz konusu sözleşmesel bağın gerektirdiği tüm edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesi yani teknik deyişle "ifa" olgusu ile sona erer. Bir borç ilişkisinin sona ermesinin en sık rastlanan ve en olağan şekli olarak karşımıza çıkan ifa olgusundan başka, Borçlar Kanunu çeşitli sona erme şekilleri öngörmüştür. Sürekli borç ilişkisi olarak adlandırılan akdi bağların²⁴⁰

²⁴⁰ İfa süresi bakımından edim yükümlülerinden en az birinin edimi, anlık değil de; sürekli bir alacaklı tatminine yönelmişse bu tür borç ilişkisi sürekli borç ilişkisi olarak tanımlanmakta ve bu bakımdan, ani edimli borç ilişkisini sürekli borç ilişkisinden ayıran ölçüt, yükümlenen edim borcuna zaman unsurunun yaptığı etkide kendini göstermektedir. Bir borç ilişkisine süreklilik vasfını kazandırabilmek için yan edim yükümlülükleri değil asli edim borçlarının dikkate alınması gerektiği doktrinde genellikle ifade olunmaktadır. Bu açıdan, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş kullandırma, işgörme, irat, teminat ve ortaklık sözleşmeleri nitelik itibarıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdir. Sürekli borç ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Özer **Seliçi**, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, sh.4 vd. Tanımlar ve açıklamalar için ayrıca bk. **Oğuzman / Öz**, sh.10; **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh.14; **Eren**, sh.196; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.10.

tarafardan birinin tek yanlı iradesi ile sona erdirilebilmesi ise fesih olarak adlandırılan hukuki müessesenin işletilmesi ile mümkün kılınmıştır.

Ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak sürekli borç ilişkileri tüketilmeyen ve zaman unsuru bakımından devamlılık arz eden; bu yönüyle de ifayı engelleyici sebepler ortaya çıkmadıkça taraflar arasındaki akdi bağın korunduğu ve belli bir güven ilişkisi temeline oturan sözleşme ilişkileridir.²⁴¹ Borçlanılan edimin sürekli oluşu, edimlerin salt ifasıyla akdin sona ermemesi sonucu doğurduğundan, sözleşme ilişkisine son verilmesi dışarıdan bir müdahaleyi zorunlu kılmakta ve edim borçlarının -sözleşme için bir süre öngörülmemişse- sonsuz devam etmesi nedeniyle ortaya çıkan kişisel özgürlüğe aykırılık durumu "fesih" imkânıyla aşılmaktadır.²⁴²

Kavram olarak fesih, sözleşme taraflarından birinin, tek taraflı olarak yönelteceği ve karşı tarafa varmakla sonuçlarını doğuran ve sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir işlem olarak tanımlanmaktadır.²⁴³ Tanımdan da anlaşılacağı gibi feshin üstlendiği işlev, sürekli borç ilişkilerini sona erdirmek olup; bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması yoluyla hüküm doğurduğundan, sonuçlarını meydana getirmesi muhatabın kabulüne bağlı değildir²⁴⁴ ve fesih hakkının kullanıldıktan sonra artık geri alınamaz.

²⁴¹ **Seliçi**, sh.33-34.

²⁴² **Seliçi**, sh.111.

²⁴³ **Seliçi**, sh.115; **Oğuzman / Öz**, sh.370; **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, sh.81; **Eren**, sh.1211; **Serozan** Borçlar Hukuku, sh.198; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.965.

²⁴⁴ Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından farklı bir uygulama benimsemektedir: *".....Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" uygulamadaki adıyla "Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden MK' nun 634, BK' nun 213, Noterlik Kanunu' nun 60 ve Tapu Kanunu' nun 26.maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir....."* Y.15. HD' nin 08.10.1998 t. ve 1998 / 2263 E., 1998 / 3752 K. sayılı kararı. YKD C.25, Şubat 1999, s.2, sh.214.

2. Feshin türleri :

a. Olağan fesih :

Sürekli borç ilişkilerinin yapısı, bu tür sözleşme ilişkilerinin belli bir istikrara sahip olmaları ve tüketilemeyen edimler içermesi olgularına dayanır. Kanun Koyucu bu durumun sözleşme taraflarını hareketsiz kılacak şekilde devam etmesini uygun görmemiş ve taraflardan her birine tek taraflı irade beyanları ile bir anlamda; ifa süresinin bitme ânını belirleme imkânı tanımıştır.²⁴⁵ Günümüzde kabul edilmiş ismiyle “fesih” kavramını açıklayan genel ve kapsayıcı bir yasal düzenleme Borçlar Kanunu’nun genel kısmında yer almamakta ve ancak çeşitli sözleşme ilişkileri bakımından spesifik olarak öngörülmüş bulunmaktadır.

Olağan fesih, yukarıda anlatılan ihtiyacı karşılamakta ve belli bir fesih öneli vermek suretiyle, herhangi bir haklı sebebe dayanmaya gerek olmaksızın sözleşmenin tarafına sözleşmeyi tek taraflı bozma olanağı vermektedir.²⁴⁶ Taraflar, akdettikleri sürekli edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmede tek yanlı irade beyanıyla sözleşmeyi feshetme haklarını saklı tutabilecekleri gibi sözleşme içeriğinde kendilerine bu hakkın verilmemesi durumunda dahi Borçlar Kanunu’ndaki çeşitli sözleşmesel ilişkiler açısından tanınan düzenlemelerden yararlanabilirler. Örnek olarak; geri ödenmesi için herhangi bir vade veya ihbar müddeti öngörülmemiş bir para ödöncü (karz) ilişkisinde, sözleşme gereği karz olarak alınan para veya misli eşyanın ilk talepten itibaren altı hafta içinde geri verilmesi gerektiğini düzenleyen BK md.312, adi kira sözleşmelerinde olağan fesih halini düzenleyen ve “feshin ihbarı” başlıklı 262. madde, hasılat kirası akitlerinde olağan fesih imkânı getiren ve “fesih hakkı” başlığını taşıyan 285. madde, hizmet sözleşmelerinde fesih hakkının kullanımını

²⁴⁵ **Seliçi**, sh.132.

²⁴⁶ **Buz**, Sözleşmeden Dönme, sh.81; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, sh.121-122. “Süresiz akitlerde diğer bir fesih yolu olarak, uygun bir ihbar süresi tanınarak ve bir fesih sebebi göstermeye gerek olmaksızın olağan fesih imkanı da mevcuttur. Ancak, davalının bu yolu izlemesi için makul bir süre önce fesih ihbarı yapması gerekir.” Y.11. HD.’nin 15.1.1992 t. ve 1990 / 1959 E., 1992 / 96 K. sayılı kararından. YKD C.18, s.5, Mayıs 1992, sh.717 vd.

düzenleyen 340. madde ve adi ortaklık sözleşmeleri bakımından da BK md.535 / f.1 b.6 ve BK md.536 düzenlemeleri, olağan fesih hakkını anılan sözleşmeler açısından yasal çerçeveye oturtmaktadır.²⁴⁷

Borçlar Kanunu sisteminde olağan fesih hakkının tanındığı sürekli borç ilişkileri, ifa süresinin taraflarca belirsiz olarak tayin edildiği “belirsiz süreli sürekli borç ilişkileri”dir. Kanun bunu; “ne sarih ne de zımni bir müddet tayin edilmemiş olursa”, “müddet hakkında akit veya mahalli adet ile hilafına bir hüküm tayin edilmemiş ise” veya “bir müddet tayin edilmez ve böyle bir müddet için maksut olan gayesinden anlaşılmazsa” tarzında açık ifadelerle ortaya koymuştur.²⁴⁸

Olağan fesih hakkının bünyesinde barındırdığı sebepsiz olarak ve sadece ihbar öneli vermek suretiyle sözleşmeyi bozma imkânının sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafa geniş bir hareket alanı ve serbesti tanıdığı açıktır. Bu durumu fark eden Kanun Koyucu, bazı akitler bakımından, sözleşmenin zayıf tarafını koruma amaçlı sosyal düşüncelerle, sözleşmeyi bozmak isteyen tarafın serbestisini kısıtlama yoluna gitmiş ve bozma hakkının kullanılabilmesi için haklı sebebe dayanma zorunluluğu getirmiştir.²⁴⁹ Bunun yanında, borçların ifası ve hakların kullanılmasının genel denetim ölçütü olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ve ayrıca fesih süre ve düzenlemeleri açısından getirilen sınırlamalar bu açıdan, belli oranda bir koruma

²⁴⁷ **Seliçi**, sh.133 vd. Zikredilen madde hükümlerinin ortak özelliği yedek hukuk kuralı niteliği taşımalarıdır. Taraflar, Yasanın deyiimiyle feshi ihbar sürelerini kısaltmak veya uzatmak yetkisine sahiptirler.

²⁴⁸ Ancak istisnai olarak ve sözleşmenin özelliğinden kaynaklanan bazı durumlarda, belirli süreli sürekli borç ilişkileri açısından da olağan fesih hakkının tanındığı görülmektedir. BK md.343' te öngörülen ve hizmet sözleşmesinin bir taraf yaşadığı sürece ya da 10 yıldan fazla bir süre ile akdedilmesi durumunda 10 yıl sonunda işçiye tanınan; 1 aylık ihbar öneli vererek sözleşmeyi feshetme hakkı, bu yasal imkânın bir görünümüdür. **Seliçi**, sh.140-141.

²⁴⁹ 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun md. 7'de belirtilen durumlarda kiralamanın fesih hakkı sınırlandırılmış ve maddede sayılan ve haklı neden oluşturan durumların varlığı halinde ve ancak tahliye davası açmak suretiyle kira ilişkisine son verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

sağlamakta ve fesih beyanı ile karşılaşan muhatabın konumunu tayin etmesine yardımcı olmaktadır.²⁵⁰

b. Haklı Nedenle (Olağanüstü) Fesih :

Sürekli bir borç ilişkisi kuran taraflar aynı zamanda, kendi aralarında güvene dayalı bir akdi bağlılık tesis etmektedirler. Güvene dayalı bu borç ilişkisinin zaman içinde taraflar için anlamını yitirmesi ve sözleşmesel bağın devamına imkân kalmaması her zaman mümkün olduğundan, Kanun Koyucu, sürekli borç ilişkileri bakımından haklı bir nedene dayanmak şartıyla her iki tarafa da sözleşme ilişkisine derhal son verebilme hakkı tanımıştır. Bu anlamda haklı bir sebebin varlığı veya özel bir ifa engelinin ortaya çıkması halinde belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerini vaktinden önce sona erdirmeye imkânı veren olağanüstü fesih²⁵¹ bu hali ile ani edimli borç ilişkilerinin özel bir sona erme sebebi olan “dönme”nin sürekli borç ilişkilerindeki karşılığı niteliğindedir.²⁵²

Olağanüstü feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart kılınan haklı neden olgusu Borçlar Kanunu sisteminde ikili bir ayırımla ele alınmaktadır. Buna göre; Kanundaki bir takım spesifik durumların varlığı halinde tanınan olağanüstü fesih imkânı birinci ayırımın konusudur. Burada öngörülen haklı sebepler ise ölüm, ödeme yeteneğinin kaybı (aciz hali), adi kira ile hasılat kirasında kiralanan şeyde ortaya çıkabilecek ayıplar, kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde sözleşme konusu şeyin sözleşme şartlarına aykırı kullanımı ve kiracının asli edim borcu olan kira bedelini ödemedede gecikmesi olarak sıralanabilir.²⁵³ Yukarıdaki bu özel sebepleri sınırlayıcı şekilde ele almanın, olağanüstü fesih olgusunun mahiyeti ile bağdaşmayacağı düşüncesinden hareketle olağanüstü fesih sebebi olarak genel bir haklı sebep kavramının gerekliliği ortaya atılmış ve “çekilmezlik” unsuru paralelinde bir sözleşme ilişkisinin, o sözleşmenin

²⁵⁰ Fesih hakkına getirilen sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Seliçi**, sh.146 vd.

²⁵¹ **Seliçi**, sh.156; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, sh.81.

²⁵² **Seliçi**, sh.157.

²⁵³ **Seliçi**, sh.170 vd.

tarafları açısından çekilmez bir durum yaratması halinde taraflara sözleşme ilişkisine olağanüstü fesih yoluyla son verme imkânının tanınması ileri sürülmüştür.²⁵⁴ Bu çözüm, fesih kurumunun varlık sebebine ve mahiyetine de uygun bir çözüm yolu olarak görülmelidir.

3. Fesih Hakkının Dayanakları ve Kullanılması :

Fesih, sözleşme taraflarından her birinin fesih iradesi taşıyan bozucu yenilik doğurucu nitelikteki tek yanlı irade beyanını karşı tarafa yöneltmesi ile kullanılır²⁵⁵ ve sonuçlarını karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşması ile meydana getirir.²⁵⁶ Fesih, her ne kadar bu beyanın muhatabının kabul beyanına ihtiyaç göstermese de; fesih beyanının muhatabının kabul beyanı, fesih hakkının kabullenildiği ve ortaya çıkan sonuca rıza gösterildiği şeklinde yorumlanabilir.²⁵⁷

4. Feshin Sonuçları :

Fesih beyanında bulunulup bu irade muhataba vardığında sözleşme ilişkisi; süreli fesihlerde sürenin bitiminde, süresiz fesihlerde ise beyanın ulaşması ânında son bulur. Sözleşme ilişkisinin son bulması ise esas olarak ileriye dönük etki meydana getirir ve bu anlamda fesih hakkının kullanılmasından önceki dönemde taraflarca ifa edilen edimlerin iadesi söz konusu olmadığı gibi bu dönem içinde taraflar lehine doğmuş alacaklar ve borçlar sona ermez ve geçerliliklerini korurlar.²⁵⁸

²⁵⁴ **Seliçi**, sh.186 vd.

²⁵⁵ Fesih beyanı kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değilse de; Türk Ticaret Kanunu' nun 20. maddesinin 3. fıkrası hükmü, tacir sıfatını taşıyanlar arasında yapılacak sözleşmeyi fesih beyanlarının ve bu arada karşı tarafı mütemerrit kılmaya yönelik ihtarların geçerli olabilmesi için noter kanalı ile ya da iadeli taahhütlü mektup veya telgrafla yapılması şartını aramaktadır.

²⁵⁶ **Seliçi**, sh.115; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, sh.81.

²⁵⁷ Bk. bu görüşte: **Seliçi**, sh.116.

²⁵⁸ **Buz**, Sözleşmeden Dönme, sh.82; **Seliçi**, sh.119; **Eren**, sh.1212; **Oğuzman / Öz**, sh.370; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.965.

Sistemin bu şekilde işleminin gerekçesi, sürekli borç ilişkisi meydana getiren sözleşmelerde geriye etkili olarak sözleşmesel bağın koparılmasının adalet ilkelerine ters düşmesi ve ayrıca bu durumun yaratacağı zorlukta ve bazen de fiilen imkânsız olmasında aranmalıdır.²⁵⁹ Gerçekten de, örneğin bir kira sözleşmesinin feshedilmesi durumunda fesih beyanından önce yerine getirilen kira bedeli edimlerinin iadesi, hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edeceği gibi tarafların farazi iradelerinin bu yönde olduğunu söylemek de oldukça güçtür. Ayrıca, kiracıyı oturmamış duruma getirmek, başka deyişle sözleşme öncesi duruma dönmek de fiilen mümkün değildir. Bu bakımdan, sürekli borç ilişkilerinin fesih yoluyla sona erdirilmesi hallerinde o âna kadar başarıyla ifa edilen edimlere dokunulmaması ve feshin, sözleşmenin bozulduğu andan itibaren ve geleceğe doğru hüküm ifade etmesi rasyonel ve aynı zamanda da adil bir çözüm yoludur.

Dönmeden farklı olarak fesihte amaç, sözleşmenin kurulduğu andaki statükoya dönmek değil, taraflar arasındaki sürekli borç ilişkisini ileriye dönük olarak sona erdirmektir. Buna rağmen, fesih hakkının kullanılması ile de bir takım tasfiye borçları ve iade yükümlülükleri doğabilmektedir. Ancak bu yükümlülükler "sözleşmeden dönme" kurumunun öngördüğü anlamda bir geriye dönüş niteliği taşımamakta²⁶⁰ ve çoğunlukla borç ilişkisinin taraflarının birbirlerine ifa süresi içinde bıraktıkları eşya ve değerlerin iadesi biçiminde kendini göstermektedir.²⁶¹ Başka deyişle, söz konusu iade yükümlülükleri, yasal olarak öngörülen veya sözleşme ile kararlaştırılan mükellefiyetler niteliğinde olup bunlar feshin hukuki sonucu değil, yasal veya sözleşmesel fesih hakkının kullanılmasının olağan görünümü olarak ortaya çıkan borçlardır.²⁶²

²⁵⁹ Oğuzman / Öz, sh.370.

²⁶⁰ Sözleşmeden dönmenin meydana getirdiği edim iadesi yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Buz, Sözleşmeden Dönme, sh.161 vd.

²⁶¹ Selici, sh.120.

²⁶² Buz, Sözleşmeden Dönme, sh.83.

B. Bankaya Tanınan Tek Taraflı Fesih Yetkisinin Geçerlilik Ölçütleri Açısından Değerlendirilmesi

Banka genel kredi sözleşmelerinde, tek yanlı fesih yetkisini düzenleyen sözleşme hükmü, genelde şu ifadelerle kaleme alınmaktadır:

“Cari hesapların kesilmesi, kredi sözleşmesinin feshi, alacakların tahsili:

Banka dilediği anda, Noter aracılığı ile veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla bildirmek şartı ile bu sözleşmeyi serbestçe feshetmek veya herhangi bir bildirim, ihtara, ihbara gerek olmaksızın açılan kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya hemen kesmek veya kullanım mevzularını sınırlamak, tadil veya bir kısım mevzulara hasretmek veya muayyen vadeli senetlerde kısmen veya tamamen karşılık tesisini istemek.....haklarına sahiptir.²⁶³”

Genel kredi sözleşmelerinde bu yönde düzenlemelere yer verilmesinin nedeni ise, belirsiz süreli akdedilen bir genel kredi sözleşmesinde kredi kullanan tarafın mali durumu, ödeme gücü veya ülkenin ekonomik şartlarında meydana gelebilecek âni değişiklik ve olumsuzluklar karşısında bankaya tedbir alma imkânı sağlamak ve gerektiğinde bankanın söz konusu akdi bağlılıktan kurtulabilmesini sağlamak olarak ifade edilmektedir.²⁶⁴ Ancak bu hükümler, banka genel kredi sözleşmelerindeki özel kayıtlar içinde geçerliliği en çok tartışılan ve üzerinde titiz bir içerik denetimi yapılması gerektiği öne sürülen, hatta bazı yazarlarca, genel kredi sözleşmelerinin en tehlikeli hükümleri olarak gösterilmektedir.²⁶⁵

Bankanın, müşterisi ile tesis ettiği sözleşme ilişkisine dilediği anda ve hatta hiçbir bildirim yükümü altında olmadan son verebilme olanağı

²⁶³ Finansbank A.Ş. Genel Kredi Sözleşmesi, md.52-a)

²⁶⁴ **Battal**, Banka, sh.242.

²⁶⁵ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.104.

tanıyan düzenlemeleri, genel işlem şartları teorisinin ulaştığı noktada yürürlük denetimi kriteri olarak benimsenen “alışılmadık ve şaşırtıcı kayıtların sözleşme içeriğine dahil olmadığı” yaklaşımı ve ayrıca, kişilik haklarından olan ekonomik faaliyet özgürlüğünün ahlâka aykırı derecede sınırlandırılması nedeniyle kesin hükümsüz sayılması gerektiği noktasından ele alan yazarlarca,²⁶⁶ bankaya tek yanlı beyanla krediyi kesme ve sözleşmeyi ihbarsız olarak feshetme hakkı veren düzenlemeler kredi kullanan açısından şaşırtıcı ve olağandışı kayıtlar oldukları cihetle genel kredi sözleşmesinin içeriğinden dahi sayılmayacakları gibi; genel kredi sözleşmelerindeki sözleşmenin feshi gibi sözleşme ilişkisinin tek yanlı menfaatleri dikkate alarak sona erdirilmesi yönündeki maddelerin, kredi kullanan tarafın kişilik haklarından olan iktisadi faaliyet özgürlüğünü kısıtladığı ve bu özgürlüğü ahlâka aykırı şekilde sınırladığından, BK md.19 ve 20 hükümleri çerçevesinde kesin hükümsüz olduğu da yine bu görüş sahiplerince öne sürülmektedir.²⁶⁷ Kelepçeleme sözleşmeleri adı verilen ve kişiyi alacaklının keyfi davranışlarına bağlı tutma sonucu doğuran bu tür sözleşme hükümlerinin, kredi kullanan tarafı iradesiz durumda bıraktığı ve bu sınırlamaların da ahlâka aykırılık oluşturduğu; bu nedenle de geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalması gerektiği de yine bu çerçevede ifade olunmaktadır.²⁶⁸

Genel kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğini, sözleşmenin sona ermesi ve fesih olgusuna olan etkileri açısından ele alan yazarlar²⁶⁹ genel

²⁶⁶ **Sungurbey**, sh.577.

²⁶⁷ **Sungurbey**, sh.582 vd.

²⁶⁸ **Sungurbey**, sh.583; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri sh.105. Yazar, iki tarafa borç yükleyen bir genel kredi sözleşmesinin ve bu çerçeve sözleşme ilişkisinin bütün münferit kredi ve hizmet ilişkilerinin sona erdirilmesi yetkisinin taraflardan birine tanınmasını; makul, akla dayanan bir borç ilişkisi ortamında kabul edilebilir olmadığı görüşündedir. Bu gerekçeye dayanarak kelepçeleme niteliğindeki bir hükmün hukuk düzeni ve hukukun temeli tarafından geçerli sayılmayacağını dile getiren yazar çözüm önerisi olarak, yargı organı tarafından, bankanın bu yetkisini MK md.2 / f.II anlamında haklı kullanıp kullanmadığının denetlenmesi gerektiği görüşünü öne sürmektedir. Ancak, kelepçeleme niteliğinde olduğu ve bu sebeple de BK. md.19-20 çerçevesinde geçersiz bulunduğu öne sürülen bir hükmün hangi dogmatik temele dayanarak hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı şekilde kullanıldığının denetleneceğini açıklamamaktadır.

²⁶⁹ **Atamer**, GİŞ, sh.277 vd., Aynı yazar, Banka, sh.42 vd.

kredi sözleşmelerinin hukuki nitelik itibariyle sui generis birer sözleşme olmaları ve buradan hareketle yapılarına uyan yasal hükümlerin kıyasen uygulanması gerekliliği karşısında; çeşitli alternatiflerin göz önüne alınmasını ve sorunun buna göre çözümlenmesini öne sürmektedirler. Genel kredi sözleşmelerine konu olan nakdi kredilerin rotatif özelliği nedeniyle Ticaret Kanunu'nda düzenlenen cari hesap sözleşmesinin son bulmasına ilişkin hüküm kıyasen tatbik edildiğinde, TTK md.96 uyarınca belirsiz süreli bir cari hesap sözleşmesinin, taraflardan birinin feshi ihbar etmesiyle; belirli süreli cari hesap ilişkisinde ise ancak olağanüstü fesih imkânı veren durumların varlığı halinde sona ereceği söylenebilecektir. Bu çerçevede bankaya, fesih ihbarında bulunurken makul bir süre tanıma zorunluluğunun yargıç tarafından getirilmesi, belirli süreli genel kredi sözleşmelerinde ise haklı neden bildirmeyen bankaya fesih hakkının tanınmaması; aynı paralelde, taraflar arasındaki ilişkiye vekalet veya karz akdi hükümlerinin uygulanmasının gerektiği durumlarda da bu sözleşmelerin yasal sona erme biçimleri doğrultusunda tarafların konumlarının belirlenmesi gerektiği; sonuç olarak da belirsiz süreli bir sözleşmede, fesheden tarafın, tayin edilecek fesih öneline uyması, belirli süreli genel kredi sözleşmelerinde ise ancak olağanüstü fesih yolu ile sözleşme ilişkisine son verdirilebilmesi zorunluluğunun getirilmesi de bu çerçevede öne sürülmüştür.²⁷⁰ Bu görüşe göre, iki tarafın olağan fesih hakkı veya göstereceği haklı neden, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılabilirliğinden, yargıç bu noktada etkin bir denetim yapma imkânına da sahip olacaktır.

Yine aynı görüş çerçevesinde Kanun Koyucu, genel kredi sözleşmelerinin özellikleri ile benzeşen tip sözleşmeler bakımından belirli fesih önelleri öngörmüş ve böylelikle, -örneğin süresiz akdedilen karz akdi gibi- belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ancak belli feshi ihbar sürelerine uymak suretiyle sona erdirilebileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla, banka açısından bir süre tayin etmeden ve ihbarsız olarak genel kredi sözleşmesine son verebilme imkânına standart genel kredi

²⁷⁰ Atamer, GiŞ, sh.280-281.

sözleşmesi içinde yer verilmiş olması Yasanın temel ilkelerine ve sonuç olarak da kamu düzenine aykırı sayılmalıdır.²⁷¹ Ancak bunun yanında, gerek belirli gerekse belirsiz süreli akdedilen genel kredi sözleşmelerinde banka açısından haklı neden teşkil edebilecek, kredi kullananın mali durumunun kötüleşmesi, müşterinin bankayı yanıltması veyahut da bankanın haklı teminat taleplerinin reddedilmesi gibi durumların ortaya çıkması halinde banka, herhangi bir fesih öneli tanımak zorunda olmaksızın haklı nedene dayanarak sözleşme ilişkisine son verebilmelidir.²⁷²

Soruna, kredi ilişkisinin bünyesinde barındırdığı güven ilkesi temelinden yaklaşan görüşe göre,²⁷³ bankanın kullanabileceği ihbarsız fesih hakkına tâbi olan kredi müşterisinin güvensizlik içinde ne zamana kadar bekleyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bankanın; kredinin geri ödeneceğine duyduğu güven ile kredi müşterisinin, bankanın taahhüt ettiği krediyi limit dahilinde kaldığı sürece kullanacağına dair duyduğu güvenin çatıştığı bu durumda, kredi kullananın korunmaya layık bulunan güvenini ve çıkarını korumanın yolu, -güven ilkesi temelinde- bankanın tek yanlı ve feshi ihbar etme zorunluluğu bulunmaksızın genel kredi sözleşmesini feshedebilme yetkisinin etkisiz hale geldiğini kabul etmektir. Ancak kredi müşterisi bu güveninde haklı olmadığında, yani başka deyişle, kredi kullanan tarafın krediyi geri ödeme borcu -işletmenin ödeme gücü ve kredi kullananın işletmecilik yeteneği olarak tanımlanan objektif ve sübjektif kriterlerden herhangi biri uyarınca- tehlikeye girmişse ancak o takdirde bankaya fesih hakkının tanınması yerinde olacaktır.²⁷⁴

²⁷¹ Bu görüşte: **Atamer**, Banka, sh.44.

²⁷² **Atamer**, Banka, sh.45. BK md. 107'de düzenlenen ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan derhal fesih (dönme) imkanı ve özellikle BK md.82 hükmü ile alacalıya tanınan, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin borcunu ifa etmekte acze düşmesi, iflas ve aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması halinde kendi edimini ifa etmekten kaçınma, diğer taraftan tazminat talep etme ve uygun bir süre zarfında bu teminatın verilmemesi halinde sözleşmeyi feshetme imkanı paralelinde; bankaya sadece haklı sebep teşkil eden durumlarda sözleşmeyi sona erdirebilme imkanı verilmesi eğiliminde: **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.105.

²⁷³ **Battal**, Banka, sh.245.

²⁷⁴ **Battal**, Banka, sh.245.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından soruna eğilen görüş sahiplerine göre de,²⁷⁵ bankanın dilediği zamanda tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetmeye yetkili bulunduğuna yönelik sözleşme hükmünün banka için doğurduğu hak, ancak iyiniyet kuralları içinde kullanılmalı ve kredi kullanan tarafın da vadeyi beklemeden sözleşmeyi bozma hakkının bulunduğu kabul edilmeli ve bu yönde bir hükmün, kredi müşterisi tarafından iradeyi ifsat edici bir nedenle kabul edildiği iddia ve ispat olunmadıkça geçersizliği düşünülmemelidir.²⁷⁶ Ancak her hak gibi sözleşmeyi dilediği an ve feshi ihbar süresi tanıma zorunluluğuna uymaksızın feshedebilme hakkı bakımından da bir denetim kriteri olma fonksiyonu üstlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı burada da devreye girmeli ve gerek belirsiz, gerekse belirli süreli bir genel kredi sözleşmesinde “bankanın dilediği zaman tek taraflı bildirimle akdi feshetmeye yetkili olduğu” öngörülse dahi sebep göstermeksizin ve borçlunun sözleşme şartlarını ihlal edip etmemiş olmasına bakılmaksızın fesih yönünde bir irade beyanı ile sözleşmeyi bozması haklı görülmemelidir. Bu çerçevede, fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde yararlanılan “fesih hakkının amacı doğrultusunda kullanılması” kriteri çerçevesinde bankaya tanınan söz konusu yetkinin amacı dışında kullanımı artık MK md.2 / f.II’ye aykırı sayılmalı ve bankanın bu kötüye kullanımı korunmamalıdır.²⁷⁷

Yargıtay ise belirsiz süreli genel kredi sözleşmelerinde, kredi kullanan tarafa da sözleşmeyi bozma hakkı tanımakta ve genel kredi sözleşmelerinin geneli bakımından uyguladığı dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kriterini, bankaya tanınan tek yanlı fesih yetkisi açısından da kullanmaktadır.²⁷⁸ Başka deyişle Yargıtay, genel kredi

²⁷⁵ Bu görüşte: **Tekinalp**, Banka, sh.358; **Alica**, sh.118; **Kostakoğlu**, sh.853-854, 921; **Kocaman**, sh.1121. Karş. **Nerad**, sh.179.

²⁷⁶ **Kostakoğlu**, sh.853.

²⁷⁷ **Alica**, sh.118

²⁷⁸ “.....Davacı banka ile davalı borçlular ve kefiller arasında düzenlenen yirmi bir adet kredi sözleşmesinin süresiz olduğu anlaşılmaktadır. Süresiz olan kredi sözleşmeleri, taraflardan birisinin diğerine TTK 20/3 maddeleri hükümlerine göre yapacağı ihbar ile fesih edilebilir. Bu ihbardan sonra kredi sözleşmeleri fesihten itibaren ileriye yönelik olarak hükümsüz kalırlar ve bundan böyle aynı kredi müşterisine kullanılacak yeni

sözleşmelerindeki diğer standart nitelikli ve bankaya tek yanlı irade beyanıyla hukuk alanında çeşitli sonuçlar doğurma imkânı veren düzenlemelerde olduğu gibi burada da bu yönde bir fesih yetkisinin baştan kesin hükümsüz olmadığını ancak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi gerektiğini içtihat etmektedir.

Kanımızca, genel kredi sözleşmesi çerçevesinde yürüyen bir kredi ilişkisinde bankanın “dilediği anda herhangi bir fesih öneline uymadan sözleşmeyi sona erdirebileceğine” dair bir hüküm kredi müşterisi açısından “şaşırtıcı” ve “alışılmadık” olarak değerlendirilemez. Yine genel kredi sözleşmesinde yer alan ve bankaya tek taraflı olarak kullanılma hakkı bahşeden bir yetkinin de salt genel kredi sözleşmesinde düzenleniyor gerekçesiyle kredi müşterisinin ekonomik faaliyet özgürlüğünü ahlâka aykırı derecede kısıtladığı ve bu nedenle de kesin hükümsüz sayılması olanaklı değildir.²⁷⁹

Borçlar Kanunu'nun özel bölümünde çeşitli borç ilişkileri bakımından öngörülen feshi ihbar sürelerinin esas itibariyle tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliği arz etmesi²⁸⁰ ve bu nedenle tarafların daha kısa feshi ihbar süreleri benimseyebilmesi veyahut da bir tarafa tek yanlı tek yanlı beyanla herhangi fesih öneline uyma zorunluluğu bulunmadan sözleşmeyi sona erdirebilme yetkisinin tanınabilmesi karşısında bu durumun da -salt bu nedenle- Yasanın temel ilkelerine ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğu görüşü de kabul edilebilir değildir. Zira niteliği gereği yedek hukuk normu olan bir kuralın taraf iradeleriyle bertaraf edilerek aksi yönde bir düzenleme benimsenmesinin önünde; pozitif hukuk açısından engel oluşturabilecek herhangi bir düzenleme mevcut

krediye feshedilen sözleşme hükümleri uygulanmaz ve bu sözleşmelere dayanılarak yeni kredi işlemleri yapılamaz.....” Y. 19. HD' nin 22.02.1998 t. ve 1998 / 6138 E., 1999 / 1015 K. sayılı kararı. **Kostakoğlu**, sh.926. Aynı yönde: Y. 19. HD' nin 25.11.1994 t. ve 1994 / 6472 E. ve 1994 / 11467 K. sayılı kararı, İzmir BD, Ocak 1995, s.1, sh.119 vd.

²⁷⁹ Ekonomik faaliyet özgürlüğü bağlamında genel kredi sözleşmelerindeki standart hükümlerin tâbi olacağı durum hakkındaki değerlendirmelerimiz için bk. sh.73 vd.

²⁸⁰ **Seliçi**, sh.138-151.

bulunmamaktadır. Aksi düşünce, yedek hukuk kurallarına emredicilik fonksiyonu yüklenmesi gibi kabul edilmemesi gereken bir sonucun ortaya çıkmasına yol açacaktır. Ancak, tabii ki bu durum bahse konu sözleşme kayıtlarının içerik denetimine tâbi tutulmayacakları veyahut da tutulmamaları gerektiği şeklinde anlaşılamaz.

Doktrinde olağan fesih hakkının sınırlarından biri olarak kabul edilen²⁸¹ “fesih hakkının amacı doğrultusunda kullanılması” ve esas itibarıyla her türlü hakkın kullanımında bir denetim kriteri olan hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde bankanın tek yanlı ihbarsız fesih yetkisini kullanıp kullanmadığı araştırılmalı ve banka tarafından bu yetkinin kötüye kullanıldığı tespit edilirse söz konusu kullanım korunmamalıdır. Özellikle kredi müşterisinin objektif ölçüler çerçevesinde kredi borcunu geri ödemede acze düşmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı ya da banka açısından, -müşteri kaynaklı olmamak şartıyla- kredinin geri dönüşünü tehlikeye düşürecek bir olumsuzluğun mevcut bulunmadığı takdirde banka, kredi kullanan tarafa bir fesih öneli dahi tanımadan genel kredi sözleşmesini sona erdirmişse bu tasarrufu sonucu kredi müşterisinin uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü altında olmalıdır. Böylece, olağan fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemeye yönelik en elverişli kriter niteliğindeki “fesih hakkının amacı doğrultusunda kullanılması” ölçütü çerçevesinde yargı organı tarafından fesih hakkının dayanakları, gerekçesi ve somut olaydaki kullanım şekli değerlendirilecek ve bu nedenden ötürü (fesih beyanının herhangi bir fesih öneline bağlanmadan kullanılması durumu dahil) kredi kullanan zarara uğramışsa bu zararın bankadan tazmin ettirilmesi yoluna gidilecektir.

Buna karşılık, kredibilitesini ve krediyi geri ödeme borcunu tamamen yitirmiş kredi müşterisine, geri dönmeyeceğini bile bile kredi kullandırılmaya devam etmek; kendisi de bir tacir olan bankanın basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü ve genel işletmecilik kurallarıyla bağdaşmayacaktır.²⁸² Aksi düşüncenin kabulü, menfaatler dengesine ve

²⁸¹ Seliçi, sh.148 vd.

²⁸² Aynı yönde: Battal, Banka, sh.242-243.

mevduat sahiplerinin bankaya duyduğu güven ile kredi müşterisinin bankaya duyduğu güven arasındaki dengenin mevduat sahipleri aleyhine bozulması sonucunu doğurabilecektir.

IV. Kredi Sözleşmelerindeki Faize İlişkin Kayıtlar

A. Banka Kredi Sözleşmelerinde Düzenlenen Faiz Kaydının İçeriği ve Niteliği

Banka genel kredi sözleşmelerindeki standart kayıtlar arasında, taraflar arasındaki alacaklılık-borçluluk durumunu en fazla etkileyebilen ve banka ile kredi kullanan arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ilk sıralarda yer alan hükümler, faiz ile ilgili sözleşme düzenlemeleridir. Zira, enflasyonist ortamlarda ve belirsiz süreli olarak imzalanan bir genel kredi sözleşmesinde banka, müşterisine kullandırdığı kredinin kapital faizini ve şayet meydana gelirse, müşterisinin temerrüdü halinde uyguladığı temerrüt faizini dilediği oranlarda belirleme yetkisini kendinde alıkoymakta ve bu yetkinin kullanımını taraflar arasındaki uyuşmazlıkların en önde gelen grubunu oluşturmaktadır.

Hukuki açıdan, para alacaklısının borçluya sağladığı para borcu dolayısıyla söz konusu paradan yoksun kaldığı süre için kendisine ödenen bir karşılık şeklinde tanımlanan faiz²⁸³ (kapital faizi) hukuki nitelik itibariyle para borcundan ayrı fakat ona bağlı olan, dolayısıyla da para borcunun maruz kalacağı hukuki sonuçların kendisini de doğrudan etkilediği fer'i bir alacak kalemidir.

²⁸³ **Oğuzman / Öz**, sh.232; **Barlas**, Temerrüt, sh.124, **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh.93; **Arslan Kaya**, Adi ve Ticari İşlerde Faiz, İHFM c.LIV, 1991-1994, s.1-4, sh.347; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.746; **Eren**, sh.939; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh.413; **Mehmet Helvacı**, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, sh.65; **Poroy / Yasaman**, sh.73; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, sh.45; **Nomer**, sh.144.

1. Kapital Faizi Oranının Tek Taraflı Belirlenebilmesine İmkân Veren Kayıtlar :

Bir miktar para alacağı bulunan ve bunu talep etme hakkı olan alacaklıya, bu paradan belli bir süre yoksun kalması nedeniyle, borcun vadesine kadar işleyen karşılık olarak tanımlanan²⁸⁴ kapital faizi, alacaklının borçluya sağladığı parasal menfaatin bir anlamda hukuki karşılığı ve semeresi niteliğindedir.

Tarafların, kapital faizi oranlarını belirlemede kendilerini sınırlayan yasal bir oran mevcut değildir. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun²⁸⁵ md.5 f / II Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'ndaki kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümlerin uygulanmayacağını hüküm altına almış²⁸⁶ ve bu sistemde faiz oranlarının belirlenmesinde taraf iradelerine üstünlük tanınarak alacaklı ve borçlunun gerek kapital gerekse temerrüt faiz oranlarını dilediği şekilde belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, anılan Yasadaki oranlar, taraflar ancak, kendi aralarındaki hukuki ilişkide faiz oranları hakkında suskun kalmaları halinde devreye girecek; aksi takdirde faiz oranlarının üst sınırı ancak MK md.2 ve BK md.19, md. 20'deki genel sözleşme özgürlüğü sınırları çerçevesinde çizilecektir.²⁸⁷

²⁸⁴ **Arkan**, Ticari İşletme, sh.66; **Helvacı**, sh.102; **Barlas**, Temerrüt, sh.126; **Kaya**, Faiz, sh.352; **Poroy / Yasaman**, sh.73; **İsmail Kayar**, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, sh.80; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, sh.46.

²⁸⁵ 19.12.1984 t. ve 18610 s. RG.

²⁸⁶ 3095 s. Yasanın 1.maddesi ile 2.maddesinin 1 ve 2. fıkraları, Anayasa Mahkemesinin 15.12.1998 tarihli ve 1997 / 34 E., 1998 / 79 s. kararı ile iptal edilmiş; bunun üzerine Yasa Koyucu, 15.12.1999 kabul tarihli 4489 sayılı Yasa ile 3095 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddelerini yeniden düzenlemiştir. En son olarak 27 Nisan 2005 tarih ve 25798 s. RG'de yayınlanan 5335 s. Yasa ile, 3095 s. Yasanın 1. maddesi değiştirilerek Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödemenin yıllık yüzde 12 oranı üzerinden yapılacağı düzenlenmiştir.

²⁸⁷ BKT md.93 / f.II, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranına (kapital faizi) sınırlama getirmektedir. Buna göre, BKT md.93 / f.I uyarınca; faiz ödeme borcu söz konusu olduğunda ve taraf iradesi ya da kanun ile herhangi bir faiz oranı öngörülmemişse, yıllık faiz oranı faiz borcunun doğduğu tarihte TCMB'nın kısa vadeli kredi işlemlerinde önceki yılın 31 Aralık günü itibariyle uyguladığı avans faiz oranı olarak tatbik edilecektir. Bu avans oranınının 30 Haziran günü, önceki yılın 31 Aralık günü itibariyle uygulanan avans oranından beş puan veya daha fazla olması halinde

Bankalara ilişkin özel bir faiz düzenlemesi ise Bankalar Kanunu md.20 b.1-a'da yer almakta ve bankaların ödünç para verme ve mevduat kabulünde uygulayacakları azami faiz oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır. Aynı maddede Bakanlar Kurulunun bu yetkisini Merkez Bankası'na devredebileceğine yönelik düzenlemeye dayanarak Bakanlar Kurulu 2002 / 3707 s. kararı ile²⁸⁸ bu yetkisini Merkez Bankası'na devretmiş; Merkez Bankası da 2002 / 1 sıra no'lu tebliği ile²⁸⁹ bankalarca, reeskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak azami faiz oranlarının serbestçe belirlenebileceğini karar altına almıştır.

Banka genel kredi sözleşmeleri bakımından tutulan yol, bankaya, kullandırdığı kredinin kapital faizini dilediği oranda belirlenmesi yetkisinin tanınması yönündedir. Başka deyişle bankalar, genel kredi sözleşmelerindeki standart kayıtlar yoluyla kapital faizi oranlarını tek yanlı irade beyanları ile tayin etme yetkisini elde etmekte ve bu anlamda da 3095 sayılı Kanundaki yedek hukuk kuralı niteliğindeki faiz oranı ile ilgili hükümlerin uygulanma imkânı ortadan kalkmaktadır.

ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olacaktır. İşte Tasarı, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranının, birinci fıkra hükmü çerçevesinde belirlenen yıllık faiz oranının yüzde 50 fazlasını aşamayacağını hüküm altına almaktadır. Ancak Tasarı'nın bu düzenlemesine rağmen ticari işler bakımından özel kanun niteliği taşıyan ve ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceğini hüküm altına alan TTK md.8 / f.1 ve Bankalar bakımından özel düzenleme niteliği arz eden Bankalar Kanunu md.20 b.1-a hükmüne istinaden çıkartılan ve bankalar tarafından uygulanan azami kredi faiz oranlarının serbestçe belirlenebileceğine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı ve Merkez Bankası tebliği karşısında Tasarı'nın bu maddesinin ticari krediler bakımından uygulama alanı bulunmadığı; dolayısıyla da Tasarıyı hazırlayan komisyonun bankalarla ilgili bu özel düzenlemeyi gözden kaçırarak hataya düştüğü görüşünde: **Kuntalp / Barlas / Ayanoğlu Morali / Çavuşoğlu Işıntan / İpek / Yaşar / Koç**, sh.60 vd.

²⁸⁸ 7 Mart 2002 tarih ve 24688 s. RG.

²⁸⁹ 29 Mart 2002 tarih ve 24710 s. RG.

2. Temerrüt Faizi Oranının Tek Yanlı Artırılabilmesine İmkân Tanıyan Düzenlemeler

Para borçlarının ifasında meydana gelen temerrüdün genel sonuçlarından olan temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, borçlunun temerrüde düşmesi şartına bağlı olan ve alacaklının maruz kaldığı öngörülen zararının asgari tazminatı niteliğindedir. Bu açıdan temerrüt faizinin tanımı; “bir para borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun kural olarak temerrüt olgusunun gerçekleştiği tarihten başlamak üzere ve temerrüt olgusu devam ettiği sürece ödemekle yükümlü olduğu faiz” şeklinde yapılabilir.²⁹⁰

Banka genel kredi sözleşmelerindeki temerrüt faizi düzenlemeleri bankaların, kredi kullanan tarafın kredi hesabının kat'edilmesinde ve kredi faizini (kapital faizi) belirlemede kendisini gösteren serbestileri paralelinde; temerrüt faizi oranını tek yanlı belirleme yetkisi veren sözleşme hükümleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, temerrüt faizinin oranı; bankanın serbestçe takdir edeceği kredi hesabı için uygulanan en yüksek kredi faizine belli bir yüzdenin eklenmesi (örneğin %50 fazlası gibi), şeklinde oluşmaktadır.²⁹¹

²⁹⁰ **Barlas**, Temerrüt, sh.126; **Oğuzman / Öz**, s.378; **Akar Öçal**, Türk hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965, sh.11; **Arkan**, sh.66; **Helvacı**, sh.102; **Kaya**, Faiz, sh.352; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh.930.

²⁹¹ BKT md.125 / f.II, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranına sınırlama getirmektedir. Buna göre, BKT md.125 / f.I uyarınca; uygulanacak yıllık temerrüt (Tasarının ifadesiyle direnir) faizi oranı taraf iradesi ya da kanun ile belirlenmemişse, yıllık temerrüt faizi oranı faiz borcunun doğduğu tarihte TCMB'nin kısa vadeli kredi işlemlerinde önceki yılın 31 Aralık günü itibariyle uyguladığı avans faiz oranı olarak tatbik edilecektir. Bu avans oranınının 30 Haziran günü, önceki yılın 31 Aralık günü itibariyle uygulanan avans oranından beş puan veya daha fazla olması halinde ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olacaktır. İşte Tasarı, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranınının, birinci fıkra hükmü çerçevesinde belirlenen yıllık faiz oranınının yüzde 100 fazlasını aşamayacağını hüküm altına almaktadır. Bu konuda dn.288'de açıklanan gerekçelerle, bu düzenlemenin bankaların ticari nitelikli kredileri nedeniyle oluşan temerrüt faizi alacaklarını kapsamadığı görüşünde: **Kuntalp / Barlas / Ayanoğlu Morali / Çavuşoğlu İşintan / İpek / Yaşar / Koç**, sh.74 vd.

3. Genel Kredi Sözleşmelerindeki Bileşik Faize İlişkin Düzenlemeler

Faiz alacağına belli devreler sonunda ana para alacağına eklenmesi ve böylece, ana para ve faizlerden oluşan yeni tutara tekrar faiz işletilmesi işlemi bileşik faiz olarak tanımlanmaktadır.²⁹² Bu tanıma uygun olarak yapılan bileşik faiz hesaplaması sonucunda da anapara alacağına eklentisi durumundaki faiz alacağı kapitalize edilerek elde edilen meblağ artık yeni bir anapara alacağı konumuna gelir ve ortaya çıkan bu yeni ana para alacağına yeni hesap devresinde tekrar kapital faizi yürütülür. Bu durumun da borçluyu, önceden öngörülemez derecede ağır bir faiz yükü altına sokacağı açıktır. O nedenle, bileşik faiz kavramına genel itibariyle mesafeli yaklaşan hukuk sistemleri, bileşik faiz uygulamasına ve dolayısıyla, işlemiş faizlerin, anaparaya eklenerek tekrar faiz işletilmesi işlemine tabi tutulmasına belirgin yasaklar getirmişlerdir.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu md.314 / f.III tarafların, faizin anaparaya eklenerek bunların tekrar faize konu olmalarını kararlaştırmalarının kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacağını işaret etmekte; cari hesaplarla tasarruf sandıklarına ilişkin düzenlemelerin ise saklı tutulduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde, Alman, Fransız ve İtalyan Medeni Kanunlarında da benzer düzenlemelere rastlamak mümkündür.²⁹³

Türk Hukukunda 3095 sayılı Kanun md.3'teki genel bileşik faiz yasağına ek olarak²⁹⁴ bileşik faiz yasağına ilişkin birden çok yasal düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki, BK md.308 / f.III'te yer alan ve karz

²⁹² **Arkan**, Ticari İşletme, sh.70; **Eren**, sh. 942; **Helvacı**, sh.99; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, sh.47-48; **Hamdi Yasaman**, Faizle İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, sh.233; **Kaya**, Faiz, sh.352; **Hikmet Sami Türk**, Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1983, sh.165; **Kayar**, Ticari İşletme, sh.80 **Çetin Arslan / Mustafa Kırmızı**, Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, sh.64.

²⁹³ H.S. **Türk**, sh.166.

²⁹⁴ "Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez" şeklinde kaleme alınan bu maddede esas olarak, işlemiş bulunan kapital faizleri için tekrar faiz yürütülemeyeceği; temerrüt faizi niteliğindeki borçların da temerrüt faizine konu olamayacaklarının anlatılmak istendiği ve dolayısıyla bunun BK md.104 / f.III'de ifade edilen kuralın tekrarı niteliğinde olduğu yönünde: **Barlas**, Temerrüt, sh.180. Karş. H.S. **Türk**, sh.171.

akdine ilişkin faiz hükümleri içinde düzenlenen *“faizin anaya zammedilerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi evvelden mukavele edilmiş olsa bile batıldır”* hükmüdür. Doktrinde bu hükmün yalnızca karz sözleşmesine özgü bir bileşik faiz yasağı getirmediği ve belirli yasal istisnalar dışında bileşik faiz yürütülmesini yasaklayan genel nitelikte bir düzenleme olduğu ifade olunmaktadır.²⁹⁵ Anılan hükmün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki karşılığını esas alan bazı yazarlarca²⁹⁶ alacaklı ile borçlunun bileşik faiz borcunun doğumundan sonra yaptıkları bu yöndeki bir sözleşmenin geçerli olması gerektiği zira artık borçlunun ortaya çıkan faiz borcunun yükünü bilebilecek bir durumda olduğu öne sürülmüşse de kanımızca madde içeriğindeki *“evvelden mukavele edilmiş olsa bile”* şeklindeki ifade adi karz akitlerinde Yasa Koyucunun bileşik faiz uygulamalarına ne denli mesafeli yaklaştığını ve bu konuda hiçbir şekilde toleranslı olmadığını göstermektedir.

Bileşik faizle ilgili bir diğer yasak, BK md.104 / f.III düzenlemesi ile getirilen temerrüt faizi borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde bu borca faiz yürütülemeyeceğine ilişkin hükmüdür. Aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlenen; faizlerin, iratların veya bağışlanan paranın tediyesinde temerrüde düşülmesi hallerinde, bu alacaklar bakımından temerrüt faizinin ancak mahkeme veya icraya başvuru ânından itibaren işlemeye başlanacağına dair hükmün maddenin bütünü ile birlikte incelenmesinden çıkan sonuç ise birinci fıkradaki faiz ifadesinin kapital faizini işaret ettiği; temerrüt faizlerinin ise buraya dahil olmadığıdır.²⁹⁷ Zira, maddenin 3. fıkrası ile temerrüt faizlerine dava veya takipten sonra dahi temerrüt faizi işletilmesine kesin bir yasak getirilmiş ve böylece kapital faizi bakımından, işlemiş anapara faizlerine faiz

²⁹⁵ H.S. Türk, sh.168.

²⁹⁶ Helvacı, sh.123-124; H.S. Türk, sh.167; Arslan / Kırmızı, sh.65.

²⁹⁷ Oğuzman / Öz, sh.383; Poroy / Yasaman, sh.83; Barlas, Temerrüt, sh.176; Yasaman, sh.233; H.S. Türk, sh.169; Arslan / Kırmızı, sh.69. Aynı yönde: Y. HGK’nun 09.10.2002 t. ve 2002/12-709E., 2002/781 K. sayılı kararı. Yargı Dünyası, s.87, Mart 2003, sh.16 vd.

yürütülmesi ancak mahkeme veya icraya müracaat halinde ve sınırlı biçimde kabul edilmiştir.²⁹⁸

3095 s. Kanun md.3 hükmü ile getirilen genel bileşik faiz yasağı ve anılan maddenin ikinci fıkrasında yalnızca “bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı tutulması; kapital faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda bu borca sınırlı da olsa temerrüt faizi yürütülebileceğini düzenleyen BK md.104 / f.I hükmünün uygulanabilirliği konusunda tereddüt yaratabilir niteliktedir. Ancak 3095 s. Kanun ile Borçlar Kanunu’nun yalnızca faiz oranlarına ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına belirtilmesi²⁹⁹ ve 3095 s. Kanun md. 3 / f.I’in “kapital faizinin dönem sonunda anaparaya eklenerek elde edilen tutara tekrar faiz yürütülmesini yasaklamak” ve bu arada “BK md.104 / f.III’te düzenlenen temerrüt faizi alacağına temerrüt faizi yürütülmesini yasağını da tekrarlamak” şeklinde beliren amacı karşısında BK md.104 / f.I’in uygulanabilir nitelikte olduğu haklı olarak savunulmaktadır.³⁰⁰ Nitekim

²⁹⁸ Yargıtay, genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kullanılan bir kredi ilişkisinde, bankanın hesabı kat ettikten sonra artık alacağın muaccel hale geldiği ve dolayısıyla bu tarihten sonra oluşan temerrüt faizinin anaparaya ilave edilerek tekrar faiz yürütüleceğine dair sözleşme hükmünün bileşik faiz ile ilgili emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu içtihadındadır. Bk. Y. 11. HD’nin 25.02.1999 t. ve 1998 / 9561 E., 1999 / 1557 K. sayılı kararı. Yasa HD, Mart 1999, yıl:22, C.18, s.208, sh.362-363.

²⁹⁹ “Kaldırılan ve uygulanmayacak hükümler” başlıklı, 3095 s. Kanun md.5’in II. fıkrasında ifade olunan, “Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’nda kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmaz” şeklindeki düzenleme anılan kanunlardaki faiz oranlarına ilişkin hükümlerin yürürlükten mi kalktığı yoksa uygulanmasının mı durdurulduğu yolunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Doktrinde, bir kanun hükmünün, kapsamına giren yegâne konuda uygulanamamasının yürürlükten kalkmadan başka bir anlam ifade etmeyeceği, dolayısıyla Borçlar ve Ticaret Kanunu’ndaki faiz oranlarına ilişkin hükümlerin yürürlükten kalktığı görüşünde: **Barlas**, Temerrüt, sh.149, dn.447; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, sh. 934. Karş: **Oğuzman / Öz**, sh.234. Buna karşılık, bizim de katıldığımız, Yasanın aynı maddede Murabaha Nizamnamesi için yürürlükten kalkma, Borçlar ve Ticaret Kanunlarındaki faiz oranlarına ilişkin hükümler için ise uygulanmama ifadelerinin kullanılması karşısında Yasanın lafzına üstünlük tanınarak bu hükümlerin yalnızca geçici olarak uygulanmasının durdurulması yönünde: **Helvacı**, sh.133,

³⁰⁰ **Barlas**, Temerrüt, sh.177, **Helvacı**, sh.102. Doktrinde bir görüş, BK md.104 / f.III hükmünün geniş yorumlanması eğilimindedirler. Bu görüşe göre, Fransız Medeni Kanunu’nun, yıllık faizlerin de faize tabi olduğunu düzenleyen 154. maddesi paralelinde, BK md.104 / f.III’teki yasağın sadece temerrüde uğrayan yıllık faizlerin faize tabi tutulması ve bu faizlerin ödenmemesinden doğan munzam tazminatın bu faizle karşılanmayan ve alacaklı tarafından ispat edilmesi gereken zararlara özgü olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi düşüncenin kabulü, faiz borcunun ödenmesinde

Kanun'un gerekçesinde BK md.104 / f.I hükmü ile sınırlı şekilde cevaz verilen kapital faizini ödemede temerrüde düşen borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırıcı bir emareye de rastlanmamaktadır.³⁰¹

Bileşik faizle ilgili iki önemli istisna TTK md.8 f.II ile getirilmiştir. Buna göre, "3 aydan aşağı olmamak üzere faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı yalnız cari hesaplarla borçlu bakımından ticari iş mahiyetini haiz olan karz akitlerinde muteberdir." TTK md.87 vd. maddelerinde düzenlenen cari hesap ilişkisi, iki kimsenin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı birbirlerinden alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçerek sözleşmenin sonunda ortaya çıkan bakiyenin ödenmesini kararlaştırdıkları bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.³⁰² Kanun Koyucu burada da borçlunun aşırı faiz yüküne karşı korunması ilkesini gözetmiş³⁰³ ve bu imkânı 3 aydan kısa olmamak şartı ile kabul etmiştir.³⁰⁴

temerrüt ne kadar sürerse sürsün bu durumun sürekli olarak bileşik faiz yasağı kapsamında değerlendirilmesi ve sonuç olarak da bunun dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturması sonucunu doğurur. Bk. bu görüşte: Hayri **Domanıç**, Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK.105 ve Diğer Hükümler, Ankara 1998, sh.36-37.

³⁰¹ Aynı yönde: **Barlas**, Temerrüt, sh.177.

³⁰² **Arkan**, Ticari İşletme, sh.343 vd; **Poroy / Yasaman**, sh.259; **Tamer İnal**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, sh.319; **Kayar**, Ticari İşletme, sh.305; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, sh.160.

³⁰³ **Helvacı**, sh.125.

³⁰⁴ Ancak, burada gerçek anlamda bir bileşik faiz istisnasından bahsedilemeyeceği zira, hesap devresi sonunda çıkarılan bakiyenin karşı tarafça da kabul edilmesiyle artık borcun yenileneceği ve yenilenmeyi takiben ortaya ana para ve faizden oluşan yeni bir alacağın çıktığı; sonuç olarak da burada teknik anlamda bileşik faiz uygulamasından söz etmenin olanaksız olduğu ileri sürülmektedir. Bk. bu görüşte: **Arkan**, Ticari İşletme, sh.352; **Helvacı**, sh.26; **H.S. Türk**, sh.172-173. Gerçekten de BK md.115 / f.II hükmüne göre cari hesabın kesilip de bakiyenin diğer tarafça kabul edilmesi halinde borç tecdit edilmektedir. Tecdit de esas itibariyle borcu sona erdiren sebeplerden biri olmakla; 3 aylık hesap devresi sonunda ortaya çıkan bakiyenin kabulü ile yeni bir borç ortaya çıkmakta ve bu borca yürütülen faiz de artık bileşik faiz niteliği taşımamaktadır. Karş. **Kayar**, Cari Hesap, sh.79. Yazara göre bu görüş hesap devreleri 3 ay olarak belirlenen cari hesaplar bakımından savunulabilirse de bu süreden daha kısa veya daha uzun cari hesaplarda farklı sonuçlara varılmalıdır, zira örneğin 1'er aylık hesap devreleri halinde işleyeceği kararlaştırılan cari hesaplar bakımından bakiyenin karşı tarafça kabulü ile borç yenilense dahi burada Kanun'un söz konusu emredici hükmü uygulama alanı bulur böyle bir cari hesap ilişkisinde, cari hesap bakiyesine 1'er aylık devre sonunda bileşik faiz yürütülemez. Buna karşılık

Bileşik faiz yasağının ikinci önemli istisnası yine TTK md.8 / f.II hükmü ile getirilen, borçlu bakımından ticari iş mahiyetini haiz olan karz akitlerinde asgari 3 aylık devreler halinde bileşik faiz yürütebilme imkânıdır. Bu düzenleme aslında BK md.308 / f.III'teki genel nitelikli bileşik faiz yasağının gerçek bir istisnası niteliğindedir.³⁰⁵

Banka genel kredi sözleşmelerinde bankalar, Yasanın bileşik faiz uygulamalarına izin verdiği ölçüde bu haktan yararlanma yoluna gitmekte ve bunu sözleşmelere standart hüküm olarak derc etmektedirler. Buna göre, kredi ilişkisine dayanan kredi ve hesaplara bileşik faiz yürütülmesi, yılda 4 defa olmak üzere hesap devreleri belirleneceği ve bu hesap devreleri sonunda tahakkuk ettirilen faizlerin kredi kullananın hesabına borç kaydedileceği; sözleşme hükmü olarak neredeyse tüm genel kredi sözleşmelerinde standart ifadelerle belirtilmiş durumdadır. Buna ek olarak, bankaların tek taraflı olarak hesaplar ve kredilere aylık dönemlerde faiz yürütme hakkını da saklı tuttıkları da, genel kredi sözleşmelerinde sıklıkla gözlemlenen düzenlemeler arasındadır. Ancak bu noktada banka genel kredi sözleşmesi kapsamında kullanılan borçlu cari hesap kredisinin bir tür cari hesap sözleşmesi sayılıp sayılmadığı; kredi kullananın borcuna bileşik faiz yürütülebilme imkânının varlığı konusunda belirleyici rol oynamaktadır. Yukarıda ifade edildiği ve tartışıldığı üzere³⁰⁶ Yargıtay ve doktrinde bir kısım yazarlar, her ne kadar taraflar arasında bu yönde bir irade uyuşması bulunsa ve kredinin kullanılmasında cari hesap usullerinden yararlanılsa dahi borçlu cari hesap kredisinin cari hesap sözleşmesi niteliği arz etmediği görüşündedir. Buradan hareketle Yargıtay, genel kredi sözleşmeleri bakımından kredi kullananın borcuna bileşik faiz yürütülebilmesi imkânını bu sözleşmelerin cari hesap sözleşmesi değil

hesap devrelerinin 3 aydan daha uzun süreli tespit edildiği cari hesap sözleşmelerinde de yenileme olgusundan bağımsız şekilde, 3 aylık dönem sonunda bileşik faiz uygulaması yapılabilir.

³⁰⁵ H.S. Türk, sh.174.

³⁰⁶ Bk.sh.11 vd.

fakat borçlu bakımından ticari karz sözleşmesi sayılmaları nedeniyle tanımlanmaktadır.³⁰⁷

B. Tek Taraflı Faiz Artırımına Ve Borca Bileşik Faiz Yürütülmesine Olanak Veren Düzenlemelerin Geçerlilik Ölçütleri Açısından Değerlendirilmesi

Bankaların standart genel kredi sözleşmesi metinlerinde gerek kullanılan nakdi kredinin ana para faizine, gerekse de temerrüt durumunda talep edilen temerrüt faizine ilişkin olarak bankalar lehine geniş bir hareket alanı tanındığı göze çarpmaktadır. Buna göre;

“Banka, genel kredi sözleşmesi gereğince açılacak kredi ve hesaplar ile birlikte diğer her türlü kredi ve teminatlarla, önceden bir ihbara ihtiyaç olmaksızın yetkili merciler tarafından tespit edilmiş, edilecek veya serbestçe tayin edeceği oranlarda faiz, temerrüt faizi.....uygulama ve bu oranları dilediği zaman ve miktarlarda tek yanlı olarak, bir ihbarda bulunmaksızın artırma hakkına sahiptir. Müşteri(ler) bu hususta hiçbir iddia, itiraz ve şikâyet hakkının bulunmadığını beyan ile bu iddia, itiraz ve taleplerinden şimdiden gayrikabilirücu feragat etmektedir(ler)

İşbu genel kredi sözleşmesine dayanan kredi ve hesaplara mürekkep faiz yürütülecek.....tir.....Cari hesap kredisi yukarıda yazılı üç aylık devreler arasında açılmış ise, ilk devre faizinin ana paraya eklenmesini hesabın açılmasından itibaren üç aylık sürenin

³⁰⁷ Bk. Y. 19. HD'nin 26.6.1997 t. ve 1997 / 4575 E., 1997 / 6637 K. sayılı kararı. Yasa HD, C.16, Kasım 1997, s.191, sh.1459 vd. Aynı görüşte: **Poroy / Yasaman**, sh.264-265. Ancak yazarlar bu sonuca ulaşırken genel kredi sözleşmesinin hukuki nitelik itibariyle tipik cari hesap sözleşmesi sayılmadığı görüşünden hareket etmektedirler. Oysa, buradaki esas mesele banka genel kredi sözleşmesinin hukuki nitelik itibariyle cari hesap sözleşmesi sayılıp sayılmaması değil; taraflar arasındaki kredi ilişkisinin cari hesap şeklinde işleyeceği yönündeki taraf iradesine rağmen cari hesap sözleşmesine bağlanan hükümlerin -ve bu arada bileşik faiz yürütülebilmesine izin veren düzenlemenin- uygulanabilir olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Genel kredi sözleşmesinin hukuki nitelik itibariyle salt cari hesap sözleşmesi sayılmayacağı ancak içeriğinde cari hesap sözleşmesinin unsurlarını barındırması ve bu çerçevede somut kredi ilişkilerinin cari hesap usulleri ile işleyeceğinin kararlaştırılması karşısında genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kullanılabilecek borçlu cari hesap kredisine bu nedenden ötürü de bileşik faiz yürütülebilmelidir.

geçmesini müteakip en yakın devresi (Mart, Haziran, Eylül, Aralık ayları) sonunda yapılacaktır. Ancak Banka tek taraflı olarak hesaplar ve kredilere, aylık dönemlerde faiz yürütebilir. Bu takdirde de mürekkep faizle ilgili olan yukarıdaki hüküm uygulanır.”³⁰⁸

şeklinde formüle edilen bu tür sözleşme kayıtlarının geçerliliği problemi doktrinde inceleme konusu yapılmış ve bu yöndeki ihtilaflar yargı organlarını özellikle ekonomik kriz zamanlarında fazlasıyla meşgul etmiştir.

Genelde tüm faiz intibak hükümlerinin, özelde de bankalar tarafından kullanılan kredilere uygulanacak faiz oranlarının geçmişe dönük tatbik etmek ve tek yanlı biçimde artırmak yetkisi veren genel kredi sözleşmesi hükümleri ile bu artırılan faiz oranları ile birlikte ödenmesinde temerrüde düşülen borca ayrıca yüksek oranlarda temerrüt faizi işletilmesi şeklinde ortaya çıkan bankacılık uygulama ve sözleşmesel düzenlemelerin; kredi kullananın iktisadi varlığının yok olması tehlikesi yarattığı, kredi kullananı mutlak şekilde bankaların keyfi uygulamalarına tâbi kıldığı ve onları iradesiz bıraktığı gerekçesiyle kişilik haklarına aykırılıktan dolayı batıl sayılmaları gerektiği doktrinde ileri sürülen görüşler arasındadır.³⁰⁹ Bu görüşe göre, bankaya tanınan bu yetkiler yalnızca kişilik haklarına aykırı değil; bunların aynı zamanda bankanın kredi kullanan üzerindeki üstün konumunun ve fiili tekel durumunun istismar edilmesi ve dolayısıyla bankanın koyduğu sözleşme hükümleri aracılığıyla aşırı çıkar sağlamaya yönelik olmaları nedeniyle ahlâka da aykırılık oluşturmaları ve kesin hükümsüzlük yaptırımına konu olmaları gerekir.³¹⁰

Açıklanan doktrin görüşüne rağmen, özellikle belirsiz süreli olarak akdedilen bir genel kredi sözleşmesinde esnek faiz hükümlerine yer verilmesinin ekonomik bir zorunluluktan doğduğu zira, aksi düşüncenin

³⁰⁸ Finansbank A.Ş. Genel Kredi Sözleşmesi, md.I-14.

³⁰⁹ **Sungurbey**, sh.589-590; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, sh.114-115.

³¹⁰ **Sungurbey**, sh.600. Yazar, banka genel kredi sözleşmelerindeki söz konusu hükümlerin gerek kişilik haklarına gerekse de ahlâka aykırılık kavramlarını açıklamada “kürsü misali” olacak şekilde tipik ve çarpıcı olduğunu ifade etmektedir.

kabulü halinde faiz oranlarının kredinin kullanıldığı tarihteki cari orandan daha yüksek bir miktar üzerinden sabitlemesi, kredi faiz oranlarının aşırı derecede yüksek tutulması, bankanın, verdiği parayı daha düşük değerle geri alması sonucunun doğacağı ve bu durumun da taraf menfaatlerine uymayan bir çözümün ortaya çıkması sonucunu beraberinde getireceği ileri sürülmektedir.³¹¹ Yine, serbest piyasa kurallarına dayalı rekabetçi ve değişken bir ekonomik ortamda akdedilen genel kredi sözleşmesi ilişkisinde sabit kredi faizi oranlarının belirlenmesi ve bankaya bu faiz oranlarını artırabilme yönünde bir yetkinin tanınmaması halinde değişen şartlara rağmen anapara faizi oranlarının sabitlemesinden doğan zarar bankaya yüklenmiş olacaktır. Bu da, vadesiz kredi sürecindeki mevcut öngörülemezlik nedeniyle adaletsizliğe sebep olabilecek bir durumdur.³¹² Sonuç olarak, bizim de katıldığımız doktrindeki baskın eğilim, banka genel kredi sözleşmelerindeki kapital faizi oranının belirlenmesinin bankanın tek yanlı iradesine bırakılmasının salt bu nedenle iradeyi bozucu ya da ahlâka veya kişilik haklarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılmaması gerektiği ve bankaya bu yönde yetki tanıyan hükümlerin -hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde kullanılmak şartıyla- temelde geçerli ve hukuka uygun bir akdi düzenleme olduğudur.³¹³

Gerçekten de bu sözleşmelerde düzenlenen, kredi faiz oranlarının banka tarafından tek yanlı belirlenebilmesine imkân tanıyan kayıtların haklı ekonomik gerekçelere dayandığı açıktır. Ayrıca, bu yöndeki sözleşme hükümlerinin baştan ve salt bu yönde bir yetkiyi bankaya tanınması nedeniyle kredi kullanan tarafın iktisadi faaliyet özgürlüğünü ortadan kaldıracı veya ahlâka aykırı ölçüde sınırlandırdığı da söylenemez.

³¹¹ **Atamer**, Banka, sh.40; **İsmail Kayar**, Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, GÜHFD, C.1, s.2, Aralık 1997, sh.87-88. Yazara göre, banka ile kredi ilişkisi içine giren bir tacir, "basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümü" ilkesi gereği, kullandığı kredinin faiz oranlarının, ülkenin ekonomik şartları paralelinde zaman içinde artabileceğini hesap etmelidir.

³¹² **Battal**, Banka, sh.248.

³¹³ **Kayar**, Faiz Hükümleri, sh.87; **Kaplan**, Banka, sh.115-116; **Arkan**, Ticari İşletme, sh.74; **Battal**, Banka, sh.247-248; **İnal**, Ticari İşletme, sh.42; **Kocaman**, sh.1118; **Kostakoğlu**, sh.856; **Atamer**, GlŞ, sh.243; **Nihat Yavuz**, sh.602-603. Karş. **Nerad**, sh.173.

Zira bu yöndeki hükümler esas itibariyle ancak banka tarafından somut olayda kullanılması ile içerik kazanabilecek; bankanın bu yetkisini de haksız menfaat sağlamak amacı gütmeyen ekonomik durumun gerekliliklerine uygun olarak kullanması durumunda da kredi borçlusunun bu nedenden ötürü iktisadi faaliyet özgürlüğünün ortadan kalktığından veya ahlâka aykırı derecede sınırlandırıldığından bahsedilemeyecektir. Yine, mevduat sahiplerine karşı bir anlamda kamusal bir sorumluluk taşıyan bankaların, büyük oranda kredi olarak kullandırılan mevduatın bankaya kârlı ve ekonomik verimlilik kuralları içinde geri dönüşünün sağlanması zorunluluğu günümüz ekonomik sistemi açısından göz ardı edilemeyecek bir durumdur. Paranın bankaya olan maliyeti arttığı takdirde bunun kredi kullanan tarafa yansıtılması kaçınılmaz bir zorunluluktur.³¹⁴ Dolayısıyla, genel kredi sözleşmesinin tarafı olan tacir TTK md.20 hükmünün kendisine yüklediği basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü karşısında; belirsiz süreli bir kredi ilişkisi içine girmekle değişken ekonomik şartlar çerçevesinde belli dönemlerde bankanın faiz artırımına gidebileceğini öngörebilmelidir.

Genel kredi sözleşmelerinde bankaya tanınan bu yetkinin her ne kadar temelde geçerli olduğu kabul edilse de bu yetkinin, MK md.2 anlamında dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde denetime tabi tutulması ve dolayısıyla iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği doktrin ve Yargıtay uygulamasının üzerinde uzlaştığı bir konu niteliğindedir. Gerçekten de, genellikle vadesiz kredi kullandırılması esasına dayanan belirsiz süreli bir genel kredi sözleşmesi ilişkisinde, değişken ekonomik şartlara bankanın kolayca uyum sağlayabilmesine yönelik olarak sözleşmelerde yer verilen bu yönde bir yetkinin banka tarafından kötüye kullanılması elbette ki korunmamalıdır. Bu açıdan, yargısal denetim aşamasında bankanın uyguladığı kredi faiz oranlarının kredi süreci içinde nasıl tatbik edildiğinin ekonomik göstergeler ışığında titizlikle incelenmesi zorunludur. Bu anlamda, objektif açıdan fahiş sayılabilecek faiz artırımları karşısında kredi

³¹⁴ Aynı yönde: **Kayar**, Faiz Hükümleri, sh.87.

kullananca yöneltilebilecek; bu oranların makul bir düzeye çekilmesi, bankanın haksız uygulaması sonucu uğradığı zararının tazmin edilmesi veyahut da ödediği faiz tutarının istirdadı yönündeki taleplerin yargılama organlarınca dikkate alınması suretiyle amaca uygun ve etkin bir içerik denetimi yapılabilecektir. Nitekim Yargıtay, banka genel kredi sözleşmeleri ile bankaya verilen, kredi faizini tek taraflı artırma yetkisinin geçerli olduğunu ve bu durumun BK md.19 ve md.20 hükümlerine aykırılık oluşturmadığını içtihat etmekte; ancak bu yetkinin sınırının MK md.2 düzenlemesi ile çizilmesi gerektiğini ve bankanın bu yetkisini fahiş kazanç amacına yönelik olarak kullanamayacağını belirtmektedir.³¹⁵

Bu noktada bankanın krediye uyguladığı faiz oranını artırdığına yönelik kararını kredi kullanan tarafa bildirmek durumunda olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Doktrinde genel olarak faiz intibak hükümlerinin MK md.2 çerçevesinde denetlenmesi gerektiği şeklindeki yaygın görüş paralelinde ilgili sözleşme hükümlerinin; artırılan faiz oranlarının müşteriye duyurulmasının gereksiz olduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiği, kredi kullanan tarafın sorumluluğunun artması sonucunu doğuran bu durumun kendisine bildirilmesinin yine MK md.2 hükmünün bir sonucu olduğu ve bankanın yetkisinin ancak bu durumu kredi kullanana derhal bildirerek kendisine sözleşmeyi feshetme imkânı verilmesi şartıyla kullanılabileceği de öne sürülmüştür.³¹⁶ Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Genel kredi sözleşmesi düzenlemesi ile bankalara tanınan tek yanlı irade ile kredi ana para ve temerrüt faizi oranlarını -MK md.2 ile sınırlı olmak şartıyla- artırma imkânı veren hükümler her ne kadar geçerli ise de; bu değişken oranların geçmişe dönük olarak, başka bir deyişle kredi

³¹⁵ Y. 19. HD'nin 26.03.1996 t. ve 1996 / 6 E., 1996 / 2976 K. sayılı kararı. YKD C.22, Temmuz 1996, s.7, sh.1114 vd.; Y. 19. HD'nin 30.10.1997 t. ve 1997 / 5007 E., 1997 / 9024 K. sayılı kararı, YKD, C.24, s.10, Ekim 1998, sh.1513 vd.; Y. 11. HD'nin 07.04.2003 t. ve 2002 / 10867 E., 2003 / 3372 K. sayılı kararı, Legal HD, C.I, s.5, Yıl 2003, sh.1216-1217; Y. 19. HD' nin 15.09.1994 t. ve 1993 / 7783 E., 1994 / 7958 K. sayılı kararı. **Kostakoğlu**, sh.863-864.

³¹⁶ **Battal**, Banka, sh.248-249; **İnal**, Ticari İşletme, sh.42; **Kostakoğlu**, sh.857; **Nihat Yavuz**, sh.602; **Kayar**, Faiz Hükümleri, sh.89-90; **Atamer**, GİŞ, sh.243.

kullanan tarafından ödenen ve kapatılan kredi hesaplarına da uygulanacağına dönük hükümler geçersizdir. Zira, 2002 / 3707 sayılı ve “Mevduat ve Kredi İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranları ile Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Karar” başlıklı Bakanlar Kurulu Kararının 5. maddesinde “kredi faiz oranları, açılmış ve açılacak kredi hesaplarına ilan tarihinden itibaren uygulanır” denilmektedir. Dolayısıyla, kredi müşterisi tarafından geri ödenmiş ve kapatılmış kredi alacağı için geçmişe dönük olarak faiz tahakkuk ettirilmesi, emredici hukuk normuna aykırılık oluşturur ve bankaya bu yönde bir yetki bahşeden kayıtlar kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersizlik yaptırımını ile karşılaşır. Aynı doğrultuda, banka tarafından fiili olarak geçmişe dönük faiz artırımları yapılması da yukarıda anılan hukuk normunun kesin ifadesi karşısında kredi kullanan açısından bağlayıcılık taşımayacaktır. Nitekim, yenilenen kredi faiz oranlarının geçmişe dönük olarak uygulanmasının geçerli bir işlem teşkil etmeyeceği; doktrinde de ileri sürülmektedir.³¹⁷

Bankaların, kredi hesaplarının bakiyelerine 1 aylık dönemler halinde bileşik faiz uygulayabilecekleri yönündeki sözleşme hükümlerine gelince; çalışmamızın “genel kredi sözleşmelerindeki bileşik faize ilişkin düzenlemeler” alt başlıklı paragrafında³¹⁸ açıklandığı üzere bunların 3095 s. Kanun md.5 hükmü ile düzenlenen genel bileşik faiz yasağı ve TTK md. 8 / f.II'deki bileşik faizin cari hesaplar ve borçlu bakımından ticari iş niteliği taşıyan karz akitleri bakımından asgari 3 aylık dönemler halinde yürütülebileceğine dair emredici hükmü karşısında kesin hükümsüz sayılmaları gerekir. Bu takdirde, sözleşmenin ilgili kısmı geçersizlik yaptırımına maruz kaldığından sözleşmenin içeriğine dahil olmayacak ve hukuki etki meydana getiremeyecektir. Dolayısıyla bu durumda BK md.20 / f.II hükmü gereği kesin hükümsüzlük yaptırımını tüm sözleşmeye sirayet etmeyecek ve yalnızca bu hüküm Yasanın deyimiyile “lağvolacaktır”. Bu hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacak olması yolundaki bir savunma ise dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olacağından sözleşmenin

³¹⁷ Seza **Reisoğlu**, Bankalar Kanunu Şerhi, sh.1041; **Kostakoğlu**, sh.855; **Atamer**, Banka, sh.243; **Kayar**, Faiz Hükümleri, sh.89.

³¹⁸ Bk. sh.114 vd.

geri kalan hükümleri uygulanmaya devam edecek ve sözleşme kapsamında açılan borçlu cari hesap kredilerine ancak asgari 3 aylık dönemler halinde bileşik faiz yürütülebilecektir.

V. Kredi Borçlusunun ve Kefilin, Kanunun Kendilerine Tanıdığı Defi ve İtirazlardan Peşinen Feragatine İlişkin Düzenlemeler

A. Borçlar Kanunu'nda Yer Alan ve Genel Kredi Sözleşmeleri ile Devre Dışı Bırakılan Defi ve İtirazlar

Banka için her zaman risk teşkil eden ve bankacılık mevzuatı ile bankacılık üst kurulları tarafından sıkı bir denetime tabi tutulan kredi işlemi, içerdiği büyük riziko nedeniyle mutlak surette, yeterli oranda teminatın sağlanması şartıyla kullanılmaktadır. Bu anlamda, "bir kimsenin, borçlunun alacaklıya ödememesi halinde borçlunun bu borcundan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt ettiği bir şahsi teminat sözleşmesi" olarak tanımlanan³¹⁹ kefalet banka için, kullandığı kredinin geri dönüşünü güvence altına almaya yarayan ve bankalar tarafından sıklıkla başvuru alan şahsi teminatlar arasında yer alır. Banka ile kefil arasında akdedilen kefalet sözleşmesinin, banka ile kredi kullanan taraf arasındaki kredi sözleşmesi ilişkisi bakımından oynadığı bu önemli rol nedeniyle banka genel kredi sözleşmelerinde kefiller veya diğer fer'i borçluları kapsayan ve aşağıda belirtilen standart düzenlemelere rastlamak her zaman mümkündür:

"(Kefiller), Borçlar Kanunu'nun 490. maddesinde kefillere tanınan haklardan feragat ve bankanın alacağı için işlemiş ve işleyecek faizlerin tamamından sorumlu olacaklarını.....,

³¹⁹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, 2. Bası, Ankara 1982, sh.495; Cevdet Yavuz, sh.862; Gülçin Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu'na göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, sh.13. Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh.520-521.

Borçlar Kanunu'nun 493 ve 494. maddelerinde kefillere tanınmış olan kefaletten kurtulma imkânı veren haklardan da feragat ve bu maddelere dayanarak bankadan hiçbir istekte bulunmamayı.....,

Kefiller, borcun her ne nedenle olursa olsun müşteriler için muaccel olması halinde, kefalet borcunun da herhangi bir ihbarda bulunulmasına gerek kalmaksızın muaccel olacağını.....,

Kefiller, Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde tanınan haklardan feragat....ettiklerini.....kabul ederler.”³²⁰

B. Geçerlilik Ölçütleri Penceresinden Duruma Bakış

Yukarıda ifade olunan, kefilin sahip olduğu çeşitli yasal imkânların genel kredi sözleşmeleri ile bertaraf edilmesinin hukukilik derecesini ölçmede, öncelikle emredici hukuk kurallarına aykırılık kıstasından soruna yaklaşmak gerektiğini düşünüyoruz. Bu açıdan, BK md.491 c.1’de “*Borçlunun iflası sebebi ile borç vadenin hululünden evvel muacceliyet kesbetse bile kefil asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden evvel borcu ödemeğe icbar olunamaz*” şeklinde formüle edilen düzenleme, bu hükmün emredici nitelik taşıdığı yönünde bir kararlılık izlenimi uyandırmaktadır. Bunun yanında, iflas halinde müflisin borçlarının, gayrimenkul rehni ile teminat altına alınmış olanlar dışında muaccel hale geleceğini düzenleyen İİK md.195 hükmünün konuluş amacı da iflasın tasfiyesinin gecikmesine engel olmak ve iflasta alacaklılar arasında eşitlik sağlamak olarak ortaya çıkmaktadır.³²¹ Başka anlatımla, İİK’nun yukarıya alınan hükmü olmasa idi iflas ânında müflisin hem muaccel hem de vadesi gelmemiş borçları bulunabileceğinden ya müccel borçlarının vadesinin dolması beklenecek ve iflasın tasfiyesi gecikecek ya da vadesi gelmemiş borçlar dikkate alınmadan muaccel borçların alacaklılarının masadan tatmin edilmesi yoluna gidilecek ancak bu durumda da vadesi gelmemiş alacakları bulunan alacaklıların muacceliyet ânında bunları tahsil

³²⁰ Finansbank A.Ş. Genel Kredi Sözleşmesi, md.II-36.

³²¹ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, sh.1040.

edememesi gibi bir durum ortaya çıkabilecekti. Dolayısıyla bu iki durumun ortaya çıkardığı sakıncayı gidermek gibi bir amaç yüklenen İİK md.195 hükmü tamamen iflas masasından iflas alacaklılarının tatminini kolaylaştırmak³²² yönünde bir fonksiyona sahip olduğundan müflisin borçlarından birlikte sorumlu olan kefiller bakımından da aynı sonucun gerçekleşmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle; BK md.491 c.1 hükmünün ifade biçimi ve konuluş amacı bu şekilde ortaya konmakla, genel kredi sözleşmelerindeki ilgili düzenlemenin emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturduğu ve borçlunun iflası halinde asıl borcun her ne kadar asıl borç muacceliyet kazansa dahi kefilin borcu bakımından da aynı sonucun gerçekleştiğini kabul etmenin olanaksız olduğu düşüncesindeyiz.

Ancak, BK md.491 c.2 ve 3'te ifade olunan, asıl borcun muacceliyet kazanmasının borçluya ihbarda bulunulmasına bağlı olması halinde bu ihbarın kefile de yapılması gerektiği yönündeki hüküm emredici mahiyet taşımamakta ve bu durumda ancak kefile, asıl borcun muaccel olmadığı definde bulunma hakkı vermektedir.³²³ Dolayısıyla, kefilin başlangıçta sahip olduğu bu defiden feragati mümkündür.

Bunun dışında, genel kredi sözleşmelerindeki standart kayıtlar yoluyla kefilin feragat ettiği hakları düzenleyen Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerini emredici hükümlere aykırılık kriteri bakımından ele aldığımızda şu sonuçlara ulaşmaktayız:

- Kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu tutulabilmesi için kendisine süresinde ihbarda bulunulması gerektiğini düzenleyen BK md.490 / f.II ve kefilin faiz ödemek durumunda kalacağı hallerde sözleşmesel faizden (kapital faizi) ancak işlemekte olan ve işlemiş 1 yıllık miktardan sorumlu olduğunu hüküm altına alan BK md.490 / f.III hükmünün emredici nitelik taşımadığı görüşü; bizim de katıldığımız doktrindeki genel eğilimi

³²² Saim Üstündağ, İflas Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1998, sh.74.

³²³ Ahmet Türk, Banka Kredi Açma Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefaletle İlişkin Bazı Sorunlar, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi_01_03.htm.

oluşturmaktadır.³²⁴ Bu görüşün dayanağı ise kefilin sorumluluğunun her durumda kefalet sözleşmesinde kayıt altına alınan, genel kredi sözleşmeleri bakımından ise borçluya tahsis edilen kredi limiti olarak beliren azami tutar kadar³²⁵ olduğu ve kefil, asıl borçlunun bu tutarı aşan borçlarından da sorumlu olmayacağı cihetle tarafların söz konusu azami kefalet miktarı içerisinde kalmak koşuluyla çeşitli fer'i borç kalemlerini kefalet kapsamı içine dahil etmelerinin mümkün olması şeklinde açıklanabilir.

- Süreli kefalette kefalet süresinin dolmasını takip eden 1 ay içinde alacaklının takibe geçmemesi veya geçse bile başladığı bu takibe uzun süre ara vermesi halinde kefilin kefaletten kurtulacağını düzenleyen BK md.493 hükmü ve süresiz kefalette asıl borcun muaccel olmasından sonra kefilin, alacaklıya başvurarak kendisinden 1 ay içinde alacağını takip etmesi veya uzun süre ara vermeden takibe devam etmesini isteyebileceğini düzenleyen BK md.494 / f.I hükmü³²⁶ ile; borcun muaccel olmasının alacaklı tarafından borçluya ihbar yapılmasına bağlı olduğu durumlarda kefilin alacaklıya başvurarak kefil olduğu tarihten 1 yıl sonra alacaklıdan bu ihbarı yapmasını ve borç muaccel olduğunda 1 ay zarfında

³²⁴ Cevdet Yavuz, sh.787; Tandoğan, C.2, sh.576; Hatemi / Serozan / Arpacı, sh.533.

³²⁵ Kredi kullananın fiilen kullanacağı kredi meblağının kredi sözleşmesinin imzalandığı anda kesin olarak belli olmaması; BK md.484' ün emredici hükmüne aykırı hareket edildiği görüşünden hareketle, kefalet sözleşmelerinin geçerliliği yönünde doktrin ve uygulamada tartışmaların yaşanmasına yol açmıştır. Ancak doktrinde, bu tür bir kredi ilişkisi içinde kredi kullanana tahsis edilen limitin, kefilin de sorumluluğunun en üst sınırını oluşturması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır. Bk. Seza Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD C.XIX, s.1-4, sh.340. Yargıtay da istikrarlı içtihatlarıyla, kefilin sorumluluğu hakkında bağımsız bir düzenleme içermeyen genel kredi sözleşmelerinde, sözleşmedeki kredi üst limitinin, kefilin azami sorumluluk miktarı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bk. Y. 19. HD' nin 07.05.2000 t. ve 2000 / 9204E., 2001 / 183 K. sayılı kararı. Kostakoğlu, sh.812-813.

³²⁶ Doktrinde bu düzenlemenin müteselsil kefillere uygulanmayacağı, başka deyişle süresiz olarak kefalet yükümlülüğü altına giren müteselsil kefilin, BK md.494 / f.I' de ifade edilen borçtan kurtulma imkanından yararlanamayacağı, zira müteselsil kefilin borcunu her zaman ifa edebilecek durumda olduğu; genel kabul gören görüştür. Bu nedenle banka genel kredi sözleşmelerinde her ne kadar kefilin BK md.494 f.I hükmünde ifade olunan borçtan kurtulma imkanından feragat ettiği belirtirse de, genel kredi sözleşmelerinde istisnasız olarak müteselsil kefalet öngörüldüğünden, böyle bir sözleşme hükmünün yersiz olduğu anlaşılmaktadır. Konu ile ilgili kapsamlı bir inceleme için bk. Nami Barlas, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m.494/f.I Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh.169 vd.

alacağını takip etmesini talep edebileceğini, alacaklının bu talebi dikkate almaması durumunda da kefilin kefaletten kurtulacağını hüküm altına alan BK md.494 / f.II düzenlemelerinin de kamu düzeni ile ilgili olmadıkları ve emredici yasa hükümleri arasında yer almadıkları doktrinde ifade olunmakta ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir.³²⁷ Bu kabulün gerekçesi ise kefalet borcunun içinde barındırdığı “asıl borca yabancılık” unsuru paralelinde, asıl borcun uzun süre takipsiz kalması halinde kefilin de kefalet borcundan kurtulabilmesine olanak tanınmasında aranmalıdır. Bu imkânın ise yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve sözleşme ile aksinin kararlaştırılabilmesi tabiidir.

Doktrinde, taraflar arasında adil bir denge kuran yedek hukuk kurallarından sapmanın kamu düzenine aykırılık oluşturduğu ve bu nedenle de geçersiz olduğu fikrinden hareket eden bir görüş; kredi sözleşmelerindeki, kefile yüklenen ağır sorumluluğun “ölçüsüz” ve hak ve borç dağılımında önemli ve haksız orantısızlık” yaratıp yaratmadığı sorununu, kefilin borç ilişkisindeki ve somut olay göz önünde bulundurulacak belirlenecek konumunu dikkate alarak çözüme eğilimindedir.³²⁸ Bu görüşe göre, kefilin, karşılık beklemeden diğergâm bir tavırla ve asıl borç ilişkisine yabancı şekilde kefalet sözleşmesine kefil sıfatıyla taraf olunması, kefalet sözleşmesinin amacına aykırı olarak kefilin hareketsiz kalması sonucunu doğurduğundan; bu şartlar altındaki bir kefilin Borçlar Kanunu’nun kefil koruyucu yedek hukuk kuralı niteliğindeki düzenlemelerinden feragat ettiğine dair sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması gerekirken; örneğin kredi sözleşmesinin borçlusu şirketin ortağının kefaletinde ise aynı sonuca varılmamalıdır.

Kanımızca, daha önceki bahislerde de ifade olduğu üzere, yedek hukuk kuralı niteliğindeki hukuk normlarına aykırı akdi düzenlemeler getirmenin kamu düzenine aykırılık gibi; kesin hükümsüzlük yaptırımını getiren bir durum yarattığını öne sürmek, pozitif hukukun çizdiği çerçevede

³²⁷ A. Türk, agm, Tandoğan, C.2, sh.598. BK.Y. HGK’nun 23.10.2002 t. ve 2002 / 19-866 E.; 2002 / 845 K. sayılı kararı. Yargı Dünyası, s.86, Şubat 2003, sh.29 vd.

³²⁸ Atamer, GİŞ, sh.264. Karş, A. Türk, agm.

kabulü mümkün olmayan bir yaklaşımdır. Burada özellikle kefilin asıl borç ilişkisindeki konumunu dikkate alarak bir sözleşme hükmünün geçerli mi yoksa kesin hükümsüz mü sayılacağına belirlenmesinin -her ne kadar somut olay adaleti bakımından haklı görülebilse dahi- herhangi bir hukuksal temele dayanmadığı kanısındayız. Bu sorunun çözümü ise yine hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içinde kalınarak bulunmalı ve kefilin Kanun'un kendisine tanıdığı haklardan feragatinin geçerli olup olmadığı sorunu yasal düzenlemeler yoluyla belirlenmelidir.³²⁹

VI. Banka Defter ve Kayıtlarının Münhasır Delil Teşkil Etmesi

A. Genel Olarak Delil Sözleşmeleri

Türk Medeni Yargılama Hukuku sistemi, tarafların önceden anlaşarak, aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklarda mahkemeye sunabilecekleri delillerin niteliğini belirleyebilme ve bu delilleri sınırlayabilme imkânlarının bulunduğunu kabul etmiştir. HUMK md.287'de ifade edilen bu serbesti doktrinde "*delil sözleşmesi*" olarak isimlendirilmekte ve belli bir konunun, vakıanın veya hukuki işlemin belirli bir delille ispat edileceği hakkında yapılan usul hukuku sözleşmesi biçiminde tanımlanmaktadır.³³⁰

Bir usul hukuku sözleşmesi sayılan ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olarak değerlendirilen³³¹ delil sözleşmeleri, Yargıtay

³²⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Asıl borç" başlıklı 587. maddesinin son fıkrasında, kanımızca isabetli olarak, "Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez." hükmü getirilmiştir. Tasarıda, ikinci kısım başlığı altında ele alınan özel borç ilişkileri bölümlere ayırmakta ve onbeşinci bölümde kefalet düzenlenmektedir. Tasarının 587. maddesinin son fıkrasında ifade edilen "bu bölüm" terimi de bu anlamda kefalet sözleşmesinin bütünü kapsaması gerektiğinden kefilin Kanun'dan aksi anlaşılmadıkça ister standart nitelikli ve genel işlem şartı özelliği gösteren hükümler barındıran sözleşmelere yoluyla olsun, isterse pazarlığa açık sözleşmeler yoluyla gerçekleşsin, kendisine tanınan haklardan feragat ettiği yönündeki akdi düzenlemeler emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılacaklardır.

³³⁰ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6.bası, İstanbul 2001, sh.2881; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. bası, İstanbul 2000, sh.652-653. Berkant Şengel, Delil Sözleşmesi, YD, C.24, Temmuz 1998, s.3, sh.268.

³³¹ Kuru, Hukuk Usulü, sh.2882.

İçtihadı Birleştirme Kararı ile de geçerli ve tarafları bağlayıcı kabul edilmiştir.³³² Yargılama aşamasında hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı ve mutlaka taraflardan birinin yargılamaya dahil etmesi gerektiği doktrinde ifade olunan delil sözleşmeleri³³³ esas itibariyle münhasır delil sözleşmesi ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımı altında ve iki ana başlık halinde incelenmektedir. Buna göre taraflar, bir hususun, olgunun ya da hukuki işlemin yalnızca belli delillerle ispat edileceğini kararlaştırdıklarında münhasır delil sözleşmesinden bahsedilmektedir.³³⁴ Bu açıdan, münhasır delil sözleşmesi akdetmekle taraflar, ispat konusunda kendilerini belli bir delille sınırlamakta ve kararlaştırılan delil veya delillerden başka bir ispat aracına başvurmayacaklarını birbirlerine karşı yükümlenmektedirler.³³⁵ Buna karşılık, münhasır olmayan delil sözleşmesinde ise, münhasır delil sözleşmelerinin aksine taraflar, bir hususun, olgunun veya hukuki işlemin yasal olarak belli bir şekilde akdedilmesi zorunluluğuna rağmen, başka ispat vasıtaları yoluyla da kanıtlanabileceğini kararlaştırırlar.

B. Genel Kredi Sözleşmeleri Bakımından Delil Sözleşmeleri

Bankacılık işlemlerinin teknolojik ve sosyal gelişmeler ve ihtiyaçlar doğrultusunda kazandığı boyut ve bu nedenle bankacılık işlemleri ile ilgili akdi düzenlemelerin standardize edilmesi ihtiyacı sonucu oluşan genel şartlar, banka ile müşteri arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesiyle ilgili usul kurallarını da kapsamakta ve genel kredi sözleşmelerinde de delil sözleşmesi niteliğinde, şu tür ifadelerle rastlanmaktadır:

“Müşteri(ler), uyuşmazlıklarda, bu sözleşme tahtında Banka'nın talep ettiği herhangi bir meblağın veya meblağların doğruluğu için, Banka'nın defter kayıtları ve bu defter kayıtlarından çıkarılmış ve Muhasebeci veya Banka'nın bir yetkilisi veya yetkilileri tarafından

³³² 18.03.1959 t. ve 1958 / 18 E.; 1958 / 21 K. sayılı İBK. 26.06.1959 t. ve 10237 s. RG.

³³³ Üstündağ, sh.421.

³³⁴ Kuru, Hukuk Usulü, sh.2885.

³³⁵ Kuru, Hukuk Usulü, sh.2888.

*imzalanmış bir hesap özetinin, bilgisayar kayıt ve çıktılarının, faks talimat metinlerinin, mikrofilm ve mikrofişlerin başkaca bir belge veya kağıdın ibrazına gerek olmaksızın münhasır, kesin ve nihai delil olarak kabul ettiğini / ettiklerini beyan ve ikrar etmektedir(ler).*³³⁶

Sözleşme hükmünün kaleme alınışından, ilgili düzenlemenin münhasır delil sözleşmesi niteliği taşıdığı ve dolayısıyla tarafların, uyuşmazlık halinde öne sürebilecekleri ispat araçlarını sınırladıkları görülmektedir.

Doktrinde, bankaların standart sözleşmelerinde yer verdikleri bu tür kayıtlar kural olarak geçerli kabul edilmektedir.³³⁷ Ancak delil sözleşmesi niteliğindeki düzenlemelerin, kredi kullanan tarafın savunma hakkını ortadan kaldıramayacağı ve MK md.2 hükmünün genel koruyucu çerçevesi ışığında bu kayıtların diğer sözleşeni zarara uğratmak pahasına bankayı koruma amacına yönelik olmaları halinde söz konusu delil sözleşmesinin tanıdığı imkânlardan yararlanılamaması gerektiği, doktrinde öne sürülen görüşler arasındadır.³³⁸

Yargıtay, delil sözleşmeleri sorununa farklı açılardan yaklaşmaktadır. 1995 tarihli bir Yargıtay HGK kararına göre,³³⁹ delil sözleşmesi belirli bir uyuşmazlığın belli delillerle ispat edilebileceği yönünde bir hüküm barındırması halinde geçerlidir. Dolayısıyla, genel bir ifade ile “bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar” şeklinde formüle edilen bir delil sözleşmesi, geçerli sonuç doğurmayacaktır. Yargıtay ayrıca, bankaların güven kurumu niteliğine vurgu yaparak -anılan kararın verildiği tarih itibariyle- Bakanlar Kurulu tarafından verilen izinle kurulan bankaların

³³⁶ Finansbank A.Ş. Genel Kredi Sözleşmesi, md.IV-55

³³⁷ Ahmet **Battal**, Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri, BATİDER, Aralık 1997, C.XIX, s.2, sh.134; **Tekinalp**, GİŞ, sh.152; **Alıca**, sh.109. **Atamer**, GİŞ, sh.283. Ancak yazar, bir kimsenin bizzat kendisinin düzenlediği bir belgenin kesin delil teşkil etmesi olgusunun “çarpık” bir düzenleme olduğu ve bu tür sözleşme kayıtlarının, yasal düzenden sapan ve karşı tarafı aşırı ölçüde mağdur eden bir hüküm olması nedeniyle kamu düzenine de aykırılık teşkil ettiği görüşündedir. Bk. sh.285.

³³⁸ **Battal**, Delil Sözleşmesi, sh.135-136.

³³⁹ Y. HGK’ nin 14.6.1995 T. ve 1995 / 11-425 E., 1995 / 616 K. sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, İçtihat Bilgi Bankası’ndan alınmıştır)

bu özellikleri gereği imtiyaz suretiyle verilen bir sanatı icra ettiğini ifade etmiş ve dolayısıyla, güven kuruluşu olan bankanın tedbirli bir tacir gibi davranmak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işlem yapma gereği üzerinde durmuştur.³⁴⁰ Yine Yargıtay'a göre, banka ile kredi müşterisi arasındaki kredi sözleşmesinin delil sözleşmesi niteliğindeki hükmü, İİK'nun delillere ilişkin hükümlerini ortadan kaldıramamaktadır.³⁴¹

Kanımızca, bankacılık işlemlerinin ulaştığı teknolojik boyut ve bilgi işlem teknolojilerinin bankaların her türlü işlemde kullanılıyor olması olguları karşısında bankanın alacağını kendi kayıtları dışında kanıtlama olanağından bahsetmek fiilen mümkün görünmemekte; başka deyişle, teknolojik gelişmelerin dayattığı bir fiili durumla karşı karşıya kalınmış olmaktadır. Dolayısıyla banka tarafından tutulan kayıtların tahrif edilmemiş olması koşuluyla³⁴² banka genel kredi sözleşmelerindeki delil sözleşmeleri hükümlerinin tarafları bağlayıcı olduğu ve dolayısıyla banka kayıtları yoluyla kanıtlanan banka alacağının, taraflar arasındaki delil sözleşmesi hükmündeki kayıt uyarınca yargılama makamının vereceği hükme esas teşkil edeceği sonucuna ulaşmaktayız.

³⁴⁰ Yargıtay; karara konu olan somut olayda bankanın, hesap cüzdanında yer alan münhasır delil sözleşmesi niteliğindeki kayda dayanarak cüzdan üzerinde tek taraflı düzeltme yapması halinde bunun hesap sahibini bağlamayacağı ilkesini benimsemektedir.

³⁴¹ Y.12. HD'nin 21.02.1983 t. ve 1983 / 1021 E.; 1983 / 1228 K. sayılı kararı. BATİDER, C.XII, Haziran 1983, s.1, sh.138.

³⁴² Doktrinde, kredi kullananın, banka kayıtlarının doğru tutulmadığı, bilgisayar sisteminin sağlıklı işlemediği gibi savunmaların şahitle ispatlanabileceği ve bu durumun, delil sözleşmesinin öngördüğü kesin delille ispatlama zorunluluğu kapsamına girmeyeceği haklı olarak savunulmaktadır. Bk. **Battal**, Delil Sözleşmesi, sh.136. Bankanın, kendi kayıtları ile hesap cüzdanı arasındaki çelişkiyi, bu durumda banka kayıtlarının esas alınacağına dair delil sözleşmesi niteliğindeki sözleşme hükmüne dayanarak kendi kayıtlarında tek taraflı düzeltme yapmasının; BK md.99-100 hükümleri ve hakkaniyet ve güven ilkelerine aykırı olduğu için kabul edilemeyeceğine ilişkin Y. 11. HD'nin 07.10.1994 t. ve 1994 / 4651 E., 1994 / 7229 K. sayılı kararı için bk. BATİDER, C.XVII, Aralık 1994, s.4, sh.154 vd.

VII. Bankanın Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Düzenlemeler

A. Genel Olarak Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Etkisi

Doktrinde “zarar meydana getiren sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın ortaya çıkmasından önce alacaklı ile borçlunun anlaşarak ileride borçlunun ifa etmek zorunda kalabileceği tazminat ödeme yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşme olarak tanımlanan³⁴³, borca aykırı davranıştan önce akdedilmesi gereken, bu özelliği ile ibra sözleşmesinden ayrılan ve herhangi bir şekil şartına tâbi olmayan sorumsuzluk anlaşmaları; BK md.99 hükmünde ifade olunduğu şekliyle sadece sözleşme kaynaklı borç ilişkilerinden doğan tazminat yükümlülüklerini değil; haksız fiil sonucu oluşan zararlar bakımından da borçlunun sorumluluğunu sınırlandırıcı etki yapabilmektedir.³⁴⁴

Borçluya, borcunu ifa etmemesi halinde sorumluluğunu gerektirecek tazminat kalemlerinin sınırlanması imkânı veren sorumsuzluk anlaşmaları Borçlar Kanunu sisteminde mutlak olarak kabul edilmemiştir. BK md.99 hükmü incelendiğinde borçlunun kast ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan sözleşmeler kesin hükümsüz sayılmakta ayrıca bazı durumlarda hafif ihmalden sorumlu olunmayacağına dair kayıtların dahi yargıç tarafından geçersiz sayılabileme imkânının bulunduğu görülmektedir.³⁴⁵

³⁴³ Akman, sh.6-7; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh. 878-879; Eren, sh. 1042.

³⁴⁴ Akman, sh.113; Oğuzman / Öz, sh.347 dn.347; Serozan, Borçlar Hukuku, sh.235. Karşı görüşte: M. İhan Alıak, Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları, İHFM, C.XXXV, s.1-4, sh.332 vd.

³⁴⁵ Borçlar Kanunu Tasarısı md.120 / f.III, mevcut Borçlar Kanunu düzenlemesinden ayrılarak, kanun veya yetkili makamlarca verilen izinle yürütülen hizmetlerde hafif kusurdan dolayı sorumlu olunmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşmeleri veya sözleşmelerdeki bu yöndeki düzenlemeleri kesin hükümsüz saymaktadır.

B. Kredi Sözleşmelerindeki Sorumsuzluk Kayıtlarının Geçerliliğinin Değerlendirilmesi

Bankaların, genel kredi sözleşmesi ile yükümlendiği borçlarını ifa ederken, bunların kötü ifasından doğabilecek tazmin yükümlüklerinden kendilerini kurtarmak amacıyla genel kredi sözleşmelerinin standart metinleri içinde sorumsuzluk kayıtlarına yer vermelerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür kayıtlar da esas itibarıyla; iskonto ve iştirak üzere verilen çek veya bonoların banka nezdinde iken kaybolması halinde veya tahsile verilen senetlerde süresinde protesto ihtarı gönderilmemesinden doğabilecek zararların bankaya yüklenemeyeceği, sahte vekaletnameye ya da tahrif edilmiş çekerle dayanarak yapılan ödemelerde sorumsuzluğa ilişkin düzenlemeler, ihracat finansmanı amacıyla açılan akreditiflerde muhabir bankanın seçiminden veya ihracat bedelinin ödenmemesinden sorumlu olunmayacağı veyahut da kredi kullanan tarafın bankaya temlik ettiği senetlerin süresinde tahsile konmamasından veya yasal süre içinde protesto ihtarının keşide edilmemesinden bankanın sorumlu tutulamayacağına ilişkin düzenlemeler şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Banka genel kredi sözleşmelerindeki sorumsuzluk kayıtlarının denetiminde; BK md.99 / f.II' de ifade olunan "imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası" kavramının, bankacılık faaliyetinin Bankalar Kanunu md.7 hükmü uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından verilecek izinle gerçekleştirilebilir olması, bankaların tâbi olduğu sıkı denetim ve ayrıca da bankaların güven kurumu olma niteliklerinden ötürü geniş yorumlanarak bankaların, hafif kusur dahil her türlü kusurlarından dolayı sorumlu olmaları gerektiği, güçlü eğilim olarak savunulmaktadır.³⁴⁶

³⁴⁶ **Tekinalp**, GlŞ, sh.158-159; **Kaplan**, GlŞ, sh.84; **Atamer**, GlŞ, **Alıca**, sh.114. sh.249-250; **Battal**, Banka sh.164-165. Yazara göre TTK md. 766' da yer alan "Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de durum aynıdır." şeklindeki hükümde, taşımacılık işletmeleri gibi bankalarınkine oranla çok daha sıradan bir iş gören kuruluşlara tanınmayan sorumluluktan kurtulma imkanı; bankalar açısından da BK

Nitekim Yargıtay da BK md.99 / f.II' deki hafif kusur halinde yargıca tanınan takdir yetkisinin somut olayda kullanılmasına gerek bırakmayacak şekilde, bankaların faaliyetinin imtiyaz niteliğine ve bankaların güven kurumu olma niteliklerine atıfla bankaları her türlü kusurlarından dolayı sorumlu tutma eğilimindedir.³⁴⁷

Konuya vekilin BK md.390' da düzenlenen genel sorumluluk sınırı açısından yaklaşan görüşe göre de, hafif kusur halinde sorumluluğun ortadan kaldırılabilceğini öngören BK md.99 / f.II hükmü, vekalet sözleşmelerinde özellikle mesleki bir faaliyetin yürütülmesini gerektiren ücretli vekalet sözleşmeleri bakımından uygulanmamalı ve vekalet sözleşmelerinin içerdiği güven unsuru; vekilin hafif kusurundan dolayı sorumlu tutulmamasını öngören kayıtlarla bağdaşmadığından, bankanın hafif kusurundan dolayı oluşan zararların tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldıran sözleşme hükümleri bu nedenle geçersiz sayılmalıdır.³⁴⁸

md.99 f.II' deki hakime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde hafif kusurdan dolayı sorumluluğun kaldırılabilceğine yönelik hükmün standardize edilerek bankaların her türlü kusurlarından istisnasız olarak sorumlu tutulmalarının haklı bir gerekçesini oluşturmaktadır.

³⁴⁷ ".....Türkiye'de bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde, bankalar BK'nun 99/2. maddesine tabi kuruluşlardır. Kural olarak, BK 100/2 ve 3.maddeleri uyarınca akti sorumlulukta, sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün ise de BK'nun 99/1.maddesi gereğince ağır kusur halinde baştan sorumluluktan kurtulma şartı geçersiz olup, sorumluluktan kurtulma şartının ancak hafif kusur halinde geçerli olduğu benimsenmiş ve aynı maddenin 2.fıkrası hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilmiş bir sanati icra eden kuruluşlar yönünden hafif kusur halinde dahi sorumluluktan kurtulma şartının mutlak olarak kabul edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. Nitekim, yasa koyucu, birer güven kurumu olan Bankaların bazı sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak vasıflandırmıştır..... Özetle denilebilir ki, birer itimat kurumları olan bankalar, bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dolayı da sorumludurlar....." Y. 11. HD'nin 14.10.1999 t. ve 1999 / 5785 E., 1999 / 7835 K. sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır) Aynı yönde: Y. HGK'nun 15.6.1994 tarih ve 1994 / 11-178 E., 1994 / 398 K sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.)

³⁴⁸ **Tandoğan**, C.2, sh.250; **Karayalçın**, sh.84 vd. Yazar bu noktada ayrıca, bankanın sorumsuzluğunu öngören kayıtların bankacılık sektörünün dinamiklerinden olan dürüstlük ve güven ilkesiyle bağdaşmayacağını ve bu tür kayıtlarla hile ve kusura dayanan davranışların teşvik edilmiş sayılacağını savunmakta ve bu durumun ortaya çıkaracağı sonucun Türk bankacılığı ve ekonomisi açısından yaratacağı olumsuzluklara da vurgu yapmaktadır. Ancak kanımızca, genel kredi sözleşmelerindeki sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği problemine vekilin sorumluluğu penceresinden yaklaşmak yalnızca, genel kredi sözleşmelerinde düzenlenen ve hukuki nitelik itibariyle vekalet ilişkisi olarak değerlendirilebilecek iş ve işlemler bakımından kabul edilebilir.

Bu noktada biz de doktrindeki ağırlıklı görüŖe ve uygulamanın eğilimine katılıyor ve BK md.99 / f.II' de yargıca tanınan takdir hakkının somut olay adaleti açısından kullanılması kaydıyla bankanın kural olarak kredi szleŖmelerindeki sorumsuzluk kayıtlarına rağmen kredi kullanana karŖı sorumluluğunun devam etmesi gerektiğini savunuyoruz.



SONUÇ

Çalışmamızın ortaya koyduğu veriler ışığında ulaştığımız sonuçları, kısaca şu şekilde belirtebiliriz:

1. Finans sektörünün ve buna bağlı olarak ülke ekonomisinin sağlıklı işlemesi, bankaların, ellerinde bulundurdukları mevduat kaynaklı fonları ve kısa, orta ve uzun vadeli olarak temin ettikleri yurtdışı kaynaklı kredileri reel sektörün gelişimine katkı sağlayacak şekilde kullandırmasıyla doğrudan ilgilidir. Ekonomik olarak önemli bir işleve sahip bulunan kredi işleminin hukuki çerçevesini oluşturan sözleşmelerin de aynı paralelde geçerli olarak hukuki etki meydana getirebilmesi, önem arz eden bir durumdur.
2. Bankacılık sektöründe yaşanan hızlı gelişmeler sonucu, banka işlemlerinde hız, standardizasyon ve verimlilik de giderek önem kazanmış ve bu gelişmenin bir sonucu olarak banka sözleşmelerinin -ve bu anlamda banka sözleşmesi denince ilk akla gelenlerden olan genel kredi sözleşmelerinin de- tek tip ve standart formüllerler kullanılarak akdedilmesi kaçınılmaz bir zorunluluk halini almıştır.
3. Banka genel kredi sözleşmelerinin banka tarafından tek yanlı ve banka çıkarlarını gözetken kayıtlar içeren taslaklar şeklinde hazırlanması, günümüzde sözleşme özgürlüğü kavramının bir ölçüde aşıldığının bir göstergesi olup bu durum karşısında, tüm kitle sözleşmeleri bakımından olduğu gibi, genel kredi sözleşmelerinin

içerik denetimi üzerinde de özellikle durmak gereği; tartışmasız kabul edilen bir olgudur.

4. Alman Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemesi örneğinde olduğu gibi, genel işlem şartı niteliğindeki standart sözleşme kayıtlarının denetiminde kullanılacak normları belirleyen bir yasal düzenleme - tüketici sözleşmesi niteliği gösteren işlemler bakımından getirilen yasal düzenleme hariç- Türkiye'de mevcut olmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda genel işlem şartlarının yürürlük ve içerik denetimlerine ilişkin yeni düzenlemeler yer almaktadır. O nedenle, Tasarı yürürlüğe girinceye kadar geçecek dönemde, banka genel kredi sözleşmelerinin içerik denetiminde, sözleşmenin genel sınırlarını belirleyen BK md.19-20'de sayılan kriterlerden, MK md.2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından ve BK md.21'de düzenlenen gabin hükümlerinden yararlanılacaktır.
5. Genel kredi sözleşmelerinin içerik denetiminde, mevcut kıstasların daha etkili kullanılması gerektiği yönündeki genel kabul ile; bunu yaparken pozitif hukukun koyduğu sınırların aşılmasını zorunluluğu, birbirleri ile dengeli biçimde yürütülmeli ve bu çerçevede yedek hukuk kurallarından sapma olgusunun sözleşme hükmünü geçersiz kılması ya da sözleşmede banka lehine düzenlemeler ve banka tarafından tek yanlı kullanılacak yetkiler getiren bir maddenin salt bu nedenlerle ahlâka veya kişilik haklarına aykırı kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşlere ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Zira, genel kredi sözleşmelerinin çerçeve sözleşme özelliği göstermeleri nedeniyle, bu sözleşmede yer alan ve bankaya, tek yanlı irade beyanıyla kullanılabilen bir takım yetkiler veren hükümler kredi borçlusu için mutlak edim yükümlülükleri yüklememekte ve bankanın bu yetkilerini kullanması ölçüsünde hukuk sahasında etki göstermektedir. Başka deyişle, örneğin kredi faizini dönem içerisinde tek yanlı artırma

yetkisini bankaya tanıyan bir hükmün kredi sözleşmesi içinde yer alması, ancak banka tarafından bu yetkinin somut olayda kullanılması ile fiili uygulanabilirlik kazanmaktadır. Bu nedenle, genel kredi sözleşmesinde yer verilen bu tür hükümler salt borçlu aleyhine düzenlenmeleri nedeniyle kişilik haklarına ve ahlâka aykırı ve dolayısıyla kesin hükümsüz sayılmamalı ve bu yetkilerin banka tarafından somut olayda hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmalıdır. Aksi takdirde ortaya çıkan sonucun, pozitif hukukun çizdiği sınırlar içinde kabul edilebilir olmaktan uzak olması gibi bir durumla karşılaşılabileceği gibi; bankalar, genel kredi sözleşmeleri yoluyla kendilerine tanınan bu tür esnek düzenlemelerden (kullandırdıkları krediyi diledikleri zaman durdurmaları veya kesmeleri, ya da süresiz kredi ilişkisi içinde değişen oranlarda anapara faizi yürütebilmeleri vb.) yoksun kalacakları için de kredi olarak müşterilerine tahsis ettikleri paranın maliyetinin artması veyahut da kredi tahsisinin zorlaşması, tahsis sürecinin uzaması gibi sonuçların doğması kaçınılmaz olacak ve bu durumdan da yine en çok kredi kullananlar zarar görecektir.

6. Denetim işlevinin yerine getirilmesinde kullanılması gereken başlıca ölçüt, banka işlemlerinde standardizasyonun artık olmazsa olmaz bir durum olduğu ve güven kurumu niteliğindeki bankalara mevduat sahiplerinin duyduğu güvenin de aynı ölçüde korunması gerektiği gerçeğini referans alarak, toptan geçersizlik yaptırımına başvurmak değil; sözleşme ile bankaya tanınan tek yanlı yetkilerin somut olayda banka tarafından kullanımının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturup oluşturmadığını saptamak olmalıdır. Böylelikle, belirsiz süreli kredi süreci içinde gerek ülke ekonomisi gerekse kredi borçlusunun ekonomik durumunda meydana gelebilecek olumsuzluklar ve değişimler karşısında bankayı korumak ve etkin tedbirler alabilmek amacıyla sözleşmelere derc edilen bu tür tek yanlı yetkilerin, somut kredi işleyişi içinde banka

tarafından hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı incelenebilecek; hakkın kötüye kullanımı tespit edildiğinde bankanın bu haktan yararlanmasına engel olunacak ve kredi borçlusu bu nedenle bir zarara uğramışsa kredi kullananın bu zararının bankaya tazmin ettirilmesi yoluna gidilebilecektir.



YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, İstanbul 2004
- AKİPEK, Jale/
AKINTÜRK, Turgut : Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, C.I, 4. Bası, İstanbul 2002.
- AKİPEK, Şebnem : Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 2002.
- AKMAN, Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- AKYAZAN, Sıtkı : T. Ticaret Yasasında Yer Alan (Cari Hesap Sözleşmesi) ile Banka Cari Hesapları ve Bu Hesaplarda Uygulanan Faiz Türleri, BATİDER, C.IX, s.4, sh.1003 vd.
- AKYOL, Şener :Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul 2001, (Banka Sözleşmeleri).
- AKYOL, Şener : Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995 (Borçlar Hukuku).
- AKYOL, Şener :Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995 (Dürüstlük Kuralı).
- ALICA, Türkay : Türk Hukukunda Banka Genel Kredi Açma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990.
- ALICI, Yaşar : Banka Kredi Sözleşmelerinin Mali ve Hukuki Yönü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000.
- ALNIAK, M. İlhan : Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları, İHFM, C.XXXV, s.1-4, sh.320 vd.
- ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara 2003.

- ARAL, Vecdi : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1991.
- ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Ankara 2004 (Ticari İşletme).
- ARKAN, Sabih : Tüketici Kredileri, BATİDER C.XVIII, s.1-2, Haziran-Aralık 1995, sh.35 vd. (Tüketici Kredileri)
- ARKAN, Sabih : Tüketici Kredisi ve Uygulaması, BATİDER C.XV, s.1, Haziran 1989, sh.19 vd. (Tüketici Kredisi ve Uygulaması).
- ARPACI, Abdülkadir : Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000.
- ARSLAN, Çetin/
KIRMIZI, Mustafa : Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, İstanbul, 2004.
- ASLAN, Ramazan : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- ATAMER, Yeşim : Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları, İTO Yayını, no: 2001-08, İstanbul 2001 (Banka).
- ATAMER, Yeşim : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (GİŞ).
- BAHTİYAR, Mehmet : Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması, YD C.22, Ocak-Nisan 1996, s.1-2, sh.76 vd. (GİŞ)
- BAHTİYAR, Mehmet : Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005 (Ticari İşletme)
- BARLAS, Nami : Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m.49/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh.169 vd. (Kefalet)

- BARLAS, Nami : Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu' na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, sh.807 vd. (Çerçeve Sözleşme)
- BARLAS, Nami : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992 (Temerrüt).
- BARLAS, Nami : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986 (Teminat Mektupları).
- BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998. (Kısmi Butlan)
- BAŞPINAR, Veysel : Kişilik Hakları Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/Vbaspinar3.html>. (agm)
- BATTAL, Ahmet : Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri, BATİDER C.XIX, s.2 Aralık 1997, sh.129 vd (Delil Sözleşmesi).
- BATTAL, Ahmet : Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999. (Özel Finans Kurumları)
- BATTAL, Ahmet : Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001 (Banka).
- BAYKAL, Murat : Banka Kredi Sözleşmeleri, BATİDER, C.XXI, s.3 Haziran 2002, sh.49 vd.
- BECKER, Herman : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Yargıtay Yayını no:24, Ankara 1993 (çev: A. Suat Dura)
- BULUT, Nihat : Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/Nbulut.htm>.
- BURCUOĞLU, Haluk : Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İstanbul 1995.
- BUZ, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Sözleşmeden Dönme).

- BUZ, Vedat : Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER C.XIX, s.4 Aralık 1998, sh.53 vd. (Gabin)
- DAĞ, Üner : Türk Hukukunda Kabul Kredisi, İBD C.59, s.10-11-12, sh.901 vd.
- DAYINLARLI, Kemal : Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994.
- DOMANIÇ, Hayri : Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, 2.Bası, Ankara 1998 (Munzam Zarar).
- DOMANIÇ, Hayri : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990 (Kıymetli Evrak).
- DURAL, Mustafa/
ÖĞÜZ, Tufan : Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002.
- EDİS, Seyfullah : Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu' ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, sh.447 vd.
- ELÇİN GRASSINGER,
Gülçin : Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996.
- ENGEL, Pierre : Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, 2e édition, Berne 1997.
- ERDOĞAN, İhsan : Akreditif Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- ERGİN, Feridun : Kredi Sistemi, İstanbul 1980.
- ERTAN, Kerem : Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Özellikle Çerçeve Anlaşma Olma Özelliği, Legal HD C.1, s.7 Temmuz 2003 sh.1665 vd.
- FEYZİOĞLU, Feyzi
Necmeddin : Borçlar Hukuku 2.Kısım, Akdin Muhtelif Nev'ileri (Özel Borç İlişkileri), C.I, 4. Bası, İstanbul 1980.

- GEZDER, Ümit : Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- GÜRİZ, Adnan : Hukuk Felsefesi, 5. Bası, Ankara 1999.
- HATEMİ, Hüseyin : Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989. (Hukuk Devleti)
- HATEMİ, Hüseyin : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı), İstanbul 1976 (Hukuka ve Ahlaka Aykırılık)
- HATEMİ, Hüseyin/
SEROZAN, Rona/
ARPACI, Abdülkadir : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- HAVUTÇU, Ayşe : Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HELVACI, Mehmet : Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.
- HIÇ, Mükerrerem : Para Teorisi, İstanbul 1989.
- İMRE, Zahit : Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Dr. A. Recai Seçkin' e Armağan, Ankara 1974, sh.797 vd.
- İNAL, Tamer : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004 (Ticari İşletme)
- İNAL, Tamer : Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 2002. (Tüketici Kredileri)
- IPEK, Mehtap : Sözleşme Özgürlüğü Kavramı ve Günümüzdeki Sınırlamaları, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2002.
- KALKAN, Burcu : Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004.
- KAPLAN, İbrahim : Banka Sözleşmeleri Hukuku C.I, Ankara 1996 (Banka Sözleşmeleri).
- KAPLAN, İbrahim : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C.XVI, s.2 Aralık 1991, sh.51 vd. (GİŞ)
- KARAHASAN, M. Reşit : Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İstanbul 1996. (Sorumluluk)

- KARAHASAN, M. Reşit : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2003. (Genel Hükümler)
- KARAYALÇIN, Yaşar : Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C.V, Ankara 1997.
- KAYA, Arslan : Adi ve Ticari İşlerde Faiz, İHFM C.LIV, 1991-1994, s.1-4, sh.347 vd. (Faiz).
- KAYA, Arslan : Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukuki Durumu, İstanbul 1995 (Akreditif).
- KAYAR, İsmail : Bankaların Yaptığı Fazla Ödemelerin Hukuki Niteliği ve İadesi Sorunu, BATİDER, C.XIX, Haziran 1997, s.1, sh.65 vd. (Fazla Ödemeler)
- KAYAR, İsmail : Cari Hesapta Faiz, BATİDER, C.XX, Haziran 2000, s.3, sh.63 vd. (Cari Hesap)
- KAYAR, İsmail : Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, GÜHFD, C.1, s.2 Aralık 1997, sh.82 vd. (Faiz Hükümleri)
- KAYAR, İsmail : Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004. (Ticari İşletme)
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002 (Borçlar Hukuku).
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 2. Bası, Ankara 1993. (Hukuksal Sorumluluk)
- KINACIOĞLU, Naci : Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 1999.
- KOCAMAN, Arif : Bankaların Tacir ve Sanayicilerle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul 2003, sh.1085 vd.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz : Bankalar Kanunu Şerhi Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 4. Bası, Ankara 2003.
- KUNTALP, Erden : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

- KUNTALP, Erden/
BARLAS, Nami/
AYANOĞLU MORALI, Ahi/
ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/
İPEK, Mehtap/
YAŞAR, Mert/
KOÇ, Sedef : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6. Bası, İstanbul 2001. (Hukuk Usulü)
- KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004. (İcra Hukuku)
- KÜNEY, Hikmet : Banka Tekniği, 6. Bası, Ankara 1989.
- NERAD, Hasan : Bankaların Genel İşlem Şartları Şeklinde Düzenledikleri Kredi Sözleşmelerinin Özellikleri ve Hükümleri, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, ISO Yayını, İstanbul 1993, sh.169 vd.
- NOMER, Haluk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2004.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
BARLAS, Nami : Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 11. Bası, İstanbul 2004.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin : Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), AÜHFD, C.50, s.1, sh.55 vd.
- ÖZEL, Sibel : Yargıtay Kararları Işığında Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1991.
- ÖZDEN, Bülent : Türk Hususi Hukukunda Gabin, İBD, C.65, s.7-8-9, Temmuz, Ağustos, Eylül 1991, sh.509 vd.
- ÖZKAYA, Eraslan : Gabin Davaları, Ankara 2000.

- ÖZSUNAY, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul 1979 (Gerçek Kişiler).
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986 (Medeni Hukuk).
- ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001.
- POROY, Reha/
TEKİNALP, Ünal : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. Bası, İstanbul 2001.
- POROY, Reha/
YASAMAN, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004
- REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2002.
- REİSOĞLU, Seza : Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4.Bası, Ankara 2003 (Teminat Mektupları).
- REİSOĞLU, Seza : Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara 2002 (Bankalar Kanunu Şerhi).
- REİSOĞLU, Seza : Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD C.XIX, s.1-4, sh.327 vd. (Kefalet).
- REİSOĞLU, Seza : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara 1995 (Akreditif).
- SELIÇI, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- SEROZAN, Rona : Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği, MHAD no:19, 1990-1991, sh.9 vd. (Sözleşmeden Dönmenin Geçersizliği)
- SEROZAN, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3. Bası, İstanbul 2002 (Borçlar Hukuku).
- SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Sözleşmeden Dönme).
- SUNGUR, Turgut : Banka Tekniği (İşlemleri), 4. Bası, Ankara 1999.


- SUNGURBEY, İsmet : Türkiye’de Bankaların İçyüzü. Bankaların genel kredi sözleşmelerindeki faiz oranlarını geçmişe dönük olarak, diledikleri oranda artırma ve alacağıın tümünü muaccel kılma yetkisi veren maddelerin dürüstlük kurallarına ve güven ilkesine aykırı olduğundan sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı gibi, ahlaka aykırılıktan dolayı da batıl olduğuy, bu maddeler yüzünden bankalara yapılan ödemelerin geri alınabileceği konusunda etüd, Medeni Hukuk Sorunları, 6. cilt, İstanbul 1994, sh.539 vd.
- SUNGURBEY, İsmet/
KANETİ, Selim : Borçlunun Kişilik Haklarından Olan İktisadi Faaliyet Hürriyetinin Hangi Ölçüde Sınırlanması Ahlaka Aykırı Düşer? (Kelepçeleme, Kısıkırak Bağlama Sözleşmeleri), Medeni Hukuk Sorunları 3. cilt, İstanbul 1976, sh.177 vd.
- ŞENER, Esat : İçtihatlı-Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, 1. cilt, Ankara 1998.
- ŞENGEL, Berkant : Delil Sözleşmesi, YD, C.24, Temmuz 1998, s.3, sh.266 vd.
- TANDOĞAN, Haluk : Bankaların Cari Hesap Suretiyle İkrizat Mukavelelerinin Hukuki Mahiyeti Hakkında İçtihad Notu, BATİDER, C.II, Ocak 1963, s.1, sh. 85 vd. (Cari Hesap)
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 4. Bası, Ankara 1985, (C.I/1).
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 3.Bası, Ankara 1985 (C.I/2).
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, 2. Bası, Ankara 1982 (C.2)
- TEKİNALP, Ünal : Türk Mali Kurumlar Hukuku, C.I, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988 (Banka).
- TEKİNALP, Ünal : Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Ernst E. Hirsch’ in Hatırasına Armağan, Ankara 1986 (GİŞ).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992.

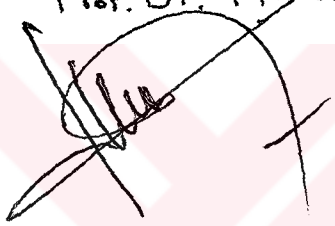
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- TEOMAN, Ömer : Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap: 9, 1998-1999, İstanbul 2000.
- TERCIER, Pierre : Le Droit des Obligations, 2e édition, Zurich 1999.
- TESAL, Reşat D. : Banka Hukuku Bilgisi, Ankara 1975.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Bası, İstanbul 1976 (Genel Hükümler).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku C.II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977 (Özel Borç İlişkileri).
- TÜRK, Ahmet : Banka Kredi Açma Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefaletle İlişkin Bazı Sorunlar, [http : // www . izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi01_03.htm](http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi01_03.htm).
- TÜRK, Hikmet Sami : Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi? (İkinci Sunuş), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1983, sh.133 vd.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : İflas Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1998.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.
- von TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, c.1-2 (çev. Cevat Edege), Ankara 1983.
- VURAL, Güven : Türk Banka Hukuku, Ankara 1991.
- YASAMAN, Hamdi : Faizle İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, sh.233 vd.
- YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002.


- YAVUZ, Nihat : Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi, YD C.25, s.4, Ekim 1999, sh.570 vd.
- YÜKSEL, Ali Sait : Bankacılık Hukuku, 2. Bası, Trabzon 1982.
- ZARAKOLU, Avni : Para, Kredi ve İktisadi Faaliyetler, 2. Basım, Ankara 1977. (İktisadi Faaliyetler)
- ZARAKOLU, Avni : Para ve Kredi Bilgisi, Ankara 2001 (Para).




İMZA SİRKÜLERİ

Başkan Prof. Dr. Nami Barlas


Üye Prof. Dr. Hasan Erman


Üye Doç. Dr. İlhan Helvacı


Enstitü Müdürü


Doç. Dr. İdil KAYA
Galatasaray Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdürü