



Sermaye Piyasası Kurulu

ARACI KURUMLAR TARAFINDAN
HAZIRLANAN STANDART SÖZLEŞMELER
KARŞISINDA YATIRIMCILARIN KORUNMASI
Yeterlilik Etüdü

Çiğdem ÖZBAY
Uzman Hukukçu Yardımcısı

ANKARA
1999

**ARACI KURUMLAR TARAFINDAN HAZIRLANAN STANDART SÖZLEŞMELER
KARŞISINDA YATIRIMCILARIN KORUNMASI**

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ
BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
GİRİŞ.....	5
İKİNCİ BÖLÜM.....	7
ARACILIK FAALİYETİ VE ARACILIK SÖZLEŞMELERİ.....	7
2.1 GENEL OLARAK.....	7
2.2. ARACILIK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	7
2.2.1. Aracılık Sözleşmesinin Tarafları.....	8
2.2.1.1. Aracı Kurum.....	8
2.2.1.2. Yatırımcı.....	8
2.3. YATIRIMCILAR İLE AKDEDİLEN ARACILIK SÖZLEŞMELERİ.....	9
2.3.1. Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmesi.....	9
2.3.2. Portföy Yönetim Sözleşmesi.....	9
2.3.3. Yatırım Danışmanlığı Sözleşmesi.....	10
2.3.4. Repo ve Ters Repo Çerçeve Anlaşması.....	10
2.3.5. Kredili Menkul Kıymet İşlemleri Çerçeve Sözleşmesi.....	10
2.3.6. Açığa Satış Çerçeve Sözleşmesi.....	10
2.3.7. Menkul Kıymetlerin Ödünç İşlemi Çerçeve Sözleşmesi.....	11
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	12
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ.....	12
3.1. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI.....	12
3.2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI	12
3.2.1. Sözleşme Özgürlüğünün Olumlu Biçimde Sınırlandırılması.....	13
3.2.2. Sözleşme Özgürlüğünün Olumsuz Biçimde Sınırlandırılması.....	14
3.2.3. Sözleşme Özgürlüğünün Günümüzdeki Anlamı.....	14
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	17
TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI.....	17
4.1. GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE STANDART SÖZLEŞME KAVRAMLARI.....	17
4.2. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ FAYDA VE SAKINCALARI	18
4.2.1. Genel İşlem Şartlarının Faydaları	18
4.2.2. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları	18
4.3. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETLENMESİ	19
4.3.1. Karşılaştırmalı Hukukta Durum.....	19
4.3.2. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesinde Yöntemler	21
4.3.2.1. İdari Ön Denetim Yöntemi	21

4.3.2.2. Mahkemeler Tarafından Yapılacak Sonradan Denetim Yöntemi	21
4.3.2.3. Genel İşlem Şartlarının Kollektif Biçimde Hazırlanması Yöntemi.....	21
4.3.3. Genel İşlem Şartlarının Hazırlanması ve Yorumlanmasındaki Denetleme	22
4.3.4. Genel İşlem Şartlarının İçeriklerinin Denetlenmesi	22
4.3.4.1. Ahlaka Aykırılık Görüşü	23
4.3.4.2. Gabin Görüşü.....	23
4.3.4.3. Anayasal İlkeler ve Sosyal Devlet İlkesine Dayanan Görüş	24
4.3.4.4. Objektif İyiniyete Dayanan Görüş	24
4.4. ARACI KURUM STANDART SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	25
BEŞİNCİ BÖLÜM	28
UYGULAMADA ARACI KURUM STANDART SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN KAYITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	28
5.1. GENEL OLARAK.....	28
5.2. SÖZLEŞMEDE EDİMLERİN İFASINA İLİŞKİN KAYITLAR.....	28
5.2.1. Edimi Tek Taraflı Değişirme Yetkisine İlişkin Kayıtlar	28
5.2.2. Faiz Oranının Tek Taraflı Değiştirilmesine İlişkin Kayıtlar.....	29
5.2.3. Temsile İlişkin Kayıtlar.....	30
5.2.4. Yatırımcı Hakkındaki Bilgilerin Üçüncü Kişilere Aktarılmasına İlişkin Kayıtlar	31
5.3. SORUMSUZLUK KAYITLARI	32
5.3.1. Genel Olarak	32
5.3.2. Bazı Özel Sorumsuzluk Kaydı Türleri.....	33
5.3.2.1. Kötü İfa Halinde Sorumsuzluk Kayıtları	33
5.3.2.2. Sahtelik Nedeniyle Sorumsuzluk Kayıtları	33
5.3.2.3. Ehliyetsizlik Nedeniyle Sorumsuzluk Kayıtları	34
5.3.2.4. İletişim Araçlarındaki Aksaklıklar Nedeniyle Sorumsuzluk Kayıtları	34
5.4. USUL HUKUKUNA İLİŞKİN KAYITLAR	35
5.4.1. İhtilaf Halinde Yetkili Mahkemenin Seçimi	35
5.4.2. Uygulanacak Hukukun Seçimi	36
5.4.3. Delil Sözleşmeleri.....	36
5.4.4. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi.....	37
5.5. YATIRIMCININ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN KAYITLAR	38
5.5.1. Vadesi Gelmemiş Borçların Muaccel Hale Getirilmesi	38
5.5.2. Kefilin Sorumluluğunun Genişletilmesi	39
ALTINCI BÖLÜM.....	41
SONUÇ	41
KAYNAKÇA	44

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	:Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
C	:Cilt
GİŞ	:Genel İşlem Şartları
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:Hukuk Dairesi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İMKB	:İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
JoBL	: Journal of Business Law
md	: Madde
Kurul	: Sermaye Piyasası Kurulu
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MSYD	: Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi
no	:Numara
OFT	: Office of Fair Trading
s	: Sayfa
Sa	: Sayı
SMK	: Sigorta Murakabe Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	: Sermaye Piyasası Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTSĞ	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
vb	. Ve benzeri
vd	: Ve devamı
YasaHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

Yasal çerçeveye oturtulması oldukça yeni bir tarih olan 1982 yılını bulan Sermaye Piyasası Kanunu'nda, 1980 öncesi yaşanan bankerler krizi nedeniyle sermaye piyasasında güvenin tesisi ve yatırımcıların korunması anahtar kavramlar olmuştur. SPKn.'nda 1992 tarihinde yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenen aracı kurumlar, bu tarihten itibaren gelişim gösteren sermaye piyasası hukukunda önem kazanmıştır.

Kamu otoritesi olan Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen bu piyasada, faaliyette bulunan aracı kurumlar ile yatırımcılar arasındaki hukuki ilişkiler, temelde özel hukuk ilişkisidir. İkinci el piyasada işlem yapmak isteyen yatırımcının bir aracı kurumla sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Sermaye piyasası mevzuatı ise, yapılacak sözleşmelerde genel çerçeveyi çizmiş; gerisi aracı kurumla yatırımcı arasında imzalanan sözleşmede yer alacak hükümlere bırakılmıştır. İşte incelememizin kaynağını oluşturan sorun da bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Aracı kurumlar, piyasada profesyonel katılımcılar olmaları itibarıyla sermaye piyasasının kurum ve kurallarına, işleyişine hakimdirler. Sözleşmenin karşı tarafı olan yatırımcı ise, tasarruflarını menkul kıymetlere yatırmak amacıyla olup, çoğunlukla piyasa kuralları hakkında bilgisizdir. Aracı kurumlar, ekonomik açıdan da yatırımcıya karşı üstündürler.

Tüm bu koşullar altında aracı kurumlar, aracılık faaliyetinin gereği olarak yapmak zorunda oldukları sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafı olan yatırımcıya karşı tüm üstünlüklerini kullanarak sözleşmeleri diledikleri şekilde hazırlamaktadır. Aracı kurumlar tarafından standart hale getirilen bu sözleşmelerde, kendilerini her türlü sorumluluktan kurtaran, sözleşmeyi istediği şekilde sona erdirmeye hakkı sağlayan, ispat yükünü yatırımcı aleyhine tersine çeviren, sözleşmede yatırımcı aleyhine yapılacak her türlü değişikliği baştan kabul ettiren ve bunun gibi bir çok yatırımcı açısından dezavantajlar içeren hükümler standart olarak yer almaktadır. Yatırımcının ise hemen hiç pazarlık şansının olmadığı ve doktrinde "genel işlem şartları" ya da "gayri adil hükümler" olarak anılan hükümlerin belirlenmesi içeriklerinin ve geçerliliklerin irdelenmesi sorunu bu çalışmanın esasını oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, standart sözleşme terimi genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeleri ifade etmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, genel olarak aracılık faaliyeti ve bu faaliyetin gereği olarak aracı kurumların yatırımcılarla akdettikleri sözleşmeler üzerinde durulacak, üçüncü bölümde sözleşme özgürlüğünün klasik anlamı ve sınırlandırılmasına yer verildikten sonra BK'nun temelinde yatan eşitlerarası sözleşmelerin günümüzde nasıl sözleşmenin bir tarafının aleyhine geliştiği açıklanacaktır.

BK'nun temelinde, eşit güçlere sahip iki tarafın farklı menfaatlerini sözleşme yoluyla en iyi şekilde dengeleyecekleri düşüncesi vardır. Ancak, sözleşmenin taraflarından biri olan yatırımcının ekonomik, sosyal veya kültürel dengesizlikler nedeniyle fiilen hiçbir şekilde sözleşmenin kurulması aşamasında içeriğini belirlemede söz sahibi olamaması ve bu sebeple tamamen kendisi aleyhine hükümler içeren bir sözleşmeyi salt bu piyasada işlem yapabilmek için benimsemek zorunda kalması

halinde, artık tarafların eşitliğinden bahsedilemeyecek, dolayısıyla taraflardan biri aleyhine bozulan menfaatler dengesinin tekrar sağlanması gerekecektir.

Bu açıdan, dördüncü bölümde, asıl olarak doktrince geliştirilen bir kavram olan genel işlem şartlarına ve bu şartlar kullanılarak akdedilen standart sözleşmelere ve bunların içerik kontrolü ve denetlenmesine ilişkin esaslar verilecek, kısaca dünya uygulamalarına değinilecektir. Ayrıca bu bölümde SPK Seri:V, No:38 sayılı Tebliğ değişikliği ile getirilen düzenleme de ele alınacaktır. Beşinci bölümde ise, örnek aracı kurum sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartı niteliğindeki kayıtların geçerlilikleri belirlenen ilke ve görüşler çerçevesinde tartışılacaktır. Son bölümde ise ulaşılan sonuçlarla birlikte, aracı kurum standart sözleşmeleri bakımından somut öneriler getirilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM ARACILIK FAALİYETİ ve ARACILIK SÖZLEŞMELERİ

2.1 Genel Olarak

SPKn. aracılığı, sermaye piyasası araçlarının yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına alım satımı olarak tanımlanmış; vadeli işlem sözleşmesinin yapılmasına aracılığı da bu hüküm kapsamına almıştır. Sermaye piyasalarında aracılık faaliyetleri, münhasıran SPKn.'nda ve Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'de belirlenen şartları yerine getirerek Kurul'dan "yetki belgesi" almış olan "aracı kuruluşlar" tarafından gerçekleştirilir.

Aracılık faaliyetinin konusu kısaca, sermaye piyasalarında sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılıktır. SPKn. md. 30 hükmünde yer alan sermaye piyasası faaliyetlerini, aracılık faaliyetleri ve bunun dışında kalan sermaye piyasası faaliyetleri olarak ikiye ayırmak gerektiği, anılan maddenin ilk üç bendinde yer alan "sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık", "daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satımı" ve "finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mal ve kıymetli madenlere dayalı vadeli işlem sözleşmesi yapılmasına aracılık"ın aracılık faaliyeti olduğu, maddenin (d), (e) ve (f) bentlerinde yer alan faaliyetlerin ise diğer sermaye piyasası faaliyeti olduğu belirtilmektedir¹. Aracılık faaliyetinden söz edilebilmesi için, sermaye piyasası araçlarının aracı kuruluşlarca ticari amaçla alınıp satılması şarttır².

2.2. Aracılık Sözleşmesi Kavramı

Aracı kurumlar, gerçekleştirdikleri aracılık faaliyetlerinde, söz konusu faaliyetin niteliğine göre çerçevesi mevzuatla belirlenen yazılı sözleşmeler yapmak zorundadırlar. Esas itibariyle gerek halka arz, gerek alım satıma aracılık veya yatırım danışmanlığı, portföy yöneticiliği repo ve ters repo işlemleri aracı kurum ile yatırımcılar arasındaki akdi ifade eder³. Sermaye piyasası mevzuatında içermesi gereken asgari hükümleri belirlenmek suretiyle düzenlenen bu sözleşmeler: halka arza aracılık sözleşmesi⁴, alım satıma aracılık sözleşmesi, portföy yönetim sözleşmesi, yatırım danışmanlığı sözleşmesi, repo ve ters repo çerçeve anlaşması, kredili menkul kıymet işlemleri çerçeve sözleşmesi, açığa satış çerçeve sözleşmesi, menkul kıymetlerin ödünç işlemi çerçeve sözleşmesidir.

Sermaye piyasası mevzuatında aracılık sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. Ancak yukarıda sayılan tüm bu sözleşmeler "aracılık sözleşmesi" çeşitleridir ve taahhüt edilen edimlerin türüne göre

¹ Tanör, "Türk Sermaye Piyasası, C.I, Taraflar", 1999, İstanbul, s.249

² Berzek, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Reha Poroy'a Armağan, 1995, s.54

³ Ünal, "Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği", 1997b, GÜHFD, C.I, s.84

⁴ Halka arza aracılık sözleşmeleri niteliği itibariyle yatırımcılarla akdedilen sözleşmelerden olmadığından, anılan sözleşmelerde yer alan hükümler bu çalışmada incelenmeyecektir.

yukarıdaki adları alırlar⁵. Bu bakımdan aracılık sözleşmesi kavramı söz konusu sözleşmelerin genel adı olup, bir üst kavram⁶ olarak kabul edilmelidir.

2.2.1. Aracılık Sözleşmesinin Tarafları

2.2.1.1. Aracı Kurum

Aracı kurumlar⁷ SPKn. md. 32 hükmünde bir sermaye piyasası kurumu olarak sayılmışlardır. Aracı kurumlar aracılık faaliyetinin gereği olarak akdettikleri aracılık sözleşmelerinin tarafıdır. Aracı kurum, BK ve TTK'nun düzenlediği temsilci, komisyoncu, tellal, ve acente kurumlarından farklı ve özel bir kurumdur⁸. Doktrinde aracılığın türü ne olursa olsun hukuki niteliğinin, aracılık amacıyla alım-satım işlemleri, geniş anlamda evrak alım satımı ve bu konuda doğrudan temsilcilik yapmak ve bunun da alım satım komisyonculuğu olduğu ifade edilmektedir⁹.

Sonuç olarak aracı kurum, hukuk sistemimiz içerisinde kendine özgü özellikleri olan bir kurum olup, faaliyetleri genel olarak sermaye piyasası araçlarının alım satımı ve bunlar üzerindeki aracılığı ifade etmekte, faaliyetin türüne göre de hukuki niteliği değişebilmektedir¹⁰.

2.2.1.2. Yatırımcı

Bu çalışmanın kapsamında yer alan aracılık sözleşmelerinin diğer tarafı ise yatırımcıdır. En basit tanımıyla yatırımcı, sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan gerçek ve tüzel kişilerdir. Belirtmek gerekir ki, sermaye piyasası mevzuatında yatırımcı tipleri herhangi bir sınıflamaya tabi tutulmamıştır. SPKn. ve Tebliğlerde küçük yatırımcıdan bahsedilmekte ve küçük yatırımcının korunması için alınacak önlemlerden bahsedilmekteyse de, küçük yatırımcı tanımlanmamıştır. Ancak mevzuatın genel çerçevesi içerisinde yapılan tek ayırım olan bireysel yatırımcı- kurumsal yatırımcı ayırımında bireysel yatırımcının gerçek kişileri, kurumsal yatırımcının ise tüzel kişileri ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵ Ünal, " Aracı Kurumlar", 1997a, Ankara, s.183

⁶ Manavgat, "Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", SPK Yeterlilik Etüdü, 1989, s.15.

⁷ Burada, aracı kuruluş-aracı kurum ayırımının üzerinde durmakta yarar vardır. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'de "aracı kuruluş"un Kurul'dan yetki belgesi almış aracı kurum ve bankaları ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Kurul 15.08.1996 tarihli kararı ile halen sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan bankaların faaliyetlerini 2.1.1997 tarihinden itibaren mevcut aracı kurumlardan birini mevzuat çerçevesinde satın almak veya mevcut yetki belgelerini bir aracı kurum kurarak bu aracı kuruma devretmek suretiyle yürütmelerine karar vermiştir. Her ne kadar söz konusu Kurul kararının mahkemece önce yürütülmesinin durdurulmasına daha sonra da iptaline karar verilmişse de, sermaye piyasası faaliyetinde bulunan bankaların hemen hepsi anılan Kurul kararının gereği olarak bir aracı kurum kurmuş ya da devralmışlardır. Bu durum, aracı kuruluş ile aracı kurum kavramlarının pratikte örtüşmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle bu çalışmada "aracı kuruluş" yerine "aracı kurum" kavramı kullanılmıştır.

⁸ Ünal, 1997a, s.71

⁹ Berzek, 1995, s.57

¹⁰ Ünal, 1997a s.72

İngiltere'de yatırımcılar sınıflandırmaya tabi tutulmakta ve her bir yatırımcının özelliklerine göre aracı kuruluşların yükümlülükleri değişkenlik göstermektedir. Portföy yönetim şirketleri için geçerli olan *müşterini bil* ilkesine göre, müşteri tipleri piyasadaki deneyimlerine göre sınıflandırılmakta, deneyimli yatırımcılarla yapılan sözleşmelerin bireysel yatırımcılarla yapılan sözleşmeler kadar geniş kapsamlı olması aranmamaktadır¹¹. Türk sermaye piyasası mevzuatında da bu tür bir sınıflandırmaya gidilmesinin sözleşmelerin daha adil ve dengeli olmasını sağlayabileceği belirtilmektedir¹².

2.3. Yatırımcılar ile Akdedilen Aracılık Sözleşmeleri

2.3.1. Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmesi

Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in 46. maddesine göre aracı kuruluşlar, gerek borsada gerek borsa dışında alım satım işlemlerine başlamadan önce, müşterileriyle içermesi gereken asgari hususları bu Tebliğ'de düzenlenen yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu sözleşme aracı kuruluş ile müşterisi arasında alım satım aracılığından doğan ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmasıdır. Sözleşmenin konusu, daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının alım satımıdır. Aracı kuruluşlar ancak bu sözleşme imzalandıktan sonra müşterilerden sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirleri kabul edebilirler. Bu sözleşme yazılı şekilde olmak zorunda olup, müteselsil sıra numaralı olarak düzenlenir ve bir örneği müşteriye verilir.

2.3.2 Portföy Yönetim Sözleşmesi

Portföy yönetim sözleşmesi, portföy yönetimine yetkili kuruluşların, yatırımcılara ait sermaye piyasası araçlarından oluşan portföylerinin vekil sıfatıyla yönetilmesi şartlarının düzenlendiği sözleşmedir. Bu sözleşmelere portföy yönetim şirketleri ve aracı kuruluşlar taraf olabilir. Sözleşmenin konusu sermaye piyasası araçlarından oluşan yatırımcı portföyünün aracı kuruluş tarafından vekaleten ticari olarak yönetimidir. Yatırımcı portföyünü kendi yönetiminde bırakmayıp, yetkili bir kuruluşa bırakması halinde yazılı şekilde bir portföy yönetim sözleşmesi imzalamak zorundadır. Yine bu sözleşme de, müteselsil sıra numaralı olarak düzenlenir ve bir örneği müşteriye verilir. Doktrinde portföy yönetim sözleşmesinin müşteriye ait sermaye piyasası araçlarından oluşan portföyün onun adına vekil sıfatıyla aracı kuruluşlarca idare edilmesini teşkil eden bir *isimsiz sözleşme* olduğu ve portföy yönetiminin hukuki nitelik itibarıyla bir inancılı işlem olduğu belirtilmektedir. Buna göre sözleşmeden doğan ihtilafların çözümünde öncelik sırasına göre portföy yönetim sözleşmesi hükümleri, SPK mevzuatı hükümleri ve vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹³. Diğer bir kısım yazar ise, anılan sözleşmenin SPK'nun BK'nda düzenlenmeyen, özel olarak yarattığı sözleşme tiplerinden olduğunu, sözleşmedeki tarafların hak ve borçları

¹¹ Morris, "Financial Services, Regulating Investment Business", London 1989, s.35-36

¹² Sumer, Portföy Yönetim Şirketlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Davaları, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan 1998, İstanbul, s.528 vd.

¹³ Kaplan, "Banka Sözleşmeleri Hukuku" 1996, Ankara, s.256

bakımından vekalet sözleşmesinin unsurları ağır basmasına rağmen, yürürlükteki hukuk açısından kanunla düzenlenmemiş isimsiz bir iş görme sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir¹⁴.

2.3.3. Yatırım Danışmanlığı Sözleşmesi

Yatırım danışmanlığı sözleşmesi, aracı kurumların, müşterileri ile aralarında müşterilerin nakitlerini hangi sermaye piyasası araçlarına yatıracakları, sermaye piyasası araçlarını alma ve satma zamanı hususlarında bir ücret karşılığında tecrübelerine, teknik araştırmalarına ve bilimsel verilere dayanan tavsiyelerde bulunmayı taahhüt ettikleri sözleşmedir. Doktrinde bu sözleşmenin de portföy yönetim sözleşmesi gibi vekalet ilişkisine dayandığı ifade edilmektedir¹⁵. Seri:V, No:23 sayılı Tebliğ'de sözleşmenin içermesi gereken asgari unsurlar belirlenmiş ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının şart olduğu ve müteselsil sıra numaralı düzenlenerek bir örneğinin müşteriye verileceği hükme bağlanmıştır.

2.3.4. Repo ve Ters Repo Çerçeve Anlaşması

Repo ve ters repo çerçeve anlaşmasının konusu, Seri:V, No:7 sayılı Tebliğ'de belirlenen özel şartları haiz menkul kıymetlerin alım satımıdır. Alım satım işlemindeki özellik ise, satın alınan menkul kıymetlerin belirli bir vade ve fiyattan, satın alınana geri satılmasının taahhüt edilmesidir. Repo ters repo işlemi sözleşmenin yazılı şekilde yapılması şart olup, anlaşmanın içermesi gereken asgari unsurlar Tebliğ'de belirlenmiştir. İmzalanan anlaşmanın hükümleri anlaşmada belirtilen süre içinde taraflar arasında yapılan işlemlerde uygulanacak genel esasları oluşturur ve her işlemde ilgili dekont ile birlikte uygulanır.

2.3.5. Kredili Menkul Kıymet İşlemleri Çerçeve Sözleşmesi

Bu sözleşme de Kurul'dan yetki belgesi almış aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında akdedilen bir sözleşme türüdür. Konusu, yine menkul kıymet alım satımına ilişkin olmakla birlikte, burada kredili, diğer bir deyişle vadeli bir alım satım söz konusudur. Aracı kuruluş nezdinde müşteri adına bir kredi hesabı açılmakta, aracı kuruluş bankalardan aldığı krediyi veya kendi kaynaklarını müşteriye menkul kıymet alımı için kredi olarak vermektedir. Kredili menkul kıymet işlemlerinde işlem sınırı müşterinin yatırması gereken özkaynağa ilişkin esaslar ve çerçeve sözleşmesinin içermesi gereken asgari unsurlar Seri:V, No:18 sayılı Tebliğ'de düzenlenmiştir. Bu sözleşme de yazılı şekilde yapılmalıdır.

2.3.6. Açığa Satış Çerçeve Sözleşmesi

Açığa satış çerçeve sözleşmesi, yatırımcı ile aracı kurum arasında sahip olunmayan menkul kıymetlerin ödünç alınmak suretiyle satılmasını düzenleyen, içereceği asgari unsurlar Seri:V, No:18 sayılı Tebliğ'de belirlenen bir sözleşme türüdür. Konusu, menkul kıymetlerin açığa satışlarıdır. Sözleşmede söz konusu menkul kıymetlerin satıcısı durumunda olan açığa satış yapan kimse, menkul kıymetlerin maliki değildir. Satıcı menkul kıymetleri ödünç almak suretiyle satmaktadır. Burada söz

¹⁴ Sumer, 1998 s.535

¹⁵ Kaplan, "Portföy Yönetim Sözleşmesi", 1995 BATİDER, C. XVIII, Sa. 1-2

konusu olan ödünç işlemi ise, aynı Tebliğ'in md. 25 vd. hükümlerinde düzenlenen menkul kıymetlerin ödünç işlemidir. Söz konusu sözleşme niteliği itibariyle bir alım satım sözleşmesi olduğundan Tebliğ'de hüküm bulunmayan hallerde BK md.183 vd. hükümleri uygulanır.

2.3.7. Menkul Kıymetlerin Ödünç İşlemi Çerçeve Sözleşmesi

Bu sözleşme, BK md. 306-311 hükümlerinde düzenlenen karz akdinin özel bir şeklidir¹⁶. Sözleşmenin konusu menkul kıymetlerin ödünç veren tarafından açığa satış amacıyla ödünç alan tarafa belirli bir dönem için menkul kıymetlerin verilmesi ve aynı cins menkul kıymetlerin mislen geri alınmasıdır. Bu sözleşmenin tarafları da aracı kurum ile yatırımcıdır. Sözleşmenin konusu ise, tüm sermaye piyasası araçları değil, yalnızca misli nitelikteki menkul kıymetlerdir. Bu sözleşme de niteliği itibariyle bir alım satım sözleşmesi olduğundan, Tebliğ'de hüküm bulunmayan hallerde BK md.183 vd. hükümleri uygulanır.

¹⁶ Ünal, 1997a, s.235

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ

Yukarıda özellikleri verilen tüm aracılık sözleşmelerine ilişkin olarak Kurul, bu sözleşmelerin içermesi gereken asgari unsurları belirlemiştir. Tüm bu sözleşmelerde Kurul düzenlemelerine ve Borsa mevzuatına aykırı hükümlere yer verilemeyeceği ve sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bunun dışında, aracı kurumlarla yatırımcılar arasında akdedilecek sözleşmelerde tamamen genel hükümler geçerlidir. Yani taraflar sözleşmede yer almasını istedikleri unsurları serbestçe kararlaştırabilirler.

3.1. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Borçlar Hukukunda hakim olan prensip, fertlerin irade özgürlüğüdür. İrade özgürlüğü, sözleşmeler dikkate alınarak sözleşme özgürlüğü olarak da ifade edilmektedir. Sözleşme özgürlüğü, kısaca kişilerin diledikleri sözleşmeyi yapabilme hususunda sahip oldukları özgürlük olarak tanımlanabilir¹⁷. Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme özgürlüğü, çalışma özgürlüğü ile birlikte ele alınmıştır. Anayasa'nın anılan maddesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. Temel hak ve özgürlükler arasında yer alan sözleşme özgürlüğü ile doğrudan doğruya ilgili hükümler BK. md. 19-20 hükümlerinde yer almaktadır. Öte yandan, bir ülkede sözleşme özgürlüğünden bahsedebilmek için kural olarak serbest piyasa ekonomisinin varlığı gereklidir¹⁸.

Sözleşme özgürlüğü geniş bir kavram olup, tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmama, sözleşmenin içeriğini serbest şekilde belirleyebilmeleri, kendisi ile sözleşme yapılacak kişiyi seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi belirleyebilmeleri, sözleşmeyi ortadan kaldırebilmeleri, sözleşmenin içeriğini değiştirebilmeleri vb. hususlarındaki özgürlükler hep bu kavramın kapsamındadır. Bazı yazarlar, sözleşme özgürlüğünü kendi içinde dört alt türe ayırmaktadırlar¹⁹: Herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma²⁰, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve son olarak kurulmuş bir sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü.²¹

3.2. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Sözleşme özgürlüğü, üçüncü kişilerin haklarının başladığı yerde son bulur. Zira, artık burada anayasal düzen, hukuk ve ahlak kuralları ihlal edilmeye başlanır. BK. md. 19-20 hükümlerinde sözleşme

¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, "Tekinay Borçlar Hukuku" 1985, İstanbul, s. 483

¹⁸ Rehbindir, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", İHFM, s. 643, Eren, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" 1991, Ankara, s. 366, Başpınar, "Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı" 1998, Ankara, s.13 vd., Bahtiyar, "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması", Yargıtay Dergisi, s. 81

¹⁹ Eren, 1991, s.21

²⁰ İstenilen tip ve içerikte sözleşme yapma serbestisine istisna oluşturan genel işlem şartları ve bu şartlar kullanılarak düzenlenen standart sözleşmeler, bir sonraki bölümde incelenecektir.

²¹ Doktrinde sözleşme özgürlüğünü, sözleşme yapma özgürlüğü ve sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü olarak ikiye ayıran yazarlar da vardır. Bkz. Oğuzman/Öz "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 1998, İstanbul, s. 19

özgürlüğünün genel sınırları hükme bağlanmıştır²². Anayasa'nın 13. maddesinde sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlık sebepleriyle sınırlanabileceği öngörülmektedir. Kanun, sözleşme özgürlüğünü ya olumlu ya da olumsuz bir tavır takınarak sınırlar. Olumlu sınırlama, bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu saymak, edimlerin değerini bazı kayıtlara tabi tutmak, bazı sözleşmeleri kamu organlarının iznine bağlı kılmak gibi yollarla olur. Olumsuz sınırlama ise, sözleşmeleri hükümsüz kılmak ve yasaklamak tarzında olur. Bazı yazarlara göre, sözleşme özgürlüğünün sınırları maddi ve şekli sınırlar olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi sınırlar hukuka ve ahlaka aykırılıktır. Şekli sınırlar ise, yalnızca şekle aykırılıktır. Bir kısım yazarlar ise, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını kanuni ve fiili sınırlar olarak ikiye ayırmakta ve standart sözleşmeler ile genel işlem şartlarını sözleşme özgürlüğünün fiili sınırlarına örnek olarak göstermektedirler²³.

3.2.1. Sözleşme Özgürlüğünün Olumlu Biçimde Sınırlandırılması

Sözleşme özgürlüğünün olumlu müdahalelerle sınırlandırılması, bazı durumlarda bir kimsenin sözleşme yapmakla yükümlü olmasını veya taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmenin içeriğinin onların katkısı olmaksızın değiştirilebilmesini ifade eder. Diğer bir deyişle hukuk düzeni bu tür sınırlamalarla taraflara "şu sözleşmeyi yapacaksınız" ya da "aranızdaki sözleşme, şu içerikle sizleri bağlayacaktır" demektedir²⁴.

İkinci el piyasada işlem yapmak isteyen yatırımcının bir aracı kurumla yazılı sözleşme yapma zorunluluğunun bulunması ve sözleşmelerde yer alması gereken asgari unsurlara sermaye piyasası mevzuatında yer verilmesi, sözleşme özgürlüğünün bu anlamda sınırlandırılmasıdır. Ancak bu noktada alım satım aracılık çerçeve sözleşmesini "bu sözleşme aracı kuruluş ile müşterisi arasında alım satım aracılığından doğan ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmasıdır." şeklinde tanımlayan Tebliğ hükmünün, münferit işlemler, diğer bir ifade ile alım satımlar için bir sözleşme yapma zorunluluğu doğurup doğurmadığı sorusu gündeme gelecektir. Kanımca bu soru olumsuz cevaplandırılmalıdır. Zira, İMKB Yönetmeliği md. 28/III hükmünde, Borsa üyelerinin, müşteri emirlerini kısmen veya tamamen kabul etmeyebilecekleri, ancak nedenini açıklama zorunluluğu olmamakla birlikte, durumu müşterilerine veya onların temsilcilerine hemen bildirmek zorunda oldukları öngörülmüştür. Öte yandan, sözleşme özgürlüğüne istisna oluşturan sözleşme yapma zorunluluğu, ya kanundan doğar ya da hukuki muameleden (tarafların taahhüdünden) doğar²⁵. İMKB Yönetmeliği'nin anılan hükmü karşısında, kanundan doğan bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmadığı açıktır. Çerçeve sözleşmeyi hukuki muameleden doğan bir sözleşme yapma zorunluluğu, diğer bir ifadeyle sözleşme yapma vaadi saymak da mümkün değildir. Zira, sözleşme yapma vaadinin söz konusu olabilmesi için, sonradan yapılacak sözleşmenin mutlaka bir borçlanma işlemi niteliği taşıması, diğer bir deyişle, bir borç sözleşmesi olması gerekmektedir. Bu bağlamda, gerek aracı

²² BK. md. 19 hükmünde yalnız sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden bahsedilmekteyse de, ikinci fıkrada, belirli sınırlamalar dışında sözleşme özgürlüğünün bütün yönleriyle kabul edildiği ifade edilmektedir.

²³ Bu konuda doktrindeki değişik görüşler için bkz. Başpınar, 1998, s. 19 vd.

²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1988, s.486

²⁵ Eren, 1991. s.370 vd, Oğuzman/Öz, 1998,. s.71

kurumun müşterisi tarafından verilen emirleri anılan yönetmelikte belirtildiği şekilde reddetmesinin mümkün olması, gerekse aracılık sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi yönü ağır basan niteliği genel çerçeveyi oluşturan sözleşmenin münferit işlemler bakımından sözleşme yapma zorunluluğu doğmasına engeldir.

Bunun dışındaki olumlu müdahaleler, sözleşmede yer alan edimlerin değer itibariyle sınırlarının belirlenmesi, bazı sözleşmelerin geçerli olarak yapılabilmesini kamu organlarının iznine bağlı kılmak ve kazai revizyon, diğer bir ifade ile sözleşmenin ortaya çıkan koşullar nedeniyle hakim tarafından değiştirilmesi olarak sayılabilir.

3.2.2. Sözleşme Özgürlüğünün Olumsuz Biçimde Sınırlandırılması

Sözleşme özgürlüğünün olumsuz müdahalelerle sınırlandırılması ise, sözleşmelerin hükümsüz sayılması ya da yasaklanmasıdır. BK. md. 19/II hükmü, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarını çizmiş; md. 20/II ise, sınırların aşılması durumunda uygulanacak geçersizlik yaptırımını ifade etmiştir²⁶. İki hüküm birlikte göz önünde bulundurulursa, sınırlamaların sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması olarak iki grupta toplandığı, hukuka aykırı olmamanın ise, emredici hukuk kurallarına aykırı olmama, kamu düzenine aykırı olmama, şahsiyet haklarına aykırı olmama olarak kendi içinde üçe ayrıldığı söylenebilir. Sözleşme özgürlüğünün kanunen belirlenen sınırlarının ihlalinin yaptırımı ise geçersizliktir. Geçersizlik, bir sözleşmenin taraflarca kendisinden beklenen hukuki hüküm ve sonuçları doğurmadığı hallerin tamamıdır²⁷.

3.2.3. Sözleşme Özgürlüğünün Günümüzdeki Anlamı

Sözleşme özgürlüğü ve sınırlarına, BK'nun yüklediği anlama, yukarıda yer verilmiştir. Ancak çağın ekonomik gelişmeleri, sözleşme hukuku anlamında sözleşme özgürlüğünü çok başka boyutlara taşımıştır. Klasik sözleşme kavramı, eşit bireyler arasında pazarlık sonucu sözleşmelerin meydana geldiği olgusundan yola çıkar. Pazarlık ederek sözleşmenin içeriğine müdahale etme olanağı, liberalizmin temel ilkelerindedir. Oysa, günümüzde geçerli olan özel hukuk sistemleri yaratılırken dahi, pazarlık gücünün taraflar arasında eşit olmadığı ortaya çıkmış; hukuk önünde şekli eşitliğin ve irade özerkliği ilkesinin bir gelişmişlik göstergesi olduğu ve sosyal yapı ile hukuksal yapının tamamen örtüşeceği inancının bir dayanağı olmadığı görülmüştü. Alman hukukçu *Otto von Gierke*, sözleşme özgürlüğü için "kuvvetli olanın elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde kör bir bıçak gibidir" tanımlamasında bulunmuştur. Bu şekilde, sözleşme özgürlüğünün entelektüel ve ekonomik üstünlük kullanılarak sözleşmenin zayıf olan karşı tarafının baskı altında tutulmasında bir araç haline geldiği ifade edilmektedir.

Sosyal devlet ilkesinin egemen olmasıyla, bireyin sadece devlete karşı değil, bireylerarası iktidar ilişkilerine karşı da korunması gerektiği ve bu doğrultuda hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu anlaşılmıştır. Bu amaçla getirilen düzenlemeler, piyasa işleyişini destekleyen ve piyasa işleyişine müdahale eden olmak üzere iki başlık altında toplanabilir. İlk gruptaki düzenlemeler, tüketicilerin aydınlatılmasına, aldatıcı reklamlara karşı korunmasına, akdedilecek sözleşmelerin içeriğine

²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1988, s.495, Oğuzman/Öz, 1998, s.71

²⁷ Eren, 1991. s. 404, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1988, s.501, Başpınar, 1998, s.20

ilişkin tüketicilere bilgi verilmesine ve piyasadaki rekabeti koruyucu önlemlere ve hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesine ilişkindir.

İkinci grup hukuki düzenlemeler ise, piyasa mekanizmasının taraflar arasındaki dengesizliği bertaraf etmek için yetersiz kaldığı durumlarda, doğrudan sözleşmeye müdahale ederek, taraflar arasındaki pazarlık gücündeki dengesizliğin (inequality of bargaining power) sonucunda adil olmayan bir sözleşme ortaya çıkmasını engellemeye yöneliktir²⁸.

Tüketicilerin genel işlem şartları yoluyla sömürülmesinin önlenmesinin sözleşme özgürlüğünün bu amaçla sınırlandırılması yoluyla olabileceği belirtilmektedir. Zira BK md. 19 ve 20 hükümlerinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü, kanun koyucunun getireceği emredici hükümlerle veya mahkemelerin yazılı olmayan hukuka yollamada bulunan genel kurallardan çıkardıkları veya çıkarabilecekleri sınırlamalarla daraltılabilen, esnek çerçeve içindeki özgürlüktür²⁹.

Piyasanın işleyişine ve dolayısıyla sözleşmenin içeriğine getirilen müdahaleler için en güvenli yolu hiç kuşkusuz yasal düzenleme yapılmasıdır³⁰. Konuya ilişkin ilk yasal düzenleme Almanya'da "Genel İşlem Şartları Hukuku'nun Düzenlenmesine İlişkin Yasa" ile olmuştur. Yine, konuya ilişkin olarak Avrupa Birliği direktifleri³¹ yayımlanmış, genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeler için 15 Avrupa ülkesi çeşitli yasal düzenlemeler yapmıştır. Türkiye'de kabul edilen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise, konuya ilişkin beklentileri karşılamaktan çok uzak olduğu ve yüzeysel olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir³². Sonuç olarak, ülkemizde konuyu doğrudan düzenleyen bir yasa hükmü bulunmadığından, yargının klasik sözleşme anlayışına dayalı yasalarla sözleşmenin tarafları arasındaki eşitsizlikten kaynaklanan adaletsizliği ve bozulan menfaatler dengesini düzeltmek üzere, sözleşmelere müdahale etmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Yargıtay'ın ulaşılan bu sonuca paralellik gösteren 1996 tarihli bir kararında³³, "*Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen 'sosyal hukuk devleti' ve 'iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi, eş söyleyişle 'sosyal adalet' ilkelerinin bir gereğidir. ... Hakim, Medeni Yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların korunmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmayı öngören MK md. 2/1, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK. md. 24 ahlaka aykırılığı yasaklayan BK. md. 19/II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyan sınırlamalar getirebilir.*" denilmektedir.

²⁸ Atamer, "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", 1999, İstanbul, s.20

²⁹ Tandoğan, "Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması", 1977, Ankara, s.12 vd.

³⁰ Poroy, "Tüketicilerin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Prof.Dr.Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, 1978, s. 513-550, Atamer, 1999, s.24

³¹ <http://www.europa.eu.int>, bkz. 5. Nisan 1993 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Kayıtlar hakkındaki Konseyin 93/13/EEC sayılı Direktifi

³² Eleştiriler için bkz. "Serozan, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi" YasaHD, C.XV, s. 579, 598

³³ Yargıtay 13.HD.'nin 13.08.1996 tarih ve 1734/2495 sayılı kararı. Bkz.YKD. 1996 s. 746 vd.

Ancak, elbette sözleşmenin içeriğine müdahalenin de belirli bir sınırı vardır. Sözleşme özgürlüğünün yukarıda belirtilen sakıncaları bünyesinde taşıdığı göz önüne alındığında, bu sakıncaların denetlenmesi için hukuk sisteminin kendisinin sunduğu imkanların (BK md. 19, 20, 21, 70, MK md. 2) ve sistemde yer alan hukuk yaratılması yolunun incelenmesi gerekmekte olup, getirilecek çözümlerin hukuk düzeninin kapsamında olmasına özen gösterilmelidir. Yine Yargıtay'ın yeni bir kararında³⁴, "*Prensip olarak Türk Hukukunda genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda GİŞ kayıtlarının kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hakim görevine dahil olmaktadır. Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde GİŞ'nin (veya iltihaki sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kalem alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmelerdeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz sayılacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.*" denilmektedir.

Bu yapılırken de, GİŞ kullanılarak oluşturulan standart sözleşmelerde sözleşmenin tarafları olan aracı kurum ile yatırımcı arasındaki eşitliğin, hakimin müdahalesini gerektirecek kadar bozulduğu ortaya konulmalı ve taraflar arasındaki dengenin mevcut menfaat çatışmaları dikkate alınarak nasıl tekrar kurulabileceği belirlenmelidir.

³⁴ Yargıtay 3.HD.'nin 02.06.1998 tarih ve 4263/6098 sayılı kararı. Bkz.YKD. 1998 s. 1140 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI

4.1. Genel İşlem Şartları ve Standart Sözleşme Kavramları

Çağımızın sosyal ve ekonomik gelişmeleri nüfus artışı ve sanayileşme, kitlelere yönelik hizmet edimleri gereksinmesini yaratmış ve yığınlar için üretim zorunluluğu doğmuştur. Mal ve hizmetler üreticiden tüketiciye aktarılırken bir takım ara istasyonlardan geçmek zorunda kalmıştır. Yığınlara yönelik bu görünüm yalnız üretim-tüketim ilişkilerinde değil, mal ve hizmetlerin değiş tokuşunu içeren sözleşme hukukunda da ortaya çıkmış ve özel kişisel ilişkilerin örneği olan bireysel sözleşme modeli yanında "kitle sözleşmesi", "formüler" veya "standart sözleşme" denilen yeni bir sözleşme modeli yaratmıştır³⁵. Önceden hazırlanan tipik kayıtlar için "genel işlem şartları" deyimini kullanılmakta, bu tip sözleşmelerin kendilerine de kitle, standart veya formüler sözleşme denilmektedir. Kanunlarımızda genel işlem şartlarının tanımı yapılmamıştır. Ancak mevzuatımızda bazı özel hükümlerde dolaylı olarak konuya değinilmektedir. TTK md. 1266, SMK md. 28 ve 49 hükümleri buna örnek olarak gösterilebilir.

Kanunlar açısından durum bu olmakla birlikte, konu doktrinde ele alınmış, genel işlem şartlarının tanımı, hukuki niteliği, bağlayıcılıkları ve denetimi gibi hususlarda araştırmalar yapılmıştır. Genel işlem şartlarının doktrindeki tanımlarından biri şöyledir; "Bir tarafça önceden hazırlanmış olan, genel nitelikte ve toptan kabulü öngörülen şartlara bağlı sözleşmeler, genel şartlı sözleşmelerdir"³⁶. Diğer bir tanıma göre genel işlem şartları, bir tarafın (müteşebbisin) üçüncü kişilerle yapmayı planladığı aynı türden ve çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden saptayıp hazırladığı ve sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafa sunduğu, genellikle basılı (matbu) ve yazılı olan kayıtlardır³⁷. GİŞ sözleşme taraflarından birinin ileride kuracağı sözleşmelerde karşı tarafa değiştirilmeden kabul edilmek üzere önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Amaç birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartları saptamak ve bunları karşı tarafın müdahalesine imkan tanımadan sözleşmeye tamamen dahil etmektir³⁸. GİŞ'nin unsurları, bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, sözleşmenin kurulmasından önce girişimci tarafından tek yanlı olarak düzenlenmeleri, birden fazla sözleşme ilişkisinde kurulmak üzere düzenlenmeleri, karşı tarafa sözleşmeye dahil etmek niyetiyle sunulmalarıdır.

³⁵ Akman, "Genel İşlem Şartları", Günümüzde Yargı Dergisi, 1979 Sa. 35, s.13

³⁶ Poroy, 1978, s. 513-550

³⁷ Tekinay/Akman/Bucuoğlu/Altop, 1988, s. 204,205

³⁸ Atamer, 1999, s. 61

4.2. Genel İşlem Şartlarının Fayda ve Sakıncaları

4.2.1. Genel İşlem Şartlarının Faydaları

GİŞ'nin faydalarından bahsedecek olursak, en başta standart sözleşmelerin kuruluşunu çabuklaştırır, basitleştirir ve rasyonalizasyon sağlar³⁹. Girişimcinin, zamandan tasarruf etmesine ve sözleşme iradesinin münferit müşteriye doğru ve eksiksiz olarak bildirilmesine yarar. Genel olarak söylenen bu noktalar dışında GİŞ, girişimcinin, her taraftan emniyet ve garantiye alınmış olarak ve düşünülmedik en küçük bir husus bırakılmayarak ayrıca yargı yoluna gidilmesi riskini en aza indirerek girişimcinin bu masraflardan kaçınması imkanını da sağlamak suretiyle⁴⁰, gelecekteki sözleşene karşı çok kuvvetli bir hukuki duruma sahip olması amacıyla hazırlanırlar ve bu yönüyle de, yalnız girişimcinin çıkarlarına hizmet ederler⁴¹.

4.2.2. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları

GİŞ, sözleşmenin özellikle maddi yönden daha güçlü olan tarafınca hazırlanmakta ve kabul etmediği takdirde alıcı veya müşteriye, bu sözleşmeyi hiç yapmama durumu ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Zira, kendisini daha güçlü bir konuma getirmek isteyen ve GİŞ'ni hazırlayan taraf, bu şartların arasına sorumluluktan kurtulmaya, yetkili mahkemeye, hak düşürücü sürelerle, sözleşmenin sona erdirilmesine, kısmi ödememe durumunda tüm borcun muaccel hale gelmesine, masrafların ve vergilerin güçsüz olan karşı tarafa yükletilmesine ilişkin kayıtlar koymaktadır. Nitekim bu tür kayıtlar, genellikle bu işin uzmanlarına ve hukukçulara hazırlanmakta ve çoğu zaman sözleşmenin güçsüz durumda bulunan tarafı, bu kayıtları okuyup değerlendirmekten bile aciz olmaktadır⁴². Böylece, sözleşmenin içeriği tamamıyla girişimcinin iradesine uygun olmaktadır. Müşteri onun iradesine tabi olmak; aksi halde, edimden vazgeçmekten başka herhangi bir seçim hakkına sahip değildir. Sözleşme, taraflardan birisinin içeriği tek başına yapması ve diğerine bu şekilde üstün olması, bir taraftan kişilerin kendi hak ve mukadderatlarını yine kendilerinin tayin etmeleri esası, diğer yandan da irade özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁴³. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü GİŞ'ni kullanan taraf için tek yanlı ayrıcalık haline gelmektedir. Ayrıca GİŞ içindeki hükümler, çok sayıdaki sözleşmelerin kuruluşunda yedek hukuk kurallarını bertaraf etmektedir. Halbuki klasik bireysel sözleşmelerde sadece somut bir olay için yedek kural bertaraf edilir. Genel içerik hiç bir zaman tam değildir; boşluklarla doludur. Ancak GİŞ'nde en ufak detaylar bile kaleme alındığından, tarafların çıkarlarını adil olarak denkleştirmeyi amaçlayan yedek hukuk kuralları yürürlük dışı bırakılmaktadır. Sonuç olarak, sözleşme özgürlüğü kötüye kullanılarak, GİŞ yoluyla girişimcinin buyurma özgürlüğü ve müşterinin sözleşme

³⁹ Tekinalp, 1996, s. 125, Akman, 1976, s. 90,91, Rehbinder, 1977, s.642

⁴⁰ Atamer, 1999, s.33

⁴¹ Akman, 1976, s.90, 91

⁴² Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komiyonu Raporları, DPT Yayını C.II, Tüketicinin Korunması, 1995, Ankara, s.179 vd.

⁴³ Akman, 1976, s.92

bağımlılığına dönüşmüş, yasanın tanıdığı irade özgürlüğü tek yanlı ayrıcalık haline gelmiş ve böylelikle bilgisiz ve güçsüz insanların hukuk kılıfı içinde sömürülmesine yol açılmıştır⁴⁴.

Tüm bu anlatılanlar, aracılık sözleşmeleri için de geçerlidir. Aracılık sözleşmesinin taraflarından olan aracı kurum, önceden, psikolojik baskı altında olmadan sözleşmeye ilişkin bütün ihtimalleri ve çıkarlarını gözeterek sözleşme şartlarını hazırlamaktadır. Sözleşmenin diğer tarafı olan yatırımcı ise, görüşme ve pazarlık olanağı olmadan⁴⁵ sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme ya da etmeme seçeneği karşısında bırakılmaktadır. Bu durumda sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği ilkesi zedelenmekte, ekonomik açıdan yatırımcıya karşı güçlü ve üstün durumda bulunan aracı kurumun çıkarlarına üstünlük sağlanmakta, yatırımcı kendisinin son derece aleyhine hükümler içeren sözleşmeleri imzalamak zorunda bırakılmaktadır.

Bu bağlamda, çalışmanın konusu bakımından aracı kurum standart sözleşmeleri açısından da, yukarıda belirtilen aracılık sözleşmelerini⁴⁶ aracı kurumlar önceden kaleme almakta, sözleşmelerin içeriğini önceden belirlemektedir. Bu içerik belirlenirken, sadece aracı kurumları koruyan, kanunların yedek ve yorumlayıcı hükümlerini uygulama alanı dışına çıkaran, taraflara kanunun aksini kararlaştırma imkanı verdiği her durumda aracı kurum lehine düzenleme getiren, yatırımcının şartları ve içeriği üzerinde herhangi bir görüşme ve tartışma olanağı bulamadan imzalamak zorunda kaldığı tüm bu standart aracılık sözleşmelerine aracı kurum standart sözleşmeleri diyebiliriz.

GİŞ ile ilgili olarak ortaya çıkan bu olumsuz gelişmeler, bireyin bunlar karşısında korunmasını gerektirmiştir. Sözleşmeye müdahale edilerek şartların içeriğinin denetlenmesi, bazı hükümlerin geçersizliğine karar verilmesi ve koruyucu temel ilkelerin belirlenmesi konusunda, gerek doktrinde gerekse Yüksek Mahkeme kararlarında önemli gayretler gösterilmiştir ve denetlemeye yardımcı ölçütler belirlenerek, bu ölçütler uygulanmaya başlanmıştır.

4.3. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

4.3.1. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Hukuki niteliği saptandıktan sonra, GİŞ'nin nasıl uygulanacağı, uyumsuzluk halinde nasıl yorumlanacağı ve ne gibi kurallara tabi olacağını belirlemek gerekir. Uygulamada, az sayıda yararının yanında, yukarıda anılan bir çok sakıncayı beraberinde getiren GİŞ hakkında bir çok Batı ülkesinde ve ABD'de yasal düzenlemeler yapılmıştır⁴⁷. Böylece sosyal hukuk anlayışı çerçevesinde, sözleşmenin güçsüz tarafını koruyacak şekilde hazırlanış, içerik ve yorum bakımından GİŞ'na bazı sınırlamalar getirilmiştir.

⁴⁴ Rehbinden, 1976 s. 643, Tekinalp, 1996 s. 126, Bahtiyar, 1996 s.83

⁴⁵ Bu tür sözleşme şartları "take it or leave it" (al ya da bırak) kayıtlar olarak adlandırılmaktadır.

⁴⁶ Bkz. Bölüm 2.3.

⁴⁷ ABD'de GİŞ'na ilişkin yapılan düzenlemeler genelde eyalet bazında ve her eyaletin kendine özgü bir düzenlemesi olduğu için, bu çalışmada ABD'de GİŞ'nin yasal ve idari düzenlemesinin bulunduğu belirtilmekle yetinilecektir.

Bu alanda en eski ve köklü düzenlemelere sahip olan iki hukuk sistemi, Alman ve İngiliz hukuklarıdır. Almanya'da konu, 9 Aralık 1976 tarihli "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Kanun" ile (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeine Geschäftsbedingungen -AGB-Gesetz)⁴⁸, İngiltere'de ise 1977 tarihli "Haksız (Gayri Adil) Sözleşme Şartları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Alman Kanunu uyarınca iş, miras, aile ve ortaklıklar hukuku dışındaki GİŞ kullanılarak akdedilen tüm sözleşmeler kural olarak bu kanunun denetim alanı kapsamındadır⁴⁹. Kanunda kazuistik bir yöntem kullanılarak bazı şartlar batıl addedilmiş; bazı şartların da hakimın takdirine bağlı olarak batıl addedilebileceği öngörülmüştür.

İngiliz hukukunda ise, sigorta sözleşmeleri istisna edilmiş ve yaklaşık 1200 şarttan oluşan bir kara liste yayınlanarak, somut olayın özelliklerine göre hangi koşulun adil olmadığına takdiri mahkemeye bırakılmıştır⁵⁰. Mahkemeye bırakılan takdir hakkında ölçüt "makul olmama" (requirement of reasonableness)'dir. Bu ölçüt, tarafların pazarlık gücü, görüşmelerin niteliğine ve güçsüz konumda olan tarafın, başka alternatif sözleşmeler yapma olanağına sahip bulunup bulunmadığına ilişkin somut koşullar değerlendirilerek belirlenmektedir⁵¹.

Avrupa Birliği'nde ise, 1976 yılından itibaren süren çalışmaların⁵² sonucunda, 5 Nisan 1993 tarihinde konuya ilişkin düzenleme getirilmiş olup, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Kayıtlar (Gayri Adil Hükümler) Hakkında Konsey Direktifi yayımlanmıştır⁵³. Bu direktif md. 10 ile üye devletlerin en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar bu direktife uygun hükümleri yürürlüğe koymalarını emretmiştir. Anılan Direktif, GİŞ'nin içerik denetimine ilişkindir⁵⁴. İçerik denetimi ise, tek tek pazarlık konusu yapılmamış hükümler açısından söz konusudur. Diğer bir ifade ile, tüketicinin belirlenmesinde etki sahibi olmadığı "take it or leave it" olarak adlandırılan bütün sözleşme hükümlerini kapsar. Direktifin 3. maddesi, pazarlık konusu yapılmamış her tür sözleşme için geçerli bir denetim kriteri tespit etmiştir. Buna göre, önemli olan, dürüstlük kuralı aleyhine sözleşmesel hak ve borçların dağılımında önemli bir haksızlık ve orantısızlık olmasıdır. Direktifin ekinde üye ülkeler tarafından geçersiz addedilebilecek hükümlerin bir listesi verilmiştir. Üye ülkelerin bir çoğu, söz konusu Direktifi aynen yasalaştırmışlar,

⁴⁸ Bu kanun hakkında bilgi için bkz. Rehbinder, 1977

⁴⁹ Rehbinder, 1977, s.645

⁵⁰ <http://www.ofc.gov.uk>

⁵¹ Ayrıca 1995 tarihli yine konuya ilişkin "Unfair Contract Terms Regulation" yürürlüktedir.

⁵² Çalışmalar ve direktif tasarıları için bkz. Yavuz, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Tüketici Sözleşmelerinde Adil Olmayan Sözleşme Şartları", 1995, TBBD, 1995/2, s.260-270 ve Budak, "Mukayeseli Hukukta, Tüketicinin Gayri Adil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", YasaHD,1991, C.XIV, s. 765-777

⁵³ Söz konusu direktifin uygulanmasına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Brownsword/Howells, "The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts, Some Unresolved Questions", JoBL, 1995, s.243-263

⁵⁴ Atamer, 1999, s.44

bir kısmı da tüketicinin korunmasına ilişkin kanunlarında değişiklik yaparak, anılan Direktifi iç hukuklarına aktarmışlardır.

4.3.2. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesinde Yöntemler

Genel işlem şartlarının sözleşmenin karşı tarafını mağdur etmemesi için dünyada üç değişik yöntemin uygulandığı görülmektedir.⁵⁵

4.3.2.1. İdari Ön Denetim Yöntemi

Bu yöntemde amaç, GİŞ'nin hazırlanmasından sonra fakat sözleşmeye konmasından önce bir denetimden geçirilmesini sağlamaktır. Bu şartların uygulanabilmesi için konu ile ilgili idari makam tarafından onaylanmış olması gerekir. Bu yöntem ülkemizde sigorta alanında uygulanmakta olup, SMK'na göre sigorta umumi şartları ve tarifeleri ile bunlara ait talimatlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın onayına tabi bulunmaktadır. Burada idari makamın gerçekleştirmesi gereken bir resmi onay söz konusu olup, bu onay olmaksızın sigorta sözleşmelerine anılan GİŞ'lerinin konulması mümkün değildir⁵⁶.

4.3.2.2. Mahkemeler Tarafından Yapılacak Sonradan Denetim Yöntemi

Bu yöntemin işlemesi için, ya GİŞ konulduktan sonra bir yargı yoluyla kontrolünün öngörülmüş olması (ki bu bir üst mahkemenin hazırlanmış olan GİŞ'ni denetimden geçirmesi şeklinde yapılır.) ya da GİŞ'nin mağdur olan tarafça hakim önüne getirilmesi gerekir⁵⁷. Yani, bu yöntem için bir davanın söz konusu olması gereklidir; ya da bunun mutlaka bir kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Ülkemizde de bu yöntem uygulanmaktadır⁵⁸.

4.3.2.3. Genel İşlem Şartlarının Kollektif Biçimde Hazırlanması Yöntemi

Bu yöntemde GİŞ, tek bir kurum veya sözleşmenin bir tarafınca değil, o iş alanında iştigal eden tüm kişilerin bir araya gelmesi, hatta mümkünse, karşı tarafı oluşturması muhtemel kişi temsilcilerinin de, bu görüşmelere katılması yoluyla hazırlanmaktadır. Böylelikle dolaylı bile olsa bir denetim sağlanmakta, GİŞ daha objektif hazırlanmakta, ve o alanda uğraşan tüm kişi ve kurumların aynı GİŞ'ni kullanmasıyla sözleşmenin karşı tarafı korunmuş olmaktadır. Bu yöntem, özellikle sigorta, taşımacılık, mühendislik ve mimarlık hizmetlerinde, İsviçre ve ABD'nin bazı eyaletlerinde uygulanmaktadır⁵⁹. Bu yöntem GİŞ'ni kaleme alacak tarafın tek yanlılığını sınırlandırmak açısından faydalıdır.

⁵⁵ Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komiyonu Raporları, Tüketicinin Korunması, 1995, s.180

⁵⁶ Tekinalp, 1998, s.264, Kaplan, 1996, s.81,

⁵⁷ Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komiyonu Raporları, Tüketicinin Korunması, 1995, s.180, Kaplan, 1996, s.81

⁵⁸ Bkz. Bölüm 4.3.4.4

⁵⁹ Tekinalp, 1988, s. 365

4.3.3. Genel İşlem Şartlarının Hazırlanması ve Yorumlanmasındaki Denetleme

Aracı kurum ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerin bir parçası olan GİŞ genel olarak içeriği önceden belirlenmiş olan sözleşmeler için geçerli yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanmalı ve tamamlanmalıdır. Uygulamasındaki önemine ve önceliğine göre bu konudaki yorum ilkeleri şunlardır;

- Güven ilkesi ile doğruluk ve dürüstlük kuralına göre yorum ilkesi,
- GİŞ'nda yer alan anlamı açık olmayan veya birden çok anlam taşıyan kayıtların yatırımcı lehine, onu kaleme alan aracı kurumun aleyhine yorumlanması ilkesi⁶⁰,
- Alışılmamış kayıtların geçersiz sayılması ilkesi⁶¹,
- Yatırımcıların haklarını sınırlayan kayıtların dar yorumlanması ilkesi,
- GİŞ'ndeki sürelerle ilişkin hükümlerin geniş yorumlanması ilkesi.

Bu yorum ilkelerin yanında hakim, Kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş sözleşmenin yorumunda uygulanan özellikle sözleşmenin kuruluş zamanına göre yorum, sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması ve sözleşmenin uygulanmasının da dikkate alınması ilkelerinden de yararlanabilir⁶².

4.3.4. Genel İşlem Şartlarının İçeriklerinin Denetlenmesi

Karşılaştırmalı hukukta süregelen yukarıda ifade edilen gelişmelere karşın, Türk hukukunda, doğrudan doğruya GİŞ'ni ve bunların denetimini düzenleyen bir yasa bulunmamaktadır. Konuya ilişkin AB Direktifinden sonra, Mart 1995 tarihinde yayımlanmış olmasına karşın, TKHK da GİŞ'na ilişkin hükümler içermemektedir⁶³.

Aynen bireysel sözleşmelerde olduğu gibi GİŞ'nda yer alan bir kayıt, yasanın emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı ise geçersizdir. Bu gibi hallerde, sözleşmelerdeki genel geçersizlik sebepleri hiç şüphesiz GİŞ'nda yer alan kayıtlar hakkında da yürür. Ancak GİŞ bakımından asıl önemli olan sorun, bunların doğrudan doğruya hukuki işlemler hakkındaki yasaklayıcı ve emredici kuralları çiğnemediği hallerde, fakat yine de temelde yatan sakıncalar ve GİŞ içeren standart sözleşmelerin klasik bireysel sözleşmelerden ayrı bir tarzda ele alınması zorunluluğu nedeniyle geçersiz sayılmaları için gösterilen sebepler ve öne sürülen çeşitli çözümlerde ortaya

⁶⁰ Rehbinder, s.640, Kaplan , 1991, s.91, Akipek 1999, s.32, Erten, 1977, s.119, Akman, 1979, s.16, Tekinalp, 1988, s.269

⁶¹ GİŞ'nda yer alan kelimelerin, müşterinin uzman olmadığı dikkate alınarak, teknik olmayan, günlük yaşamdaki kullanış amacına göre yorumlanmasıdır. Bu kural gereğince, GİŞ'nda yer alan bir kayıt, alışılmış olanın dışında ise, objektif iyi niyet (dürüstlük ve güven) ilkesi gereğince, müşteriden bu kaydı göz önünde bulundurması istenemez.

⁶² Kaplan, "Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu" Yaşar Karayalçın'a 65 nci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.449 vd.

⁶³ TKHK'da yalnızca, belirli sözleşme tipleri için (kapıdan satışlar, tüketici kredileri) için GİŞ'na benzer işlem şartlarına yer vermektedir. Bkz. TKHK, md. 8 ve 10

çıkılmaktadır⁶⁴. Bu durum karşısında, GİŞ'da yer alan kayıtların denetimi, ancak dava edilmesi halinde, özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması, değiştirilmesi ya da geçersiz sayılması hakim görevine girecektir⁶⁵. GİŞ'nin içeriğinin hakim tarafından denetimi ve geçersiz sayılmasına ilişkin olarak, hukukumuzda mevcut genel hükümlerden yola çıkılarak⁶⁶ değişik ölçütlerden yararlanılmaktadır.

4.3.4.1. Ahlaka Aykırılık Görüşü

Bu ölçütlerden ilki, BK md. 19 ve 20 hükmünde düzenlenen sözleşme içeriğine ilişkin sınırlamalardan olan ahlaka aykırılıktır. Sözleşmenin ahlaka aykırılığı, kural olarak, içeriklerine bakılarak tayin edilir. Tarafların bu sözleşmeyi yapmadaki niyeti değerlendirmede hiç bir öneme sahip değildir. Ancak başlıbaşına sözleşme içeriğini ahlaka aykırı olarak nitelendirmek için yeterli olmadığı istisnai durumlarda, sözleşmenin tüm yönleri, belki saik ve amaç da ek unsur olarak nitelendirilebilir. Edimlerin arasındaki aşırı dengesizliğin başlı başına bir ahlaka aykırılık oluşturup oluşturmayacağı ise, tartışmalıdır. Ahlaka aykırılık denetimi yapılırken sözleşme anının dikkate alınması gerekir. Sözleşme anında ahlaka aykırı sayılabilecek bir hüküm sonradan değişen değer yargıları nedeniyle bu özelliğini yitirmiş olsa dahi, sözleşme anı ilkesi gereğince ahlaka aykırılıktan geçersiz olacaktır⁶⁷. Ahlaka aykırılık görüşü daha çok Alman hukukunda dikkati çekmektedir. Bu konudaki mahkeme kararlarında, piyasadaki hakim durumun ve ekonomik üstünlüğün, genel şartlar içerisinde yer alan hakkaniyete aykırı düzenlemelerle kötüye kullanılmasının, ahlaka aykırılık oluşturacağı görüşü benimsenmiştir. Ancak bu görüş, çok dar ve yetersiz olması ve ahlaka aykırılık noktasını GİŞ'nin içeriğinden çok müşteriye kabul ettiriliş şeklinden aldığı için eleştirilmiş ve terkedilmiştir⁶⁸.

4.3.4.2. Gabin Görüşü

Savunulan diğer bir görüş de ekonomik ya da entelektüel açıdan sahip bulunulan üstün durumun kötüye kullanılmasının, BK md. 21 hükmünde düzenlenen gabin olarak nitelendirilmesidir. Gabin, bir sözleşmede tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık bulunması (objektif unsur) ve bu oransızlığın karşı tarafın özel durumundan faydalanılarak meydana getirilmesi halinde söz konusu olur. Buna göre, maddede, karşılıklı temel edimler arasındaki uyumsuzluk söz konusu iken, GİŞ'nda özellikle borcun ihlali ve bunun hukuksal sonuçlarının düzenleniş şekli göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, GİŞ'nda sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması, edim ve karşı edim arasında bir uygunsuzluk olarak nitelendirilebilir. Diğer taraftan GİŞ'ni yürürlüğe koymak isteyen girişimci, bunları geniş bir zaman, büyük özen ve uzman yardımıyla hazırlarken, ancak hukuki işlemin kuruluşu anında GİŞ ile karşılaşan, kendisine kısıtlı zaman verilen, psikolojik baskı altında bulunan müşteri, bunların anlam ve önemini bütün sonuçlarıyla kavrayamayacaktır. İşte bu durum BK md. 21

⁶⁴ Akman, 1976, s.93

⁶⁵ Kaplan, 1991, s.56, Gezder, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, s.147,

⁶⁶ Akipek, 1999, s.230

⁶⁷ Atamer, 1999, s. 153 vd.

⁶⁸ Bahtiyar, 1996, s.91, Akman, 1976, s.95-96

anlamında gabinin subjektif şartı olan tecrübesizlik olarak nitelendirilmeye elverişlidir⁶⁹. Dolayısıyla, bu görüş de hakim tarafından kullanılabilir niteliktedir.

4.3.4.3. Anayasal İlkeler ve Sosyal Devlet İlkesine Dayanan Görüş

Başka bir görüş te, anayasal ilkeler ve özellikle sosyal devlet ilkesine⁷⁰ dayanmaktadır. Bu görüşe göre, Anayasa'da düzenlenmiş olan sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri, hakimın zayıf ve güçsüz durumda olanları korumasını gerektirir. Bu esasların kamu hukukundan özel hukuka girişini ise BK md. 19 ve 20 sağlar. Böylece hakim, sosyal ve ekonomik bakımdan güçsüz kişi için koruyucu tedbirleri alacak, tek taraflı kayıtları geçersiz sayacaktır⁷¹.

4.3.4.4. Objektif İyiniyete Dayanan Görüş

Türk doktrini ve Yargıtay⁷² tarafından ağırlıklı olarak benimsenen görüş ise, objektif iyi niyete (doğruluk ve güven ilkesine) dayanan görüştür. Bu esasın uygulanmasında, sözleşmenin bir tarafının tekel durumunda olup olmamasına ve bu durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmamakta, GİŞ'nin hakkaniyete uygun olup olmadığına ve sözleşme taraflarının karşılıklı menfaatlerinin dengelenip dengelenmediğine bakılmaktadır. Menfaatler dengesini müşteri aleyhine ölçsüz şekilde bozan kayıtların geçersizliğine karar verilmektedir. Yargıtay'ın özellikle bir kararı⁷³ ilkesel nitelik taşır ve bu karar konuya ilişkin örnek karar teşkil eder: "... Açıkça sözleşmenin bu maddesinde somut olarak satıcıya sözleşmenin süresini uzatma yetkisi tanınmıştır.... tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabileceği düşünülemez. Gerçekte davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına, eşdeyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür. (MK.2) ... Somut olayda davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönden güçsüz olduğu da asla göz ardı edilemez. Davalının teslim yetkisini saklı tutmaya ilişkin koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanılıp kullanılmadığı MK 2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eşdeyişle güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptanmalı ve uyumsuzluk böylece çözüme bağlanmalıdır". Yargıtay'ın ilkesellik niteliği taşıyan bir başka kararında ise, taşıma sözleşmesine konulan GİŞ arasında bulunan sorumluluğu hafifleten veya kaldıran kayıtlar tamamen geçersiz sayılmıştır⁷⁴.

Sonuç olarak, GİŞ'nin içeriklerinin denetimi ve yorumuna ilişkin olarak, doktrinde geliştirilen ve mahkemelerde uygulanan görüşlerin her biri, yatırımcıların korunmasında başlı başına bir değer ifade etmektedir. Dolayısıyla, temelinde, özel hukukun ana ilkelerini sarsan ve yatırımcılar açısından

⁶⁹ Akman, 1976, s.97,98. Aksi görüşte Atamer, 1999, s.167-168. Yazar, gabinin sözleşmenin bütünü göz önüne alınmasını gerektirmesi, oysa GİŞ denetiminin tek tek şartlar üzerinden yapılmasının gerekli olması ve müşterinin gabine uğradığını söz konusu sözleşmenin akdinden itibaren 1 yıl içinde ileri sürmesinin gerekli olması nedenleriyle GİŞ denetiminin amacına uygun olmadığı, bu yüzden gabinin GİŞ denetimi açısından kalıcı bir çözüm olmayacağını belirtmektedir.

⁷⁰ Atamer, bu görüş çerçevesinde, kamu düzenine aykırılığa dayanmakta ve içerik denetiminde uygulanması gereken en uygun kriterin kamu düzenine aykırılık olduğunu belirtmektedir.1999, s.183 vd.

⁷¹ Akman, 1976, s.98, Bahtiyar, 1996, s.92

⁷² Bkz Yukarıda anılan Yargıtay kararları

⁷³ YasaHD, 1981, Mayıs, s.658-659

⁷⁴ YKD, 1981, Sa.11, s.1391

büyük sakıncalar doğuran GİŞ'ni geçersiz addetmek için hakim bu görüşlerin her birinden yararlanabilecektir⁷⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, aracı kurum standart sözleşmelerinde yer alan hükümlerin yukarıda belirtilen sebeplerden biri nedeniyle geçersiz sayılması halinde, söz konusu kayıtlar yok farz edilecek ve sadece diğer kayıtlarla sözleşme aracı kurum ile yatırımcı arasında uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile, kural olarak sözleşmenin bazı hükümlerinin batıl sayılması halinde bu durum, tüm sözleşmenin hükümsüzlüğünü beraberinde getirmez. Sözleşme batıl hükümler olmaksızın ayakta kalır. Yok farz edilen kayıtların yerini doğal olarak, kanunun emredici hükümleri ve tamamlayıcı hükümleri dolduracaktır. Ancak BK md. 20/II hükmüne göre, taraflardan biri, yok farz edilen bu şartlar olmasaydı, standart sözleşmenin tamamının kabul edilmeyeceğini ispatlarsa, hem sözleşmeyi hem de GİŞ'nin tamamını hükümsüz saymak mümkün olabilir. Ancak, uygulamada BK md. 20/II hükmünden dolayı standart sözleşme veya GİŞ'nin tamamının hükümsüz sayıldığını gösteren bir örneğe rastlanmamıştır⁷⁶.

4.4. Aracı Kurum Standart Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme

Yukarıda ifade edildiği üzere, aracı kurumlar yatırımcılarla akdedecekleri aracılık sözleşmelerini gerek ekonomik gerekse entelektüel üstünlüklerini kullanarak tek yanlı olarak, yalnız kendi menfaatlerini gözeten hükümlerden oluşturmuşlar; bu durum da yatırımcıların mağduriyetine yol açmıştır.

Konuyla ilgili olarak yatırımcılar, Kurul'a ilettikleri şikayetlerinde, aracılık sözleşmelerindeki tek yanlı maddelerin kendilerini mağdur ettiğini belirtmişlerdir. Tüm bu koşullar ve gelişmeler sonucunda, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in 47. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapan ve geçici madde 3 hükmünü ekleyen, "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Seri:V, No:38 sayılı Tebliğ", 08.10.1998 tarih ve 23847 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in 3. fıkrasında yapılan değişiklik şu şekildedir: "Çerçeve sözleşmesinde Kurul düzenlemelerine ve Borsa mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Bu fıkra hükmü, aracı kuruluşlar ile müşterileri arasında düzenlenecek halka arza aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo-ters repo, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi çerçeve sözleşmeleri ile Kurul düzenlemeleri çerçevesinde müşteriler ile yapılabilecek diğer sözleşmelere ve portföy yönetim şirketleri ile müşterileri arasında düzenlenecek portföy yöneticiliği sözleşmelerinde de uygulanır."

Geçici madde 3 ile eklenen hüküm ise aşağıdaki gibidir:

⁷⁵ Akman, 1976, s.98, Bahtiyar, 1996, s.97

⁷⁶ Kaplan, 1991, s.66,67

"Aracı kuruluşlar ve portföy yönetim şirketleri, müşterileri ile düzenledikleri sözleşmelerde, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, ve kendi lehlerine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümler ile emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümleri, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde değiştirmek zorundadırlar."

Söz konusu Tebliğ hükmünün, Türk hukukunda GİŞ'na ilişkin düzenleme getirerek hakime müdahale olanağı tanıyan ilk hüküm olma özelliğini taşıdığı doktrinde ifade edilmektedir⁷⁷.

Anılan Tebliğ hükmü GİŞ'ni tanımlamak bakımından iki ölçüt getirmiştir: "müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici olma" ve "aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlama". Doktrinde, "aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar tanınmış olmasının aranmasının, sözleşmede karşılıklı hak ve borç dengesinin önemli surette bozulmuş olmasının aranması anlamına geleceği; bunun da Alman GİŞ Kanunu'nun ana fikrine benzer bir düzenleme getirdiği belirtilmektedir⁷⁸.

Öte yandan, Günal⁷⁹, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici hükümlere ve aracı kuruluş lehine olağanüstü haklar sağlayan hükümlere sözleşme içinde yer verilememesi olgusunun konuyla ilgili herkesin aynı şekilde yorum yapmasını gerektirdiğini, bu takdirde, bu kavramların bilinmesinin söz konusu olacağını, kavram veya slogan olarak kullanılabilen bu ibarelerin tarafların talebine göre uygulamaya girmesi ve bu uygulamanın farklı yorum yapabilecek kontrol mercileri tarafından soruşturulmasının hem aracı kurum hem de yatırımcılarda hak kaybı ortaya çıkarabileceğini, bu nedenle söz konusu kuralın piyasadaki taraflarda tedirginliği ve güvensizliği kamçılayacağını iddia etmektedir. Bu yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira anılan Tebliğ hükmü aksine yatırımcıların piyasaya güven duymasına yolaçacaktır. Şöyle ki, yatırımcılar artık aracı kurumlarla akdettikleri sözleşmelere, kendi haklarını ciddi şekilde zedeleyici kendi aleyhlerine olağanüstü zararlar getiren hükümlerin konulamayacağı güven ve inancı içerisinde olacaklardır.

Bu maddeye aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususu ise, açık değildir. Atamer, md. 47/III'ün sadece bu tür hükümlere sözleşme içinde yer verilemeyeceğinden bahsetmekle yetindiğini, bu hükmü emredici olarak yorumlamak gerektiğini ve bu şekilde aykırılığın yaptırımın BK md. 20 anlamında butlan olarak görmekte bir sakınca olmadığını belirtmektedir⁸⁰. Emredici hukuk kuralının mutlaka şekli anlamda kanun olmasının gerekli olmadığı, kanun yanında tüzük kararname, yönetmelik de olabileceği doktrinde savunulmakta ise de, BK md. 19/II hükmünde öngörülen, "kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet" ifadesini Tebliğ hükmünü kapsayacak kadar genişletmenin mümkün olmadığı kanısındayım⁸¹. Öte yandan Tebliğ hükmüne aykırılık

⁷⁷ Atamer, 1999, s.48

⁷⁸ Atamer, 1999, s.199

⁷⁹ Günal, "Aracı Kurumların Müşterileri İle İmzaladıkları Sözleşmeler Üzerine", MSYD, 1999, , Sa. 301, s.92-97

⁸⁰ Atamer, 1999, s.199, 200

⁸¹ Oğuzman/Öz 1998s. 71-72, Reisoğlu, Safa, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", İstanbul, 1990 s.104. Anılan yazarlar doğrudan bu konuya temas etmemekle birlikte emredici hukuk kurallarına, aykırılığı, hep kanun bazında ele almışlardır.

nedeniyle cezai sorumluluk da gündeme gelebilecektir.

Bu çerçevede, Tebliğ hükmü ile getirilen düzenlemeyi bir nevi idari ön denetim olarak kabul etmenin doğru olacağı düşüncesindeyim. Zira bu sayede, aracı kurumların "müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kurum lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan" nitelikteki hükümleri standart sözleşmelerden çıkarmaları ve dolayısıyla bu tür kayıtların piyasadan elenmesi sağlanacaktır. Ancak asıl olarak GİŞ niteliğindeki hükümlerin denetimi ve geçersiz sayılması, yukarıda anılan ilkeler ve görüşler çerçevesinde hakim tarafından yapılacaktır.

BEŞİNCİ BÖLÜM
UYGULAMADA ARACI KURUM STANDART SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN
KAYITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

5.1. Genel Olarak

Aracı Kurumların yukarıda açıklanan genel işlem şartları kullanarak düzenledikleri standart sözleşmelerinde yer alan kayıtlardan kanunun emredici hükümlerine aykırı düşen ve tamamlayıcı hükümlerden sapan kayıtlar ile hakimın denetimine, yorumuna ihtiyaç gösteren veya hakimce geçersiz sayılabilecek kayıtları, bunların GİŞ'nın denetimine ilişkin olarak yukarıda verilen ilkeler ve amaca uygunluk menfaatler dengesi açısından ve içtihatlar ile doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir. Ayrıca bu hükümler, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından da incelenecektir. Bu inceleme yapılırken aracı kurum standart sözleşmelerinde yer alan tüm hükümler değil, çalışmanın konusu bakımından özellik arz eden hükümler incelenecektir.

5.2. Sözleşmede Edimlerin İfasına İlişkin Kayıtlar

5.2.1. Edimi Tek Taraflı Değişirme Yetkisine İlişkin Kayıtlar

Kural olarak yalnız edime uygun ifa borcu sona erdirir. Diğer bir deyişle, borçlu neyi borçlanmışsa, onu ifa etmelidir. Edim kural olarak tümüyle ve bir bütün halinde ödenmelidir⁸². Kuralın istisnası, tarafların kısmi ifa yapılabileceğini önceden kararlaştırmış olmalarıdır⁸³. Bir aracı kurum kredili menkul kıymet çerçeve sözleşmesinde yer alan aşağıdaki hüküm ise bu açıdan sorun çıkaracak niteliktedir.

"Aracı kuruluş krediyi kısmen veya tamamen kullanılmaya, kullanıma koşullarını saptamaya, ve değiştirmeye, dondurmaya, tahsis edilen kredi limitini azaltmaya veya tümünü dilediği anda kesmeye ve iptal etmeye yetkilidir."

Borçlar hukuku sistemimizin borçlanılan edimin aynen ifa edilmesi ilkesi üzerine kurulu olması, bu ilkeye aykırılık halinde çok çeşitli biçimde ayrıntılı yaptırımların öngörölmüş olması ve borcun kısmen ifasına dahi kural olarak izin vermeyen BK md. 68 hükmü karşısında, aracı kurum standart sözleşmesinde bir GİŞ olarak yer alan ve borçluya edimi dilediği gibi değiştirme hakkı veren bu tür hükümler, kendisinden sapılan ilkenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılması mümkün olmadığından batıl addedilebilecektir.

Bunun dışında, bir çok aracı kurum alım satıma aracılık çerçeve sözleşmelerinde aşağıdaki gibi hükümlere de rastlanılmaktadır:

"Aracı kurum, her ne zaman olursa olsun, önceden hiç bir bildirimde

⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1988, s.1013 vd.

⁸³ Oğuzman/Öz, 1998, s.211

bulunmak gerekmeksizin, dilediği anda herhangi bir neden belirtmeden komisyon ve diğer ücretlerde değişiklik yapabilir."

Sözleşme hukukunda hakim olan pacta sunt servanta ilkesi uyarınca kural, değişen kurallara rağmen sözleşmenin ilk baştaki içerikle ifa edilmesidir. Ekonomik gerekçelerle böyle bir artışın haklı sayılabileceği hallerde bu hüküm başlı başına batıl sayılamayacaktır. Ancak, menfaatler dengesinin sağlanması için bu tür bir değişik konusunda müşteriyi haberdar etme ve ona sözleşmeyi feshetmek için uygun bir süre tanınmadığından, yukarıdaki hükmü geçerli saymak mümkün olmayacaktır. Hiç kuşkusuz yukarıdaki hüküm MK md. 2 anlamında da değerlendirilebilecektir.

Öte yandan ilk olarak verilen hüküm, Seri:V, No:18 hükmünde kullanılan kredinin sona ermesi ve muacceliyet şartları belirlenmiş olduğundan, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından değerlendirildiğinde, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte kabul edilmelidir. İkinci hükmün ise, yatırımcıya haberdar edilme ve fesih hakkı tanınmadığından, bu nitelikte kabul edilmesi mümkündür.

5.2.2. Faiz Oranının Tek Taraflı Değiştirilmesine İlişkin Kayıtlar

"Aracı kuruluş zaman zaman kredi faiz oranını değiştirmek, oranı azaltıp, artırmak hakkını haizdir. Müşteri bu sözleşmeden doğmuş ve doğacak her türlü muaccel borçlarına, uygulanan kredi faiz oranının %50 puan ilavesi suretiyle bulunacak oranda temerrüt faizi tatbik edileceğini kabul, beyan ve taahhüt eder. Müşteri, aracı kuruluşun dilediği takdirde herhangi bir neden göstermeye peşinen rıza ve muvafakatını almaya ve ayrıca kendisine ihbar ve ihtarda bulunmaya gerek olmaksızın kredi ve temerrüt faizi oranlarını artırmaya, faiz artırma oranlarını bilgi bakımından aracı kuruluşun adresine bildirmeye ve bildirim tarihinden itibaren artırılan faiz oranlarını uygulamaya yetkili ve mezun olduğunu beyan, kabul ve taahhüt eder."

Aracı kurumların standart kredili menkul kıymet çerçeve sözleşmelerinde yer alan ve aracı kuruma tek yanlı olarak faiz artırma yetkisi veren bu türdeki hükümlerin özellikle kredi kullananların kişilik haklarını ve iktisadi faaliyet özgürlüklerini kanuna ve ahlaka aykırı şekilde sınırladığı için geçersiz olduğu doktrinde bir kısım yazar tarafından belirtilmektedir⁸⁴. Bu sebeple aracılık sözleşmelerinde yer alan bu yöndeki hükümler, MK md. 23/II, ve BK md. 19-20 maddeleri uyarınca kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olduğundan batıl olacaktır⁸⁵.

Kredi sözleşmelerini tipik bir karz akdi olarak nitelendiren Doğanay'a göre ise, tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümler, BK md. 19 ile 308/I'e, kişilik haklarına, kanuna, ahlaka ve kamu

⁸⁴ Konu, doktrinde salt bankalar açısından incelenmiş olmakla birlikte, hukuki ilişkide bir farklılık bulunmadığından, varılan sonuçlar bakımından aracı kurumlar açısından da geçerlidir.

⁸⁵ Sungurbey, "Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak, Diledikleri Oranda Artırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd", İstanbul 1994, s.13,14

düzenine aykırı olduğu için geçersizdir ve mahkemelerin bu durumu resen dikkate alması gerekir. Bu görüşe göre, aracı kurum yatırımcı ile kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihteki faiz oranını yatırımcının rızası hilafına ve onun aleyhine artırıp talepte bulunamaz. Zira BK'nun "Faize Müteallik Kaideler" kenar başlıklı maddesinde aynen "Karzda faiz miktarı tayin edilmemişse asıl olan karzın alındığı zaman ve mekanda o nevi karzlarda adet olan faiz miktarıdır." denilmektedir. Bu hükme göre müşterisine kredi açan aracı kurum, ancak krediyi verdiği tarihte kararlaştırılan faiz oranı ile sınırlı olarak faiz isteyebilir, daha fazlasını isteyemez. Aracı kurumun aksine uygulama yaparak yatırımcı aleyhine tek yanlı faiz artırması işlemi geçersiz ve batıldır⁸⁶.

Doktrinadaki diğer bir görüşe ve Yargıtay'ın görüşüne göre ise, kredi faiz oranlarının dilediği gibi değiştirilmesi yetkisini veren ve bu değişikliklerin kayıtsız şartsız kabul edileceğini öngören sözleşme hükümleri emredici hukuk kurallarının olanak verdiği sınırlar içinde geçerlidir⁸⁷. Yargıtay'a göre, vadesiz kredi sürecinde artan kredi faizlerinin müşteri nezdindeki borca da uygulanması imkanını bankaya veren hükümler, MK md. 23 ile BK md. 19 ve 20 anlamında kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık sayılmaz. Bununla birlikte, tek yanlı olarak faiz oranlarını artırma yetkisi veren hükümlerden yararlanmanın "doğruluk ve dürüstlük" kuralları içerisinde olması gerekir. Bu hükümlerden yararlanılarak fahiş oranda faiz uygulanırsa, MK md. 2 hükmüne aykırılık söz konusu olur⁸⁸. Belirtmek gerekir ki bu tür hükümler, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından değerlendirildiğinde, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte kabul edilmelidir.

5.2.3. Temsile İlişkin Kayıtlar

Aracı kurumların yatırımcılarla yaptıkları sözleşmelerde sıklıkla yatırımcının yetkilendirdiği temsilcilerin yetkilerinin kapsamının değiştirilmesi veya sona erdirilmesi halinde, bu durumun yazılı olarak aracı kuruma bildirilmesinin zorunlu olduğuna dair hükümler konulmaktadır. Aşağıdaki hüküm bu duruma örnektir.

"Aracı Kuruma karşı yalnızca aracı kuruma imza örnekleri verilmek suretiyle tasarrufa yetkili oldukları müşteri tarafından bildirilmiş kimseler tasarruf yetkilisi sayılacaklardır. Bu kimselerin tasarruf yetkisi yapılan değişiklikler müşteri tarafından aracı kuruma bildirilinceye kadar, aracı kurum yönünden geçerli olacaktır. TTSG'nde veya başkaca herhangi yayın organında yapılabilecek herhangi bir ilan aracı kurumu hiçbir şekilde bağlamayacak olup, müşteri tasarruf yetkilerinde daralma olduğunu aracı kuruma karşı ileri süremeyecektir."

⁸⁶ Kayar, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulaması", GÜHFD 1997, s.82-93

⁸⁷ Kayar, 1997, s.82-93

⁸⁸ YKD, C.XXIII, s.6, Bkz. Yargıtay 19. HD'nin 4.2.1997 tarih ve E.1996/3416, K.1997/831 sayılı kararı.

Yatırımcı çerçeve sözleşmeleri akdederken, kimi, hangi işlemler için yetkilendirdiğini aracı kuruma bildirmektedir. Kendisine yapılan bildirim BK md. 33/II uyarınca güvenmekte haklı olan aracı kurum, BK md 34/III uyarınca, temsil yetkisinin sona erdirildiği kendisine bildirilmediği sürece temsilcinin yaptığı işlemlerle yatırımcıyı bağlı tutacaktır⁸⁹. Ancak BK'nun anılan maddesi temsil yetkisinin geri alındığını bildirim için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu durumda kanunun öngördüğü suretten şekil şartı aramak suretiyle sapılmasının yatırımcıyı zarara uğratacak nitelikte olup olmadığını incelemek gerekir. Doktrinde geri alma bildiriminin temsilciyi yetkilendiren bildirimle eşdeğer yoldan yapılması aranmaktadır⁹⁰. Diğer bir ifadeyle yetkilendirme yazılı olarak yapılmışsa, yetkiyi geri alma da yazılı olarak yapılabilecektir. Ticaret siciline yapılan kaydın herkes tarafından bilindiği karinesi (TTK md. 39) karşısında yukarıdaki sözleşme hükmünün nasıl değerlendirileceğini de incelemek gerekmektedir. Doktrinde bir kısım yazara göre, sicilin olumlu etkisi emredici bir düzenlemeye dayandığından, aksine bir hükme sözleşmede yer verilemez⁹¹. Diğer bir kısım yazara göre ise, işletme sahibinin sicilin olumlu etkisinden kendi isteğiyle vazgeçmesi mümkün olduğundan ve TTK md. 39/I hükmü emredici olmadığından, bu tür kayıtlar konulmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır⁹². Bu yönleriyle temsil yetkisine ilişkin yukarıdaki şekilde hükümler, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğin md. 47/III hükmü açısından değerlendirildiğinde, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte olmadıkları düşünülmektedir.

5.2.4. Yatırımcı Hakkındaki Bilgilerin Üçüncü Kişilere Aktarılmasına İlişkin Kayıtlar

Aracı kurum standart sözleşmelerinde genellikle "Açıklık" başlığıyla aşağıdaki gibi hükümlere sıkça rastlanmaktadır.

"Müşteri bu sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde durumu, ismi ve unvanıyla birlikte diğer aracı kuruluş ve sair ilgili kuruluşlara duyurulur. Bu duyurudan dolayı aracı kuruluş hiç bir şekilde sorumlu tutulamaz."

Sermaye piyasası mevzuatında, aracı kurumların sır saklama yükümlülüklerini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bankalar açısından ise bu tür bir yükümlülüğün bulunduğu belirtilmektedir⁹³. Yatırımcı, aracı kurumla girdiği iş ilişkisi nedeniyle kendisi hakkındaki bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmasında hiç bir menfaat sahibi değildir. Dolayısıyla sözleşmeye yabancı olan bu kaydın sözleşmeye dahil olduğu konusunda aracı kurumun korunmaya değer haklı bir güveni olduğundan bahsedilemeyecektir⁹⁴. Ancak bu tür bir GİŞ hükmünün bireysel anlaşmanın varlığı halinde geçerli sayılabileceği belirtilmektedir. Öte yandan bu tür bir hüküm, bilginin kime aktarılacağı

⁸⁹ Atamer, 1999 s.244

⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, "Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK m. 33/II, 34/III, ve 37 Karşısında BK m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi", Tandoğan Armağanı, Ankara, 1990, s.207, 210

⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, 1990, s.207,210

⁹² Tekinalp, "Banka Hukukun Esasları", İstanbul 1988, s.284; Atamer, 1999, s.246

⁹³ Tekinalp, 1988 s.296, Kaplan 1996, s.5

⁹⁴ Bankalar açısından, aynı yönde Atamer, 1999, s.247

hususunda herhangi bir sınırlama getirmemekte, bu hususu kişilik haklarına aykırı şekilde aracı kurumun ihtiyarına bırakmaktadır. Dolayısıyla, somut olay bazında menfaatler dengesi çerçevesinde bilginin aktarılmasına imkan olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir⁹⁵. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından değerlendirildiğinde, bu tür hükümlerin müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte sayılabileceği düşünülmektedir.

5.3. Sorumsuzluk Kayıtları

5.3.1. Genel Olarak

Standart sözleşmelerde en yaygın olan hükümler sorumsuzluk kayıtlarıdır. Sorumsuzluk anlaşması BK'nda düzenlenmiş olup, GİŞ'nda borçlunun sorumluluğu kabul etmeyip reddettiği yolundaki beyanları için "sorumsuzluk kaydı" terimi kullanılmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmasının genel bir tanımı şu şekilde verilebilir: Zarar verici, sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce alacaklı ve borçlu arasında açık ve örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan, tazminat isteminin oluşumuna tamamen engel olan hukuki işleme sorumsuzluk anlaşması denir⁹⁶. Sorumsuzluk anlaşması BK md. 99 ve 100/II, III hükümlerinde düzenlenmiştir. Sorumsuzluk anlaşması, borçlunun kural olarak her türlü kusurundan sorumlu olduğunu öngören ve bir yedek hukuk kuralı olan BK md. 98/I'in aksinin taraflarca kararlaştırılmasıdır.

Öte yandan, BK md. 96 uyarınca kusursuzluğunu ispat yükü borçluya yüklenmiştir. Kendi kusursuzluğunu ispat etmedikçe borçlu, meydana gelen her türlü zarardan sorumludur. Ancak BK md. 96 emredici olmayıp, yedek hukuk kuralıdır. Bu nedenle, sözleşme tarafları, kusurun ispatının alacaklıya ait olduğu konusunda anlaşabilirler. Doktrinde kusuru ispat yükünü alacaklıya yükleyen anlaşmalar da maddi bakımdan sorumsuzluk anlaşması sayılmaktadır⁹⁷.

BK md. 99, kural olarak borçlunun sadece hafif ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapılmasına cevaz vermiştir. Diğer bir ifadeyle, borçlunun ağır ihmali ve kastı halinde sorumlu olmayacağına dair kayıtlar batıldır. Borçlunun sözleşmeye aykırı davranışındaki kusur derecesi hafif ihmalden ibaretse, bu durumda BK md. 99/II gereğince hafif ihmale ilişkin sorumsuzluk anlaşması geçerlidir. Ancak BK md 99/II hükmünde, alacaklının borçlunun hizmetinde bulunuyorsa veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa hakimin takdir yetkisine istinaden bu şartı batıl addedebileceği öngörülmüştür. Doktrin ve Yargıtay, "hükümet tarafından verilen imtiyaz" teriminin geniş yorumlamakta; bankalar, sigorta şirketleri gibi kurumlar da hükmün kapsamına dahil edilmektedir⁹⁸. Bu anlamda aracı kurumlar, SPK'ndan izin (yetki) alınarak

⁹⁵ Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bu çerçevede anılan hükmü geçersiz saymıştır. Atamer, 1999, s.248

⁹⁶ Akman, 1976, s.2 ve 5

⁹⁷ Akman, 1976, s.20 ve 46. no.lu dn.'da anılan yazarlar.

⁹⁸ Akman, 1976 s.68 vd., Erten, 1977 s.236, Tekinalp, 1988, s. 292, Kaplan, 1991 s.76

kurulmaları ve aracılık faaliyetlerini gerçekleştirebilmek bakımından⁹⁹ monopol teşkil etmeleri nedeniyle imtiyazlı kuruluşlar olmaları itibariyle hükmün kapsamındadırlar ve hafif kusurdan dahi sorumsuz olduklarına dair standart sözleşmelerdeki sorumsuzluk kayıtlarının butlanına hakim tarafından karar verilecektir¹⁰⁰.

5.3.2.Bazı Özel Sorumsuzluk Kaydı Türleri

5.3.2.1.Kötü İfa Halinde Sorumsuzluk Kayıtları

Aracı kurum standart sözleşmelerinde aşağıdaki gibi hükümlere sıkça rastlanılmaktadır.

"..emrin kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesinden, gerçekleştirilen emirlerde karşı tarafın sermaye piyasası araçlarını teslim etmemesinden ya da bedeli ödememesinden, elinde olmayan nedenlerden, muhabirlerin üçüncü kişilerin kusurundan, gecikmesinden, unutma veya yanılmasından, ihmalden ve elinde olmayan sair nedenlerden aracı kurum sorumlu değildir."

Söz konusu türdeki hükümler, tipik olarak yukarıda anılan şartları haiz olduğundan batıldır. Bu tür kayıtlar, vekil olarak aracı kurumun BK'nun için iyi surette ifa edilmesini öngören md. 390/II hükmü çerçevesinde değerlendirildiğinde, vekalet sözleşmesine hakim olan güven ilkesiyle bağdaştırılmaları mümkün değildir. Ayrıca, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından da, açık bir şekilde, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı niteliktedirler.

5.3.2.2. Sahtelik Nedeniyle Sorumsuzluk Kayıtları

"...aracı kurum kendisine ibraz edilen vekaletnamelerin ve diğer belgelerin sahteliğinden sorumlu tutulmayacak olup, bu gibi belgelerin gerçeğe uygunluğunu incelemek ve araştırmakla yükümlü değildir."

Kural olarak bu tür kayıtlara rağmen, sahtecilik ve tahrifat olaylarında hakim her somut olayın şartları içinde tarafların kusur durumlarını da dikkate alarak karar vermesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır¹⁰¹. Sahte vekaletname ile işlem yapılması halinde aracı kurumun basiretli bir tacirin göstermesi gereken özen borcunu yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağını kabul etmek gerekir¹⁰². Bu sebeple standart sözleşmelerde yer alan, belgelerdeki tahrifat veya sahtecilikten aracı kurumun sorumlu olmayacağı kaydı, BK md. 390, BK 99/II ve 100/III hükümleri çerçevesinde geçerli sayılmayacaktır¹⁰³. Aynı şekilde, bu tür kayıtların anılan Tebliğ'in md.

⁹⁹ Bankalarla birlikte, bkz.dn.7

¹⁰⁰ Manavgat, ücretli bir sözleşme olan aracılık sözleşmesinde, aracı kurumun hafif, kullanacağı yardımcılarının ise ağır ve hatta her türlü kusurundan sorumlu tutulamayacağına ilişkin kayıtların vekalet sözleşmesine hakim olan güven ilişkisi ile bağdaştırılmayacağından, aracılık sözleşmesine koyulamaması gerektiğini ifade etmektedir. Manavgat, 1989 s.33

¹⁰¹ Kaplan, 1991, s.83

¹⁰² Aksi görüşte Atamer, 1999, s.272

¹⁰³ Kaplan, 1991, s.84

47/III hükmü açısından da, açık bir şekilde, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte oldukları kabul edilebilecektir.

5.3.2.3. Ehliyetsizlik Nedeniyle Sorumsuzluk Kayıtları

Yine, aracı kurum standart sözleşmelerinde aşağıdaki gibi hükümler çoğunlukla yer almaktadır.

"Müşteri ya da bir üçüncü kişinin ehliyetsizliğinden doğan bütün sonuçlar müşteriye aittir. Ehliyetsizlikle ilgili hususlar aracı kuruma yazılı olarak ulaştırılmadıkça aracı kuruma bu yüzden hiç bir sorumluluk düşmeyecektir. Özellikle ehliyetsizliğin ilan edilmiş ya da yayın organlarında yayımlanmış olması aracı kuruma özel yazılı bildirim olmadıkça aracı kurumu bağlamayacaktır. "

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aracı kurumun bu tür bir hükme dayanabilmesi için müşterinin çerçeve sözleşmenin kurulması anında tam ehliyet sahibi olması gerekir. Aksi takdirde zaten temel sözleşme hükümsüz sayılacağı için, GİŞ'nin geçerliliği tartışmasına gerek kalmayacaktır¹⁰⁴. Müşterinin ehliyetini sözleşmenin kurulmasından sonra kaybetmesi halinde ise, Türk hukukunda mümeyyiz olmayan kişinin tasarrufunun kanunda öngörülen istisnalar dışında hüküm ifade etmediğini öngören, emredici nitelikteki MK md 15 hükmünün göz önüne alınması gerekmektedir¹⁰⁵. Ehliyetsiz kişi ile işlem yapanın güveni korunmaz ve tam ehliyetsizin yaptığı işlemler geriye etkili olarak baştan itibaren geçersizdir. Dolayısıyla, aracı kurum standart sözleşmelerinde yer alan ehliyetsizlik nedeniyle sorumsuzluk kayıtlarının bu temel kurallara aykırı yorumu ve uygulaması geçerli değildir. Ancak geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlarda işlem geçerli sayılabilir. Eğer temyiz kudretini yitiren üçüncü kişi ise, üçüncü kişinin aracı kurum ile yaptığı işlemi geçersiz kılmayacağı, ancak bildirimde bulunmayı taahhüt etmiş olan müşterinin aracı kurumun zararlarını tazmin yükümlülüğünün doğacağı kabulü gerektiği doktrinde savunulmaktadır¹⁰⁶. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından da, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte bir hüküm olduğu sonucuna varılmıştır.

5.3.2.4. İletişim Araçlarındaki Aksaklıklar Nedeniyle Sorumsuzluk Kayıtları

"Posta servisleri, telgraf, telefon, telefaks veya diğer iletişim sistemlerinin ya da taşıma ve ulaştırma araçlarının kullanılmasından ve özellikle iletişim sırasında kaybolma, gecikme, hata, yanlış anlama, anlamı saptırma, ya da çift (veya daha fazla) bildirim yapılmasından ileri gelen tüm zararlardan ve bunların sonuçlarından aracı kurum sorumlu değildir. "

¹⁰⁴ Atamer, 1999, s.274-275

¹⁰⁵ Tekinalp, 1996, s.148-149

¹⁰⁶ Tekinalp, 1996, s.149, Atamer, 1999, s.276

Bu tür kayıtları iletişim araçlarını kullananın yatırımcı olması ve aracı kurum olması şeklinde ikiye ayırarak değerlendirmek gerekir. Ancak, asıl olan iki tarafın da bu araçlar kullanılarak yaptığı beyanına dürüstlük kuralı uyarınca bir anlam verilmesidir. Karşı taraf bu beyanı dürüstlük kuralı uyarınca nasıl anlamakta haklı ise, o anlam esas alınmalıdır¹⁰⁷. Bu durumda müşteri iletişim araçlarını kullanarak bir beyanda bulunmuş ve bu araçlardaki aksaklık nedeniyle beyan yanlış aktarılmışsa, BK md. 26 ve 27 hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durumda, iletişim hizmetini ifa eden kurum, yatırımcının habercisi sayılır ve meydana gelen aksaklık yatırımcının risk alanına dahil olur. Ancak örneğin, yatırımcının beyanı aracı kuruma düzgün bir şekilde ulaşmış ve fakat aracı kurumun bir çalışanı tarafından yanlış kaleme alınmışsa, bu artık aracı kurumun sorumluluk kabul etmesi gereken bir durumdur ve yatırımcıya yansıtılamaz. Öte yandan, aracı kurumun iletişim araçları vasıtasıyla bulunduğu beyanlar ilişkin olarak da yukarıdaki kural uygulanmalı ve bu aşamadaki aksaklıklar aracı kurumun risk alanına dahil olmalıdır¹⁰⁸.

Dolayısıyla, BK md. 27 ile getirilen yasal düzenlemeyi yatırımcı aleyhine bu şekilde değiştiren kayıtların batıl addedilmesi gerekecektir. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından da, anılan sakınca ortadan kaldırılmadığı sürece bu tür kayıtların müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte olduğu düşünülmektedir.

5.4. Usul Hukukuna İlişkin Kayıtlar

5.4.1. İhtilaf Halinde Yetkili Mahkemenin Seçimi

Aracı kurum standart sözleşmelerinde ihtilaf halinde yetkili mahkeme ve icra dairelerini belirleyen hükümler de standart olarak yer almaktadır. Bu hükümlerin geçerlilik şartı Türk hukukunda tartışmalıdır. GİŞ olarak yetki şartının yazılı olup müşteri imzasını taşıdığı hallerde geçerli olacağı görüşünün yanında, basılı sözleşmelerdeki yetki şartının taraflarca imza edilmiş olsa bile, "zahmetsizce okunabilecek tarzda basılmış" değil ise geçersiz olacağı da savunulmaktadır¹⁰⁹. Öte yandan, geçersizliğin sadece güçlükle okunabilme durumuna hasredilmeyip, yatırımcının tabii yargısından vazgeçmesinin anlamının bilincinde olup olmadığına da bakılmalıdır¹¹⁰. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından incelendiğinde bu tür kayıtların başlı başına müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.

¹⁰⁷ Atamer, 1999, s.276

¹⁰⁸ Tekinalp, 1996, s.153

¹⁰⁹ Atamer ise bu tür bir ayrıma gitmeden, menfaatler dengesi açısından, yatırımcının anayasal güvence altında altında olan doğal hakim önünde dava edilme hakkının ağır bastığını ve dolayısıyla yasal düzenlemeden sapan GİŞ kayıtlarının kamu düzenine aykırı olduğunu savunmaktadır. Atamer, 1999, s.282-283

¹¹⁰ Tekinalp, 1996, s.151

5.4.2. Uygulanacak Hukukun Seçimi

Aracı kurum standart sözleşmeleri uygulanacak hukuku da belirlemektedir. Her ne kadar MÖHUK md. 24, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabi olduklarını öngörerek uygulanacak hukuka ait hükümlere geçerlilik tanımışsa da, GİŞ'nin özellikleri, somut olayın özelliklerinin göz önüne alınmasını gerekli kılar. Bu çerçevede, seçilen hukukun tam anlamı ile olağandışı olması ve bu seçimde bir art niyet bulunması halleri dışında, söz konusu hükümleri geçerli kabul etmek gerekir¹¹¹. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından incelendiğinde, yukarıda anılan durumlar dışında bu tür kayıtların başlı başına müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.

5.4.3. Delil Sözleşmeleri

Delil sözleşmeleri de hemen hemen aşağıdaki şekilde aracı kurum standart sözleşmelerinde yer alırlar.

"Müşteri, bu sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda, aracı kurumun ticari defterlerindeki kayıtların ve müstenidatı belgelerin geçerli olacağını, bu kayıt ve belgelere karşı her türlü itiraz hakkından peşinen feragat ettiğini ve aracı kurumun kayıtlarının kesin delil oluşturacağını beyan, kabul ve taahhüt eder. "

Aracı kurumlarla yatırımcılar arasında çıkan ihtilaflarda aracı kurumun tuttuğu kayıtların geçerli olacağını öngören sözleşme hükümleri delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu tür bir anlaşma HUMK md. 287/II uyarınca kural olarak geçerlidir¹¹². Delil sözleşmesi, kısaca, belirli bir hususun, belirli bir delil ile ispat edileceği hakkında yapılan sözleşmedir¹¹³. Ancak, delil sözleşmesi GİŞ olarak standart sözleşme içinde yer aldığı durumda durum özellik arz eder.

Doktrinde bir görüşe göre, GİŞ içinde yer alan delil sözleşmesi hükümleri ile kanunda öngörülmemiş bir takım delillere geçerlilik tanınması ve bu şekilde senetle ispat yükümlülüğünün bertaraf edilmesi mümkündür. Ancak eğer delil sözleşmesi ile tarafın savunma hakkını kısıtlayıcı boyutlara varan delil sınırlamaları getiriliyorsa, bunların geçerliliği tartışmalıdır. Standart sözleşmeler içinde yer alan delil sözleşmeleri çoğu kez, akdin karşı tarafı olan müşteriyi bazı usuli haklardan yoksun bırakma amacına yönelik olarak yorumlanmaktadır. Burada anayasal düzeydeki hak arama özgürlüğünden ve savunma hakkından yola çıkılmaktadır. Buna göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan hakkını arama ve savunma özgürlüğüne sahiptir. Delil sözleşmesi hükümleri de dava ve savunma hakkının kullanılmasını esaslı olarak zedelediği ölçüde geçersiz sayılmalıdır. Bu görüşe göre, GİŞ arasında yer alan delil sözleşmesi hükümleri ile HUMK'un öngörmediği, caiz saymadığı bir takım ispat araçları, örneğin bilgisayar kayıtları, mikrofilm, mikrofişler caiz delil (HUMK md.218) haline getirilmek isteniyorsa GİŞ'na müşterinin verdiği onay geçerli sayılmalıdır. Buna karşılık GİŞ hükmü

¹¹¹ Tekinalp, 1996, s.152

¹¹² Tekinalp, 1988, s.287

¹¹³ Kuru, "Hukuk Muhakemeleri Usulü", C.II, İstanbul, 1990 s.1976

ile münhasır delil sözleşmesi amaçlanıyorsa, buna verilen global onay, dava ve savunma imkanını esash ölçüde zedeliyorsa, menfaatler dengesi bakımından geçersiz sayılması gerektiği; münhasır delil sözleşmesinin münhasır olmayan delil sözleşmesi biçiminde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁴.

Diğer bir kısım yazar ise, bu tür hükümlerin -GİŞ niteliğinde olmalarına rağmen- münhasır delil sözleşmesi niteliğini taşıdığını ve HUMK md.287/II uyarınca geçerli bulduklarını belirtmektedir¹¹⁵.

Diğer bir görüş, bankacılık işlemlerindeki delil sözleşmelerine ilişkin olarak, GİŞ'na ilişkin denetim ölçütleri çerçevesinde, açık olmayan kayıtların yazan taraf aleyhine yorumlanması ilkesi ve MK. md.2 gereğince GİŞ'nda yer alan kayıtların objektif iyi niyet kurallarına aykırı olabilecek delil sözleşmelerinin geçersiz sayılmasının imkan dahilinde olduğunu ifade etmektedir¹¹⁶.

SPK'nun Seri:V, No:6 sayılı Tebliğ'inin 17/II. maddesinde, telefon ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sözlü olarak emir alınabileceği, bu emirlerde ispat yükünün aracı kuruluşa ait olduğu, ancak müşteri mutabakatını içermeyen aracı kuruluş kayıtlarının tek taraflı delil oluşturamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, sözlü emirlerde, müşteri ile yapılan telefon görüşmelerinin aracı kurum tarafından tutulan ses kayıtları, ancak sözlü olarak verilen emirlerin mutabakatı olarak esas alınabilecek olup, ispat yükü yine aracı kurumda kalmaktadır.

5.4.4.İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

"Aracı kurumun işlemlerinde mutad dikkati göstermiş olduğu karine olarak kabul edilir. Müşterinin aksini iddia etmesi halinde, ispat yükü kendisine aittir."

MK. md. 6 hükmü uyarınca, genel kural, bir vaktadan kendi lehine sonuçlar çıkarmanın bu vakıaları ispat yükünü taşımasıdır. Ancak hayatın olağan akışına uygun düşen kayıtların ispatlanmasının zorunlu olmaması, dürüstlük kuralı uyarınca ispat yükünün yer değiştirmesi gibi ölçütler de söz konusudur. Bu ilkeler gereğince aracı kurumlara düşen ispat yükünün GİŞ yoluyla yatırımcılara yüklenmesi halinde, karşılaştırmalı hukuktan faydalanılacak olursa, AB direktifi eki m.1/q'da "mevcut hukuk düzeni uyarınca diğer tarafa düşen ispat yükünü tüketiciye yükleyen kayıtlar" haksız sözleşme kayıtları¹¹⁷ olarak nitelendirilmiştir. Alman GİŞ Kanunu'nda da GİŞ'ni kullananın ispat yükünü müşteri aleyhine değiştiren her hüküm batıl sayılır. Dolayısıyla, bu hükümlerden hareketle, ispat yüküne ilişkin yasal düzenden sapan her türlü GİŞ'nin sözleşmedeki menfaat dengesini

¹¹⁴ Konuralp, "Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları", Ankara 1999, s.64

¹¹⁵ Tekinalp, 1996, s.152

¹¹⁶ Battal, "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri", BATİDER, 1997, C. XIX, Sa.2, s.135,136

¹¹⁷ <http://www.europa.eu.int>

yatırımcı aleyhine bozduğunun ve bunun aracı kurumun haklı bir menfaatine dayanmadığının kabulü gerekir¹¹⁸.

Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in 3. fıkrası uyarınca "Çerçeve sözleşmesinde Kurul düzenlemelerine ve Borsa mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere ve *emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine* ilişkin hükümlere yer verilemez. Söz konusu düzenleme uyarınca emirlerin ispatı dışındaki her halde ispat yükünün yatırımcı aleyhine değiştirilebileceği sonucuna ulaşmak, kanımca hatalıdır. Zira anılan madde uyarınca müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere yer verilememesi diğer bir ölçüt olarak belirlendiğinden, ispat yükünün yatırımcı aleyhine değiştirilmesi müşterinin haklarını ciddi şekilde zedeliyor ve yalnızca aracı kuruma olağanüstü hak sağlıyorsa, emirlerin ispatı dışındaki ispat yükünü değiştiren hükümler de anılan madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Öte yandan, aracı kurum standart sözleşmelerinde, aşağıdaki şekilde bir beyanın vardığını ispat yükünü yatırımcıya yüklemektedir.

"Aracı kurumun yapacağı her türlü bildirim, yatırımcının aracı kuruma bildirmiş olduğu en son adrese gönderilmek üzere postaya verildiği tarihten 2 gün sonra yatırımcıya ya da yetkili temsilcilerine teslim ve tevdi edilmiş sayılacaktır."

Bu tür kayıtlar, bir beyanın vardığını ispat yükünü beyan sahibine yükleyen kuraldan saparak, beyanın muhatabını bu beyanın kendine varmadığını ispatlamak zorunda bırakmak suretiyle ispat yükünde değişiklik meydana getirmektedir. Alman GİŞ Kanunu'nda bu tür kayıtların hakimın takdirine bağlı olarak batıl sayılabileceği öngörülmüştür. Gerçekten de özellikle makul bir süre öngörülmüş olduğu takdirde, bu tür kayıtların batıl olarak nitelendirilemeyecek, ancak ispat yükünü yatırımcı aleyhine değiştiren bu tür hükümlerin, yatırımcının ispat kabiliyetini, dolayısıyla dava ve savunma hakkını ölçsüz şekilde sınırladığı takdirde batıl addedilebilecektir¹¹⁹. Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından da durum bu çerçevede değerlendirilmelidir.

5.5. Yatırımcının Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar

5.5.1. Vadesi Gelmemiş Borçların Muaccel Hale Getirilmesi

Bu tür hükümlerle aracı kurumlar, yatırımcının ödemedeki sorun çıkarması ve ileride ödeme aczine düşmesi ihtimali karşısında kendilerini güvenceye almak istemekte ve her an bütün müaccel

¹¹⁸ Atamer, 1999, s.286

¹¹⁹ Aksi görüşte Tekinalp, 1996, s.154. Yazar, irade beyanlarının hüküm doğurma anının kanunlarda emredici olarak düzenlenmemiş bulunması ve banka gibi binlerce müşteri ile iş gören işletmelerin irade beyanının hüküm doğurma anını kesinleştirmesinin haklı görülmesi nedeniyle söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu belirtmektedir.

borçları muaccel hale getirme yetkisini ellerinde tutmaktadırlar. Oysa BK md.101 uyarınca, vadesi gelmiş bir borç için borçlunun temerrüde düşürülmesi, bazı istisnalar dışında, aynı alacaklıya karşı var olan diğer borçları açısından herhangi bir etki doğurmaz. Ancak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, olağan ve olağanüstü fesih yoluyla borç ilişkisinin sona erdirilmesi mümkün olup, bu hallerde aracı kuruma var olan alacağını muaccel kılma yetkisinin tanınmasının taraflar arasındaki hak ve borç dağılımında yatırımcıyı mağdur edecek bir dengesizlik yaratmadığının kabulü mümkündür¹²⁰. Bu şekilde konu, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından incelendiğinde, muacceliyet kayıtlarının başlı başına müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.

5.5.2. Kefilin Sorumluluğunun Genişletilmesi

"...kefil, kefaletinden ötürü, müşteri ve diğer kefillerin her türlü borçlarına, müteselsil kefil, müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla kefil ve zamin olduğunu ve bu sıfatla bu sözleşmedeki hükümlerin tamamının kendisi hakkında da uygulanmasını kabul ile söz konusu hükümlerde yer alan hususları aynen kabul ve taahhüt ettiğini, BK'nun 490. maddesinde kefile tanınan haklardan feragat ettiğini, kredi ve bu sözleşmeden doğan, aracı kuruluşun alacağı için işlemiş ve işleyecek faizlerin tamamından 1 senelikten fazla dahi olsa sorumlu olduğunu, BK'nun 493 ve 494. maddelerindeki kefaletten kurtulma haklarından feragat ile bu maddelere dayanarak aracı kuruluşa karşı hiç bir istekte bulunmayacağını beyan, kabul ve taahhüt eder.

Kefil, müşterinin ödemelerini tatil etmesi, borçlarını ödemekte acze düşmesi, iflasa maruz kalması veya kredinin kat'ı veya herhangi bir sebeple kredi borcunun geri ödeme sorumluluğunun doğduğu hallerde müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla tarafına herhangi bir ihbarda bulunmaksızın borçlarının muaccel hale geleceğini, bu gibi hallerde aracı kuruluştan borçlu aleyhine takibata geçilmesini ve kefaletten kurtulmayı talep etmeyeceğini ve bu haklarından şimdiden feragat ettiğini beyan, kabul ve taahhüt eder. Kefil, müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla BK'nun 500 ve 502. maddeleri ile tarafına tanınan haklardan şimdiden feragat ettiğini, ... beyan, kabul ve taahhüt eder.

Bu tür hükümler açıkça kefilin korunması için öngörölmüş olan tüm kanuni düzenlemeleri GİŞ ile tek tek bertaraf etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yasa koyucunun kefalet akdinde taraflar arasında adil bir denge kurmak için öngördüğü yedek hukuk kurallarının tümü, aracı kurumlar tarafından uygulama dışı bırakılmakta ve adeta ikinci bir borçlu yaratılmaktadır. Özellikle kefil olmanın genellikle kefalet sözleşmesini hiçbir karşılık beklemeden akdettiği göz önüne alındığında, kefilin

¹²⁰ Atamer, 1999, s.260,261

yasanın öngördüğü bütün haklardan mahrum bırakılmasını, sözleşme tipinin amacına aykırı ve kefilî ölçüsüz derecede mağdur edici olarak batıl saymak gerektiği ve GİŞ yoluyla bertaraf edilen tüm yedek hukuk kurallarının yeniden uygulanma imkanına kavuşturulması gerektiği belirtilmektedir¹²¹. Bu çerçevede konu, Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'in md. 47/III hükmü açısından incelendiğinde, bu tür kayıtların müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

¹²¹ Atamer, 1999, s.262-267

ALTINCI BÖLÜM SONUÇ

Çağımızın ekonomik ve toplumsal alandaki gelişmeleri, girişimcinin ekonomik ve entelektüel üstünlüğüne dayanarak, önceden, tek yanlı olarak belirlediği, sadece girişimcinin menfaatini gözetken genel işlem şartlarından oluşan standart sözleşmelerin oluşumuna yol açmıştır. Sözleşmenin karşı tarafının ise kendi aleyhine olan bu hükümlere karşı pazarlık gücü yokolmuş ve Borçlar Hukukunun temel prensibi olan sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin güçlü olan tarafı için tek yanlı bir ayrıcalık haline gelmiştir. Bu durum karşısında sözleşmenin güçsüz tarafının bu tür standart sözleşmelere karşı korunması gerekliliği gündeme gelmiştir.

Ülkemizde bankacılık alanında yaygın olarak kullanılan standart sözleşmeler ve genel işlem şartları, aracı kurumlar bazında da aynı yaygınlıkta kullanılır olmuştur. Aracı kurumların, yatırımcılarla akdettikleri aynı türden ve çok sayıdaki aracılık sözleşmeleri için, önceden tek yanlı olarak saptayıp standart sözleşmeleri içine dahil ettikleri genel işlem şartları, yatırımcıya aynen kabul edilmek üzere sunulmakta ve sözleşme içeriğinin tek belirleyicisi olmaktadır. Aracı kurum kendi çıkarlarını en üst düzeyde korumak üzere, sadece kendi lehine olan şartlar saptamakta, sözleşmenin tarafları arasında makul bir denge kurmak için öngörülmüş olan tüm yedek hukuk kurallarını bertaraf ederek kendi sorumluluğunun doğmasını gerektiren tüm sonuçları yatırımcıya aktarmaktadır. Yatırımcı ise, bu şekilde belirlenen şartları ya hiç değiştirmeden kabul etmek ya da o aracılık sözleşmesini hiç kurmamak ve bunun sonucu olarak piyasada işlem yapamamak durumunda kalmaktadır.

Aracı kurumun genel işlem şartları konusunda sözleşmenin içeriğini belirlemek bakımından yatırımcıya herhangi bir müzakere olanağı vermemesinin yanı sıra, yatırımcının konu hakkındaki bilgisizliği, onun kendisine sunulan kısa zaman dilimi içerisinde, bu şartları okuyup mahiyetini kavraması, kavrasa dahi bunların değiştirilmesi için girişimde bulunmasını adeta olanaksız hale getirmektedir. Ayrıca yatırımcının daha elverişli bir sözleşme içeriği elde etme imkanı, aracı kurumların hemen hemen birbirinin aynı olan genel işlem şartları kullanıyor olmaları nedeniyle fiilen imkansızdır.

Tüm bu olumsuz koşullar genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmelerin denetlenmesi gereğini doğurmuştur. Bu alanda bir çok ülkede yasal düzenlemeler yapılmış; Avrupa Birliği tarafından 1993'te kabul edilen "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Kayıtlar Hakkında Direktif" ile özellikle genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin gerekli yasaları çıkarmak bakımından bağlayıcı bir düzenleme getirilmiş; üye ülkelerin büyük çoğunluğu da söz konusu direktifi iç hukuklarına aktarmışlardır.

Ülkemizde ise, doğrudan doğruya genel işlem şartlarını düzenleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Bu alandaki tek düzenleme, SPK'nun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nin 47/III. maddesi ve geçici madde 3 ile yapılan değişikliktir. Bu hükümlerle, aracılık sözleşmelerinde yer alan müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere yer verilemeyeceği öngörülmüştür. Anılan Tebliğ değişikliği ile genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükümlerini sözleşmelerden çıkarmak yükümü aracı kuruluşlara yüklenmiş ve bunun yerine getirilmesi için aracı kurumlara 3 aylık bir süre

verilmiştir. Söz konusu düzenleme yatırımcıların genel işlem şartlarından korunması bakımından faydalıdır. Zira bu sayede aracı kurumlar, genel işlem şartı niteliğindeki hükümleri standart sözleşmelerinden çıkaracaklar, piyasadan bu şartların elenmesiyle yatırımcıların bu tür şartlar ile karşılaşmaları önlenmiş olacaktır. Bu bakımdan SPK Tebliğ değişikliği ile getirilen düzenleme bir nevi idari denetim olarak kabul edilmelidir.

Söz konusu Tebliğ hükmüne rağmen aracılık sözleşmelerinde bu tür kayıtların varlığını devam ettirmesi mümkündür. Bu halde, sözleşmelerdeki kayıtların yatırımcı aleyhine sonuç doğurmasının engellenebilmesi için, sonradan denetimin uygulanması söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle, yatırımcı ile aracı kurum arasında standart sözleşmenin içerdiği genel işlem şartı niteliğindeki kayda veya kayıtlara ilişkin uyumsuzluk çıkması ve dava edilmesi halinde, kayıtların yorumu, tamamlanması, değiştirilmesi ya da geçersiz sayılması hakim görevine girecektir. Hakim, genel işlem şartlarının içerik denetimini gerçekleştirirken, şartların yorumuna ilişkin olarak, uygulamada geliştirilen yorum ilkelerinden faydalanabilecek ve bu kayıtların geçersiz sayılmasına ilişkin olarak ahlaka aykırılık görüşü, gabin görüşü, objektif iyi niyet dayanan (MK. md.2) görüş, anayasal ilkeler ve sosyal devlet ilkesine dayanan görüş ve geliştirilecek diğer görüşlerin her birinden yararlanabilecektir. Belirtmek gerekir ki, uygulamada Yargıtay genellikle objektif iyi niyete dayanan görüşü benimsemiştir.

Ancak her ne kadar genel işlem şartlarının denetlenmesi konusunda yukarıda belirtilen yöntemlerle sonuca ulaşılması mümkün görülüyorsa da, söz konusu yöntemlerin ancak uyumsuzluk çıktığı takdirde uygulanabilmesi ve önceden bir denetim imkanının mevzuatta öngörülmemiş olması nedeniyle, bu konuda bir yasal düzenleme gerekliliği halen devam etmektedir. Bu, başlı başına genel işlem şartlarını düzenleyen bir kanun olabileceği gibi TKHK'nda yapılacak bir değişiklikle de olabilecektir. Bu aşamada, örnek verilen yurtdışı düzenlemelerde öngörüldüğü gibi hangi hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği, hangi hükümlerinse hakim takdirine bağlı olarak geçersiz sayılacağına ilişkin bir liste verilmesi içerik denetiminin somutlaştırılabilmesi için gerekli bulunmaktadır.

Bir diğer çözüm ise, aracı kurum standart sözleşmeleri bakımından SPKn.'nda değişiklik yapılarak, Kurul'a gerçek anlamda bir idari denetim görevi yüklenmesidir. Sigorta genel işlem şartlarına ilişkin olarak SMK'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında sigorta genel şartları ve tarifeleri ile bunlara ait talimatların Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın onayına tabi olduğu öngörülmüştür. Burada, idari makamın gerçekleştirilmesi gereken resmi bir onay söz konusudur ve bu onay olmaksızın sigorta sözleşmelerine o genel işlem şartlarının konulması mümkün değildir. Aynen bu şekilde, SPKn.'nda yapılabilecek bir değişiklik ile aracı kurumların kullandıkları genel işlem şartlarına Kurul'un onay vermesi zorunluluğu getirilmesi sorunun çözülmesi bakımından faydalı olacaktır. Bu anlamda, genel işlem şartlarının aracı kurum tarafından düzenlenmiş olmasına rağmen SPK tarafından onaylanmış olması, bunların genel işlem şartları niteliğini ortadan kaldırmayacak, yargısal denetim yolu her zaman açık olacaktır. Nitekim sigorta genel şartları açısından bu tür bir denetim öngörülmüş olmakla beraber bu şartların her zaman hakim tarafından denetlenmesi mümkündür. Ayrıca genel işlem şartlarına onay verilmeyen aracı kurum da bu olumsuz karara karşı dava açma olanağına sahip olacaktır.

Bunun dışında uygulanabilecek bir diğer yöntem ise, genel işlem şartlarının kollektif biçimde hazırlanması yöntemidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, özellikle İsviçre'de uygulanan bu yöntemde amaç, ilgili meslek kuruluşu ve gerekli diğer katılımcılar tarafından bir örnek hale getirilmiş genel işlem şartları koymak ve bu yolla dolaylı bile olsa denetim sağlamaktır. Sermaye Piyasası Kanunu'nda

değişiklik yapılmasını öngören kanun tasarısında, aracı kuruluşların tüzelkişiliği haiz, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'ne, üye olmak için başvurmak zorunda oldukları öngörülmüş, birliğin görevleri arasında *meslek kurallarını oluşturmak* ve haksız rekabeti önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak, düzenlemeler yapmak, yürütmek ve denetlemek sayılmıştır. Oluşturulması öngörülen birlik ve yatırımcı temsilcilerinin katılımı ile, mevcut ilke ve esaslardan yararlanılarak, “örnek şartlar” oluşturulması ve bu yolla genel işlem şartlarının tek yanlılığının sınırlandırılması mümkündür.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Şebnem
1999 Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara
- AKMAN, Sermet
1976 Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul
1979 "Genel İşlem Şartları", Yargı Dergisi, Sa. 35, s.13 vd.
- ATAMER, Yeşim
1999 Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul
- BAHTİYAR, Mehmet
1997 "Sigorta Poliçesi Genel Şartları", BATİDER, C. XIX Sa. 2 s. 89-108
Ankara
1996 "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması", YD, Sa. 1-2
s.76-98
- BAŞPINAR, Veysel
1998 Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara
- BATTAL, Ahmet
1997 "Bankacılık Sözleşmelerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri", BATİDER C. XIX, Sa. 2, s. 125-140, Ankara
- BERZEK, Ayşe Nur
1995 "Sermaye Piyasası'nda Aracılık Faaliyeti", Reha Poroy'a Armağan, s. 51-65, İstanbul
- BROWNSWORD, Roger ve G. HOWELLS
1995 "The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts, Some Unresolved Questions", JoBL, s.243-263
- BUDAK, Ali Cem
1991 "Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadiil Sözleşme Hükümlerine Karşı Korunması", YasaHD, C.XIV, s. 765-777
- EREN, Fikret

- 1991 Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara
ERTEN, Ali
- 1977 Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara
GEZDER, Ümit
- 1998 Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Ankara
GÜNAL, Vural
- 1999 "Aracı Kurumların Müşterileri ile İmzaladıkları Sözleşmeler Üzerine", MSYD, Sa. 301, s.92-97
KAPLAN, İbrahim
- 1996 Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara
1995 "Portföy Yönetim Sözleşmesi", BATİDER, C. XVIII, Sa. 1-2, Ankara
1991 "Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları", BATİDER, C. XVI Sa. 2, s. 48-89
1988 "Sözleşmelerin Hakim Tarafından Yorumu", Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, s. 420-462, Ankara
KAYAR, İsmail
- 1997 "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulaması", Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, GÜHFD, s. 82-93
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip
- 1990 "Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK m. 33/II, 34/III, ve 37 Karşısında BK m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi", Tandoğan Armağanı, Ankara
KONURALP, Haluk
- 1999 Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara
KURU, Baki
- 1990 Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul
MANAVGAT, Çağlar
- 1989 Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara
1991 Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara
MORRIS, Simon
- 1989 Financial Services. Regulating Investment Business, London
OĞUZMAN, M. Kemal ve M.T. ÖZ
- 1998 Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul

- POROY, Reha
1978 "Tüketicilerin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s. 513-550, İstanbul
- REİSOĞLU, Safa
1990 Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul
- REHBINDER, Manfred
1977 "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", (Çev.Ömer Teoman) E. Hirsch'e Armağan, İHFM Özel Sayısı C. XLIII, Sa. 1-4, s.641-653
- SEROZAN, Rona
1996 "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", YasaHD, C. XV, s. 579-598
- SUMER, Ayşe
1998 "Portföy Yönetim Şirketlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Davaları", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İÜHF Yayını, İstanbul
- SUNGURBEY, İsmet
1994 Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak, Diledikleri Oranda Artırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul
- TANDOĞAN, Haluk
1977 Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması, Ankara
- TANÖR, Reha
1999 Türk Sermaye Piyasası, C.I, İstanbul
- TEKİNALP, Ünal
1996 "Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, İstanbul
- TEKİNALP, Ünal
1988 Banka Hukukunun Esasları, İstanbul
- TEKİNAY S. Sulhi ve Başk.
1988 Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul
- Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları,
1995 DPT Yayını, C.II, Tüketicinin Korunması, Ankara
- ÜNAL ,Oğuz K.
1997a Türk ve ABD Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara

- 1997b "Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği", GÜHFD, C. I, Sa. 1 s. 81-113
- YAVUZ, Levent
- 1995 "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Tüketici Sözleşmelerinde Adil Olmayan Sözleşme Şartları", TBBD, 1995/2 s.260-270
- <http://www.of.gov.uk>
- <http://www.europa.eu.int>