

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Yüksek Lisans Tezi

Sinem CAMCI

1050Y77204

Danışman: Doç. Dr. Muzaffer ŞEKER

İstanbul, Nisan 2014

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Yüksek Lisans Tezi

Sinem CAMCI

1050Y77204

İstanbul, Nisan 2014

GENEL İŞLEM KOŞULLARI

ÖZET

Sözleşmelerin kurulmasında egemen olan öneri (icap) ve kabul ile oluşan ve tarafların karşılıklı müzakereleri neticesinde gerçekleşen bireysel sözleşme anlayışı bugün artık terk edilmektedir. Bu sözleşmelerin yerini, içeriğini genel işlem koşullarının oluşturduğu formüler sözleşme denilen sözleşmeler almaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 2003 yılında eklenen bir madde ile sözleşmelerdeki haksız şartlar hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulları 6 madde ile düzenlenmiştir. Bu çalışmada TBK ile getirilen yenilikler ele alınmıştır.

GENERAL TRANSACTION STIPULATIONS

ABSTRACT

Prevailing understanding of establishing contracts through offer and acceptance and mutual negotiation between parties has been abandoned. It has been replaced by the understanding of formulary contracts that are composed of general transaction stipulations. Unjust stipulations in contracts are prevented through an appended clause in the Code about Protecting Consumers in 2003. In Turkish Law of Obligation includes 6 clauses ruling general transaction stipulations. In this study, the new amendments ruling general transaction stipulations in Turkish Law of Obligation are discussed.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

| | |
|-----------------------------|------|
| Özet (Abstract)..... | iii |
| Kısaltmalar Listesi..... | viii |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ ve GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI

| | |
|--|----|
| I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi | 3 |
| II.Genel İşlem Koşulları Kavramı | 4 |
| A. Genel Olarak | 4 |
| B. Genel İşlem Koşullarının Tanımı , Unsurları ve Hukukî Niteliği | 7 |
| 1. Tanım | 7 |
| 2. Unsurları | 9 |
| a. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Düzenlenmeleri | 9 |
| b. Bir Sözleşmenin İçeriğini Oluşturmaları | 10 |
| c. Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Üzere Düzenlenmeleri | 13 |
| d. Tek Taraflı Olarak Belirlenmesi | 16 |
| 3. Değerlendirmede Önem Taşımayan Noktalar | 17 |
| 4. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği | 19 |
| a. Norm Teorisi | 20 |
| b. Sözleşme Teorisi..... | 21 |
| c. Kanaatimiz | 22 |

İKİNCİ BÖLÜM
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK
DENETİMİ ve YORUMU

| | |
|---|-----------|
| I. Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi..... | 23 |
| II. Genel İşlem Koşullarının Yürürlük Denetimi..... | 24 |
| A. Genel Olarak..... | 24 |
| B. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi ... | 26 |
| 1. İlişkilendirme Anlaşması | 26 |
| a. Genel Olarak | 26 |
| b. Düzenleyenin Açık İrade Beyanının Olması | 28 |
| aa. Karşı Tarafı Açıkça Bilgilendirme..... | 29 |
| aaa. Genel İşlem Koşullarının Karşı Tarafa Teslimi veya | |
| Açıkça Bu Koşullara Yollama Yapılması | 30 |
| bbb. Genel İşlem Koşullarının İlan Edilmesi..... | 33 |
| c. Karşı Tarafın Kabul Beyanı | 35 |
| aa. Genel Olarak | 35 |
| bb. Tam (Açık) Bilinçli Kabul | 36 |
| cc. Genel (Global) Bilinçli Kabul..... | 36 |
| 2. İlişkilendirme Anlaşması Açısından Bazı Özel Durumlar ... | 38 |
| a. Genel Olarak | 38 |
| b. Fatura, İrsaliye, Bilet Gibi Belgelerde Yer Alan Genel İşlem | |
| Koşulları | 40 |
| c. Teyid Mektubunda Yer Alan Genel İşlem Koşulları | 43 |
| d. Ticari Teamül veya Örf ve Adet Hukuku Haline Gelen Genel İşlem | |
| Koşulları | 44 |
| e. Çerçeve Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem | |
| Koşulları..... | 47 |

| | |
|--|-----------|
| 3. İlişkilendirme Anlaşmasına Rağmen Bazı Koşulların Yürürlük Kazanamaması | 48 |
| III. Yürürlük Denetiminin Sonuçları (Yazılmamış Sayılma)..... | 52 |
| A. Genel Olarak | 52 |
| B. Sözleşmenin Geri Kalan Kısmı Açısından Değerlendirme | 59 |
| C. Sözleşme Boşluğunun Tamamlanması | 64 |
| IV. Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması | 65 |
| A. Genel Olarak | 65 |
| B. Genel İşlem Koşullarının Yorumunda İzlenecek Yöntem | 67 |
| 1. Belirsizlik Halinde Yorum İlkesi | 67 |
| 2. Subjektif ve Objektif Yöntemleri | 69 |
| 3. Daraltıcı Yorum İlkesi..... | 71 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

| | |
|--|-----------|
| I. Genel Olarak | 72 |
| II. Yasal Düzenlemelerden Önce İçerik Denetiminde Yararlanılan Bazı Hukuki Olanakların İncelenmesi..... | 74 |
| A. Dürüstlük Kuralı | 75 |
| B. Ahlaka Aykırılık | 78 |
| C. Aşırı Yararlanma | 79 |
| D. Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisi..... | 80 |
| E. Değerlendirme | 82 |

| | |
|--|-----------|
| III. İçerik Denetiminin Hukukî Sonuçları..... | 82 |
| A. Kısmî Hükümsüzlük | 82 |
| 1. Genel Olarak Kısmî Hükümsüzlük | 82 |
| 2. İçerik Denetiminin Hukuki Sonucu Olarak Kısmî Hükümsüzlük | 83 |
| B. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması | 84 |

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ USUL HUKUKU İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

| | |
|---|-----------|
| I. Yetkili Mahkeme Tayini | 88 |
| II. Yetki Sözleşmesi..... | 89 |
| III. Delil Sözleşmeleri..... | 90 |
| IV.İspat Yükünün Yer Değiştirmesi..... | 91 |
| | |
| SONUÇ..... | 93 |
| EKLER..... | 97 |
| KAYNAKÇA..... | 98 |

GİRİŞ

Borçlar hukukunun en temel kavramlarından biri, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke, taraflara diledikleri kişilerle diledikleri sözleşmeyi kurma ve içeriğini belirleme hakkı verdiği gibi sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğünü de kural olarak vermektedir. Bu şekliyle sözleşme özgürlüğü, menfaatleri farklı olan fakat bununla birlikte eşit imkânlarla ve eşit iktidara sahip olan tarafları sözleşme yoluyla ortak bir paydada bir araya getirmektedir.

Nitekim tarafların sözleşme şartları konusunda müzakere edebildiği, bir tarafın diğer taraftan daha güçlü olmadığı, her iki tarafın da kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu Borçlar Kanununun temelinde yatan “klasik sözleşme modeli” günümüzde yerini “genel işlem koşulları” olarak adlandırılan matbu sözleşme kayıtlarına bırakmıştır. Genel işlem koşulları, tarafların sözleşmeyi kurarken özgür iradeleriyle kararlaştırdıkları asli edim yükümlülükleri dışında (semen, mal veya hizmetin türü) sözleşmenin kurulması, devamı ve sona ermesinden sonra aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan kuralların belirlenmesine hizmet etmektedir.

Tarihsel sürecine bakıldığında sanayi devriminin bir sonucu olarak karşımıza çıkan genel işlem koşulları, el tezgâhlarında yapılan üretimin yerini fabrikalardaki üretimin aldığı ve kişilere yönelik hizmet arzının kitlelere yönelik hizmet arzına dönüştüğü bir dönemde bireysel sözleşmelerin yerini almıştır. Özünde gerek hukukî ilişkilerde zamandan tasarruf sağlanması gerek aynı konuda

farklı sözleşmeler yapmanın yol açacağı çok sayıda farklı davaya muhatap olma riskini en aza indirme amacına hizmet eden genel işlem koşulları yoluyla sözleşme içeriği standart hale getirilmekte ve herhangi bir uyuşmazlığa meydan bırakmamak için sözleşmenin tüm noktaları önceden tespit edilmektedir.

Sözleşme özgürlüğünün ruhuna aykırı bir durum olarak ortaya çıkan genel işlem koşullarının bir sözleşmede kullanılması o sözleşmeyi bireysel sözleşme olmaktan çıkararak standart sözleşme haline getirmektedir. Genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelerde taraflar arasında ekonomik, kültürel veya sosyal bakımdan bir denge yoktur ve sözleşme içeriğinin belirlenmesi esnasında karşılıklı anlaşma ve tartışma olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kendi menfaatini koruyamayan taraf, söz konusu mala veya hizmete ulaşmak için kendi aleyhine olan sözleşme içeriğini kayıtsız şartsız kabul etmek zorunda kalmakta ve adeta kabul veya ret beyanını bildirmekten başka bir işlem yapmamaktadır.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi konusunda Türk hukukunda mevcut olan düzenleme boşluğu ilk defa 2003 tarihinde yapılan bir değişiklik ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6.maddesinde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” ile kısmi olarak doldurulmuştur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kısmi bir koruma sağlamaktadır. Çünkü, bu kanunun 6.maddesi uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkanını getirmekte ve dolayısıyla tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi, düzenleme alanının dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki düzenleme

Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 1993 tarihli Avrupa Birliği Yönergesi doğrultusunda, tüketici sözleşmelerinde kullanılan, genel işlem koşulu niteliği taşımayan ancak pazarlık konusu yapılmamış olan bütün “haksız” sözleşme koşullarını denetlemeye yönelik hükümler içermektedir. Diğer bir ifadeyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki düzenleme sadece genel işlem koşulları ile sınırlı değildir.

Taraflardan birinin yapmak istediği bir sözleşmeyi, istemediği bir içerikle yapmak zorunda kaldığı ve piyasanın eşit iki tarafından biri konumundayken sözleşmeyle kendisine sunulan edime ulaşabilmek için gerek ekonomik gerekse sosyal bakımdan sözleşmenin zayıf ve dolayısıyla korunmaya muhtaç tarafını oluşturan ve bu haliyle zarar gören adalet anlayışının yeniden tesisi amacıyla bugüne kadar yargısal içtihatlar yoluyla çözülmeye çalışılan genel işlem koşulları, 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ile 25.maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerde tüketici/tüketici olmayan sözleşme tarafı ayrımı yapılmamış ve genel işlem koşulları kullanılan bütün sözleşmelerin denetlenmesine imkân verilmiştir.

Bu çalışmanın konusunu, genel işlem koşulları oluşturmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılması için öncelikle sözleşme özgürlüğü incelenecektir. Daha sonra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çerçevesinde genel işlem koşulları incelenecek ve bu konunun kaynağını oluşturan Alman Hukukundaki düzenlemelere değinilecektir. Buna karşılık, özel kanunlardaki genel işlem koşullarının sadece ortak hükümlerine çalışmamızda yer verilecektir.

Çalışmamızda sözleşmenin taraflarını ifade ederken Türk Borçlar Kanunu’nda kullanılan terimlere bağlı kılmayı tercih ettik. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasından önce genel işlem koşullarını hazırlayan tarafa “düzenleyen” terimini kullanacağız. Genel işlem koşulları kendisine sunulan tarafa ise “karşı taraf” terimini kullanacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ ve GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI

I.Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Bireylerin, hukuki ilişkilerini kendi iradeleri ile düzenlemelerini ifade eden irade özgürlüğü sözleşme kavramının temelini oluşturur. Bu anlamda irade özgürlüğü, devletin müdahalesi olmaksızın, sorumluluğun tamamıyla bireylere ait olduğu ve bireylerin kendi geleceğini yine kendilerinin belirlediği bir özgürlük biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

İrade özgürlüğünün özel hukuktaki en önemli görünümünü oluşturan sözleşme, bireylerin, hukuki ilişkilerini, karşılıklı anlaşma yoluyla serbestçe düzenlemeleridir. Sözleşme, özel hukuk alanında haklar edinilmesinde ve borç altına girilmesinde önemli bir hukuki kurumdur¹.

Sözleşme özgürlüğünde esas olan, tarafların sözleşme konusu üzerinde serbestçe müzakere etmeleri ve hükümlerini buna göre oluşturmalarıdır. Bu husus, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümüdür fakat sözleşme özgürlüğünün tamamını oluşturmamaktadır. Sözleşme özgürlüğü kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılır. Bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir².

Türk hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü, 1982 Anayasası ile teminat altına alınmış bulunmaktadır. 1982 Anayasasının “Sosyal Haklar ve Ödevler” başlıklı 3. bölümünde ve “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48.maddede “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” demek suretiyle sözleşme özgürlüğü ilkesi anayasal bir zeminde hüküm altına alınmıştır³.

¹Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2003, s.25-26.

²Selahattin Sulhi Tekinay vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.362 vd; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1, 4. b., Ankara: Vedat Kitabevi, 1985 ,s.9 vd.

³Alman Hukukunda sözleşme özgürlüğünün Anayasal temeli, Alman Anayasası'nın “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi” hakkını öngören 2.maddesinin 1.fikrasına dayandırılmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü bu hükümle birlikte herkes için bir hak olarak düzenlenirken devlet de, ekonomik gelişimin sağlıklı işlemesi ve zayıfların korunması için, gerekli tedbirleri alma ödevini yüklenmiştir⁴.

Genel olarak kişilerin borçlar hukuku alanındaki hak ve yükümlülüklerini ve akdi ilişkilerini özgür iradeleriyle belirleyebilmeleri olarak tanımlanan⁵ sözleşme özgürlüğü, mutlak ve sınırsız bir özgürlük değildir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 26.maddesinde "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." demek suretiyle bu özgürlüğün "kanunda öngörülen" sınırlarının olabileceği kabul edilmiştir. Sınırları belirlenmiş olan bu özgürlük, sözleşme özgürlüğünün günümüzde taşıdığı anlamı karşılamaktadır. Sosyal adalet düşüncesi ile paralel olan bu anlam, irade özgürlüğüne diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğüne gölge düştüğü oranda sözleşmeye müdahale imkânını getirmektedir.

II. Genel İşlem Koşulları Kavramı

A. Genel Olarak

Sanayi devrimi ile birlikte sosyal ve ekonomik ilişkiler hızla gelişmiş ve sözleşme taraflarının bir araya gelerek sözleşme koşullarını müzakere etmesi mümkün olmamaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak sözleşme, taraflardan birinin önceden hazırladığı buna karşılık diğer tarafın, bunları tartışma ve değiştirme olanağının bulunmadığı bir hal almıştır. Günümüzde başta bankacılık, ulaşım ve sigortacılık alanında olmak üzere kitlelere mal ve hizmet sunulmasına yönelik sözleşmelerin içeriğini taraflar müzakere ederek değil; standart ve genel nitelikli hükümler koymak yoluyla tayin etmeye başlamışlardır.

İşletmelerin sunduğu mal ve hizmetlerin birbirine benzemesi sonucunda, sunulan bu mal ve hizmetlerin unsurlarında standart düzenlemeler yapma ihtiyacının temelinde başlıca iki neden bulunmaktadır.

⁴1961 Anayasasında sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenleme, "Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler" başlığı altında değil, "Temel Haklar ve Özgürlükler" başlığı altında yer almıştır.

⁵Sözleşme özgürlüğü ilkesinin değişik tanımlamaları için bk. Tekinay vd., **a.g.e.**, s.26 vd; Tandoğan, **a.g.e.**, s.9.; Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2.b., İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001, s.26 vd.; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara: 'y.y.', 1998, s.16.

Bunlar:

-zaman ve emek tasarrufu sağlamak,

-işletmelerin ileride ortaya çıkma ihtimali olan sözleşmesel veya başka kaynaklardan doğabilecek sorumluluklarını ortadan kaldırmak ya da asgariye indirmek

olarak sıralanabilir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflardan sadece birinin hazırladığı bir sözleşmeyi, diğer tarafın tartışma ve değiştirme olanağı bulunmadığı bir halde “katılma” suretiyle yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira sözleşmenin bir tarafı sözleşmeyi dilediği gibi ve kendi lehine olacak şekilde hazırlarken diğer taraf önceden matbu olarak hazırlanmış sözleşme koşullarını değiştirme olanağından yoksun bulunmaktadır. İşte bu şekilde tek taraflı olarak hazırlanan ve karşı tarafa değiştirme olanağının verilmediği koşullara “genel işlem koşulları” adı verilmektedir.

Doktrinde genel işlem koşulları (şartları), standart sözleşme, iltihaki sözleşme⁶, çerçeve sözleşme, formüler sözleşme, kitlesel sözleşme gibi terimlerle aynı anlamda kullanılmaktadır⁷.

Kanaatimizce standart sözleşme ile iltihâki sözleşme terimleri genel işlem koşulları ile aynı anlamda değildir. Çünkü standart sözleşmelerin içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşulları oluştururken, genel işlem koşulları, bu sözleşmenin içeriğini oluşturan sözleşme hükümleridir. Dolayısıyla içeriğinde kısmen de olsa genel işlem koşulları bulunduran sözleşmeler standart sözleşme olarak nitelendirilebilir. İltihâki sözleşmeler ise kamusal hizmet sağlayan kuruluşların kullandığı standart sözleşmelerdir. Diğer bir ifadeyle kamusal nitelikte hizmet sağlayan kuruluşların, hizmetten yararlanmak için kendisine başvuran kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler iltihâki sözleşmelerdir. Bu itibarla standart sözleşme kamusal olan veya olmayan tüm hizmetleri kapsar ve iltihâki sözleşmeleri de içine alır. Bu gerekçelerin ışığı altında genel işlem koşullarının yerine standart ya da iltihâki sözleşme terimlerini kullanma imkânımız bulunmamaktadır⁸.

⁶Şebnem Akipek, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 1999, s.224.

⁷Havutçu, **a.g.e.**,s.12-13.; Nami Barlas, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, **Prof.Dr. Erdoğan Moroğluna 65.Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, s.807.

⁸Bazı yazarlar iltihaki sözleşme ve standart sözleşme kavramlarını aynı anlamda kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek, **a.g.e.** , s.224.Aksi görüşte olan yazarlar için bkz. Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, I. b., İstanbul: XII Levha Yayıncılık, Ekim 2009,s.48-49.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2013, s.26.

İki taraflı bir hukuksal işlem olan sözleşme, temelde, hukuken eşit konumda olan taraflar arasında gerçekleşmektedir. Oysaki genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelerde, bir taraf diğerine göre korunmaya daha muhtaç konumdadır ve dolayısıyla bozulan eşitliğin yeniden tesisi için genel işlem koşullarına müdahale edilmeli ve bu koşullar denetlenmelidir.

Avrupa Topluluğu 5.4.1993 tarih ve 93/13/EWG sayılı direktifinde tüketici bireysel sözleşmelerinde müzakere edilmeyen şartların bulunması halinde, bunların tüketicileri korumak için genel işlem koşulu sayılmasını kabul etmiştir.

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğini tayin özgürlüğünün kapsamı dışında kalması dolayısıyla hangi koşullarda geçerli sayılacağı ya da sınırlandırılacağı problemi karşısında bazı ülkelerde, tüketicileri genel işlem koşullarına karşı korumak amacıyla özel yasalar çıkartılmıştır. Bu ülkelerden örneğin, Almanya'da Genel İşlem Şartları Kanunu⁹ yürürlüğe konmuş, tüketicilerin önceden hazırlanmış genel işlem şartları niteliğindeki bazı sözleşme hükümlerine karşı koyma, bunların geçersizliğini ileri sürebilme, genel işlem şartlarının normal bir tüketici tarafından bile zahmetsizce okunabilmesi, taraflardan biri tarafından tek başına konulan genel işlem şartlarına diğer tarafça dikkatini çekme zorunluluğu ve bunların önceden sözleşmeye konulmasının geçersiz sayılması olanakları getirilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda yapılan önemli değişiklikler sırasında Genel İşlem Şartları "Genel İşlem Şartları ile Hukuksal İşleme Dayanan Borç İlişkilerinin Oluşumu" fasıl başlığı altında 305-310. paragraflarında on asıl dört mükerrer madde halinde düzenlenmiş; bu konunun Genel İşlem Şartları Kanunu gibi bir özel kanunla düzenlenmesi yerine temel bir kanun olan Medeni Kanun'da düzenlenmesi tercih edilmiştir.

Türk Hukukunda ise 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken genel işlem koşullarına ilişkin genel bir koruma getiren düzenleme bulunmaması nedeniyle öğreti ve yargı kararlarına çözümleri bırakılan bu koşullar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yasal bir dayanağa kavuşmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddeleri arasında genel işlem koşullarının hangi şartlar altında geçerli ve bağlayıcı olacağına ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır. Bununla birlikte, Türk Hukukunda genel işlem koşullarına ait ilk düzenleme olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesi taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmeler için başvuru kaynağıdır. Bunlar dışında belirli hukuksal kurumlara ait genel işlem koşullarına karşı koruyucu bazı özel düzenlemeler de mevcuttur.

⁹ Alman Genel İşlem Şartları Kanunu 9 Aralık 1976 tarihinde kabul edilmiş ve 1.4.1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasa 31.12.2001'de yürürlükten kaldırılmıştır. Alman Hukukunda Borçlar Hukukunun modernleştirilmesi amacıyla yapılan büyük reform hareketi sonucunda, genel işlem şartları, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu bünyesine alınmıştır.

Bunlar:

-TTK madde 854 (eski TTK madde 766) ¹⁰,

-TTK madde 1425 (eski TTK madde 1266/II) ¹¹,

-HMK madde 15/II (eski HUMK madde 19/II) ¹²

düzenlemeleridir. Bununla birlikte, genel işlem koşullarına ilişkin gerçek anlamda bir koruma getiren düzenleme Sermaye Piyasası Kurulu'nun 1998 yılında çıkardığı "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği"nde yer almaktadır¹³.

B.Genel İşlem Koşullarının Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği

1.Tanım

TBK'nın 20.maddesinin birinci fıkrasında genel işlem koşulları, "bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" olarak tanımlanmıştır¹⁴. Bu tanım genel itibariyle BGB Pr.305/I, 1'de yer alan "çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmış olan, sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflardan birinin diğerine sunduğu sözleşme şartlarıdır" şeklinde ifade edilen genel işlem koşulları ile uyumludur.

¹⁰ TTK madde 854: " Kanunun taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin işletme tüzüklerinde genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de hüküm aynıdır".

¹¹ TTK madde 1425:" Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunabilecek biçimde düzenlenir."

¹²Eski HUMK madde 19 fıkra II:"Bu kanunun meriyetinden sonra sigorta mukavelelerine bu maddeye muhalif konulacak şartların hükmü yoktur." Bu hükmün yerini alan yeni HMK madde 15 fıkra II hükmüne göre "can sigortalarında, sigorta ettirenin sigortalının veya lehdarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir."

¹³ Resmi Gazete, 8.10.1998 S.23487.

¹⁴ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6.maddesine göre, "haksız şart", "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden tek tarafı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşullarıdır."

Bu tanımlardan hareketle, genel işlem koşulları, taraflardan birinin çok sayıda hukuki ilişkide kullanmak üzere önceden, tek yanlı olarak oluşturduğu ve hukuki ilişkinin diğer tarafının sözleşmenin içeriğine etki edemediği sözleşme hükümleri olarak tanımlanabilir¹⁵.

Öğretide, TBK'nın 20.maddesinde tanımlanan genel işlem koşullarının, bu tanımda kullanılan bazı kelimeler itibariyle tereddütlere yol açabileceği, bazılarının ise gereksiz olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre;

- TBK'nın 20.maddesinde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, bunları “tek başına” düzenlemesi gereğinin aranmış olması ve bütün metinlerde daha sonra “düzenleyenden” bahsedilmiş olması nedeniyle bu tür hükümlerin TBK madde 20 anlamında genel işlem koşulu olarak kabul edilmelerinde sıkıntı yaratabileceği ileri sürülmüştür. Nitekim, genel işlem koşullarının çoğu kez bizzat kullanan tarafından hazırlanmadığı, uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Bu hallerde “düzenleyen” ile “kullanan” ayrı kişilerdir ve TBK hükümlerinin uygulanmaması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu sorunun giderilmesi için “düzenleyen” yerine “kullanan” kelimesinin kullanılması ve “tek başına“ ifadesinin de metinden çıkarılması önerilmiştir¹⁶. Gerçekten de genel işlem koşulları, bizzat kullanan tarafından hazırlanabileceği gibi işinin uzmanı olan hukukçulardan oluşmuş profesyonel bir ekip tarafından da hazırlanabilir. Nitekim bu durum, hazırlanan sözleşme şartlarının genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi açısından önem taşımamaktadır. Üzerinde durulması gereken nokta, genel işlem koşullarının düzenlenmesinden ziyade kullanılması olgusudur. Bu nedenle, madde metninde yer alan “düzenleyen“ ifadesi yerine, hem genel işlem koşullarını kullananı hem de üçüncü kişiyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilecek “uygulayıcı” ifadesine yer verilmesi daha uygun olurdu. Ayrıca madde metninde yer alan “tek başına” kavramı yerine, genel işlem koşullarının tanımını daha anlaşılır hale getirmek için “tek taraflı” ifadesinin kullanılması daha yerinde bir düzenleme olurdu. Böylece, “genel işlem koşullarının karşı tarafla görüşülmeden hazırlandığı” sonucu vurgulanırdı.

¹⁵Atamer,**a.g.e.**, s.61; Havutçu, **a.g.e.**, s.71-72; Havutçu, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu”,(Birinci oturum,24.05.2005), **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 3, S.34, 2005, s.3616. ; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.156-157.

¹⁶Atamer, **a.g.e.**, s.324,330.;Hayriye Gonca Güngör, “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler(I)”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 3, S.30, Haziran 2005, s.2100-2101.

- Diğer bir eleştiri, genel işlem koşullarının tanımında yer alan “önceden” kelimesinin asıl anlatılmak isteneni tam olarak karşıladığı yönündedir. Dolayısıyla madde metninde yer alan “ileride” kelimesinin kullanılmasına gerek bulunmamaktadır ve sonuç olarak bu kelime metinden çıkarılmalıdır¹⁷.Gerçekten de, genel işlem koşullarının tanımında “çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak” amacı bulunmaktadır ve bu amaca “ileriye” yönelik bir zaman diliminde ulaşılabacaktır. Dolayısıyla, madde metninde “önceden” ifadesine yer verildiğinden, “ileride” ifadesinin kullanılması anlatım bozukluğuna neden olmaktadır.
- TBK’ nın 1. , 2. ,6. ve 11. maddelerinde sürekli olarak ”sözleşmenin kurulması” ifadesi kullanılmış olduğundan, dil uyumunu sağlamak amacıyla madde metnindeki “sözleşme yapılırken” ifadesi yerine, “sözleşme kurulurken” ifadesinin kullanılması daha uygun görünmektedir. Gerçekten de, dil uyumunun sağlanması açısından “sözleşme kurulurken” ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu.

Tüm bu değindiğimiz noktaları dikkate aldığımızda, genel işlem koşullarını, “*çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden düzenlenmiş olan ve uygulayıcının diğer tarafa sözleşme kurulurken sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlamanın daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

2.Unsurları

a. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Düzenlenmeleri

Sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş olma, sözleşmenin ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenleniyor olmasının bir göstergesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme koşulları somut bir sözleşme için düzenlenmemiştir. Bu koşullar farklı kişilerle kurulacak olan aynı türden çok sayıda sözleşmenin sınırlarının belirlenmesi amacıyla düzenlenmektedir. Somut bir sözleşme için bir sözleşme taslağı hazırlamak söz konusu değildir. Zira bir sözleşme taslağının amacı taraflara, üzerinde tartışılacak bir metin hazırlamaktır¹⁸.Oysa genel işlem koşulları genel ve soyut olarak düzenlenirler ve bu anlamda tartışmaya açık sözleşme koşulları değildirler.

¹⁷ Güngör,**a.g.e.**, s.2101.

¹⁸Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. b., İstanbul, 2001 s.65’den Peter Ulmer, , Hans Erich Brandner ve Horst-Dieter Hensen, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8 Auflage, Köln, 1997, Art.1, Rn.22.

Genel işlem koşulları, sözleşmenin kuruluşunda bunlara dayanan tarafça düzenlenmiş olabileceği gibi, bir üçüncü kişi tarafından da, sözleşme öncesinde hazırlanmış olabilir. Burada önemli olan husus, sözleşme koşullarının önceden düzenlenmesinde karşı tarafın herhangi bir müdahalesinin olmamasıdır¹⁹. Bununla birlikte, sözleşmede bazı unsurlara yer verilmesi, yasal bir zorunluluk ise, bu koşullar genel işlem koşulu olarak nitelendirilemez. Örneğin, TBK' nın 253.maddesinde taksitle satış sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara yer verilmiştir. Satıcı, söz konusu koşullara yer verdiği takdirde, genel işlem koşulları kullanmış sayılmayacaktır. Fakat, kanunda belirtilen bu unsurların dışında önceden genel işlem koşulları niteliği arz edecek başka hükümler hazırlanmış ve sözleşme tarafları arasında müzakere edilmeden bunlara yer verilmişse, bu durumda da genel işlem koşullarının varlığından kuşku duyulmamalıdır.

Yedek hukuk kurallarının aynen genel işlem koşulları içinde tekrarlanması halinde bunların da genel işlem koşulu hükmü olduğu kabul edilmelidir²⁰.

Kanaatimizce de, yedek hukuk kurallarının aynen genel işlem koşulu olarak tekrarlanması halinde bunlar genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir. Zira yedek hukuk kuralları, emredici hukuk kurallarının aksine yasa koyucunun alternatif bir düzenleme olarak getirdiği kurallardır. Nitekim bu kuralları sözleşmeye dahil etmek sözleşmeyi düzenleyen iradesine bağlıdır.

b. Bir Sözleşmenin İçeriğini Oluşturmaları

Bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak için hazırlanan genel işlem koşulları, kural olarak sözleşme koşullarıdır. Sözleşme, somut olay açısından bir eşya hukuku sözleşmesi olabileceği gibi bir borçlandırııcı sözleşme veya usul hukuku sözleşmesi de olabilir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğu önemli değildir.

¹⁹ Atamer, **a.g.e.**, s.66.

²⁰ Atamer, **a.g.e.**, s.63'den Corinna Dylla-Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln, Baden-Baden. 1990.s.59.

Genel işlem koşullarının bir sözleşmenin içeriğini oluşturmaları durumunda, bunları kullanan taraf, karşı tarafın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü tek taraflı ve kendi lehine olacak şekilde sınırlamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin içeriğinde bağlayıcı olarak yer alacak koşullar, sözleşmenin karşı tarafının etki edemediği, sözleşmenin şekillendirilmesinde herhangi bir katkının olmadığı düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır²¹.

Üçüncü kişinin tavsiyesi üzerine bu koşullara yer verilmişse, bu unsur gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Çünkü, sadece tavsiye niteliğindeki koşullar, taraflardan birine dayatılmış olamayacağı için, bu sözleşme kayıtları, genel işlem koşulu olarak kabul edilemeyecektir²².

Örneğin, noterlerin veya avukatların kendi insiyatifi üzerine hazırladığı matbu sözleşme metinleri, her ne kadar önceden kaleme alınmış olsalar da, kural olarak genel işlem koşulu olarak nitelendirilemezler²³. Zira iki taraf da üçüncü kişi önünde sözleşmeye müdahale açısından eşit konumdadır ve noterin kendi şartlarının değişmeden kabul edilmesi konusunda herhangi bir menfaati bulunmamaktadır²⁴.

²¹Alman GİŞ-yasası madde 23 bazı sözleşmeleri yasanın uygulama alanı dışında bırakmıştır. Bunlar aile, miras, ortaklıklar ve iş hukukuna ilişkin olan sözleşmelerdir. Bunun nedeni bir yandan bu alanlarda özel yasal düzenlemelerin var olması(iş hukuku) diğer yandan da taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşme özgürlüğü kurumunu kötüye kullanması tehlikesinin sınırlı olmasıdır(aile, miras ve ortaklıklar hukuku). Ancak bu alanlarda BGB Art 242 uyarınca bir içerik denetimi yapma imkanının halen var olduğu yasama sürecinde ifade edilmiştir. BGB Art 242'ye dayalı mahkeme kararı ile ilgili bkz.Atamer, **a.g.e.**, s.98 ve dip not 85.

²²Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, I. b. , İstanbul: XII Levha Yayıncılık, Ekim 2009, s.52'den Christoph Klaas, "Zur EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", Festschrift für HANS ERICH BRANDNER zum 70.Geburstag, Köln 1996,s.247 vd. ;Dieter Medicus, Dieter, Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Vertäge, München 1989, s.12 vd. ; Ulmer/Brandner/Hensen, Art.1, Rn.31;Wolf/Horn/Lindacher, Art.1, Rn.28.

²³ Atamer, **a.g.e.**, s.70'den Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I. Bern,1996, N.1549.;Eugen Bucher, "Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?", Recht, 1997, (41-56), Art.1 N.49.; Herbert Roth, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen", BB 1992 Beilage 4, (s. 1-16), s.1,8.

²⁴Atamer, **a.g.e.** , s.70.

Ancak bazı durumlarda gerek noterlerin gerekse avukatların bu tarafsız rol dışında sözleşmede yer almaları mümkündür. Bu gibi durumlarda artık üçüncü bir kişinin varlığından söz edilemez. Özellikle taraflardan birinin menfaatlerini korumak amacıyla hazırlanan ve sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem koşullarını kullanan kişiler böyle durumlarda ya temsilci ya da çalışan olarak karşımıza çıkmaktadır. Temsilci ya da çalışan, sözleşme tarafı adına hareket eden kişiler olduğundan onların kullandığı koşullar, genel işlem koşulu olarak nitelendirilecektir.

Öğretide, TBK yürürlüğe girmeden önce yapılan eleştirilerde iltihâki sözleşmelerde kullanılan sözleşme kayıtlarının kamusal nitelik taşıyan kurum ve kuruluşlar tarafından önceden düzenlendiği, hizmetten yararlanmak isteyen kişilerin iradesine bakılmaksızın uygulandığı ve bu sözleşmelerin “niteliklerine uygun düştüğü ölçüde” genel işlem koşulları için öngörülen hükümlere tabi olduğu yönünde görüş bildirilmiştir²⁵.

Yargıtay ise iltihâki sözleşmelerin tarafını oluşturan kurumların kamusal niteliklerini göz önünde bulundurmaksızın, bu sözleşmelerde yer alan bütün sözleşme koşullarını genel işlem koşulu olarak kabul etmiştir²⁶.

TBK'nın 20.maddesinin son fıkrasında ise genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere “niteliklerine bakılmaksızın” uygulanacağı belirtilmiş ve bu konudaki tartışmalara son verilmiştir.

Alman Medeni Kanunu'nun 310.maddesinde, genel işlem koşullarının sözleşme metnine dahil edilmesinde bir karine benimsenmiştir²⁷. Sözleşmede tüketici tarafından genel işlem koşullarına yer verilmemişse, kural olarak girişimci tarafından yer verildiği kabul edilmektedir. Girişimci genel işlem koşullarının tüketici tarafından kullanıldığını ispat ederse, bu koşullar bağlayıcılık kazanır ve denetim konusu dışında tutulur. Aksi halin kabulü halinde girişimcinin bu koşullara dayandığı kabul edilir ve denetim konusu yapılır.

²⁵Atamer, **a.g.e.**, s.62-63.

²⁶Yarg. HGK, 04.12.1996 tarihli ve 3-717/850 sayılı karar, Yasa Hukuk Dergisi, 1998, s.50; Yarg. 3.HD. 02.06.1998 tarihli ve 4263/6098 sayılı karar, YKD. , 1998,s.1140.

²⁷Alman Medeni Kanununun 310.maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde öngörülen düzenleme adi karine niteliğinde olup, tüketiciye ispat kolaylığı getirmektedir. Adi karineden yararlanan kişi, artık söz konusu olguyu veya olayı ispat etmek zorunda olmayıp, söz konusu olayın aksi, karşı tarafça ispat edilmelidir. Buna göre, genel işlem koşullarını sözleşmeye tüketicinin koymadığı girişimci ispat etmek zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.Çınar, **a.g.e.**, s.53.

Genel işlem koşullarına sözleşmede yer verilirken, bu koşullara, sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere konusu yapılmadan, bağlayıcılık kazandırılması isteği ana noktayı oluşturmaktadır. Nitekim karşı tarafla müzakere edilen koşullar artık bireysel bir anlaşmanın hükümleridir. Bu durum Alman Medeni Kanunu'nun 305.maddesinde, "karşılıklı olarak müzakere edilmiş sözleşme koşulları genel işlem koşulu sayılmaz" şeklinde ifade edilmiştir.

TBK' nın 21.maddesinin ilk fıkrasında ise, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olması için düzenleyenin, bu koşullar konusunda sözleşmenin karşı tarafını uyarması, karşı tarafın bu koşulların içeriğini öğrenmesine imkan tanınması ve bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil olması hususunda bir kabul iradesinin varlığı aranmaktadır. TKHK' da ve yönergede, sözleşmenin içeriğine dahil edilmek istenen sözleşme kayıtlarının hangi şartlar altında sözleşmenin içeriğine dahil edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK' nın 21.maddesi ve Alman Medeni Kanununda öngörülen düzenlemeler tüketici sözleşmeleri açısından örnek niteliğindedir.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, sözleşmenin hangi hükümlerinin genel işlem koşulları ile düzenlendiği önemli değildir. Dolayısıyla asli hükümleri genel işlem koşulları ile düzenlenebileceği gibi tali hükümleri de düzenlenebilir. Bununla birlikte, bir özel hukuk kişisi tarafından düzenlenmekle birlikte, daha sonra kamusal nitelikte bir makamın onayından geçen işlemler de genel işlem koşulları olarak kabul edilir²⁸. Örneğin, sigorta genel şartları açısından bu tür bir denetim öngörülmüş olmakla beraber bu şartların her zaman ayrıca hâkimin denetiminden geçmesi mümkündür²⁹.

c.Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Üzere Düzenlenmeleri

Genel işlem koşullarının bir sözleşme için değil, birçok sözleşmede kullanılmak üzere düzenlenmeleri, o koşulların çok sayıda sözleşmede kullanılması amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu koşulların fiilen kullanılmış olması gerekli değildir³⁰.

²⁸Atamer, **a.g.e.**, s.63.

²⁹Rayegan Kender, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I**, İstanbul: 'y.y.', 1995, s.113.

³⁰Alman Federal Mahkemesinin 1996 yılında verdiği bir karara göre, bir inşaat sözleşmesi akdetmek üzere iş sahibinin sözleşme koşullarını düzenlemesi ve bunları birden fazla müşteriye yollaması halinde Genel İşlem Koşulları söz konusu değildir, zira burada amaç sadece bir sözleşme akdedilmesine ön ayak(icap/öneri) olmaktır. Karar için bkz., Atamer, **a.g.e.** , s.67.

Genel işlem koşulları, kanun maddelerine benzer bir şekilde, genel ve soyut nitelikte ve gelecekte kimliği önceden bilinmeyen birçok kişiyle aynı türden sözleşmeler kurulmasını sağlamak üzere hazırlanır³¹.

Genel işlem koşullarının fiilen kullanılması gerekli olmamasına rağmen, Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak için düzenlenmiş olmayı aramaktadır. Alman Federal Mahkemesi de aynı görüşte olmakla birlikte, bazı istinaf mahkemelerinin eski tarihli kararlarında, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarının genel işlem koşulları niteliğinde görülmesi için, dört veya beş kez kullanılması zorunluluğu aranmıştır³². TBK'ya göre ise bu şekilde bir kullanım şartı söz konusu değildir.

Genel işlem koşullarının bir sözleşmede kullanılması ile amaçlanan, gelecekte düzenlenecek çeşitli sözleşme tiplerinin tali noktalarının, genel ve kapsamlı bir şekilde hazırlanmasıdır³³. Hangi tip sözleşmeler için hazırlandığı önem taşımayan genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bir kredi sözleşmesi olabileceği gibi bir satış sözleşmesi de olabilir ve bu sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmış şartlar, genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilir³⁴.

Doktrinde, kira sözleşmelerinde yer alan koşulların genel işlem koşulu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe³⁵ göre, kira sözleşmesinde yer alan koşulların genel işlem koşulları olarak kabulü için, sözleşmeyi hazırlayan veya kullanan kişinin, bu sözleşmeyi hazırlama amacı önemli değildir. Önemli olan, kira sözleşmesinin birden çok kişi ile yapılmış olup olmadığıdır. Dolayısıyla, kiracı ile müzakere edilmeden hazırlanmış sözleşme koşulları da genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilmelidir.

³¹ Cemal Oğuz, **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1993, s.12-13; Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, İzmir: Basisen Yayıncılık, 1987, s.32.

³²BGH, ZIP, 2001,s.2288. Karar için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.57.

³³Oğuz, **a.g.e.**, s.10; Mehmet Bahtiyar, “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması”, **Yargıtay Dergisi**, S.1-2; Ocak-Nisan 1996 (s.76-98), s.82; Soyer, **a.g.e.**, s.31-32.

³⁴Atamer, **a.g.e.**, s.67.

³⁵Atamer, **a.g.e.**, s.67-68; Havutçu, **a.g.e.**, s.76; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.156; Selçuk Yavuz, **Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, s.37.

İkinci bir görüşe³⁶ göre ise, kira sözleşmesinde yer alan kayıtlar, taraflardan birince önceden hazırlanmadığı ve gelecekte birden çok kişi ile sözleşme yapılması amaçlanmadığı için, bu sözleşmede yer alan kayıtlar, genel işlem koşulları olarak nitelendirilemez.

Diğer bir görüşe³⁷ göre de girişimci(düzenleyen), gelecekte, belirsiz sayıdaki birçok müşteri(sözleşmenin diğer tarafı) ile kuracağı aynı yöndeki somut ve yalın sözleşmelerin şartlarını ve kapsamını, önceden yazılı ve basılı bir şekilde hazırlar ve genel işlem koşullarını meydana getirir. Ancak, yazılı ve basılı olmasına karşın bir kira sözleşmesi formülerinde bulunan kayıtlar, ne kiralayanın ne de kiracının genel işlem şartları olarak nitelenemez. Çünkü kira sözleşmesi formülerini satın alan kiralayanın gelecekte, bu formülerdeki şartları kullanarak çok sayıda kira sözleşmesi kurma niyetleri yoktur. Diğer taraftan burada, genel işlem koşullarının, sözleşenlerden biri tarafından önceden yazılıp hazırlanması unsuru da eksiktir.

1.1.2002 tarihli Alman Medeni Kanununun 305. maddesine göre, “Genel işlem şartları, bir sözleşmenin(bunları kullananın) diğer sözleşene sözleşmenin kuruluşunda sunduğu, çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır.”³⁸ Böylece genel şartların birden fazla sözleşme için konulmuş olması yeterli görülmekte, ayrıca birden fazla olaya uygulanması gerekmemektedir.

Müşterinin korunması gereği karşısında, genel işlem şartlarının belirsiz sayıdaki sözleşmeler açısından konulmuş bulunmasını öngören zorunluluktan vazgeçilmiştir³⁹.

³⁶Akipek, **a.g.e.**, s.224; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.79;Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Doktora Tezi, İstanbul, 1976, s.87-88.

³⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1978, s.205.

³⁸Almanya’da 1 Nisan 1977 tarihinde yürürlüğe giren “Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun”un birinci paragrafında yer alan tanım, hiçbir değişikliğe uğramadan 1.1.2002 tarihli Alman Medeni Kanununun 305. Paragrafına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Nihat Yavuz, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.71.

³⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s.81.

Kanaatimizce, kira sözleşmesi, birden fazla kişi ile aynı sözleşme koşulları kullanılarak yapılırsa, bu taktirde, bu sözleşmede yer alan koşulların çok sayıda sözleşmede kullanıldığı kabul edilmeli ve bu sözleşme koşulları genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir. Doktrinde savunulan ilk görüşte belirtildiği gibi bakılması gereken husus, sözleşmenin hazırlanma amacı değil, sözleşmenin birden çok kişi ile yapılmış olup olmadığıdır.

TKHK' nın 6.maddesinde ve Yönergenin 3.maddesinde, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bakımından, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin, "birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olması" unsuruna yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, tüketici sözleşmelerinde yer alan bir sözleşme kaydının haksız şart sayılması için, kaç defa kullanıldığı aranmamıştır. Bu kayıtların tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal etmesi ve tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması halinde haksız şart sayılması kabul edilmiştir. Aynı esas Alman Medeni Kanununun 310.maddesinin 3.fikrasının 2.bendinde de benimsenmiştir⁴⁰.

d. Tek Taraflı Olarak Belirlenmesi

Genel işlem koşulları tek taraflı olarak belirlenmiş kurallardır. Genel işlem koşullarını hazırlayan onu, ileride yapılacak birçok sözleşmede kullanmak üzere ve bu sözleşmenin içeriğinin farklılık arz etmeyecek derecede düzenlenmesi amacıyla hareket etmektedir⁴¹.

Genel işlem koşulları tek taraflı olarak belirlenmekte ve aynı zamanda tartışma ve pazarlık konusu yapılmamaktadır. Sözleşmenin diğer tarafına, sözleşmenin içeriğini değiştirmeden, koşulları olduğu gibi kabul etmekten başka bir seçenek kalmamaktadır. Böylece düzenleyen, bilgi yönünden avantajları ve ekonomik üstünlüğü sayesinde, yasanın tamamlayıcı hükümlerini ortadan kaldırarak kendi yararına uygun düzenlemeler getirebilmektedir⁴².

⁴⁰Çınar, **a.g.e.**, s.58-59.

⁴¹Haluk Tandoğan, **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Konferanslar Dizisi, 1977, s.25; İ.Yılmaz Aslan ve Mecvi Ergün, **Ticaret Hukuku**, İstanbul: Ekin Basım Yayın, 2005, s.281.

⁴²Bahtiyar, **a.g.m.**, s.80 vd. ; Cemal Oğuz, **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1994, s.9 vd.

Genel işlem koşullarının mutlaka yazılı olarak hazır bulundurulması gerekmez; tüketici sözleşmelerinde girişimci, TBK bakımından düzenleyen tarafından sözleşme yapıldığı sırada, onun aklında bulunan koşulların yazıya dökülmesi ya da bilgisayar ve benzeri araçlardan yararlanmak suretiyle de sözleşme hükümleri oluşturulabilir⁴³.

3. Değerlendirmede Önem Taşımayan Noktalar

Bir sözleşmede yer alan koşulların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde veya nitelendirilmemesinde dikkate alınmayan noktalar TBK'nın 20. maddesinde düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarına karşı TBK'nın sağladığı korumayı dolanmak için başvurulabilecek yollar nazara alınarak düzenlenen hükümle birlikte bu konudaki tartışmalar son bulmuştur. Buna göre;

- Madde 20'nin 1.fıkrasının 2.cümlesine göre “bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz.” Bu hüküm Alman Medeni Kanunu madde 305/I, 2 ile tamamen örtüşmektedir. Madde metninde de belirtildiği üzere, genel işlem koşullarının tamamının veya bir kısmının sözleşme metninde ya da ekinde değişik karakterlerle yazılmak suretiyle, emredici yasal düzenleme kapsamı dışına çıkarılması, bu düzenleme ile birlikte, önlenmek istenmiştir⁴⁴. Kanaatimizce de, genel işlem koşullarını kullanan düzenleyenin, bunların denetimi sonucunda uygulanacak yaptırımdan kurtulma olanağı bu hükümle birlikte ortadan kaldırılmaktadır.
- Madde 20'nin 2.fıkrasına göre “aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.” Madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, bu düzenlemenin amacı, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, hazırladığı/hazırlattığı tip sözleşmelerde, çağımızın teknolojik imkânlarından da yararlanarak, farklı yöntemler kullanarak, bunların tip sözleşme olmaktan çıkarak bireysel sözleşmeye dönüştüğünü ileri sürmesini engellemektir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme metinlerinde yaratılan önemsiz, yapay farklılıklar,-maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki tanım kapsamında olmaları kaydıyla- sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu sayılmalarını engellememektedir⁴⁵.

⁴³Çınar, a.g.e., s.55.

⁴⁴Atilla Altop, ”Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, **Prof.Dr.Ergon A. Çetingil ve Prof.Dr.Rayegan Kender'e 50.Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, 2007, s.6.

⁴⁵Atilla Altop, “Genel İşlem Koşulları”, **TBK Sempozyumu**, (s.27-44), s.37.

Örneğin delil sözleşmelerinde yer alan bir genel işlem koşulunun, sözleşmenin asıl metnine veya ekine alınması, yerinin (madde numarasının) değiştirilmesi, öze dokunmayan ifade farklılıkları yaratılması, uygulama farklılığı doğurmayacaktır⁴⁶.

Yine bu şekilde, düzenleyenin, çok sayıda farklı tipte sözleşme hazırlayarak, diğer taraf ile ilişkilerinde, genel işlem koşulları düzenlemesindeki hükümleri dolanması yolu da kapatılmıştır.

- Madde 20'nin üçüncü fıkrasına göre “genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.” TBK, Alman Medeni Kanunu madde 305/I, 3 hükmünün tam aksini benimseyerek, TBK madde 20/I, 1'deki tanıma uyan bir genel işlem koşulunun, sözleşmenin kuruluşu sırasında sözleşmenin tarafları arasında özel olarak tartışılabilir, o koşulun genel işlem koşulu olmaktan çıkmayacağını kabul etmiştir. Uygulamada, tip sözleşmelerin büyük çoğunluğunda, sözleşmenin –genel işlem koşulu niteliğindeki- tüm hükümlerinin tek tek okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Hatta sözleşmenin- düzenleyen dışındaki- diğer tarafı, sözleşmeye kendi el yazısı ile bir ek yaparak, sözleşme hükümlerinin hepsini tek tek okuduğunu, düzenleyenin yaptığı açıklamalar sonucunda hükümlerin anlamını en iyi şekilde kavradığını ve sözleşmeyi bu şekilde kabul ederek imzaladığını yazmakta ve altını da imzalamaktadır⁴⁷. Bu itibarla hükümde yer alan “tek başına” deyiminden de anlaşılacağı üzere, sözleşmedeki bütün hükümler taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılmak suretiyle aynen veya kısmen değiştirilerek kabul edilmişse ve mevcut şartlarda, karşı taraf, yapılan öneriyi tümüyle tartışmak, pazarlık etmek olanağına sahip ise, sözleşme “bireysel sözleşmeye” dönüşmüş olur. Sözleşmeye “genel işlem koşullarına” ilişkin hükümler uygulanmaz⁴⁸.

⁴⁶Yavuz, **a.g.e.**, s.83; Altop, **a.g.m.**, s.6.

⁴⁷Altop, **a.g.m.**, s.6-7.

⁴⁸ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. b., İstanbul: Beta Basım Yayım, 2011, s.71.

- Madde 20'nin dördüncü fıkrasına göre "genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır." ⁴⁹ Buna göre, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerde yer alan tüm hükümler, TBK madde 20/I,1'deki tanıma uymasalar bile genel işlem koşulu olarak kabul edilecektir ve sonuç itibarıyla de emredici nitelikteki genel işlem koşulları düzenlemesine tabi olacaklardır. Bu itibarla, doğalgaz, su, elektrik ve benzeri hizmetleri sunan kuruluşlarla yapılan sözleşmelerde yer alan koşullar, genel işlem koşulu olarak kabul edilecektir.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki bir genel işlem koşulunun kısa veya uzun olması da, onların niteliğini etkilemez⁵⁰.

4.Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği

Bir işleme uygulanacak olan hükümlerin ve hukuki sonuçların tespit edilebilmesi için o işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Böylece, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine nasıl dahil olacağı ve ne gibi sonuçlar doğuracağı belirsizlikten kurtulacaktır.

⁴⁹ Alman Medeni Kanununun 310. md' nin ikinci fıkrasında, kamu kurumlarının görmüş oldukları hizmetler dolayısıyla hazırladıkları sözleşmelerde yer alan kayıtların, genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilebilmesi için, bunlara ilişkin olarak Yönetmelik hükümlerinden sapan kayıtlar içermesi koşulu aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Çınar, **a.g.e.**, s.62. Bu sözleşmeler, ilgili Yönetmelik çerçevesinde hazırladıkları taktirde, artık genel işlem koşullarından söz edilemeyecektir. TBK' nın 20. Maddesinde bu istisnaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce, bu düzenlemenin ancak yasal bir hükmün aynen tekrar edilmediği sözleşme kayıtları hakkında uygulanacağı kabul edilmelidir. Nitekim Kanun veya Yönetmelik hükümlerini aynen tekrar eden bir düzenleme genel işlem koşulu olarak kabul edilmemektedir. Aynı yönde görüş için bkz. Çınar, **a.g.e.**,s.62 vd.

⁵⁰ Oğuz, **a.g.e.**, s.13; Atamer, **a.g.e.**, s.72-73; Atamer s.73'den naklen: Vestiyerin girişinde yazan, eşyaların çalınmasından veya zarar görmesinden işletmenin sorumlu olmayacağına dair kayıt nedeniyle, tüketicilerin çanta veya paltolarını vestiyere bırakmaktan kaçınmayacakları açıktır. Bundan dolayı, bir cümle de olsa, bu kayıt, genel işlem koşulları niteliğinde sayılmalıdır. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Aksi görüş için bkz., Joachan Heinrich von Brunn, Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Köln 1956, s.20-21; Joachim Schmidtsalzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, München 1977, s.27 .

Diğer bir ifadeyle, genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmedeki belirsiz durumlara netlik kazandıracaktır. Doktrinde genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur⁵¹.

a. Norm Teorisi

Bir görüşe göre⁵², genel işlem koşulları, genel ve soyut olmalarından dolayı, yasal norm niteliğindedirler. Bu görüşe göre, genel işlem koşulları, ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel ve soyut hükümler olarak tanımlanınca, bunların yasal normlardan farklı bir özelliği kalmaz. Bu görüş, 1941-1953 yılları arasında Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen kararlarda da kabul edilmiştir⁵³.

Diğer bir görüşe göre⁵⁴, genel işlem koşulları, emredici norm niteliğinde olmasalar bile, dernek tüzükleri veya fiyat tarifleri gibi değerlendirilebilirler. Bunlar, uyulması zorunlu hukuki normlar olmayıp, tamamlayıcı nitelikte ve sözleşme taraflarınca uyulması kararlaştırıldığında sonuç doğurabilecek normlardır.

⁵¹Atamer, **a.g.e.**, s.77-78; Bahtiyar, **a.g.m.**, s.87; Oğuz, **a.g.e.**, s.24; Soyer, **a.g.e.**,s.54 vd.

⁵²Çınar, **a.g.e.**, s.59'dan Volker Emmerich, "Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", Jus, 1972. (s.361-363), s.362-363; Alman Hukukunda, günümüzde de norm teorisini savunan yazarlar mevcuttur. Bu görüş için bkz.Eike Schmidt," Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz", Jus 1987, s.930-931; Ulrich Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, Tübingen ,1971, s.101; Hans-Joachim Pflug, , Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen , München, 1986, s.298 vd.

⁵³Mahkemenin 1941 yılında verdiği bir kararında "...sık sık çok kapsamlı olabilen genel işlem koşulları çerçevesinde bir sözleşmenin akdedilmesi halinde, aslında sözleşme içeriği olan bu hükümlerin hepsi hakkında sözleşmesel bir uyuşma olduğundan bahsedilemez. Söz konusu olan daha çok hazır ve mevcut bir hukuk düzenine iltihak etmektir ve bu düzene(gönüllü olarak) iltihak edenin içeriği hakkında ne bildiği pek bir önem arz etmez ifadesi kullanılmıştır. Alman Federal Mahkemesi de önceleri "mevcut bir hukuk düzeni" yaratan genel işlem şartlarının "normatif geçerliliği" olduğu görüşünü savunmuş ancak 1955 yılında genel işlem şartlarının objektif ve herkesi bağlayıcı hukuk normları olmadığı gerekçesi ile bu görüşünü terk etmiştir. Açıklama ve karar için bkz., Atamer, **a.g.e.**, s.77-78.

⁵⁴Meyer-Cording, **a.g.e.**, s.101.

Prensipte norm teorisini savunan üçüncü bir görüş⁵⁵ ise, genel işlem koşullarını, hukuksal normlara paralel nitelikte, objektif normlar olarak kabul etmektedir. Bu normlar örf ve adet niteliğinde olduğu için, kişiler tarafından, bu koşulların, yasal normlar gibi geçerliliğine ve uyulmasına inanılmaktadır. Bu teori norm teorisinin içerisinde ayrı bir teori olarak savunulmakta ve “örf-adet teorisi” olarak isimlendirilmektedir.

Bu üç görüşün ağırlık noktasını oluşturan norm kuramı uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olmasının temelinde, özel hukuk alanında norm koyma yetkisinin akitlerden biri tarafından kullanılması ve diğer tarafın da bunları objektif hukuk kuralları gibi benimsemesi yatar⁵⁶.

b. Sözleşme Teorisi

“Sözleşme görüşü” olarak da isimlendirilen bu teoriye göre genel işlem koşullarının hukuki niteliği sözleşme esasına dayanmaktadır. Bugün Alman Hukukunda baskın olan bu görüşe⁵⁷ göre, bu koşullar, sözleşmenin içeriğine dahil edilmeden önce hiçbir anlam ifade etmeyip, ancak, sözleşme ile değer kazanırlar. Diğer bir ifadeyle, genel işlem koşulları metninin önceden kaleme alınması başlı başına hukuki bir işlem olarak nitelendirilemez; sadece taraflardan birinin sözleşme için yaptığı hazırlık çalışmasının ürünü söz konusudur ve salt bu metnin hiçbir hukuki etki doğurması mümkün değildir. Dolayısıyla ancak sözleşmenin diğer tarafı, kendisine sunulan bu koşulları kabul ederse, bunlar hukuk alanında hüküm doğururlar. Sözleşmenin yapılması için irade beyanı niteliğinden öteye geçemeyen genel işlem koşulları tüm bu sebeplerle sözleşme niteliğindeki hükümlerden başka bir şey değildir⁵⁸.

⁵⁵Çınar, **a.g.e.**, s.60'dan Hans-Joachim Pflug, , Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen , München, 1986, s.298 vd. ; Eike Schmidt, ” Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz”, Jus 1987, s.931 vd.

⁵⁶Atamer, **a.g.e.**, s.78.

⁵⁷Ümit Gezder, **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998, s.145.

⁵⁸Akman, **a.g.e.**, s.89; Havutçu, **a.g.e.**, s.93,102;Teoman Akunal, **Avusturya’ da ve Türkiye’de Tüketicinin Korunması**, İstanbul:’y.y.’ ,1983, s.12; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.157.

c. Kanaatimiz

Hukuki normların hangi kurumlar tarafından meydana getirileceği, başta Anayasa olmak üzere, Kanunlarda açıkça düzenlenmiřtir⁵⁹. Bununla birlikte genel işlem koşulları, herkes tarafından ve çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere oluşturulabilmektedir. Bu koşulların yasal norm niteliğinde olduğu kabul edildiğinde ayrıca tarafların iradelerinin uyuşması aranmayacaktır ve bunlar kendiliğinden sözleşme içeriği haline geleceklerdir. Oysa genel işlem koşulları, taraflardan birinin sözleşme için yaptığı hazırlık çalışmasının bir ürünüdür ve ancak icap (öneri) ve kabul beyanının bir parçası haline gelince sözleşme içeriği haline gelirler. Diğer bir ifadeyle, bu koşulların sözleşme içeriği haline gelip iki tarafı da bağlayabilmesi için karşı tarafın da genel işlem koşullarını kabul etmesi gerekmektedir.

Bu eleştiriler ışığında, genel işlem koşulları sözleşme niteliğinde hükümlerdir. Bu koşulların tek taraflı ve soyut hükümler içermesi, hâkim tarafından yapılacak değerlendirmeler açısından bir özellik arz etmektedir. Dolayısıyla bu koşulların yapısal nitelikleri açısından bir değişiklik söz konusu değildir.

⁵⁹ Manfred Rehbinder, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması",(Çeviren: Ömer Teoman), **İUHFM**, C.XLII, S:1-4, 1976, s.648;Tekinay vd., **a.g.e.**, s.157;Soyer, **a.g.e.**,s.55-58.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ

YÜRÜRLÜK DENETİMİ ve YORUMU

I. Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi

Sözleşme şartlarının, taraflar arasında karşılıklı müzakere edilerek oluşturulması Türk Borçlar Hukukunun esasını oluşturmaktadır⁶⁰. Tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu ve kendi çıkarlarına uygun olarak düzenledikleri kayıtlar açısından, sözleşme şartlarının karşılıklı müzakere edildiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, taraflarca müzakere edilmeden, sözleşmeye konulan tek taraflı kayıtlar ve özellikle genel işlem koşulları kullanılan sözleşmeler açısından böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. Bundan dolayı, sözleşme ile menfaatleri ihlal edilen sözleşme tarafının korunması gerekmektedir. Bu koruma Türk Borçlar Hukukunda yargısal⁶¹ denetim yoluyla sağlanmaktadır.

Genel işlem koşullarının yargısal denetiminin farklı aşamaları vardır. Birinci aşamada, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği tespit edilir. Bu denetimden amaç, genel işlem koşullarının, geçerli olarak sözleşmeye dahil olup olmadığının belirlenmesidir. Doktrinde bu denetime, “bağlayıcılık denetimi”, “örtülü içerik denetimi”, “yürürlük denetimi”, “kapsam denetimi”, “ilişkilendirme kontrolü” gibi isimler verilmektedir⁶².

⁶⁰Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1971, s.95 vd; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.76 vd; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Basın Yayım, 2008, s.206 vd.

⁶¹İdari önlemler ile de genel işlem koşullarının denetlenmesi mümkündür. Bu denetimde amaç, genel işlem koşulu arz eden sözleşme hükümlerinin, önceden ilgili idari makamca denetlenerek, sözleşme tarafı için sakınca meydana getirecek sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulları arasından çıkartılmasını sağlamaktır. Yargı yoluna başvurulmadan, tüketicilerin korunmasının amaçlandığı bu denetim, Türk Hukuku kapsamında sigorta sözleşmeleri açısından yapılmaktadır. Sigorta Murakabe Kanunu md 28’e göre, sigorta şirketleri, ilk defa uygulamaya koyacakları sigorta teminatını, şart ve esaslarını uygulamaya başlamadan en geç on beş gün önce Müsteşarlığa göndermek, mevzuata ve sigortacılık esaslarına aykırı bulunan veya sigortalıların korunması açısından uygulanmalarında sakınca görülen sigorta teminat ve esaslarını, Müsteşarlığın talebi halinde değiştirmek zorundadırlar. Sigorta alanında Bakanlığın izni alınmadan veya istenen değişiklik yapılmadan söz konusu genel işlem koşulları kullanılamaz.

⁶² Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**, C.I, 4. b’dan 5. tıpkı b., İstanbul:Filiz Kitabevi, 2010, s.232; Atamer, **a.g.e.**, s.81; Havutçu, **a.g.e.**,s.105; Oğuz, **a.g.e.**, s.45.

İkinci aşamada ise, sözleşmenin içeriğine dahil olan sözleşme koşullarının belirli kriterleri taşıyıp taşımadığı belirlenir. Bu denetimde amaç, sözleşme içeriği haline gelmiş olan ancak karşı tarafın menfaatini ihlal eden kayıtların denetlenerek geçersiz sayılmasıdır. Doktrinde bu denetime, ” içerik denetimi” denilmektedir⁶³.İçerik denetimi kavramı için mevcut olan terminoloji birlikteliği, TBK ile birlikte hüküm altına alınmıştır.

Gerek yürürlük denetimi gerekse içerik denetimi yapılırken, yorum kurallarından yararlanılmaktadır. Fakat, söz konusu yorum kuralları daha çok yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dahil olmuş sözleşme kayıtları açısından söz konusu olur⁶⁴.

II. Genel İşlem Koşullarının Yürürlük Denetimi

A. Genel Olarak

Genel işlem koşulları içeren bir sözleşmeden bahsedebilmek için geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin kuruluşu aşamasında bir hükümsüzlük söz konusu ise veya sözleşmedeki bir kayıt hüküm ifade etmiyorsa, artık o sözleşmenin içeriğinin denetimine gerek kalmaz. Geçerli olarak kurulan sözleşmenin, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının tespitine “yürürlük denetimi” denir⁶⁵.

Sözleşmelerin meydana gelmesi için, tarafların karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları yetmemekte, bu beyanların uyuşması da gerekmektedir. Bu durum, TBK'nın 1. maddesinde, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümde, sözleşmenin kurulabilmesi için, iradelerin uyuşması yeterli kabul edilmiş, ayrıca tarafların gerçek iradelerinin araştırılması aranmamıştır⁶⁶.

⁶³Atamer, **a.g.e.**, s.143 vd; Havutçu, **a.g.e.**, s.153 vd.;Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.232, s.239 vd.

⁶⁴Çınar,**a.g.e.**, s.66.

⁶⁵Havutçu, **a.g.e.**, s.105.

⁶⁶İnan, **a.g.e.**,s.96; Eren, **a.g.e.**, s.207 vd.

Bu husus internet sözleşmeleri⁶⁷ açısından da geçerlidir. Zira diğer sözleşmelerde olduğu gibi internet sözleşmelerinde de sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kurulabilmesi için aranmaktadır.

TBK'nın 2. maddesine göre ise tarafların objektif olarak esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olması sözleşmenin meydana gelmesi için ön koşuldur. Ancak bunun dışında sözleşmeye dahil olması istenen sübjektif olarak esaslı olan noktalar açısından uzlaşmanın sağlanabilmesi için ilgili olan tarafın bunları sözleşme görüşmelerine dahil etmesi gerekir⁶⁸. Bu noktada doktrinde tartışılan bir husus vardır. Buna göre, özellikle TBK'nın 20.maddesi dikkate alındığında genel işlem koşullarının unsurları sayılırken bunların sözleşme hükmü olduğu belirtilmiştir. O halde sözleşme hükmünden anlaşılması gereken asli edimler midir yoksa asli edimler dışındakiler de buna dahil midir?⁶⁹ Kanaatimizce, doktrinde de ağırlıklı olarak kabul edilen görüş uyarınca “sözleşme hükümleri” kavramından, sözleşmede yer alan her türlü hükmün anlaşılması gerekmektedir. Hiçbir şekilde asli edim hükmü veya tali edim hükmü diye bir ayırım yapılmamalıdır⁷⁰.

Alman Medeni Kanunundan farklı olarak, TKHK ve Yönerge'de, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarının yürürlük denetimine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiş, sadece sözleşme kayıtlarının açık ve anlaşılabilir yazılması, yani şeffaf olması öngörülmüştür⁷¹.

⁶⁷ İnternet sözleşmeleri, internet üzerinden ve internet araçları kullanılarak dijital ortamda kurulan sözleşmelerdir. Bu konu hakkında geniş açıklama için bkz. Muzaffer Şeker, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, 10.Yıl'a Armağan, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2, s.127-155, s.130 vd.

⁶⁸ Atamer, **a.g.e.**, s.82 'den Ernst Kramer, in: Berner Kommentar. Das Obligationenrecht. Bd.VI/ 1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1.Teilband. Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, 1986, Art.2 OR N.11.;Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.174 vd: Sübjektif açıdan esaslı noktalarda sözleşmeye ilişkin öyle noktalar söz konusudur ki, bunlar objektif bakımdan ikinci derecede noktalar arasında yer aldıkları halde, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir biçimde, bunlarda anlaşma olmadığı taktirde sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılmakta; yani o, bunlara ilişkin uyuşmaya sözleşmenin kurulması açısından bir condicio sine qua non nazarı ile bakmaktadır.

⁶⁹ M.Murat İnceoğlu, “Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu” (**Makaleler-Tebliğler**),XII Levha Yayıncılık, s.47.

⁷⁰ **a.g.e.**, s.48.

⁷¹ Çınar, **a.g.e.**, s.69.

Şeffaflık ilkesinin ihlali durumunda ise hukuki sonucun ne olacağı eksik bırakılmış, sadece, söz konusu kayıtların anlamının açık olmaması durumunda tüketici lehine olan yorumun üstün tutulacağı belirtilmiştir. Alman Medeni Kanununun 306. maddesinde ise yürürlük denetiminin ihlali durumunda söz konusu kayıtların sözleşmeye dahil olmayacağı belirtilmiştir. TBK' nın 21. maddesinde ise “yazılmamış sayılma” başlığı altında, yürürlük denetimine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre sözleşme ile ilişkilendirilmeyen sözleşme kayıtları yazılmamış sayılacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu kayıtlar için hukuki bir yaptırım söz konusudur.

B. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi

1. İlişkilendirme Anlaşması

a.Genel Olarak

Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi için, bunların, sözleşmenin içeriği haline gelmesi konusunda tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması gerekir. Genel işlem koşullarının varlığı ve sözleşmenin içeriğini oluşturma iradesinin, düzenleyen tarafından ortaya konulması ve karşı tarafın da bunu kabul etmesi ile birlikte bu koşullar, sözleşme hükümleri haline gelirler. Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi, yani ilişkilendirme anlaşmasının kurulması için, burada da ilişkilendirme anlaşması için yapılan icabın(öneri), gayet açık ve anlaşılabilir olmasının gerekip gerekmediği konusu Alman bilimsel öğretilerinde tartışılmıştır⁷². Alman Genel İşlem Şartları Kanununun 2. maddesi ile, irade açıklamasının, açık ve anlaşılabilir olması aranmış olduğundan, bu yasal düzenlemeden sonra, doktrindeki tartışmalar son bulmuştur (BGB Pr 305/f.2). TBK' nın 21.maddesinde, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması için, düzenleyenin, sözleşmenin karşı tarafını açıkça bilgilendirmesi ve karşı tarafa içeriğini öğrenme imkanı tanınması ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi öngörülmüştür.

Düzenleyenin, sözleşmeye dahil etmek istediği kayıtlar konusunda, iradesini mutlaka yazılı olarak ortaya koyması gerekmez; onun, bu beyanını sözlü olarak ya da sözleşmenin yapılacağı yerde, açık ve görülebilecek şekilde, mesela, ilan vb. yollarla karşı tarafa iletmesi yeterlidir⁷³.

⁷²Yavuz, **a.g.e.**,s.89; Havutçu, **a.g.e.**,s.119,121,122.

⁷³Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.235; Çınar, **a.g.e.**,s.71.

Geçerli bir şekilde kurulmuş bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığı için, düzenleyen tarafından açıklanan icaba(öneri) karşı, karşı tarafın kabul beyanında bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, söz konusu kabul açıklamasının genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilerek açıklanmış olması gerekli değildir. İleride inceleyeceğimiz üzere⁷⁴, karşı tarafın kabul beyanı, özel bilinçli yada genel (global) bilinçli kabul şeklinde olabilecektir⁷⁵.

Genel işlem koşulları internet üzerinden kurulan sözleşmeler için de söz konusu olabilir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde de taraflar, ilişkilendirme anlaşması ile ilgili irade açıklamalarını yazı, görüntü, ses veya başka bir yolla internet üzerinden diğerine gönderir. Elektronik icap ve elektronik kabul şartlarının meydana gelmesi ile sözleşme kurulur⁷⁶. Bu tür sözleşmelerde icap ve kabul, sözle, yazıyla, kanaat verici bir davranışla veya internet iletişim araçları ile yapılabilir⁷⁷.

TKHK ve Yönergede, ilişkilendirme anlaşması ile sözleşmenin içeriğine dahil edilmek istenen sözleşme kayıtlarının, hangi durumlar ve şartlar altında sözleşmenin içeriğine dahil edileceği düzenlenmemiştir⁷⁸. TBK' nın 21.maddesindeki düzenleme ile birlikte bu konudaki eksiklik giderilmiştir.

⁷⁴Bu konu s.35 vd. da işlenecektir.

⁷⁵Atamer, **a.g.e.**, s.100.

⁷⁶ Muzaffer Şeker, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, 10.Yıl'a Armağan, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2, s.134'den D Schneidenbah, Zivildrechtliche Haftung für Software im İnternet, Diss, Heidelberg, 2005, s.115.

⁷⁷Şeker, **a.g.e.**, s.134.

⁷⁸Alman Medeni Kanununun 305.maddesinin ikinci fıkrasında ise bu düzenleme şu şekildedir:“(1) Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi için, kullananın sözleşmenin kuruluşu sırasında, (i) Sözleşmenin diğer tarafını açıkça uyarması veya sözleşmenin kuruluş tarzı nedeniyle açık bir uyarının yapılmasında büyük bir güçlük varsa, sözleşmenin kurulduğu yerde bu şartların açıkça görülebilecek biçimde ilanı yoluyla uyarması ve (ii) diğer tarafa, bunların içeriğini öğrenme imkanını, kendisinden beklenebilecek şekilde sağlaması ve sözleşmenin diğer tarafının da bunların uygulanmasını kabul etmesi gerekir. (2) Sözleşmenin tarafları, fıkra belirtilen koşullar altında, belirli hukuki işlem türleri için belirli genel işlem koşullarının uygulanacağını önceden kararlaştırabilirler.” Karşılaştırma için bkz., Çınar, **a.g.e.**, s.72.

TBK'nın 21.maddesine göre,"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi taktirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."

TBK' daki düzenlemeye göre, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dahil olması için, düzenleyenin, bu koşullar konusunda sözleşmenin karşı tarafını uyarması, karşı tarafın söz konusu koşulların içeriğini öğrenmesine izin vermesi ve karşı tarafın da bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil olması konusunda, kabul iradesini açıklaması gerekmektedir.

Bununla birlikte, sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarının içeriğini öğrenmesine imkân tanınması yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın söz konusu şartların içeriğini bilmesi gerekmemektedir⁷⁹.

Aynı durum, TKHK kapsamındaki tüketici sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Sözleşme ilişkisinde "düzenleyen" yerine "girişimci" ve "karşı taraf" yerine "tüketici" ifadelerinin konulması ile birlikte tüketici sözleşmeleri de aynı yorum şekline tabi tutulacaktır.

b.Düzenleyenin Açık İrade Beyanının Olması

Düzenleyenin irade beyanının açık olması, hukuki sonuç hakkındaki arzunun tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya koyulmasıdır. Bu, sözle, yazı ile veya bir işaretle yapılabilir. Yeter ki, beyanın anlamını belirlemek için beyan dışındaki unsurlara başvurmaya ihtiyaç duyulmasın⁸⁰. Düzenleyenin, karşı taraf ile müzakere etmeden sözleşmeye koyma isteğini açık bir şekilde icap niteliğindeki irade beyanı ile ortaya koyması, karşı tarafın da kabul niteliğindeki irade beyanının açık veya örtülü olarak açıklanması ile ilişkilendirme anlaşması meydana gelir. Düzenleyen tarafından, karşı taraf ile müzakere edilmeden sözleşmenin içeriği haline gelmesi istenen sözleşme kayıtlarına, sözleşme metni içerisinde veya arkasında ya da ayrı bir belgede yer verilmesi ile irade beyanı açık bir şekilde ortaya konulmuş olur (TBK m. 20/1)⁸¹.

⁷⁹ Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, İstanbul: 'y.y.', s.51; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.236.

⁸⁰ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. b. , İstanbul: Vedat Kitabevi, 2013, s.191 vd.

⁸¹ Atamer, **a.g.e.**, s.182-183; Oğuz, **a.g.e.**, s.46; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.232-233.

TBK'nın 21.maddesi ile Alman Medeni Kanununun 305.maddesi, düzenleyenin, genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil etmesi için iradesini açıkça ortaya koymasını aramaktadır⁸². Diğer bir ifadeyle, düzenleyenin, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarını, örtülü irade açıklaması ile sözleşmeye dahil etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte TBK, Alman Medeni Kanununa göre daha ileri bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, sözleşmenin karşı tarafının uyarılması yeterli görülmemiş; genel işlem koşullarını düzenleyenin karşı tarafı açıkça bilgilendirmesi aranmıştır.

aa. Karşı Tarafı Açıkça Bilgilendirme

TBK'nın 21. maddesinin 1.fıkrasına göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır. Kanun herhangi bir bilgilendirmeyi değil "açıkça bilgilendirmeyi" şart koşmaktadır. O halde sözleşmeyi düzenleyenin genel işlem koşulları hakkında genel açıklamalar yapması yeterli olmamaktadır. Bilgilendirme samimi, açık, tereddüde yer vermeyecek biçimde gerçekleşmelidir.

Karşı tarafın bilgilendirilme biçimi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, düzenleyen, bu koşulları karşı tarafa teslim edebilir veya ilan yolu ile duyurabilir. "Karşı tarafın bilgilendirilmesi hukuksal niteliği itibarıyla bir tasavvur açıklaması olup, irade açıklaması değildir Bu nedenle diğer tarafın bilgilendirildiği her türlü delille kanıtlanabilmelidir"⁸³.

"TKHK 'da ifadesini bulan tüketici sözleşmelerinde de, genel işlem koşullarını, sözleşme içeriğine dahil etmek isteyen girişimcinin, sadece bu koşulları kullanmak isteğini tüketiciye bildirmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda, söz konusu koşulların tüketici tarafından bilinmesine imkân tanınması da gerekmektedir. Bundan dolayı, girişimci tarafından, tüketiciye yapılacak irade açıklamasının en geç sözleşmenin kurulması aşamasında olması gerekir"⁸⁴.

⁸²Çınar, a.g.e., s.73.

⁸³Kılıçoğlu, Ahmet M, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara:Turhan Kitabevi, 2013, s.119.

⁸⁴Çınar, a.g.e., s.78-79.

Sözleşmenin kurulmasından sonra girişimci tarafından tüketiciye sunulan genel işlem koşulları ancak, sözleşmenin değiştirilmesi istemi anlamına gelecektir ki, bu durumda tüketicinin bu icabı kabul etmesi ile sözleşme koşulları değişmiş olacaktır⁸⁵.

Sözleşmenin kurulması internet vasıtası ile de gerçekleşebilir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler açısından bakıldığında genel işlem koşullarını kullanarak sözleşme kurmak istediğini karşı tarafa bildiren düzenleyenin, bu koşulların içeriğini karşı tarafın öğrenmesine imkân vermesi gerekmektedir.

aaa.Genel İşlem Koşullarının Karşı Tarafa Teslimi veya Açıkça Bu Koşullara Yollama Yapılması

Düzenleyen, sözleşme içeriğine dahil etmek istediği genel işlem koşullarını karşı tarafa teslim ederek, ona, bunlara sözleşmede yer vermek istediğini açıklar ve bu konuda onun rızasını alırsa, ilişkilendirme anlaşması yapılmış olur⁸⁶. Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması için, düzenleyenin yazılı bir metin kullanması, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından ispat kolaylığı sağlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, yazılı bir metin kullanmak zorunlu değildir.

Doktrindeki bir görüşe⁸⁷ göre genel işlem koşulları, sözleşme metninde yer almamış; ayrı bir metin halinde düzenlenmiş veya sözleşmenin arkasına yazılmış ise, düzenleyenin açıkça karşı tarafı bilgilendirmiş sayılması için, sözleşme metninde bu koşullara yollama yapan bir hükmün bulunması veya söz konusu koşulların varlığına ilişkin, sözlü olarak bir uyarıda bulunulması gerekmektedir. Ancak TBK m.21 'de açıkça bilgi verilmesi yeterli görülmüş ve ayrıca sözleşme metninde genel işlem koşullarına yollama yapan bir hüküm aranmamıştır.

Doktrindeki diğer bir görüş⁸⁸ ise, bu görüşün aksini savunmaktadır. Buna göre, eğer sözleşmenin arka yüzünde genel işlem koşulları olduğu fark edilebiliyorsa, karşı tarafın sözleşmeyi imzalaması ile arka sayfada yer alan şartların artık, sözleşmeye dahil olmuş sayılacağı kabul edilmelidir.

⁸⁵Oğuz, **a.g.e.**, s.67; Atamer, **a.g.e.**, s.91

⁸⁶Ali Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, Ankara:Olgaç Matbaası., 1977, s.95; Oğuz, **a.g.e.**, s.46.

⁸⁷Atamer, **a.g.e.** , s.86-87.

⁸⁸Oğuz, **a.g.e.** , s.46,63.

Kanaatimizce, TBK m.21/1 ile getirilen düzenlemede genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi vermeyi aramaktadır. Diğer taraftan, sözleşme metni içinde yer almayı sözleşmenin arkasında ya da ayrı bir metinde yer alan koşullara yönelik olarak bilgilendirilmeyen, o yöne dikkati çekilmeyen karşı tarafın, bu koşulların varlığı konusunda farkındalığının ölçülmesi gereksiz bir ölçüt olacaktır. Böyle bir sistem kabul edildiği takdirde, mağdur kesimi oluşturan karşı taraf aleyhine sonuçlar doğacaktır. Bu nedenle, karşı tarafın bir şekilde bilgilendirilmesi daha doğru bir çözüm tarzı olacaktır.

Yabancılarla yapılan sözleşmeler açısından durum değerlendirilmesi yapıldığında, düzenleyen (girişimci) sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmenin yapıldığı dilin inceliklerine hakim olması gerektiğini, dil bilmeme rizikosunun onun üzerinde olduğunu ileri sürerek, genel işlem koşullarını sözleşme metnine dahil etmek için, onun anlamayacağı şekilde, uyarıyı kendi lisanı ile yaparak, genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil edemez.

Bu durumda olan karşı taraf(tüketici) için, bir tercüman yardımı alınmalı veya bu mümkün olmaz ise, onun anlayabileceği şekilde, bu koşulların sözleşmeye dahil edilme isteği açıklanmalıdır⁸⁹.

Bu konuda incelenmesi gereken bir diğer nokta, düzenleyenin karşı tarafa katalog veya sipariş araçları göndermiş olması durumunda, bu katalog veya sipariş dokümanları içerisinde yer alan genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmayacağıdır.

⁸⁹Havutçu, **a.g.e.**, s.114; Oğuz, **a.g.e.**, s.60: Örnek olarak, sözleşme görüşmelerinin İngilizce yürütülmesinden sonra sözleşmenin arka sayfasına almanca genel işlem koşulları yazılması durumunda, her ne kadar sözleşmenin ön yüzünde İngilizce yollama söz konusu olsa da, sözleşmenin arka sayfasında yazılı genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmuş sayılmayacağını ileri sürülmüştür. Doktrinde, sözleşmenin yapıldığı ülkenin dili kullanılarak sözleşme koşulları hazırlanmış ise, artık, girişimcinin(düzenleyenin) , tüketicinin(karşı taraf) anlayabileceği şekilde tercüman kullanma yükümlülüğünün olmadığı görüşü savunulmuştur. Bu görüş için bkz. Norbert Reich, "Kredit-bürgschaft und Transparenz", NJW, 1995,s. 1857-1860. Kanaatimizce, karşı taraf (tüketici), düzenleyen ile sözleşme görüşmelerini hangi dilde yapıyorsa tüm metin bakımından o dil esas alınmalıdır. Sözleşme metni içerisinde, sözleşme görüşmelerinden farklı bir dil kullanılmış ise veya yukarıdaki örnekte belirtildiği gibi sözleşme metninin ön yüzünde yollama yapılarak arka yüzünde farklı bir dil kullanılmış ise bu takdirde, genel işlem koşulları sözleşmeye dahil sayılamayacaktır.

TBK' nın 8.maddesinin ikinci fıkrasında, katalog veya fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesinin, kural olarak, icaba davet değil, icap sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre," Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır".

Düzenleyen tarafından gönderilen katalog içerisinde yer alan genel işlem koşullarının, karşı taraf tarafından kabulü ile icap değil, kabul beyanı açıklanmış olacaktır ve sözleşme hüküm ifade edecektir. Katalogların icaba davet olduğunun düzenleyen tarafından katalogta belirtilmesi durumunda ise, sözleşmenin kurulması için gerekli olan ve sözleşmenin esaslı şartlarını taşıyan irade açıklaması (icap) karşı tarafça yapılmış olacağından, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması kabul edilebilirse de, katalog ve cari fiyat irsalinin icap sayılması durumunda, karşı tarafın ortaya koyacağı irade beyanının(kabul) genel işlem koşullarını kapsamadığı kabul edilmelidir. Nitekim birinci durumda, karşı taraf, sözleşmenin hükümlerini ve edimi kendisi belirleme imkânına sahipken, ikinci durumda, yani katalog gönderilmesinin icap sayıldığı hallerde, karşı tarafın bu icabı değiştirmesi söz konusu değildir. Karşı tarafın söz konusu teklifi değiştirmesi durumunda ise, bir icap değil, icaba davet söz konusu olacaktır⁹⁰.

Karşı tarafın (tüketicinin), düzenleyen(girişimcinin) tarafından kendisine gönderilen sipariş metninin boş bırakılan kısmını dolduruyor ise, artık, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesini kabul etmiş demektir⁹¹.

⁹⁰Çınar, a.g.e., s.76

⁹¹Atamer, a.g.e., s.87.

bbb. Genel İşlem Koşullarının İlan Edilmesi

Hayatın olağan akışı içinde çok sık karşılaşılan ve ekonomik bakımdan önemli bir değer taşımayan sözleşmelerin kurulmasında her bir sözleşmeye genel işlem koşulları metninin verilmesi düzenleyen (girişimci) açısından büyük güçlük çıkaracaksa, istisnai olarak bu metnin sözleşmenin kurulacağı mekânda ilan edilmesi kabul edilebilir. Nitekim Alman Medeni Kanununun 305. Maddesinde de, genel işlem koşullarını kullanan girişimcinin, bu koşulların sözleşmeye dahil edilmesi konusunda karşı tarafı açıkça uyarması büyük bir güçlük arz ediyorsa, bunları ilan ederek, sözleşmeye dahil etme isteğini ortaya koymasının yeterli olacağı şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

Örneğin, otomat ile yapılan işlemlerde düzenleyen (girişimci) veya personeli bulunmadığından, düzenleyenin (girişimci) karşı tarafı (tüketiciyi) genel işlem koşulları konusunda uyarması güç, hatta mümkün olmayacağı için, düzenleyen (girişimcinin), ilan yoluyla bu iradesini ortaya koyabilecektir. Ancak, genel işlem koşullarının bu yolla sözleşmeye dahil olabilmesi için, bu ilan metninin, sözleşmenin yapıldığı yerde zahmetsizce görülebilir bir şekilde yapılması gereklidir⁹². Dolayısıyla, genel işlem koşulları, sözleşmenin yapıldığı yerde karşı taraf (tüketici) tarafından hemen fark edilebilecek şekilde ve uygun bir yere asılmamış ise, karşı tarafın(tüketici) bu koşulları sözleşmeye dahil etmek istemediği sonucuna varılacaktır.

Bu anlamda, işlem yapılan mağaza veya dükkanda, genel işlem koşullarının mağazanın hemen girişine değil de, ödeme yaparken görülebilecek şekilde kasa arkasına veya önüne asılması durumunda, bu koşulların sözleşmeye dahil olmadığı kabul edilmelidir⁹³. Genel işlem koşullarının, gazete, dergi, çarşı ve sokak gibi yerlerde ilan edilmesi durumunda, karşı tarafın (tüketicinin) yapacak olduğu sözleşmelerde bu şartları hatırlaması ve içeriğini bilme imkânının sağlanmış olması kabul edilemeyeceğinden, bu koşullar, sözleşmenin içeriği haline gelmez⁹⁴.

⁹²Çınar, a.g.e., s.77; Atamer, a.g.e., s.88-89; Havutçu, a.g.e., s.124.

⁹³Çınar, a.g.e., s.77.

⁹⁴Havutçu, a.g.e., s.123; Atamer, a.g.e., s.89.

Alman Medeni Kanununun 305.maddesinde öngörülen düzenleme istisnâî bir nitelik taşımaktadır. Örneğin, sinema, tiyatro, otomat işlemleri vb durumlarda genel işlem koşullarının kullanımı uyarısı güçlük arz edebileceği için, ilan yoluyla bu koşulların sözleşmeye dahil edilmek isteğinin açıklanması kabul edilmektedir ve ekonomik anlamda önem arz etmeyen işlemler yönünden bu yöntem kabul görmektedir⁹⁵.

Kanaatimizce, Alman Medeni Kanununda savunulduğu gibi, genel işlem koşullarının ilan edilmesi yoluna, istisnai durumlarda başvurmak gerekmektedir. Çünkü sinema, tiyatro gibi işletmelerde genel işlem koşullarının kullanıldığı uyarısının ilan yoluyla karşı tarafa bildirilmesi, zaman sıkıntısı yaşanan durumlarda genel işlem koşullarının kullanıldığının bildirilmesi açısından kolaylık sağlayacaktır. Oysaki bu ilan yoluna ekonomik bakımdan daha değerli işlemler için başvurulacak olursa bu noktada söz konusu uyarı şekli uygun olmayacaktır. Örneğin, bankalarda, yetkililerin(düzenleyen) karşı taraf ile yaptıkları işlemler, yüz yüze görüşmeyi gerektirmektedir. Banka işlemleri, karşılıklı görüşme esası içinde yürütülür ve karşı tarafın koşullar hakkında bilgilendirilmesi herhangi bir güçlük arz etmez. Dolayısıyla genel işlem koşullarının banka içinde ilan edilmesi yoluyla, bu koşullar sözleşmenin içeriğine dahil olmaz.

Bu hususta son olarak sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin özel bir duruma da değinmek gerekir. TBK'nın 576. Maddesine göre, otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Bu düzenleme ile işletmecinin koyacağı sorumsuzluk şartının geçerli olması için, bunun konaklayan tarafından açık olarak kabul edilmiş olması gerekir; işletmecinin tek taraflı bildiri bu hususta yeterli olmaz.

Diğer bir ifadeyle, otel işleteni, kendi mekânındaki, örneğin otel girişinde astığı tek taraflı bildirim niteliğindeki ilanla bu sorumluluğu ne ortadan kaldırırlar, ne de azaltabilirler. Kanunun 579. Maddesinin son fıkrasına göre ise garaj, otopark ve benzeri yerleri işleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır.

⁹⁵Çınar, a.g.e., s.77 dip not 35'den naklen.

Böylece, kanun koyucu, işletenler için, genel işlem koşulları niteliğinde bulunsun veya bulunmasın, ilan yoluyla sorumsuzluk kaydının karşı taraf tarafından kabul edilmesini, diğer bir ifadeyle, sözleşmeye dahil edilmiş sayılmasını engellemiştir⁹⁶.

818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu tarihte yazılan bir makalede, işletenlerin sorumluluğu konusunda, bu kayıtların otelciler ile tüketiciler arasında bireysel görüşme konusu yapılmış ve bu şekilde sözleşmenin içeriği haline geldikleri takdirde, geçerli kabul edileceği belirtilmiştir.⁹⁷

c. Karşı Tarafın Kabul Beyanı

aa. Genel Olarak

Düzenleyenin, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi için, iradesini ortaya koymasından sonra, karşı tarafın, kabul iradesini açıklaması ile ilişkilendirme anlaşması meydana gelir. Buna karşılık, sözleşmenin içeriğine dahil olan genel işlem koşullarının, yürürlük denetimi bakımından gerekli şartları sağlaması, onun içerik denetimine tabi tutulmasına engel değildir. TKHK' da, Alman Medeni Kanununda ve TBK' da, genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilebilmesi için, sözleşmenin karşı tarafına gerekli imkân tanınması yeterli görülmüş, ayrıca içeriğin öğrenilmesi zorunlu görülmemiştir.

Doktrinde, karşı tarafın(tüketicinin), söz konusu kayıtların içeriğini öğrenerek kabul etmesi ile, içeriğini öğrenmeden ve incelemeyen doğrudan kabul iradesini ortaya koyması arasında ayırım yapılmıştır. Birinci durumda, karşı tarafın(tüketicinin) ortaya koyduğu kabul açıklamasına “tam bilinçli kabul” veya “açık kabul”, ikinci duruma ise, “genel bilinçli kabul” ya da “global kabul” denilmiştir⁹⁸.

⁹⁶ 13.HD' nin 2003 tarihinde verdiği bir kararda da bu husus şöyle ifade edilmiştir: “Umumi otoparkta bırakılan aracın çalınması olayında, garaj işleteni, muhafaza ve nezaret borcu dairesinde zararın tazmini ile yükümlüdür; müşteriye verilen makbuzda sorumluluk kabul edilemeyeceğine ilişkin kayıt geçersizdir. Yarg.13.HD. 01.07.2003 Tarihli, E. 2003/5039 K. 2003/8870 (www.legalbank.net) (Erişim tarihi: 06.01.2013).

⁹⁷ Haluk Tandoğan, “Otelcilerin Mesuliyeti”, **AÜHFD.** ,C.12, 1955, 201 vd.

⁹⁸ Atamer, **a.g.e.**, s.99,102; Akipek, **a.g.e.**, s.228; Havutçu, **a.g.e.**, s.110-111; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.236; Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.

bb. Tam (Açık) Bilinçli Kabul

“Tam(Açık) Bilinçli Kabul” ün söz konusu olması için, karşı tarafın (tüketicinin), düzenleyenin, genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dahil etme isteğini, kendisine sunulan genel işlem koşullarının yazılı olduğu metni okuyup anlayarak ve sonrasında bu metni imzalayarak veya sözlü olarak rızasını yoruma mahal vermeyecek şekilde açıklaması gerekmektedir⁹⁹.

Bilinçli kabulün bu türünde, iradenin açıklanma biçiminin açık ya da örtülü olması önemli değildir. Karşı taraf iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koyabilir. Karşı tarafın düzenleyenin sunduğu genel işlem koşullarını ihtiva eden metni kabul ettiği, bir yoruma ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde doğrudan doğruya beyanından anlaşılıyorsa, genel işlem koşullarının açık irade beyanıyla kabulü söz konusudur. Karşı taraf, genel işlem koşullarını kabul etme iradesini, iradesini gösteren davranışlarıyla –susma hariç- örtülü kabul beyanı olarak da açıklayabilir¹⁰⁰.

TBK m.6’ya göre “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır”. Buna göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için açık bir kabule ihtiyaç duyulmuyorsa ve önerinin münasip süre içinde red edilmemiş bulunması gereken hallerde, sözleşme, karşı tarafın örtülü kabulüyle kurulacaktır. İsviçre Hukukunda tacirler arasındaki işlemler dışında, kural olarak genel işlem koşullarının örtülü olarak benimsenemeyeceği görüşü hakimdir¹⁰¹.

cc. Genel(Global) Bilinçli Kabul

Karşı taraf(tüketici), düzenleyenin(girişimcinin) kendisine sunduğu ve sözleşmenin içeriğine dahil etmek istediği genel işlem koşullarını öğrenme olanağı kendisine sağlandığı halde, bunları okumadan ve içeriğini anlamadan kabul iradesini açıklarsa, bu durumda, genel (global) bilinçli kabulden bahsedilir¹⁰².

⁹⁹Havutçu, **a.g.e.**,s.111-112.

¹⁰⁰Gökhan Antalya, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 2. b., İstanbul:Beta Basım Yayım, 2013, s.310.

¹⁰¹Antalya, **a.g.e.**, s.311.

¹⁰² Akipek, **a.g.e.**, s.228; Havutçu, **a.g.e.**, s.112; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.236; Soyer ,**a.g.e.**, s.81.

Kendisi ile genel işlem koşulları müzakere edilmeyen ve bu koşulların içeriğini bilmeyen karşı taraf (tüketici), söz konusu koşulların sözleşmenin içeriği haline gelmesini istediği için, onun bu iradesi, ilişkilendirme anlaşmasını meydana getiren “kabul” anlamında yorumlanır. Bu beyanın kabul olarak yorumlanmasında, kaynağını dürüstlük kurallarında (TMK m. 2/1) bulan “güven teorisi” nden hareket edilir.

Güven teorisi, irade beyanının anlamını tayinde, muhatabın dürüstlük kuralına göre, bildiği veya bilmesi gerekli bütün unsurları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güvenini koruyarak, irade beyanının yorumunda da önemli rol oynamaktadır¹⁰³.

Güven teorisine göre, karşı tarafın (tüketicinin) açıklamış olduğu irade beyanının kabul anlamına gelmesi için, düzenleyenin (girişimcinin), ödevini yerine getirmesi, genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriğine dahil etmek istediğini açıkça ortaya koyması ve karşı tarafça varlığı bilinen bu koşulların içeriğinin, bu olanak kendisine sağlandığı halde, öğrenilmeden “kabul” edilmesi gereklidir. Aksi taktirde, bu şekildeki genel işlem koşulları açısından, güven teorisi ile ilişkilendirme anlaşmasının meydana geldiği kabul edilemez¹⁰⁴.

Tam (açık) bilinçli kabulde, karşı taraf, genel işlem koşullarını okuyarak, bilgi sahibi olup öğrendikten sonra anlamını tam olarak kavrarken; global kabul bu durumun tam karşıtını oluşturmaktadır. Global kabul durumunda karşı taraf genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan, anlamadan genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmasını kabul etmektedir. Karşı taraf açıkça bilgilendirilmediğinden dolayı, global kabul durumunda, örtülü irade açıklamasının varlığı halinde yürürlük şartı gerçekleşemez¹⁰⁵.

¹⁰³Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı”, İstanbul: Garanti Matbaası, 1968, s.9 ve Borçlar Hukuku(2008), s.133-134; Eren (11.Bası, 2009) , a.g.e.,s.139 vd.

¹⁰⁴ Havutçu, a.g.e., s.113.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, a.g.e., s.311 vd.

2. İlişkilendirme Anlaşması Açısından Bazı Özel Durumlar

a. Genel Olarak

TBK' nın 1. maddesinin 2.fıkrasında, sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade açıklamalarının açık veya örtülü olabileceği belirtilmiştir. Hukukî sonuç hakkındaki arzuyu tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya koyan irade beyanı açık (sarih) irade beyanıdır. Bu, sözle, yazı ile veya bir işaretle yapılabilir. Hukukî sonuç hakkındaki arzu, ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten, bu hareketin yapıldığı hal ve şartlar göz önünde tutularak anlaşılabilirse, irade beyanı örtülü(zımnî) bir irade beyanıdır. Bu anlamda, örtülü beyan, ya aktif bir davranış sergilenerek veya pasif bir davranışla ya da susma ile olur¹⁰⁶. İradenin varlığını gösteren hareket iradeyi başkalarına bildirmek için değil, sırf iradenin gerçekleştirilmesi için yapılmışsa bu taktirde bir "irade faaliyeti(irade icraatı)" ile karşılaşılır. Bazı yazarlar tarafından irade faaliyeti sayılan hareketlerin "örtülü irade beyanları" kapsamında ele alınabileceği savunulmaktadır¹⁰⁷.

TKHK kapsamında örtülü anlaşma, girişimcinin açık irade beyanının tüketici tarafından örtülü olarak kabulü şeklinde olabileceği gibi, girişimcinin örtülü irade beyanının tüketici tarafından açıkça kabul edilmesi ya da her iki tarafın irade beyanının örtülü olması şeklinde de olabilmektedir.

Oysa Alman Medeni Kanununda¹⁰⁸ ve TBK' da düzenleyenin(girişimcinin) genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriğine dahil etmesi için, iradesini açık bir şekilde ortaya koymuş olması arandığı için, düzenleyenin (girişimcinin), irade beyanı örtülü olamayacaktır.

Bir pasif davranış şekli olan "sükut"(susma) halinde, muhatabın bunu irade beyanı sayması gerekip gerekmediği sorunu güven teorisine göre çözülmesi gereken bir problemdir. Aslında susma kural olarak irade beyanı sayılmaz. Ancak istisnaen susma, güven teorisi çerçevesinde, irade karinesi yoluyla irade beyanı olarak sonuç doğurabilir¹⁰⁹.

¹⁰⁶Atamer, **a.g.e.**, s.100.

¹⁰⁷Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.146.

¹⁰⁸Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.86 dip not 59.

¹⁰⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.67-68.

Susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimse aksi yönde bir arzuya sahipse susmaması gerekmeli ve susmayacak durumda olmalıdır¹¹⁰. Bu hususu, Mecelle'nin 67. Maddesi şöyle ifade etmiştir:” Sakit'e bir söz isnad olunmaz. Lakin ma'rız-ı hacette sükut beyandır.” TBK madde 6 ise bu hususu, “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır” şeklinde ifade etmiştir. Kanun bu hükmüyle açık bir kabulün gerekli olmadığı hallerde kabulcünün öneriyi red hakkına sahip olduğu, bu hakkını uygun bir süre içinde kullanabileceği, red hakkını kullanmadığı takdirde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını ifade etmek istemiştir¹¹¹.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bir kararında¹¹², tüketicinin uzunca bir süredir GSM operatörünün abonesi olması nedeniyle, sözleşme hükümlerini benimsediğinin kabulü gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay, bu kararında sözleşme hükümlerinin örtülü irade beyanıyla sözleşme içeriği haline geldiğini kabul etmiştir.

Genel işlem koşulları içerisinde, söz konusu icabın belirli bir süre içerisinde reddedilmemesi halinde kabul edilmiş sayılacağına ilişkin bir koşul ekleyen düzenleyenin(girişimcinin), karşı tarafça (tüketici), teklifinin öngörülen süre içerisinde reddedilmemesi dolayısıyla, söz konusu koşulların sözleşmeye dahil olduğuna ilişkin güveni korunmaz ve bu koşullar sözleşme içeriği haline gelmez¹¹³.

¹¹⁰ Şener Akyol, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, 1995, s.90 vd;Eren(2009), **a.g.e.**, s.125.

¹¹¹Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.68.

¹¹²Yarg. 13. HD'nin 21.01.2002 tarihli ve E. 2001/11843, K.2002/418 sayılı kararı(www.legalbank.net) (**Erişim tarihi:26.02.2013**)..

¹¹³Atamer, **a.g.e.**, s.102; Akipek, **a.g.e.**,s.231; Havutçu, **a.g.e.**, s.125;Oğuz, **a.g.e.**, s.61.

b.Fatura, İrsaliye, Bilet Gibi Belgelerde Yer Alan Genel İşlem Koşulları

Sözleşmenin meydana gelmesinden sonra düzenleyen(girişimci) tarafından, karşı tarafa(tüketici) verilen fatura, irsaliye ve benzeri belgelerde ya da biletin arka yüzünde genel işlem koşulları bulunmaktadır. Düzenleyen(girişimci), sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil etmek istemektedir. Oysa, Alman Medeni Kanununun 305. maddesinin ikinci fıkrasında¹¹⁴ ve TBK' nın 21. maddesinde desteklenen görüş uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi için, sözleşmenin kuruluşu sırasında düzenleyenin karşı tarafı uyarması, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi gerektiğinden, sözleşme kurulduktan sonra ispat aracı olarak verilen makbuz veya faturanın arkasında yer alan koşulların, karşı taraf tarafından sözleşmeye dahil edilmesine rıza gösterdiğine ilişkin yorumlar hukuki dayanaktan yoksundur. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olan ve bu koşulların varlığı hakkında bilgilendirilmeyen karşı tarafı, bu koşulların sözleşmeye dahil edilmesine rıza gösterdiği şeklinde bir yorumla karşı karşıya bırakarak, bu koşulların sözleşmeyle ilişkilendirilmesi mümkün değildir.

Örneğin, bir kuru temizleyiciye bırakılan elbise için verilen fatura veya sipariş fişinin altında veya arkasında, temizleme yapılmak için bırakılan ürünün “ bir ay içinde teslim alınmaması halinde, şirketin sorumlu olmayacağına ilişkin kayıt”, sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafa uyarı yapıldığı gerekçesiyle, sözleşme içeriği haline gelmeyecektir¹¹⁵.

Doktrindeki bir görüş¹¹⁶, her ne kadar faturanın, sözleşmenin tamamlanması ve ispatına ilişkin bir unsur olduğunun kabulü gerekse de, bazı sözleşmeler açısından (örneğin, oto tamiri) faturanın sözleşmenin içeriğini oluşturduğunu, tarafların ediminin faturaya göre belirlendiğini, bu sözleşmeler açısından, faturada yer alan genel işlem koşullarının diğer koşullar gerçekleşmişse sözleşmenin içeriğine dahil olmuş sayılabileceğini ileri sürmüştür.

¹¹⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.88.

¹¹⁵Havutçu, **a.g.e.**, s.125-126.

¹¹⁶Oğuz, **a.g.e.**, s.73.

Kanaatimizce, sözleşmenin kuruluşu sırasında hakkında herhangi bir uyarı yapılmamış olan koşullara ilişkin olarak, bunların sözleşmenin içeriğine dahil olduğunu söylemek TBK'nın 21.maddesine aykırı bir yorum tarzı olacaktır. Nitekim, fatura veya sipariş fişi, genellikle sözleşmenin kurulması sırasında değil, sözleşme kurulduktan sonra düzenlenmektedir ve karşı taraf(tüketici) bu belgelerde yer alan koşulları incelemeyen, onlar hakkında bilgi sahibi olmadan sözleşme koşullarını kabul etmiş görünmektedir. Oysaki birer ispat aracı olan bu belgelerde yer alan koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa(tüketici) verildiği ve karşı tarafın bunu baştan kabul ettiği şeklinde bir yoruma tabi tutularak sözleşme içeriği haline gelemezler.

Sözleşmenin kurulmasından sonra verilen belgelerde yer alan genel işlem koşullarının niteliği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Birinci görüşe¹¹⁷ göre, bu kayıtlar, ancak sözleşmenin değiştirilmesi için karşı tarafa(tüketiciye) yapılan bir icap niteliği taşır. Bu durumda, bu kayıtların sözleşmeye dahil olması için, karşı tarafça (tüketici) açık veya örtülü şekilde kabul edilmesi gerekir. Ancak, burada karşı tarafın(tüketicinin) susması, dürüstlük kuralı uyarınca örtülü kabul olarak yorumlanamaz.

İkinci görüşe¹¹⁸ göre ise, bu durumda, bir icaptan söz edilemez, bundan dolayı, karşı tarafa(tüketici) sonradan verilen genel işlem koşulları ile dolu bir belge dolayısıyla, karşı tarafın(tüketici) susmasının, kabul beyanı olarak algılanamayacağı yönündedir.

Kanaatimizce, sözleşmenin kurulmasından sonra verilen bir belgede yer alan koşullar, ya yeni bir sözleşmenin kurulması amacına yöneliktir ya da mevcut bir sözleşmenin değiştirilmesi için irade beyanı niteliğindedir. Karşı tarafa(tüketici) yöneltilen bu irade beyanının icap olarak nitelendirilmemesi için bir gerekçe bulunmamaktadır. Böyle bir durumda "susma" durum ve koşulların gerektirdiği bir kabul olarak nitelendirilemez.

¹¹⁷Havutçu, **a.g.e.**, s.125; Oğuz, **a.g.e.**, s.61.

¹¹⁸Atamer, **a.g.e.**, s.102.

Tacirler arasındaki hukuki işlemlerde de faturanın özel bir önemi olduğu için, TTK'nın 21. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında fatura içeriğine itiraz ve sonuçları tacirler açısından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir. Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır."

Bu düzenlemeye göre, tacirler arasında sözleşmenin ifasına ilişkin olarak düzenlenen faturada genel işlem koşullarına yer verilmişse, bu koşullara, karşı tarafça sekiz gün içinde itiraz edilmemişse, bu koşullar kabul edilmiş sayılacaktır. Burada sözleşmenin ifasına ilişkin olarak faturanın içeriğine itiraz söz konusudur.

Dolayısıyla ifa ile ilgili koşullar, sözleşmenin içeriğine dahil olacak ifa ile ilgili olmayan koşullar faturada yer alsın ve itiraz edilmemiş olsa bile, sözleşmenin karşı tarafını bağlamayacaktır¹¹⁹. Fakat, burada söz konusu olan yasal karene, ispata ilişkin olup, ispat yükü, faturayı aldığı halde, içeriğine süresi içinde itiraz etmeyen sözleşmenin karşı tarafına aittir¹²⁰.

Otobüs, tren, uçak vb. biletler ile, sinema-tiyatro giriş kartları gibi belgelerde yer alan genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği de ayrıca incelenmelidir. Genellikle rezervasyon işlemleri veya seyahatte uyulması gerekli kurallar ve bunlara benzer genel işlem koşullarına yer verilen bu tip belgeler, tarafların anlaşması ve ödemenin yapılmasından, yani sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa(tüketici) verilmektedir. Bu belgelerde yer alan koşulların sözleşme içeriğine dahil edilmek istendiği sözleşmenin kurulması aşamasında karşı tarafa(tüketici) bildirilmediği için, sözleşme içeriğine dahil olması mümkün değildir¹²¹.

¹¹⁹Çınar, a.g.e., s.89.

¹²⁰ Sabih Arkan, **Ticari işletme Hukuku**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s.147.; İ.Yılmaz Aslan ve Mevci Ergün, **Ticaret Hukuku**, İstanbul:Ekin Basım Yayım, 2005, s.78.; İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, 4. b., İstanbul: 'y.y.', 1994, s.166.; Gönen Eriş, **Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, C.1, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2007, s.638-639.; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya: Mimoza Yayınevi, 2006, s.104.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, a.g.e., s.90-91

Doktrindeki bir görüşe¹²² göre, karşı taraf(tüketici)için rutin işlem teşkil eden, sinema ve tiyatro biletleri açısından söz konusu koşulların, sözleşme yapıldığı sırada ilan vb. yolla dikkatinin çekilmesi durumunda sözleşmenin içeriği haline gelebileceğini, ancak, niteliği itibarıyla daha fazla önem arz eden uçak ve otobüs biletlerinde yer alan koşullar açısından, aynı sonucun kabul edilemeyeceğini, bu biletlerde yer alan koşulların mutlaka sözleşmenin kurulduğu sırada karşı taraf (tüketici) ile müzakere edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce, TBK'da düzenlenmeyen fakat Alman Medeni Kanununun 305. maddesinin ikinci fıkrasında¹²³ açıkça belirtildiği gibi, düzenleyen açısından güçlük arz eden durumlarda ilan yoluyla genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi isteğinin açıklanması mümkündür.

c.Teyit Mektubunda Yer Alan Genel İşlem Koşulları

Özellikle tacirler arasında sözlü olarak kurulan bir sözleşmenin daha sonra yazılı hale getirilerek karşı tarafa gönderilmesi durumunda, bu belgenin içeriğinde genel işlem koşullarına yer verilebilir.

Sözlü olarak veya telefonla yapılan bir sözleşmenin, daha sonra sözleşmenin taraflarından biri tarafından, sözleşmenin esaslı unsurlarına yer verilerek yazıya geçirilmesi ve karşı tarafa gönderilmesine “teyit mektubu” denir¹²⁴.

TTK 'ya göre, tacir, teyit mektubunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itiraz etmezse, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalarına uygun olduğunu kabul etmiş sayılır(TTK m.21/f.III).

¹²²Havutçu, **a.g.e.**, s.127-128.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.88.

¹²⁴Doğanay, **a.g.e.**, s.230.; Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996, s.39.; Oğuz, **a.g.e.**, s.71.

Fatura sözleşmenin ifasına ilişkin iken, teyit mektubu sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkindir¹²⁵. TTK'da da sözleşmenin kuruluş şartlarına ilişkin gönderilen teyit mektubu düzenlenmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre teyit mektubunu alan kimse, mektubun içeriği sözlü anlaşmalara uymasa dahi, itirazda bulunulmaması halinde ve düzenleyen(gönderen) hileli davranmadığı sürece, teyit mektubunun içeriğini kabul etmiş sayılacaktır. Nitekim bu durumda teyit mektubunun yapılan beyanlara uygun olacağı kabul edilmektedir¹²⁶.

Bir sözleşme ilişkisinin olmadığı durumlarda gönderilen veya sözlü olarak yapılmış bir sözleşmeden farklı koşullar içeren teyit mektupları, karşı tarafın kabul iradesi bulunmadığı için yasal süre içinde itiraz edilmemiş olsa da, bu sözleşmede yer alan koşullar geçerlilik kazanmaz¹²⁷.

d. Ticari Teamül veya Örf ve Adet Hukuku Haline Gelen Genel İşlem Koşulları

Özellikle banka ve sigorta sektöründe yapılan sözleşmeler genel işlem koşulları kullanılarak yapılan sözleşmelerdir ve bu sektörlerde genel işlem koşullarının kullanımı teamül haline gelmiştir¹²⁸.

Banka ve sigorta sektöründe yapılan sözleşmelerde genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı¹²⁹ haline gelmesi durumunda, bankacı veya sigortacının sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının kullanılacağı hususunda açık bir bildirimde bulunması gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur.

¹²⁵ Aslan ve Ergün, **a.g.e.**, s.78.

¹²⁶ Atamer, **a.g.e.**, s.92-93.; Oğuz, **a.g.e.**, s.71-72.

¹²⁷ Ünal Somuncuoğlu, "Teyid Mektubu ile İlgili Bazı Sorunlar", **Batider**, C.8, S. 2, s.31-32.; Oğuz, **a.g.e.**, s.71.

¹²⁸ İbrahim Kaplan, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara: 'y.y.', 1987, s.49 vd. ; Arkan, **a.g.e.**, s.83 vd.

¹²⁹ Ticari örf ve adet hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, 3. b., İstanbul:Filiz Kitabevi, 2004.

Tüketicinin yanında tacirlerle de sözleşme yapılan bu sektörlerde, tacirler açısından, bankalarla veya sigorta şirketleri ile yapılan işlemlerde, TTK'nın ticari teamül ve örf ve adet kuralına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TTK'nın 2.maddesine göre, "Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve adet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır." Buna göre, ticari bir teamül olmaktan çıkarak örf ve adet kuralı haline gelen genel işlem koşulları, bir kanun hükmü gibi, hâkim tarafından re'sen uygulanacaktır¹³⁰.

Toplumda uzun süredir uygulanan ve toplum tarafından uyulmasının zorunlu olduğu yolunda genel kanaat oluşmuş kurallara "örf ve adet kuralı"¹³¹ denilirken, alışkanlık niteliğinde olan ve örf ve adet kuralı derecesine ulaşmamış kurallara ise "teamül" denmektedir.

TTK'nın 2. Maddesinin son fıkrasına göre, "Ticari örf ve adet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği taktirde uygulanır." Bu düzenlemeye göre, banka ve sigorta şirketleri ile karşı taraf(tüketici) arasında yapılan işlemlerde, ticari örf ve adet ancak, tüketiciler tarafından bu örf ve adet kuralının bilindiği veya bilinmesi gerektiği taktirde uygulanır. Doktrinde genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı haline gelip gelmediği konusunda tartışmalar vardır.

¹³⁰Kaplan, a.g.e., s.49.

¹³¹ Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, İstanbul:Vedat Kitapçılık, 2013, s.69 vd.; Kaplan, a.g.e., s.54.; Yarg. 11.HD, 21.09.1976 Tarihli, 3837/3840(www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 10.04.2013):"... Senedin çapraz çizgilerle iptali, imza yerinin yırtılması, makbuz verilmesi gibi işlemlerin ödeme için varsayım olarak kabulü gerekir. Bu durumda taraflar isticvap edilerek yukarıda belirtilen ve senetlerde görülen yırtılmanın nedeni üzerinde durulması ve gerektiğinde TTK 1 ve 2.maddeleri gereğince bu işlemin, ödeme bakımından bir teamül veya örf ve adet olup olmadığının usulen tahkiki gerekirken...";Yargıtay 14.HD,12.03.2007 Tarihli, 1210/2506 (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 10.04.2013): " Çatının onarımı bir projeye bağlanmamıştır. Bu gibi işlerde(geçerli) örf ve adete göre komşu taşınmaz malikinin öncelikle ortak alandaki iyileştirmeyi kendisinin yaptırması, iyileştirme giderlerini belgeleyerek komşu taşınmaz malikinden onun yararlandığı orandaki katılma payını harcamayı, yaptıktan sonra istemesi gerekir. Çatıdaki iyileştirme henüz gerçekleşmeden ve gerçek masraf henüz ortaya çıkmadan katılma payının peşin olarak davalıdan tahsili doğru değildir."

Bir görüşe¹³² göre, Alman Federal Mahkemesi içtihatlarından çeşitli örnekler verilerek, Federal Mahkemenin, belirli bir alanda mutata hale gelmiş genel işlem koşulları kullanımının tüketiciler tarafından bilinmesi gerektiği ve tüketicinin, bu koşulların varlığı konusunda açıkça uyarılmaması durumunda bile bunların varlığının onlar tarafından bilinmesi bekleneceği için, genel işlem koşullarının artık bir sözleşmenin içeriğini oluşturacağı ileri sürülmektedir.

İkinci bir görüşe¹³³ göre ise, genel işlem koşulları, uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmadığı için ve ayrıca tüketiciler tarafından da bu koşulların bilinmediği göz önünde tutularak, genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı haline gelmediği ve tüketicilere uygulanmayacağı yönündedir.

Diğer bir görüşe¹³⁴ göre, Türk hukukunda tacirler arasında genel işlem koşullarının ticari teamül niteliğinde oldukları, henüz örf ve adet kuralı niteliğini kazanmadıkları kabul edilmektedir.

Alman Medeni Kanununun 310.maddesinde¹³⁵, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin tacirlere uygulanmayacağı kabul edildiği için, tüketiciler açısından, genel işlem koşulları kullanımı örf ve adet kuralı oluşturmayacaksa da, tacirler açısından, bunun mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, TBK genel bir kanun olduğu ve tüketici- tacir ayrımı yapılmadığı ve de TTK 'da genel işlem koşulları ile ilgili özel bir hüküm olmadığı için TBK'da yer alan genel işlem koşulları kurallarının, herkes için uygulanması gerekir.

¹³²Oğuz, **a.g.e.**, s.68-69.

¹³³Arkan,**a.g.e.**, s.89.; Eriş, **a.g.e.**, s.170.; Kaplan, **a.g.e.**, s.47.; Oğuz,**a.g.e.**, s.51.

¹³⁴Atamer, **a.g.e.**, s.106.

¹³⁵Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf/Horn/Lindacher, Art. 24, Rn.11.

e.Çerçeve Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşulları

Sözleşme tarafları, önceden yapacakları bir çerçeve sözleşme ile, daha sonra yapacakları ve genel işlem koşulları kullanacakları sözleşmeler açısından, ayrıca bir irade açıklamasında bulunmak zorunda değildirler. Böylece, önceki çerçeve anlaşma uyarınca, daha sonraki sözleşmelerde kullanılacak genel işlem koşulları, kullananın açıkça sözleşmenin karşı tarafını uyarmasına ihtiyaç bulunmaksızın, sözleşme içeriği haline gelmektedir¹³⁶. Alman Medeni Kanununun 305.maddesinin 3.fıkrasında da bu husus düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafları, belirli koşullar altında, bazı hukuki işlem türleri için, belirli genel işlem koşullarının uygulanacağını önceden kararlaştırabileceklerdir¹³⁷.

Uygulama alanına banka ve sigorta sözleşmelerinde sıkça rastladığımız çerçeve sözleşmelerle, düzenleyen(girişimci), karşı tarafa(tüketici) genel işlem koşulları kullanacağını genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkanı sağlamakta ve bunları sözleşme içeriğine dahil etmektedir. Dolayısıyla, düzenleyen(girişimci) daha sonraki sözleşmeler açısından önceden hakkında karşı tarafı bilgilendirdiği genel işlem koşulları hakkında, tekrar karşı tarafı bilgilendirme zahmetinden kurtulmaktadır.

Ancak şu hususu da özellikle belirtmek gerekir ki, çerçeve sözleşme yapılırken karşı tarafın(tüketicinin) genel işlem koşullarına ilişkin alınan rızası, daha sonra düzenleyen(girişimci) tek taraflı iradesi ile değiştirilemez(TBK m.24). Bu taktirde, sonradan değişikliğe uğrayan koşulların sözleşmenin içeriğine dahil oldukları ileri sürülemez. Bununla birlikte, değişik genel işlem koşullarını kullanmak isteyen düzenleyen(girişimci), karşı taraf (tüketici) ile yeni bir çerçeve sözleşme yapmak zorundadır¹³⁸.

¹³⁶Atamer, **a.g.e.**, s.96; Barlas,**a.g.m.**, s.807 vd.

¹³⁷Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.94-95; Barlas, **Çerçeve Sözleşme**, s.807 vd.

¹³⁸Oğuz,**a.g.e.** , s.66.

3. İlişkilendirme Anlaşmasına Rağmen Bazı Koşulların Yürürlük Kazanamaması

Bazı sözleşme kayıtları geçerli olarak kurulmuş bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığına rağmen, sözleşmeye dahil olmamaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi için icapta bulunulmuş ve karşı taraf (tüketici) bu icabı kabul etmiş olsa bile, doktrinde, güven teorisi uyarınca, bu koşulların olağandışı ve şaşırtıcı olduğu ve bundan dolayı da söz konusu kabul iradesinin bu koşulları kapsamadığı kabul edilmiştir¹³⁹.

TBK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında, “ Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” denilmek suretiyle, genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve karşı taraf tarafından sözleşmede yer alması beklenmeyen olağandışı ve şaşırtıcı koşulların, sözleşmeye dahil olmayacakları kabul edilmiştir¹⁴⁰.

TBK'nın bu hükmünde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmaları kriterine bağlanmıştır. Bu noktada tartışılması gereken husus, “olağandışı” (alışılmamış) ve “şaşırtıcı” kayıtlar arasında bir ayrımın olup olmadığıdır.

Doktrindeki bir görüşe¹⁴¹ göre, “olağandışı”(alışılmamış) ve “şaşırtıcı” kayıtlar arasında bir ayrım yapılması doğru değildir.

Doktrindeki ikinci bir görüşe¹⁴² göre, “olağandışı” (alışılmamış) ve “şaşırtıcı” kayıtlar arasında yapılan ayrım suni bir ayrımdır. İkisinde de sorun aynıdır ve işleme tamamen yabancı olan hükümlerin akıbeti söz konusudur, dolayısıyla ikisi de aynı yaptırıma tabi olmalıdır.

¹³⁹Bahtiyar, **a.g.m.**, s.85; Atamer, **a.g.e.**, s.108-109; Soyer, **a.g.e.**, s.83; Havutçu, **a.g.e.**, s.135-136; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.237-238.

¹⁴⁰Havutçu, **a.g.m.**, s.3619.

¹⁴¹Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.237.

¹⁴²Atamer,**a.g.e.**, s.115.

Yine bu sebeplerle, Yargıtay'ın "alışılmamış" ve "şaşırtıcı" kayıtlar arasında bir ayrım yaparak en azından şaşırtıcı kayıtların sözleşme içeriğine hiç dahil olmadığını vurguladığı 1998 tarihli kararı¹⁴³ yerinde bir karar olarak nitelendirilemez.

Doktrindeki üçüncü bir görüşe¹⁴⁴ göre ise, olağandışı bir kayıt, bir taraftan sözleşmeye yabancı kalan, diğer yandan da karşı tarafın görüş ufkunun dışında yer aldığı için onun açısından şaşırtıcı bir nitelik taşıyan bir kayıttır. Şu halde, kaydın sözleşmeye yabancı kalması dolayısıyla "olağandışı" (alışılmamış) sayılması bu kavramın objektif, "şaşırtıcı" olması ise subjektif unsurunu oluşturmaktadır.

Kanaatimizce, sözleşmede yer alması beklenmeyen "olağandışı" ve "şaşırtıcı" koşulların (TBK m.21/2'de belirtilen), sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı oldukları kabul edilmelidir. Dolayısıyla, "olağandışı" ve "şaşırtıcı" koşullar sözleşmenin niteliğine yabancı olduklarından aynı yaptırım türüne dahil olacaklardır. Bununla birlikte, "olağandışı" ve "şaşırtıcı" kavramları her zaman birbirlerinin yerine kullanılabilen kavramlar değildir. Olağan olmayan, alışılmamış olan bir durum için "olağandışı" tamlaması kullanılırken; şaşırtma niteliği olan bir durum için "şaşırtıcı" ifadesi kullanılır.

Örneğin¹⁴⁵, Almanya' da ikamet eden, Almancadan başka dil bilmeyen bir bayanın, Amerika Birleşik Devletleri'ne gidip dönmek üzere yaptığı bir seyahat sözleşmesinde İngilizce olarak kaleme alınmış çok maddeli genel işlem koşulları yer alıyor ve bu koşullar çıkacak ihtilaflarda yetkili mahkeme olarak Amerikan mahkemelerini gösteriyordu. New York Mahkemesi yerinde olarak bu hükmün uygulanmasını reddetmiştir. Bu olayda yetkili mahkeme kaydının şaşırtıcıdan ziyade olağandışı nitelikte olduğu söylenebilir.

¹⁴³ "Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı(vba), münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır." Yarg.3.HD 2.6.1998, E.1998/4263, K.1998/6098; YKD 1998/8 , s.1141.

¹⁴⁴ Havutçu, **a.g.e.**, s.135 vd.

¹⁴⁵ Örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.238.

Diğer bir ifadeyle, aralarında kavramsal bakımdan farklılık olan fakat uygulanacak olan yaptırım bakımından herhangi bir ayırım olmayan olağandışı ve şaşırtıcı koşullar her halukârda işin tabiatına yabancıdır. Fakat bu kavramların içeriği ile uğraşmak yargı makamlarının gereksiz yere zaman kaybetmesine yol açacaktır. Dolayısıyla gerekçeli kararlarda aralarına “ve” bağlacı koyarak mevcut durumu ifade etmek yeterli kabul edilmelidir¹⁴⁶.

Alman Medeni Kanununun 305c maddesinde, “Şaşırtıcı ve Birden Çok Anlama Gelen Kayıtlar” başlığı altında bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, “Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılmaz.”¹⁴⁷

Doktrinde bir görüşe göre, TBK ve Alman Medeni Kanununda yer alan düzenlemeler¹⁴⁸ dikkate alındığında bir kaydın olağan dışı sayılması, yorum sonucunda tespit edildiğinden, söz konusu yasal düzenlemeler yürürlük denetiminin bir parçası olarak değil, yorum kuralları olarak görülmüştür¹⁴⁹.

İkinci bir görüşe¹⁵⁰ göre ise, yorum, bir kaydın anlamının açık olmaması durumunda hangi anlama geldiğinin tespit edilmesidir. Buna karşılık, buradaki yorum, kaydın hangi anlama geldiğinin tespiti değil, anlamı belirli olan kaydın olağan dışı sayılıp sayılmayacağını tespitidir. Bu tespit sonucunda söz konusu koşul sözleşmeye dahil olacak veya olmayacaktır.

¹⁴⁶ Konu hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.238 vd.

¹⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.96.

¹⁴⁸ TKHK'nun 6.maddesinde ve Yönetmelikte, olağan dışı kayıtlara ilişkin bir hüküm öngörülmediği için, genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve sözleşmeye dahil olan olağan dışı koşulların içerik denetimi, özellikle önem taşımaktadır.

¹⁴⁹ Kaplan,**a.g.e.**, s.75.

¹⁵⁰Çınar, **a.g.e.**, s.96.

Kanaatimizce, yorum sonucunda bir kaydın olağan dışı olup olmadığının tespit edilmesi onu yorum kuralı haline dönüştürmez. İkinci görüşte de belirtildiği gibi, yorum, bir kaydın anlamının açık olmaması durumunda başvurulacak bir yöntemdir. Biz, yorum kuralını bu aşamada uyguladığımız taktirde olağan dışı kaydı sözleşmenin içeriğine dahil etmemiz gerekecektir. Oysa, ortada anlamı belirli olan bir kayıt vardır ve sorgulanması gereken bu kaydın olağan dışı sayılıp sayılmayacağıdır. Bundan sonra ortaya çıkan tabloya göre söz konusu koşul sözleşmeye dahil olacak veya olmayacaktır.

Bir kaydın hangi koşullar değerlendirilerek olağan dışı sayılacağına ilişkin, Alman Medeni Kanununun 305c maddesinde, “tipik sözleşme hükümlerinin içeriğinden farklılık“ kriteri getirilmiştir. Buna göre, sözleşmenin yapılmasına eşlik eden bütün koşulları, yani sözleşme öncesi tüketiciye gönderilen reklam araçları, kataloglar ve benzerleri göz önünde tutularak, söz konusu kaydın sözleşmeye yabancı olup olmadığı tespit edilir¹⁵¹.

Ayrıca, genel işlem koşullarında, isimli (tipik) sözleşmenin içeriğinden çok farklı hükümler öngörülmüşse, bu koşullardan öncelikle, karşı tarafın (tüketicinin) edim yükümlülüğünü genişleten veya karşı edim yükümlülüğünü sınırlandıran kayıtlar olağan dışı kabul edilecektir¹⁵².

Sözleşmenin içeriğine dahil edilmek istenen olağan dışı nitelikteki bir kayıt hakkında düzenleyen (girişimci) tarafından karşı tarafın (tüketicinin) özel olarak dikkatinin çekilmiş olması halinde, karşı taraf (tüketici) söz konusu kayda karşı çıkmamışsa, artık, bu kaydın olağan dışı olduğu ileri sürülemez. Yine aynı şekilde, bireysel bir anlaşmaya konu olmuş ancak sözleşmenin niteliğine yabancı bulunan sözleşme kaydı da sözleşmenin içeriğine dahil olmuş kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, söz konusu kaydın bireysel anlaşma konusu yapıldığı ya da düzenleyen (girişimci) tarafından açıkça uyarı yapıldığının ispat yükü düzenleyen (girişimci) üzerindedir¹⁵³.

¹⁵¹ Çınar, **a.g.e.**, s.97-98.

¹⁵² Havutçu, **a.g.e.**, s.137.

¹⁵³ Soyer, **a.g.e.**, s.84.

Bir kaydın “olağan dışı” sayılarak sözleşmeye dahil olmaması ile TKHK kapsamında haksız şart sayılarak geçersiz kılınması arasında benzerlik ve ilişki bulunmasına rağmen bu iki kavram arasında fark vardır. TBK m.21/2’deki düzenlemeye göre ise, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları, TBK düzenlemesine göre yazılmamış sayılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, olağan dışı olan sözleşme kaydı, sözleşme ile ilişkilendirilmemekte, söz konusu kayıt sözleşmenin içeriğine dahil olmadığından, içerik denetimine gitmeksizin karşı tarafı (tüketiciyi) bağlamamaktadır. Oysa TKHK kapsamında bir şartın haksız şart sayılarak geçersiz kılınması durumunda, sözleşmenin içeriğine dahil olduğu kabul edilen olağan dışı nitelik taşıyan bir kaydın, içerik denetimi yapılmakta ve bu denetimden sonra olağan dışı kayıt haksız şart kabul edilmekte ve hükümsüz kılınmaktadır¹⁵⁴.

III. Yürürlük Denetiminin Sonuçları (Yazılmamış Sayılma)

A.Genel Olarak

Sözleşme, iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlemdir. Buna karşılık, tarafların müzakere etmediği diğer bir ifadeyle tek taraflı olarak düzenlenen koşulların, bir sözleşmenin içeriğini oluşturmaları da mümkündür. İşte bu noktada yürürlük denetimi, tek taraflı olarak düzenlenen koşulların, sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği konusunda ilgilidir¹⁵⁵.

TKHK ve Yönetmelikte yürürlük denetimini geçemeyen genel işlem koşullarının tüketiciyi bağlayıp bağlamadığı ve sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği açık bir şekilde düzenlenmemiştir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Havutçu, **a.g.e.**, s.140-141; Çınar, **a.g.e.**, s.99.

¹⁵⁵ Havutçu, **a.g.e.**,s.144-145.

¹⁵⁶ Çınar, **a.g.e.**, s.99 vd.

Alman Medeni Kanununda ise yürürlük ve içerik denetimlerinin hukuki sonuçları düzenlenmiş ve her iki denetim sonucunda sözleşmenin geri kalan hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Yürürlük denetimi ve sonuçları TBK'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "(1) Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşın tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. (2) Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."

6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte TBK md.21/f.1, c.2 ve md.21/f.2' de ifade edilen "yazılmamış sayılma" şeklinde bir yaptırım türü hukukumuzda kabul edilmiştir. Bu yaptırım türü ile hangi geçersizlik türünün anlaşılması gerektiği konusu ise, madde gerekçesinden de anlaşılmadığı için doktrinde çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Doktrindeki bu tartışmalara geçmeden önce, 818 sayılı BK 'da da mevcut olan geçersizlik türlerinden; "yokluk" ve "kesin hükümsüzlük" (butlan) hallerine kısaca değinmek konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Buna göre;

Bir hukuki işlemin kurulabilmesi için o hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla bir hukuki işlemin kurucu unsurları eksik ise o hukuki işlem hiç doğmamış kabul edilir. Bu hükümsüzlük haline "yokluk" adı verilir¹⁵⁸. Süre geçmekle, icazetle "yokluk" varlığa dönüşemez¹⁵⁹. Hakkın doğmamış olduğunun ileri sürülmesi def'i değil, 'itiraz'dır¹⁶⁰. Hâkim görevinden ötürü göz önünde bulundurulur¹⁶¹.

¹⁵⁷Alman Medeni Kanununun 306.maddesine göre, "(1) Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dahil olmamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile geçerli olarak devam eder. (2) Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dahil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. (3) İkinci fıkrada öngörüldüğü biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir." Bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.100-101.

¹⁵⁸Tekinay vd. , **a.g.e.** , s.376; Oğuzman ve Öz, **a.g.e.** , s.179.

¹⁵⁹Hatemi, **a.g.e.** , s.163.

¹⁶⁰Hatemi, **a.g.e.** , s.163.

¹⁶¹Hatemi, **a.g.e.** , s.163.

Hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmamasına rağmen, işlemin geçerlilik şartlarında, kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bir eksikliğin varlığı halinde ise “kesin hükümsüzlük” söz konusudur¹⁶². Evlenme ve ölüme bağlı işlemlerdeki özel düzenleme dışında genel hükümlere göre kesin hükümsüz olan işlem, icazetle, sürenin geçmesiyle düzelmez¹⁶³. Hâkim tarafından re’sen nazara alınır¹⁶⁴.

Bu iki geçersizlik türü arasındaki temel fark kendini “hakkın kötüye kullanılması” itirazında gösterir. “Yokluk” halinin ileri sürülmesi ‘hakkın kötüye kullanıldığı’ (MK md.2/f.2) gerekçesiyle engellenemezken, “kesin hükümsüzlük” halinde bu imkân bulunmaktadır¹⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, “kesin hükümsüzlük” iddiasının ‘hakkın kötüye kullanılması’ (MK md.2/f.2) şeklini alması mümkün iken, “yokluk” halinde böyle bir durumla karşılaşılmamaktadır. Örneğin; bir tüketici kredisi sözleşmesinde, kredi kullanımına ilişkin olarak ‘dosya masrafı’ adı altında tüketiciden bir miktar para talep edilmesi varsayımında, tüketici, bankanın keyfi uygulamalarına maruz kaldığını, kendi menfaatine aykırı olan bu kayıt ile ilgili olarak bilgilendirilmediğini dolayısıyla bu genel işlem koşulunun kesin hükümsüz olduğunu iddia edebilir. Buna karşılık banka ise, bu uygulamanın keyfi olmadığını, bu tür bir kredi sözleşmesinde söz konusu ‘dosya masrafı’nın kredi kullanımının doğal bir sonucu olduğunu ve bu konu hakkında tüketicinin bilgilendirildiğini ispat ederek, söz konusu iddianın MK md.2/f.2’ye aykırı olduğunu ileri sürebilecektir.

6098 sayılı TBK ile birlikte “yazılmamış sayılma” şeklinde ifade edilen bir yaptırım türü, hukukumuzda kabul edilmiştir. Bu ifadenin yeni bir yaptırım türü mü olduğu yoksa, hukukumuzda mevcut olan yaptırım türlerinden birinin yerine mi kullanıldığı konusu doktrinde tartışılmıştır.

¹⁶²Tekinay vd. ,a.g.e. , s.378; Oğuzman ve Öz, a.g.e. , s.180.

¹⁶³Hatemi, a.g.e. , s.163.

¹⁶⁴Hatemi, a.g.e. , s.163.

¹⁶⁵Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, a.g.e., s.179 vd.

Doktrindeki bir görüşe¹⁶⁶ göre, maddenin 1.fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “yazılmamış sayılır” yaptırımını yerine, maddeyi Alman Medeni Kanunundaki hükmü dikkate alarak düzenlemek daha uygun olacaktır. Buna göre düzenlemenin şu şekilde yapılması gerekmektedir: “aksi taktirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dahil sayılmazlar.”

İkinci bir görüşe¹⁶⁷ göre, bu maddede kullanılan “yazılmamış sayılma” kavramı, Alman Medeni Kanununun 306. Maddesinde kullanılan, “bağlayıcı olmama ya da sözleşmenin içeriğine dahil olmama” anlamını daha sert vurgulamak için kullanılmıştır.

Üçüncü bir görüşe¹⁶⁸ göre ise, “hükümsüzlük yaptırımının “yazılmamış sayılma” olarak ifade edilmesi Borçlar Hukuku terminolojisine yabancı bir ifadedir. Bu ifade, İsviçre Borçlar Kanunu’nun bazı maddelerinden alınmıştır(OR Art. 995, 999, 1002, 1006, 1109, 1110). Kelime anlamı olarak “yazılmamış sayılma” aslında yazılı şekle tabi bir sözleşmede bir hükmün yazılı şeklin dışında bırakılması anlamına gelir. Bu durumda ise, bu hükmün geçersizliği buradaki yazılı şeklin geçerlilik şekli olmasına ve bu dışarıda bırakılan hükmün de sözleşmenin esaslı unsurlarından olmasına bağlı olur. Oysa TBK m.21, 22 hükümlerindeki yazılmamış sayılma ile, yazılı şekil dışında kalmanın sonuçlarına yollama yapılmayıp, kesin bir hükümsüzlüğün(geçersizliğin) amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, pratikte hemen daima yazılı sözleşmeler şeklinde karşılaşılsa da, genel işlem koşullarının sözlü şekilde kararlaştırılmalarına teorik bir engel yoktur. Yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerli kalacağından söz eden TBK m.22 hükmünün sözünün zıt anlamından, burada bir kesin hükümsüzlük (butlan) durumunun düzenlendiği anlamı çıkmaktadır. Fakat burada daha da ileri bir hükümsüzlük durumunun varlığı savunulabilir. TBK m.21 hükmünde “yazılmamış sayılma”, karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı, diğer deyişle, tarafların bu genel işlem şartlarının sözleşmede yer alması hususunda anlaşmadıkları anlamında kullanılmış görünmektedir. Bu durumda hükümsüzlük “yokluk” derecesine çıkmaktadır. Zira, taraflar arasında irade uyumu olmayan hususlar, yokluk hükmündedir.”

¹⁶⁶Altop, **a.g.m.**, s.40.

¹⁶⁷TBK’nın 21.maddesinin madde gerekçesinde, “yazılmamış sayılma” ifadesinin İsviçre Borçlar Kanununun 995. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 999. maddesinin ikinci fıkrasında, 1002 ve 1006. maddelerinin birinci fıkralarında, 1104. ve 1106.maddelerinde, 1109. maddesinin birinci fıkrasında, 1110. maddesinde yer verildiği görülmektedir. Aynı yönde bkz. Nevzat Koç, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Hukuk Özel Sayısı)**, Yıl 6, S.12, Güz 2007, s.82; Çınar, s.101.

¹⁶⁸Oğuzman ve Öz, **a.g.e.**, s.168.

Dördüncü bir görüşe¹⁶⁹ göre, “yazılmamış sayılma” yaptırımını yokluktan daha hafif, kesin hükümsüzlükten daha ağır, özel bir geçersizlik halidir.

Beşinci bir görüşe¹⁷⁰ göre, “yazılmamış sayılır” yaptırımını ile Borçlar Hukuku’na yeni bir yaptırım türü getirilmiştir. Burada bu tür hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yeni “yokluk” türünde bir yaptırım söz konusudur.

Altıncı bir görüşe¹⁷¹ göre ise, “yazılmamış sayılma” ifadesinin “karşı tarafı bağlamaz” olarak anlaşılması daha uygundur.

Yedinci bir görüşe¹⁷² göre ise, madde metninde “yazılmamış sayılma yaptırımına yer verilmesi şaşırtıcıdır. Nitekim sorun, yazılı olması dahi aranmayan kayıtların “yazılmamış sayılması” değildir. Burada üzerinde durulması gereken genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olmamasıdır.

Kanaatimizce, “yazılmamış sayılma” olarak ifade edilen bu yaptırım türü ister “yokluk” ya da “kesin hükümsüzlük” (butlan) olarak nitelendirilsin ister bu yaptırım türleri dışında kendine özgü bir yaptırım türü olarak nitelendirilsin, varılan sonuç açısından bir farklılık olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu genel işlem koşulları sözleşme içeriği olmayacaktır. Bununla birlikte, madde metninde, “yazılmamış sayılma” yaptırımını yerine “aksi halde bu genel işlem koşulları sözleşme içeriği olmaz” şeklinde bir ifade yer alsaydı, maddenin düzenleniş amacına daha uygun olurdu.

¹⁶⁹Antalya, **a.g.e.** , s.314.

¹⁷⁰Kılıçoğlu, **a.g.e.** , s.119.

¹⁷¹Hatemi, “Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeler Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s.225; Hatemi, “Borçlar Kanunu Tasarısı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2009, s.14. Aynı yönde bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s.63 vd.: Yazara göre, bu görüş isabetlidir. Nitekim, TBK md.21’in sonucunu gösteren md.22/c.2’ye göre “tam hükümsüzlüğü, sadece karşı taraf ileri sürebilmektedir.

¹⁷²Atamer, **a.g.e.** , s.83 vd.

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta da, genel işlem koşullarının varlığı ile ilgili bilgi verilmiş olduğu takdirde, karşı tarafın menfaatine aykırı olsa bile bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil olup olmayacağı hususudur. Bu husus doktrinde tartışılmıştır.

Doktrindeki bir görüşe¹⁷³ göre, “karşı tarafın menfaatine aykırı” genel işlem koşulları ile bunlar dışındaki genel işlem koşulları arasında ayırım yapılmalıdır. Hükümün gerekçesi, özellikle karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının varlıklarına ilişkin bilgilendirme yapılmasını, bu nitelikteki koşulların *tek tek* gösterilmesini aramaktadır. Bunlar dışındaki genel işlem koşullarının ise, varlıkları hakkında bilgi verilip, öğrenme imkânının sağlanması suretiyle ve bundan sonra karşı tarafın kabulüyle, sözleşme kapsamına dahil olacağı kabul edilmektedir. Bu durumda bankaların, müşterilerine imzalatacakları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermekle yetinmeyip, ayrıca onların menfaatlerine aykırı genel işlem koşulları hakkında *tek tek* bilgilendirme yapmaları gerekecektir. Bu görüşe göre, madde bu haliyle sanki “karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları hakkında, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesinden, karşı tarafın menfaatine uygun genel işlem koşulları hakkında bilgi verilmesine yer olmadığından söz etmektedir¹⁷⁴.

İkinci bir görüşe göre, madde metninde “karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları” denilmek suretiyle bağlayıcılık denetimi ile geçerlilik denetimi birbirine karıştırılmaktadır¹⁷⁵. Bu görüşe¹⁷⁶ göre “yürürlük denetimi” aşamasında hâkim genel işlem koşullarının karşı tarafın menfaatine olup olmadığını değerlendirmez. Bu aşamada taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığını değil, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğini incelemektedir. Eğer düzenleyen sözleşme içeriğinde genel işlem koşullarını kullandığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarırmaz, genel işlem koşullarından haberdar olma imkânı tanımaz ise karşı tarafın lehine olan genel işlem koşulları dahi sözleşme içeriğinde yer alamaz. Burada aranması gereken md. 21/f.1 metninde açıkça belirtildiği gibi, genel işlem koşulları kullanıldığı (karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığının önemi olmaksızın) konusunda karşı tarafı açıkça uyararak ve genel

¹⁷³ Erden Kuntalp, “ Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, 8 Nisan 2011, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2012, s.94-95.

¹⁷⁴ Kuntalp, **sempozyum** , s.94-95.

¹⁷⁵ Atamer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2005, s.111.

¹⁷⁶ Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m.6 ve TTK m.5, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, 8 Nisan 2011, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2012, s.27-28.

işlem koşullarının metninden haberdar olma olanağını karşı tarafa sunmak ve karşı tarafın da bu hususu (genelde global kabul olarak) kabul ettiğini belirlemektir. Oysa madde metni bu haliyle, hâkimden henüz kuruluş aşamasında olan sözleşmede genel işlem koşullarının karşı tarafın lehine ya da aleyhine olduğu hususunda bir değerlendirme yapmasını istemektedir. Bu takdirde bu değerlendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağı sorunu ile karşılaşılacaktır¹⁷⁷.

Gerçekten de yürürlük denetiminde amaç söz konusu genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğinin tespit edilmesidir. Bu denetimde, karşı tarafın, sözleşmede genel işlem koşulları kullanıldığı konusunda düzenleyen tarafından açıkça bilgilendirildiği, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı kendisine sağlandığı ve karşı tarafın da bu hususu kabul ettiği sonucuna varılırsa, söz konusu genel işlem koşulları sözleşme içeriği haline gelecektir. Dolayısıyla, düzenleyen tek taraflı olarak hazırladığı bu koşulları (genel işlem koşulları), sözleşme içeriğine dahil etmek istiyorsa karşı tarafı açıkça bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirme karşı tarafın lehine ve aleyhine olan tüm genel işlem koşulları için yapılacaktır. Nitekim hâkimi güven kuramı çerçevesinde yürürlük denetimi yapmaya iten neden, önceden ve tek taraflı olarak hazırlanan koşulların müzakere edilip edilmediğini araştırmaktır. Hâkim, bu araştırmayı-genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği- karşı tarafın aleyhine olan koşullar bakımından yaptığı gibi lehine olan koşullar bakımından da yapacaktır. Diğer bir ifadeyle genel işlem koşullarının varlığı ile ilgili açıkça bilgi verilmişse, karşı tarafın menfaatine aykırı olsa bile, bu koşullar sözleşmenin içeriğine dahil olacaklardır. Çünkü, yürürlük denetimi ile sözleşme içeriğinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak sözleşme içeriği haline gelen ‘karşı tarafın menfaatine aykırı’ bu koşulların daha sonra TBK md.25’de düzenlenen içerik denetimini geçip geçmeyeceği ayrı bir inceleme konusu olacaktır.

Örnek 1: Bir araba satın almak için yetkili bayi ile yapılan satış sözleşmesinde yer alan “Teslim tarihine kadar fiyatlarda gerçekleşen artışlar müşteriye yansıtılır.” şeklinde ifade edilen koşul, karşı tarafın menfaatine aykırı olmasına rağmen, düzenleyen (yetkili bayi) tarafından açık bilgilendirme yapılması, bu koşulun içeriğinin öğrenme imkânı sağlanması ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin içeriğine dahil olacaktır.

¹⁷⁷Atamer, **sempozyum**, s.27-28.

Örnek 2: Pirinç fabrikası ile bir süpermarket arasında yapılan bir satış sözleşmesinde yer alan “Yağışların normal seviyenin altında kalması mücbir sebep olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla bu halde fabrikadan edimin ifası talep edilemeyecektir.” şeklinde ifade edilen koşul, karşı tarafın (süpermarket) menfaatine aykırı olmasına rağmen, düzenleyen (pirinç fabrikası) tarafından açık bilgilendirme yapılması, bu koşulun içeriğinin öğrenme imkânı sağlanması ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin içeriğine dahil olacaktır. Nitekim, yağışların normal seviyesinin altında kalması, edimin ifasının imkânsızlaşmasına neden olmaz.

Yürürlük denetimi sonucunda, düzenleyenin karşı tarafa, genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi vermediği ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamadığı tespit edildiği takdirde bu koşullar yazılmamış sayılacak ve sözleşme içeriğine dahil olmayacaklardır. Sözleşmenin bu koşullar dışında kalan hükümleri ise geçerli olarak varlıklarını sürdüreceklerdir. İşte böyle bir durumda, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerli olduğu kabul edildiğinde, bir sözleşme kaydının sözleşmenin içeriğine dahil olmaması ya da hükümsüz sayılmasından dolayı, sözleşme boşluğu meydana gelmiş olacağı için, bu sözleşme boşluğunun doldurulması gerekecektir¹⁷⁸. Bu aşamada şunu da belirtmek gerekir ki, yürürlük ve içerik denetiminin sonuçları açısından, meydana gelen bu sözleşme boşluğunun tamamlanması bir farklılık arz etmemektedir¹⁷⁹.

B. Sözleşmenin Geri Kalan Kısmı Açısından Değerlendirme

TBK'nın 22. maddesinde, “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez” denilmek suretiyle, düzenleyene (girişimci) sözleşmeyi hükümsüz kılma imkânı tanınmamıştır.

Bu husus, Alman Medeni Kanununun 306. maddesinin son fıkrasında, “... sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu haliyle girişimci açısından daha esnek bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008, s.24 vd., 184,185.

¹⁷⁹ Bu boşluğun nasıl doldurulacağı s.64 vd. da işlenecektir.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.103 vd.

6098 sayılı TBK ile birlikte hüküm altına alınan genel işlem koşullarına ait hükümlerin uygulanması açısından tüketici-tacir ayırımına son verilmiştir¹⁸¹. Bununla birlikte, tüketicinin kullandığı genel işlem koşulları ile tacirlerin kullandığı genel işlem koşulları doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, örneğin; tacir, sözleşmenin kuruluşunda tüketici gibi zayıf ve deneyimsiz durumda ise, genel işlem koşulları olmadan sözleşme kuramayacaksa tıpkı tüketici gibi korunmalıdır. Bu durumda yürürlük denetiminde alışılmamış/ şaşırtıcı klozların ayıklanmasında tacir için de aynı kriterler uygulama alanı bulmalıdır¹⁸². Bununla birlikte, tacirler arası işlemler bakımından yürürlük denetiminin emredici olarak düzenlenmesi yanlıştır¹⁸³. Sözleşmenin kurulması aşamasında her bir ticari sözleşme için karşı tarafı açıkça uyarmak ve içeriği hakkında bilgi edinme imkânı vermek işlem hayatının hızına aykırı bir çözümdür¹⁸⁴. Nitekim tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme zorunluluğu bulunduğundan, kendi ticari branşında kullanılan genel işlem koşullarına karşı hareket kabiliyetinin bulunduğu kabul edilmelidir¹⁸⁵. Buna rağmen, tacirlerin genel işlem koşulları karşısında korunmaya ihtiyacı vardır ve bu korumayı sağlayacak olan içerik denetimidir¹⁸⁶. Genel işlem koşullarının tümel olarak sözleşme içeriği kabul edilebilir ama bu hükümlerden bazılarının adil olmaması nedeniyle batıl sayılıp sayılmayacağı ayrı bir sorundur¹⁸⁷.

¹⁸¹ Kuntalp, **sempozyum**, s.82 ve s.91-92.; Atamer, **sempozyum**, s.10. ; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul:XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Kasım 2011, s.37.

¹⁸²Atamer, “Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, **İstanbul Ticaret Odası**, Yayın no:2001-08, İstanbul, 2001, s.22.

¹⁸³Atamer, **sempozyum**, s.35.

¹⁸⁴Atamer, **sempozyum**, s.35.

¹⁸⁵Atamer, **a.g.e.**, s.54-57.

¹⁸⁶Atamer, **sempozyum**, s.35.

¹⁸⁷Atamer, **sempozyum**, s.35

Doktrindeki diğer bir görüŖe¹⁸⁸ göre ise, her iki tarafın tacir olduğu sözleşmelere TBK'nın genel işlem koŖullarına iliŖkin hükümlerinin uygulanmayacağı, bu hallerde sadece TTK'nın haksız rekabet hakkında hükümleri arasına eklenen md.55, f.1 (f)'nin uygulanacağı belirtilmiŖtir.

Gerçekten de genel işlem koŖullarına iliŖkin olarak TBK ile getirilen düzenleme açasından tüketici/tüketici olmayan sözleşme tarafı ayrımı yapılmamıŖ ve genel işlem koŖulu kullanılan bütün sözleşmelerin denetlenmesine imkân verilmiŖtir. Tacirler arası işlemlerde tacirin basiretli bir iŖadamı gibi hareket etme zorunluluğu vardır(TTK md. 18/f.2) ve tacir bu bağlamda kendi faaliyet gösterdiği alanda kullanılan genel işlem koŖullarına iliŖkin olarak genel anlamda bilgi sahibidir. Ancak bu durum tacirler arası işlemlerde bilgilendirme yapılmaması sonucunu doğurmamalıdır. Tacirler arası işlemlerde de düzenleyen genel işlem koŖulları hakkında, karŖı tarafa açıkça bilgi verme, içeriğini öğrenme imkânını sağlama yükümlülüğu altındadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle ve karŖı tarafın kabulü ile sözleşme içeriği haline gelen koŖullar, adil olmadıkları gerekçesiyle her halukarda içerik denetimine tâbi tutulabileceklerdir. Nitekim, TBK ile getirilen düzenleme tacirler arası işlemler için de uygulanacaktır. Bu durumda, TBK md. 22'nin uygulanmasında tacirler arası işlemler bakımından, düzenleyen(tacir) açasından bir esneklik söz konusu olmayacaktır. Son olarak değinilmesi gereken husus ise, TTK md.55, f.1 (f)'nin uygulama alanı dürüstlük kuralına aykırı olarak, özellikle yanıltıcı bir Ŗekilde bir taraf aleyhine konulan haksız rekabete iliŖkin genel işlem koŖullarına iliŖkindir ve bu durum tacirler arası işlemlerde, TBK md. 25 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmemektedir. TTK ile TBK ' da yer alan hükümlerin düzenlenme amaçları farklıdır.

TBK'daki bir baŖka düzenleme ise 27. Maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır¹⁸⁹. Düzenlemeye göre, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

¹⁸⁸Antalya, **a.g.e.**, s.296.; TBK ile TTK'daki bu kuralların iliŖkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **sempozyum**, s.9, 41 vd ve 67 vd. Atamer'e göre, TTK md.55 aslen genel işlem koŖullarına iliŖkin bir içerik denetimi normu getirmek amacı ile değil bir haksız rekabet olgusu yaratmak için kaleme alınmıŖ bir düzenlemedir.

¹⁸⁹TKHK'nın 6. maddesinde ve Yönetmelikte, yürürlük denetimi ve sonuçlarına iliŖkin olarak herhangi bir düzenleme olmadığı için, sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli olup olmadığı, TBK'nın 27. maddesine göre belirlenir. Buna göre, tüketici TBK'nın bu hükmünden yararlanarak sözleşmeyi tamamen hükümsüz kılabilir ve böylece girişimci karŖısında güçlü bir konum elde etmektedir.

Buna göre, Kanun tarafından sonuçları özel olarak düzenlenmeyen tüm sözleşmelerin kısmi hükümsüzlüğü açısından, bu hüküm geçerli olacaktır¹⁹⁰. Türk hukuku açısından söz konusu olan bu düzenlemenin tam tersi bir hüküm Alman Medeni Kanununun 139. maddesinde yer almaktadır. Alman hukuku bakımından kural, kısmi hükümsüzlük halinde tüm sözleşmenin hükümsüz olmasıdır¹⁹¹.

Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin bir kısmının hükümsüzlüğü kural olarak tüm sözleşmeyi hükümsüz kılacaktır, ancak tarafların bu kısım olmaksızın sözleşmeyi yapabilecekleri kabul edilirse, bu durumda sözleşmenin geri kalan kısımları geçerliliğini koruyacaktır¹⁹².

Alman Medeni Kanunu madde 139 ile sözleşme ile ilişkilendirilen hükümlerin etkisinden kurtularak- genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmaması durumunda tüm sözleşmenin hükümsüzlüğü söz konusu- avantajlı bir konum elde eden girişimcinin bu konumu Alman Medeni Kanunu madde 306 ile ortadan kaldırılmaktadır. Ancak Alman Medeni Kanunu sözleşmenin geri kalan hükümlerini geçerli kabul etmekte ve dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin geçerli olmasının ondan beklenememesi durumunda sözleşmeyi hükümsüz kılma olanağı tanımaktadır¹⁹³. TBK’ da ise böyle bir imkân mevcut değildir.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre de “beklenmezlik kuralına” sadece zayıf taraf dayanabilmektedir¹⁹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi 1993 yılında verdiği bir kararda¹⁹⁵, müşterinin kiraladığı arabanın kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamında olmayacağına ilişkin hükmü beklenmez bularak bunun sözleşme içeriği olmadığına hükmetmiştir.

¹⁹⁰Başpınar, **a.g.e.**, s.2.

¹⁹¹Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.103-104.

¹⁹²Havutçu, **a.g.e.**, s.145.

¹⁹³Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.103 vd.

¹⁹⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **a.g.e.**, s.112 vd.

¹⁹⁵BGE 119 II 443,466= Pr. 83/1994 Nr.229. Özellikle sözleşme şartlarının çok küçük punto ile kaleme alınmış olması, bu şarta ilişkin ikaz ödevinin yerine getirilmediğine kanıt sayılmıştır. Atamer, **a.g.e.**, s.114.

TBK' nın 22. maddesi, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyeceğini, sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğunu iddia edemeyeceğini düzenlemektedir. Buna karşılık, sözleşmenin diğer tarafının (örneğin, tüketici sözleşmeleri açısından tüketicinin), sözleşmeyi tamamen hükümsüz kılabilmesini yasaklayan bir düzenleme mevcut değildir. Kanun burada, düzenleyenin, kıyas yoluyla md. 27/f.2 c.2'ye dayanarak, md 21'de hüküm altına alınan 'yazılmamış sayılma' yaptırımını etkisiz bırakma ihtimalini, ortadan kaldırmıştır. Düzenleyen karşısındaki diğer tarafa ise, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması ve bunun sonucunda korunmaya muhtaç olması nedeniyle dilerse sözleşmeyi tamamen hükümsüz hale getirme imkânı tanınmıştır. Nitekim, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenen karşı taraf, ancak bu şekilde korunabilir.

Kanunun 22.maddesi doktrinde fikir ayrılıklarına neden olmuştur. Birinci görüşe¹⁹⁶ göre, düzenleme yerindedir. Genel işlem koşulları kullanan düzenleyene (girişimciye), sözleşmeye dahil olmayan sözleşme şartları dolayısıyla sözleşmenin geri kalan hükümlerini hükümsüz kılma hakkı tanınmanın haklı bir tarafı yoktur. Aynı şekilde, sözleşmeye dahil olan hükümlerin geçerli kabul edilerek, düzenleyen(girişimci) karşısında zayıf bir konumda bulunan karşı tarafı(tüketiciyi) sözleşme ile bağlı kılmak da çok adil olmayacağından, genel işlem koşullarını kullanan düzenleyenin(girişimcinin), bu koşulların sözleşmenin içeriğine kısmen veya tamamen dahil olmaması sebebiyle bütün rizikoyu üstlenmesi ve sonuçlarına katlanması gerekir.

İkinci görüşe¹⁹⁷ göre ise, "genel işlem koşulları" öneride bulunan tarafından önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulmakta, ancak sözleşme de, karşı tarafın, sözleşmenin-genel işlem koşulları dahil-bütün hükümlerini kabul etmesiyle kurulmaktadır. Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının bir kısmını yazılmamış sayarken, bu sonuçtan şu veya bu ölçüde etkilenecek olan karşı tarafın, diğer bir deyişle, genel işlem koşullarını öneren tarafın, hiçbir durumda korunmaması, sözleşmenin geri kalan hükümleriyle zorunlu olarak bağlı olmaya devam etmesi, her zaman kabul edilebilecek adil bir sonuç olmayacaktır. Nitekim karşı taraf, hem yazılmamış sayılma yaptırımını ile korunmakta hem de TBK m.27/2 kapsamında korunmaktadır. Bu nedenle, TBK madde 22' nin uygulanmasında Yargının, Alman Medeni Kanunu madde 306' da ve TBK madde 27/2' de öngörülen çözümden esinlenen bir yol izlemesi doğru bir yaklaşım sayılmalıdır.

¹⁹⁶Başpınar, **a.g.e.**, s.155; Necip Kocayusufpaşaoğlu,, "Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler", **Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul, 1996, s.30.; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.165.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.66.

¹⁹⁷Reisoğlu, **a.g.e.**, s.74.

Kanaatimizce, TBK' nın 22. maddesi yerinde bir düzenlemedir. Sözleşmeyi düzenleyen tarafa, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmama hakkı tanındığı zaman, zaten konum itibariyle güçlü olan düzenleyene, bir korunma imkânı tanınmış olur. Bu durum da “nasıl olsa sözleşmeyi tümünden geçersiz kılabilirim” rahatlığıyla yapılmış ve bağlayıcılığı olmayan çok sayıda sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olur. Oysaki bu düzenlemelerin amacı, menfaati en çok ihlal edilen sözleşme tarafının(tüketici sözleşmelerinde tüketicinin) korunması ve onun güveninin sağlanmasıdır. Ancak bu şekilde bir hükümlerle, düzenleyen, sözleşme metnini hazırlarken daha dikkatli davranma gayreti içine girer. Aksi halin kabulü, adil olmaktan uzak kararların meydana gelmesine sebebiyet verebilir.

C. Sözleşme Boşluğunun Tamamlanması

TBK m.21/1 ve 2 kapsamında genel işlem koşulları yazılmamış sayıldığından, sözleşmeye dahil olmayan hükümler olmaksızın, sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir. Bu durum ise sözleşmeye dahil olmayan hükümlerin meydana getirdiği sözleşme boşluğunun tamamlanmasını gerektirmektedir.

Genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşme içeriği olmadığını yürürlük denetimi sonucunda tespit edildiğinde, öncelikle bakılması gereken husus, tarafların üzerinde uzlaştıkları diğer hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, yürürlük denetimi sonucunda, bir genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dahil olmaması durumunda, bu koşul olmaksızın, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerli kabul edilerek sözleşmenin kurulmuş kabul edilmesi için, söz konusu kayıtların sözleşmenin objektif esaslı noktalarını içermesi gerekmektedir¹⁹⁸. Sözleşmeye dahil olmayan genel işlem koşulları içerisinde, ivaz veya karşı edime ilişkin kayıtların olması ve bu kayıtların sözleşmeye dahil olmaması durumunda, sözleşme tamamen hükümsüz olacağı için tamamlanması yoluna gidilmeyecektir¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.105,106.

¹⁹⁹ Atamer, **a.g.e.**, s.120 vd.

Bununla birlikte, tarafların sözleşmenin esaslı noktalar üzerinde anlaşması halinde, ikinci derece noktalar üzerinde anlaşma sağlanmamış olsa bile, sözleşmenin kurulduğu kabul edilecek ve sözleşmenin tamamlanması söz konusu olacaktır (TBK m.2)²⁰⁰.

Alman Hukukunda sözleşme boşluğunun giderilmesi için öncelikle kanunun emredici düzenlemelerine başvurulacak, ancak bu konuya ilişkin emredici bir düzenleme yok ise, bu durumda kanunun tamamlayıcı hukuk kaideleri göz önünde tutulacaktır²⁰¹. Tamamlayıcı nitelikte bir kuralın olmaması durumunda ise hâkim, sözleşme boşluğunu en uygun şekilde dolduracaktır (Alman Medeni Kanunu md 306/2)²⁰².

IV. Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması

A. Genel Olarak

Yorum, iradeyi açıklamak için kullanılan sözcüklerin anlamının tespit edilmesidir²⁰³. İradenin diğer bir ifadeyle irade beyanlarının, kurulmak istenen sözleşmenin içeriğine uygun olarak sonuç doğurması beklenir. Bir sözleşmenin kurulmasından ziyade kurulmuş olan bir sözleşmede yer alan irade beyanlarının anlamı ile ilgili olan, yorum ile, tarafların irade beyanlarının anlam ve amaçları araştırılarak, onların sözleşme ile ulaşmayı amaçladıkları hukuki sonuç belirlenir²⁰⁴.

Yorumlanacak bir irade beyanından söz edebilmek için, bir sözleşmeye ait kayıtların yürürlük denetiminden geçmesi gerekmektedir. Çünkü, yürürlük denetimini geçemeyen sözleşme kayıtları, sözleşmenin içeriği haline gelmemekte ve bu durumda yorumlanacak bir irade beyanı da söz konusu olmamaktadır²⁰⁵.

²⁰⁰ Atamer, **a.g.e.**, s.121.

²⁰¹ Tekinay vd., **a.g.e.**, s.148; İnan, **a.g.e.**, s.230.

²⁰² Kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ilişkin, yasal düzenlemenin uygulanmasının sözleşmenin bünyesine uygun düşmeyebileceği gibi isimsiz (atipik) bir sözleşmenin varlığı nedeniyle, uygulanacak yasal bir düzenleme olmayabilir. Her iki durumda da, artık, yasal hükümlerin değil, hâkimin sözleşmeyi tamamlaması söz konusu olacaktır.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.107.

²⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.250 vd.

²⁰⁴ Feyzi N. Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s.350; İnan, **a.g.e.**, s.232. Lale Sirmen, ”Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, 8 Nisan 2011, Ankara:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2012, s.119.

²⁰⁵ Atamer, **a.g.e.**, s.124 vd.; Havutçu, **a.g.e.**, s.148.

Sözleşmenin yorumlanması konusunda TBK'nın 19.maddesinde²⁰⁶ bir düzenleme mevcuttur. Fakat, bu düzenlemede yorumun nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir kriter belirlenmemiş, sadece sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin araştırılacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, yorumun yapılmasına ışık tutacak kriterlerin belirlenmesi doktrine bırakılmıştır²⁰⁷.

TKHK'nın 6.maddesinde ise tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş sözleşme koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi imkânı mevcut değildir. Yönetmelikte ise "belirsizlik ilkesine" yer verilmiştir²⁰⁸. Bu ilkeye göre, bir sözleşme hükmünün yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde, tüketici lehine olan yorum tercih edilecektir²⁰⁹. Burada yer alan düzenlemeye bakıldığında da, sadece yorumdan bahsedildiği fakat yorumun nasıl yapılacağına belirtilmediği görülmektedir. Doktrinde çoğunlukla kabul gören görüş²¹⁰, genel işlem koşullarının yorumu açısından belirsizlik ilkesinin uygulanması gerektiğidir. Bu ilkenin temelinde, anlaşılır ve birden fazla yoruma imkân vermeyen sözleşme koşullarını oluşturması beklenen ve bu bağlamda sözleşmeyi tek taraflı olarak şekillendiren tarafın bu konuda özel bir sorumluluğunun olması düşüncesi yatmaktadır.

²⁰⁶ TBK madde 19:"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

²⁰⁷ Tekinalp vd., **a.g.e.**, s.71 vd; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.I, 5.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s.335 vd.

²⁰⁸ Yönetmelik madde 6/IV' de: "Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir." Buna göre sözleşmede anlamı belirsiz olan bir kaydın, anlamının belirlenmesi için önce genel yorum ilkelerine başvurulacaktır. Söz konusu kayıt birden çok anlama geliyorsa veya anlamı belirlenemiyorsa, sözleşme kaydı tüketici lehine olarak değerlendirilecektir.

²⁰⁹ Yargıtay 1998 yılında verdiği bir kararında şu ifadeyi kullanmıştır: " Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihâki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hâkim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı (...) ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır." Yarg. 3.HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140, 1141.

²¹⁰ Ünal Tekinalp, "Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları", **Ernst E. Hirsch' e Armağan**, Ankara, 1986, s. 119, s.141. ; Kaplan, **a.g.e.**, s.72.

Genel işlem koşullarının yorumunda izlenecek olan yöntem hakkında açıklamalara geçmeden önce şu konuyu da belirtmek gerekmektedir: Yürürlük denetiminden geçen genel işlem koşullarını içeren bir sözleşme metni, ikinci adım olarak yoruma tabi tutulmaktadır. Bu süreci izleyen üçüncü adım ise içerik denetimidir. Dolayısıyla bu aşamada incelenmesi gereken husus, genel işlem koşullarına nazaran öncelikle uygulanması gereken bir bireysel anlaşmanın olup olmadığıdır. Bu inceleme neticesinde bireysel bir anlaşmanın varlığına rastlanmazsa ancak o takdirde ilgili genel işlem koşullarının yorumlanması söz konusu olacaktır. İnceleme neticesinde bireysel bir anlaşmanın varlığına rastlanırsa durum ne olacaktır?

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler, sayısız sözleşme için önceden kaleme alınmış metinlerden oluşmaktadır. Dolayısıyla her bir sözleşmenin somut ihtiyaçlarına uygun hükümler içermeleri mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, taraflar kurulan sözleşmede genel işlem koşullarının varlığını kabul etmelerine rağmen, aralarında bireysel anlaşmalar da yapabilirler. Burada çözüme kavuşturulması gereken durum, böyle bir durumun varlığı halinde, bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınan hükümlerle, genel işlem koşulları arasında farklılık varsa önceliğin hangisine tanınacağıdır.

Bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınan hükümlerle, genel işlem koşulları arasında farklılık olduğu takdirde hangi koşulların üstün tutulacağına dair TBK' da ve TKHK 'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanununda ise "Bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınan hükümler, genel işlem koşullarına göre önceliğe sahiptir(BGB 305b, AGBG 4)²¹¹.

B.Genel İşlem Koşullarının Yorumunda İzlenecek Yöntem

1. Belirsizlik Halinde Yorum İlkesi

Düzenleyenin(girişimcinin), sözleşmede kullanmak üzere önceden hazırladığı sözleşme kayıtlarının meydana getireceği rizikoyu üstlenmesi düşüncesine dayanan belirsizlik halinde yorum ilkesine göre, yorum sonucunda bir kaydın anlamının açık olmaması veya birden çok anlama sahip olması durumunda, söz konusu kayıt, düzenleyen(girişimci) aleyhine yorumlanır²¹².

²¹¹Avrupa özel hukukunun genel esaslarını oluşturan genel prensipler içerisinde de bu hüküm yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.84.

²¹² Atamer, **a.g.e.**, s.134-135; Havutçu, **a.g.e.**, s.151-152;Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.239.

TBK' nın 23. maddesinde bu konu şöyle düzenlenmiştir: “ Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Bu düzenleme ile sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya neden olan noktaların düzenleyen aleyhine yorumlanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Alman Medeni Kanununda ise bu kural, “Genel işlem koşullarının anlamında tereddüt halinde, kullanan aleyhine olan anlam esas alınır” şeklinde ifade edilmiştir²¹³ (BGB 305c/b.2). TKHK da ise bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı Yönetmeliğin 6.maddesinin son fıkrası baz alınmaktadır²¹⁴.

TBK yürürlüğe girmeden evvel Türk doktrininde sıkça savunulan belirsizlik ilkesi, Yargıtay'ın 1996 yılında verdiği bir kararda²¹⁵, olaya genel işlem koşulları açısından yaklaşılmamış olmasına rağmen uygulama alanı bulmuştur.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe²¹⁶ göre, belirsizlik ilkesi ancak tali bir ilke olarak uygulama alanı bulur. Buna göre, yorum sonucunda, bir sözleşme kaydının birden çok anlamı ortaya çıkıyorsa ya da anlamı belirlenemiyorsa belirsizlik ilkesi uygulanır. Bu ilke, yorum yapılırken doğrudan uygulama alanı bulamaz, ancak yorum sonucunu değerlendirirken önem kazanır. Dolayısıyla, bu, ikinci derecede göz önünde tutulması gereken (tali) bir ilkedir²¹⁷. Kanaatimiz, aynı gerekçelerle bu yöndedir.

²¹³ Düzenleme ile ilgili bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.114.

²¹⁴ “Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.”

²¹⁵ Yargıtay'ın 1996 tarihli bir kararında birleşik hayat sigortası poliçesinde yer alan “ecel” ile ölüm ve “kaza” sonucu ölüm kavramlarının yorumlanması gerekmiştir. Mahkeme, terör eylemleri sonucu hayatını kaybeden bir ordu mensubunun, çatışmalara kendi iradesi sonucu gittiği için eceliyle ölmüş kabul edilemeyeceğini ifade etmiş, ayrıca, “sigorta poliçelerinde sigortalı aleyhine getirilen koşulların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir” ifadesine de yer vermiştir. Yarg.11.HD 28.6.1996, 3239/4799, YKD 1996, 1576, 1578.

²¹⁶ Atamer, **a.g.e.**,s.136. ;Soyer, **a.g.e.**, s.134-135. ; Kaplan, **a.g.e.**, s.73.

²¹⁷ Çınar, **a.g.e.**, s.115'den Manfred Wolf, N. Horn,& Walfer F. LINDACHER. AGB-Gesetz Kommentar. München. 1999., Art.5, Rn.28.

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan ve bizim de katıldığımız bir diğer nokta ise, sözleşmede yer alan bir kayıt, karşı taraf(tüketici) lehine yorumlanıyorsa bu durum, içerik denetimi ile elde edilebilecek olan daha olumlu sonucu engellememelidir. Buna göre, birden farklı yorum sonucunun hepsi sonradan yapılacak bir içerik denetimini aşamayacak gibiyse, yorum üzerinde daha fazla durmaya gerek yoktur, doğrudan içerik denetimine geçilebilir²¹⁸.Örneğin, taraflar arasında bir cezai şartın mı yoksa götürü bir tazminatın mı kararlaştırıldığı sorusu tartışmaya değer olmayabilir. Zira olayın özellikleri genelde hem müşteri aleyhine kararlaştırılan cezai şartın hem de götürü tazminatın batıl olduğu sonucuna götürecektir.

Bu durumda içerik denetimi yapma zorunluluğu doğmasının en önemli sebebi, yorum yoluyla tüketici lehine belirlenen anlamın, içerik denetimi sonucunda, o kaydın hükümsüz sayılmasıyla ulaşılabilecek sonuçtan daha az yarar sağlamasıdır²¹⁹. Bu duruma örnek olarak, satış ve eser sözleşmelerinde yer alan, satıcının ayıba ilişkin garanti sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin kayıtlar verilebilir.

2. Sübjektif ve Objektif Yorum Yöntemleri

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, İsviçre ve Alman doktrininde farklı görüşler mevcuttur. İsviçre doktrininde savunulan bir görüşe göre, yorum ilkesinin hareket noktası klasik sözleşmeler olmalı ve yorum yapılırken genel işlem koşullarının özellikleri dikkate alınmalıdır. Sübjektif yorum yöntemi adı verilen bu yöntemde göre, hâkim, tarafların, genel işlem koşulları açısından gerçek iradesini araştırmalıdır. Araştırma sonucunda, anlam belirlenemiyorsa, güven teorisine göre yorum yapılmalıdır²²⁰.

²¹⁸ Atamer, **a.g.e.**, s.137.

²¹⁹ Çınar, **a.g.e.**, s.115 ‘den ve Thedor Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band, II. Schuldrecht I. Stuttgart/Berlin/Köln, 1990, (Soergel/İşleyen).Art. 5 Rn 15-16; Peter Ulmer, Hans Erich BRANDNER& Hors-Diether HENSEN, Kommentar zum Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln, 2001, (Ulmer/Brandner/Hensen)., Art.5, Rn.31; Manfred Wolf, N. HORN &Walfer F. LINDACHER, AGB-Gesetz Kommentar. München, 1999, (Wolf/Horn/Lindacher), Art.5, Rn.31-32.

²²⁰ Atamer, **a.g.e.**,s.130; Oğuz, **a.g.e.**, s.79; Havutçu, **a.g.e.**,s.150; Soyer, **a.g.e.**, s.130.

Alman hukukunda savunulan görüşe²²¹ göre ise, genel işlem koşulları ileride yapılacak olan çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sadece bir sözleşme için hazırlanması söz konusu değildir. Dolayısıyla, yasal hükümlerde olduğu gibi, soyut ve genel bir yorum yönteminden hareket edilmelidir. “Objektif yorum yöntemi” adı verilen bu yöntemde göre, hâkim öncelikle tarafların gerçek iradelerini araştırarak, tarafların iradeleri uyumuş ise sözleşme bu çerçevede kurulmuş sayılacaktır. Hâkim, tarafların gerçek iradelerini tespit edemezse, makul ve dürüst kişilerin, o kavram ile neyi ifade etmek istediklerini tespit etmeye çalışacaktır²²².

Türk doktrininde çeşitli gerekçelerle objektif yorum yöntemini savunan yazarlara göre, genel işlem koşulları herkese uygulanmak üzere hazırlanır ve bundan dolayı genel işlem koşullarının yorumlanması sırasında bu koşulları hazırlayan kişinin iradesini araştırmanın bir önemi bulunmamaktadır²²³. Objektif yorum metodunu savunan bu yazarlara göre, bu yorum yönteminin, olayın amacına ve işlevine daha uygun olduğunu, genel işlem koşullarının herkes için uygulanmak üzere hazırlandığını, bu şartların somut olaylardan ve görüşlerden soyutlanması ve herkese hitap etmesi dolayısıyla, genel işlem koşullarının yorumlanması sırasında bu koşulları hazırlayan ya da kullanan kişinin iradesini araştırmanın hiçbir öneminin olmayacağını ileri sürmüşlerdir. BK m.19’a göre, önce tarafların gerçek iradelerine bakılmalı, gerçek iradenin tespit edilememesi durumunda güven teorisi uyarınca yasal hükümlerde olduğu gibi normatif bir yorum metodu izlenmeli, somut olaylar ve tarafların durumu araştırılmaksızın genel soyut bir yorum yapılmalıdır.

²²¹ Çınar, **a.g.e.**, s.110’dan Max Josef Dietlein ve Eberhard REBMANN, AGB aktuell Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln, 1976, Art.5, Rn.3.; Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München, 60. Auflage, 2001; 61. Auflage, München 2002,(Palandt/İşleyen), AGBG Art.5, Rn.7; Joachim Schmidt-Salzer “Recht der AGB und der missbräuchlichen Klauseln: Grundfragen”, JZ, 1995, s.224, (Grundfragen); Peter Ulmer, Hans Erich BRANDNER& Hors-Diether HENSEN, Kommentar zum Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln, 2001, (Ulmer/Brandner/Hensen), Art.5, Rn.3,8; Ludvig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Hamburg,1961, s.252; Manfred Wolf, N. HORN &Walfer F. LINDACHER, AGB-Gesetz Kommentar. München, 1999, (Wolf/Horn/Lindacher),Art.5, Rn.5-6.

²²² Atamer, **a.g.e.**, s.131; Havutçu, **a.g.e.**, s.150-151.

²²³ Havutçu,**a.g.e.**, s.150; Soyer, **a.g.e.**, s.130-131 ;Bahtiyar, **a.g.m.**, s.95.

Doktrinde yer alan bir diğer grüş²²⁴ ise, objektif yorum yöntemi, tüketici sözleşmesi niteliği arz etmeyen sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının yorumu açısından savunulabilirse de, gerek Yönerge ve Yönergenin yasalaştırıldığı ülkelerin yasal mevzuatı ve gerekse, TKHK 6. maddesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde, tüketici sözleşmeleri açısından, objektif yorum metodunun uygulanması mümkün değildir. Objektif yorum yöntemi, genel işlem koşullarının norm niteliğinde olduğu ilkesinden hareket etmektedir.

Kanaatimizce, genel işlem koşullarının sözleşmesel nitelikte hükümler olduğunun ifade edildiği TBK' nın 20. maddesi gereğince, sözleşmede yer alan bir kaydın anlamının saptanmasında, objektif yorum yöntemini savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla, genel işlem koşulları, herhangi bir ayrıcalık konusu yapılmadan sözleşme hükmü olarak, güven teorisi çerçevesinde yorumlanmalıdır.

Bu konuda son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, olağan dışı olan bir kayıt ile açık olmayan bir kayıt, farklı müesseselere hizmet etmektedir. Olağan dışı bir kayıt, sözleşmenin içeriğine dahil değilken, yorumlanan bir sözleşme kaydı, sözleşmenin içeriği haline gelmiş bir koşuldur. Buna göre, olağan dışı sayılan kayıtlar, yürürlük denetiminin konusunu oluşturmakta iken, yorum, yürürlük denetiminden geçebilen koşullar için söz konusu olur²²⁵.

3. Daraltıcı Yorum İlkesi

Bu ilkeye göre, sözleşmede yer alan bir kaydın anlamı karşı tarafın(tüketici sözleşmelerinde tüketicinin) aleyhine ise, dar yorumlanarak, sınırlı bir uygulama alanı tanınacaktır²²⁶.

Doktrinde bu yorum yöntemi ile belirsizlik ilkesinin iç içe geçtiği ifade edilmektedir. Ancak belirsizlik ilkesinden farklı olarak dar yorum yöntemi uygulanırken o hükme objektif olarak verilebilecek birden fazla anlam aslında yoktur. Sadece daha “dar” veya daha “geniş” bir yorum söz konusudur. Bu yöntem ise bugün Alman hukukunda genelde reddedilmektedir²²⁷.

²²⁴ Çınar, **a.g.e.**, s.111-112.

²²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.239; Havutçu, **a.g.m.**, s.3622-3623; Çınar, **a.g.e.**,s.113.

²²⁶ Atamer, **a.g.e.**, s.140-141.

²²⁷ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Atamer, **a.g.e.**,s.141-142.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

I.Genel Olarak

Genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriği haline gelmesi, her koşulda sözleşmenin adil bir içeriğe sahip olduğunu göstermemektedir. Diğer bir ifadeyle, yürürlük denetimi ve yorum kurallarının uygulanması sonucu sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin menfaatlerini, dürüstlük kurallarına aykırı olarak ihlal edebilir. Bu takdirde, hâkim tarafından, sözleşmenin, her iki açıdan adil bir içeriğe sahip olması için, söz konusu sözleşme kayıtlarının “içerik denetimi” yoluyla hükümsüz sayılmasına karar verilir²²⁸.

Genel işlem koşulları niteliğindeki hükümlerin her alanda kullanılması ve adil olmayan sözleşme hükümleri ile ekonomik bakımdan zayıf konumda olan sözleşme tarafının(tüketici sözleşmelerinde tüketicinin) mağdur olması karşısında hâkimin içerik denetimi yapması kaçınılmazdır. Nitekim hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi anlamına gelen içerik denetimi sonucunda, sözleşme ile ilişkilendirilen fakat bunun yanında karşı tarafın (tüketici sözleşmelerinde tüketicinin) menfaatlerini ihlal eden genel işlem koşulları hükümsüz sayılmaktadır. Ancak, bu denetim, sözleşmenin esaslı unsurlarına yönelik olmamalıdır. Örneğin, düzenleyenin (girişimcinin) edimi ile karşı tarafın (tüketicinin) ödediği ivaz üzerinde içerik denetimi yapılmasından kaçınılmalıdır²²⁹. Çünkü, söz konusu unsurlar, sözleşme özgürlüğünün çekirdeğini oluşturmakta olup, bu unsurlarda bir dengesizlik veya aksaklık olduğunda, Türk Borçlar Kanununda yer alan birçok hukuki imkandan ve özellikle “irade bozukluğu” ve “aşırı yararlanma” (gabin) müesseselerinden yararlanılarak sorun giderilebilecektir²³⁰.

²²⁸ Atamer, **a.g.e.**, s.143; Havutçu, **a.g.e.**, s.154; Çınar, **a.g.e.**, s.119.

²²⁹ Çınar, **a.g.e.**, s.121.

²³⁰ Çınar, **a.g.e.**, s.121'den Doris Kiendl, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen, Wien, 1997, s.125; Roeland Van Gool, Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Frankfurt am Main, 2002, s.22 vd.; Joachim Schmidt-Salzer, “Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle”, Festschrift Brandner, 1996, s.266.

TBK'nın 25.maddesinde, genel işlem koşullarının içerik denetimi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre," Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz". Bu hükümde, içerik denetiminin ölçütü olarak dürüstlük kuralları öngörülmüştür. Fakat hangi durumların dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağına ilişkin bir ifade mevcut değildir.

Doktrindeki bir görüşe²³¹ göre, TBK'nın "Değiştirme yasağı" başlığı altında düzenlenen 24. maddesi, TBK madde 25'deki içerik denetimine ilişkin genel hükmün bir somut uygulama biçimidir. Dolayısıyla, 25. maddede bir örnek olarak yer alması daha doğru olacaktır.

Doktrindeki bir diğer görüşe²³² göre ise, TBK'nın 24. maddesi, 25. maddesinin özel bir uygulaması değildir. Çünkü 24. maddenin yaptırımını yazılmamış sayılma iken, 25. maddenin yaptırımını geçersizliktir. Böyle olunca ikisi arasında bir fark doğmaktadır.

²³¹Altop, **Genel İşlem Koşulları**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, s.43-44: TBK'nın 25. maddesi, 24. maddeyi de içerisine alacak şekilde şöyle düzenlenmeli idi:"Karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz mağdur edici genel işlem koşulları kesin hükümsüzdür.

Kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli düşünce ile bağdaştırılması mümkün olmayan veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlayan genel işlem koşullarının, karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz mağdur ettiği kabul edilir.

Örnek olarak, sadece kullanana tek yanlı olarak,

- karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme,
- yeni düzenleme getirme,
- sözleşmeyi sebep göstermeksizin feshetme,
- ifanın sözleşmeye uygun yapıp yapılmadığını belirleme

yetkisi veren genel işlem koşulları ile sözleşmeye aykırılık halinde sadece kullanan lehine cezai şart veya götürü tazminat öngören ve sadece karşı tarafa takas yasağı öngören genel işlem koşulları kesin hükümsüzdür". Bu suretle, dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz mağduriyetin varlığının kabulü konusunda yargıca yol gösterecek genel kriterler konmuş olacaktır.

²³² Gökhan Antalya, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**, I. Oturum: Genel Görüşme, İstanbul, Ocak 2012, s.47.

Kanaatimizce, TBK'nın 24.maddesi ile 25. maddesini birlikte yorumlamak, bu maddelerin düzenlenme amacına uygun düşmeyen bir yorum tarzını kabul etmemize neden olacaktır. Kanunun 24. maddesi "değiştirme yasağı" nı düzenlerken, 25. Madde içerik denetimini düzenlemektedir. 24. maddede düzenlenen hükme bakıldığında, hangi hususların değiştirme yasağı kapsamında sayılacağı belirtilmişken bir başka ifadeyle tek taraflı olarak aleyhe değiştirme yasağı düzenlenmişken, 25. madde de dürüstlük kurallarına aykırı olarak aleyhe hüküm koyma yasağı düzenlenmiştir.

Dolayısıyla sonuç itibarıyla, bu iki hüküm birbirinden ayrı kurumları düzenlemektedir. Nitekim 24.maddede genel işlem koşullarının bir sözleşmede Kanuna aykırı olarak değiştirilmesi halinde "yazılmamış sayılma" yaptırımına tabi tutulacağı düzenlenirken, 25. maddede içerik denetimi sonucunda, söz konusu kaydın dürüstlük kurallarına aykırı ya da karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğunun belirlenmesi durumunda yaptırımın ne olacağı belirtilmemiştir. Bu aşamada 25. madde için yaptırımın ne olacağı tartışılmalıdır. TBK tasarı halindeyken 25. maddenin gerekçesinde tasarının 27. maddesine atıfta bulunulmuş ve içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılan hükmün, kesin hükümsüz yaptırımına tabi olacağı ifade edilmiştir. Gündelik hayatta en fazla karşılaşılan problemler dikkate alınarak düzenlenen bu hükümler, karşılaşılan sorunlara uygun olarak yargının başvuracağı farklı hükümlerdir.

II. Yasal Düzenlemelerden Önce İçerik Denetiminde Yararlanılan Bazı Hukukî Olanakların İncelenmesi

1976 yılında yasalaşan Alman Genel İşlem Şartları Kanununun 8. maddesinde, denetim ölçütü olarak dürüstlük kuralı kabul edilmiş ve bir kaydın dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde sözleşmenin karşı tarafına zarar vermesi halinde hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. Genel İşlem Şartları Kanununun bu hükmü, 2002 yılında Alman Medeni Kanununun 307. maddesi olarak düzenlenmiştir²³³.

Ülkemizde TKHK' nın 6.maddesinde ve TBK' nın 25. maddesinde de, genel işlem koşullarının içerik denetiminde dürüstlük kuralı objektif bir kriter olarak düzenlenmiştir.

²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.125.

A.Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük kuralı, içerik denetiminin objektif kriterini oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”. İkinci fıkraya göre ise, “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” denilerek kötüye kullanımın korunmayacağı belirtilmiştir. Dürüstlük kuralı ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece Özel Hukuk alanında uygulanabilecek bir kavram değildir. Bu kural Kamu Hukuku alanında da dikkate alınması gereken bir temel hukuk ilkesidir²³⁴. Bununla birlikte dürüstlük kuralı bir genel hukuk kaidesi olarak Medeni yargılama (usul) Hukukunda ve İcra-İflas Hukukunda da uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur²³⁵.

Dürüstlük kuralı, yasada özel olarak düzenlenmemiş her meselenin çözümü için başvurulacak bir dayanak noktasıdır. Diğer bir ifadeyle, borçların ifası ve hakların kullanılması açısından sınırlandırma, bu kural dikkate alınarak yapılmaktadır.

Dürüstlük kuralı, 1976 tarihli Alman Genel İşlem Şartları Kanununun 9.maddesinde, içerik denetiminin yasal kriteri olarak düzenlenmişti. Bu hüküm, bazı değişikliklerle aynı Kanunun 8.maddesinin de ilavesiyle, Alman Medeni Kanununun 307. Maddesine aktarılmıştır²³⁶.

²³⁴ Dürüstlük kuralının, hukukun her alanında uygulanabilir nitelikteki bir genel ilke olduğu konusunda bkz. Yarg. HGK, 04.05.2011 Tarihli, E.2011/11-59 K.2011/271 (www.legalbank.net) (Erişim tarihi:18.05.2013).

²³⁵ Haluk Konuralp ve Erdal Tercan, Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-I: **Yeni Türk Medeni Kanununun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Eskişehir 2003, s.17 vd.; Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara: S Yayınları, 1989. Ayrıca bu kuralı ifade eden Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. Yarg. HGK, 25.9.2002 Tarihli, E.2002/ 2-617 K. 2002/648; Yarg.10.HD, 29.01.2008 Tarihli, E.2007/5188 K. 2008/645 (www.legalbank.net) (Erişim tarihi:20.05.2013).

²³⁶ Alman Medeni Kanunu madde 307: “(1) Genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir. Kuralın açık ve anlaşılabilir şekilde kaleme alınmamış olmasından da, ölçsüz bir mağduriyetin varlığı sonucuna da varılabilir. (2) Genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir kaydın; sapılan yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak şekilde sınırlandırması durumunda, bu kaydın, şüphe halinde, kullanan karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, ölçsüz bir mağdur ettiği kabul edilir”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.140-141.

Söz konusu maddeye göre, dürüstlük kuralının ihlal edilmiş sayılacağı bazı durumlar örnek olarak ve sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmış, bu hallerin varlığı halinde karine olarak dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilmiştir²³⁷.

Türk Hukuku açısından bu durum incelendiği zaman, TKHK’da bir şartın haksız olduğunun belirlenmesinde, ” iyi niyet kurallarına aykırı olma” kriterinin belirleyici olduğu görülmektedir²³⁸.

Kanaatimizce, bu hükümde ifade edilen “iyiniyet kurallarına aykırılık” bir hakkın kullanılmasındaki kriteri belirtmektedir ve bu haliyle objektif niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, hüküm bütün olarak değerlendirildiğinde, “iyiniyet kuralları” ile kastedilen TMK’nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralıdır.

Yürürlük denetimi ile, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğine ilişkin bir tespit yapılmaya çalışılırken, sözleşme dengesinin zayıf taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak bozulup bozulmadığının tespit edilmesi içerik denetimi ile yapılmaktadır. Hâkim, içerik denetimi sonucunda söz konusu genel işlem koşulunun geçerli ya da yazılmamış sayılmasına karar verir²³⁹. İçerik denetiminde temel ölçüt olarak alınan ‘dürüstlük kuralı’ doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe²⁴⁰ göre, geçerli olarak doğmuş bir hakkın ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı olduğu takdirde, o hakkın kullanılması sadece somut olayda engellenir. Oysa hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olan bir kayıt kesin hükümsüz olur. Bu anlamda, dürüstlük kuralı geçerli olarak doğmuş bir hakkın ileri sürülmesini engelleme fonksiyonuna sahiptir.

İkinci bir görüşe²⁴¹ göre, hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık halleri içerik denetiminin temeli olarak görülemez. Nitekim içerik denetimi, yürürlük denetiminden geçerek sözleşme içeriği haline gelen bir sözleşme koşulunun yine de hükümsüz sayılabilmesi amacıyla yapılmaktadır.

²³⁷Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.141.

²³⁸TKHK madde 6:” Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden sözleşme koşulları haksız şarttır”.

²³⁹İlhan Uluhan, ”Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, **İKU Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, S. 1-2, Aralık 2004, s.31.

²⁴⁰Atamer, **a.g.e.**, s.176-177.

²⁴¹Çınar, **a.g.e.**, s.137-138.

Üçüncü bir görüşe²⁴² göre, dürüstlük kuralı genel işlem koşulları bakımından bağımsız yeni bir sözleşme sınırı olmadığı gibi 27/f.1’de belirtilen diğer ölçütleri de ortadan kaldırmamaktadır.

Kanaatimizce, hukukumuzda kabul edildiği üzere, sözleşmede, adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyen bir genel kural olan ‘dürüstlük kuralı’ nı taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi, hâkim önüne gelen olayda bu genel kuralı re’sen uygulamakla yükümlüdür. Zira, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uyulması gerekmektedir(TMK md.2/f.1). Bununla birlikte, TBK md. 25’te dürüstlük kuralının somut bir şekilde ifade edilmesi yerindedir. İçerik denetiminde hâkim, sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulup bozulmadığını değerlendirmede ‘dürüstlük kuralını’ ölçüt olarak kullanacaktır. Nitekim 25. maddenin düzenlenme amacı doğrultusunda hareket edildiğinde, söz konusu genel işlem koşulları somut olayda tarafların durumu bakımından kabul edilebilir ve adalet duygusunu rahatsız etmeyecek nitelikte ise geçerli olacaktır. Aksi halde ise, bu koşullar kesin hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla hukukumuzda zaten var olan bir ölçütün 25.madde de tekrar edilmesi gereksiz değildir. Bununla birlikte, söz konusu genel işlem koşullarının, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması halinde de kesin olarak hükümsüz olacağı konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Örnek 1: Bir kredi sözleşmesinde yer alan “Banka, iletişim ve ulaşım araçlarının kullanılması nedeniyle doğabilecek bütün zararlardan ve özellikle gecikme/kayıp/ yanlış anlama sonucu meydana gelebilecek zararlardan sorumlu değildir. Bu nedenle doğacak her türlü zarar, müşteriye aittir.” şeklinde ifade edilen genel işlem koşulu, sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dağılımını müşteri aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak değiştirmektedir.

Örnek 2: Bir satış sözleşmesinde, satıcı ayıplı olması nedeniyle malın fiyatını önemli ölçüde düşürmüş ise, ayıptan sorumluluğu kaldıran sözleşme hükmünün, sözleşme dengesini dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine bozduğu ileri sürülemez (TBK md.221’de satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte *ağır kusurunun olması halinde*, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.).

²⁴²Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.71.

Burada son olarak Şu hususu da belirtmek gerekirse, TBK md. 25'e göre, dürüstlük kuralı, içerik denetiminde uygulanması gereken objektif bir kriter olarak yer almaktadır. Bu kriter açık olarak belirtilmesine rağmen hangi hallerin dürüstlük kuralına aykırılık yaratacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla doktrinde de savunulduĖu²⁴³ üzere, gik'nın içerik denetimine yönelik düzenleme yapılmış olmasına karşın bu denetimin sınırları ve denetim ltleri yetersiz kalmıŐtır. Bununla birlikte, 24. maddenin temelinde de düzenleyen karşısındaki diğer tarafın hakları, dürüstlük kuralı çerçevesinde korunmuŐtur, fakat bu koruma m.25 'te düzenlendiği Şekilde objektif bir kriter yer almamaktadır. Bu anlamda dürüstlük kuralı, aleyhe hüküm koyma yasağının dayanak noktası olarak m.25'te yer alır. Bu nedenle 25.madde ile 24. madde birlikte değerlendirildiğinde, karşılaşılan sorunlara uygun olarak yargının başvuracağı farklı hükümler olduğu sonucuna varılır.

B.Ahlka Aykırılık

“Ahlk” belirli bir ülkede, belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünüdür diye tanımlanabilir²⁴⁴. Borçlar Kanununda ise ahlka aykırılık, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak kabul edilmektedir²⁴⁵. Oysaki günümüzde, ahlaka aykırı olmamakla birlikte sadece tüketicisi gibi ekonomik ve entelektüel yönden zayıf olan kişi gruplarını korumak amacıyla hareket edildiği takdirde, ahlaka aykırılık kriteri yetersiz kalmaktadır²⁴⁶.

Genel işlem koşullarının denetimi açısından ahlaka aykırılık, bu koşullar içerisinde yer alan bazı hükümlerin, toplumda makul ve dürüst insanların sahip olduğu düşünce ve davranıŐlarına aykırı Şekilde girişimci tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konması düşüncesine dayanmaktadır²⁴⁷.

²⁴³Atamer, **sempozyum**, s.41.; ınar, **a.g.e.**, s.123.; Başalp, **a.g.e.**, s.319-320.; Başalp, “Sözleşme zgrlĞnn Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s.233.

²⁴⁴ Adnan Güriz,, **Hukuk Felsefesi**, Ankara 1987,s.14.

²⁴⁵ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları(zellikle BK m.65 Kuralı)**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s.83 vd; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.400.

²⁴⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. ınar, **a.g.e.**,s.128.

²⁴⁷Hatemi, **a.g.e.**, s.83; ınar, **a.g.e.**, s.127.

Yargıtay, genel anlamda bireyin iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını beraberinde getirecek olan sözleşme hükümlerini ahlaka aykırı olarak nitelendirmiş ve bu yönüyle denetlemeye tabi tutmuştur²⁴⁸.

TTK md.22 ile tacir sıfatını taşıyan borçlunun, fahiş olduğu iddiası ile cezanın indirilmesini hâkimden isteyemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak, uygulamada, karşılaştırılan cezanın ağırlığı ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek nitelikteyse, o takdirde TBK md.27 uygulanmak suretiyle şartın veya duruma göre bütün işlemin geçersizliğine hükmedilebileceğine ya da hâkimin böyle bir durumda, geçersizliğe hükmetmek yerine cezada indirim yapabileceğine dair kararlara rastlanılmaktadır²⁴⁹. TBK md.182/f.1’de, sözleşmenin taraflarının sözleşme cezası niteliğindeki edimi ve cezanın ağırlığını serbestçe belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak cezanın aşırı derecede (fahiş) olması halinde, hâkim cezayı- borçlunun talebi olmasa da-kendiliğinden indirir(md. 182/f.3). Bununla birlikte sözleşme cezasının ağırlığı, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek nitelikteyse, bu koşulun geçersizliğine hükmedilebilir.

C.Aşırı Yararlanma

Yürürlükten kaldırılan BK md 21’de “gabin” adı altında düzenlenmiş bulunan bu kurum, TBK md.28’de “aşırı yararlanma” adını almıştır. Aşırı yararlanma, taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşulların, diğer tarafça sömürülmesini ve dolayısıyla aşırı yararlanılmasını engelleyen bir hukuksal koruma yoludur²⁵⁰.

²⁴⁸ Yarg. 13.HD., 07.04.1981 t., E. 1981/1045, K. 1981/2514 sayılı kararında araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya tanınan teslim süresini uzatma yetkisine dair genel satış şartının geçerli olup olmadığına, şartın kötüye kullanılıp kullanılmadığına ve MK m.2’deki doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespiti ile çözülebileceğini kabul etmiştir. Yasa Dergisi, Mayıs 1981, 658 vd.

²⁴⁹ TTK md.22, TBK md.182/f.3’deki hükmün bir istisnasıdır. Bu maddeye göre, tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121.maddesinin II. fıkrasıyla 182. maddenin III. fıkrasında ve 525. maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya ceza karşılaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez. TTK md. 22 ile getirilen hükmün, mutlak bir kural içermediği, Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarda dile getirilmektedir. Örnek olarak bkz. Yarg. 19 HD. 21.11.2012 t., E. 2012/6268, K. 2012/17422 sayılı kararı (YKD., 2013/4, 812).;Yarg. 15.HD, 28.3.2002, 1188/1472 (YKD 2002/9,1362). ;Yarg. HGK, 20.3.1974, 1053/222 (YKD 1977/1, 11).

²⁵⁰ Kılıçoğlu, a.g.e.,s.218.

Genel işlem koşulları açısından ise ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması sayesinde tek taraflı olarak saptanan koşullar dolayısıyla, aşırı yararlanmanın objektif unsuru olan temel edimler arasında açıklık bulunması durumu gerçekleşmiş bulunmaktadır. Örneğin, genel işlem koşullarında sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması, edim ve karşı edim arasında bir uygunsuzluk olarak nitelendirilebilir. Diğer taraftan bakıldığında genel işlem koşullarını yürürlüğe koymak isteyen girişimci, bunları geniş bir zamanda özenle ve uzman yardımıyla hazırlarken, ancak hukuki işlemin kuruluşu anında genel işlem koşulları ile karşılaşan, kendisine kısıtlı zaman verilen, psikolojik baskı altında bulunan müşteri, bunların anlam ve önemini bütün sonuçlarıyla kavrayamayacaktır. İşte bu durum TBK md. 28 anlamında aşırı yararlanmanın subjektif şartı olan tecrübesizlik olarak nitelendirilmeye elverişlidir²⁵¹.

Doktrinde savunulan bir görüşe²⁵² göre, genel işlem koşulları denetimi açısından kalıcı bir çözümün bu madde üzerinden elde edilmesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, genel işlem koşulları üzerine yasal bir düzenleme olmadan önce başvuru bu hukuki olanaklar, mevcut olan yasa boşluğu döneminde mağdur tarafı korumak açısından kurtarıcı bir düzenleme olmuştur. Fakat, doktrinde savunulan yukarıdaki görüş doğrultusunda, bu kurumun kalıcı bir çözüm olmadığı aşikardır. Çünkü sözleşmenin ancak tümü değerlendirildiği zaman “aşırı yararlanma”nın varlığı anlaşılabilirken, genel işlem koşullarının denetimi tek tek koşullar üzerinde yapılmaktadır.

D.Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisi

Alman Medeni Kanunu madde 315 uyarınca, bir sözleşmede taraflardan birine edimi tek başına belirleme yetkisinin verilmiş olması halinde ilgili taraf bu yenilik doğuran hakkını hakkaniyete uygun bir şekilde kullanmak zorundadır²⁵³.

²⁵¹ Akman, a.g.e., s.98.

²⁵² Atamer, a.g.e., s.167

²⁵³ Atamer, a.g.e., s.178.

Hakkaniyetin tespitinde, düzenleyici kuralların yanında, tarafların menfaatlerinin sözleşmede ne ölçüde dikkate alındığına bakmak gerekir. Alman Medeni Kanununun 315.maddesinde yer alan hüküm, sözleşmenin içeriğini belirleme açısından bir sınır çizmesi ve dürüstlük kuralına göre daha somut bir düzenleme olmasından dolayı, içerik denetimi açısından da uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁵⁴.

TBK madde 86'daki düzenleme, Alman Medeni Kanununun 315. maddesinde yer alan düzenleme ile aynı içeriğe sahip değildir. TBK md 86'ya göre, "Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz".

Doktrinde savunulan bir görüşe²⁵⁵ göre, bu hüküm bir edimin belirlenmesinden ziyade, edimin kalitesini belirlemeyi düzenlemektedir. Kaldı ki, özellikle genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dahil olduktan sonra, sözleşme bu şekilde kurulmuş olacağından edimin belirlenmesine de gerek kalmamaktadır. Bununla birlikte, tarafların her zaman iradeleri ile aksini kararlaştırabildikleri bir hükmün, içerik denetiminde kriter olarak kullanılması mümkün değildir²⁵⁶.

Diğer bir görüşe²⁵⁷ göre ise, TBK md.86/2'de hâkimin takdir yetkisi açık olarak düzenlenmiş olsa da söz konusu hükmün MK md.4'den hareketle, hâkime takdir yetkisi veren hükümlerden olduğunu kabul etmek gerektiğini ve bu hükmün yorumu ile, genel işlem koşullarının ne ölçüde geçerlilik kazandığının tespit edilebileceğini savunmaktadır.

Kanaatimizce, bu son görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü genel işlem koşullarının içerik denetiminin yedek hukuk kaidesi niteliğindeki bir hükümle yapılması mümkün değildir. Yine aynı şekilde, tarafların her zaman iradeleri ile aksini kararlaştırabildikleri bir hüküm, içerik denetiminde bir kriter olarak kullanmak da mümkün gözükmemektedir.

²⁵⁴ Atamer,**a.g.e.**, s.179; Havutçu,**a.g.e.**, s.163; Çınar,**a.g.e.**, s.130.

²⁵⁵ Soyer, **a.g.e.**, s.155; Atamer,**a.g.e.**, s.182-183.

²⁵⁶ Havutçu,**a.g.e.**, s.163; Atamer, **a.g.e.**,s.183.

²⁵⁷ Oğuz,**a.g.e.**, s.108-109.

E.Değerlendirme

Yasal düzenlemelerden önce içerik denetiminde yararlanılan bu birtakım hukuki olanakların dışında “emredici hukuk kuralları” na ve “kişilik haklarına aykırılık” kıstaslarına da başvurmak mümkündür. Bununla birlikte, tüm bu hukuki olanaklara ilişkin olarak bir değerlendirme yapıldığında, dürüstlük kuralı, genel işlem koşullarının içerik denetimi açısından, yasal olarak özel bir uygulama alanı bulmaktadır. Genel işlem koşulları, TBK’da düzenlenmiştir. Bu konuya ait yasal düzenlemenin temelinde dürüstlük kuralı yer almaktadır. Bu sebeple, dürüstlük kuralı, içerik denetiminin temelinde somutlaşan bir kural haline dönüşmektedir. Bu denetimi başka bir hukuki imkâna dayandırmak bu bakımdan değersiz bir çaba olacaktır.

III.İçerik Denetiminin Hukukî Sonuçları

A.Kısmî Hükümsüzlük

1.Genel Olarak Kısmî Hükümsüzlük

Bir hukuki işlemin belirli bir kısmını geçersiz sayıp, geriye kalan kısmını geçerli kabul etmek ve işlemi geriye kalan hükümleriyle ayakta tutmak mümkün olabilir. Buna kısmi hükümsüzlük denir (TBK md.27/f.2)²⁵⁸.

Bu durum hukuki muameledeki sakatlığın sadece bir kısma özgü olduğu ve diğer kısmı geçerli saymanın tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü hallerde söz konusu olabilir²⁵⁹.

²⁵⁸ Yarg. HGK. 2.2.1994 t, K.94/26 sayılı kararı (YKD 1994, s.1045): Sözleşmenin bir kısmına (belli bir parsel) ilişkin imkânsızlık sözleşmenin bütünü etkilemez. Kısmi iptal ile yetinilmesi gerekir.

²⁵⁹ Alman Medeni Kanunu md. 139’a göre ise “Bir hukuki muamelenin bir kısmı batıl ise, bütün hukuki muamele batıldır; meğer ki, batıl kısım olmaksızın dahi hukuki muamelenin yapılacağı farz ve kabul edilsin”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.186.

TBK m. 27/2 uyarınca, sözleşmedeki bir hükmün geçersiz olması halinde, geriye kalan ve geçerliliğini koruyan hükümlerden bazılarının da o geçersiz sayılan hüküm olmaksızın taraflarca kabul edilmeyeceğinin söylenebildiği hallerde, geçersiz hükümle birlikte bu tarz hükümlerin de geçersiz sayılacağı ve sözleşmenin, bu tür hükümlerden de arınmış olarak, geriye kalan içeriğiyle varlığını muhafaza edeceği kabul edilmektedir.

Kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce, sözleşmenin bölünebilir hükümlerden oluşması ve hükümsüzlüğün sözleşmenin içeriğinde yer alan kayıtlara ilişkin olması gereklidir²⁶⁰. Bu husus TBK md.27'de “sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması” şeklinde ifade edilmiştir²⁶¹.

2.İçerik Denetiminin Hukukî Sonucu Olarak Kısmî Hükümsüzlük

“Sözleşmenin varlık ve geçerliliği lehine yorum” ilkesi kısmi hükümsüzlüğün temelinde yer almaktadır ve bu ilke genel işlem koşullarının hükümsüz sayılması durumunda da benimsenmiştir²⁶².

TBK md.25 hükmüne göre “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”. Bu hükmün gerekçesine bakıldığında içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan hükümler hakkında “kesin hükümsüzlük” yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim 25.md'nin gerekçesinde, içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan hükmün, TBK md. 27/f.2 c.1 anlamında sonuç doğuracağı, yani sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla buradaki geçersizliğin, kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmesi gereklidir. TBK md.27'ye göre, “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”.

²⁶⁰Çınar,**a.g.e.**, s.186.

²⁶¹İsviçre Borçlar Kanununun 20.maddesinin ikinci fıkrasında, “sözleşme şartlarının bazıları” ifadesi kullanılmıştır. Alman Medeni Kanununun 139.maddesinde ise, “hukuki işlemin bir kısmı” ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde, sözleşmenin bölünebilir hükümlerden oluşması ve geçersizliğin sözleşmenin bir kısmına ilişkin olmasına, kısmi hükümsüzlüğün “olumlu objektif şartları” denilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Başpınar,**a.g.e.**, s.52.

²⁶²Çınar,**a.g.e.**, s.191.

Bu bakımdan, yapılan açıklamalar çerçevesinde 25.maddede düzenlenen yaptırımın türü, kesin hükümsüzlük olacaktır.

Alman Medeni Kanununun 306. Maddesinde hem yürürlük denetiminin hem de içerik denetiminin hukuki sonuçları düzenlenmiş ve her iki denetim sonucunda sözleşmenin geri kalan hükümleri geçerli kabul edilmiştir²⁶³.

B.Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

İçerik denetimi sonucunda bir sözleşme kaydının hükümsüz sayılması durumunda, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması herhangi bir sakınca doğurmuyorsa, sözleşmenin tamamlanması söz konusu olmaz²⁶⁴. İçerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılan bir sözleşme kaydı çoğu zaman bir sözleşme boşluğu oluşturacağı için, bu boşluğun doldurulması gerekir. Alman Medeni Kanununun 306.maddesinin ikinci fıkrasında böyle bir durum karşısında boşluğun yasal düzenlemelerle kapatılacağı belirtilmişken, TBK, TKHK ve Yönetmelikte bu hususta herhangi bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Ancak bu durum bir eksiklik olarak kabul edilmemelidir. Çünkü, kısmi hükümsüzlük durumunda, yasal hükümlerin geçerli olmayan sözleşme hükümlerinin yerine geçeceği, kanundan doğan bir sonuçtur. Böyle bir halde, TMK madde 1’de belirtildiği gibi, hükümsüz sayılan sözleşme kayıtlarının yerine yasal hükümler uygulanacaktır²⁶⁵.

Gerek kanunda yer alan yedek hukuk kurallarının somut sözleşmeye uygulanamaması ve gerekse kanunda uygulanacak hüküm bulunmaması sebebiyle meydana gelen boşluk hâkim tarafından, sözleşme taraflarının farazi iradeleri ile belirlenecektir²⁶⁶.

²⁶³Aksoy, **a.g.e.**, s.185-186.

²⁶⁴Çınar, **a.g.e.**, s.196; Atamer, **a.g.e.**, s.227; Aksoy,**a.g.e.**, s.73 vd.

²⁶⁵Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s.25-26.; Çınar, **a.g.e.**, s.197.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **a.g.e.**, s.229.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s.27.

“Sözleşme boşluğunun doldurulması” başlığı altında üzerinde durulması gereken bir husus da, “ genel işlem koşullarında indirim yaptırımı” konusudur. Bu konunun özünü hâkimin –takdir yetkisini kullanarak- tarafların farazi iradelerine başvurmaksızın genel işlem koşullarında indirim yapıp yapamayacağı meselesi oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, cevabı aranan soru: genel işlem koşullarının içerik denetimi sonucunda “aşırı” olduğuna kanaat getirilen bir kayıt için hâkim –tarafların farazi iradelerine başvurmaksızın- indirim yaptırımı²⁶⁷ uygulayarak; bu kaydı “yasal ya da uygun” bir seviyeye getirebilir mi?

Alman Hukukunda uzun tartışmalar sonucunda oybirliğiyle kabul edilen görüş²⁶⁸, bu nitelikte bir indirim yaptırımının uygulanamayacağı yönündedir. Bu görüşe göre, üst sınırı aşan koşulun her durumda üst sınıra indirileceğini bilen taraf(düzenleyen), yasal sınırı aşan hükmü koymakta bir sakınca görmeyecektir²⁶⁹. Alman hukukunda genel işlem koşulları bakımından haksız şartlar, Alman Medeni Kanununun md. 305-311 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

²⁶⁷ Kanunda emredici şekilde üst/alt sınırların tayin edildiği veya hakime indirim/yükseltim/daraltma/sınırlama konusunda bir görev ya da takdir yetkisi verildiği hallerde uygulanacak olan kısmi hükümsüzlük türüne “düşey kısmi hükümsüzlük” ya da “indirim yaptırımı” denilmektedir.” Bu konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.219 vd.

²⁶⁸ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.280’den Claus-Wilhelm Canaris, “Gesamtunwirksamkeit und Teilungültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”, Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, Berlin, 1990, s.519 vd. ; Christoph Krampe, “Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln”, AcP 194, 1994, s.1 vd. ;Christoph Mettenheim, “Methodologische Gedanken zur geltungserhaltenden Reduktion im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen”, FS für Henning Piper, München, 1996, s.937 vd. ;Johannes Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Nomos, Baden-Baden, 1988, s.21;209. ;Christian Mayer, Das “Verbot” der geltungserhaltenden Reduktion und seine Durchbrechungen, Herbolzheim, 2000, s.25 vd. ;Ludwig Häsemeyer, “Geltungserhaltende oder Geltungserstörende Reduktion?”, FS für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin, 2003, s.1100.;Kırkbeşoğlu,**a.g.e.**, s.52’den Hein Kötz, “Zur Wirksamkeit von Freizeichnungs-klauseln”,NJW 2.Hb., 1984, s.2447 vd.

²⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.280.

Bununla birlikte, haksız şart olarak Alman Medeni Kanunu md.308²⁷⁰ ve 309²⁷¹, da yer alan bazı kayıtlar, indirim yaptırımına müsaittir²⁷². Savunulan bu görüşe göre, bu nedenle, genel işlem koşulları bakımından kanunda üst sınırın belli edildiği durumlar dahil olmak üzere; aşırı tazminat talepleri, fahiş cezai şart, aşırı fesih süreleri, aşırı rekabet sınırlamalarında-tarafların iradeleri dikkate alınmaksızın-sözleşmenin tamamlanması usulü ile meselenin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Uygulanacak indirim yaptırımı yerine, bu usul tercih edilmelidir. Bu aşamada hâkim, söz konusu boşluğu doldururken objektif tamamlayıcı yorum metodunu kullanmalı ve dolayısıyla tarafların farazi iradelerini değil, işin mahiyetini, tarafların menfaatlerini ve sözleşmenin bütününe dikkate almalıdır²⁷³.

²⁷⁰Alman Medeni Kanunu md. 308: "Genel işlem koşulları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersizdir: 1. Kabul ve İfa süreleri, 2. Ek Süre, 3. (Sözleşmeden) Dönme Hakkının Saklı Tutulması, 4. (Edimi) Değiştirme Hakkının Saklı Tutulması, 5. (İradenin Açıklanmış Olduğuna İlişkin) Varsayımsal Beyanlar,6. (İrade Beyanının) Ulaşmış Olduğu Varsayımı, 7. Sözleşmenin Tasfiyesi (Sözleşmenin Sona Ermesinden Sonra Giderim Talep Etme), 8. Edimin İfa Edilecek Durumda Olmaması." Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.202 vd. ;Hâkime takdir yetkisinin verildiği madde 308 hükümlerinden birine aykırılık halinde, indirim yaptırımı, boşluk doldurma faaliyetinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.283.

²⁷¹ Alman Medeni Kanunu md. 309:"Yasal düzenlemelerden sapmanın geçerli olduğu hallerde bile , genel işlem şartları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersizdir: 1. (Sürekli Borç İlişkileri Hariç Olmak Üzere) Kısa Vadeli Fiyat Artışları, 2. İfadan Kaçınma Hakkı, 3.Takas Yasağı, 4. İhtar, 5. Tazminat Taleplerinin Götürü olarak Belirlenmesi, 6. Cezai Şart, 7. Vücut bütünlüğü, Sağlık, Yaşam Hakkının Ağır Kusurla İhlal Edilmesinde Sorumluluk, 8. Diğer Sorumluluk kayıtları, 8a. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kaldırılması, 8b. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kısmen veya Tamamen Sınırlanması veya Ortadan Kaldırılması, 9.Sürekli Borç İlişkilerinin Süresi (Hizmet ve İstisna Sözleşmelerinde Belirli Bir Süre ile Bağlılık Zorunluluğu), 10. Sözleşme Tarafını Değiştirme, 11. Temsilcinin Sorumluluğu, 12.İspat Yüğü, 13. Bildirim ve Beyanların Şekli." 309.md ile hâkime takdir yetkisi verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu,**a.g.e.**, s.280.

²⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.** , s.282 vd.

²⁷³Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.283'den Katharina Uffmann, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s.222 vd.

Alman Medeni Kanunu, tamamlayıcı yorumda, sözleşmenin içeriğinin öncelikle yasal düzenlemelere göre tayin edilmesini öngörmüştür. Buna göre, hâkimin yararlanacağı kural ve ilkelerin neler olduğu hususunda Alman Medeni Kanunu md. 306²⁷⁴ hükmü yol gösterici niteliktedir.

Hukukumuzda bakıldığında ise, 6098 sayılı TBK ile gerek kanunda üst sınırın belli edildiği hallerde gerekse de hâkime indirim yetkisinin sağlandığı hüküm içi boşluğun bulunduğu durumlarda, indirim sonucuna hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile ulaşılabilmektedir²⁷⁵.

Doktrinde de haklı olarak savulduğu²⁷⁶ üzere, genel işlem koşulları açısından bireysel sözleşmelerde olduğu gibi tarafların farazi iradelerini dikkate almaksızın bir indirimin yapılması, genel işlem koşullarına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin temelinde yatan ‘caydırıcılık’ ve ‘koruma’ fonksiyonları ile örtüşmemektedir. Bu nedenle, söz konusu haksız şartın hükümsüz olacağı ve dolayısıyla oluşacak boşluğun-tarafların farazi iradesi dikkate alınmaksızın- objektif tamamlayıcı yorum yoluyla doldurulması, sorunun çözüme kavuşturulmasında daha uygun bir yol olarak görünmektedir.

²⁷⁴Alman Medeni Kanunu md.306:”1. Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dahil olamamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile devam eder. 2. Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dahil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. 3. İkinci fıkrada öngörüldüğü biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir.” Buna göre, hâkim kısmi hükümsüzlük sonucu oluşacak boşluğu öncelikle emredici veya yedek hukuk kuralları ile doldurmaya çalışacaktır. Bu tür bir hüküm bulunmaması halinde ise hâkim, sözleşme adaletinin gereklerini gözeterek boşluğu doldurmaya çalışacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.** , s.69 vd.

²⁷⁵Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.287-288.

²⁷⁶Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.287.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ USUL HUKUKU İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

Usul hukukuna ilişkin genel işlem koşullarının bir kısmı, karşı tarafın (tüketicinin) bir uyuşmazlık durumunda mahkemeye gitme hakkını ortadan kaldırma ya da sınırlama amacı güderken, diğer bir kısmı da delil sözleşmeleri ile, karşı tarafın(tüketicinin) mahkemede hakkını savunmasını kısıtlayıcı veya zorlaştırıcı nitelik taşımaktadır. Bu anlamda yetkili mahkeme tayininin tespit edilmesi, delil sözleşmeleri ve ispat konusu maddi hukukla değil, usul (yargılama) hukuku ile ilgili bir konudur. Bunun sonucu olarak, bu hususlar Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlenmiştir.

I.Yetkili Mahkeme Tayini

Türk hukukuna göre, mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanununa tabidir (HMK m.5)²⁷⁷.

HMK m.6/1'e göre, dava açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesini genel yetkili mahkeme olarak kabul etmiştir²⁷⁸. Davalının gerçek kişi ya da tüzel kişi olması bu genel yetki kuralını değiştirmemektedir. Yerleşim yeri mahkemesi, TMK'ya göre belirlenir (HMK m. 6/2).

Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar için yetkili mahkeme "mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır(HMK m.9/1).

İster genel ilke nedeni ile yerleşim yeri mahkemesi, isterse bulunduğu yer mahkemesi ya da mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili bulunsun, eğer dava konusu bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa, HMK m.10/1'e göre, dava sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılacaktır. Buradaki yetki seçimlik bir yetkidir. Yetki konusundaki ilkeleri ortadan kaldırmamaktadır.

²⁷⁷ "Yetkili mahkemeye ilişkin özel hüküm bulunmadığı durumlarda genel hükümlere başvurulması usul kurallarındandır. ".Yarg.9. HD, 15.05.2002, 8663/8309 (YKD 2003/6, s.892).

²⁷⁸ "Davalı dava açıldıktan sonra yerleşim yerini değiştirirse, bu mahkemenin yetkisini etkilemez." Yarg.HGK, 26.10.2005, 11-515/599 (YKD 2006/3, s.357-366).

Kurulan bir sözleşmenin, geçerli olup olmadığına ilişkin davalar da 10.maddeye göre yetkili mahkemede açılabilir. Sözleşmenin ifa yeri, davacının sözleşmeye dayanarak talep ettiği şeye göre belirlenir. Sözleşmede her iki taraf da ifada bulunacak ise davacının ifasını istediği şeye göre yetkili mahkeme tespit edilir. İfa yerini taraflar aralarında kararlaştırmış iseler, davanın kararlaştırılan ifa yerinde de açılması mümkündür. Taraflar ifa yerini kararlaştırmamış iseler ifa yeri TBK'nın 89.maddesine göre belirlenir.

TBK m.21/1'e göre, yazılmamış sayılma ölçütü, hükmün kendisinde mevcut bir özelliğe (hükmün içeriğine) ilişkin değil, karşı tarafın sözleşme önerisini kabul ederken ki durumuna ilişkindir. Şayet gik, sözleşme imzalanmadan önce karşı tarafça yeterince incelenip değerlendirilmemiş ve ileride doğuracağı tüm sonuçlar göz önüne alınmadan imzalanmışsa, yazılmamış sayılacaktır. Şayet böyle olmayıp, karşı tarafça yeterince incelenip tüm sonuçlar değerlendirildikten sonra imzalanmışsa, geçerli olup olmayacağı m. 21/2'deki bir başka ölçüte bağlı olacaktır.

Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmenin feshi halinde ise artık HMK m.10'a dayanılarak dava açılmaz. Çünkü HMK m.10'nun uygulanabilmesi için geçerli bir sözleşmenin olması gerekmektedir.

Alman Medeni Kanununda, genel işlem koşullarının içerik denetimi açısından, yetkili mahkeme kayıtlarına ilişkin olarak, örnek bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁷⁹.

II. Yetki Sözleşmesi

Yetki sözleşmesinin özünde yetkisiz bir mahkemenin yetkili kılınması vardır. Bu da genellikle güçlü olan tarafın, güçsüz olan tarafa yetkisiz bir mahkemeyi yetkili olarak kabul ettirmesi şeklinde olur.

Örneğin, bir banka ile kredi ilişkisine giren taraf, kendisine uzatılan kredi sözleşmesini imzalamakla çoğu zaman farkında olmadan yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılmaktadır. Bankanın ileride dava açmak istemesi halinde, kredi kullananın yerleşim yerinde dava açmak yerine, kendi istediği ve yetki sözleşmesiyle kararlaştırılan yerde dava açması mümkün olabilecektir. Bu gibi hallerde daha zayıf durumda olan tarafı güçlü tarafa karşı korumak amacıyla, HMK m.17'de yetki sözleşmesi yapabilecek olan kişiler sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri olarak sınırlandırılmıştır.

²⁷⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, a.g.e., s.235-236.

Bu hükümle birlikte, satıcı veya hizmet sunucu kişiler karşı tarafa(tüketici) sundukları sözleşmeyi imzalatarak yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Buna rağmen yapılan yetki sözleşmeleri geçersizdir²⁸⁰.

III. Delil Sözleşmeleri

Delil sözleşmesi, belli bir vakıanın, belli bir delil ile veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usulî bir sözleşmedir. Delil sözleşmesiyle ancak ispat şartı olan yazılı şekil şartı getirilebilir veya kanunen ispat şartı olan yazılı şekil şartına istisna kabul edilebilir. Delil sözleşmesiyle geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartı, bertaraf edilemez veya geçerlilik şartı olan yazılı şekil getirilemez²⁸¹.

HMK m. 193/1'e göre, "taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeven vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler". HMK m.193/2'ye göre ise, "taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir."

Görüldüğü üzere taraflar bir hususun yalnızca kararlaştırılan delillerle ispatlanacağını, başka delil sunma imkânının olmadığını sözleşmede kural olarak belirleyebilirler²⁸².

Delil sözleşmeleri hakkında buraya kadar olan açıklamalar dikkate alındığında şu şekilde bir tespit yapmamız mümkündür. Buna göre, taraflar, genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmede duruma göre münhasır delil sözleşmesi yapabilecekleri gibi, münhasır olmayan delil sözleşmesi de yapabileceklerdir. Taraflar, bir hususun yalnız belli bir delil ile ispat edileceği hakkında bir sözleşme yaparlarsa, bu halde münhasır delil sözleşmesi yapmış olacaklardır.

²⁸⁰Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için ve örnek için bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekeş, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara, 2013,s.178-179.

²⁸¹ Atalay, Pekcanitez ve Özekeş, **a.g.e.** , s.716.

²⁸²Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, "Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri", **YD** 1995/3, 244 vd.;Teknik delillerin yazılı delil başlangıcı niteliğini taşıyıp taşımadığı konusunda bkz., Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara: Olgaç Basım Yayım Dağıtım ,1988, 92 vd.; Delil sözleşmelerinin ne ölçüde, delillerin değerlendirilmesinin bir sınırını oluşturabileceği konusunda bkz. Mehmet Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret ,1990, s. 255 vd.

Örneğin, taraflar aslında senet ile ispat edilmesi gereken zorunlu bir hukuki işlemin yalnız tanıkla ispat edileceği hakkında bir münhasır delil sözleşmesi yapabilirler. Yine taraflar, senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin tanıkla da ispat edilebileceği hakkında münhasır olmayan bir delil sözleşmesi de yapabilirler. Bu halde, taraflardan biri, iddia ettiği hukuki işlemi, senetle ispat edebileceği gibi tanıkla da ispat edebilir veya doğrudan diğer tarafa yemin teklif edebilir.

IV. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

Davanın taraflarından hangisinin mahkemeye getirilmiş olan bir vakıayı ispat etmekle sorumlu olduğunun değerlendirilmesine yönelik çaba, ispat yüküdür. Bu nedenle, ispat yükünün kime ait olduğu hususu, usul hukukunda son derece önemlidir. Çünkü hâkim, olayın ispat edilememiş olması halinde, ispat yükü kuralına dayanarak, ispat yükü üzerine düşen tarafın aleyhine karar verecektir. Nitekim bir vakıanın belirsiz kalması durumunda, o vakıa gerçekleşmemiş kabul edilir²⁸³.

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, TMK m.6 uyarınca, bir vakıadan kendi lehine sonuçlar çıkaran taraf, bu vakıaları ispat yükü altındadır. Fakat bu kural yetersiz kaldığında ispat yükünün dağıtılması aşamasında başka kriterlere başvurulabilir. Örneğin, hayatın olağan akışına uygun düşen vakıanın ispatı zorunluluğunun olmaması, dürüstlük kuralı uyarınca ispat yükünün yer değiştirmesi gibi²⁸⁴.

HMK m. 190'a göre, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir". Burada vakıayı hangi tarafın ileri sürdüğü değil; o vakıadan hangi tarafın lehine hak çıkardığı önemlidir²⁸⁵.

²⁸³Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir 2001.

²⁸⁴Atamer, **a.g.e.**,s.285 'den Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara: S Yayınları, 1989, s.89.

²⁸⁵Yargıtay bazen bunu açıkça belirtmemekte bazen de iddia ve savunmanın niteliği şeklinde ifade etmektedir. Örneğin, 16.HD, 12.12.2003, 12293/11083 (YKD 2005/2, s.234).

Taraflar aralarında, bir vakıanın ispat yükünün kime ait olduğuna dair ispat yükü sözleşmesi yapabilirler. Ancak genel işlem koşullarına aykırı şekilde taraflardan birisinin aleyhine getirilen ispat yükü geçersizdir²⁸⁶.

Alman Medeni Kanununda, genel işlem koşullarına ilişkin olarak ispat yükünün yer değiştirmesi açısından, hâkime takdir yetkisi vermeyecek şekilde, özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği şartlar, özellikle, karşı tarafa, düzenleyenin sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiriyorsa veya karşı tarafa bazı vakıalar teyit ettiriliyorsa, bu kayıtlar hükümsüz olacaktır²⁸⁷.

TBK m. 21/1'e göre, genel işlem koşullarının karşı tarafça önceden yeterince incelenip değerlendirildiğini genel işlem koşullarını hazırlayan ve bundan yararlanacak olan taraf ispat edecektir. Görüldüğü gibi burada, kendisine sözleşme önerilen tarafın bunu kabul ederken, kural olarak, sağlıklı bir irade ile kabul beyanında bulunduğu dair genel bir karinenin tersi söz konusudur. Daha güçlü tarafça önceden hazırlanmış ve çeşitli hükümler içeren bir sözleşme metnini imzalayan tarafın, kendi aleyhine olan hükümleri de kabul etme iradesine sahip olmadığı karinesi getirilmektedir. Üstelik bu karine, yanılma veya aldatma hallerindeki gibi süreyle sınırlı bir iptal imkânı vermenin (TBK m.39) ötesine geçip, karşı tarafın her zaman ileri sürebileceği hatta hâkimin kendiliğinden göz önüne alabileceği bir hükümsüzlüğe yol açacaktır²⁸⁸.

TBK m.21/1'e göre, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, belirtilen hususları ispat edebilirse, hükümsüzlüğü önler. Bunun için, ya sözleşmeyi hazırlarken karşı tarafla görüşerek ve tartışarak bu hükümleri hazırladığını ya da sözleşmeyi hazırlarken görüşmemiş olsalar bile, karşı tarafın bu hükümleri gayet iyi inceleyip tüm olası sonuçlarını değerlendirerek sözleşmeyi imzaladığını ispatlamalıdır. Kuşkusuz ilkinin ispatlamak ikincisini ispatlamaktan daha kolay olacaktır²⁸⁹.

²⁸⁶ Atalay, Pekcanitez ve Özkes, **a.g.e.**, s.672.

²⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, **a.g.e.**, s.235-236.

²⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, **a.g.e.**, s.167-168.

²⁸⁹ Oğuzman ve Öz, **a.g.e.**, s.168.

SONUÇ

1.Sözleşme özgürlüğü ilkesi, taraflara diledikleri kişilerle diledikleri sözleşmeyi kurma ve içeriğini belirleme hakkı verdiği gibi sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de kural olarak vermektedir. Nitekim bu ilke, sözleşme içeriğinin ancak eşit pazarlık gücüne sahip olan kişilerce görüşülüp tartışılması halinde anlam kazanmaktadır. Eşit pazarlık gücüne sahip tarafların meydana getirdiği sözleşme, klasik sözleşme modelinin bir uzantısıdır ve bu aynı zamanda sözleşme içeriğinin adil bir ortamda oluşturulduğu olgusunu destekler.

2.Yasalarla güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi, menfaatleri farklı olan fakat bununla birlikte imkânları ve iktidarları eşit olan tarafları, sözleşme yoluyla bir araya getirmektedir. Nitekim taraflar arasında var olan bu eşitlik, sosyal ve ekonomik ilişkilerde yaşanan hızlı değişim sonucunda sarsılmış ve bu değişimle birlikte kitlesel üretime bağlı olarak kitlesel tüketim başlamıştır. Başlangıçta eşit olan taraflar üretim ve tüketicinin kitlesel boyut kazanmasına bağlı olarak zayıf ve güçlü taraf haline gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme özgürlüğü ilkesinin getirdiği tarafların eşitliği olgusu, taraflardan biri aleyhine bozulmuş ve eşit olmayan taraflar arasında kurulan sözleşmeler meydana gelmeye başlamıştır.

3.Genel işlem koşulları kullanılarak hazırlanan sözleşmeler, sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturan adalet duygusunun zedelendiği akitlerdir. Nitekim bu akitlerde eşit pazarlık gücüne sahip olan taraflar, zayıf ve güçlü konumda olan taraflar haline gelmekte ve böylece klasik sözleşme modeli yerini genel işlem koşullarının kullanıldığı matbu sözleşmelere bırakmaktadır. Taraflardan birinin yapmak istediği bir sözleşmeyi, istemediği bir içerikle yapmak zorunda kaldığı ve piyasanın eşit iki tarafından biri konumundayken sözleşmeyle kendisine sunulan edime ulaşabilmek için gerek ekonomik gerekse sosyal bakımdan sözleşmenin zayıf ve dolayısıyla korunmaya muhtaç tarafını oluşturan ve bu haliyle bozulan adalet anlayışının yeniden tesisi için 6098 sayılı TBK'ya kadar yargısal içtihatlar yoluyla çözülmeye çalışılan genel işlem koşulları, TBK'nın 20 ila 25. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 4077 sayılı TKHK kapsamında, genel işlem koşullarını barındıran sözleşmelerde hakları güvence altına alınan tüketicilerden sonra tüketici olmayan taraflar için TBK hukuki koruma sağlamaktadır.

4.4077 sayılı TKHK ve Yönetmelik ile tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlar yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Türk hukukunda bu düzenlemenin ardından atılan en önemli adım ise 6098 sayılı TBK'nın 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle atılmıştır. Böylece TBK ile genel işlem koşullarının denetlenmesi konusunda Türk hukukunda uzun yıllar mevcut olan düzenleme açığı kapatılmıştır. TBK'nın 20 ila 25. maddeleri arasında yer alan bu düzenleme ile sözleşmenin-düzenleyen dışındaki-diğer tarafının tüketici olup olmamasına bakılmaksızın her türlü sözleşmede kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesine imkân sağlanmıştır. Bununla birlikte, TKHK'de bu konuyla ilgili hüküm bulunmayan hallerde TBK kaynak kanun niteliğindedir. TBK ile TKHK 'da bu konuya ait düzenlemelere bakıldığında şu tespiti yapmak mümkündür: Sadece genel işlem koşulları sorununa özgülünen TBK'nın ilgili hükümleri TKHK'dan farklı olarak pazarlık konusu yapılmayan bütün "haksız" sözleşme koşullarının denetlenmesi amacını benimsememiştir.

5. Genel işlem koşullarının kullanılması suretiyle bozulan taraf eşitliğinin ve sözleşme adaletinin sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gereklidir. Bu noktada hâkim, genel işlem koşullarının denetiminde üç aşamadan yararlanacaktır: Yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi.

6. TBK’ daki düzenlemede, genel işlem koşullarının tanımına ve uygulama alanına 20. maddede yer verildikten sonra 21. ve 22.maddelerde yürürlük denetimi düzenlenmiştir. Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının tespit edilmesi aşamasını oluşturmaktadır. Hâkim bu tespiti yaparken güven kuramını esas alarak bir değerlendirme yapacaktır. Bu noktada çözüme kavuşturulması gereken iki nokta vardır. Bunlardan birincisi, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline geldiği varsayıldığı takdirde, karşı tarafın, söz konusu koşulların varlığı hakkında “açık” bir şekilde bilgilendirilmiş olup olmadığıdır. İkinci nokta ise, düzenleyen tarafından, karşı tarafa, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânının sözleşmenin yapılması sırasında sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu iki hususa verilecek olan cevap, olumsuz ise genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Verilecek cevapların olumlu olması halinde ise, genel işlem koşullarının karşı tarafın kabulü ile sözleşme içeriği haline geldiği kabul edilecektir.

7. “Yazılmamış sayılma” yaptırımını hukukumuzda daha önceden mevcut olmayan bir hükümsüzlük tipidir. Kanun koyucunun bu yaptırım türü ile nasıl bir hükümsüzlük türünü ifade ettiği açık değildir. Madde gerekçesinde sadece, İsviçre ve Almanya’da birkaç kanun hükmünde “yazılmamış sayılma” ibaresinin kullanıldığından bahsedilmektedir. Dolayısıyla doktrindeki tartışmalara son vermesi bakımından, bu yaptırım türünün düzenlemeye konuluş amacının daha fazla zaman kaybedilmeden açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

8.Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan diğer bir ifadeyle şaşırtıcı olan genel işlem koşulları da yürürlük denetimi sonucunda sözleşmenin kapsamına dahil sayılmayacaklardır. Bu şekilde hazırlanan genel işlem koşulları hakkında düzenleyen karşı tarafı “açık” bir şekilde bilgilendirse ve tarafın kabul beyanını alsa dahi, hâkim, düzenleyenin korunmaya muhtaç bir menfaati olmadığı yönünde karar verecek ve bu tür koşullar “yazılmamış sayılma” yaptırımına tabi olacaklardır.

9.Yürürlük denetimi sonucunda yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki sözleşme hükümleri TBK madde 22’ye göre geçerliliğini koruyacaktır. Bu düzenleme ile sözleşme ilişkisinin “zayıf” tarafını oluşturan karşı tarafın menfaatlerinin daha fazla zarara uğramaması amaçlanmıştır. Nitekim uygulamada düzenleyen tarafından karşı tarafa sunulan sözleşme koşulları üzerinde, karşı tarafın “evet” ya da “hayır” şeklinde cevap vermektan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Karşı taraf “evet ama”, “hayır ama” seçeneklerinden yoksun bırakılmaktadır. Dolayısıyla zaten sözleşmenin kuruluşu aşamasında mağdur olan tarafı sözleşmeyi tamamen geçersiz sayarak mağdur etmek genel işlem koşullarına ait düzenlemenin hiçbir zaman amacı olamaz.

10.Yürürlük denetimi sonucunda sözleşmenin içeriğine dahil olduğu belirlenen genel işlem koşullarına dair bir sonraki aşama yorum yoluyla denetimdir. Bu aşamada hakim öncelikle bireysel anlaşmaların olup olmadığını araştıracaktır. Taraflar arasında pazarlık konusu edilmiş noktalar ayrıca genel işlem koşulları içinde düzenlenmiş olsa bile, öncelik bireysel

anlaşmadadır. Bireysel anlaşmaların varlığının tespit edilemediği hallerde genel işlem koşulları sıradan sözleşme koşulları gibi yorumlanacaktır. Bu yorum yapılırken önce tarafların gerçek iradeleri arasındaki uyum araştırılacak bunun tespit edilememesi halinde ise güven kuramına göre tespit yapılmaya çalışılacaktır.

Genel işlem koşullarının yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması durumunda “zayıf” taraf lehine ve düzenleyen aleyhine yorum tercih edilir. Bundan dolayı düzenleyen, sözleşme içeriğini şekillendirirken genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır olmasına ve birden fazla anlamı içinde barındırmamasına dikkat etmek sorumluluğu altındadır.

11.Yürürlük denetimi ve yorum denetimiyle sözleşme tarafları arasındaki denge ve sözleşme adaleti sağlanamadığı takdirde son aşama olarak içerik denetimi yapılır. TBK'nın 25. maddesinde düzenlenen içerik denetimi, TBK'dan önceki dönemde bazı hukuki olanaklardan faydalanarak yapılmaktaydı. Sözleşme özgürlüğünün de sınırlanması anlamına gelen bu hukuki olanaklar: sözleşme içeriğinin emredici genel hükümlere ve kişilik haklarına aykırı olması, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olması, edimi tek taraflı belirleme yetkisinin hakkaniyete uygun olarak kullanılmaması ve aşırı yararlanma durumlarıdır. İşte bu hallerde, söz konusu koşullar batıl sayılmaktaydı. TBK ile birlikte bu hukuki koruma içerik denetimi yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır. Böylece dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan genel işlem koşulları sözleşme içeriğine dahil olmayacaktır. Sonuç itibarıyla, içerik denetimi yapılırken madde metninde somut bir biçimde yer alan dürüstlük kuralları, bu denetim türünde bir ölçüt olarak ele alınacaktır.

12.TBK'nın 24. maddesine göre düzenleyene genel işlem koşullarını içeren sözleşme şartlarının bir hükmünü karşı taraf aleyhine tek taraflı olarak değiştirme veya yeni düzenleme yapma yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılacaktır ve bu genel işlem koşullarının ayrı bir sözleşmede yer alması halinde de durum değişmeyecektir. Dikkat edilmesi gereken husus, bu madde ile düzenlenen “değiştirme yasağı”nın sadece karşı taraf aleyhine olan durumlarda uygulama alanı bulacağıdır. Diğer bir ifadeyle, karşı taraf lehine olan durumlar için, söz konusu yetki, serbest bırakılmıştır.

13.Bir hukuki işlemin belirli bir kısmının geçersiz sayılıp, geriye kalan kısmının geçerli kabul edilmesi ve işlemin geriye kalan hükümleriyle ayakta tutulması halinde kısmi hükümsüzlük söz konusudur. TBK'nın içerik denetiminin düzenlendiği 25.maddenin hüküm gerekçesine bakıldığında, bu denetim sonucunda geçersiz sayılan hükümler hakkında “kesin hükümsüzlük” yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Buna göre, sözleşmenin geçersiz sayılan hükümleri “kesin hükümsüz” sayılarak elendikten sonra, geriye kalan hükümler geçerliliğini koruyacağı için, söz konusu durum, kısmî hükümsüzlük halini ifade etmektedir.

14.Genel işlem koşulları konusunda 6098 sayılı TBK'da yapılan düzenleme Türk hukuku açısından çok önemli bir adım olmuştur. TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce gerek içtihatlarla gerekse TKHK ve Yönetmelik ile sağlanmaya çalışılan hukuki korumanın alanı, TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra genişlemiş ve tüketici olan veya olmayan ayırımı

yapılmaksızın herkes için hukuki koruma sağlanmıştır. Ancak TBK ile getirilen bu düzenleme olumlu taraflarının yanında bazı olumsuzlukları da beraberinde getirmiştir. Bu olumsuzluklara bakıldığında, genel işlem koşullarına ait düzenleme yapılırken dil uyumu çok fazla dikkate alınmamış ve bazı durumlarda asıl anlatılmak istenilen iyi ifade edilememiştir. Bununla birlikte, genel işlem koşulları konusu bir genel hüküm olarak düzenlenmiş, madde metinlerinde somutlaştırma, örnekleme yolu kanun koyucu tarafından tercih edilmemiş ve hkimlerin her olayı kendi içinde değerlendirmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla hkimler, her somut olayda tüm koşulları değerlendirip, bu genel hükme göre hareket edeceklerdir. Oysaki genel işlem koşullarına ait bu düzenleme için hâkime yol gösterecek genel kriterlerden sonra, uygulamada çok sık karşılaşılan ve geçersiz sayılması gerektiği kesin olan genel işlem koşulları, örnekleme yolu ile sınırlı olmayacak şekilde sayılmış olsa idi, hâkime uygulama da kolaylık sağlanmış olurdu.

KANUN

TÜRK BORÇLAR KANUNU

Kanun No. 6098Kabul Tarihi: 11/1/2011**BİRİNCİ KISIM**
Genel Hükümler**E. Genel işlem koşulları****I. Genel olarak**

MADDE 20- Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

II. Kapsamı**1. Yazılmamış sayılma**

MADDE 21- Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

2. Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi

MADDE 22- Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

III. Yorumlanması

MADDE 23- Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.

IV. Değiştirme yasağı

MADDE 24- Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükümünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

V. İçerik denetimi

MADDE 25- Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

F. Sözleşmenin içeriği**I. Sözleşme özgürlüğü**

MADDE 26- Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.

II. Kesin hükümsüzlük

MADDE 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

KISALTMALAR

| | |
|--------------------|---|
| AGBG | :Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| a.g.e. | :Adı Geçen Eser |
| a.g.m. | :Adı Geçen Makale |
| Art. | :Artikel (madde) |
| AÜHFD | :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| BATİDER | :Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BB. | :Betriebsberater |
| BGB | :Bürgerliches Gesetzbuch(Alman Medeni Kanunu) |
| BGE | :Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung |
| BGH | :Bundesgerichtshof |
| C | :Cilt |
| Bkz. (bkz.) | :Bakınız |
| GİŞ/GİK | :Genel İşlem Şartları/ Koşulları |
| HUMK | :Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| HMK | :Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| İHFM | :İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| JuS | :Juristische Schulung |
| karş | :Karşılaştırma |
| m. | :Madde |
| MK | :Medeni Kanun |
| N. | :Kenar Numarası |
| NJW | :Neue Juristische Wochenschrift |
| OR | :Obligationenrecht |

| | |
|-------------------|--|
| s. | :Sayfa |
| S. | :Sayı |
| TBK | :Türk Borçlar Kanunu |
| TKHK | :Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TTK | :Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | :ve devamı |
| Y. | :Yıl |
| Yarg. | :Yargıtay |
| YD | :Yargıtay Dergisi |
| Yarg.HD | :Yargıtay Hukuk Dairesi |
| Yönerge | :Avrupa Konseyi' nin "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında 5 Nisan 1993 Tarihli Direktifi |
| Yönetmelik | :Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik |
| ZIP | : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKİPEK, Şebnem. **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**. Ankara:Seçkin Yayıncılık. 1999.

AKMAN, SERMET. **Sorumsuzluk Anlaşması**. Doktora Tezi. İstanbul. 1976.

AKSOY DURSUN, Sanem. **Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 2008.

AKÜNAL, Teoman. **Avusturya'da ve Türkiye'de Tüketicinin Korunması**. İstanbul. 1983.

AKYOL, Şener. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. C.1. İstanbul: Filiz Kitabevi. 1995.

ANTALYA, Gökhan. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Cilt 1, 2.Baskı, İstanbul 2013.

ARKAN, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.2007.

ARSLAN, Ramazan. **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**. Ankara: S Yayınları. 1989.

ASLAN, İ.Yılmaz ve Mevci ERGÜN. **Ticaret Hukuku**. İstanbul: Ekin Basın Yayım. 2005.

ATAMER, Yeşim. **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**. 2.Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım. 2001.

BAŞALP, Nilgün. **Sorumsuzluk Anlaşmaları**. İstanbul:XII Levha Yayıncılık.2011.

BAŞPINAR, Veysel. **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**. Ankara.1998.

ÇINAR, Ömer. **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**. I. Baskı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık. 2009.

DİETLEİN, Max Josef ve Eberhard REBMANN. **AGB aktuell Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Köln. 1976.

DOĞANAY, İsmail. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**. C.I. 4.Bası. İstanbul 1994.

DYLLA-KREBS, Corinna. **Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen**. Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln. Baden-Baden. 1990.

- EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**. İstanbul: Beta Basım Yayım. 2008.
- EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**. İstanbul: Beta Basım Yayım. 2009.
- ERİŞ, Gönen. **Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**. C. I. Ankara:Seçkin Kitabevi. 2007.
- ERTEN, Ali. **Sorumsuzluk Şartları**. Ankara: Olgaç Matbaası. 1977.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. C.I. İstanbul. 1976.
- GEZDER, Ümit. **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**. İstanbul: Beta Basım Yayım. 1998.
- GÜRİZ, Adnan. **Hukuk Felsefesi**. Ankara.1987.
- HATEMİ, Hüseyin. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle BK m.65 kuralı)**. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası. 1976. (Ahlaka Aykırılık).
- HATEMİ, Hüseyin. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, İstanbul. (Fasiküller).
- HATEMİ, Hüseyin. **Medeni Hukuk'a Giriş**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2013.
- HAVUTÇU, Ayşe. **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları. 2003.
- İŞIKTAÇ, Yasemin. **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**. 3. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2004.
- İMREGÜN, Oğuz. **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi. 1996.
- İNAN, Ali Naim. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları. 1971.
- KAPLAN, İbrahim. **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**. Ankara. 1987.
- KARAHAN, Sami. **Ticari İşletme Hukuku**. Konya: Mimoza Yayınevi. 2006.
- KENDER, Rayegan. **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I**. İstanbul.1995.
- KIENDL, Doris. **Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen**. Wien. 1997.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan. **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip. **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**. C.I. 4.Bası dan Tıpkı 5.Bası . İstanbul: Filiz Kitabevi. 2010.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,Necip. **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**. İstanbul: Garanti Matbaası. 1968.

KOLLER, Alfred. **Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Band I**. Bern.1996.

KONURALP, Haluk. **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**. Ankara: Olguç Basım Yayım Dağıtım. 1988.

KRAMER, Ernst.in: **Berner Kommentar. Das Obligationenrecht. Bd.VI/ 1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1.Teilband. Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obliga-tionenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, 1986.

MAYER, Christian. **Das “Verbot” der geltungserhaltenden Reduktion und seine Durchbrechungen**. Herbolzheim. 2000.

MEDICUS, Dieter. **Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge**. München. 1989. (inhaltskontrolle).

MEYER-CORDING, Ulrich. **Die Rechtsnormen**. Tübingen. 1971.

NEUMANN, Johannes. **Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Nomos. Baden-Baden. 1988.

OĞUZ, Cemal. **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara. 1994.

OĞUZMAN, M. Kemal ve Nami BARLAS. **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**. 19. Bası. İstanbul: Vedat Kitabevi. 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal ve Turgut ÖZ. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitabevi. 2013.

PALANDT, Otto. **Bürgerliches Gesetzbuch**. München. 60. Auflage. 2001; 61. Auflage. München 2002. (Palandt/İşleyen).

PEKCANİTEZ, Hakan, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKEŞ. **Medeni Usul Hukuku**. Yetkin Yayınları. 14. Bası. Ankara. 2013.

PFLUG, Hans-Joachim. **Kontrkt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. München. 1986.

RAİSER, Ludvig. **Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Bad Hamburg. 1961.

REİSOĞLU, Safa. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**. 22. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım. 2011.

SCHMİDT-SALZER, Joachim. **Recht der AGB und der missbrauchlichen Klauseln: Grundfragen.** JZ. 1995.(Grundfragen).

SCHMİDT-SALZER, Joachim.**Allgemeine Geschäftsbedingungen.**München 1977.

SCHNEIDENBACH, D.**Zivilrechtliche Haftung für Software im İnternet, Diss.** Heidelberg 2005.

SOERGEL, Thedor. **Bürgerliches Gesetzbuch. Band. II. Schuldrecht I.** Stuttgart/Berlin/Köln. 1990. (Soergel/İşleyen).

SOYER, Polat. **Genel İş Koşulları.** İzmir: Basisen Yayıncılık. 1987.

TANDOĞAN, Haluk. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri.** C.I. 4.Baskı. Ankara: Vedat Kitabevi. 1985.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi. **Eşya Hukuku.** İstanbul: Kutulmuş Matbaası. 1978.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler.** 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi. 1993.

UFFMAN, Katharina.**Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.** 1. Aufl., Mohr Siebeck. Tübingen. 2010.

ULMER, Peter, Hans Erich BRANDNER & Horst-Dieter HENSEN. **Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.** 8 Auflage. Köln. 1997.

Ulmer, Peter, Hans Erich BRANDNER& Hors-Diether HENSEN. **Kommentar zum Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen.** Köln. 2001. (Ulmer/Brandner/Hensen).

Van GOOL, Roeland. **Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.** Frankfurt am Main. 2002.

Von BRUNN, Joachan Heinrich. **Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen wirtschaft.** Köln.1956.

WOLF, Manfred, N. HORN &Walfer F. LINDACHER. **AGB-Gesetz Kommentar.** München. 1999. (Wolf/Horn/Lindacher).

YAVUZ, Nihat. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler.** 3. Baskı. Ankara:Adalet Yayınevi. 2012.

YAVUZ, Selçuk. **Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar.** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara. 2007.

YILDIRIM, Mehmet Kamil. **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi.** İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret. 1990.

ZEVKLİLER, Aydın ve Murat AYDOĞDU. **Tüketicinin Korunması Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayınları.2004.

Makaleler

ALTOP, Atilla. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”. **Prof.Dr. Ergon A.Çetingil ve Prof.Dr. Rayegan Kender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı**. İstanbul.2007.

ALTOP, Atilla. “Genel İşlem Koşulları”.**TBK Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**.Derleyen: M.Murat İnceoğlu.1.b.İstanbul:XII Levha Yayıncılık.2012 (s.27-44).

ANTALYA, Gökhan. “**Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**”. I.Oturum:Genel Görüşme. İstanbul. Ocak 2012.

ATAMER, Yeşim. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”. **Hukuki Perspektifler Dergisi**. 2005.

ATAMER, Yeşim. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m.6 ve TTK m.5, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”. **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**. 8 Nisan 2011. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları. 2012.(Sempozyum).

ATAMER, Yeşim. “Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”. **İstanbul Ticaret Odası**. Yayın no: 2001-08. İstanbul. 2001.

ATEŞ, Mustafa. “ Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri”. **YD** 1995/3.

BAHTİYAR, Mehmet. “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması”. **Yargıtay Dergisi**. S.1-2(Ocak-Nisan 1996).

BARLAS, Nami. “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”.**Prof.Dr. Erdoğan Moroğluna 65. Yaş Günü Armağanı**. İstanbul. 1999.

BAŞALP, Nilgün. “ Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”. **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2011.

BUCHER, Eugen. “Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?”, **recht**. 1997. (41-56).

CANARIS, Claus-Wilhelm. “Gesamtunwirksamkeit und Teilungültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”. **Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag**. Berlin.1990.

EMMERICH, Volker. “Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”. **JuS**. 1972. (s.361-363).

GÜNGÖR, Hayriye Gonca. “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (I)”. **Legal Hukuk Dergisi**. Y.3. S.30. Haziran 2005.

HAVUTÇU, Ayşe. ”Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu”. (Birinci Oturum, 24. 05. 2005). **Legal Hukuk Dergisi**. Y.3. S.34. 2005.

HATEMİ, Hüseyin. “ Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeler Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi”. **Prof. Dr. Özer Selçi’ye Armağan**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2006.

HATEMİ, Hüseyin. “Borçlar Kanunu Tasarısı”. **Güncel Hukuk Dergisi**. Şubat 2009.

HÄSEMEYER, Ludwig. “Geltungserhaltende oder Geltungszerstörende Reduktion?”. **FS für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag**. Berlin. 2003. (s.1097-1109).

İNCEOĞLU, M. Murat. “Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu” (**Makaleler-Tebliğler**). İstanbul:XII Levha Yayıncılık.Ocak 2012.

KLAAS, Christoph. “Zur EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”. **Festschrift für HANS ERICH BRANDNER zum 70. Geburtstag**. Köln.1996. (s. 247-258).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip.”Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”. **Selim Kaneti’ye Armağan**. İstanbul. 1996.

KOÇ, Nevzat. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Hukuk Özel Sayısı)**. Y.6. S.12. Güz 2007.

KONURALP, Haluk ve Erdal TERCAN. “Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-I” : **Yeni Türk Medeni Kanununun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**. Eskişehir. 2003.

KUNTALP. Erden. “ Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”. **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**. 8 Nisan 2011. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları. 2012.(Sempozyum).

KÖTZ, Hein. “Zur Wirksamkeit von Freizeichnungs-Klauseln”. **NJW 2.Hb**. 1984. (s.2447-2448).

KRAMPE, Christoph. “Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertrogs Klauseln”. **AcP 194**. 1994.

METTENHEİM, Christoph. “Methodologische Gedanken zur geltungserhaltenden Reduktion im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen”.**FS für Henning Piper**. München. 1996.

REHBİNDER, Manfred. “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması” . (Çeviren: Ömer Teoman). **İUHFM**. C.XLII. S.1-4. 1976. (s.641-653).

REICH, Norbert. “Kreditbürgschaft und Transparenz”. **NJW**. 1995. (s.1857-1860). (Transparenz).

ROTH, Herbert. “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen”. **BB**. 1992. Beilage 4. (s. 1-16).

SCHMIDT, Eike. “Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz”. **JuS**. 1987. (s.930-936).

SİRMEN, Lale. “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”. **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**. 8 Nisan 2011. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları. 2012.

SOMUNCUOĞLU, Ünal. “Teyid Mektubu ile İlgili Bazı Sorunlar”. **Batider**. C.8. S.2.

ŞEKER, Muzaffer. “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”. 10.Yıl’a Armağan. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**. Y.11. S.22. Güz 2012/2.

TANDOĞAN, Haluk. “Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması”. Ankara: **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Konferanslar Dizisi**. 1977.

TANDOĞAN, Haluk. “Otelcilerin Mesuliyeti”. **AÜHFD**. C.12. 1955.

TEKİNALP, Ünal. “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”. **Ernst E. Hirsch’e Armağan**. Ankara. 1986.

ULUSAN, İlhan. “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”. **İKU Hukuk Fakültesi Dergisi**. C.III. S.1-2. Aralık 2004.

Dergiler

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Batider

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Legal Hukuk Dergisi

Yargıtay Kararları Dergisi

Yasa Dergisi

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com.tr

www.legalbank.net

TC
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrencisi Sinem Camcı'nın "Genel İşlem Koşulları" konulu tez çalışması jürimiz tarafından..... Yüksek Lisans tezi olarak (oybirliği

/ oyçokluğu) ile başarılı bulunmuştur.

| | Adı-Soyadı | İmza |
|----------------|----------------------------------|-------|
| Tez Danışmanı: | Doç. Dr. Muzaffer Şeker | |
| Jüri Üyesi : | Yrd. Doç.Dr. Nagehan Kırkbeşoğlu | |
| Jüri Üyesi : | Yrd. Doç.Dr.Abdülkadir Akıl | |

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamiyle uyduğumu; yararlandığıım tüm kaynaklarımı gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesinin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.