

T. C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU
ÇERÇEVESİNDE**

GENEL İŞLEM KOŞULLARI

DENİZ UĞUR KÜÇÜKGÖDE

2501100343

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. İLHAN HELVACI

İSTANBUL-2019

TEZ ONAY SAYFASI

	T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS TEZ ONAYI	
---	--	---

ÖĞRENCİNİN;

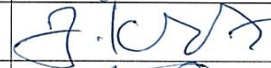
Adı ve Soyadı : DENİZ UĞUR KÜÇÜKGÖDE Numarası : 2501100343

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. İLHAN HELVACI

Tez Savunma Tarihi : 31.07.2019 Saati : 14.00

Tez Başlığı : 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin ~~KABULÜNE OYDIRILDIĞI~~ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. İLHAN HELVACI		KABUL
2- PROF. DR. ZEKERİYA KURŞAT		DÜZELTME
3- PROF. DR. H. MURAT DEVELİOĞLU		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ÖMER EKMEKÇİ		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ NİLGÜN BAŞALP YILDIRIM		

ÖZ

6098 Sayılı TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Deniz Uğur KÜÇÜKGÖDE

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile birlikte Türk mevzuatında bulunmayan ancak uygulamada sıkça rastlanan ve önemli bir sorun teşkil eden genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeye kavuşulmuştur. Tezde genel işlem koşulları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde tanımı, unsurları, denetim yolları üzerinden anlatılmış, yabancı mevzuat ve genel olarak uygulamalardan örneklerle incelenmiştir.

Tezin giriş kısmında konu takdim edilerek sınırlandırılmış, 5 bölümden oluşan tez roma rakamları ile ayrılmıştır. Birinci bölümde sözleşme ve sözleşme özgürlüğü kavramı üzerinde durulmuş, bireysel sözleşmenin genel işlem koşuluna dönüşmesi tarihsel süreç dikkate alınarak anlatılmıştır. İkinci bölümde ise genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler yabancı mevzuat, Türk mevzuatında genel işlem koşulunun denetimi için kullanılmış olan hükümler olmak üzere TBK öncesi ve sonrası dönem şeklinde işlenmiştir. Üçüncü bölümde genel işlem koşullarının kapsamı, tanımı, hukuki mahiyeti, unsurları, genel işlem koşuluna ilişkin düzenlemenin uygulama alanı ve zamanı ile genel işlem koşulu ile bağlantılı kavramlar üzerinde durulmuştur. Dördüncü bölümde genel işlem koşullarının denetimi, idari-yargısal denetim ile yürürlük-yorum-içerik denetimi başlıkları altında incelenmiştir. Beşinci bölümde ise genel işlem koşulları hukukun çeşitli alanlarından örneklerle incelenmiş, çeşitli hukuk dallarında, kanunlarda, sözleşmelerde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman hukukunda olmak üzere görünümleri irdelenmiştir. Sonuç bölümünde ise tez çalışmasında ulaşılan kanaat ve sonuçlara yer verilerek genel bir özet sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Sözleşme Özgürlüğü, İdari-Yargısal Denetim, Yürürlük- Yorum - İçerik Denetimi, Haksız Şart.

ABSTRACT

STANDARDIZED TERMS OF CONTRACT WITHIN THE CONTEXT OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS No. 6098

Deniz Uğur KÜÇÜKGÖDE

A legal regulation on standardized terms of contract has been established with the entry of Turkish Code of Obligations No. 6098 into force. Content of this thesis includes definition and explanation of standardized terms of contract, its elements, the way they are audited within the framework of Turkish Code of Obligations no. 6098., general practices in Turkish Law and some foreign law examples.

This thesis is organized as follows: Introduction includes the definition of standardized terms of contract and a summary of the study. The first section focuses on the concepts of contract and freedom of contract and explains the historical process of personal (individual) contract's transformation to standardized terms of contract. In the second section regulations related to standardized terms of contracts, foreign laws, provisions used for auditing of standardized terms of contract in Turkish Law before and after Turkish Code of Obligations are presented. The following section discourses the extent, definition, legal nature, elements, and field of execution of the standardized terms of contract. The section after that examines auditing of standardized terms of contracts in terms of administrative – legal auditing and validity – interpretation – content auditing. The subsequent section examines standardized terms of contract exemplifying their use in different areas of law, and also considers European Union Directives and German Law in terms of unfair terms in consumer contracts. And concluding remarks and opinions are presented in the final section.

Keywords: Standardized Terms of Contract, Freedom Of Contract, Administrative – Legal Auditing, Validity – Interpretation – Content Auditing, Unfair Term

ÖNSÖZ

Doktrinde uzun yıllar boyunca tartışılan bankacılık, sigortacılık, taşımacılık gibi alanlarda akdedilen sözleşmelerde özellikle yer verilen ancak taraflar arasındaki hakkaniyet ve adaletin oluşmasını engelleyen genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kavuşmuş bulunmaktayız.

Tezin ilgili bölümlerinde; genel işlem koşullarının oluşmasına, tercih edilmesine yol açan etkenler, tarihsel gelişimi ile yabancı mevzuattaki görünümü, Türk Borçlar Kanunu öncesi dönem ve sonrası olmak üzere kullanılan hukuki enstrümanlar detaylandırılmak suretiyle sıklıkla karşılaşılan örnekler ve bazı sözleşmelerdeki görünümü içtihatlar ile ortaya konularak incelenmiştir.

Deniz UĞUR KÜÇÜKGÖDE

İstanbul 2019

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAM VE TANIMI.....	4
II. TARİHSEL GELİŞİM.....	5
A. Roma Hukukunda.....	5
B. Ortaçağda.....	8
C. 17. ve 18. Yüzyılda.....	8
D. 19. Yüzyılda (Sözleşme Yıllarında)	9
III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI.....	10
A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü.....	11
B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü.....	14
C. Sözleşmenin İçeriğini ve Şeklini Belirleme, Düzenleme Özgürlüğü.....	15
D. Sözleşmeyi Değiştirme ya da Sona Erdirme Özgürlüğü.....	16
IV. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ve GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....	18

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN YABANCI VE TÜRK MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER

I. YABANCI ÜLKELERDEKİ MEVZUAT.....	22
A. Alman Hukukunda.....	23
B. İngiliz Hukukunda.....	25
C. Amerikan Hukukunda.....	26

D. İsviçre Hukukunda.....	27
E. Avusturya Hukukunda.....	29
F. Hollanda Hukukunda.....	30
II. ULUSALÜSTÜ MEVZUAT- AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGESİ.....	31
III. TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT.....	32
A.6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi Dönem.....	33
B. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sonrası Dönem.....	38
1. Genel Olarak.....	38
2. Yasal Düzenleme.....	39
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI, KAPSAMI, KANUNUN UYGULANMA ALANI VE ZAMANI, GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE BAĞLANTILI KAVRAMLAR	
I. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI, TANIMI, SÖZLEŞMENİN TARAFI BAKIMINDAN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ AYRILMASI.....	44
A. Kavramı ve Tanımı.....	44
B. Genel İşlem Koşullarının Tarafı Bakımından Ayrımı.....	47
1. Tüketici Genel İşlem Koşulları-İşletme Genel İşlem Koşulları.....	47
2. Birlik Genel İşlem Koşulları.....	50
II. HUKUKİ MAHİYETİ.....	51
A. Norm Görüşü.....	51
B. Örf-Adet veya Teamül Görüşü.....	52
C. Sözleşme Görüşü.....	54
III. UNSURLARI (TBK. mad. 20).....	54
A. Önceden Tek Taraflı Olarak Hazırlanmış Olma.....	56
B. İleride Çok Sefer Kullanmayı Amaçlama.....	58
C. Hazırlanan Sözleşmenin Müzakere Edilmeksizin Karşı Tarafa Sunulması.....	63
IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN UYGULANMA ALANI VE ZAMANI (TBK. mad. 20/f. 4).....	66

A. Uygulama Alanı.....	66
B. Uygulama Zamanı.....	67
V. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE BAĞLANTILI KAVRAMLAR.....	72
A. Bireysel Sözleşme Kavramı.....	72
B. İltihaki Sözleşme Kavramı.....	73
C. Standart Sözleşme Kavramı.....	78
D. Çerçeve Sözleşme Kavramı.....	79
E. Mesafeli Sözleşme Kavramı.....	82

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETLENMESİ

I. İDARİ DENETİM-YARGISAL DENETİM.....	85
A. İdari Denetim.....	85
B. Yargisal Denetim.....	88
II. YÜRÜRLÜK-YORUM-İÇERİK DENETİMİ.....	89
A. Yürürlük Denetimi (TBK. mad. 21).....	92
1.Genel İşlem Koşullarının İçeriğini Öğrenme ve Bundan Sonra Kabul Etme Şartının Oluşmaması Hali.....	93
a. Genel İşlem Koşulunun Benimsenmesi.....	95
(1). Açık Kabul.....	95
(2). Örtülü Kabul.....	96
(3). Global Kabul.....	98
2. Beklenilmezlik İlkesi (Şaşırtıcı, Yabancı, Olağandışı Hüküm Kavramı).....	100
3. Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılmasının Mahiyeti (TBK. mad. 22).....	103
4. Genel İşlem Koşulu ile Bireysel Sözleşme Hükümünün Yarışması Hali.....	107
5. Sözleşmenin Her İki Tarafının Farklı Genel İşlem Koşullarını Kullanması Durumu.....	110
B. Yorum Denetimi (TBK. mad. 23)	112

1. Genel Olarak.....	112
2.Aleyhe Yorum İlkesi.....	114
C. İçerik Denetimi (TBK. mad.24-25).....	117
1. Genel Olarak.....	117
2. Dürüstlük Kuralına Aykırılık.....	120
3. Aleyhe Değiştirme Yasağı (TBK. mad. 24).....	128
4. İçerik Denetiminde Borçlar Hukuku'nun Temel İlkelerinin Ölçüt Olarak Kullanılması.....	130
a. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık.....	132
b. Ahlaka Aykırılık.....	134
c. Kişilik Haklarına Aykırılık.....	136
d. Kamu Düzenine Aykırılık.....	136
e. Aşırı Yararlanma Hali.....	138
5. Denetim Dışı Kalan Genel İşlem Koşulu Hükümleri.....	141
III. HAKİMİN BOŞLUĞU DOLDURMASI (Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi).....	144

BEŞİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN ÇEŞİTLİ ALANLARINDA YER ALAN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. ÇEŞİTLİ HUKUK DALLARINDA GÖRÜNÜM.....	150
A. Kamu Hukukunda (Kamu Tüzel Kişisi/ Kamu Hizmeti Sunan Kişi Yönünden) Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi.....	150
B. Tüketici Hukuku Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi.....	156
C. Haksız Rekabet Hukuku Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi.....	166
D. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi.....	169
E. Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi.....	171
II. SÖZLEŞMELERDE GÖRÜNÜM.....	173
A. Banka Kredi Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları.....	173

1. Genel Olarak.....	173
2. Bankaya Sözleşmeyi ya da Sözleşmedeki Belli Bir Hükmü Tek Başına Değiştirme Yetkisi Veren, Sözleşmeyi Dilediği Zaman ve Şekilde Sona Erdirme Yetkisi Veren Kayıtlar.....	175
3. Bankaya Tek Taraflı Seçimlik Hak Tanıyan Kayıtlar ile Sorumsuzluk Kayıtları.....	182
4. Bankaların Talep Edebileceği Masraf Kalemlerine İlişkin Kayıtlar.....	184
5. Banka Sözleşmelerinde Karşılaşılan Kanun Hükümlerine Aykırı Kayıtlar.....	186
6. Banka Sözleşmelerindeki Delil, Yetki Sözleşmeleri ve İspat Külfetine İlişkin Kayıtlar.....	187
B. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları.....	190
C. Taşıma Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları.....	194
D. Paket Tur Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları.....	196
III. AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGESİNDE VE ALMAN MEDENİ KANUNUNDA YER ALAN ÖRNEK GENEL İŞLEM KOŞULU HÜKÜMLERİ.....	198
A. Avrupa Birliği Yönergesinde Örnek Genel İşlem Koşulları.....	198
B. Alman Hukukunda Genel İşlem Koşulları ve Örnekleri.....	201
SONUÇ.....	206
KAYNAKÇA.....	212

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	:Aynı eser
a.g.e	:Adı geçen eser
a.g.m.	:Adı geçen makale
a.m.	:Aynı makale
AY	:Anayasa
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch- Alman Medeni Kanunu
BK	:818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu
Bknz.	:Bakınız
BSMV	:Banka Sigorta Muamele Vergisi
c.	:Cümle
DASK	:Doğal Afet Sigortaları Kurumu
E.	:Esas
EBK	:Eski Borçlar Kanunu
f.	:Fıkra
GİK	:Genel İşlem Koşulları
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
K.	:Karar
KKDF	:Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu
M.Ö.	:Milattan önce
M.S.	:Milattan sonra
Mad.	:Madde
Mük.	:Mükerrer
OR	:İsviçre Borçlar Kanunu
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	:Sayfa

TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TK	:6762 sayılı Mülga Ticaret Kanunu
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vb.	:Ve benzeri
vd.	:Ve devamı
yy.	:Yüzyıl



GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹'nda bir borç kaynağı olarak sözleşmeye taraf olanların, sosyo ekonomik yönden eşit oldukları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmeye bizzat etki etmeleri gerektiği ve tarafların sözleşmeye etkisinin eşit seviyede korunması gerektiği kabul etmiştir². Bu çerçevede taraflardan birinin önceden tek taraflı olarak ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak maksadıyla hazırladığı sözleşme koşullarını, kanun koyucu, tarafların sözleşmeye eşit şekilde etki etmeleri gerektiği ilkesine aykırı görmüş ve bu özel duruma ilişkin olarak uzun yıllardan beri ihtiyaç duyulan düzenlemelere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer vermiştir³.

Tez çalışmasında genel işlem koşulu konusu giriş ve sonuç hariç 5 bölümde incelenmiştir. En çok rastlanan GİK örneklerine Yargıtay kararları ile birlikte yer verilmiş, doktrinde yer alan farklı görüşlere değinilmiştir.

Birinci bölümde, taraflar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir rol oynayan sözleşme kavramına, sözleşmenin kurulması safhasına tarihsel açıdan bakılmıştır. Bu bölümde ayrıca GİK ile zedelenen sözleşme özgürlüğü kavramı ve genel işlem koşulunun ortaya çıkışı tarihsel açıdan incelenmiştir.

İkinci bölümde genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler; yabancı hukukta görünümleri, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğü öncesinde ve sonrasında Türk hukukunda genel işlem koşulunun denetimi açısından başvuru kanuni düzenlemeler yabancı hukuk düzenlerinde özellikle yasalarında genel işlem koşullarının denetimine imkan veren düzenlemeler incelenmeye çalışılmış, Türk hukuku ile bakış açısı farklılıkları dile getirilmiştir.

¹ 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

² Mustafa Arıkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No:III**, Turhan Kitabevi 2011, s. 69.

³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme-Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 225 vd.; Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, 2012, s.65 vd.; Arıkan, a.g.m., s. 69 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 14. Bası, Ankara 2011, s. 108 vd.

Üçüncü bölümde genel işlem koşulları tanımına, hukuki mahiyetine, bunlara ilişkin düzenlemenin uygulama alanı ve zamanına, ayrıca bunlar ile bağlantılı olabilecek çeşitli kavramlara, genel işlem koşulunun kapsamı başlığı altında yer verilmiştir.

Dördüncü bölüme gelindiğinde ise idari denetime ve yargısal denetime yer verilmiştir. Bu bölümde genel işlem koşulu, 6098 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmekte, yasal düzenlemenin denk geldiği denetim yoluna bağlı olarak incelemesi yapılmaktadır. Bu bölümde ayrıca genel işlem koşulunun denetimi sonrasında oluşan boşluk doldurulurken ya da hakim tarafından yorum yapılırken uyulması gereken ilkelere değinilmiştir.

Beşinci bölümde genel işlem koşulları, hukukun çeşitli alanlarından örneklerle incelenmiş; çeşitli hukuk dallarındaki, sözleşmelerdeki görünümüleri irdelenmiştir. Ayrıca genel işlem koşullarının, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman hukukundaki görünümüne yer verilmiştir. Bu bölümde alt başlık olarak özel hukuk kişilerinin kamu hukuku tüzel kişileri ile yaptığı işlemlerde kullanılan GİK'ler, tüketici hukukunda rastlanılan GİK'ler, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda yer alan ve GİK denetimine imkan veren hükümler, haksız rekabete ilişkin Türk mevzuatının GİK denetiminde kullanımı, Sermaye Piyasası Kanununda rastlanan GİK'ler ve bu Kanunda yer alan GİK denetimine imkan veren hükümler üzerinde durulmuştur. Ayrıca banka sözleşmeleri, internet üzerinden akdedilen sözleşmeler, paket tur sözleşmeleri, taşıma sözleşmelerinde sıklıkla rastlanılan genel işlem koşullarına değinilmiş ve bunların denetimine yer verilmiştir. Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman hukukunda genel işlem koşullarının denetlenmesine imkan veren düzenlemeler, örnekleri ile sunulmuştur. Sonuç bölümünde ise tez çalışmasında ulaşılan kanaat ve sonuçlara yer verilerek genel bir özet sunulmuştur.

GİK denetiminde ve tez çalışmasında en önemli kısım olan IV. Bölümde genel işlem koşullarının denetimi, idari-yargısal denetim ve yürürlük-yorum-içerik denetimi şeklinde iki çeşit denetim yolu üzerinden anlatılmış, özellikle Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yürürlük, yorum ve içerik denetimi üzerinde durulmuştur. Bu

doğrultuda Türk hukukunda uygulama bulacak olan denetim üç aşamalı olan yürürlük, yorum ve içerik denetimidir. Bu bölümde öncelikle genel işlem koşulunun, sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının değerlendirildiği yürürlük denetimi yer almaktadır. Bu aşamada taraf iradelerine itimat ile güçsüz tarafın genel işlem koşulunu inceleyip incelemediği, müzakere imkanı verilip verilmediği gibi hususlara dikkat edilir. Detaylı olarak anlatılacağı üzere incelenen, müzakere edilen ve yürürlük denetiminden geçen şartlar, sözleşme kapsamına, içeriğine dahil olmuş sayılır. Sözleşmenin niteliği ve işin özelliği yönünden beklenilmez olan şartlar, sözleşme kapsamına dahil olamaz. Bu sebeple sözleşme içeriğinin dikkatle tespit edilmesi ile sözleşme içeriğine dahil olan genel işlem koşulları yönünden, sonraki denetim yollarına başvurarak güçsüz tarafın korunması sağlanmalıdır. Yürürlük denetimi sonrasında yapılacak yorum denetiminde sözleşmenin içeriğine dahil olmuş sayılan şartlar ya da sözleşmedeki boşluk, genel işlem koşulunu düzenleyen aleyhine yorumlanır. Son aşamada ise önceki denetim yollarından geçmiş GİK niteliğindeki sözleşme hükümleri, asıl etkili denetim yolunun devreye girmesiyle içerik denetimine tabi tutulur. İçerik denetimi yoluyla güçsüz taraf çıkarlarını, önemli ölçüde çiğneyen, dürüstlük kuralına aykırı koşullar, hakimın sözleşmeye müdahalesi ile ayıklanır⁴. Zedelenen menfaat dengesi, hakkaniyet uygun olacak şekilde yeniden tesis edilir.

⁴Rona Serozan, “Yeni Borçlar Kanunu’nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler”, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 664; Yeşim M. Atamer, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M.6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Yeni Borçlar Kanunu Taslağı m.18a-f” **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 291; Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m.6 ve TTK. m.55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8 Nisan 2011, s. 11.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAM VE TANIMI

Hukuk sistemi bireylerin, bir otorite olmaksızın hukukun ilke ve kuralları içinde ortaya koydukları iradelerine müdahale etmemektedir. Hukuk düzeninin sınırları içinde taraf iradeleri ile oluşan alan himaye edilmektedir. Bu da taraf iradelerine üstünlük tanıyan hukuk sistemlerinde kuralların tamamının kanunlar tarafından oluşturulmaması ve kuralları bireylerin oluşturması sonucunu doğurmaktadır. Birey ilişkileri ve işlemleri, bireysel özgürlükler doğrultusunda şekillenmektedir¹.

Nitekim irade özgürlüğü ilkesinin benimsendiği Borçlar Kanunu'nda çoğu hukuk kuralı emredici hukuk kuralı yerine yedek hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir. Bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde ve icrasında tarafların kendi aralarında koydukları kurallar esas alınmaktadır. Bireylerin, kendi aralarındaki özel hukuk ilişkilerini bir dış baskıdan muaf olarak, kendi ihtiyaç ve durumlarına göre düzenlemeleri esas olup irade özgürlüğünün sınırlanması istisnadır². Modern hukuk sistemlerinde irade özgürlüğü ilkesi, sözleşme özgürlüğü ilkesinin temelini

¹Ümit Gezder, **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, Beta Basım 1. Bası, İstanbul 1998, s. 51; Nilgün Başalp, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", **Prof. Dr. Şener Akyol' a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 221; Şebnem Akipek, Erkan Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları)**, Gözden Geçirilmiş v. Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2002, s.30.

² Bireyler, bir hukuki ilişkide iradelerini ne derecede kullanırlarsa o oranda sözleşme özgürlüğüne sahip olurlar. Sahip oldukları bu özgürlük ile kendileriyle ilgili hususlarda seçimler yaparak sözleşme kurarlar. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s. 313; Şener Akyol, **Medeni Hukuka Giriş-Prof. Dr. Bülent Köprülü Anısına Armağan**, İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.158.

Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2010, s. 18,19.

oluşturur³. Sözleşme, iki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının ortaya konulması ile oluşan hukuki işlemdir (TBK. mad. 1). Sözleşmeler, hakimiyet unsuru barındırmayan bir alanda, toplumda eşit olduğu kabul edilen bireyler arasındaki ilişkileri düzenler⁴. Bireylerin kendi menfaat alanlarında - hukuk kurallarının çizdiği sınırlar dahilinde- istediği kişi ile istediği konuda, ne şekilde isterse sözleşme yapabilmesi ya da yapılan bir sözleşmeyi sona erdirebilmesi hukuk sistemimizin temelini oluşturan sözleşme özgürlüğünü meydana getirmektedir⁵.

Bireylerin, bir otorite olmaksızın eşit haklara sahip olduğu, kendi menfaati için en uygunu kendisinin bilebileceğinin kabul edildiği bu sebeple irade beyanlarına itibar edildiği ve taraf iradelerini, sözleşme tarafları için kanun gibi gören ilkeye “sözleşme özgürlüğü ilkesi” denilmektedir⁶.

Kendi menfaati için en uygun olanı belirleyecek olan, bireyin kendisidir. Tarafların kendileri için en uygunu belirlerken meydana getirdikleri sözleşme çerçevesinde; bu özgürlüğü, adil bir şekilde kullanıp kullanmadıkları ise genel işlem koşullarının değerlendirilmesi için kullanılacak en temel araç olacaktır⁷.

II. TARİHSEL GELİŞİM

A. Roma Hukukunda

Roma hukukunda sözleşme kavramı, sınırlı sayı prensibi sebebiyle günümüz modern hukuk sistemlerinden farklıdır, buna göre contractus adı verilen sözleşmeler ile ius civile tarafından geçerli sayılarak bunlara belli hüküm ve sonuçlar bağlanmış, actio adı verilen davalar ile yaptırım uygulanması, hakkın zedelenmesi halinde

³ Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, s. 221.

⁴ Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, Beta Basım, İstanbul 2001, s. 9.

⁵ Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 38; Çağlar Özel, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Aralık 1998, s. 58; Işıktaç, **Sözleşme**, s. 313; Murat Baykal, “Banka Kredi Sözleşmesi”, **BATİDER**, Haziran 2002, Cilt XXI, Sayı 3, s. 74.

⁶ Mehmet Murat İnceoğlu, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım, İstanbul 2000, s. 391.

⁷ Atamer, **a.g.e.**, s. 10.

koruma sağlanması öngörülmüştür. Ius civile kapsamına girmeyen ve contractus dışında kalan tüm sözleşmeler ise imparator hukukunca kabul gören pactumları meydana getirmiştir⁸. Bir bakıma Roma hukukundaki sözleşmelerin sınırlı sayı prensibi sebebiyle sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsenmediği söylenebilir. Taraflar arasında verilecek rızanın borcun doğumu için yeterli olmadığı kabul edilmiştir. Ancak zamanla gelişen ticari hayatın getirdiği zorunluluklar sebebiyle nadiren de olsa taraflar arasındaki rızanın varlığı borcu doğurmaya yeterli kabul edilmiştir⁹. Roma hukukunda taraflar arasındaki edimlerde orantısızlık olması, sözleşmenin geçerli sayılmasına engel teşkil etmemektedir¹⁰. Roma hukukunun çeşitli dönemlerinde alım satım ilişkisi kurulurken mal değerinin ne kadar olacağı çok fazla ya da çok az olup olmadığı, dönemin içinde bulunduğu ekonomik ve siyasi koşullara göre şekillenmiştir. Buna göre örneğin Klasik Roma hukukunda fiyatlar taraflarca istenildiği gibi belirlenebilirdi, tarafların istedikleri şekilde anlaşmalarına izin verilirdi. Ancak post klasik devre gelindiğinde ise devlet sosyalizminin etkisi görüldüğünden fiyatların, örneğin bazı eşyaların ya da işçilerin hizmetleri karşılığı alacakları ücretlerin denetlendiği görülmektedir. Bunun devamında mülkiyetin devri karşısında semenin adil olması gerektiği ilkesi ağır basmaya başlamış ve gabin müessesesi özellikle Hristiyanlığın da tesiri ile etkisini göstermeye başlamıştır¹¹. İlk defa MS. 3. veya 6. yy.'da olduğu tahmin edilen Corpus Iuris döneminde arsa satımına ilişkin bir sözleşmede, arsa değerinin yarısından az bir bedel verilmesi halinde arsa sahibine (satıcıya), sözleşmeyi feshetme yetkisinin verildiği emirnamelerin mevcut bulunduğu tespit edilmiştir. Bu emirnamelerin ortaya çıkmasında Iustinianus'un acımasız vergi politikası sebebiyle borçlarını ödeyemeyen küçük toprak sahibi çiftçilerin, arsalarını hiçbir pazarlık güçleri olmadan arsanın

⁸ Gaius ve Instinianus'un Institutiones'inde sözleşmeler; ayni, sözlü, yazılı ve rızai olmak üzere dörde ayrılır. Arzu Küçükyalçın, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 53.4, 2004, (Çevrimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/dergilr/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04-Kucukyalcin.pdf>, 12/09/2011, s. 102, 103, 104.

⁹ Rızanın borcun doğumu için yeterli görüldüğü sözleşme tipleri; alım -satım, kira, hizmet, şirket ve vekalet sözleşmeleridir. Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 104; Selmani Okumuş, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 40.

¹⁰ Küçükyalçın, **a.m.**, s. 103, 104.

¹¹ Burcu Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 5- 9; Reinhard Zimmerman, **The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, New York, 1996, s. 260 261; Okumuş, **a.g.e.**, s.41, 42.

değerinin çok altında şehirli sermaye sahiplerine satmak zorunda kalmalarının büyük etkisi bulunmaktadır¹². Roma hukukunda zaman zaman bu tarz uygulamaların bulunduğu emirnamelere rastlamak mümkündür. Buna benzer emirnamelerde laesio enormis¹³ ilkesi (anlayışı) görülmektedir. Burada orantısızlık ile taraflar arası edimlerden birinin diğerine oranla yarısı kadar ya da daha az olması yani gabin durumunun varlığı kastedilmektedir¹⁴. Gabin durumunun varlığı halinde, eski hale getirme olarak ifade edilebilecek bir müessese yaratılmaya çalışılmıştır. Nitekim gabinin doğuşu da bedelsiz alım satım akdi olmayacağından yola çıkılarak taraf borçlarının birbiri ile adaletli bir oranda olması gerektiği bakış açısından ileri gelmektedir. Ancak gabin müessesesinin taşınmaz alım satımında gündeme geldiği ve iptal hakkının sadece satıcı yönünden var olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre taraf edimleri arasında açık bir orantısızlık olduğu zaman sözleşmenin satıcı tarafından feshine imkan tanınabileceği ancak burada alıcıya tanınan hakkın, aradaki orantısızlığı ortadan kaldıracak şekilde değer farkını ödemesi halinde akdin feshedilmesini önleyebilecek olmasıdır. Alıcı aradaki farkı ödemez ise satıcı sözleşmeyi feshedebilecektir. Özetle Roma hukukunda gabinin varlığından söz edebilmek için ortada bir taşınmaz alım - satımına dair sözleşme olması, taşınmazın değerinin, gerçek değerinden yarısından az olacak şekilde belirlenmiş olması, bu değer farkının sözleşmenin kuruluşu sırasında olması ve tüm bu hususların satıcı tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir¹⁵.

¹² Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 103, 104; Zimmerman, **a.g.e.**, s. 261.

¹³ Laesio enormis ilkesi, edimlerin aşırı oransızlığının korunmayacağına dair Roma Hukukunda kabul görmüş olan bir ilkedir. Buna göre sözleşmenin akdi esnasında mevcut olan koşullar dikkate alınarak belirlenmektedir, sonradan değişen ya da ortaya çıkan koşullar dikkate alınmayacaktır. Roma hukukunda iki emirnamede kendine yer bulmakta ve söz konusu emirnameler, söz konusu ilkenin varlığına işaret etmektedir. Laesio enormis ilkesi ile toprak satışında, satış fiyatı adil veya gerçek fiyatın yarısından az ise satıcıya sözleşmenin feshine imkan tanır ya da alıcıya farkı ödeme seçeneğini verir. Raymond Westbrook, **“The Origin of Laesio Enormis”**, (Çevrimiçi) <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2008/03.Westbrook.pdf>, 01.07.2019, s. 39. Mehmet Üçer, “Roma Hukuku’nda Laesio Enormis Ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, (Çevrimiçi) <https://docplayer.biz.tr/36243164-Roma-hukuku-nda-laesio-enormis-ve-karsilastirmali-hukuk-acisindan-gabin.html>, 01.07.2019, s. 526.

¹⁴ Küçükyalçın, **a.m.**, s.101, 103, 104; Okumuş, **a.g.e.**, s.42 .

¹⁵ Kalkan, **a.g.e.**, s. 5-14. Okumuş, **a.g.e.**, s. 42, 43. Türk hukukunda da aşırı yararlanma (eski ifadeyle gabin) halinin görüldüğü durumlarda hakkı zarar gören tarafa iptal hakkı tanınmıştır. Ancak bu hak Türk hukukunda, Roma hukukundaki gibi sadece taşınmaz alım satımına dair sözleşme yönünden ve satıcıya tanınan bir hak olarak değil, tüm sözleşmeler yönünden ve zarar görenin belli bir süre ile sınırlı olmak üzere ileri sürebildiği bir hak olarak görülmektedir.

Roma hukukunda Cumhuriyet dönemine (M.Ö. 510-M.Ö. 27) gelindiğinde bazı kanunlar ile faiz yasaklanmaya çalışılmış ancak uygulamada faiz engellenememiştir. Cumhuriyet devri sonlarına doğru ise belirli alanlardaki kişilerin uygulayabileceği faiz oranları belirlenmiştir. Faizin belirlenmesi yolu ile orantısızlığı gidermeye yönelik adımlar atılmaya çalışılmış ancak bunun dışında her herhangi bir önleme aracı öngörülmemiştir¹⁶.

B. Ortaçağda

Ortaçağda, feodal yapı ve toprak mülkiyetine dayalı sistem gereği bireyler değişmeyen statülerde hayatlarını sürdürmekteydi. Bu doğrultuda insanların söz konusu statülerden bağımsız olarak özgür bir şekilde istedikleri konuda, istedikleri kişiyle sözleşme kurmaları mümkün değildi¹⁷. Sözleşmelerin kurulduğu bir an için düşünülse bile gücü elinde tutan kişinin emirleri nedeniyle sözleşmenin sonuçlarının doğması zaten mümkün olamayacağından, sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildi.

C. 17. ve 18. Yüzyıllarda

Fransız İhtilali sonrasında gelişen ve yayılan birey özgürlüğünü savunan düşünceler, etkisini siyasi, ekonomik ve sosyal alanlarda göstermiş; bugüne kadar otoriteye koşulsuz uyan bireyler, yasalar önünde eşitlik ve kendi kaderini kendilerinin belirleyebileceği fikrini kabul etmeye ve savunmaya başlamışlardır. Bu dönemde mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar kaldırılmış, belli kişilerin –loncaların, üst sınıf azınlıkların- sahip olduğu meslek ve ticaret kollarının özgürce benimsenebilmesi sonucunda sözleşme özgürlüğü ilkesi etkilerini göstermeye başlamıştır. 18. yy.'da başlayan ve 19. yy.'da hız kazanan Endüstri Devrimi ile birlikte teknolojik alandaki atılımlar, ekonominin gelişmesini sağlamıştır. Büyüyen fabrikalarda, hayatın her alanına ilişkin üretimin artması özellikle tren yoluyla ulaşımın hızlı yayılımı sayesinde kapalı ekonominin yıkılmasına sebep olmuş,

¹⁶ Örneğin tacirler açısından uygulanabilecek faiz oranı %8, deniz ödöncü alanlar için ise %12 olarak faiz belirlenmiştir. Kalkan, **a.g.e.**, s. 5, 6.

¹⁷ Küçükyağcı, **a.g.m.**, s. 105.

uluslararası ölçekli ilişkilerin yürüdüğü ve parayı esas alan bir ekonomik dünya oluşmaya başlamıştır¹⁸.

D. 19. Yüzyılda (Sözleşme Yıllarında¹⁹)

Klasik iktisat teorisinin temelini oluşturan düşüncenin sahibi Adam Smith, kapitalist düzenin gelişmesine vesile olmuştur. Adam Smith, irade özgürlüğüne itimat edilen pazarda, “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler²⁰” sözüyle; devletin, fiyat oluşumuna eşitlik ve denge getirmek gayesiyle müdahale etmediği bir ortamın oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu düşünce şeklinde, devletin görevinin sadece pazarın piyasa fiyatı etrafında şekillenebilmesi için ekonomik-siyasi bir ortam hazırlamak olduğu ortaya atılmaktadır²¹. Devletin, bireylerin özel alanına müdahalesi reddedilmiştir²². 19. yy., bireyin ekonomik özgürlüğünün geliştirilmesi yönündeki düşünceler ile bireylerin bu ilişkileri yürütebilmesinin ve piyasada yer alabilmesinin anahtarının “sözleşme” olarak kabul edildiği bir dönem olmuştur. Bu doğrultuda yasal sınırlar içinde birey ilişkilerinin özgürce şekillenebildiği, çağdaş hukuk düzenlerinin oluşmaya başladığı ve temele sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerleştirildiği bir döneme girilmiştir. Taraflarca sözleşme hükümlerinin müzakere edildiği ve sözleşme özgürlüğünün güçlü olan tarafından kötüye kullanılmadığı bir yüzyıllık dönem boyunca sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ve hakkaniyet amacına hizmet etmiştir²³.

¹⁸ Küçükyalçın, **a.m.**, s. 105; Atamer, **a.g.e.**, s.12.

¹⁹Feodal hukuk düzeninden, hukuki ilişkilerin yasalar çerçevesinde özgürce belirlenebilmesine imkan veren ekonomik ve sosyal ortama geçişle birlikte bir bakıma hiyerarşik yapıdan bağımsız olarak bireyler sözleşme özgürlüğü sayesinde diledikleri şekilde sözleşme akdedebilmeye başlamışlardır. Bu sebeple 19. yüzyıl bazı yazarlar tarafından “sözleşme yılları” olarak ifade edilmiştir. Atamer, **a.e.**, s.15; Küçükyalçın, **a.e.**, s. 105.

²⁰Bu ifade ile ilgili tarihi anekdot şöyledir; “XIV. Louis iktidarındaki Fransa’da, dünyanın en güçlü ülkesini yaratma gayesini taşıyan kral, halkı katlanılamaz vergiler vermeye zorlamaktadır. Aşırı vergi yükü altındaki Fransa zayıflamakta iken kralın baş ekonomi danışmanı Jean Baptiste Colbert sorunun çözümü için görevlendirilmiştir. İşadamları ile yapılan toplantıda; durumun düzeltilmesi için ne yapılabileceği sorusuna, “bırakın yapalım” ifadesini Legendre isimli bir işadama kullanarak cevap vermiştir. Adam Smith tarafından kullanılarak ekonomide yerini alan “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” ifadesi ile ekonomik alandaki serbestlik fikri savunulmaktadır. Işıktaç, **Sözleşme**, s. 150.

²¹ Işıktaç, **Sözleşme**, s. 150.

²²Özel, **Geri Alma Hakkı**, s. 59.

²³Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 106.

18. yüzyılın sonunda kabul edilen Prusya Medeni Kanunu, 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu, özellikle 1804’de kabul edilen Fransız Medeni Kanunu’nda sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye sadakat ilkeleri yer almaktadır. Taraf iradeleri sonucu oluşan sözleşmelerin “kanun” olduğu düşüncesi esas alınmıştır. Fransız Medeni Kanunu’ndaki sözleşme özgürlüğü ilkesi, kamu düzeni ve ahlak kıstaslarıyla denetim altında tutulmuştur²⁴. Alman Hukuku’nda ise Medeni Kanunu’nda sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenerek bireylerin, devlet müdahalesi olmaksızın hukuki alanda oluşturdukları irade beyanları ile sözleşmelerin oluşturulması kabul edilmiştir²⁵. İsviçre Borçlar Kanunu’nda da sözleşme ve irade özgürlüğü ilkeleri görülmektedir. İsviçre’de bu dönemde irade özgürlüğü ilkesinin sınırlarını; ahlaka, kamu düzenine aykırılık ve gabin halleri oluşturmakta, irade özgürlüğünün bulunmadığı halleri ise temyiz kudretinden yoksunluk, hata, hile, ve tehdit oluşturmaktadır²⁶.

III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

TBK mad. 26’da tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği düzenlenmiştir.

Sözleşme tarafları arasındaki menfaatin, eşit olmayan koşullar sebebiyle dengesini kaybetmesini engellemek için kanun koyucu tarafından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır²⁷. Gerek Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK mad. 26) gerek Anayasa’da (mad. 48/f. 1)²⁸ güvence altına alınmış sözleşme özgürlüğü ilkesi%; sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, karşı tarafı seçme özgürlüğü, içerik ve tip

²⁴ Fransız Medeni Kanunu mad. 1134; “Hukuka uygun olarak kurulmuş olan sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar.” Eren, **a.g.e.**, s.19, 20; Atamer, **a.g.e.**, s. 17, 18.

²⁵ Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 106-107.

²⁶ Rona Serozan, “Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken” JB 1983, 561-574; naklen Atamer, **a.g.e.**, s. 19.

²⁷ Taraf menfaatlerini eşit olarak gözeterek, sözleşme taraflarından birinin sosyo-ekonomik güç ve piyasa bilgisi hususunda dezavantajlı durumda olması sebebiyle daha yoğun bir korunmaya muhtaç olduğu hallerde güçsüz tarafı (işçi, kiracı, tüketici gibi) korumaya yarayan özel düzenlemeler getirilmiştir. Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, s. 225.

²⁸ Anayasa mad. 48; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

belirleme özgürlüğü²⁹, sözleşmeyi değiştirme ya da sona erdirmeye özgürlüğü şekillerinde kendisini gösterir³⁰.

A. Sözleşme yapma yapmama özgürlüğü

Bireyler, ihtiyaç ve menfaatlerine göre hukukun sınırları içinde emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla her türlü konuda sözleşme yapabilirler. Ayrıca irade özgürlüğünün mevcudiyeti nedeniyle hiç kimse sözleşme yapmaya zorlanamayacaktır³¹. Ancak bazı hallerde bireylerin, sözleşme yapma yapmama özgürlüğü ile taraf seçme özgürlüğünün sınırlandığı görülmektedir. Bu bağlamda sözleşme yapmanın yasaklı olduğu hallerden³² bahsedilebileceği gibi sözleşme yapmanın zorunlu olduğu hallerden³³ de bahsedilmektedir. Sözleşme yapmanın

²⁹ Sözleşme özgürlüğü, kanundaki sözleşmeler dışında sözleşme tipi yaratılabilmesi imkanını da kapsamaktadır. Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara-1977, s. 74.

³⁰ Işıktaç, **Sözleşme**, s. 311; Mehmet Bahtiyar, “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Makaleler I**, Beta Basım, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 105.

³¹ Akipek, Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, s. 31.

³² Sözleşme yapmanın yasaklandığı haller; konusu Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı sözleşmeler ile imkansız sözleşmelerdir. (TBK. mad. 27/f. 1) Ayrıca sözleşme yapmanın yasaklandığı hallere örnek olarak İş hukukunda kadınları ve çocukları koruyan hükümler çerçevesinde İş Kanunu mad. 67, 68, 78 ile Avukatlık Kanunu mad. 38 çerçevesinde avukatın vekalet sözleşmesi yapamayacağı haller verilmiştir. İncoğlu, **a.g.m.**, s. 393.

³³ Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 11. Baskı, İstanbul 1995, s. 39; Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, s. 222. Öz tarafından sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu haller; kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu hali ile tarafların önceki taahhüdünden doğan sözleşme yapma zorunluluğu hali olduğu ifade edilmiştir. Öz tarafından kanundan doğan sözleşme yapma yükümlülüğü normal zamanlar ve olağanüstü zamanlar olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre normal zamanlarda; kamu hukuku kurallarına göre kamu hizmeti gören kuruluşların (kamu idareleri, kamu kurumları veya bu kurumlara bağlı olarak çalışan kuruluşlar, imtiyaz yolu ile bu hizmetleri veren kuruluşlar vb.) kendilerine uygun şekilde başvuran herkesle sözleşme yapma yükümlülüğü vardır. Kamu hukuku kurallarına göre sözleşme yapma zorunluluğu doğuran iki özel durum; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ihalenin kesinleşmesi halinde sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkmış olacaktır. Bu zorunluluğun ihlali Devlet İhaleleri Kanunu mad. 60 ile Kamu İhaleleri Kanunu Mad. 57’ye göre çözümlenecek, tazminat sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Bir diğer hal, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna göre sözleşme yapma zorunluluğudur. (Detaylı bilgi için s. 183 vd.) Öz tarafından özel hukukta görülen sözleşme yapma zorunluluğunun ise çok istisnai hallerde görüldüğü ifade edilmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun mad. 6, 4925 sayılı ve 10.07.2003 tarihli Karayolu Taşıma Kanunu mad. 5/f. 6’nın sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller olduğu ifade edilmiştir. (Detaylı bilgi için s. 184 vd.) Sözleşme yapma zorunluluğunun dayanağını, sözleşme özgürlüğünün içinde yer alan sözleşme yapma ve yapmama özgürlüğünün istisnası olarak kendini gösterdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca özel yasa hükmü bulunmayan hallerde sözleşme yapma zorunluluğunun dayanağını TMK. mad. 2- dürüstlük kuralının oluşturduğu ifade edilmiştir. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu bazı durumların ise olağanüstü zamanlarda yani iktisadi ya da siyasi kriz, savaş gibi olağanüstü durumların ortaya çıktığı zamanlarda mevcut olabileceği, bu hallerin varlığı halinde idarenin kanunlara dayanarak sözleşme yapma zorunluluğu

zorunlu olduğu haller, sözleşme ve irade özgürlüğünün esas alındığı Borçlar Kanununda istisnadır. PTT, TCDD, su, gaz, elektrik idareleri, tekel niteliğindeki kuruluşlar³⁴; halka sundukları hizmet çeşidi ile bu hizmetlerin ancak onlar aracılığıyla temin edilebiliyor oluşu nedeniyle kendilerine başvuran her kişiyle sözleşme yapma mecburiyeti altındadırlar³⁵. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu³⁶ mad. 6'de belirtildiği üzere; vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Hizmetlerin satışından da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak haklı bir sebebin varlığı halinde hizmetin sunulmasından imtina edinilebilir³⁷. Nitekim bu husus Yargıtay tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Anayasa'nın 48. maddesine göre kişiler sözleşme özgürlüğüne sahiptirler. Genel olarak özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Anayasa ve Borçlar Kanunun da öngörülen sözleşme özgürlüğü (Akit Serbestisi) ile teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla

getirebileceği ifade edilmiştir. (Detaylı bilgi için s. 187- 188.) M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2015, s. 183 vd; aynı doğrultuda bkz. İncoğlu, **a.g.e.**, s. 394, 405. Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hale örnek olarak Tunçomağ; hayati madde ve hizmetler satanların sözleşme yapma yükümlünü ifade etmiştir. Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler**, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 241, 242, 243, 244; aynı doğrultuda bkz. İncoğlu, **a.g.e.**, s. 393, dipnot 7.

³⁴Bu kuruluşlar, özel hukuk alanında işlem yapan ancak verdikleri hizmet dikkate alındığında kamu kuruluşu niteliğindeki kuruluşlardır. Aybay, **a.g.e.**, s. 40.

³⁵Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu halleri, kamu hizmetinin verildiği ve kamu menfaatinin bulunduğu alanlarda görmekteyiz. Önceki taahhütten doğan sözleşme yapma zorunluluğu yani sözleşme yapma vaadi ise niteliği –içeriği- itibariyle sözleşme yapmayı kararlaştıran bir sözleşme olduğundan bu tip sözleşmelerde, sözleşme yapma zorunluluğunun var olduğu kabul edilebilecektir. Bu tip sözleşmelerde; ileride, belirlenen bir sözleşmenin yapılması taahhüt edilmektedir. Bu kapsamda böyle bir sözleşmenin yapılması ile birlikte sözleşme yapma vaadinde bulunan kişi, bu vaadi, taahhüdü sebebiyle asıl sözleşmeyi yapmak yükümlülüğündedir. Söz konusu yükümlülük, taahhütten kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğunu ifade etmektedir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, 183-188; İbrahim Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, İmaj Yayınevi, Ankara 2001, s.68,69; Akipek, Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, s.32; Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol' a Armağan**, s. 222.

³⁶28/11/2013 sayılı ve 28835 tarihli Resmi Gazete.

³⁷Ateş, **a.g.e.**, s.49; İncoğlu, **a.g.e.**, s. 406, 415.

Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkını haizdirler. Bu genel tanımlamaya göre Türk-İsviçre hukukunda kural sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte bu aynı zamanda sözleşmeyi yapmayı reddedebilme özgürlüğünü de birlikte getirir. Kurallar bunlar olmakla birlikte bunun istisnasını ""sözleşme yapma mecburiyeti"" ""veya"" sözleşme yapma yükümlülüğü"" oluşturur. Piyasa ekonomisinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalar ile özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla bu sistem öngörülmüştür. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir. Özel hukuk kökenli kanunlarda sözleşme yapma zorunluluğu yasa koyucu tarafından öngörülebilir. Örneğin zorunlu geçit ve zorunlu kaynak haklarında belirli şartların bulunması halinde taşınmaz maliki, komşusuyla bir irtifak sözleşmesi yapmak zorundadır. Malik sözleşmeyi yapmazsa, açılacak dava üzerine hakim vereceği karar ile sözleşmenin kurulmasını sağlar. Kamu hukuku alanında da yasa koyucu sözleşme yapmayı emredebilir. 2918 sayılı Yasanın 101. maddesi uyarınca Trafik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yapılması yasal bir zorunluluk olarak getirilmiş ve bu kural uyarınca sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta sözleşmesi yapılmak suretiyle yasal zorunluluğun yerine getirilmesi sağlanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 42. maddesi, bir avukatın ölmesi veya iş yapamaz duruma gelmesi gibi hallerde onun elindeki işleri yürütmek üzere, baro başkanına bir avukatı görevlendirmek yetkisi vermektedir. Bu halde görevlendirilen avukat, iş sahibi ile vekalet sözleşmesi yapmaktan -mazeretsiz olarak- kaçınmaz. Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur³⁸."

³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10/12/2003, 2003/4-693 E., 2003/740 K. sayılı kararı. http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2003_4_693.php (çevrimiçi).

Ayrıca bireylerin sözleşme tarafı olabilmesi için taraflar dışındaki bir kurum ya da kişiden izin, ruhsat alınması gerektiği hallerde de sözleşme özgürlüğüne dair sınır getirilmiş olmaktadır³⁹.

B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşmenin karşı tarafını sözleşmeye dair özgürlük, bireylere sözleşme yapacakları karşı tarafı seçme imkanı tanır. Kimse istediği bir kişiyle sözleşme yapmaktan alıkonulamaz ya da bir kimseyle sözleşme yapmaya zorlanamaz⁴⁰. Sözleşme yapma mecburiyetinin bulunduğu durumlar istisna olup bu hallerde kamu hizmeti sunan ya da tekel niteliğinde bulunan işletmelerin, taraf seçme özgürlüğü bulunmamaktadır. Bir köydeki tek bakkalın yani köydeki tekel durumundaki temel ihtiyaç sağlayıcı işletmenin, haklı bir neden olmaksızın mal satmaktan kaçınması hakkın kötüye kullanılması olacaktır⁴¹. Tiyatro, sinema gibi herkese açık yerlere gelen kişiye, haklı bir neden olmaksızın hizmetin sunulmasından imtina edilmesinin hakkın kötüye kullanılması olacağı ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Öz tarafından otel, lokanta, sinema, tiyatro gibi umuma açık yerlerin, haklı neden olmaksızın sözleşme akdetmekten imtina edemeyeceği, ancak örneğin sinemada boş yer olmaması gibi bir sebeple sözleşme akdedilmemesi halinin dürüstlük kuralına aykırılık yaratmayacağı ifade edilmiştir⁴². Aynı doğrultuda İnecoğlu tarafından da topluma yönelik hizmet sunan umuma açık yerlerin, umuma yönelttikleri bu öneriye karşı verilen kabul cevabının sözleşme akdetmek bakımından bir borç doğurduğu, buna aykırılığın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir⁴³. Bununla birlikte tiyatro, sinema gibi hizmet sunan işletmelerin, kanundan kaynaklanan bir sözleşme yapma mecburiyeti bulunmadığı, bunun kamuya yapılmış genel bir öneri olduğu, sözleşme özgürlüğünün bu tip sözleşmeler için de var olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır⁴⁴. Federal

³⁹ Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol' a Armağan**, s. 223, dipnot 7; Ateş, **a.g.e.**, s. 47, 48, 51. ⁴⁰Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s.70.

⁴⁰Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s.70.

⁴¹Akıpek, Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, s.32.

⁴² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 185.

⁴³ İnecoğlu, **a.g.e.**, s. 404.

⁴⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 243, Gezder, **Tüketici Kredisi**, s.53.

Mahkeme tarafından verilen bir kararda, “sinema sahibi olan davalı şirketin, hoşlanmadığı bir eleştirmen olan davacı yazarın sinema salonuna girmesine müsaade etmediği, buna karşılık davacı yazarın kendisiyle bilet satım sözleşmesi yapmaktan haksız olarak imtina eden şirket hakkında kişilik haklarına saldırı olduğunun tespiti istediği” şeklindeki vaka incelenmiştir⁴⁵. Söz konusu kararda, Federal Mahkemece sinema şirketinin sözleşme yapmaya zorlanamayacağını, ayrıca sözleşme yapmaktan imtina etmesine dayanak haklı sebep göstermek zorunda bulunmadığını saptamıştır⁴⁶. Ancak belirtilen görüşlerden Öz ve İnceoğlu tarafından belirtilen umuma açık yerlerin haklı sebep göstermeksizin sözleşme yapmaktan imtina edemeyeceği şeklindeki görüşü benimsemenin doğru olacağı kanaatindeyiz. Zira aksi halde umuma karşı yapılan öneriye rağmen öneriyi kabul eden kişi açısından sözleşmenin akdedilmesinin ilk etapta öneriyi yapanın keyfiyetine kalmış olması sonucunu doğuracağı ortadadır. Bu da önerinin umuma yapılmış olmasına karşın taraf seçiminin öneriyi yapan açısından tekel altına alınmış olması anlamına gelecektir.

C. Sözleşmenin İçeriğini ve Şeklini Belirleme, Düzenleme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak ticari ve gündelik hayatı kolaylaştıran, duruma uygun yeni sözleşme tipleri de doğmuştur. Kanunlarda yer alan sözleşmeler dışında isimsiz sözleşmeler oluşmuş ve tarafların menfaatlerine hizmet ederek, aralarındaki hukuki ilişkileri düzenlemiştir⁴⁷. Borçlar hukukunda tarafların istediği içerikte ve şekilde sözleşme yapmaları ile kanunda belirtilen sözleşme çeşitleri dışında sözleşme (atipik-isimsiz) yapma imkanı verilmiştir.

TBK mad. 12’ye göre sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe şekle bağlı değildir. Kamu menfaatinin düşünülmesi sebebiyle şekil serbestisine

⁴⁵ “Seelig c. Studio 4 AG” kararı. Karl Oftinger, Raymond Jeanpretre, **Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, Çeviren Kemal Dayınlarlı, Dayınlarlı Matbaası, 2. Bası, Ankara 1990, s. 1, 2.

⁴⁶ Oftinger, Jeanpretre, **a.g.e.**, s. 1, 2.

⁴⁷ Işıktaç, **Sözleşme**, s. 321.

getirilen istisnalar kanunda belirtilmiştir⁴⁸. Şekil (yapılma usulü) ve içerik serbestisine karşın eşya hukuku, aile hukuku, şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku ve tüketici hukuku gibi alanlarda ve bazı durumlarda kanunda belirtilen şekillerde ve türde sözleşme yapma imkanı söz konusudur⁴⁹. Bireyler kanunda belli bir şekilde sözleşme yapma zorunluluğu getirilen hallerde sözleşmelerini, ancak Kanunun izin verdiği şekilde yapabilirler⁵⁰. Örneğin aile hukukunda bireyler, evlenme sözleşmesinin içeriğini ve kapsamını istedikleri şekilde belirleyemezler. TMK mad. 185 uyarınca,

“Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”

Evlenme, evlat edinme ancak bir şekilde; ölüme bağlı tasarruflar ise şekli anlamda vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere 2 şekilde yapılabilmektedir. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde tesis edilen aynı haklar ise sınırlı sayı prensibine tabidir. Tüketiciyi koruma maksadıyla getirilmiş TKHK’da yer alan pek çok sözleşmenin kurulmasında, sözleşmede bulunması gereken hususların yazılı şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁵¹.

D. Sözleşmeyi Değiştirme ya da Sona Erdirme Özgürlüğü

Ahde vefa ilkesi gereği tarafların, sözleşmeyi olduğu gibi devam ettirmesi gerektiği kabul edilmiştir⁵². Ancak sözleşme taraflarının aralarında anlaşmaları halinde sözleşmeyi değiştirmeleri ya da ortadan kaldırmaları hususunda serbestlik de mevcuttur. Genel olarak kabul edilen, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde

⁴⁸Ateş, **a.g.e.**, s.54; Akipek, Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, s.33; Özel, **Geri Alma Hakkı**, s. 62, 63.

⁴⁹Eren, **a.g.e.**, s.19, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.60; Akipek, Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, s. 33.

⁵⁰Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 246.

⁵¹Özel, **Geri Alma Hakkı**, s. 63.

⁵²Ahde vefa ilkesi gereği, taraflar arasında akdedilmiş sözleşmenin, herhangi bir geçersizlik ya da sakatlığa sahip olmadığı varsayıldığında tek tarafın iradesiyle sözleşmenin ortadan kaldırılamayacağı ya da değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 60.

tarafların anlaşarak bir sözleşmenin hükümlerini değiştirebileceği ya da tamamen ortadan kaldıracabilecekleridir⁵³. Taraflardan birine tek taraflı değiştirme yetkisi (bir tarafa yenilik doğuran hak tanınması örneğin ayıp halinde semende indirim vb.) verilmiş sözleşmeler de mevcuttur. Taraflardan birinin isteği ya da hakimin verdiği bir karar ile sözleşmenin karşı tarafının isteği aksine sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi ya da kaldırılması da mümkündür⁵⁴. Buna göre sözleşmenin devam edebilmesi için TMK. mad. 2 gereği uyarlamaya muhtaç olduğu haller de bulunabilir. Örneğin TBK mad. 138’de yer alan aşırı ifa güçlüğü’nün varlığı halinde sözleşmenin uyarlanmasını isteme ve mad. 480/f. 2 uyarınca eser sözleşmelerinin, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullara uygun olarak dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak uyarlanması imkanı tanınmıştır⁵⁵.

Tarafların mevcut bir sözleşmeyi tek taraflı olarak yürürlükten kaldırılabilmesi için sözleşmede ya da Kanunda buna ilişkin hüküm bulunması, bozucu yenilik doğuran hakkın varlığı gerekmektedir. Kural; sözleşmenin kurulmasında sunulmuş olan irade beyanını geri alma hakkının olmadığıdır⁵⁶. Ancak kimse tarafı olmak istemediği sözleşmeyi yürürlükte tutmaya zorlanamayacaktır. Bu sebeple kanun tarafından ani edimli sözleşmelerde tarafa, sözleşmeyi sona erdirebilmesi için “dönme⁵⁷” imkanı tanınmış (TBK. mad. 125); sürekli edimli sözleşmelerde, sözleşmeyi sona erdirebilmek için “fesh⁵⁸” imkanı tanınmıştır (TBK. mad. 126)⁵⁹. Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmemiş olmasına karşın sözleşme özgürlüğü’nün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesine imkan tanımaktadır. Sözleşmenin, doğal

⁵³İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 392; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s. 54.

⁵⁴İnceoğlu, **a.e.**, s. 392.

⁵⁵İnceoğlu, **a.e.**, s. 393.

⁵⁶Akipek, Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, s. 33.

⁵⁷ Dönme; sözleşme taraflarından birinin irade beyanıyla, sözleşmeyi geriye etkili olacak şekilde, sözleşmenin kurulduğu ana kadar etkisini gösterecek şekilde sona erdirmesi demektir. Dönmenin sonuçları için bkz. Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 208, 209.

⁵⁸ Fesh; sözleşme taraflarından birinin irade beyanıyla sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmesidir. Feshin sonuçları için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 115,116.

⁵⁹Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 60.

yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak adlandırılır, genelde iş hukuku alanında görülür⁶⁰.

IV. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ve GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Önceden tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu, sözleşme içeriğine eşit şekilde müdahil olabildiği görülmektedir. Ancak sonradan güçlü tarafın, kendi menfaatine olacak şekilde sorumluluğunu sınırlayan hükümlere standart olarak yer vermeye başladığı anlaşılmaktadır. 16. yüzyılın ortalarından itibaren ticaretle uğraşan kişiler tarafından genel işlem koşulları kullanılmaya başlanmıştır. GİK kullanılarak yapılmış olan ilk sözleşmelerin, deniz sigorta poliçeleri ve taşımacılık sözleşmeleri olduğu bilinmektedir. Sınırsız sorumluluklarının öngörüldüğü sözleşmeler karşısında taşıyıcılar zor durumda kalmış ve bu durumu değiştirmek için sözleşmelere standart olarak taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan maddeler koymaya başlamışlardır. Benzer uygulamalar demiryolu ile ulaşımın geliştiği dönemde de biletler üzerinde yazılı bulunan sorumsuzluk anlaşmaları ile kendini göstermiştir⁶¹. Ancak genel işlem koşullarının yaygınlaşmasının en önemli sebebi endüstri devrimidir.

19. yüzyılda endüstri devriminin gerçekleşmesi ile hızlanan makineleşme, istihdamın artışı, kapalı ekonomiden kapitalist ekonomiye geçiş ile artan tüketim doğrultusunda; sosyo ekonomik pek çok gelişme yaşanmıştır. Endüstri devrimi ile hızlanan ve yayılan makineleşme sadece fabrikalardaki yaşamı değil, günlük yaşamı

⁶⁰ Yargıtay 9. HD. 21.01.2018 tarihli 2016/34332 E., 2018/771 K. sayılı kararı; “İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa iletildiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulüyle bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshi tahvil edilemez. Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki “işçi yararına yorum” ilkesi de göz önünde bulundurulacaktır. Borçlar Kanunun 23-31 maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin, bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.” şeklindedir. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2016-34332.htm>, 25.05.2019.

⁶¹ Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Yetkin Yayınları, 2000, s. 35.

da etkileyerek hayatın her alanında ve anında hızlanmayı dolayısıyla standartlaşmayı gerektirmiştir. Nitekim bir işçinin, fabrikada üretilen ürünün bütününde yer alan tek ve küçük bir işi ya da tek tip işi birden fazla defa yapması gibi günlük hayatta da tacirler hız kazanmak, artan talebi karşılamak ve uzmanı oldukları işi en iyi şekilde (kendi lehlerine) yapabilmek adına her işlemde aynı metinlere ya da koşullara başvurmaya başlamışlardır.

Zaman içerisinde bireyler; işlerini hızla halletmenin yanı sıra işin yönetimini basitleştirerek uzman hukukçularca hazırlanan koşullar sayesinde kendilerine yüklenen rizikonun azaltılmasını sağlamışlardır⁶². Kanun koyucu tarafından soyut olarak sınırları çizilmiş olguların, uzman hukukçularca hazırlanmış genel işlem koşulları ile sözleşmede somutlaştırılmasının, her iki taraf için de doktrinde faydalı olduğu iddia edilmiştir. Uzman kişilerce hazırlanan genel işlem koşullarının sözleşmede kullanılmasının, kanunda boşluk olduğu ve yerini örf ve adet kurallarına bıraktığı hallerde yol gösterici olacağı düşünülmüştür. Ancak bu olumlu düşünceler, genel işlem koşullarının süregelen sakıncaları ve dönüştüğü hal dikkate alındığında teoride kalmıştır⁶³.

Zamanla uzman hukukçularca hazırlanan metinlerde, metni kullanan tarafı korumaya yönelik kanundaki boşluklardan faydalanılarak hazırlanmış lehe hükümlere yer verilmiştir. Genel işlem koşulları ile sözleşme metinlerinde; kimi zaman emredici olup olmadığı tartışmalı olan konularda kimi zamansa emredici nitelikte olduğu açıkça ortada olan hükümlere aykırı olacak şekilde düzenlemeler yapılmıştır. Genel işlem koşulunu kullanan lehine; sorumsuzluk hükümlerine, keyfi işlem muhtariyetine yer verildiği, karşı tarafa tanınmayan hakların ona tanındığı,

⁶² Manfred Reh binder, “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması-Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne”, Çeviren Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 42.1-4, (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/4570/4162>, 12/09/2011, s. 641; Çağlar Özel, “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, *Sosyo Ekonomi Dergisi*, Ocak Haziran 2006-I Basısı, s. 155; Atamer, *a.g.e.*, s. 32; Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma (BK. M. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 19.

⁶³ Ünal Tekinalp, *Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 372.; Reh binder, *a.g.m.*, s. 642.

ancak karşı tarafın yükümlülüklerinin ise aşırılaştırıldığı görülmüştür⁶⁴. Genel işlem koşulunu kullanan taraf böylelikle arz-talebi karşılamada hız, standartlaşma, rizikonun karşı tarafa yüklenebilmesini, sözleşmenin kullanan lehine düzenlemiş hükümler içermesini sağlamanın, GİK kullananın temsilcileri aracılığıyla ilettiği iradesinin karşı tarafa yanlış ulaşması yahut istediğinden farklı bir beyanla bağlanması ihtimalini ortadan kaldırmasına neden olmuştur. Kullananın elde ettiği bu faydalar göz önüne alındığında genel işlem koşullarının güçsüz taraf açısından neden kabul edildiği, pazarlık edilmediği sorusu⁶⁵ söz konusu olmuştur. Ancak taraflar arasındaki güç eşitsizliği ile güçsüz tarafın bu şartları kabul etmek yahut sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmek seçeneği (take it or leave it) ile baş başa kaldığı düşünüldüğünde GİK'in denetlenmesi ihtiyacı açıkça ortaya çıkmıştır⁶⁶.

Hak sahiplerinin iradelerinin şekillendiği, anlaşma ve uzlaşmayı sağlayan sözleşmenin kurulmasındaki bu süreç; adaletsizliğe, sözleşme özgürlüğünün azalmasına yol açmıştır⁶⁷. Kanunda açıkça belirtilen ve en temel ilke niteliğindeki sözleşme özgürlüğünün; bir tarafın buyurma özgürlüğüne dönüştüğü ve karşı tarafın bunu kabul etmekten başka çaresi kalmadığı bir sözleşme düzeni oluşmaya başlamıştır. Ancak irade özgürlüğü sonucunda bireylerin kendi hukuk kurallarını kendilerinin yarattığı düzende; bir tarafın sadece kendi lehine yaptığı ve karşı tarafın güçsüzlüğünden yararlandığı sözleşmenin kabulü mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu tarafından bu adaletsizlik giderilmeye, şartların geçersizliği ile içeriğinin kontrolü hususunda hakkaniyeti sağlamaya yönelik düzenlemeler getirilmeye

⁶⁴Tekinalp, **a.g.e.**, s. 372, 373.

⁶⁵Genel işlem koşulunun kullanılması ile kullananın elde ettiği faydalar karşısında güçsüz tarafa uygun fiyatlı ürün ya da hizmet sunulduğu/sunulabileceği, bu doğrultuda uygun fiyatlı ürün veya hizmet sunulması ile müşterinin menfaatine hareket edildiği, haklarının ihlal edilmediği ileri sürülmektedir. Nitekim Atamer tarafından bu hususa ilişkin olarak şu ifadeye yer verilmiştir. *“Kapnopoulou tarafından verilen stand-by uçak bileti örneği bu çerçevede alınabilir. Bu tür uçak biletlerinde işletmenin uçuş tarihini ve yerini saptama ve değiştirme ve hatta sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması normal bir uçak biletine nazaran daha farklı değerlendirilecektir. Ancak müşteri bu hallerde bileti bu sınırlamaların bilincinde ve özellikle bu nedenle daha düşük olan fiyatı göz önünde tutarak almıştır.”* Atamer tarafından bu gibi istisnai haller dışında tutulsa dahi uygun fiyat sunulmasına karşılık işletmenin genel işlem koşullarının kullanılarak pek çok hakkı kendinde saklı tutmasının, GİK kullanımının müşteri aleyhine yarattığı durumu ortadan kaldırmadığı, bozulan sözleşme dengesini yeniden tesis etmediği ifade edilmektedir. Örnek için bkz. Elissavet Kapnopoulou, *Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tübingen, 1997, s. 136; Atamer, **a.g.e.**, s. 34.

⁶⁶Atamer, **a.e.**, s. 32, 33, 34, 35.

⁶⁷Tamer İnal, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, Kazancı Kitap, İstanbul 2004, s. 132.

alışılmıştır⁶⁸. Hemen hemen her ülkede sözleşen taraflardan sosyo-ekonomik yönden güçsüz olan tarafı koruyan, sözleşme özgürlüğünün ön planda tutulduğu ve sözleşme adaletinin -dengenin- kurulmasını sağlayan kanunlar düzenlenmiştir.



⁶⁸Tekinalp, **a.g.e**, s. 373, Rehbindir, **a.g.m.**, s. 643.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN YABANCI VE TÜRK MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER

I. YABANCI ÜLKELERDEKİ MEVZUAT

19. yüzyıldan beri gerek Avrupa gerek çağdaş ülke hukuklarında temel ilke olarak benimsenen, sözleşmeye itibar edilmesi prensibine dayalı sözleşme özgürlüğü ilkesi; sosyo-ekonomik gelişmelerden etkilenmiştir. Eşit olduğu kabul edilen ancak ekonomik ve sosyolojik nedenlerle aslında eşit olmayan taraflardan birinin elinde, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanıldığı görülmektedir¹. Taraf iradelerine itibar ederek irade özgürlüğünü temel alan sözleşme özgürlüğünün, adaleti ve hakkaniyeti sağlamakta başarısız olduğu ortadadır². Bunu engellemek amacıyla pek çok ülke hukukunda birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

Almanya ve İngiltere’de genel işlem koşulları ile haksız şartların denetlenmesine ilişkin önceleri ayrı kanunlar çıkarılmış, sonrasında Alman Hukuku’nda ayrı şekilde düzenlenen kanun, Alman Medeni Kanunu’nun bünyesine dahil edilmiştir. Amerika’da yeknesak olarak kabul gören GİK denetimi söz konusu olmasa da “Yeknesak Ticaret Kanunu”nun kabulü ile hakkaniyete aykırılık ilkesi GİK denetimine imkan tanımıştır. Hollanda hukukunda da aynı şekilde güçsüz sözleşme tarafını koruyan hükümlere yeni Medeni Kanun içinde yer verilmiştir³.

¹ Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 106.

² Nihat Yavuz, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (TBT) İle Karşılaştırmalı olarak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki (TKHK) Geri Alma Hakkı Üzerine Genel Açıklamalar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2008, s. 757.

³ Güngör, **a.g.e.**, s. 42, 43.

A. Alman Hukukunda

GİK içeren sözleşmelerin her alana yayılması ve sürekli bu tip sözleşmelerin kullanılması, sözleşmelerini kendi iradeleriyle düzenleyen bireyler arasında adaletsizliğe yol açmaya başlamıştır. Bunu sınırlamak için 01.04.1977 tarihinde yürürlüğe giren 09.12.1976 tarihli Alman Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesine Dair Kanun kabul edilmiştir⁴.

GİK içeren sözleşmelere karşı alınan bu önlemlerin, oluşmasında en büyük etken Alman Yüksek Mahkemesi tarafından oluşturulan içtihatlar, kavramlar ve denetim sistemleridir. Alman GİK Yasasına göre iş, miras, aile, ortaklıklar hukuku alanlarında kullanılan sözleşmeler hariç olmak üzere diğer tüm alanlarda bu yasanın uygulanması esas alınmıştır⁵.

Avrupa Birliği'nin 93/13 sayılı "Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar" adlı yönergesi doğrultusunda Alman GİK Yasasında değişiklikler yapılmıştır⁶. Alman Genel İşlem Koşulları Kanunu'nda, 93/13 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi uyarınca 01.04.1997 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren bir değişikliğe gidilmiş, Avrupa Birliği Yönergesinin tüketici sözleşmeleri açısından sağladığı koruma Alman Genel İşlem Koşulları Kanunda da sağlanmıştır. Alman GİK Kanununda "kötüye kullanılabilir sözleşme şartları ya da haksız şart" ifadelerine yer verilmemiş, Kanundaki "genel işlem koşulları ifadesi" aynen korunmuştur⁷. 1977 tarihinde yürürlüğe giren GİK Yasası; 31.12.2001'de yürürlükten kaldırılarak Alman Borçlar Hukukunun modernleştirilmesi süreciyle birlikte Alman Medeni Kanunu'nun Borç İlişkileri Hukuku başlıklı ikinci kitabın ikinci alt bölümünde "Borç İlişkilerinin İçeriğinin Genel İşlem Koşullarıyla Düzenlenmesi" başlığı ile yerini almıştır. 1976 tarihli Alman GİK Yasası, içerik, sistematik olarak neredeyse aynı şekilde Alman Medeni Kanunu'na dahil edilmiş ve

⁴ Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s. 16; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 109; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s.137; Rehbinder, **a.g.m.**, s. 645.

⁵ Arif B. Kocaman, "Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları", **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I**, Beta Basım, 1. Baskı, İstanbul 2003, s. 1088.

⁶ Hasan İşgüzar, **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 182; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 231.

⁷ Çınar, **a.g.e.**, s. 16.

bu kanunun hükümlerine Alman Medeni Kanunu'nun md. 305 ve devamında yer verilmiştir⁸.

Alman GİK Yasasında; sözleşme hükümlerinin, sözleşme içeriği olup olmadığının, sözleşme kapsamına dahil olup olmadığının yürürlük denetimi sürecinde araştırıldığı görülmektedir (§2). Sözleşme tarafının GİK hakkında uyarıldığı, bilgilendirildiğinin kabulü sonrasında GİK sözleşme içeriği haline gelmiş olmaktadır. Genel işlem koşulunun, beklenilmezlik kriterini aşması, güçsüz sözleşme tarafı yönünden kabul edilmesinin şaşkınlık yaratacağı hükümlerin ve sözleşme ile bağlantılı olmayan hükümlerin sözleşme içeriğine girmemiş sayılması (§3) sonrasında aleyhe yorum ilkesi doğrultusunda yapılacak yorum ile oluşan metin, yorum denetiminden de geçmiş sayılmaktadır (§5). Ayrıca bireysel sözleşmeler ile yarışan GİK karşısında, bireysel sözleşmeye öncelik verileceği düzenlenmiştir (§4). Genel işlem koşullarının içerik denetiminde ise hakime takdir hakkı veren hükümler ile takdir hakkı olmaksızın geçersiz sayılan hükümler kanunda sayılmıştır. Kanunda sıralanmış olan hakimin takdir hakkının bulunmadığı genel işlem koşullarının, sözleşmede varlığı halinde doğrudan geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Hakime takdir yetkisinin tanındığı ve uygunsuz, makul olmama gibi özellikleri sebebiyle denetime tabi tutulabilecek sözleşme şartları da ayrıca belirtilmiştir (§10). Bunun yanı sıra dürüstlük kuralını ihlal eden ve karşı sözleşme tarafını ölçsüz şekilde mağdur eden genel işlem koşullarının da geçersiz sayılması şeklindeki genel kurala yer verilerek üç içerik denetimi yolu düzenlenmiştir. Ayrıca içerik denetiminde; sözleşmedeki genel işlem koşulunun yasadaki düzenlemeden ayrılan şekilde kullanıldığı, yasanın

⁸ Nihat Yavuz, **Açıklamalı-Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 56, 57; İşgüzar, **a.g.e.**, s. 182; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 61. 1976 tarihli Alman GİK Yasasının 1. Maddesi olup bugün Alman Medeni Kanunu'nun §305. paragrafında yer alan ifadeye göre; *"Genel işlem koşulları ikiden fazla sözleşme akdi için sözleşen taraflardan birinin (kullananın) önceden düzenlediği sözleşmenin akdedilmesi anında, sözleşmenin diğer tarafına sunduğu sözleşme şartlarıdır. Bu hükümlerin, sözleşmeden fiziken ayrı tutulması ya da sözleşmenin kendisinin içinde bulunması, hangi kapsamda olduğu, hangi yazı türünün kullanıldığı ve sözleşmenin ne şekilde yapılmış olduğu önem arz etmez. Sözleşme şartları taraflar arasında detaylıca müzakere edilmiş olması halinde, genel işlem koşulları haline gelmezler."* şeklindedir. M. İlhan Ulusan, "Genel İşlem Şartlarında Özellikle Tüketicini Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C3, 2004: 1-2. (Çevrimiçi) http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GunceHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf, 29/03/2012, s. 28. (Çevrimiçi), <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=615>, 13.04.2019.

koyuluş amacı ile korunan temel hakkın sınırlanmış ya da yok sayılmış olduğu hallerde karşı tarafın ölçüsüz şekilde mağdur olduğunu kabul etmek gerekeceği belirtilmiştir (§9). Ancak taraflar arasındaki edim-karşı edim dengesi içerik denetimi dışında tutulmuştur⁹.

Tacirler arasında yapılan sözleşmelerde de genel işlem koşullarının yasal denetimi öngörülmesi ancak yürürlük denetimi hususundaki yasa maddeleri §10 ve §11 ayrı tutularak bunların uygulanmayacağı şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir (§24). Bu şekilde bir tarafın tacir olduğu sözleşmelerde denetim §9 maddesi ile gerçekleştirilmekte; yasada kıstasları belirtilen, ölçüsüz derecede mağdur bırakma hükmü dikkate alınarak tacir karşısındaki sözleşme tarafı yönünden mağduriyet durumunun varlığı sorgulanarak denetim yapılmaktadır. Ölçüsüz derecede mağduriyetin saptandığı hallerde sözleşmede bulunan GİK geçersiz sayılmaktadır¹⁰.

B. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda önceleri GİK niteliğindeki sözleşme maddesinin; sözleşme taraflarından birinin asli edim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaması, şüphe yaratmaması ve belirsiz şekilde ifade edilmemiş sorumsuzluk şartı olması kaydıyla taraflar için uygulanabileceğini varsayan bir yorum teorisi “temel ihlal doktrini” oluşturulmuştur. Ancak bu teoriye eleştiriler getirilerek bir tarafın; istemediği, uzmanlık getiren içeriği sebebiyle belki de okusa bile anlamayacağı maddelerin, taraf iradelerini yansıtmamasının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda; genel işlem koşullarının değerlendirilmesi için yeni bir yaklaşım olan “pazarlık gücünün eşitsizliği ilkesi” kullanılmaya başlanmıştır. Bu ilke vasıtasıyla bir tarafın, sözleşen diğer tarafa göre ekonomik ve pazarlık imkanı yönünden güçlü olduğu ve karşı tarafa sözleşmeyi kendi istediği içerikle yapmaya zorladığı hallerde mahkemelerin bu sözleşmeleri geçersiz kabul edeceği ifade edilmiştir¹¹.

⁹Atamer, **a.g.e.**, s.41; Güngör, **a.g.e.**, s.48,49; Kocaman, **a.g.m.**, s.1088; Küçükyalçın, **a.g.m.**, s.114.

¹⁰Yeşim M. Atamer, **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İTO Yayınları, İstanbul 2001, s. 13; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1089.

¹¹ Sözleşmede “pazarlık gücünün eşitsizliği” unsurunun incelenmesi de eleştirilerek pazarlık imkanının varlığından söz edebilmek için bir tarafın başka alternatifleri değerlendirip değerlendiremeyeceği imkanı yani hür iradesiyle diğer seçenekler arasında bilinçli olarak o

01/02/1978 tarihinde yürürlüğe giren Haksız Sözleşme Şartlarına İlişkin 1977 tarihli Kanun genel işlem koşullarının denetlenmesinde etkili rol oynamıştır¹². Bu kanun ile hem tüketici sözleşmelerinde tüketici hem de diğer sözleşmelerdeki taraflar güvenceye alınmıştır. Yapılan düzenleme ile taraflardan birinin sorumluluğunu kısmen ya da tamamen kaldırmaya yönelik hükümler ile tazminata ilişkin hükümlerin bulunduğu taşınır satım sözleşmeleri ve taksitle satım sözleşmelerinde iyileştirme yapılması amaçlanmıştır (Haksız Sözleşme Şartlarına İlişkin Kanun mad. 1/f. 3)¹³. Avrupa Birliği Yönergesinin¹⁴, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlara ilişkin düzenlemesinin, iç hukuka aktarılması sonucunda ise ayrı bir düzenleme olarak Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Sözleşme Kayıtları Yönetmeliği (Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulations 1994) hazırlanmış ve bu yönetmelik 01.07.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁵. 1999 yılında “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Kayıtlar Yönetmeliği” (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) kabul edilmiş, 1994 tarihli yönetmelik kaldırılmıştır¹⁶.

C. Amerikan Hukukunda

Amerika’daki federal devlet yapısı dolayısıyla kanun koyucunun bütün ülke için geçerli olacak yasa hükümlerini tesis etmesi nadir durumlar ve belli başlı konular içindir. Sözleşme hukuku da ülke genelinde hüküm tesisine imkan veren alanlardan biri değildir. Bu nedenle her eyalette farklı kuralların varlığını kabul etmek gerekmektedir. Ancak “Yeknesak Ticaret Kanunu” (Uniform Commercial Code) neredeyse bütün eyaletlerde yasalaşarak geçerli hale gelmiş, bu kanun ile ticari satım ve bundan kaynaklanan sonuçları yeknesak bir çatıda toplayan düzenleme yaratılması sağlanmıştır¹⁷.

sözleşmeye taraf olmayı seçip seçmeyeceği hususunun dikkate alınması gerekmektedir. Güngör, **a.g.e.**, s. 43, 44.

¹²Gezder, **Tüketici Kredisi**, s. 137.

¹³Güngör, **a.g.e.**, s. 42, 43, 44; Atamer, **a.g.e.**, s. 46, 47.

¹⁴5 Nisan 1993 tarihli 93/13/CEE sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Avrupa Konseyi Yönergesi (Avrupa Birliği Yönergesi).

¹⁵Kocaman, **a.g.m.**, s. 1091; Küçükyalçın, **a.g.m.**, s.120; Çınar, **a.g.e.**, s. 19.

¹⁶2001 yılında, 1999 tarihli Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Kayıtlar Yönetmeliği’nde değişikliğe gidilmiştir. Çınar, **a.e.**, s. 19.

¹⁷Atamer, **Tacirlerin Korunması**, s.18.

Amerikan hukukunda, bir tarafın işletme olduğu sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının denetlenmesinde en önemli kuralın hakkaniyete aykırılık ilkesi olduğu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda denetim yapılarak hakkaniyete aykırı GİK niteliğindeki sözleşme hükümlerine hukuki sonuç bağlanmamaktadır. Burada her ne kadar kanun, menkul mal satımı sözleşmelerinde uygulanmak üzere düzenlenmiş gibi gözükse de tüm sözleşme çeşitleri yönünden hakkaniyete aykırılık ilkesi bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır. Temelde tüketicinin korunması hedef alınmasına rağmen tacirlerin de hakkaniyete aykırılığa maruz kalabileceği kabul edilmiş olup bu hallerde GİK denetimine imkan bulunmaktadır¹⁸. Hakkaniyete aykırılık ilkesinde denetim; güçlü tarafın pazarlık gücü ile hukuki durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının ve güçsüz tarafın kendisinden kabul edilmesi beklenmeyecek hukuki bir sonuçla karşı karşıya kalıp kalmadığının tespiti ile yapılmaktadır¹⁹.

D. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda genel işlem koşullarının denetlenmesinde ayrı bir kanun²⁰ ya da tüketicinin korunmasına yönelik kanun²¹ bulunmamaktadır. Bunun yerine 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun'un (UWG) 8. Maddesinde; sözleşmede GİK kullanmanın, haksız rekabet oluşturacağı ve bunun korunmayacağı düzenlenmiştir. Yasa'nın Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Kullanmak kenar başlıklı 8. maddesi²²;

*“Sözleşme taraflarından biri aleyhine yanıltıcı şekilde;
a. doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya
b. sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngören, önceden kaleme alınmış genel işlem şartları kullananlar haksız rekabet etmiş sayılırlar.”*

¹⁸Atamer, **Tacirlerin Korunması**, s.19.

¹⁹Küçükyalçın, **a.g.m.**, s.120.

²⁰İsviçre Hukuku'nda, Almanya'da yapıldığı şekilde genel işlem koşullarına ilişkin ayrı bir yasa düzenlemesi bulunmamaktadır. Kocaman, **a.g.m.**, s. 1090; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 71.

²¹İsviçre Hukuku'nda, Avusturya hukukunda görüldüğü şekilde genel işlem koşullarının tüketici yasası ile denetlendiği bir sistem bulunmamaktadır. Kocaman, **a.m.**, s. 1090.

²²Atamer, **a.g.e.**, s. 43.

şeklindeydi²³.

Genel işlem koşullarının, ayrı kanun hükmüyle denetlenmemesi, değerlendirmeye sadece haksız rekabetin önlenmesi yönünden bakılması sebebiyle; 8. madde pek çok eleştirilere sebep olmaktadır²⁴. Nitekim bugüne kadar İsviçre Federal Mahkemesi madde 8'e dayanarak herhangi bir içerik denetimi de yapmamış, bu sebeple hükmün ölü doğduğu kabul edilmiştir. 17 Haziran 2011 itibarıyla UWG' de yapılan değişiklikle 8. maddede; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile "yanıltıcılık" gereğinden vazgeçilerek "tüketiciler aleyhine" GİK kullanımının denetime tabi olacağı düzenlenmiştir²⁵. Buna göre madde 8 şu şekilde değiştirilmiştir. Madde denetimi, sadece tüketiciler adına öngörmesi sebebiyle eleştirilmiştir.

*"Haksız (kötüye kullanılabilir) sözleşme koşulları kullanma Özellikle sözleşme taraflarından biri aleyhine doğruluk ve dürüstlük kuralını ihlal edecek ve tüketicinin aleyhine olacak şekilde sözleşmedeki hak ve borçlar arasında önemli derecede ve haksız kötüye kullanma içeren genel işlem koşulu kullananlar haksız rekabet etmiş sayılır."*²⁶

Genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 256/II a ve 288/II a maddeleri de hüküm ihtiva etmektedir. Söz konusu maddeler adi kira ve hasılat kirasına ilişkin olup kiraya verenin, kiralananı kararlaştırılan şekilde kullanmaya elverişli şekilde teslim etmek ve sözleşme süresince de bu şekilde muhafaza etmek konusundaki sorumluluğunun GİK ile

²³Kocaman, **a.g.m.**, s.1090; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 71. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun revizyon çalışmaları sırasında genel işlem koşullarının denetlenmesini sağlayan 8. madde, Alman Genel İşlem Yasasının 9. maddesine benzer bir düzenleme içerirken yasalaşan metinde bu benzer düzenleme kabul edilmemiştir. Bunun yerine madde de haksız rekabet olgularının ağırlık bastığı bir düzenleme kabul edilmiştir. Atamer tarafından içerik denetiminde fayda sağlayacak taslak düzenlemenin, yasalaşmış hali eleştirilmekte, GİK'in içerik denetiminin etkisizleştirildiği vurgulanmaktadır. Atamer tarafından; hükümde düzenlenen "yanıltıcı şekilde" ibaresinin, klasik haksız rekabet olgusu içinde kaldığı için içerik denetlemesinde yetersiz kalacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin GİK niteliğindeki hükümlerinin açık bir şekilde yanlış anlamaya mahal bırakmayacak biçimde düzenlenmesi halinde; yanıltmanın varlığı iddiasının söz konusu olamayacağı bu doğrultuda haksız rekabete ilişkin bu maddeye atıf yapılarak içerik denetimin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Atamer, **Tacirlerin Korunması**, s.15,16; Atamer, **a.e.**, s. 43, 44.

²⁴Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 231; Safa Reisoğlu, **a.e.**, s.71.

²⁵Atamer, **Sempozyum**, s. 67, 68.

²⁶Çeviri, eserden aynı şekilde aktarılmıştır. Murat Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı", **Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 1, İzmir 2013, s. 581-582.

kaldırıldığı ya da sınırlandırıldığı hallerde bu hükümlerin geçersiz olacağını düzenlemektedir²⁷. Ayrıca sözleşmenin tarafının tacir, tüketici olup olmadığına bakılmaksızın denetim imkanı bulunmaktadır²⁸.

E. Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukuku'nda, hakkaniyete aykırı sözleşme hükümlerinin tüketici lehine denetlenmesi hususunda biri Avusturya Medeni Kanunu'nda ve diğeri 1979 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da olmak üzere iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir²⁹. 1979 tarihli Kanun'un 6. paragrafında yer alan düzenleme ile bir tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde geçersiz sayılacak hükümler sayılmıştır. Buna göre söz konusu geçersiz sayılacak hükümler, yürürlük denetimine ilişkin olmayıp içerik denetimine ilişkindir. Yürürlük denetimine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Geçersiz sayılacağı belirtilen hükümler; bireysel sözleşme olarak düzenlenmiş olsa da geçersiz olacaktır. 6. paragrafın ilk fıkrasındaki on beş kayıt, pazarlık edilmiş olsa dahi geçersiz sayılacaktır. İkinci fıkrada belirtilen kayıtlar ise ancak sözleşme tarafı işletmenin, kayıtların pazarlık sonucu sözleşme içeriği olduğunu ispatı halinde geçerli olacaktır³⁰.

Avusturya Medeni Kanunu içinde yapılan değişiklik ile sözleşmenin butlanına ilişkin §879. maddeye bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra ile GİK niteliğindeki hükmün, karşı tarafı aşırı derecede mağdur etmesi halinde söz konusu hükmün, batıl sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu şekilde adil olmayan hükümlerin sözleşmede yer alması engellenmeye çalışılmıştır. Ayrıca sözleşmede yer alan GİK niteliğindeki hükümlerin; beklenilmez, şaşırtıcı olması ve işletmenin karşı tarafı bu hükümlere karşı uyarmaması halinde sözleşme içeriği olmayacağı düzenlenmiştir³¹. Alman

²⁷ Atamer, **a.g.e.**, s. 44; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1090. Türk Borçlar Kanunu'nda da benzer bir düzenlemeye mad. 301'de yer verilmiştir. TBK. mad. 301; “*Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.*” şeklindedir.

²⁸ Atamer, **Tacirlerin Korunması**, s. 15, 16

²⁹ Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s.5 7.

³⁰ Atamer, **a.g.e.**, s. 42.

³¹ Atamer, **a.e.**, s. 42; Çınar, **a.g.e.**, s. 17.

hukukunda olduğu gibi Avusturya hukukunda da Avrupa Birliği Yönergesi uyumlaştırma çalışmaları sürecinde “kötüye kullanılabilir sözleşme şartları ya da haksız şart” terimleri yerine “genel işlem koşulları” ifadesi kullanılmaya devam edilmiştir³².

F. Hollanda Hukukunda

Hollanda’da genel işlem koşullarının denetiminde Alman hukukunda kabul edilen düzenlemeyle benzer düzenlemeler kullanılmaktadır. Yürürlük tarihi 1 Ocak 1992 olan Hollanda Medeni Kanunu’nun 6. kitabında³³ makul olmayan külfetli sözleşme şartlarının geçersiz sayılabileceği öngörülmüştür. Külfetli, dayanılması zor, haksız şartları içeren iki liste düzenlenmiştir. “Black list” olarak belirtilen listedeki şartların, her halükarda külfetli, dayanılmaz, haksız olduğu öngörülerek geçersiz sayılacağı belirtilmiştir. Ancak “grey list” olarak belirtilen listedeki şartların külfetli, dayanılması zor, haksız olmadığının ispat edilebilmesi halinde geçersiz sayılmayacakları düzenlenmiştir. Bu şekilde her halükarda geçersiz sayılacak hükümler ile külfetli, haksız olduğunun ispat edilmesi halinde geçersiz sayılacak hükümler açısından bir ayrıma gidilmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca gri listede yer alan şartların, tüketici temsilcileri ya da meslek birlikleri ile yapılacak görüşmeler sonrasında Kraliçe (Royal Decree) kararıyla değiştirilebileceği öngörülmüştür³⁴.

³² Çınar, **a.g.e.**, s. 17.

³³ Hollanda Medeni Hukuku 6. Kitap içerisinde yer alan “Bölüm 6.5.3 Standart Hüküm ve Koşullar” kısmında bu başlıkta yer verilen düzenlemelere yer verilmiştir. Çevrimiçi, <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>, 04/02/2019.

³⁴ Güngör, **a.g.e.**, s. 50; Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 116; H. Duintjer Tebbens, **Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades**, “Statutory Controls On Standard Terms Employed In An Inter-national Context: Is The Cure Worse Than The Disease ?”, Asser Instituut, The Hague 1983, s. 34, “Çevrimiçi”, http://books.google.com.tr/books?id=kwoDgxWrcG4C&pg=PA32&lp=PA32&dq=the+dutch+general+conditions+bill+1981&source=bl&ots=OGPDGQy64&sig=b_5VqCqCvtTCzPAUcZSUW2ES-Y4&hl=tr&sa=X&ei=RgOZT7ihH8fR4QTR26XFBg&ved=0CB0Q6AEwAA#v=onepage&q=the%20dutch%20general%20conditions%20bill%201981&f=false, 24/05/2012.

II. ULUSALÜSTÜ MEVZUAT- AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGESİ

Avrupa Birliği Konseyi tarafından 5 Nisan 1993 tarihinde kabul edilen “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge” doğrultusunda; üye devletlere, en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar iç hukuklarında gerekli revizyonun yapılması için süre tanınmıştır. Yönergede; Avusturya hukukunda olduğu gibi sadece içerik denetimi üzerinde durulmuş, yürürlük denetimine ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. İçerik denetimi, “tek tek pazarlık konusu yapılmamış” hükümler hakkında yapılmaktadır. Tek tek pazarlık konusu yapılmamış hükümlerin denetime tabi tutulması; tüketicinin düzenlenmesinde etkisi bulunmayan bütün sözleşme hükümlerinin denetimini kapsamaktadır. Hükümlerin bir defa kullanılmak üzere mi yoksa birçok defa kullanılmak üzere mi düzenlenmiş olduğu yönerge açısından önem arz etmemektedir. Zira burada önemli olan tüketici etkisinin hükümlere yansıyor yansımadığı, müzakere sonucunda sözleşmeye, tüketici etkisinin yansıyor yansımayacağıdır. Tüketici “take it or leave it” durumunda kalmış ise ya da sözde müzakere edilmiş ama sözleşmeyi etkileme bakımından aslında bu imkana sahip olamamış ise hükümler geçersiz sayılacaktır³⁵.

Pazarlık konusu yapılmamış hükümlerin nitelikleri Yönerge mad. 3/f. 2’de sayılmıştır. Bu doğrultuda; bir hükmün önceden hazırlanmış olması ve bunun özellikle standart sözleşme metni içinde tüketiciye sunulması halinde pazarlık konusu yapılmadığı kabul edilecektir. Yönergede denetime tabi olan asıl unsur pazarlık imkanının tüketiciye (güçsüz tarafa) verilip verilmediğidir. Yönergenin 3. maddesi;

“(1) Tek tek pazarlık konusu edilmemiş olan sözleşme kayıtları, dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borç dağılımında önemli ve haksız orantısızlık yaratması halinde kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilir. (2) Bir sözleşme kaydının, önceden saptanmış olduğu ve bu nedenle tüketicinin, özellikle önceden kaleme alınmış bir standart sözleşme çerçevesinde, içeriğine ilişkin müdahalesinin söz konusu olmadığı her halde pazarlık konusu yapılmadığı kabul edilir. Bir sözleşme kaydının bazı yönleri ile veya bazı sözleşme kayıtların tümüyle pazarlık konusu yapılmış olması, sözleşmenin geri kalanına bu maddenin uygulanmasını engellemez, yeter ki tümel bir değerlendirmede hala, önceden kaleme alınmış

³⁵ Atamer, a.g.e., s. 44, 45.

bir standart sözleşmenin varlığı kabul edilebilsin. Meslek sahibinin, standart sözleşme hükümlerinden birinin pazarlık konusu yapılmış olduğunu iddia etmesi halinde bunu ispatlaması gerekir. (3) Yönergenin ekinde, yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmayan bir listede, kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilebilecek kayıtlar yer almaktadır.”³⁶

şeklindedir. Pazarlık konusu yapılmamış olan hükümlerin denetim ölçütünü tespit etmektedir. Yönerge ekinde, madde 3’de belirtilen nitelikte sözleşme hükümlerine örnek olacak uzun bir liste verilmiştir. Muğlak hükümlerin tüketici lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir³⁷.

Yönerge’nin oluşturulması sürecinde Fransız ve Alman hukuku esas alınmıştır. Yönerge’ye son hali verilirken Fransız hukukunda görülen denetime sadece tüketici sözleşmelerinin tabi tutulması prensibi benimsenmiş ancak Alman hukukundan da tek tek pazarlık konusu yapılmamış tüm hükümlerin denetimi ilkesi benimsenmiştir³⁸. Fransa, İtalya ve İspanya’da Avrupa Birliği Yönergesi doğrultusunda yönerge ekinde yer alan listeyi aynen iç hukuklarına almış ve hatta İspanya listeye eklemeler yapmıştır³⁹.

III. TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğü öncesi dönemde, genel işlem koşullarına ilişkin Türk mevzuatındaki düzenlemelerin yetersizliği ve tüm sözleşmelerin denetimine hizmet edecek genel bir hükmün, hukuk sistemimizde yer almaması; genel işlem koşullarının ancak bazı hallerde kısıtlı ölçüde denetlenebilmesine imkan sağlamıştır. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğü öncesi dönemde kıyas ya da yorum yoluyla genel işlem koşullarının denetimine imkan sağlayan düzenlemelere aşağıda yer verilmiştir. Ancak hayatın her alanında ortaya çıkan genel işlem koşulları, telafisi mümkün olmayan durumlar yaratmıştır.

³⁶ Atamer, a.e., s. 307.

³⁷ Atamer, a.g.e., s. 44, 45; Küçükyağcı, a.g.e., s. 117; Güngör, a.g.e., s. 50, 51, 52.

³⁸ Aydoğdu, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, s. 606.

³⁹ Atamer, a.g.e., s. 45.

A. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi Dönem

Genel işlem koşullarının denetlenmesi hususunda mevzuatta görülen yetersizlik⁴⁰ başvuru kaynağı olarak en temel ve genel düzenleme olan Anayasanın 2. (sosyal hukuk devleti ilkesine)⁴¹, 48. (çalışma ve sözleşme hürriyeti)⁴² ve de 172.⁴³ (tüketici , esnaf ve sanatkarların korunması) maddelerine zaman zaman başvurulması sonucunu doğurmuştu. Söz konusu maddeler geniş yorumlanarak GİK denetiminde önemli birer araç olmuştu ⁴⁴.

Genel işlem koşullarının denetlenmesini sağlayacak özel düzenlemenin eksikliği sebebiyle Türk Borçlar Kanunu öncesinde; Türk Medeni Kanunu ve 818 sayılı Borçlar Kanununun genel hükümlerinden⁴⁵ ve 6762 sayılı Ticaret Kanunundan yararlanılmaya çalışılmıştı. Özellikle TMK. mad. 2⁴⁶ “dürüstlük kuralı”, TMK. mad. 24⁴⁷ “kişilik haklarına aykırılık”, BK. mad. 19⁴⁸, BK. mad. 20⁴⁹ “butlan”

⁴⁰ Sözleşme hukukundaki büyük eksikliğin doldurulabilmesi için ilk adım, 1981 yılında İstanbul Ticaret Odası adına Prof. Dr. Ömer Teoman tarafından atılmıştır. Ömer Teoman tarafından hazırlanan genel işlem koşullarının denetimine dair yasa tasarısı, dönemin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na iletilmiş ancak tasarı kanun haline dönüşmemiştir. Küçükyalçın, **a.g.e.**, s. 118.

⁴¹ Anayasa mad. 2; “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*”

⁴² Anayasa mad. 48; “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*”

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

⁴³ Anayasa mad. 172; “*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.*” şeklindedir.

⁴⁴ İsmet Sungurbey, **Türkiye’de Bankaların İçyüzü**, Devrim Basımevi, Çorlu 1994, s.11,12; Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, s. 222; Bahtiyar, **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması**, s. 109.

⁴⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu genel ilkelerinden denetim yoluyla ne şekilde yararlanıldığı, tezin ilgili bölümünde ayrıca yapılacaktır. İlgili bölümde genel ilkeler üzerinden genel işlem koşullarının denetimi değerlendirilecektir. Genel ilkeler Eski Borçlar Kanunu’nda da denetime elverdiği ve içerikleri Yeni Borçlar Kanununda korunduğu için Yeni Borçlar Kanunu açısından anlatılan hususlar, Eski Kanun açısından da geçerli olacaktır. Bknz. Dördüncü Bölüm, II. Yürürlük-Yorum-İçerik Denetimi, C. İçerik Denetimi, 3. İçerik Denetiminde Borçlar Hukuku Temel İlkelerinin Ölçüt Olarak Kullanılması, s. 130.

⁴⁶ TMK. mad. 2; “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklindedir.

⁴⁷ Medeni Kanun mad. 24; “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*”

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” şeklindedir.

hükmünden, BK. mad. 21⁵⁰ “gabin-iptal hakkı verilmesi” hükmünden, BK. mad. 70/f. 2 “borçlunun nevi borcunu ifa ederken orta kaliteden aşağı mal sunamayacağı” hükmünden⁵¹, BK. mad. 99⁵² - BK. mad. 100⁵³ “sorumluluktan kurtulma şartlarının daraltıldığı, kaldırıldığı” hükümlerden⁵⁴, HMK. mad. 193 “delil sözleşmesi”⁵⁵ hükmünden faydalanılmıştı⁵⁶.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun bazı maddelerinde de genel işlem koşullarının denetlenmesine kıyas yoluyla yardım eden hükümlere yer verilmişti. TK. mad. 766’ya göre, taşıma sözleşmelerinde, kanunun taşıyana yüklediği

⁴⁸BK. mad. 19; “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat’i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.” şeklindedir.

⁴⁹BK. mad. 20; “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczup bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.” şeklindedir.

⁵⁰BK. mad. 21; “Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder.” şeklindedir.

⁵¹BK. mad. 70; “Verilmesi lazım gelen şey yalnız nevice tayin edilmiş ise işin mahiyetinden hilafı anlaşılmadıkça bu şeyin intihabı borçluya aittir. Bununla beraber borçlu, mutavassıt vasıftan aşağı vasıfta bir şey veremez.” şeklindedir.

⁵²BK. mad. 99; “Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidain beraatını tazammun edecek her şart, batıldır. Hafif kusur halinde, borçlu iptidain mesuliyetten beraatı tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.” şeklindedir.

⁵³BK. mad. 100; “Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir. Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.” şeklindedir.

⁵⁴Atilla Altop, Sözleşme Hukukunda Genel İşlem Koşulları”, “İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Cumartesi Forumları-I 2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 457.

⁵⁵HMK. mad. 193; “(1) 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. (2) Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.” şeklindedir.

⁵⁶Altop, a.g.e., s. 457; Sungurbey, a.g.e., s.12; Kılıçoğlu, a.g.e., s.111; İnâl, Borca Aykırılık, s.134; Aydın Zevkliler / Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2004, s.157, 158. Ayrıntılı açıklama için bkzn. Dördüncü Bölüm Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, C. İçerik Denetimi, 4. İçerik Denetiminde Borçlar Hukuku Temel İlkelerinin Ölçüt Olarak Kullanılması s. 130.

sorumluluğu kaldıran ya da sınırlandıran bütün şartlar, umumi şartnameye konulmuş olması hali de dahil olmak üzere geçersiz kabul edilmişti⁵⁷. TK. mad. 1266/f. 2’de ise ilgili Bakanlıkça tasdik edilmemiş veya zahmetsizce okunamayacak olan genel işlem koşullarının sözleşmede kullanılması halinde sigortacının, sigorta ettiren aleyhine hükümlerin yerine kanun hükümlerinin uygulanmasına katlanmak zorunda kalacağı belirtilmişti⁵⁸. 5684 sayılı Sigortacılık Kanununda da sigorta sözleşmelerinin, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenmesi gerektiği düzenlenmiştir (mad. 11/f. 1)⁵⁹.

1995 tarihinde yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin önceleri genel bir hüküm içermemekteydi. Ancak 14/03/2003 tarihli değişiklikle⁶⁰ 4077 sayılı TKHK’ya getirilen sözleşmedeki haksız şartların düzenlendiği 6. madde⁶¹, kanun sonrasında çıkarılan Tüketici

⁵⁷6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda da geçersizlik sonucunu düzenleyen TK mad. 766 içeriğine dair düzenleme korunmuş, bu düzenlemeye 6102 sayılı Kanunda mad. 854’de yer verilmiştir. Ayrıca sorumluluğu sınırlayan ya da kaldıran hükümlerin, sözleşme dışında işletme tüzüğünde, genel işlem koşullarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de şartın geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

⁵⁸Atamer, **a.g.e.**, s.48; Kocaman, **a.g.m.**, s.1092; Altop, **a.g.e.**, s.457; Özel, **Genel İşlem Koşulları**, s.157; Küçükyalçın, **a.g.m.**, s.118.

⁵⁹Tekinalp, **a.g.e.**, s. 374. Abdüssamet Yılmaz, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2015, s.135.

⁶⁰14/03/2003 tarih ve 25048 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

⁶¹TKHK mad. 6; “(Değişik: 6/3/2003-4822/7 md.) 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 olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.

Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile tüketici kredisine ilişkin 10. madde; bir tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde yer alan bazı hükümlerin denetlenmesine olanak tanımaktaydı. TKHK. 6. maddede haksız şart sayılacak hükümlerden bahsedilmiş⁶², haksız şartların tüketici yönünden bağlayıcı olmayacağı düzenlenmişti⁶³. TKHK; taksitli satışları, kapıdan satışları ve süreli yayın aboneliğini ayrıca düzenlemişti. Tüketiciler, bu tip sözleşmelerdeki genel işlem koşullarına karşı da korunmaya çalışılmaktaydı⁶⁴. TKHK mad. 10'da ise tüketici kredisinin erken kapatılmasına dair şartların neler olduğu, temerrüdün hukuki sonuçları veya istenecek teminatlar hakkında sözleşmede açıklık olması, tüketici aleyhine değişiklik yapılmaması gerektiği düzenlenmişti⁶⁵. TKHK mad. 6 sayesinde sözleşme hükümlerinin tüketiciyi mağdur edecek nitelikte olanlarının⁶⁶ denetlenmesi sağlanmış, bu düzenleme genel işlem koşullarının denetlenebilmesine Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar fayda sağlamıştı. Ancak sadece tüketicilere sağlanan bu güvencenin tüketici sayılmayanlara⁶⁷ uygulanamayacak olması, yadsınamaz bir eksiklik yaratmış ve genel koruma sağlayan bir düzenlemenin varlığına büyük ihtiyaç duyulmuştu⁶⁸.

TKHK kapsamında tüketicilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin genel işlem koşulları açısından değerlendirilmesi tezin ilgili bölümünde ayrıca yapılacak, söz konusu bölümde 6098 sayılı Yasadan sonra yürürlüğe giren ve 4077 sayılı

Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler." şeklindedir.

⁶²TKHK'da yer alan haksız şartlar, Avrupa Birliği Yönergesindeki "Kötüye Kullanılabilir Hükümler" listesine paralel olarak hazırlanmıştır. Altop, **a.g.e.**, s. 461; Renan Baykan, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri**, İTO Yayını, Yayın No: 2008-27, İstanbul 2008, s. 86.

⁶³Atilla Altop, "Genel İşlem Koşulları", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, Derleyen M. Murat İncoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul 2012, s. 34.

⁶⁴Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 109; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s. 139; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁵Atamer, **a.g.e.**, s. 47,48; Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 118.

⁶⁶Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25/09/2006 tarih, 2006/7789 E., 2006/12275 K. Sayılı kararı; "4077 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, 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 olan sözleşme koşulları haksız şart olup tüketici için bağlayıcı değildir. Anılan maddeye göre, eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir." şeklindedir. www.kazanci.com.

⁶⁷TKHK. mad. 3'de bahsi geçen tüketici kavramına göre bu tanım dışında kalanlar, TKHK' da yer alan güvenceden faydalanamamaktadırlar.

⁶⁸Altop, **Sempozyum-Genel İşlem Koşulları**, s. 34, 35.

Yasayı yürürlükten kaldıran 7/11/2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna ilişkin bilgilere yer verilecektir⁶⁹.

1994 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁷⁰ 5. madde ile piyasada etkinliği yüksek olan firmaların aralarında anlaşarak “kartel” oluşturmaları yasaklanmış ayrıca 6. madde ile piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılması da engellenmeye çalışılmıştır⁷¹. Burada GİK kullanılarak tek tip sözleşme ve dolayısıyla müşteri açısından tek tip seçenek yaratılması önlenmeye çalışılmıştır.

1998 yılının Ekim ayında yapılan değişiklik ile Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde⁷² yer alan hüküm; sözleşmede yer alan GİK hükümleri de dahil olmak üzere sözleşme içeriğine hakimın kısıtlı da olsa müdahale etmesine imkan vermiştir⁷³. Sermaye piyasası araçlarının alım satımı ile aracı kurumların faaliyetlerine ilişkin tebliğin, aracı kurum ile müşteri arasında akdedilecek çerçeve sözleşmede⁷⁴ bulunması gereken asgari hükümlerin neler olacağını belirten 47. maddesi 3 fıkrasında yapılan değişiklik ile sözleşmenin içeriğinin sınırları düzenlenmiştir. Bu doğrultuda; çerçeve sözleşme içerisinde Kurul düzenlemelerine ve borsa mevzuatına aykırı olacak hükümler ile müşterinin haklarını ağır biçimde zedeleyen, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar tanıyan hükümlerin, emirlerin ispatının müşteri üzerine yüklenmesine olanak tanıyan hükümlerin yer alamayacağı düzenlenmiştir. Bu nitelikteki hükümlerin, aracı kuruluş ile müşteri arasında imzalanacak halka arza aracılık, repo-ters repo, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi sözleşmeleri ile Kurul düzenlemeleri çerçevesinde müşteriler ile

⁶⁹ Ayrık bir durum teşkil eden ve özellikle belirtilmesi gereken durumlarda yürürlükten kalkan yasa 4077 sayılı Yasa olarak belirtilecek, bunun dışında TKHK kısaltması 6502 sayılı Yasa için kullanılacaktır. Bknz. Beşinci Bölüm, I. Çeşitli Hukuk Dallarında Görünüm, B. Tüketici Hukuku Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi s. 156.

⁷⁰ 13/12/1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmi Gazete.

⁷¹ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1092.

⁷² 26 Haziran 1998 tarihli ve 23384 sayılı Resmi Gazete.

⁷³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

⁷⁴ Çerçeve sözleşme kavramı hakkında detaylı bilgi için bknz. Üçüncü Bölüm, V. Genel İşlem Koşulları İle Bağlantılı Kavramlar, D. Çerçeve Sözleşme Kavramı s. 79.

yapılabilecek diğer sözleşmelerde ayrıca portföy yöneticiliği hizmetleri çerçevesinde imzalanacak portföy yöneticiliği sözleşmelerinde de yer alamayacağı belirtilmiştir⁷⁵.

Açıklanan hükümlere kıyasen ve belirli ilkelerden hareketle GİK denetiminin sağlanması ve bazı sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması doktrinde ve Yargıtay kararlarında ⁷⁶ kabul görmüştür. Kabul gören bu ilkeler; tartışmalı, muğlak hükümlerin düzenleyen aleyhine yorumlanması, alışılmadık, beklenilmez hükümlerin geçersiz sayılması, doğruluk ve güven kuralına uymayan hükümlerin iptali, sözleşme güçsüz tarafını zarara uğratan hükümlerin dar yorumlanması ya da geçersiz sayılmasıdır. Nitekim tüm bu ilkeler, kendine TBK’da yer bularak denetim mekanizmasında kullanılan birer araca dönüşmüştür⁷⁷.

Yukarıda belirtilen hükümler; her tür sözleşme içindeki GİK karşısındaki güçsüz tarafın korunması gerektiği bakış açısıyla GİK denetimine dolaylı olarak kıyas yoluyla hizmet etmiştir. Söz konusu hükümler yetersiz olsa da bu hukuki sorunu düzeltmeye yardımcı olmuşlardır.

B. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sonrası Dönem

1. Genel Olarak

818 sayılı Kanun’da GİK’e ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmaması yüzünden ortaya çıkan sorunun çözümü için gereken, tüm sözleşmeler için genel

⁷⁵Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 231; Atamer, **a.g.e.**, s. 48; Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 119.

⁷⁶Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18/03/1996 tarih 1743/2495 sayılı kararı; “Tüketicinin korunmasının ortaya çıkardığı sorunlardan birisi de tüketicilerin genel işlem koşulları yoluyla sömürülmesinin önlenmesidir. Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen "Sosyal Hukuk Devleti" ve "İktisadi ve Sosyal Hayatın Adaletle Göre Düzenlenmesi" eş söyleyişle "Sosyal Adalet" ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hakim, Medeni Yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uymayı öngören MK. mad. 2/f.I; kişiliğin korunmasını düzenleyen MK. mad. 24; ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklayan BK. mad.19/f.II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir. Gerçekte de mahkemeler; somut olayın kendine özgü verileri ve koşullarının gerçekleşmesi halinde ve yasal genel kurallar çerçevesinde; dikkati özel olarak çekilmeksizin sözleşmeye konan ve alışılmamış şartlarla, tüketiciyi bağlı tutmamalı ve hükümsüz saymalıdır. En önemlisi, yargı kararları ile tüketicinin bu yolda korunması hukuk devleti ve sosyal adaletin bir gereği kabul edilmelidir.” şeklindedir. Şevket Günay Bigat /Ensar Lokmanoğlu, “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Süpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamli Koşullar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 83, Sayı 6, 2009-İstanbul, s. 3149; www.kazanci.com.

⁷⁷Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111,112.

olarak uygulanabilecek tüketici/tacir ayrımı yapmayan düzenleme ihtiyacı; Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) yürürlüğe girmesi ile giderilmiştir⁷⁸.

2. Yasal Düzenleme

Türk Borçlar Kanunu mad. 20'de genel işlem koşullarından ve maddenin uygulanma şeklinden bahsedilmiş, mad. 21'de yazılmamış sayılacak hükümler hakkında bilgi verilmiş, mad. 22'de yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ifade edilmiştir. Kanunun 21. ve 22. maddelerinde yürürlük denetimi yapılmış, mad. 23'de genel işlem koşulunun ne şekilde yorumlanacağı düzenlenerek yorum denetiminden bahsedilmiştir. Kanunun 24. Maddesinde değiştirme yasağı düzenlenmiş olup 24 ve 25. maddelerde içerik denetimi düzenlenmiştir⁷⁹.

“Genel olarak” kenar başlıklı 20. Madde şu şekildedir:

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, 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 metnlerinin 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 başına⁸⁰, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

⁷⁸ Altop, **Sempozyum-Genel İşlem Koşulları**, s.35.

⁷⁹ Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 69. Yürürlük, yorum, içerik denetiminin farklı isimlerle adlandırıldığı görülmektedir. Örneğin şu ifadeleri görmekteyiz. Yürürlük; kapsam- ilişkilendirme- bağlayıcılık olarak ifade edilebilmektedir. Yorum, saydamlık olarak ve içerik de geçerlik denetimi olarak ifade bulabilmektedir. Açık, anlaşılır olma, muğlak olmama hali ile saydamlık, şeffaflık kavramı tanımlanmaktadır. Muzaffer Şeker, “6098 Sayılı Borçlar Kanununda Düzenlenen Değiştirme Yasağı Başlıklı 24. Maddenin Değerlendirilmesi ve Kaldırılma İmkânı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2016, 382; Şeker, **a.g.e.**, s. 27.

⁸⁰ Maddenin 3. fıkrası eleştirilmiştir. Sözleşmelere konulan her bir maddenin tartışıldığına dair kayıtların; 3. fıkra sayesinde hükümden düşürüldüğü, gerçekten her bir maddenin tartışıldığı hallerde bile bu kayıtların geçersiz sayılması sonucunun doğacağı, bu durumun hatalı olduğu belirtilmiştir. Örneğin 3. fıkraya “başkaca kanıtlarla doğrulanmadıkça” ibaresinin de konulmuş olması gerektiği ifade edilmiştir. Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoglu Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıntan, Mehtap İpek, Mert Yaşar, Sedef Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Beta Basım, İstanbul 2005, s. 25. Madde gerekçesinde, genel işlem koşulunun tartışıldığına dair intiba yaratmaya çalışan, yazılmamış sayılma yaptırımını bertaraf etmeye yönelik ancak gerçeği yansıtmayan kayıtlara dair örneklere yer verilmiştir. Özellikle söz konusu örneklerde de belirtildiği

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.”

Genel işlem koşulunun unsurlarının belirtildiği madde içeriğinde; önceden tek başına hazırlanmış olma, ileride pek çok sözleşmede kullanmak üzere hazırlanmış olma, karşı tarafa sunma gibi özelliklere yer verilmiş ancak bu özelliklere karşı tarafa müzakere imkanı vermeme, pazarlık imkanından yoksunluk gibi hususlar eklenmemiştir⁸¹. “Evet ama” deme imkanı tanımayan sözleşmelere karşı bireyin korunması gerektiği, maddenin gerekçesinde belirtilmiş, ayrıca kimi yazarlarca müzakere ve pazarlık imkanından yoksunluk ilkesinin madde içeriğine eklenmesi gerektiği eleştirisine yer verilmiştir⁸². Pazarlık imkanının karşı tarafa tanınmamış olmasının; bir sözleşme hükmünü, GİK olarak nitelendirmede önemli unsur olduğunu kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir⁸³. Bu kapsamda, önceden tek başına hazırlanma ile karşı tarafa sunma süreçleri birbirinden ayrı süreçleri ifade etmektedir. Karşı tarafa sunma ile kastedilenin, pazarlık imkanından yoksun olarak doğrudan güçsüz tarafın kabul etmesi için sözleşmenin karşı tarafa sunulmasının anlaşılması gerektiği ortadadır. Yukarıda bahsedilen eleştirilerde de üzerinde durulan; karşı tarafa sunma süreci ile kastedilenin müzakere imkanının yoksunluk olmasına karşın bu hususa açıkça yer vermeyerek bu önemli unsura vurgu yapılmamasıdır. Ancak her halükarda müzakere edilmeme hususundan açıkça madde metninde bahsedilmemiş olmasına karşın karşı tarafa sunma ile kastedilenin bu olduğu anlaşılmalıdır. Ayrıca tek başına, önceden hazırlanmış olma ile müzakere imkanından yoksun olarak karşı

üzere “böyle kayıtların tek başına genel işlem koşullarına ilişkin emredici düzenlemenin uygulanmasını önleyemeyeceği kabul edilmiştir”. Bu doğrultuda “tek başına” ifadesinin yukarıda yapılan eleştiri ile ortaya konan durumlarda başvurulacak bir unsur olduğu kanaatindeyiz. Yukarıdaki eleştiride belirtildiği şekilde daha açık ve güçsüz taraf lehine ifade eklenmiş olmasının sağlayacağı faydaya karşın madde içeriğinde geçen “tek başına” ifadesine de bu mahiyette olmak üzere başvurulabileceği ve TBK. mad.20-25’in ruhuna uygun olacak şekilde denetime imkan sağlayacağı görüşündeyiz.

⁸¹Kuntalp, **a.g.e.**, s. 25; Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 65.

⁸²Cevdet Yavuz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan Cilt II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 2052-2053; Kuntalp, **a.e.**, s. 25, 26..

⁸³Özellikle Avrupa Birliği hukukunda bir şartı GİK olarak belirlemede (denetlemede) en önemli kıstas pazarlık imkanının tanınıp tanınmadığıdır. Bknz İkinci Bölüm, II. Ulusalüstü Mevzuat-Avrupa Birliği Yönergesi s. 31.

tarafa sunulma unsurları da farklı süreçleri ifade etmektedir. Zira güçsüz tarafça pazarlık edilmek suretiyle önceden tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşme şartlarının bireysel sözleşmeye dönüşebileceği dikkate alınmalıdır. Tek başına, önceden hazırlanmış bir genel işlem koşuluna ilişkin olarak pazarlık imkanının sunulması ve pazarlığın gerçekten yapılması halinde artık o şartın, GİK niteliğinde olmaması, bireysel sözleşme niteliğinde olması sonucunu doğuracağı unutulmamalıdır⁸⁴.

“Kapsam” kenar başlıklı yazılmamış sayılma halini düzenleyen 21. Madde şu şekildedir:

“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 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.”

Maddede genel işlem koşulunun hangi halde sözleşmenin içeriğine dahil sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak yazılmamış sayılma, terim olarak Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmenin hükümsüzlüğü sebeplerinden biri (yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, kısmi hükümsüzlük, sürekli sözleşmelerde geçersizlik hallerinden biri)⁸⁵ değildir. Türk Borçlar Kanunu açısından yeni bir hükümsüzlük türü olan yazılmamış sayılma ifadesi çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir⁸⁶. Yazılmamış sayılma ifadesinin anlamı, sonuçları ve getirilen eleştiriler üzerinde ayrıca durulacaktır⁸⁷.

Yazılmamış sayılmanın sözleşmenin geri kalanına etkisi TBK. mad. 22’de düzenlenmiştir. Madde 22; “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen,

⁸⁴ “Pazarlık yapılan bir sözleşmede bir kişinin aleyhine hükümlerin varlığı halinde, o kişinin haklarının haleldar olması ancak aşırı yararlanmanın mevcut olması halinde mümkün olabilecektir.” Kuntalp, **a.g.e.**, s. 26. Ancak bu durumda dahi söz konusu GİK niteliğindeki hükmün, TBK. mad. 21/2’de belirtildiği üzere sözleşmenin içeriğine veya işin niteliğine yabancı olması halinde hüküm, yazılmamış sayılabilecektir.

⁸⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. XXIII.

⁸⁶ Kuntalp, **a.g.e.**, s. 27, 28.

⁸⁷ Bknz. Dördüncü Bölüm, II. Yürürlük-Yorum-İçerik Denetimi, 3. Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılmasının Mahiyeti s. 103.

yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” şeklindedir. Bu düzenlenme ile genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması sonrasında sözleşmenin, o hükümler olmadan yapılmayacak olduğunun ileri sürülmesi engellenmeye çalışılmaktadır. TBK. mad. 22 ile TBK mad. 27/f. 2’de yer verilen düzenlemeden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK mad. 27/f. 2’de yer verilen düzenleme ile hükümsüz sayılan maddeler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı/yapılamayacağı iddiası ile sözleşmenin kesin hükümsüz olması ihtimali mevcut iken TBK mad. 22’ye özellikle yer verilmesi ile güçsüz taraf korunmaya çalışılmıştır. TBK 22. maddenin düzenlenmemiş olması halinde; GİK denetlemesi temelden sarsılacak, her fırsatta güçsüz tarafa kendi istediği şartları dikte etmeye çalışan güçlü tarafın, sonradan yazılmamış sayılan hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek hukuki ilişkiyi sona erdirmeye çalışması ile karşı karşıya kalınacaktır. Madde ile koruma altına alınan güvencenin olmaması halinde; güçlü tarafın sözleşmeyi sona erdirmesi sonucunda güçsüz taraf, en başta engellenmeye çalışılan “take it or leave it” durumunda kalacak, sözleşmeyi güçlü tarafın istediği şekilde kabul etmek ya da hizmeti almamak durumunda kalacaktır⁸⁸.

“Yorumlanması” kenar başlıklı 23. maddesi; “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” şeklindedir. Madde, gerekçede de bahsedildiği üzere; genel bir hukuk ilkesinin genel işlem şartları özelinde ifade edilmiş halidir. Roma Hukukunda kendini göstermiş olan; “sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır” (in dubio contra stipulatorem) ilkesinin görünümüdür⁸⁹.

“Değiştirme yasağı” kenar başlıklı 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

⁸⁸Kuntalp tarafından madde 22’ye yapılan eleştiriler; “Sözleşmenin kesin hükümsüz olan maddeleri olmasaydı sözleşmenin yapılmayacak olduğunun kabul edildiği kuraldan ayırık uygulamaya yer verilmesinin, tüketici açısından oldukça yararlı ancak özellikle profesyoneller hakkında uygulamanın haksızlık doğuracağı, Alman Medeni Kanun 306. maddeden farklı düzenlemeye yer verilmemesi gerektiği” şeklindedir. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 29.

⁸⁹Cevdet Yavuz, **a.g.e.**, s. 2057; Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 72.

hükümünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” şeklindedir.

“İçerik denetimi” kenar başlıklı madde 25; “Genel işlem koşullarına, dürüştlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” şeklindedir. Bu düzenleme ile genel işlem koşullarının içerik denetiminde kullanılacak unsurlar belirtilmiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI, KAPSAMI, KANUNUN UYGULAMA ALANI VE ZAMANI, GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE BAĞLANTILI KAVRAMLAR

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI, TANIMI, SÖZLEŞMENİN TARAFI BAKIMINDAN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ AYRILMASI

A. Kavramı ve Tanımı

TBK. mad. 20/f. 1, “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklindedir. Genel işlem koşulları; tek taraflı olarak düzenlenen genel ve soyut nitelikte, ileride yapılacak çok sayıda sözleşme için kullanılmak maksadıyla hazırlanmış, karşı tarafa müzakere edilmeksizin (pazarlık edilmeksizin) sunulmuş ve sözleşme içeriği olması istenen sözleşme şartlarıdır¹.

¹Genel işlem koşullarında; genel olarak ödeme, teslimat koşulları, alacağın temliki yasağına ilişkin kayıtlar, cezai şart, tahkim şartı, yetkili mahkeme, ispat yükünün kimin üzerinde olacağına ilişkin kayıtlara, sorumluluk hakkındaki düzenlemelere yer verilir. Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 88; Uluhan, **a.g.m.**, s. 27. Genel işlem koşulu kavramı ve tanımının, Yargıtay içtihadı ile de yapıldığını aşağıdaki Hukuk Genel Kurulu kararı ile görmekteyiz. Buna göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.02.2016 tarihli 2014/13-855 E., 2016/187 K. sayılı kararı şu şekildedir: “Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. Genel işlem şartları kural olarak bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve bu faaliyet tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir. Amaç, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartları saptamak ve bunları karşı âkidin müdahalesine imkan tanımadan bir küll olarak sözleşmeye dahil etmektir. Bu şartların nasıl hazırlandığı, kağıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dahil olup olmadığı gibi hususlar genel işlem şartı niteliğinden açısından önem taşımaz. Genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir.” Oğuz Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanma Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,

Genel işlem koşulunun varlığından söz edebilmek için tek tarafın sözleşmenin içeriğini düzenlemek adına önceden, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanmak üzere² hazırladığı ya da hazırlattığı ve karşı tarafa bir bütün halinde sözleşmeyi kabul etmesi amacıyla sunulan sözleşme hükümlerinin bulunması gereklidir. Sözleşme taraflarından biri, GİK niteliğindeki sözleşme hükümlerini kendi lehine ve karşı taraf aleyhine olacak şekilde düzenleyebileceği gibi, kendisi kullanmak üzere başkasına da hazırlatabilir. Bu çerçevede tarafın bizzat kendisinin hazırlamadığı ancak kendisi kullanmak için hazırlattığı genel işlem koşulları yönünden de bu tarafı, TBK mad. 20'deki “düzenleyen” olarak değerlendirmek gerekmektedir³. Pek çok durum düşünülerek düzenlenmiş olan koşulların, harici kişiler tarafından önerilmesi ya da formüller bir kitaptan alınmış olması da önem arz etmez⁴. Ayrıca şartların nasıl hazırlandığı, yazı türü, makine ile basılı veya elle yazılmış olması, kapsamının az ya da çok olması, metnin sözleşme metni içinde olup olmadığı, ayrıca atıf yapılması⁵, sözleşmenin adi yazılı ya da resmi şekilde yapılmış olması, içeriği aslında değiştirmeyen ifade farklılıklarının bulunması önem arz etmez. Genel işlem koşullarının sözleşme metni içinde yer alıyor olması, ayrıca sözleşme metni dışında bir metinde düzenlenmiş olması, anlamı aynı olacak şekilde farklı dillerde veya aynı dilde, aynı cümle, kelime ya da farklı cümle, kelime ile ifade edilmesi; bu şartların, GİK olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez⁶. Genel işlem koşulunun her sözleşmede birebir aynı şekilde kullanılması gerekmemektedir. Metinlerde farklı ifadelerle yer verilmesi ya da yerlerinin değiştirilmesi, bunların GİK niteliğini

Yıl 3, Sayı 1, Haziran 2017, s. 73. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2014-13-855.htm> 13.04.2019. Şeker, **a.g.e.**, s. 9.

²Farklı görüşler de bulunmaktadır. Genel işlem koşullarının unsurları kısmında bu hususa ayrıca yer verilecektir. Bknz. s. 54.

³Pek çok yazar tarafından yukarıda bahsedilen husus dikkate alınarak “genel işlem koşulunu hazırlayan”, “genel işlem koşulunu düzenleyen” ifadesi yerine “kullanan” ifadesi tercih edilmiştir. Ancak TBK mad. 20'deki anlam birliğini korumak maksadıyla kullanan ifadesi yerine tezde, düzenleyen ifadesi kullanılacaktır. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 162; Ulusan, **a.g.m.**, s. 28; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 233; Altop, **Sempozyum-Genel İşlem Koşulları**, s. 36.

⁴Sungurbey, **a.g.e.**, s. 15; Rehbindir, **a.g.m.**, s. 647.

⁵Taraflar arasında kabul edilen metinde GİK niteliğinde hüküm olmamasına karşın sözleşme metninden başka bir metinde GİK'e yer verilebilir. Ancak burada GİK barındırmayan sözleşmede, GİK barındıran metine atıf yapıldığına ilişkin kayıt bulunması halinde genel işlem koşulunun varlığından söz edilebilecektir. Mehmet Bahtiyar, “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, **BATİDER**, Aralık 1997, Cilt 19, Sayı 2, s. 95.

⁶Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 162, 163; Sungurbey, **a.g.e.**, s. 15; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 70; Altop, **Sempozyum-Genel İşlem Koşulları**, s. 37; Atamer, **Sempozyum**, s. 12, 13.

değiştirmeyecektir. Zira bu husus TBK. madde 20/f. 2’de “Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.” ifadesi ile açıkça belirtilmiştir⁷. Ayrıca tarafların meslekleri ile hangi sıfatla sözleşmenin kurulduğu da önem arz etmez. Tespit için dikkat edilmesi gereken, genel işlem koşulunun kullanan ile kendisine kül halinde sözleşme sunulan tarafın tespit edilip edilemediğidir.

Bir sözleşme şartının, GİK olup olmadığının tespiti yani “nitelendirmesi⁸” ile genel işlem koşulunun denetlenip denetlenemeyeceği yönündeki tespit birbirinden farklı olacaktır. Bir sözleşme hükmünün GİK niteliğindeki bir hüküm olduğunun tespiti ayrı, söz konusu sözleşme hükmünün örneğin yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşp karşılaşmayacağı ayrı değerlendirilmelidir. Zira GİK olduğu tespit edilen bir hükmün, pazarlık ve müzakere edilmesi ile bireysel sözleşme olabileceği ortadadır. Bireysel sözleşme niteliğindeki pazarlık ve uzlaşma sonucu oluşmuş bir sözleşmenin⁹ de GİK denetimi ile yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalmayacağı, sözleşmenin denetiminin borçlar hukukuna hakim olan temel ilkelere göre değerlendirmeye tabi tutulacağı açıktır¹⁰.

Bir şartı GİK olarak nitelendirilmede en önemli kural; yabancı mevzuatta da görüldüğü üzere¹¹ pazarlık imkanından yoksunluk yani müzakere edilmeden bütün halinde kabule zorlamadır. Genel işlem koşulları ile emredici hükümler haricinde tamamlayıcı ya da yorumlayıcı hükümler değiştirilmekte ya da kaldırılmaktadır. Bu yüzden çoğu zaman bilgisiz, korunmasız ve deneyimsiz olan tarafın iradesi, güçlü taraf karşısında pazarlık imkanından yoksunluk sebebiyle varlık gösterememektedir. Pazarlık ve müzakere etme imkanı kalmaksızın hizmeti ya da malı temin edebilmek

⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 162; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s.70.

⁸ Atamer, **a.g.e.**, s. 61.

⁹ Genel işlem koşulunun bireysel sözleşme haline dönüşmesi ile ilgili açıklamalar için bkznz. Üçüncü Bölüm, V. Genel İşlem Koşulları ile Bağlantılı Kavramlar, A. Bireysel Sözleşme Kavramı s. 72.

¹⁰ Atamer, **a.g.e.**, s. 61.

¹¹ Bknz. İkinci Bölüm, I. Yabancı Ülkelerdeki Mevzuat s. 22.

uğruna güçsüz taraf, sözleşmeyi imzalamak zorunda kalmaktadır¹². Aksi halde güçsüz taraf edimden vazgeçmek zorunda kalacaktır¹³.

Adlandırılmaları bakımından temelde aynı niteliğe sahip genel işlem koşullarının farklılıklar gösterdiği bilinmektedir. Buna göre tüketici genel işlem koşulları, işletme genel işlem koşulları ve birlik genel işlem koşulları sık rastlanılanlardır.

B. Genel İşlem Koşullarının Tarafı Bakımından Ayrımı

1. Tüketici Genel İşlem Koşulları- İşletme Genel İşlem Koşulları

Sözleşme taraflarından birinin tüketici olduğu, karşısında ise malı-hizmeti üreten, sunan, pazarlayan bir işletme yani satıcı-sağlayıcının olduğu hallerde tüketici genel işlem koşullarından bahsedilmektedir. Her iki tarafın da satıcı-sağlayıcılardan ya da tacirlerden oluştuğu durumlarda kullanılan genel işlem koşulları ise işletme genel işlem koşulları olarak kabul edilmektedir¹⁴.

Tüketici genel işlem koşulları kullanıldığında işletme karşısında güçsüz konumda olan tüketicinin korunması , sözleşme adaletinin tekrar tesisi için genel işlem koşullarının denetlenmesi gerekmektedir . Buna karşın işletmelerin bir sözleşmenin tarafı olarak karşı karşıya geldiği hallerde ise bu genel işlem koşullarının yani işletme genel işlem koşullarının denetlenmesinin gerekip gerekmediği hususu belirsiz görülmüştür. Tüketici genel işlem koşulları ile işletme genel işlem koşulları arasındaki fark, işletme genel işlem koşullarında her iki tarafın da tacir olması sebebiyle tüketici gibi korunmaya muhtaç bir taraf bulunmaması ve GİK denetiminde tüketicinin taraf olduğu bir sözleşmeye nazaran denetimin ne ölçüde yapılacağının tespitinin zor olmasıdır. Her iki sözleşme tarafının da tacir olması durumunda kimin genel işlem koşulunu kullanan/düzenleyen olduğunu yani güçlü taraf olduğunu tespit etmek zor olacaktır. Zira tacir ile tüketiciyi, bilgi, deneyim, ekonomik güç bakımından aynı kefeye koymak imkanı bulunmamakta iken

¹²İlhan, **a.g.m.**, s. 29.

¹³Sungurbey, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁴Kocaman, **a.g.m.**, s. 1095; Atamer, **a.g.e.**, s. 54.

tacirden, sektörel uzmanlığı sebebiyle tarafı olduğu sözleşmenin içeriğine dair bilgi sahibi olması, rizikoları değerlendirmesi ve buna göre işlem yapması beklenmektedir. Sözleşmede yer alan hükümlerin sonuçlarını bilebilme konusunda tacirin, tüketiciye nazaran üstün olması gerekir. Nitekim bu husus Türk Ticaret Kanunu'nda da ifadesini bulmuş, tacirlere, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü (TTK mad.18/f. 2) getirilmiştir. Tacirlerin, işletme organizasyonu ve işleyişinde hız ve maliyet hususundaki önemi sebebiyle kendisine önemli bir yardımcı olan genel işlem koşulları içeren sözleşme kullanımının, tüketiciye nazaran daha fazla olduğunu kabul etmek gereklidir. Ayrıca tacirin, aleyhine olan sözleşme nedeniyle doğan zararı; bir ticari işletme işletiyor olmak hasebiyle üçüncü kişilere yansıtarak giderebileceği de dikkate alınmalıdır. Zira tüketicinin elinde böyle bir imkan yokken tacir, oluşan zararı tüketiciye yansıtarak zararının telafisini sağlayabilmektedir¹⁵.

Tüketicinin, tacir karşısında korunmasını gerektiren GİK denetiminin, tacir ile tacirin karşı karşıya geldiği halde uygulanıp uygulanmayacağı sorunu tartışma konusu olmuştur¹⁶. Örneğin her iki tarafın da tacir olduğu durumlarda, tarafların basiretli tacir gibi davranmak yükümlülüğünden bahsedilerek, sözleşme şartlarının müzakere edilmediği iddiası ile genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması yaptırımından faydalanmasına imkan verilemeyeceği ileri sürülebilir. Doktrinde pek çok sefer GİK kullanmış, lehe-aleyhe hükümleri ve sonuçlarını bilebilecek durumda olan iki tacirin karşı karşıya gelmesi ile tüketici ve tacirin karşı karşıya gelmesinin aynı olduğunun düşünölemeyeceği ifade edilmiştir. Doktrinde paralel şekilde, iki tacirin karşılıklı taraf olduğu durumlarda sınırlı bir denetime imkan verilmesi gerektiği, tacirin ancak beklenilmez hallerde güçsüz taraf olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş de bulunmaktadır¹⁷. Ancak bu görüşlere karşın Türk Borçlar

¹⁵Kocaman, **a.g.m.**, s. 1095; Atamer, **a.g.e.**, 54, 55; Atamer, **Tacirlerin Korunması**, s. 10, 11.

¹⁶ Alman GİK Yasası hazırlık sürecinde de ifade edilmiş olan bu görüşler neticesinde; GİK denetiminde tacirler açısından §9 kapsamında genel içerik denetimi ile korunma sağlanmış, yürürlük denetimi §2 ile yasak kayıtlara ilişkin §10 ve §11'in uygulama alanı bulmamasına karar verilmiştir. Kocaman, **a.g.m.**, s. 1095; Atamer, **a.g.e.**, s. 54, 55; Atamer, **Tacirlerin Korunması**, s. 10, 11.

¹⁷Atamer; güçsüz –güçlü taraf durumunun ortaya çıktığı tüketici ile tacir ilişkisine nazaran tacirin, tacir ile karşı karşıya geldiği durumu birbirinden ayırmak gerektiğini, bu durumda tacir tarafların, tüketiciler gibi değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Tacirlerin, genel işlem koşulları kullanımını yaygınlaştıran kimseler olmaları sebebiyle genel işlem koşullarının içeriklerini, sonuçlarını bildikleri

Kanunu ile tüm kullanıcılar için geçerli ve tüm sözleşmeleri kapsayan bir düzenleme getirilmiştir. TBK. mad. 20’de yer alan düzenleme ile sözleşme tarafının, tüketici-tacir ya da tacir-tacir olmasına bakılmamış, ayırım yapılmamıştır. Hatta TBK mad. 20/f. 4’de kanun ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle hizmet sunan kişi ve kurumların dahi GİK denetimine tabi tutulacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda kanun koyucunun, TBK mad. 20/f. 4 hükmü ile sözleşme taraflarının tüketici-tacir ya da tacir-tacir olup olmadığına bakılmaksızın denetime tabi tutulmasını amaçladığı açıktır. Doktrindeki görüşler de dikkate alındığında tarafların tüketici ya da tacir ayrımı yapılmaksızın GİK yönünden denetime tabi tutulacağı, ancak tacirin hükmün içeriğini bilmediği ya da bilemeyeceği iddiasının tacir taraflardan birinin daha güçsüz olması halinde ya da sözleşmeye yabancı sayılabilecek hükümlerin varlığı halinde kabul edilebileceği anlaşılmaktadır.

ve ekonomik yönden her zaman daha iyi bir seçeneğe gidebilme ihtimalleri mevcut olduğunu belirtmiştir. Atamer ayrıca Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda da pazarlık imkanı ve rekabet platformu desteklendiğinden tacirlerin GİK kullanımının, serbest rekabet ortamında korunması ile sınırlı bir denetime tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Atamer pazarlık imkanından çoğu zaman yoksun olan küçük-orta ölçekli işletmelerin, tüketicilere yönelik korumadan faydalanabileceği, ancak bunun istisnai olması gerektiğini ifade etmiştir. Örnek olarak ise bu nitelikteki bir işletmenin, bankadan kredi alacağı zaman sözleşme koşullarına müdahale edememiş olması halinde; denetim imkanlarından faydalanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Atamer, **a.g.e.**, s. 56, 57; Atamer, **Sempozyum**, s. 35. Yener tarafından Alman ve İsviçre Hukuklarında tüketici, tacir ayrımının kabul edildiği ve bu doğrultuda tüketici yerine tacirin taraf olduğu sözleşmede, genel işlem koşulunun kullanıldığı hususunda açık uyarı yapılmadığı halde dahi tacirin bunla bağlı olacağı ifade edilmiştir. GİK kullanımı ticari teamül halindeyse bu durumda açık veya örtülü yollama yapılmasa bile tacirin, genel işlem koşulunun sözleşme içeriği olacağını kabul etmiş sayılacağını belirtmiştir. Ancak tacirlerin de belli hallerde zayıf sözleşme tarafı olarak kabul edilebileceği, bu hallerde koruma sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Buna örnek olarak ise Alman Hukuku’nda tacirlerin de beklenilmez (şaşırtıcı, sözleşmeye yabancı) sözleşme şartlarına karşı korunacağını düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir. Atamer ile aynı doğrultuda bkz. Mehmet Deniz Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 138, 139. Sözleşmenin tarafının tacir-tacir ya da tacir- esnaf olduğu durumlarda; güçsüz tarafın varlığı halinde muhakkak GİK denetimi yapılacaktır. Örneğin KOBİ niteliğinde bulunan bir ticari işletme kredi çekmek istediğinde, karşısında güçlü bankayı bulacaktır. Bu durumda denetim olacağı açıktır. Ancak ekonomik açıdan birbirine eşdeğer ya da yakın güçte bulunan 2 bankanın sözleşmenin tarafı olduğu bir durumda ise GİK denetiminin genelde uygulanmayacağını söylemek doğru olacaktır. Zira bu bankaların tüm sözleşme hükümlerini değerlendireceği, değerlendirilmiş olacağı bu sebeple sözleşme hükümlerinin bireysel sözleşme haline geleceğinin kabulü gerekmektedir. Aydoğdu, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, s. 603-604. Taraflarının tacir olduğu sözleşmeler yönünden de genel işlem koşuluna ilişkin denetimin yapılması gerekebileceği, örneğin güçsüz konumda olan bir tacirin de sözleşmenin içeriğinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı mahiyetteki genel işlem koşuluna karşı korunması gerektiği ifade edilmiştir. Her iki tarafında tacir olduğu sözleşmeler yönünden genel işlem koşuluna karşı koruma ve denetim, esasen içerik denetimi yoluyla yapılacaktır. Yılmaz, **a.g.e.**, s.52, 73. Kocaman; Anayasa 172. mad. ve 173. mad. değerlendirildiğinde tüketicileri, esnaf ve sanatkarları koruma görevinin devlete verildiği görülmekte olduğu ancak tacirleri bunun dışında tutacak şekilde değerlendirme yapmanın doğru olmadığını ifade etmiştir. Tacir ve sanayicilerin de belli ölçüde denetimden faydalanması gerektiğini belirtmiştir. Kocaman, **a.g.m.**, s. 1096, 1097, 1103, 1104.

2. Birlik Genel İşlem Koşulları

Bazı meslek ya da hizmet gruplarınca örnek şekilde hazırlanmış, tek taraflı olarak düzenlenmiş, kendilerinin ve üyelerinin haklarını koruyucu nitelikte hükümler barındıran genel işlem koşullarına, birlik genel işlem koşulları denilmektedir. Bu şekilde hazırlanan genel işlem koşullarında; tek bir kurum veya sözleşmenin bir tarafı genel işlem koşulunu hazırlamamakta, bunun yerine bu tip genel işlem koşulları hazırlanırken sürece, sözleşme tarafının iştirak konusuna göre pek çok ilgili kurum katılmakta, hatta sözleşmenin karşı tarafını oluşturacak muhtemel kişilerin temsilcileri de genel işlem koşullarının oluşturulması sürecine dahil olarak görüşmelere katılmaktadırlar¹⁸. Genel işlem koşullarının bu doğrultuda hazırlanması ile güdülen amaç, uğraş konusu itibarıyla genel işlem koşullarının bir örnek olarak uygulanmasının sağlanmasıdır¹⁹.

Türkiye’de birlik genel işlem koşulları sigorta hukukunda görülmektedir. Bu da daha önceden ifade edildiği üzere 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu mad. 11’de düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı hukuk açısından İsviçre Bankalar Birliği tarafından 19.01.1966 tarihinde “örnek şartlar” şeklinde hazırlanmış birlik kuralları da buna örnek olarak değerlendirilebilir²⁰. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Türkiye’de bankalar yönünden genel işlem koşullarının tek tip belirlendiği ve tüm bankalarca uygulandığı, benzer bir uygulama mevcut değildir²¹.

¹⁸Bazı durumlarda; bu tip genel işlem koşullarının hazırlanması sürecine sözleşmenin karşı tarafını oluşturacak muhtemel kişilerin temsilcileri de (tüketici birlikleri gibi) katılmaktadır. Şebnem Akipek, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Seçkin Yayıncılık, 1999, s. 235.

¹⁹Bir meslek birliği tarafından hazırlanmış olan genel işlem koşullarının kullanılması ile meslek itibarının korunması da bir başka gayedir. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 375; Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 235.

²⁰İsviçre Bankalar Birliğinin görevlerinden birkaçı şunlardır; tüm bankaları bağlayacak nitelikte anlaşmalar yapmak, bu anlaşmalara üye bankaların katılmasını teşvik etmek, bankacılık işlemlerinde kullanılmak üzere “tavsiye sirküleri” yayınlamak. İbrahim Kaplan, “Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması”, **BATİDER**, Aralık 1987, Cilt 14, Sayı 2, s. 11; Şener Akyol, **Banka Sözleşmeleri Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsene’ye Armağan**, Afâ Matbaacılık İstanbul 2001, s. 97; Hasan Nerad, “Bankaların Genel İşlem Şartları Şeklinde Düzenledikleri Kredi Sözleşmelerinin Özellikleri ve Hükümleri”, **Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu-Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili**, Yayına Hazırlayan-Ali Cem Budak, Sanat Matbaacılık, 1993, s. 177.

²¹Tekinalp, **a.g.e.**, s. 375. Şener Akyol tarafından Bankalar Birliği’nce hazırlanacak tek tip banka sözleşmelerinin; köleleştirici hükümlere yer vermeyeceğinden faydalı olacağı görüşü belirtilmiştir. Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 97, 98. 01/11/2005 tarihli ve 25983 (Mükerrer) sayılı Resmi

ABD'nin bazı eyaletleri ve yine İsviçre'de taşıma, sigorta, mühendislik, mimarlık hizmetleri gibi konularda bir örnek uygulanan birlik genel işlem koşulları olduğu görülmektedir²². Alman Genel İşlem Koşulları Yasası'ndan sonra ise Almanya'da "Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Genel İşlem Koşulları, Seyahat Büroları Genel İşlem Koşulları, Genel Çalışma Şartları, Kredi Kurumları Genel İşlem Koşulları" kabul edilerek bu tip sözleşmelerin tek tip uygulandığı görülmüştür²³. Sadece meslek birliklerinin örnek ve tavsiye niteliğindeki davranış yasası görevini ifa eden örnek şartlara rastlanabilmektedir²⁴.

II. HUKUKİ MAHİYETİ

Genel işlem koşullarının yaygın olarak kullanılması; onların hukuki mahiyetini belirleme ve oluşturacağı hüküm açısından sonuçlarını tespit etme gerekliliğini doğurmuştur. Genel işlem koşullarının hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bunlar; norm görüşü, örf-adet veya teamül görüşü ve sözleşme görüşüdür.

A. Norm Görüşü

Daha önceden Alman Yüksek Mahkemeleri tarafından ortaya konulan norm görüşü ile genel işlem koşullarının, kanunlar gibi genel ve soyut oluşu sebebiyle bunların birer norm olduğu ve tıpkı kanunlar gibi değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Kanunlar ile GİK arasında kurulan bu benzerlik sadece GİK'in de soyut ve genel oluşundan kaynaklanmaktadır. Uygulamada; birden fazla kez somut durumlara uyarlamayı önlemek için bu şartlar genel ve soyut şekilde düzenlenmektedir. Bu durum, genel işlem koşullarının doğası gereğidir. Oysa hukuk normları, bireyler arası çıkar adaletini ve hakkaniyeti sağlayan kurallardır. Genel işlem koşullarında ise böyle bir durum, yani bireyler arası çıkar dengesinin

Gazete'de yayınlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu mad. 80/f. i'ye göre; "Müşteri haklarına dair hükümlerde öngörülen sözleşmelerin şekil ve içeriklerine ilişkin usul ve esasları belirlemek" Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği'ne verilmiştir. Ancak Bankalar Birliklerince hazırlanmış ve üyeleri tarafından bir örnek uygulanan kurallar mevcut değildir. Nerad, **a.g.m.**, s. 178.

²² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 375; Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 235; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 97.

²³ Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 97.

²⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 375; Sungurbey, **a.g.e.**, s.13.

kurulması, hakkaniyetin sağlanması durumu yoktur. Güçlü tarafı, GİK kullanarak kendi lehine hükümler tesis eder ve bu genel işlem koşullarını pek çok kere başka bireylerle yapacağı sözleşmelerde kullanır²⁵.

Kanun ve GİK doğasının hakkaniyet, adalet temelinde değerlendirilmesi ve zıt gayelere sahip olduğunun ortaya konmuş olması bir yana GİK'in, norm olmadığının en önemli kanıtı; oluşturulma merciidir. Zira unutulmamalıdır ki bir normun, nitelikleri itibariyle kanun gibi görülebilmesi için normun çıkarıldığı merciin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Genel işlem koşulları, işletmeler, tacirler kısacası bireyler tarafından oluşturulabilirken kanunlar Anayasa mad. 6 ve 7'de de düzenlenmiş olduğu üzere ancak yasama organınca oluşturulabilir. Müteşebbisler, genel, bağlayıcı, objektif normlar düzenleyemezler. Kanun koyma yetkisi kişi ya da topluluklara verilemez²⁶.

Önceleri Alman Yüksek Mahkemeleri tarafından genel işlem koşullarının soyut ve genel yapısı itibariyle "hukuki norm" olduğu şeklindeki niteleme, sonradan tamamen reddedilmiştir. Bu niteleme bugün de kabul edilmemektedir²⁷.

B. Örf-Adet veya Teamül Görüşü

Genel işlem koşullarının örf-adet veya teamül olduğu görüşü de bulunmaktadır. Bu görüş İsviçre Hukuku'nda bazı durumlarda, bankaların genel işlem koşullarının bağlayıcılıklarını; bunların örf ve adet veya teamül olduğu şeklinde açıklama yoluna gidilmesi ile oluşmuştur. Ancak bazı hallerde kabul edilen bu görüş, Türk Hukuku açısından kabul görmediği Tekinalp tarafından ifade edilmiştir²⁸.

Örf ve adet hukuku kuralları²⁹ uzun süre devam etmiş, toplu uygulamalar sonucu oluşmaktadır³⁰. Ancak genel işlem koşulları bu nitelikte değildir. Nitekim

²⁵ Sungurbey, **a.g.e.**, s. 20; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 379; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 140; Bahtiyar, **BATİDER**, s. 95, 96; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s.145; Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 226; Akman, **a.g.e.**, s. 88.

²⁶ Sungurbey, **a.e.**, s. 20; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 140; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s. 145; Akman, **a.e.**, s. 89.

²⁷ Sungurbey, **a.e.**, s.20; Rehbinden, **a.g.m.**, s. 647; Akman, **a.e.**, s. 89.

²⁸ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 379.

²⁹ Örf ve adet kurallarını ikiye ayırabiliriz. Bunlar genel örf ve adet kuralları, özel örf ve adet kurallarıdır. Genel örf ve adet kuralları; ülkenin tamamında geçerli kabul edilmiş ve halkın

Türk Hukuku'nda örf ve adet hukuku, teamülden kesin olarak ayrılır³¹. Ticari örf ve adetler, hukuk kuralı olarak hukukun kaynaklarından biridir ve bu kurallar TMK. mad. 1 ve TTK. mad. 2 gereği hükme esas olurlar. Her banka tarafından uygulanmakta olan farklı genel işlem koşulları “toplu uygulama” unsurunu yok etmektedir. Her banka için ise ayrı örf ve adet kuralı geçerli olamayacağından banka kurallarının, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi örf ve adet kuralı gibi görülebilmesi mümkün değildir. Ayrıca banka GİK'lerini, eylemli (fiili) alışkanlık yani teamül olarak kabul etmek de imkansızdır. Teamül; belli faaliyet ve yaşam alanlarında “yerleşmiş”, “benimsenmiş”, “başka türlü itibar görmeyen kurallar”³² olarak nitelendirilir. Teamülün, belirli bir meslek grubunda veya yörede uygulanagelen davranış kuralları olduğu ifade edilmiştir³³. Ancak bu kurallar, örf ve adet kuralları gibi sürekli şekilde uygulanmazlar. Örneğin; kira parasının ay başında ödenmesi ya da elden götürülmek yerine bankaya yatırılması birer teamüldür. Teamülün varlığından söz edebilmek için teamülü uygulayanların açık ya da örtülü muvafakati

uygulanması konusunda çok yaygın olarak görülen, pekişmiş kurallardır. Özel örf ve adet kuralları; mekan, şahıs, meslek topluluğu olarak sınırlı bir uygulama alanında geçerli olan kurallardır. Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 308; Rona Serozan, **Medeni Hukuk-Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 94.

³⁰Örf –Adet Hukukuna dair yazılı kurallar bulunmamaktadır. TMK. mad 1; “*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*” şeklindedir. Kanunda açıkça atıf yapılmış olan örf ve adet kuralları, tamamlayıcı hukuk kuralıdır. Yazılı hukuk kurallarının olmadığı yerde örf ve adet hukuku kuralları devreye girer. Örf ve adet kuralında genel bir uzlaş ve uzun süreli uygulama mevcuttur. Bu kurallar toplumun ortak uygulamaların, bünyesinden doğmuştur, yani yaratıcısı toplumdur. Yazılı ve yazılı olmayan emredici hukuk kurallarına, ahlaka aykırı örf ve adet hukuku gelişemez. Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, Vedat Kitapçılık, Gözden geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 2011, s. 75, 76; Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 311, 312; Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 30; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 94; Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 96.

³¹ Hatemi, **Medeni Hukuk**, s. 77; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 380; Serozan, **Medeni Hukuk**, s.96; Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 226.

³²Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 101.

³³ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 96

gerekmekte, taraflar arası uzlaşının olması gerekmektedir³⁴. Bu iradenin ise genel işlem koşulları yönünden bulunmadığı görülmektedir³⁵.

C. Sözleşme Görüşü

Genel işlem koşullarının, sözleşme hükmü olması halinde anlam ifade edeceği aksi halde hukuki açıdan değersiz olduğu görüşü baskın olarak kabul edilen³⁶, kanaatimizce de isabetli olan görüştür. Buna göre; genel işlem koşulları, sözleşme içine girerek sözleşme muhtevasında yer almakla anlam ifade etmektedirler. Genel işlem koşulları, tarafların bilerek isteyerek bunları sözleşme içeriğine dahil etmeleri halinde geçerlilik kazanacağından bundan önce değersiz şartlardır. Genel işlem koşulları, sözleşme içeriğine girmeden önce taslak bir metin, tasarıdan ibarettir. Bu sebeple genel işlem koşulları ancak tarafların kabulü ile sözleşmeye dahil olduktan sonra bağlayıcılık kazanırlar, sözleşmesel niteliktedirler³⁷.

III. UNSURLARI (TBK. mad. 20)

Genel işlem koşulunu, doğru tanımlamak ve üzerinde tartışılmış bir sözleşmedeki güçsüz taraf aleyhine aykırı olacak hükümden de farklı değerlendirmek ve denetime tabi tutmak gerekmektedir³⁸. Ayrıca sözleşme hükmünün, GİK olup olmadığının tespiti; hükmün denetiminin hangi kanun maddesine göre yapılacağını belirleyeceğinden de büyük önem arz etmektedir. Sözleşme metni içerisinde yer alan bir şartın, GİK olarak kabul edilebilmesi için aşağıdaki unsurları taşıyor olması gerekmektedir. Zira buna göre GİK denetimine tabi olup olmayacağı belirlenecektir. Bir sözleşme hükmünün, GİK sayılabilmesi için düzenleyen/kullanan tarafından

³⁴Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 96; Işıқтаç, **Örf ve Adet Hukuku**, s. 27, dipnot 86; Dursun, **a.g.e.**, s.98. Teamülün, “iktisadi bir sektörde uyulan gelenek üzerine dayandırılmış olan kurallar” olduğu ifade edilmiştir. Oftinger, Jeanpretre, **a.g.e.**, s. 49.

³⁵Sungurbey, **a.g.e.**, s. 20; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 380.

³⁶Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.157; Sungurbey, **a.e.**, s. 20; Akman, **a.g.e.**, s. 89; Tamer İnal, **Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, Beta Basım, 2005, s.142; Bahtiyar, **BATİDER**, s. 96; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 144; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s. 145.

³⁷Sungurbey, **a.e.**, s. 20; Akman, **a.g.e.**, s. 89; İnal, **Tüketici Kredisi**, s.142; Bahtiyar, **BATİDER**, s. 96; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 144; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s. 145; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.e.**, s. 157; Şeker, **a.g.e.**, s. 11, 12; Özgür Karadağ, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 44.

³⁸Akman, **a.g.e.**, s. 93.

önceden tek başına hazırlanması, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla oluşturulması ve karşı tarafa bütün halde kabul edilmesi için sunulması gerekmektedir.

Öyleyse unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1- Önceden tek taraflı olarak hazırlanmış olma,
- 2- Birden çok defa kullanılmayı amaçlama,
- 3- Müzakere edilmeksizin karşı tarafa sunulmadır.

Bu unsurların ilk ikisi TBK mad. 20’de belirtilmiş ve üçüncüsü ise Türk Borçlar Kanununda “karşı tarafa sunma” olarak geçen ifadenin açıklanmış halini oluşturmaktadır. Nitekim son unsur, Türk Borçlar Kanununda “karşı tarafa sunma” şeklinde belirtilmekte ve müzakere imkanından yoksunluk üzerinde durulmadığı görülmektedir. Oysa bu ifadenin “müzakere edilmeksizin karşı tarafa sunulma” şeklinde değiştirilmesi daha uygun olacaktır. Kanaatimizce ileride de görüleceği üzere bu anlam Türk Borçlar Kanunu gerekçesinden de çıkarılabilecektir, bu kapsamda konu detaylandırılarak söz konusu bu farklılık da dikkate alınarak genel işlem koşulunun unsurları belirlenmeye çalışılacaktır³⁹. Ayrıca unutulmamalıdır ki GİK, Türk hukukunda 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce kanuni düzenleme açısından yeterince yer almayan bir konu olup tanımlar ihtiyaçlara göre değişebilmektedir⁴⁰.

Sözleşmede yer alan bir şartın, GİK sayılabilmesi için yukarıda sayılan unsurlardan her birinin mevcut bulunmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuş, nitelendirmede farklı görüşler ortaya atılmıştır. Unsurların detaylı olarak incelendiği bölümde bu konu üzerinde durulacaktır.

³⁹ Bknz. 63 vd.

⁴⁰ Yabancı mevzuat, doktrin ve içtihatlar ışığında GİK tanımının ilerleyen süreçte, GİK denetimi altında yatan gaye ile sözleşme özgürlüğü ve adaletin korunması ilkesiyle birlikte değerlendirilerek daha da anlam kazanacaktır. Bu konu “Sözleşmenin Müzakere Edilmeksizin Karşı Tarafa Sunulması” alt başlığında detaylı olarak ele alınacaktır. Bknz. Üçüncü Bölüm, III. Unsurları, C. Hazırlanan Sözleşmenin Müzakere Edilmeksizin Karşı Tarafa Sunulması, s. 63.

Genel işlem koşulunun sadece yukarıda belirtilen unsurları taşıyor olması sebebiyle denetime tabi tutulacağında şüphe yoktur. Öyle ki ilgili şart emredici hukuk kurallarına, dürüstlük kurallarına ve ahlak kurallarına aykırı olmasa, hatta taraflardan biri aleyhine hükümler içeriyor olmasa dahi sadece yukarıda belirtilen unsurları barındırıyor olması sebebiyle GİK olarak değerlendirilebilecek ve denetime tabi tutulabilecektir. Buna karşın yukarıda belirtilen unsurları taşımayan bir sözleşme hükmüne ilişkin geçersizlik; emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık açısından ya da aşırı yararlanma açısından değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan yukarıda belirtilen unsurların sözleşme hükmünde bulunup bulunmadığının tespiti büyük önem arz etmektedir. Örneğin bir sözleşme hükmü, yukarıda bahsedilen unsurları taşımasa dahi taraflarından birinin tüketici olduğu sözleşmede yer alıyor ve tüketicinin haklarını önemli ölçüde zedeliyor ise GİK olmasa bile TBK denetiminden çıkarak TKHK mad. 5 çerçevesinde haksız şart olarak değerlendirilebilecek ve denetime bu yönüyle tabi tutulacaktır.

A. Önceden Tek Taraflı Olarak Hazırlanmış Olma

Genel işlem koşullarının, önceden tek başına hazırlanmış olması; nitelendirme yönünden zorunlu unsurlardan biridir. Tek başına hazırlama (hazırlanma) ile kastedilen sözleşmenin tek taraflı olarak hazırlanmasıdır. Buna göre sözleşmenin taraflarından biri vesilesiyle hazırlanması, hazırlattırılması ya da sözleşmenin karşı tarafının dahil olmadığı birden fazla kişi ile birlikte hazırlama hali “tek başına hazırlanmış olma” halidir. Örneğin sözleşmedeki genel işlem koşullarını düzenleyen güçlü tarafın, GİK içeren sözleşmeyi hazırlama işini noterlik yapan bir arkadaşıyla yürütmesi ya da GİK içeren sözleşme hazırlama işini bir grup avukata vermiş olması hali dahi; sözleşmedeki şartların “önceden tek başına hazırlandığı” anlamına gelecektir⁴¹.

⁴¹ Tek başına hazırlanmış olma ile kastedilen “tek taraflı olarak hazırlanmış olma” ya da sözleşme hazırlama işlemine karşı tarafın dahil edilmemesidir. Arıkan, **a.g.m.**, s. 70. Atamer, **Sempozyum**, s. 15.

Önceden ve tek taraflı olarak hazırlanmış olma kriterini değerlendirirken dikkat edilmelidir. Zira sözleşme kurulmadan önce metnin hazırlandığı ancak her iki tarafın katılımı ile müzakeresi sonucunda sözleşme şartlarının belirlenmesi halinde bu hükümlerin, GİK oluşturmayacağını kabul etmek gereklidir⁴².

Sözleşmenin tek taraflı olarak hazırlanması ya da üçüncü kişiye hazırlattırılması ile ileride kurulması muhtemel sözleşmeler yönünden çıkabilecek farklı uygulama, ifade ya da sözleşme hükümlerinin oluşması engellenmekte, böylece tek tip sözleşme ile ileride düzenleyen/kullanan açısından çıkabilecek sorunların çeşitliliği engellenmiş olmaktadır⁴³. Bu husus genel işlem koşulunun sözleşmede tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biridir.

Buna göre önceden tek taraflı hazırlanan şartların sözleşme metni içinde, ekinde ya da atıfla belirtilmesi, yazı, baskı türü önem arz etmeyecektir⁴⁴. Ayrıca genel işlem koşulunun yazılı olması da aranmayacak, işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması da yeterli sayılacaktır. Burada önem arz eden GİK kullananın, genel işlem koşullarını yazılı hale geçirmemiş ancak temelde soyut olarak belirlemiş, tüm temsilcilerine ileride yapılacak sözleşmelerin, kendisinin belirlemiş olduğu şartlar çerçevesinde oluşturulacağını benimsetmiş olmasıdır. Bu yolla oluşacak genel işlem koşullarına pek az rastlanacağı ifade edilmiştir⁴⁵. Aynı amaçla farklı metinlerin kullanılması, madde numaralarının değiştirilmesi, ifade şeklinin değiştirilmesi, metnin kısaltılması da o şartın, GİK olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir⁴⁶.

⁴² Atamer, **a.g.e.**, s. 65; Bahtiyar, **BATİDER**, s. 101.

⁴³ Bigat, Lokmanoğlu, **a.g.m.**, s. 3148; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 159, 160.

⁴⁴ TBK mad.20/f. 1 c. 2; “*Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*” Genel işlem koşulunun, sözleşmenin yapıldığı yere asılmış olması da söz konusu şartların, GİK niteliğini değiştirmeyecektir. Zira park yeri, otopark kullanımında; işletmelerce GİK kullanımının tercih edileceği ortadadır. İşin niteliği gereği GİK kullanımı; bu gibi yerlerde genel işlem koşullarının görülebilecek şekilde asılması usulüyle yapılmaktadır. Atamer, **a.g.e.**, s.65; Rehbindir, **a.g.m.**, s. 647; Eren, **a.g.e.**, s. 198; İpek Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, 2007, s.77; Atamer, **Sempozyum**, s. 12, 13.

⁴⁵ Atamer, **a.g.e.**, s. 65; Atamer, **Sempozyum**, s. 12, 13.

⁴⁶ TBK mad.20/f. 2; “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez*” şeklindedir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 113.

B. İleride Çok Sefer Kullanmayı Amaçlama

Genel işlem koşullarının tanımı yapılırken, düzenleyenin genel işlem koşulunu ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede⁴⁷ kullanmak amacıyla hazırladığı ifade edilmiştir. Sözleşme taraflarından birinin, önceden tek taraflı olarak ancak diğer taraf ile o sözleşmeyi akdetmek gayesiyle hazırladığı sözleşme şartlarının; GİK oluşturduğunu iddia etmek mümkün değildir. Böyle bir durumda bu metnin taslak bir metin olduğu ileri sürülebilecektir⁴⁸. Ancak tek taraflı olarak önceden hazırlanan sözleşmenin, “ileride pek çok sayıda benzer sözleşmede” kullanılması gayesiyle hazırlanması ve karşı tarafa sunulması halinde bu sözleşme hükümlerinin, GİK sayılacağı da açıktır.

Bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride pek çok sayıda sözleşme için kullanılma gayesinin bulunmadığı hallerde genel işlem koşulunun oluşup oluşmayacağı hakkında doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Örneğin *Sungurbey* tarafından Alman içtihatlarında 1994 yılına kadar, sözleşmenin ileride pek çok sayıda sözleşme için kullanılmak üzere hazırlanmış olmasının aranmadığı ifade edilmektedir⁴⁹. *Kılıçoğlu* tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşmenin, ileride pek çok sefer kullanılması gayesinin, GİK nitelendirmesinde yeri olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre ileride pek çok kez kullanma unsuru olmadan, tek bir durum için önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme şartlarının kullanımının da GİK içerebileceği belirtilmiştir⁵⁰. Bir yandan koşulların birden fazla sözleşme için düzenlenmiş olmasını yeterli sayarak aslında birden fazla

⁴⁷ Önceden hazırlanmış olan pek çok metinde; aynı veya benzer kelime ya da cümlelerle ifade edilmiş genel işlem koşullarından birinde, farklı diğer özdeş metinlerde yer almayan bir şart varsa o halde bu şartı diğer GİK içeren metinler ile bir tutmamak gereklidir. Örneğin önceden hazırlanan yüz adet kredi sözleşmesindeki şartlar, GİK kabul edilebilecektir. Ancak yine kredi verilmesi maksadıyla hazırlanmış olan bir kredi sözleşmesinde; diğerlerinde bulunmayan “ona özgü” hüküm, genel işlem koşulu sayılmayabilecektir. Zira bu hüküm, sadece sözleşmenin karşı tarafı için hazırlanmış bir hükümdür⁴⁷. Bir bakıma sadece karşı taraf için özel olarak hazırlanan hüküm, bireysel sözleşme niteliğinde olacaktır.

Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 162.

⁴⁸ Sefa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

⁴⁹ Sungurbey, **a.g.e.**, s. 15.

⁵⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 113.

sözleşmede bilfiil kullanılmış olmasını aramayan görüş de mevcuttur ⁵¹ . *Kocayusufpaşaoğlu*; genel işlem koşulundan bahsedebilmek için bunların, bir tek sözleşme içinde değil, birden fazla sözleşmede kullanmak üzere hazırlanmış olması gerektiğini ancak birden fazla kullanma gayesi ilk seferde tespit edilebiliyor ise ilk kullanımda da genel işlem koşulunun varlığından söz edilebileceğini belirtmiştir⁵². İleride birden fazla sözleşme için hazırlanmış olma unsurunun varlığı halinde bunun GİK olacağının aşıkardığını, ancak her halükarda bunu tespit etmenin yani bir sefer için mi yoksa çok sayıda kullanım maksadıyla mı hazırlandığını tespit etmenin zor olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple ihtilaf halinde güçsüz tarafı koruyan şekilde; tek sefer için hazırlanmış olduğunu, şartların GİK niteliğinde olmadığını iddia eden tarafın (satıcı, sağlayıcı, güçlü taraf) bunu ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir. İspat yükümü kendine düşen tarafın, bunu gerçekleştirememesi halinde ise şartların; GİK sayılması gerektiğini belirtmiştir⁵³.

TBK mad. 20/f. 1’de genel işlem koşullarının unsurları belirtilirken; ileride pek çok sefer kullanılmasının amaçlanmasına yer verilmiştir. Bu bağlamda mevcut düzenleme, genel işlem koşullarının denetlenmesi için hangi sözleşme hükümlerinin, GİK olduğunun tespiti hususunda önemli bir araçtır. Zira genel işlem koşullarının oluşumunun tarihsel süreci incelendiğinde yani sanayileşme, standartlaşma, arz-talep ihtiyacının hızla giderilmeye çalışılması hususlarına dikkat edildiğinde, genel işlem koşullarının oluşturulmasında, ileride pek çok sefer kullanılma gayesinin güdüldüğü göz önünde bulundurulmalıdır. İleride pek çok kez kullanılma hususunun ihtilaf konusu olması halinde ise *Kocayusufpaşaoğlu*’nun belirttiği gibi güçsüz tarafı

⁵¹Bu görüşe katılmak doğru olacaktır. Zira TBK mad. 20’de de “kullanılma amacıyla hazırlanma” ifadesine yer verilmiştir. Rehbindir, **a.g.m.**, s. 647; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 160; Bigat, Lokmanoğlu, **a.g.e.**, s. 3148.

⁵² *Kocayusufpaşaoğlu*, **a.g.e.**, s. 233; Atamer, **a.g.e.**, s. 66; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003, s. 81-84.

⁵³ *Kocayusufpaşaoğlu*, **a.g.e.**, s. 233. Atamer tarafından birden fazla kullanım olgusunun müşteri, tüketici tarafından bilinmeyeceği ifade edilmiştir. Atamer, **a.g.e.**, s. 68, 69.

koruyan şekilde ispat yükünün, sözleşme hükmünün sadece o sözleşme için hazırlandığını iddia eden güçlü tarafa bırakılması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁴.

İleride pek çok sefer kullanılma halinde genel işlem koşullarının unsurunun mevcut olduğunu kabul etmek zaruridir. Genel işlem koşulunun varlığı için, ileride pek çok sefer kullanılmasının amaçlanmasının yeterli olduğunu ayrıca kullanılmasının zorunlu olmadığını da ifade etmek gerekir⁵⁵. Bu doğrultuda Alman GİK Yasası'nın "ileride çok sayıda sözleşmede kullanılma gayesini" barındıran GİK tanımı; 2002 yılında Alman Medeni Kanun mad. 305'e aynen aktarılmıştır. Bu revizyonda dahi, uzun yıllardır ayrı bir GİK Kanunu olan Alman hukukunda, Alman Medeni Kanunu mad. 305'de "çok sayıda sözleşme için" önceden düzenlenmiş olma unsurunun korunduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁶. Her ne kadar AB Yönergesinde birden fazla kullanım unsurundan vazgeçilmiş⁵⁷ olsa da GİK nitelendirmesinin, GİK denetimindeki önemi dikkate alındığında; tarihsel sürece ve "genel işlem koşulları" ifadesinde yer alan "genel" sözcüğüne daha da dikkat etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Atamer tarafından formüller bir kitaptan alınmış ya da dernek, kurum gibi üçüncü kişinin hazırlamış olduğu matbu sözleşme metninin ya da maddelerinin bir sefer olmak üzere kullanılması dahi bunların birden çok defa kullanılması gayesiyle hazırlandığını değiştirmeyeceği, bu sebeple bu nitelikteki şartların, genel işlem koşulları sayılacağı ifade edilmiştir. Örneğin bir kitapta bulunan taşınmaz satım sözleşmesinin aynen ya da benzer şekilde kullanılması halinde; kitabın hazırlanış gayesi yani pek çok kişiye ulaşması hedefi bulunduğu ve sözleşme şartları bu doğrultuda kaleme alındığından bunu kullanan kişi sadece tek bir satım işlemi için bunu kullansa bile sözleşme şartları, genel işlem koşulları niteliğinde olacağı

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, ispat külfeti üzerinde bulunan tarafın bu yükümü gerçekleştirememesi halinde sözleşme hükmünün GİK olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, **a.e.**, s. 233.

⁵⁵ Atamer, **a.e.**, s. 66, 67; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 70; Atamer, **Sempozyum**, s. 16.

⁵⁶ Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 63. Atamer ve Çınar tarafından ifade edildiği üzere; Alman doktrin ve uygulamasında korunan "ileride pek çok kez kullanılmış olma unsuru" ile kastedilen en az 3 sefer kullanılma olduğudur. Ancak Arıkan gerek Türk doktrini gerekse de Türk uygulamasında belli bir sayı sınırlaması bulunmadığını belirtmiştir. Atamer, **a.g.e.**, s. 67; Çınar, **a.g.e.**, s. 57; Arıkan, **a.g.m.**, s. 70 ve Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 233, dipnot 26.

⁵⁷ Atamer, **a.e.**, s. 67, 68.

belirtilmiştir. Aynı durumun kira sözleşmesinin, matbu olarak hazırlanan bir metin şeklinde kullanılması halinde var olacağı da ifade edilmektedir. Buna göre matbu olarak pek çok kaynaktan temin edilebilecek olan kira sözleşmesinde, kiraya verenin başkaca kiralama işlerinde o sözleşmeyi kullanma gayesi içinde olup olmadığının araştırılmayacağı ve sözleşmenin GİK niteliğinde olması sonucunu doğuracağı bir kısım yazar tarafından ifade edilmiştir. Akman ve Bahtiyar tarafından ise tarafların gelecekte çok sayıda kira sözleşmesi yapma gayesi içinde olmaması ve kayıtların formüler bir kitaptan alınmış olması ile bu sözleşme kayıtlarının önceden bir taraf hakimiyetinde hazırlanmaması sebebiyle genel işlem koşulunun varlığının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁸. Kiraya verenin, matbu kira sözleşmesini, gerek birkaç yıllığına evini kiralayacağı kiracı ile gerekse de sonrasında evini yeniden kiraya vereceğinde yapacağı kiralama işlemlerinde kullandığı görülmektedir. Kiraya verenin ileride çok sayıda aynı kira sözleşmesini kullanma gayesini barındırmasının yeterli olacağı kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra kiraya veren kiracı ilişkisinde; güçsüz taraf olarak göreceğimiz kiracının, kira sözleşmesine etkisinin çok az olabileceği bunun da genellikle kira tutarı üzerinde olacağı yadsınmamalıdır. Bu sebeple kiraya verenin evini ileride de kiralama gayesi mevcut olacağından aynı kira sözleşmesini daha sonraki kiracılarıyla da akdetme düşüncesi içindeyse, aynı kira sözleşmesini kullanma gayesi var ise karşı tarafa müzakere imkanı tanımıyorsa burada hem önceden tek taraflı hazırlanma hem ileride çok sefer kullanmayı amaçlama hem de müzakere edilmeme koşullarının var olduğu, kira sözleşmesinin GİK niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

AB yönergesinde denetimin en önemli parçasını oluşturan pazarlık unsurundan yoksunluk kriterinin varlığı halinde tüm sözleşmeler yönünden pek çok kez kullanılсын ya da kullanılmasın denetim öngöröldüğü görölmektedir. Bu sebeple burada denetlenen sözleşme hükmü, kötüye kullanılabilir şartlar mahiyetindedir.

⁵⁸Genel işlem koşullarından dolanma yolu olarak düşünölen aynı anlama gelecek benzer ifadelerin, hükömlerin kullanılmasının; o hükömlerin, GİK niteliğini değiştirmeyeceği ifade edilmiştir. TBK. mad. 20/f. 2’de düzenlenen bu husus doğrultusunda verilen örnekte de aynen kullanılmasını beklememek, mutlak örtüşme aramamak doğru olacaktır. Atamer, **a.g.e.**, s. 67, 68; Rehbindir, **a.g.m.**, s. 647; Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s.63; Arıkan, **a.g.m.**, s.70; Atamer, **Sempozyum**, s. 16; Çınar, **a.g.e.**, s. 58. Farklı görüş için bknz. Akman, **a.g.e.**, s. 87, 88; Bahtiyar, **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması**, s. 102.

İleride pek çok sefer kullanılma unsurdan yoksun şekilde genel işlem koşullarını geniş yorumlamak; sadece genel işlem koşullarının değil, kötüye kullanılabilir mahiyetteki tüm şartları, yani tüketiciler yönünden haksız şartları, tüketiciler dışındaki sözleşme tarafı için ise Borçlar Hukuku genel ilkelerine başvurularak denetimi sağlayacaktır. Şöyle ki; GİK niteliğinde ve TBK mad. 20’de bahsedilen unsurları içeren sözleşme şartlarının, TBK mad. 20-25 maddeleri aracılığıyla denetlenmesi gerekmektedir. Ancak “ileride pek çok kez kullanılma gayesi bulunmayan”, tek taraflı, önceden hazırlanmış ve müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerini denetlemede ise tüketiciler yönünden TKHK, tüketici olmayan taraf lehine yapılacak denetimin ise Borçlar Hukuku’nun genel ilkelerine yani hükümsüzlük, aşırı yararlanma, dürüstlük kuralına aykırılık gibi ilkelere başvurularak yapılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁵⁹.

AB Yönergesine de yansıyan pazarlık edilmemiş hükümlerin denetimi ile sözleşme içeriğini denetlemeye, adalet ve hakkaniyet dengesi kurulmaya çalışılmaktadır. Oysa GİK denetiminde, sözleşmedeki adalet ve hakkaniyet dengesine girmeden şeklen de denetim yapılmasına imkan veren bu unsurların varlığı ve tespiti önem arz etmekte, hakim için yol gösterici olmaktadır⁶⁰. Nitekim genel işlem koşullarının, karşı taraf menfaatine aykırı, bilgi verilmemiş ve kabul edilmemiş olması halinde yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşılacağı dikkate alındığında; GİK nitelendirmesinde “ileride pek çok kez kullanılmasının amaçlanması” hususuna daha da önem vermek gerektiği kanaatindeyiz. Zira GİK nitelendirmesi dışında kalacak yani unsurlardan birinin eksik bulunduğu sözleşme hükmü; karşı taraf menfaatine aykırı, bilgi verilmemiş ve kabul edilmemiş olması halinde yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmamalı, karşı taraf olan tüketici ise haksız şart hükümlerine⁶¹ ya da Borçlar Hukuku genel ilkelerine başvurularak adalet ve hakkaniyet sağlanmalıdır.

⁵⁹ Aynı görüşte Atamer, **a.g.e.**, s. 68, 69.

⁶⁰ Atamer, **a.e.**, s. 69.

⁶¹ TKHK kapsamında belirtilen haksız şart kavramında, tüketici aleyhine önceden tek taraflı hazırlanan sözleşmenin, birden fazla kullanılma gayesi bulunup bulunmadığı hususunda madde metninde açıkça ileride birden fazla kullanılma gayesinin bulunduğu belirtilmediğinden haksız şartın tek bir tüketici için hazırlanmış sözleşmede dahi denetlenmesinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu hususta

C. Hazırlanan Sözleşmenin Müzakere Edilmeksizin Karşı Tarafa Sunulması

TBK mad. 20’de karşı tarafa sunulmak ile kastedilen gerçekten de sözleşmenin bir tarafının, önceden tek başına ileride pek çok sözleşmede kullanmak üzere hazırladığı sözleşmeyi, karşı tarafa imzalaması ya da onaylaması için sunmasıdır. Buradaki sunma işlemi; karşı tarafa pazarlık imkanı vermek, sözleşmenin incelenmesi, değerlendirilmesi, müzakere edilmesi ve ihtiyaç ya da talep var ise değişiklik yapılması imkanı vermek gayesi taşımamaktadır. GİK kullanımındaki sunma işlemi; hazır sözleşmenin dayatılması ve imzalanması ya da onaylanmasının buyrulması sürecini kapsamaktadır. Şayet sözleşme taraflarından biri, önceden tek başına hazırladığı sözleşmeyi karşı tarafa sunmuş ve bu hükümler karşı tarafça değerlendirilmiş, bu değerlendirme sonucunda kabul edilmiş ya da değiştirilmiş iseler burada GİK olduğundan bahsedilmemesi gerekmektedir⁶².

Önceden hazırlanan sözleşmeyi karşı tarafa sunan ve sözleşmenin, hazırlanan GİK doğrultusunda kurulması gayesinde olan kullanıcıdır⁶³. Sözleşmenin her iki tarafı, üçüncü bir kurum ya da kuruluşun hazırlamış olduğu genel işlem koşullarının kullanılması konusunda müzakere ederek uzlaşırsa söz konusu genel işlem koşulları, doğrudan yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olmayacak zira bu durumda taraflardan biri diğerine, müzakere ya da pazarlık imkanını ortadan kaldıracak şekilde etki etmemiş demektir. Tarafların ortak tayin ettikleri avukat ve noterlerin,

belirsizliğin giderilmesi yönünde eleştirisi bulunan Baykan tarafından 4077 sayılı TKHK 6. Maddede, ileride birden fazla kullanılma gayesinden bahsedilmediği ancak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte standart sözleşmelerin yani ileride pek çok sefer kullanılma gayesinin güdüldüğü sözleşmelerin denetimine yer verildiğini ifade edilmiştir. Baykan; bunun belirsizlik yarattığını, 4077 sayılı TKHK mad. 6’daki “her türlü sözleşme” ifadesi yerine “her türlü standart yazılı sözleşme” ifadesine yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki TKHK’da temel gaye tüketicinin, sözleşme özgürlüğü ve adaletinin zedelendiği her yerde korunmasıdır. Öyleyse 4077 sayılı TKHK maddesinde belirtilmemiş olan ileride pek çok kullanılma gayesinin haksız şartın unsuru olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira bu doğrultuda bir kabul zaten TBK’ da düzenlenmiş GİK hükümlerinin tekrarı olacak, tek bir tüketiciyle yapılacak sözleşmedeki haksız şartın denetlenememesi sonucunu doğuracaktır. Ayrıca yönetmeliğin, Kanun’dan farklı olamayacağı ancak Kanunu destekleyecek veya açıklayacak nitelikte olabileceğini hususu da dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda haksız şart konusunda belirttiğimiz hususlar göz önünde bulundurulduğunda; ileride pek çok kez kullanılma gayesinin bulunmadığı şartların, GİK olmadığı ancak haksız şarta (ya da Borçlar Hukuku temel ilkelerine) göre bu şartların denetiminin yapılabileceği savımızı desteklemektedir. Farklı görüş için bkz Renan Baykan, **Tüketici Kanunu Çözüm Önerileri**, s.86.

⁶² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 113.

⁶³ Atamer, **a.g.e.**, s. 69, 70.

üzerlerine insiyatif olarak önceden oluşturdıkları matbu sözleşme metnlerinin GİK niteliğinde olmaması; sözleşmede, taraflardan biri yönünden diğeri üzerinde sözleşmenin kendi isteği doğrultusunda şekillenmesi baskısı bulunmuyor olması halinde mümkündür. Avukat şayet sözleşmenin bir tarafına yakın durarak o tarafın menfaatine hareket ediyorsa o halde taraf temsilcisinin ve genel işlem koşullarının varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Ancak avukat ya da noter; her iki tarafa eşit mesafede ise yapılan sözleşmelerin, bireysel sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekeceği somut olayın niteliğine göre söylenebilecektir⁶⁴.

Çoğu zaman uygulamada çıkan sorun; inceleme, müzakere edilme ve kabulün gerçekten yapıp yapılmadığıdır. Bu doğrultuda sözleşme metnine konulan, “sözleşme koşullarının her birinin tartışıldığı ve sonrasında kabul edildiğini” anlatan hükümlerin bir anlam ifade edip etmeyeceği ile uygulamada sıkça rastlanan, sözleşmenin her sayfasının imzalanması suretiyle sözleşme metninin incelendiği intibasını yaratmaya çalışmanın GİK denetimi yönünden nasıl değerlendirileceğidir. Zira sözleşme metninde geçen bu nitelikteki bir ifadenin GİK niteliğinde olabileceği, sözleşmenin her sayfasına gerçekten incelenmeden imza atılmış olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁵. Bu sebeple TBK mad. 20/f. 3’de bu hususa değinilmiştir. Buna 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.*” denilmektedir. İfade edildiği üzere; hükümlerin her birinin tartışılarak kabul edildiğine dair kayıtlar, GİK niteliğinde olabilecektir. Ancak gerçekten de sözleşme metninde yer alan tüm hükümler incelenmiş, ihtiyaç var ise tartışılmış, değiştirilmiş ya da kabul edilmiş ve sonrasında ileride doğabilecek ihtilafları önlemek adına “her bir hükmün incelendiği, tartışıldığı sonrasında kabul edildiği” kaydına yer verilmiş olabilir. Bu durumda bu

⁶⁴Çınar, **a.g.e.**, s. 52, 53. AB yönergesi; önceden hazırlanan sözleşme metnindeki GİK içeriğinin tüketici aleyhine olması halinde; sözleşmeyi denetleme imkanı vermiştir. Ayrıca Alman GİK Yasasında; genel işlem koşulunun tüketici tarafından değil işletmeci tarafından sözleşmeye dahil edildiği karinesi bulunmaktadır. Bu doğrultuda metni örneğin noterin hazırlaması halinde noter her ne kadar taraflara menfaat dengesi yönünden aynı uzaklıkta olsa da hakim, tüketici lehine müdahalesi mümkün olabilecektir. Ancak işletmecinin hükümler üzerinde pazarlık yapıldığını ispatlaması halinde hakim müdahalesi mümkün olmayacaktır. Atamer, **a.g.e.**, s. 70, 71. Avukat ya da noterin taraf menfaatlerine eşit derecede hizmet etmesini sağlayacak şekilde önceden hazırlamış olduğu sözleşme şartlarının, GİK niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir. Atamer, **Sempozyum**, s. 18.

⁶⁵Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 71.

kaydı da GİK niteliğinde sayarak, metinde yer alan hükümleri GİK niteliğinde değerlendirmek ve denetime tabi tutmak hakkaniyete aykırı olabilecektir. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu; üstüne düşen görevi yerine getirmiş, güçsüz tarafı, bilgilendirmiş, sözleşmede değişiklik yapmış güçlü taraf yönünden de hakkaniyeti sağlamak maksadıyla bu tip ifadeleri, destekleyecek araçlar kullanmak kaydıyla geçerli saymış, yazılmamış sayılma sonucuna katlanılmasını engellemiştir. Bu doğrultuda; güçlü tarafın, söz konusu kaydın sadece şekli bir nitelik taşımadığını, bu kayda uygun davranıldığını, karşı tarafın sözleşme hükümlerini incelediğini ve karşı tarafın kendi özgür iradesi ile bunu kabul ettiğini kanıtlaması halinde; TBK mad. 20/f. 3’de bahsi geçen nitelikteki kayıtların, “tek başına” bulunmadığı, bilinçli olarak yer verilmesi sebebiyle geçerli olduğu kabul edilecektir⁶⁶.

Alman GİK Yasasında da; genel işlem koşulunun işletmeci tarafından sözleşmeye dahil edildiğinin karine olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu doğrultuda; karinenin aksini iddia eden güçlü tarafın, sözleşmedeki şartları sadece o sözleşmeye özgü olarak hazırladığını ispat etmelidir⁶⁷.

Sözleşme hükümlerinin müzakere edilmemesi diğer bir ifadeyle pazarlık imkanından yoksunluk; genel işlem koşullarının denetlenmesi altında yatan temel gayeyi ortaya koymaktadır. Daha önceden ifade edildiği üzere; gerek Türk hukukunda gerek yabancı mevzuatta müzakere edilmeme ve pazarlık imkanından yoksunluk hususları, çeşitli düzenlemelerle mümkün mertebe engellenmeye çalışılmış; sözleşme özgürlüğü prensibi ile taraflardan birinin bu özgürlüğü sadece kendi lehine olmak üzere bozmaya çalışması çeşitli düzenlemelerle denetlenmiştir⁶⁸. Böylelikle sözleşme özgürlüğünün güçsüz taraf aleyhine şekillenmesini engellemeye,

⁶⁶Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 113; Safa Reisoğlu, **a.e.**, s. 71.

⁶⁷“Karine olarak tüketicinin sözleşmeye dahil etmediği her türlü sözleşme koşulunun işletmeye atfedilmesi mantıklı bir çözümdür. İspat külfeti işletmededir ve bir bireysel sözleşmenin varlığını o ispat etmelidir.” Atamer, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁸İlgili bölümlerde ayrıca ve detaylı olarak değinileceği üzere denetim yapan düzenlemelere şunlar örnek olarak verilebilir: TKHK’daki haksız şart kavramı, Medeni Kanun’daki mad. 2, Türk Borçlar Kanunundaki aşırı yararlanma, hükümsüzlük halleri, sorumluluğu kaldıran ya da sınırlayan kayıtların denetimine ilişkin hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki mad. 15/f. 2, Ticaret Kanunu’ndaki mad. 766 ve 1266/f. 2 ile Sigortacılık Kanunundaki mad. 11 ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanundaki mad. 5 ve mad. 6 ile Sermaye Piyasası Kurulunun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğindeki 47. maddenin değiştirilen 3. Fıkrası vb.

güçsüz tarafın sözleşmede en az güçlü taraf kadar etkisinin hissedilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN

DÜZENLEMELERİN UYGULANMA ALANI VE ZAMANI

(TBK. mad. 20/f. 4)

A. Uygulama Alanı

TBK. mad. 20/f. 4’de; “*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.*” ifadesine yer verilmiştir. Daha önceden belirtildiği üzere; genel işlem koşullarına ilişkin getirilen düzenleme ile GİK niteliğindeki tüm sözleşme şartlarının, sözleşme tarafının tüketici-tacir, tacir-tacir⁶⁹, tüketici-kamu hizmeti veren özel kuruluşlar olmasına bakılmaksızın denetlenmesi amaçlanmaktadır. Örneğin Boru Hatları ve Petrol Taşıma A.Ş. kendisine petrol ve doğalgaz taşıma yetkisi veren özel bir yasa ile faaliyet göstermektedir. Noterler de, noterlik hizmetlerini 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile verilen yetkiler doğrultusunda yürütmektedirler. Bireyler, tüketici ya da tacir/işletme olsun, bu nitelikteki makamlar karşısında da korunacak, bu makamlar tarafından kullanılan genel işlem koşulları denetime tabi tutulacaktır. Yani sözleşmenin hazırlayan ya da kullananın kamu tüzel kişisi olması sonucu değiştirmeyecek, GİK denetimi bu kişi ve kurumların sözleşmelerinde de uygulanacaktır⁷⁰.

⁶⁹Tarafların her ikisinin de tacir olduğu genel işlem koşulu kullanılan sözleşmeler de denetime tabi olacaktır. Aydoğdu, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, s. 603.

⁷⁰Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 114; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 71. Akyol tarafından örneğin banka kredi sözleşmesinin tüketici-tacir ayrımı çerçevesinde denetlenmesi hususunda tüketici açısından TKHK’ dan faydalanılması ancak tacir açısından BK genel hükümlerden faydalanılması, tacirler açısından doğrudan denetime imkan veren düzenlemenin bulunmaması eleştirilmiştir. Anayasa’daki eşitlik ilkesine aykırı hareket edildiği ifade edilmiştir. (Sonuçta tüm bu tartışmaları sona erdirecek şekilde TBK’ ya getirilen bu düzenleme ile GİK niteliğindeki tüm sözleşme şartları açısından kesin olarak denetlenme imkanı yaratılmış olmaktadır. Nitekim karşı taraf sıfatına haiz tüketici ile aynı sığa sahip tacir açısından eşit güvence sağlanması gerekip gerekmediği de ayrı bir tartışma konusu olup TBK açısından böyle bir tartışma artık geçersiz olduğundan bu hususa hiç değinilmeyecektir.) Akyol,

B. Uygulama Zamanı

Tüketici, tacir, kamu tüzel kişisi ayrımı yapmayan Kanunun ne zamandan itibaren uygulanacağı doğrudan anlaşılmamaktadır. Kanunun yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012'den önce imzalanmış sözleşmeler için uygulanıp uygulanmayacağı, denetim yapılırken bu maddelerden faydalanıp faydalanılmayacağı ancak son dönemde oluşturulan Yargıtay içtihatları ile daha kolay değerlendirilebilir hale gelmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁷¹ mad. 1 şu şekildedir:

“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.”

Madde 2 ise şu şekildedir: *“Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.”* Genel işlem koşulunun içerik denetimine ilişkin mad. 24 ve 25'in kamu düzenini ilgilendirdiği, ancak TBK. mad. 21-22'nin kamu düzenine ilişkin olmadığı ifade edilmektedir⁷². Bu kapsamda sözleşmenin kurulması hususunu Yürürlük

Banka Sözleşmeleri, s. 116-118; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, s. 227, 228. Özellikle tezin “Kamu Hukukunda (Kamu Tüzel Kişisi Yönünden) Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi” başlıklı kısmında bir tarafın kamu tüzel kişisi olduğu sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşulunun değerlendirilmesi daha da detaylandırılacaktır. Bknz. s. 150.

⁷¹ 04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

⁷² Bu maddelerin kamu düzeninden kaynaklandığı zira hakime; doğrudan sözleşmeye müdahale etme ve gerektiğinde sözleşme hükmünün butlanına karar verme yetkisi verdiği ifade edilmiştir. Atamer, **Sempozyum**, s. 70. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 06/03/2017 tarihli 2016/6062 E., 2017/1781K. sayılı kararı: *“Dava; taraflar arasında düzenlenen Tarımsal Kredi Sözleşmesi sebebiyle kullanılan krediden dolayı davalı banka tarafından kesilen peşin komisyon tutarı, dosya masrafı tutarından kaynaklanan alacağın tahsiline yöneliktir. Mahkemece davacıdan yapılan kesintilerin Genel İşlem Koşullarını düzenleyen 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 20-25. madde hükümlerine aykırı olduğu, söz konusu madde hükümleri kamu düzenini ilgilendirdiğinden somut olayda uygulanması gerektiği belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de taraflar arasındaki düzenlenen Tarımsal Kredi Sözleşmesi 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde düzenlenmiştir. Genel İşlem Koşulları ile ilgili düzenlemeler 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25.maddeleri arasında yer almaktadır. Sözleşmenin düzenlendiği tarih itibarıyla 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler somut olaya*

uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin 6101 Sayılı TBK 'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2.maddesi uyarınca kamu düzeni ve genel ahlaka dair bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir. Bu olgular karşısında Tarımsal Kredi Sözleşmesi' nin düzenlendiği tarih itibarıyla 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 20-25.maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına dair hükümler uygulanamayacağı gözetilmeksizin mahkemece yanılıgılı gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2016-6062.htm> , 31/03/2017. Yargıtay 11. HD., 12/02/2014 tarihli, 2013/15438 E., 2014/2405 K. sayılı kararı şu şekildedir: “... taraflar arasında imzalanan mali hakların devri ve oyunculuk sözleşmesinin davacı lehine davalı aleyhine çok ağır yükümlülükler içerdiği, anılan sözleşmede davacının imzası bulunmadığı bu nedenle tek taraflı taahhüt niteliğinde olduğu, davalının da sadece son sayfada imzasının bulunduğu, bu nedenlerle MK'nın 2. maddesi gereği aleyhe olan hükümlerin davalıyı bağlamayacağı, aynı zamanda sözleşme hükümlerinin 6098 sayılı TBK'nın 20. maddesi anlamında genel işlem koşulları niteliğinde bulunduğu, anılan Yasa'nın 21. maddesine göre karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin, sözleşmenin yapılması esnasında düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacağı, sözleşmenin 7, 10, 8 ve 5. maddeleri davalı aleyhine ancak davacı lehine çok ağır hükümler içerdiğinden, sözleşme serbest irade ile yapmış olsaydı davalının bu ağır taahhütler altına girmeyeceğinin tartışmasız olduğu, bu nedenle sözleşmenin cezai şarta ilişkin olan 7. maddesinin yok hükmünde olduğu, karşılıklı taahhütler içeren sözleşmelerde ifayı güvence altına almak için cezai şart öngörülmesi mümkün ve geçerli olsa da, böyle bir düzenlemenin geçerliliği sözleşmede taraf dengesi gözetilerek her iki tarafa adil yükümlülükler getirilmesi ve yine her iki taraf lehine cezai şart düzenlenmesi ile mümkün olduğu, dava konusu sözleşmede; yapımıcıya dilediği zaman dilediği şekilde sözleşmeyi fesih ve hatta sözleşme süresinden sonra da sözleşmeyi tek taraflı uzatma hakkı tanınmış olduğu halde oyuncunun sözleşmeye uymaması halinde o tarihe kadar aldığı tüm ücretleri iade, yapımıcının her türlü zararını tazmin ve ilave olarak da 100.000 ABD doları cezai şart ödeme şeklinde davacı lehine çok orantısız, adil olmayan ve sözleşme dengesini dikkate almayan yaptırımlar öngörülmüş olduğundan aleyhte olan bu taahhütlerin yok hükmünde olduğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki 6101 sayılı Kanun'un 2. ve 7. maddeleri gereğince sözleşme tarihinden sonra yürürlüğe giren yukarıda sözü edilen BK'nın hükümleri kamu düzeni ile ilgili olduğundan davaya resen uygulanması zorunluluğu bulunduğu, davanın dayanağını oluşturan sözleşme hükümlerinin davalının çalışma özgürlüğünü, yasal dinlenme hakkını ve sözleşme serbestisi hakkını kısıtladığı için kişilik haklarını ihlal edici mahiyette de olduğu bu nedenle de kamu düzenine de aykırı olduğundan sözleşmede dayanan maddelerin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereğince de hükümsüz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve mahkemenin, dava konusu sözleşme hükmünün, 6098 sayılı TBK'nın 20. maddesi anlamında genel işlem şartı olduğu ve anılan Yasa'da genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili bulunduğu bu nedenle, 6101 sayılı Kanun'un 2. ve 7. maddeleri gereğince, somut olaya 6098 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçesi, 6098 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önce yapılan sözleşmelere, anılan Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından yerinde görülme de, dava konusu sözleşme hükmünün 818 sayılı Yasa'nın 20. (TBK'nın 27) ve 21. (TBK'nın 28.) maddeleri gereğince davalının çalışma özgürlüğünü, yasal dinlenme hakkını ve sözleşme serbestisini kısıtlar nitelikte ve kişilik haklarını ihlal edici mahiyette olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesinin yerinde bulunmasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2013-15438.htm> , 30/04/2018. Her iki Yargıtay kararında ilk derece mahkemesi tarafından genel işlem koşullarına ilişkin denetim yapılarak 6098 sayılı yasa maddeleri işletilmeye çalışılmıştır. İlk Yargıtay kararında davadaki hak ihlali kamu düzenine ilişkin görülmediğinden TBK'nın yürürlüğü ve geçmişe etkili olarak sözleşmelere uygulanmasını sağlayan mad. 2 uyarınca burada geçerli olamayacağına hükmedilmiştir. İkinci Yargıtay kararında ise ilk derece mahkemesi tarafından hak ihlalinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle geçmişe etki ilkesi işletilmiş ve ilk derece mahkemesi gerekçesinde

Kanunu mad. 1'e göre değerlendirmek ve yürürlük tarihinden önceki kanunları uygulamak gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda yürürlük tarihinden önce imzalanan sözleşmede; sözleşmenin kurulması sırasında genel işlem koşulunun sözleşme içeriği olup olmadığının, 818 sayılı BK. mad. 3'e göre, yorumun ise 818 sayılı BK. mad. 18'e göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷³.

Kural aslında yeni yürürlüğe giren bir kanunun geleceğe etki etmesidir. Yeni kanun henüz tamamlanmamış işlemlere, hukuki sonucu henüz doğmamış süreçlere etki edebilir. Yani yeni yürürlüğe giren bir kanun, eski kanun zamanında hukuki sonucunu doğurmuş ya da tamamlanmış hukuki işlemlere uygulanmayacak, etki edemeyecektir. Hukukumuzda genel bir ilke olarak kabul edilen bu duruma, kanunların geçmişe etkili olmaması denilmektedir⁷⁴.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14/03/2016 tarihli 2015/14596 E., 2016/2728 K. sayılı kararı şu şekildedir⁷⁵:

“1- Dava, kredi sözleşmesi nedeniyle ödenen komisyon ve ekspertiz ücretinin geri alımına ilişkindir.

Taraflar arasında bağitlanan kredi sözleşmesi göz önüne alındığında, davacının konut alımı için kredi aldığı anlaşılmakta olup, sözleşme tarihinde yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketici Korunması Hakkında Kanun'un 3, 10/B ve 21/3 maddelerine göre, konut kredisinin tüketici kredisi niteliğinde olduğunun kabulü ile davaya tüketici mahkemesince bakılması gerekirken, tüketici kredisinin ticari kredi olarak kabul edilmesi isabetli görülmediğinden, hükmün bozulması gerekmiştir.

2- Kabulü göre de; sözleşmenin düzenlendiği tarih itibarıyla 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte olduğu halde, uyuşmazlıkta uygulanma imkanı olmayan genel işlem şartları bakımından 6098 sayılı TBK'nın 20 ve 21. maddesinin uygulanması dahi doğru görülmemiştir.”

6098 sayılı yasa öncesinde akdedilmiş sözleşme yönünden genel işlem koşulu denetimi yapılarak kamu düzenine ihlalden bahisle TBK. mad. 27 çerçevesinde hükümsüzlük nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay incelemesinde ise davanın reddi yerinde görülmüş ancak gerekçe yönünden söz konusu sözleşmeye 6098 sayılı yasa hükümlerinin uygulanamayacağını, sözleşmenin kanun çıkmadan önce akdedilmiş olması ve 818 sayılı yasa mad. 20 ile 21 uyarınca kişilik haklarının ihlal edilmesi sebebiyle hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmiştir.

⁷³Atamer, **Sempozyum**, s. 71.

⁷⁴Başak Baysal, 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, **İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 2678.

⁷⁵(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2015-14596.htm> , 18.03.2017.

Yargıtay'ın yukarıdaki kararı uyarınca genel işlem koşuluna ilişkin TBK' daki düzenlemeden, 1 Temmuz 2012 tarihinden önce imzalanmış sözleşmeler yararlanamayacaktır⁷⁶. Ayrıca Yürürlük Kanununun tasarı sürecindeyken kanun koyucu tarafından özel nitelikte hükümler getirilmesi planlanmıştır. Buna göre tasarı

⁷⁶Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 11/09/2017 tarihli, 2016/5624 E., 2017/4182 K. sayılı kararı: “Dava, ticari kredi sözleşmesi kapsamında tahsil edilen komisyon ücreti ve masrafların iadesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme, mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken 01/05/2006 tarihinde imzalanmış olup, işbu kredi sözleşmesi kapsamında komisyon bedeli adı altında davalı banka tarafından yapılan tahsilat da yine 818 Sayılı Borçlar Kanunu dönemine denk gelmektedir. Mahkemece, kredi sözleşmesinin genel işlem koşulları içerdiği gerekçesiyle davanın kabulü yönünde karar verilmiş ise de; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihinin 01.07.2012 olduğu, bu durumda kredi sözleşmesinin düzenlendiği tarih itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 Sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına dair hükümlerinin somut olaya uygulanma kabiliyeti bulunmadığı gözetilmeksizin yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-5624.htm> , 31/03/2018. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14/02/2017 tarihli 2015/12583 E., 2017/658 K. sayılı kararında da benzer şekilde içtihat oluşturulduğu görülmektedir. Buna göre opsiyon sözleşmesinin imzalanma tarihinin 6098 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce olduğu, bu sebeple TBK. 20. maddesinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca aynı kararda; yerel mahkemenin opsiyon sözleşmesini, GİK olarak gördüğü, davalı bankanın, hesap sahibini opsiyon sözleşmesinin risklerine karşı yeterince aydınlatmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verdiği süreçte; Yargıtay, hesap sahibinin, opsiyon sözleşmesinin risklerini bilebilecek konumda olduğunu, daha önceden benzer şekilde işlemler yapmış olduğunu, çerçeve sözleşmenin ilgili kısmında oluşabilecek risklere dair detaylı açıklamalara yer verildiğinden de bahsederek “mahkemece davacının davaya konu opsiyon işlemleri hakkında aydınlatılmadığına dair iddialarının ve hileli hareketler sebebiyle hataya düşüldüğünün de ispat edilemediği gözetilerek davanın reddi gerekirken, kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2015-12583.htm> , 01/04/2018. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.11.2017 tarihli 2017/11-2436 E., 2017/1303 K. Sayılı kararı: “Somut olayda taşıma sözleşmesinin mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu tarihte düzenlendiği ve keza taşımanın da o zaman yapıldığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemeler 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. maddeleri arasında yer almaktadır. Sözleşmenin düzenlendiği tarih itibarıyla 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler somut olaya uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin 6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesi uyarınca kamu düzeni ve genel ahlâka dair bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir. Başka bir anlatımla kural olarak, bir sözleşmenin hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu sözleşme hangi Kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanmalıdır. (AYDOĞDU M., Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 157).” şeklindedir. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2017-11-2436.htm>, 01.04.2018. Yargıtay 11. HD. 06.12.2018 tarihli 2016/14407 E., 2018/7712 K. sayılı kararı şu şekildedir: “Davalı, dava konusu taşımaya ilişkin konşimentoda “İşbu konşimento İngiliz Yasalarına tabi olarak yorumlanıp buradan kaynaklanan tüm anlaşmazlıklar başka bir ülke mahkemesinin kaza dairesi hariç tutularak Londra'da İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin kaza yetkisine tabi olacaktır.” şeklinde hüküm bulunduğunu ifade ederek yetki şartı gereğince davaya bakmaya yetkili mahkemenin Londra'da bulunan İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi olduğunu, bu suretle davanın yetki yönünden reddi gerektiğini bildirmiştir. Mahkemece konşimentoda bulunan yetki kaydının 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 20-25 maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına aykırı olduğu gerekçesi ile davalının yetki ilk

metnine genel işlem koşullarına, kısmi ödemeli satışlara, kira sözleşmesine, hizmet sözleşmelerine, kefalet sözleşmelerine ilişkin ayrı düzenlemelere yer verilmiştir. Tasarıda geçen ancak sonrasında kanun koyucu tarafından çıkartılan bu hükümlere göre hangi kanun maddesine eski kanunun, hangisine yeni kanunun uygulanacağı, ayrıca kanun ile uyumlu hale getirme çalışması yapılması gerekiyor ise buna dair sürelerle yer verilmiştir. Genel işlem koşulları yönünden mad.7; “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25 inci maddelerinde öngörülen esaslara uygun hale getirilir.*” şeklinde düzenlenmiştir⁷⁷. Ancak yasalaşan metinde, bu şekildeki düzenlemeler çıkarılmıştır. Yasalaşan kanun hükümleri göz önüne alındığında; bazı sözleşmeler yönünden kamu düzeni kriteri ile Yürürlük Kanunu 2. madde birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun, güçsüz tarafı korumak istediği durumlarda yeni kanunun yürürlüğe girmesini istediği anlaşılabilmektedir. Buna göre bir hüküm işçiyi, kefil, genel işlem koşullarına karşı güçsüz sözleşme tarafını, kiracıyı koruyorsa yeni kanun derhal yürürlüğe girecektir⁷⁸.

Temmuz 2012 öncesi dönemde imzalanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir sözleşme yönünden tezin “TBK Öncesi” başlıklı kısmında da bahsedilmiş olan hükümlere başvurularak denetiminin sağlanabileceği unutulmamalıdır. Ayrıca 6101

itirazının reddine karar verilmiştir. Ancak, MÖHUK'un 47. maddesi gereğince yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Davacı sigorta şirketi, mal satıcısının halefi sıfatıyla bu davayı açmış olup, sigortalı ile davalı taşıyan arasındaki hukuki ilişkiyi belirleyen konşimentodaki hükümler ile bağlı olmaktadır. Kaldı ki; söz konusu konşimentonun mülga 818 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu tarihte düzenlendiği ve keza taşımanın da o dönemde yapıldığı taraflar arasında çekişmesizdir. Bu durumda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 25. maddesinin uyuşmazlıkta uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, tarafları bağlayan ve uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan konşimentodaki yetki şartı geçerli olup, mahkemece yazılı gerekçe ile yetki itirazının reddi ile işin esasına girilerek davanın sonuçlandırılması doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-14407.htm>, 25.05.2019.

⁷⁷ Baysal, **a.g.m.**, s. 2710.

⁷⁸ Örneğin TBK mad. 420/f.1'e göre; “*hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersizdir*” hükmü uyarınca TBK yürürlüğe girmeden önce akdedilmiş bir sözleşme kapsamında TBK yürürlüğe girdikten sonra işçiden cezai şart istenmesi kabul edilmeyecektir. TBK mad. 420 hükmü, Yürürlük Kanunu mad. 2 gereği yürürlüğe girmiş kabul edilecektir. Baysal, **a.g.m.**, s. 2711.

sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun mad. 4; “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olup da, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış fil ve işlemlere, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmü çerçevesinde herhangi bir hak doğurmamış işlemler yönünden yeni Kanun hükmünün uygulanacağı bu sebeple bu nitelikteki işlemler yönünden GİK denetiminin TBK. 20 ve 25 maddelerdeki düzenlemelere göre yapılabileceği düzenlenmiştir.

V. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE BAĞLANTILI KAVRAMLAR⁷⁹

A. Bireysel Sözleşme Kavramı

Bireysel sözleşme kavramında tarafların her biri sözleşme şartlarını karşı taraf ile tartışma ve tarafı olmak istemediği sözleşme hükmünden vazgeçme imkanına sahiptir. Gerçek anlamda tartışılan, müzakere edilen sözleşme şartları ile sözleşme bireysel sözleşme halinde gelmektedir. Bireysel sözleşmede; tarafların, sözleşmeye etki yönünden eşit imkana ve hakka sahip olduğu, bu imkanı da sözleşme içeriğine yansıttığı gözlemlenmektedir. Müzakere ve pazarlık ile taraflardan birinin buyurma gücünden etkilenmeden, sözleşme taraflarının bağımsız iradeleri sonucu, doğrudan bireysel sözleşme olarak kurulan sözleşmelere ticari hayatta pek az

⁷⁹Bu bölümde incelenecek beş kavram içinde de genel işlem koşulları şeklinde düzenlenmiş hükümler yer almaktadır. Ancak nitelikleri, içerikleri ya da sözleşmenin tarafları yönünden bir takım farklılıklar bu sözleşmeleri ayrı olarak incelememizi gerektirmekte, bunları sadece genel işlem koşullarından oluşmuş sözleşmeler olarak değerlendirmemize engel teşkil etmektedir. Bu tip bir ayrıma gidilmesi, genel işlem koşullarının denetimi hususunda kullanılan yollarda değişikliğe sebep olmayacak ancak genel işlem koşulunun kullanılması sebebiyle bozulan dengenin oranını görmemizi sağlayacaktır. (Örneğin iltihaki sözleşmelerde bir tarafın idare ya da kamu hizmeti gören kuruluş olması sebebiyle adaletin, güçsüz taraf yönünden büyük zarar gördüğü durumlar ortaya çıkabilmektedir.). Bu beş sözleşme tipinin ayrı ayrı incelenmesi; niteliği gereği genel işlem koşullarının kullanılmasını zorunlu kılan örneğin mesafeli sözleşmeleri ya da elektronik sözleşmeleri değerlendirirken bize fayda sağlayacaktır. Ayrıca her ne kadar bu beş tip sözleşme ayrı ayrı incelenmiş olsa da somut olayda karşımıza çıkan bir sözleşme birden fazla sözleşme türünü kendisinde barındırabilecektir. Örneğin elektronik sözleşmeler; doktrinde iltihaki sözleşmeler olarak değerlendirmekte iken aynı zamanda mesafeli sözleşme niteliğindedirler. Bu bağlamda; aşağıda yapılan incelemeler ile bu beş sözleşme tipinin ayırt edici özellikleri anlatılmaya çalışılmıştır.

rastlanmaktadır⁸⁰. GİK kullanımı ile taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğini belirleme iradesi, adil olmayacak şekilde bozulmaktadır⁸¹. Bunun aksi kullanım ile taraf iradelerine itibar edilen ve sözleşme özgürlüğünün bir tarafın etkisi altında kalarak hakkaniyetin bozulmasına yol açmadığı hallerde ise bireysel sözleşme oluşmakta, sözleşme taraflarının gerçek anlamda iradelerinin uyuşması ile bir düzenleme ortaya çıkmaktadır⁸².

Bir sözleşme en başından taraf iradeleriyle şekillenerek, pazarlık ve müzakere etme doğrultusunda oluşabilecektir. Ancak genel işlem koşullarından oluşmuş bir sözleşme de belli hallerde bireysel sözleşmeye dönüşebilmektedir. Sözleşme içindeki genel işlem koşulları, taraflarca incelenmesi, gerçekten tartışılması, müzakere ve pazarlık edilmesi sonrasında ihtiyaç varsa kısmen ya da tamamen değiştirilmesi ile kabul edilmesi halinde bireysel sözleşmeye dönüşebilir⁸³. Bireysel sözleşmeye dönmüş sözleşmeler yönünden denetim ise borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde yapılabilir⁸⁴. Sözleşme özgürlüğü temelinde genel işlem koşullarına karşı korunmaya çalışılan ve kurulması istenen sözleşme türü, bireysel sözleşmelerdir.

B. İltihaki Sözleşme Kavramı⁸⁵

Fransız Hukukunun etkisiyle öteden beri ülkemizde kullanılan iltihaki (katılmalı) sözleşme kavramını⁸⁶; İsviçre hukukunda da görülmekte olan her iki tarafın da pazarlık imkanı bulunmadığı su, elektrik, taşıma gibi kamu hizmetlerini veren kuruluşlarla yapılan sözleşmeler için kullanmak eğilimi vardır. Türk doktrin ve uygulaması yönünden ise iltihaki sözleşme kavramı için ortak görüş bulunduğu

⁸⁰Ariane Morin, (Çeviren Ruzin Dağlı), “Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri”, **Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul 2010, s. 33; İsmail Atamulu, **Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1, 2018, s. 101, 122.

⁸¹Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.61.

⁸² Bireysel sözleşme modeli , Alman, İsviçre, Türk, Fransız hukukunda yer bulur, Fransız hukukunda “sözleşme ile kararlaştırılan adildir” deyiimi kullanılmaktadır. Aydoğdu, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, s. 574.

⁸³Atamer, **a.g.e.**, s. 61, 62, Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 71; Şeker, **a.g.e.**, s. 12-14.

⁸⁴Atamer, **a.e.**, s.61.

⁸⁵Katılmalı sözleşme ifadesi de kullanılmaktadır.

⁸⁶Oftinger, Jeanpretre, **a.g.e.**, s. 46.

söylenemez. Ancak genel olarak idare ile kurulan sözleşmeleri ifade etmek için bu kavramın kullanıldığı belirtilmektedir. Bu tip sözleşmelerde; kamu hizmetinden faydalanmak isteyen birey ile idare karşı karşıya gelmektedir⁸⁷. Ayrıca Yargıtay kararları ile ortaya konulduğu üzere iltihaki sözleşmeler, idare ile akdedilen sözleşmeler olarak kabul edilmekle birlikte özel hukukta görülen sigorta ve taşımacılık sözleşmelerinin de bu nitelikte olduğu içtihat edilmiştir. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05/04/1944 tarihli 4/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında⁸⁸ *“iltihaki sözleşme idarece önceden birtakım şartlarla hazırlanan ve umuma yöneltilen icabın karşı taraf kabulüyle kurulan sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Özel hukukta karşılaşılan taşıma⁸⁹ ve sigorta sözleşmeleri⁹⁰ de aynı türden sözleşmelerdir.”*⁹¹ şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin

⁸⁷ Sungurbey, **a.g.e.**, s. 13; İnal, **Tüketici Kredisi**, s.137; İşgüzar, **a.g.e.**, 179; Sağlam, **a.g.e.**, s.77; Şeker, **a.g.e.**, s. 17, 18, Bülent Sözer, **Elektronik Sözleşmeler**, Beta Basım, 1. Baskı, 2002 İstanbul, s. 1.

⁸⁸ Aynı yönde karar için Yargıtay 4. HD. 06/12/1974 tarihli 1973/6285 E., 1974/16590 K. sayılı karar; *“Kişilerin belirli şartlara uymak ve bir bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler iltihaki sözleşmelerdir. İltihaki sözleşmeler bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder. Bu sözleşmelerin ayırıcı tarafı, halkın bunları ya kabul yahut reddedebilmesindedir. Teşebbüsün, yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince icap, genel ve devamlı bir nitelik taşır, herkes her zaman böyle bir icabı kabul edebilir. Bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile eğer o kişi gerekli şartları haiz ise sözleşme yapmaktan kaçınmaz ve hele tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartlar ileri süremez.”* şeklindedir. Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s.222, dipnot 549; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 230, dipnot 13a.

⁸⁹ Atamer tarafından Alman Federal Mahkemesi’nin, uluslararası kuruluş olan IATA (International Air Transport Association) ‘nın bütün üyelerine hava yolu trafiğinde kullanmak üzere tavsiye etmiş olduğu koşulları, GİK olarak kabul ettiği belirtilmiştir. Bu koşulların büyük kısmı Varşova Antlaşmasına dayanmakta olmasına karşın uçak şirketleri tarafından kullanılan genel işlem koşullarının içerik denetimine tabi tutulabileceği, bir kamu makamı tarafından onaylanmış ya da tavsiye edilmiş olan sözleşme şartlarının, hakim denetiminden geçebileceği ifade edilmiştir. Atamer, **a.g.e.**, s. 63. Tren, vapur, uçak şirketleri ile yapılan sözleşmeler, iltihaki sözleşmelerdir. Eren, **a.g.e.**, s. 197.

⁹⁰ Sigorta genel işlem koşullarının geçerlik kazanabilmesi için, karşı taraf (sigorta ettiren) tarafından kabul edilmesi gerekmekte ancak bu şekilde GİK, sözleşme içeriği haline gelmektedir. Atamer, **a.g.e.**, s. 63.

⁹¹ Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 45. Taşıma sözleşmeleri tek taraflı olarak taşıyanın ileride kuracağı tüm sözleşmelerde kullanmak üzere hazırladığı ancak taşıyanın sözleşme şartlarını müzakere imkanı bulunmadığı, kabul ya da ret seçeneği bulunduğu sözleşmeler şeklindedir. Bu yönüyle taşıma sözleşmelerinin de iltihaki sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Buna göre taraflar arasında müzakereye açık hususlar sözleşmenin esasına ilişkin olmayan ancak sözleşmenin karşı tarafının işinin özellikleri icabı sözleşmede bulunması gereken taşımanın yapılacağı tarih, başlangıç, bitiş noktası, taşıyanın, gönderilenin tayini, navlunun tespiti gibi hususlara ilişkin olup sözleşmenin ferileştirilmesi amacına hizmet etmektedir. Bülent Sözer, “Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, Yayın No: 10, İstanbul 2007, s. 62, dipnot 157, 78,79.

02/06/1998 tarihli 1998/4263 E., 1998/6098 K. sayılı kararında aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir. Karar,

“Davalı Belediye her ne kadar bir kamu tüzel kişisi olup, gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de; davacı taraf belirli şartlara uyarak (intibak ederek) ve bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler (su abonman sözleşmesi) iltihaki sözleşmelerdir. İltihaki sözleşmeler; bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fiilen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye, elektrik, PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder.”

şeklindedir. Yargıtay uygulamasında iltihaki sözleşme kavramı idare ile yapılan sözleşmeler için kullanılmaktadır⁹².

Aslında iltihaki sözleşmelerde de sözleşmenin şartları, önceden tek taraflı olarak ⁹³ sözleşme taraflarından biri örneğin satıcı tarafından ileride kuracağı sözleşmelerde kullanmak maksadıyla hazırlanmaktadır. Karşı tarafın örneğin alıcının ise kendisine sunulan bu sözleşmeyi, kabul etmek veya sözleşme yapmaktan imtina etmek üzere iki seçeneği bulunmaktadır, sözleşmenin müzakere edilmesi yetkisi bulunmamaktadır⁹⁴. İltihaki sözleşmelerde her ne kadar genel işlem koşullarının unsurları bulunsa da ⁹⁵ bunları, tek başına genel işlem koşulları olarak değerlendirmek doğru değildir⁹⁶. Genel işlem koşullarından oluşan sözleşmelerin,

⁹² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 20/03/1980 tarihli 1980/1671 E. 1980/3675 K. Sayılı kararı; “PTT., İETT., EGO., Su İşletmeleri gibi kamu tüzel kişilerin objektif şartlarla arz ve ilan ettikleri hizmetlerden yararlanmak için kendisine düşen koşulları yerine getiren kişi, bu hizmetlerden yeterince yararlanma hakkını haizdir. Kişilerin belirli şartlara intibak etmek ve bir bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmelere «iltihaki sözleşmeler» adı verilir. İltihaki sözleşmeler (Contrat ad'addesion); bir kamu hizmeti ifa edip hukuken ve eylemli olarak tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder.” şeklindedir. <http://www.yargitay.gov.tr/dergiler/ykd/temmuz1981.pdf> Sözer, **a.g.e.**, s. 112; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.230; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

⁹³ İltihaki sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden tek taraflı hazırlanması gerektiği yönünde görüş mevcuttur. Ancak Kocayusufpaşaoğlu tarafından bu görüşe katılmadığı ifade edilmiştir. Buna göre genel işlem koşullarının, nasıl sözleşmenin bir kısım hükmünde kendini göstermesi hali mümkün olabiliyorsa; iltihaki sözleşme için de güçlü tarafın, güçsüz tarafa empoze ettiği bazı hükümlerin varlığının o sözleşmeyi iltihaki sözleşme kabul etmek için yeterli olacağı ifade edilmiştir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 229.

⁹⁴ Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 68; Sözer, **a.g.e.**, s. 113; Eren, **a.g.e.**, s.197; Sağlam, **a.g.e.**, s.76.

⁹⁵ Sözer, **a.g.e.**, s. 112.

⁹⁶ Genel işlem koşulları deyiminin, Alman ve İsviçre Hukuklarında kullanım tarzı gereği; sözleşmenin içeriğinden bahsediliyor olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve Fransız Hukuku'ndan gelen bir

taraf müzakereleri ile değiştirilmesi mümkün olabilmekte, bireysel sözleşmeye dönüşebilmektedir⁹⁷. Ancak iltihaki sözleşmelerde; muhatabı bakımından sözleşmeyi hazırlayan tarafla müzakere etme, değişiklik yapılmasını isteme imkanı, tarafların birbirleriyle anlaşmaları, hukuken ya da fiziken mümkün bulunmamaktadır⁹⁸. Bu sebeple bu nitelikteki sözleşmeler ile genel işlem koşullarından oluşmuş sözleşmeleri ayırmak açısından içeriğin değiştirilme yetkisinin, imkanının bulunmadığı sözleşmeleri iltihaki sözleşmeler olarak kabul etmek uygun olacaktır⁹⁹. İltihaki sözleşmeleri, genel işlem koşulundan oluşan sözleşmeler altında ayrı bir alt kümede değerlendirmek gerekmektedir. Bu doğrultuda iltihaki sözleşmeleri; bir tarafının idare ya da benzeri bir kurum olması sebebiyle kurulan sözleşmenin değiştirilemeyeceği ya da idare veya benzeri kurum bünyesindeki en üst düzey kişilerin değiştirme yetkisi bulunduğu, fiziken karşı tarafta bir muhatabın bulunmadığı, sözleşmenin şartlarının müzakere imkanı bulunmadığı sözleşme tipleri olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Elektronik sözleşmeler de, yapıları itibariyle değiştirilme imkanı bulunmayan sözleşmelerdir. Sözleşmeyi önceden hazırlayan taraf idare ya da benzeri bir kurum değildir ancak niteliği itibariyle sözleşmenin kurulması sırasında değiştirilme imkanı bulunmamakta ya da elektronik sözleşmeyi düzenleyen kişi tarafından değiştirilmesi mümkün bulunmaktadır. Bazı hususlar hakkında elektronik sözleşmenin diğer tarafı seçim hakkını kullanabilmektedir. Ancak bu da elektronik sözleşmeyi düzenleyen kişinin imkan tanımış olduğu ölçüdedir. Alıcı ve satıcı arasındaki sözleşme; alıcının, bilgisayar başında yaptığı işlem vasıtasıyla satıcının şartlarına aynen uyulması ile pazarlık imkanı olmaksızın kurulmuş olur¹⁰⁰. Öyleyse

kavram olan iltihaki sözleşme deyiminin ise sözleşmenin kurulmasına dair olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmiştir. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 230.

⁹⁷ Sözer, **a.g.e.**, s. 114; Sağlam, **a.g.e.**, s. 79.

⁹⁸ Sözer tarafından iltihaki sözleşmelerin, sözleşmeyi hazırlayan idare tarafında yer alan en üst yetkili kişilerce değiştirilme imkanı bulunduğunu belirtilmiştir. Sözer, **a.g.e.**, s. 115; İşgüzar, **a.g.e.**, s.179.

⁹⁹ Atamer, **a.g.e.**, s. 7; Sözer, **a.g.e.**, s. 112, 113.

¹⁰⁰ Elektronik sözleşmeler de iltihaki sözleşmelerdir. Zira bilgisayar karşısındaki alıcı, sözleşmenin kurulması sırasında müzakere ya da pazarlık imkanına içinde bulunduğu durum itibariyle sahip değildir. Sözer, **a.g.e.**, s. 115; Sağlam, **a.g.e.**, s. 80; Alper Uyumaz, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, İzmir 2007, s. 915. Güneş Koca, “Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri”, **Mevzuat Dergisi**, Eylül 2005, Sayı 93, s. 3/11, www.mevzuatdergisi.com/2005/09a/01.htm.

iltihaki sözleşmeler, taraflardan birinin idare olduğu hallerde ama daha da önemlisi içerik veya nitelik itibariyle (elektronik sözleşmelerde olduğu gibi) özel ya da kamu hukuku ayrımı yapılmaksızın sözleşmenin değiştirilmesi imkanının bulunmadığı ya da değiştirme imkanının, sözleşmeyi düzenleyen tarafın yetkisi alanında bulunduğu hallerde görülmektedir¹⁰¹. İltihaki sözleşmelerin içeriğinin sıklıkla değiştirilmesi imkanı hukuken ve sözleşmenin niteliği gereği pek mümkün olmazken özel kişi ve kuruluşlarla yapılan daha geniş anlamda kabul edeceğimiz genel işlem koşulları içeren sözleşmenin (standart sözleşmenin) güçsüz tarafça değiştirilmesi imkanı yani GİK niteliğindeki hüküm ya da hükümlerin müzakere edilerek bireysel sözleşmeye dönüşmesi ihtimali bulunmaktadır¹⁰².

TBK. Mad. 20/f. 4 ile getirilen düzenleme ile; “*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.*” denilmektedir. Yukarıdaki açıklamalar kapsamında kuruluşu bakımından müzakere imkanı taşımayan iltihaki sözleşmelerin ise 20/f. 4 maddesi açık hükmü uyarınca denetime tabi tutulabileceği ifade edilmiş olmaktadır. Ayrıca kamu tüzel kişilerinin vermiş oldukları hizmetlerle ilgili şart ve durumları, yönetmelikler, tebliğler ile düzenleyebilmek, bu hususları özel hukuk kişileriyle olan ilişkileri dışında doğrudan geçerli ve uygulanabilir hale getirmek imkanı vardır. Hal böyleyken kamu tüzel kişisinin, özel hukuk kişisiyle ilişkisini sözleşme ile düzenlemeye yönelmesi, GİK nitelendirmesinde belirtilen tüm özellikleri de taşıdığı göz önünde bulundurularak TBK mad.20/f. 4 uyarınca denetime tabi tutulabilmesini sağlayacaktır¹⁰³.

C. Standart Sözleşme Kavramı¹⁰⁴

¹⁰¹ Sözleşmenin değiştirilmesi konusunda imkan bulunmuyorsa iltihaki sözleşmenin varlığından, müzakere sonucu istenmeyen maddelerin güçsüz tarafça değiştirilmesi imkanı bulunuyorsa genel işlem koşullarından oluşan sözleşmeden bahsetmek doğru olacaktır. Sağlam, **a.g.e.**, s. 81

¹⁰² Koca tarafından rekabetin bulunduğu alanlarda yapılan sözleşmelerin, genel işlem koşullarından oluşan standart sözleşmeleri oluşturduğu ancak rekabetin bulunmadığı alanlarda yapılan abonelik sözleşmelerinin tek bir sağlayıcı ile yapılabilmesi sebebiyle (tekel durum nedeniyle) iltihaki sözleşme oluşturduğu ifade edilmiştir. Koca, **a.g.e.**, s. 3-11.

¹⁰³ Atamer, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁰⁴ Formüler sözleşme ifadesi de kullanılmaktadır.

Standart sözleşmeler; sözleşmenin bir tarafının, sözleşme şartlarını tek taraflı olarak belirlediği, karşı tarafın ihtiyaç ve özelliklerini dikkate almaksızın, hep aynı şekilde mutata olarak kullandığı, karşı tarafın sözleşmeyi aynen kabul etmesi için sunduğu, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerdir¹⁰⁵. Standart sözleşmeler ile tüketici karşısında daha deneyimli ve güçlü konumda olan üreticilerin, mal sağlayıcıların genellikle uzman hukukçulardan yardım alarak kullandığı, bir sözleşme ilişkisinde gerekebilecek yan edim, asli edim, gereği gibi ifa edilmeme, değişen koşullarda tarafların hukuki durumu vb. hallerin düzenlendiği, aynı konuya ilişkin birden fazla kişi için kullanılma gayesiyle hazırlanmış sözleşmeler ifade edilmektedir¹⁰⁶. Zamandan tasarruf sağlaması ve pek çok kişiyle aynı sözleşmenin yapılmasının etkin yönetim organizasyonu sağlaması sebebiyle standart sözleşmeler tercih edilmektedir¹⁰⁷.

Standart sözleşmeler, genel işlem koşullarından oluşur ya da sözleşme metninde genel işlem koşullarına atıf yapılır. *Akipek* tarafından; genel işlem koşulları ile standart sözleşmeler arasında farklılık şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Genel işlem şartları, sözleşmenin belirli bazı kısımlarını düzenleyen, genel ve soyut nitelikte kurallardır. Genel işlem şartları ile standart sözleşmeler arasındaki en önemli farklılık standart sözleşmenin, karşı tarafın kabulüyle kuruluyor olmasına karşın genel işlem şartının sadece karşı taraf kabulü ile bağlayıcı olmayışdır. Genel işlem şartının bağlayıcılığı; bu şartların taraflar arasında bireysel sözleşmeye dönüşmesi ile gerçekleşmektedir.”*¹⁰⁸.

Banka kredi sözleşmeleri, kiralık kasa sözleşmeleri, kara, hava ve deniz yolu şirketleri ile yapılan taşıma sözleşmeleri; standart sözleşmelere örnektir¹⁰⁹. İltihaki

¹⁰⁵ Güngör, **a.g.e.**, s.38.

¹⁰⁶ Güngör, **a.g.e.**, s. 38, 39; Gezder, **Tüketici Kredisi**, s.139.

¹⁰⁷ Güngör, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁰⁸ Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 224. Aynı doğrultuda bilgi için bkz. İşgüzar, **a.g.e.**, s.181.

¹⁰⁹ Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 224. Franchise sisteminin yapısı gereği franchise verilen işletmenin özelliklerinin, diğer tüm franchise alan işletmelerde de aynı olmasını gerektirdiğinden; birden çok kişide, içerik, özellik olarak franchise verenin ekonomik gücü doğrultusunda önceden tek taraflı olarak hazırlanmış, standart franchise sözleşmesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu franchise sözleşmeleri ile franchise zincirindeki işletmelerdeki ortak sistem düzenlenmekte, dolayısıyla sözleşmenin içeriği müzakere edilmeksizin franchise alana sunulmaktadır. Franchise sözleşmelerinin yapısı gereği içinde yer alan genel işlem koşullarının denetime tabi tutulması İsviçre ve Alman hukukunda kabul edilmektedir. (Türk hukukunda denetim TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri gereği yapılabilir.) Ancak Franchise sözleşmesindeki genel işlem koşullarının

sözleşmeler ile zaman zaman aynı anlamda kullanılan standart sözleşmenin, iltihaki sözleşmeden farkı ise standart sözleşmenin, iltihaki sözleşmeyi de içine alan daha geniş bir kavram oluşudur. İltihaki sözleşmeler, kamu hizmeti sunan veya hukuken, fiilen tekel durumunda bulunan şahıslar ile yapılan ya da elektronik sözleşmelerde olduğu gibi alıcının sözleşmeyi olduğu haliyle kabul ya da reddetmek imkanı olan, değişikliğe imkan tanımayan yani kendinde farklı bir özellik bulunduran çeşitte bir standart sözleşmedir¹¹⁰.

D. Çerçeve Sözleşme Kavramı¹¹¹

Çerçeve sözleşmeye ilişkin Türk Borçlar Kanununda hüküm bulunmamaktadır¹¹². Kanunda tanımı yapılmamıştır. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi sebebiyle çerçeve sözleşme akdedilmesinde beis bulunmamaktadır. Çerçeve sözleşmeyi; ileride aynı türden yapılması planlanan sözleşmelerin her biri için ayrı ayrı kararlaştırmaya gerek olmaksızın, aynı şekilde olması planlanan bir kısım hükümden oluşan ve bu hususta önceden mutabık kalınan sözleşme tipi olarak tanımlayabiliriz. Buna göre ileride birden fazla sözleşme yapmayı planlayan taraflar, önceden bir çerçeve sözleşme yaparak, bundan sonra o konuya ilişkin yapılacak münferit sözleşmelerin bir kısım hükümlerini belirlemiş olurlar. Böylece ileride yapılacak sözleşmelerin de içeriği büyük ölçüde saptanır¹¹³. Çerçeve sözleşme yapılması ile güdülen amaç, ileride yapılacak münferit sözleşmeye temel teşkil etmek

denetimi hususunda franchise alanın büyük kurumlar olduğu hallerde; bu işletmelerin, sözleşmenin hazırlanması sürecine katıldıklarını ve müzakere imkanının mevcut bulunduğunu yani genel işlem koşullarının bireysel sözleşmeye dönüşebilme imkanı bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Osman Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması**, Beta Basım, İstanbul 1995, s. 28, 29, 30.

¹¹⁰Yılmaz İ. Aslan, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2010, 3. Baskı, s. 171, dipnot 8; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 159.

¹¹¹Çerçeve sözleşmeler için manto sözleşme ifadesi de kullanılmaktadır.

¹¹²Çerçeve sözleşme kavramına; İsviçre Borçlar Kanunu'nda ya da Alman Medeni Kanunu'nda da rastlanmamaktadır. Nami Barlas, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 809.

¹¹³Çerçeve sözleşmede değer koruma kayıtları, sözleşmedeki istikrarı koruyan hükümler, vergi yükümlülükleri, borca aykırılık hususunda uygulanacak kurallar, yan edimler (örneğin işin yapılabilmesi için eğitim verme) yargı yeri, uygulanacak hukuk gibi unsurlar yer alır. Böylece ileride kurulması planlanan münferit sözleşmelerin her birinde ayrıca tüm bu hususların tekrar tekrar belirtilmesi gerekmez. Barlas, **a.g.e.**, s. 810. Franchise sözleşmeleri, çerçeve sözleşme özelliği gösterir. Zira franchise sözleşmesi ile mal veya hizmet sunumunda yapılacak işbirliğini hedef alan esaslar, hak ve yükümlülüklerin çerçevesi çizilir. Gürzumar, **a.g.e.**, s. 28; Hasan Ayrancı, **Ön Sözleşme**, Yetkin Basım Yayım, Ankara 2004, s.108; Eren, **a.g.e.**, s. 196.

ve münferit sözleşmede boşluk var ise bunu doldurmaktır¹¹⁴. Çerçeve sözleşmenin; borçlar hukuku genel hükümleri uyarınca, tarafları ileride sözleşme yapma yükümlülüğü altına sokmadığı ya da edim değişimi gibi unsurlar taşımadığı ifade edilmiştir¹¹⁵. Yani şayet ileride münferit sözleşmeler kurulacaksa çekirdeği, hukuki ilişkinin temeli çerçeve sözleşme ile kurulmuş olmaktadır¹¹⁶. Çerçeve sözleşme, kendine has özellikleri olan bir çeşit sürekli borç ilişkisi yaratır. Zira çerçeve

¹¹⁴Barlas, **a.g.e.**, s. 808, 809, dipnot 3; Ayrancı, **a.g.e.**, s.107.

¹¹⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 814, 815; Ayrancı, **a.g.e.**, s.107; Çiğdem Özbay, **Aracı Kurumlar Tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması**, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999, s. 13. Buna karşılık Ayrancı tarafından çerçeve sözleşme ile ileride münferit sözleşme yükümlülüğü yüklenebileceği, bunun aynı zamanda bir ön sözleşme teşkil edeceği belirtilmiştir. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 111. Sonradan münferit sözleşmenin akdedilmesini zorunlu kıldığını belirten görüşler de mevcuttur. Nihal Saban, **Franchising ve Vergilendirme**, Beta Basım, İstanbul 1997, s. 38, dipnot 168 b. Çetin ve Töremiş tarafından ise taraflardan en azından birine münferit sözleşme yapma yükümlülüğü yüklediği sözleşme olduğu ifade edilmiştir. Nusret Çetin/H. Ebru Töremiş, “Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişinin Hukuki Niteliği”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XII, 2008 Sayı 1-2, (Çevrimiçi) <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/12-4.pdf>, 12/09/2011, s. 85, 86; Çerçeve sözleşme akdedenlerin, bir ön sözleşme ya da opsiyon hakkı kuran sözleşme akdeden kişiler gibi gelecekte sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ön sözleşme ile taraflardan biri ya da her ikisi birden ileride asıl sözleşme yapma zorunluluğu altındadır. Asıl sözleşme bir borç sözleşmesi olacaktır, ön sözleşmeye en iyi örneği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak verebiliriz. Opsiyon hakkı doğuran sözleşme ise tarafların opsiyon sözleşmesi ile taraflardan birine bir borç ilişkisini kendilerinin daha evvel kararlaştırdıkları şartlarla ve tek taraflı irade beyanı ile kurmak hakkının verildiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Buna en iyi örneği ise kira ilişkisinin olduğu bir durumda kira opsiyonu verilmiş olmasını verebiliriz. Ön sözleşmede bir alacak hakkı doğmaktadır oysa opsiyon sözleşmesi ile yenilik doğuran bir hak kullanılmış olmaktadır. Ön sözleşmede, alacaklı borcun ifa edilmemesi üzerine borçlu aleyhine bir ifa davası açmalıdır ancak opsiyon sözleşmesi ile karşı tarafın irade beyanı gerekli olmadığından kendisine opsiyon hakkı tanınmış olan taraf tek başına irade beyanı ile geçmişte şartları opsiyon sözleşmesi ile kararlaştırılmış borç ilişkisini kurabilir. Ön sözleşmede, asıl sözleşmenin kurulması gerekmektedir, opsiyon sözleşmesinde ise karşı tarafa tek taraflı irade beyanı ile borç ilişkisini kurma imkanı tanınmıştır. Çerçeve sözleşmede ise tarafların ileride kuracakları sözleşme şartlarının temel şartları belirlenmiş, ileride kurulacak münferit sözleşmeler ile temel alınan çerçevede kararlaştırılmamış olan tüm hususların ihtiyaca göre belirlenmesi esas alınmıştır. Çerçeve sözleşmeye en iyi örneği ise tek satıcılık sözleşmesi olarak verebiliriz. Akdedilen çerçeve sözleşme ile tek satıcının coğrafi satış bölgesi, malların gönderiminin ve ücretin ne şekilde ödeneceği belirlenmiş olabilir. Ancak taraflar ileride akdedecekleri münferit satış sözleşmeleri malların adedi, ücreti vs. belirlenebilecektir. Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 100, 110, 112, 113. Asıl sözleşme bir borçlanma ilişkisi içermelidir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.142.

¹¹⁶ Çerçeve sözleşme imzalandıktan sonra yapılacak münferit sözleşmelerin, muhakkak çerçeve sözleşme tarafları arasında yapılması gerektiği, sözleşmenin taraflardan biri ve üçüncü kişi arasında ya da tamamen farklı üçüncü kişiler arasında yapılmasının da mümkün olduğu belirtilmiştir. Üçüncü kişinin lehine olan durumlarda çerçeve sözleşmenin bu kişiler yönünden geçerli sayıldığı ifade edilmiştir. Ancak çerçeve sözleşmede aleyhe bir hükmün varlığı ve münferit sözleşmenin taraflardan biri ile 3. kişi yahut tümüyle 3. kişiler arasında yapılması halinde; üçüncü kişiyi borç altına sokan sözleşme yapılamayacağı temel kuralı karşısında ancak üçüncü kişinin çerçeve sözleşmeyi kabul ettiğini açık veya örtülü olarak belirtmesi durumunda çerçeve sözleşmenin onun açısından bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca münferit sözleşmenin, çerçeve sözleşmede belirlenmiş bir içeriğe sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Barlas, **a.g.e.**, s. 813, 814, 815; Ayrancı, **a.g.e.**, s.109.

sözleşme ile ileride kurulacak sözleşmelerin içerikleri belirlenerek şimdiden bir bağlayıcılık kazandırılmakta ve ileride münferit sözleşmeler yapılması halinde de ilk andan geçerli olan çerçeve sözleşme kapsamında sürekli bir borç ilişkisi doğmuş olmaktadır. Sürekli borç ilişkisinin doğması sayesinde ileride kurulan pek çok münferit sözleşmenin temelini çerçeve sözleşmenin oluşturduğu ve işleyen zaman zarfında oluşan menfaatlerin korunduğu görülmektedir¹¹⁷.

Çerçeve sözleşmede genel işlem koşulları bulunabilir¹¹⁸. Genel işlem koşullarının çerçeve sözleşme içerisine konulduğu önceden, tek taraflı olarak hazırlanan çerçeve sözleşmelere sık rastlanmakta, özellikle banka sözleşmelerinde¹¹⁹ bunun örnekleri görülmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki genel işlem koşullarında tek taraflı olarak önceden hazırlanma koşulu varken çerçeve sözleşmelerin ise tarafların birlikte yaratımı olabilmesi imkanı mevcuttur¹²⁰.

Çerçeve sözleşmenin kullanıldığı alanlardan bir tanesi de Sermaye Piyasası işlemleridir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri; V No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği uyarınca bu mahiyette işlem yapmak isteyen müşteri ile hizmeti sunan kuruluş arasında çerçeve sözleşme akdedilmesi gerekmektedir. Çerçeve sözleşmenin yazılı olarak yapılması zorunludur¹²¹. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri; V No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği mad. 13 ise şekildedir:

¹¹⁷Sürekli borç ilişkisi doğuran çerçeve sözleşmenin geçersizliği iddiası ile en başından sözleşmenin geçersiz sayılması talebi ve sebepsiz zenginleşme ile ilişkinin tasfiyesine gidilmesi doğru görülmemektedir. Menfaatler dengesi dikkate alındığında; sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ifası sürecinde tasfiyeye gidilecek olması halinde o zamana kadar olan hukuki ilişkiyi tanıma ancak taraflara ileriye doğru olmak üzere sözleşme ilişkisinden kurtulma imkanı sağlandığı görülmektedir. Seliçi, **a.g.e.**, s.56, 57. ; Barlas, **a.g.e.**, s. 817,818, 819; Ayrancı, **a.g.e.**, s.110.

¹¹⁸Çerçeve sözleşmede genel işlem koşulları bulunması halinde bunlara ilişkin Alman Hukuku'nda görüldüğü üzere doğrudan içerik denetimi yapılabileceği Barlas tarafından belirtilmiştir. Çerçeve sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının bireysel sözleşmeye dönüşmemiş olması halinde yazılmamış sayılacağı TBK'da düzenlenmiştir. Barlas, **a.g.e.**, s. 819.

¹¹⁹Banka genel sözleşmesi, temel bankacılık hizmetleri sözleşmesi bu şekildedir. Önceden imzalanan bu sözleşmede; çek, repo, teminat mektubu gibi pek çok bankacılık hizmetine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Barlas, **a.g.e.**, s. 812, dipnot 14.

¹²⁰Barlas, **a.g.e.**, s. 810, 811, 812.

¹²¹Atamer, a.g.e, s. 197, 198.

“Aracı kurumlar müşterileriyle alım satım aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo-ters repo, türev araçların alım satımına aracılık, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi yapmaya başlamadan önce, yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul’ca belirlenir. Bu sözleşme, aracı kuruluşla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmasıdır. Çerçeve sözleşmeler müteselsil sıra numaralı ve en az iki nüsha olarak düzenlenir ve bir örneği müşterilere verilir.”

Görüldüğü üzere alım satım işlemi yapmak isteyen kişi, bu faaliyetlere başlamadan önce aracı kurum ile arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir sözleşme yaparak sonradan gerçekleştirilecek her bir alım, satım (müşteriden gelen alım satım emirleri doğrultusunda) işlemi için geçerli genel nitelikte hükümler üzerinde anlaşmak zorundadırlar¹²².

Çerçeve sözleşmeye başkaca şu örnekleri verebiliriz. Faktoring sözleşmesinde akdedilmiş olan çerçeve sözleşme kapsamında bir kısım alacakların satın alınması, takas edilmesi düzenlenmiş olur. Bir çerçeve sözleşme ile ileride yapılacak işlemlerin genel hatları çizilmiş olur. Keza bir derneğin belli aralıklarla çıkaracağı derginin yayınlanması hususunda bir yayınevi ile yaptığı sözleşme, çerçeve sözleşme olabilir. Derneğin, dergide yazısı yayınlanacak yazarlar ile yaptığı münferit sözleşmelerde ise yayıneviyle yaptığı çerçeve sözleşmedeki bir kısım hükme yer vermesi mümkündür.¹²³

E. Mesafeli Sözleşme Kavramı

Bazı durumlarda kullanılan mesafeli sözleşmelerde genel işlem koşullarına sıklıkla rastlandığından kısaca bu kavrama yer vermenin de uygun olacağı görüşündeyiz. Mesafeli sözleşmelerin mal ve hizmet sunumuna belli bir düzen ve süreklilik kazandırma zorunluluğu onu standartlaşmaya itmiştir. Bu sebeple niteliği gereği mesafeli sözleşmelerde, genel işlem koşulları bulunmaktadır. Önceden tek taraflı olarak pek çok kişiye karşı sunulan bir sözleşme metni bulunmaktadır. Muhtemel muhatabın çok sayıda olması sebebiyle de genel işlem koşullarından

¹²² Çetin, Töremiş, **a.g.e.**, s. 84.

¹²³ Barlas, **a.g.e.**, s. 810; Ayrancı, **a.g.e.**, s.108.

yararlanılarak genel ve soyut hükümleri içeren bir sözleşme hazırlanmaktadır. 6502 sayılı Kanun mad.48/f. 1'e göre; “*Mesafeli sözleşme; satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir*”¹²⁴. Geniş anlamda mesafeli sözleşme, sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanlarının, aynı anda ve/veya aynı yerde hazır olmayanlar arasında, farklı teknik unsurları barındıran uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla ortaya konan irade beyanlarına istinaden kurulan sözleşmelerdir¹²⁵. Satıcı veya hizmet sunan kişi ile tüketicinin karşı karşıya gelmeden icap ve kabul işlemini, mesafeli iletişim araçları¹²⁶ ile gerçekleştirdiği sözleşme tipidir. Bu doğrultuda bastırılmış belgeler, mektuplar, gazete ilanları, katalog, telefon, telesekreter, radyo, görüntülü telefon, bilgisayar, elektronik posta, faks gibi tüm araçlar birine yöneltilmiş olsun ya da olmasın mesafeli iletişim aracıdır¹²⁷. Mesafeli sözleşmelerin akdedilebilmesi için mesafeli iletişim araçlarının kullanılması ve mal, hizmet sunanın mal ve hizmetin sunumu için bir sürüm sistemi olması gerekmektedir. Bu sürüm sisteminin, düzenli, sürekli olarak işletilen ve organize bir şekilde satım, mal sağlama süreçlerinin yürütülmesi ile akdedilen tüketici sözleşmeleri olduğu belirtilmiştir¹²⁸.

¹²⁴Sözer, **a.g.e.**, s. 117; Sağlam, **a.g.e.**, s. 82, 83; Uyumaz, **a.g.e.**, 916.

¹²⁵ Mehmet Demir, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004., s. 17.

¹²⁶ Uzağa Satış Sözleşmesi Yapımında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Avrupa Topluluğu Yönergesinin I nolu ekinde sınırlı sayıda olmamak üzere çeşitleri sayılmıştır. Mesafeli iletişim araçları ile yapılan sözleşmeler, mesafeli sözleşmelerdir. Ancak Yönergenin 3. maddesinde bazı şekillerde yapılan sözleşmelerin, mesafeli sözleşme olmayacağı belirtilmiştir. Bunlar; mali hizmetlere ilişkin sözleşmeler, otomatik makineler veya otomasyona geçmiş işyerleri ile yapılan sözleşmeler, paralı halka açık telefonlar ile santral görevlileri arasında akdedilen sözleşmeler, açık arttırmada akdedilen sözleşmeler, kira hariç gayrimenkullerin inşası, satımı veya gayrimenkullere ilişkin ayni veya şahsi haklara ilişkin sözleşmelerdir. Şebnem Akipek, **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, BATİDER, Cilt XXI, Sayı 4, Haziran 2002, s. 48, 49. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin hangi tip sözleşmelere uygulanmayacağı kapsam başlıklı 2. maddede belirtilmiştir.

¹²⁷Akipek, **BATİDER**, s. 48; Demir, **a.g.e.**, s. 17, 18.

¹²⁸ Demir, **a.e.**, s. 19. Elektronik sözleşmeler aynı zamanda mesafeli sözleşmelerdir. Sağlam, **a.g.e.**, s. 82. Elektronik sözleşme ile mesafeli sözleşme eş anlamlı değildir. Zira mesafeli sözleşmelerin, tüketicilerle akdedilen sözleşmeler olarak değerlendirildiği ve bir tüketici sözleşmesi niteliği taşıdığı dikkate alındığında tüm elektronik sözleşmeler, tüketiciler ile yapılmadığından bunları eş anlamlı kabul edemeyiz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 216.

Genel işlem koşulu kullanılan mesafeli sözleşmelerde de GİK denetimi uygulanacaktır. Bu kapsamda mesafeli sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının, yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşı karşıya kalmaması için açık, anlaşılabilir, sözleşmenin karşı tarafının dikkatini çekecek şekilde sunulmuş olması gerekir. Yani karşı tarafın aydınlatılması amaçlanmalıdır. Sözleşmede yer alan beklenmedik, şaşırtıcı hükümler sözleşmeye dahil olmamış sayılır¹²⁹.

¹²⁹Sağlam, **a.e.**, s.81, 82; Akipek, **BATİDER**, s. 51.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETLENMESİ

I. İDARİ DENETİM – YARGISAL DENETİM

A. İdari Denetim

İdari denetim ile kastedilen, genel işlem koşulunun, sözleşmede yer almasından önce idari bir kurum tarafından denetimden geçirilmesidir. Böylece ancak idari kurum tarafından onaylanmış genel işlem koşullarının, işletmeler tarafından kullanılması mümkün olacaktır. Bu şekilde genel işlem koşullarına ilişkin ihtilaf çıkmadan sorunlar önlenmiş, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar arasındaki hak dengesi korunmuş olacak, ayrıca mahkemeler üzerindeki konuya ilişkin iş yoğunluğu azalacaktır¹.

İdari denetim yolu, uygulaması Sigortacılık Kanunu dışında Türk Hukuku'nda nadiren görülen bir denetim türüdür². Sigortacılık Kanunu mad. 11/f. 1 uyarınca sigorta sözleşmelerinin nasıl olacağı şu şekilde belirtilmektedir:

¹Atamer, **a.g.e.**, s. 50; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 162.

² Akipek, **a.g.e.**, s. 232, 233; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 162. Tarihsel gelişim dikkate alındığında taşımacılıkla birlikte mal ve hizmetin ileride gerçekleşebilecek rizikolara karşılık sigortacı, önceden tüm muhtemel ihtimalleri ve uyuşmazlıkları göz önüne alarak ileride riziko gerçekleştikten sonra kendi lehine getireceği hükümler ile sözleşme ilişkisi başında üstün konuma geçmektedir. Sigorta işlemlerinin kitlesel olarak pek çok alanda kullanılmaya başlanması ile genel işlem koşullarının efektif şekilde, yaygın olarak kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bu durum sigortacıların, hukukçular ve sigorta eksperlerinden oluşan uzman kadrolara başvurması ve kendini sözleşme ilişkisinin başlangıcında oldukça güçlü konuma getirecek genel işlem koşulları oluşturmaya imkan vermiştir. Sigorta işlemlerinin doğası gereği güçlü sigortacı karşısında sigorta ettiren ve sigortalıların korunması gerekmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin, sigortacıların kullandığı genel işlem koşulları ile zedelenmesi sebebiyle devletin bu konuya müdahale etmesini gerektirmiştir. Bu kapsamda Müsteşarlık sigorta genel işlem koşullarını düzenlemek, onaylamak ve sigorta şirketlerinin usulüne uygun şekilde onaylanmış sigorta genel işlem koşullarını kullandıklarını denetlemekle yükümlüdür. Bu denetim ile birlikte ülke ekonomisinde büyük bir payı olan sigortacılık sektörünün işleyişi izlenmekte, gerekmesi halinde önlemler alınması amaçlanmaktadır. Avrupa Birliği mevzuatında, sigortacılık işlemlerinde olağan ve büyük riziko ayırımına gidildiği, olağan rizikolar yönünden üye devletlere düzenleme yapma yetkisi verilmesine karşın büyük rizikolar söz konusu olduğundan genel ve özel sigorta şartları düzenleme konusunda üye devletlerin yetkisi olmadığı hususunda karar verilmiştir. Bahtiyar, BATİDER, s. 94, 98, 99.

“Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.”

Sigorta genel işlem koşullarının, mad. 11/f. 1 gereği Müsteşarlıkça³ onaylanmış olması aramaktadır ayrıca onaylı genel işlem koşullarının, sigorta şirketlerince kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi de Müsteşarlığın görevlerindendir. Sigortacılık Kanunu Denetim başlıklı mad. 28’e göre;

“(1) Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan kuruluşlar, sigorta ve reasürans aracıları, sigorta eksperlik faaliyetleri, aktüerler ve sigortacılık işlemi yapan veya sigortacılık alanında faaliyet gösteren diğer kişilerin her türlü sigortacılık işlemlerinin denetimi, Sigorta Denetleme Kurulu tarafından yapılır... (2) ... Bu Kanun ve diğer kanunların sigortacılığa, sigortaya veya sigortacılık alanında faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlara ilişkin hükümlerinin Müsteşarlığın bağlı olduğu Bakanlığa veya Müsteşarlığa verdiği teftiş, denetim, inceleme ve soruşturma görev ve yetkileri sigorta denetleme uzmanları, sigorta denetleme aktüerleri ve bunların yardımcıları eliyle ifa edilir ve kullanılır.”

Denetim ile onaylı genel işlem koşullarının kullanılması sonucunda güçsüz taraf konumundaki sigorta ettirenlerin korunması amaçlanmaktadır⁴.

Çeşitli işkolları bakımından genel işlem koşullarının idari bir makam tarafından ön denetime tabi tutulması, sözleşme tarafları arasında daha belirgin bir sözleşme adaleti dengesi yaratacaktır. Nitekim telekomünikasyon sektörü açısından da idari denetim sistemi getirilmiştir. Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği⁵ mad. 9’a göre;

“(1) Kurum, re’sen veya şikâyet üzerine abonelik sözleşmelerini işletmecilerden isteyebilir. Kurum, işletmeciler ile tüketiciler arasında imzalanan abonelik sözleşmelerini inceler ve değiştirilmesi uygun görülen hususları işletmeciye bildirir. İşletmeci, söz konusu değişiklikleri on beş gün içinde yerine getirir. Kurum gerekli gördüğü hallerde işletmeciye ek süre

³Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı kastedilmektedir.

⁴Bahtiyar, **BATİDER**, s. 98. İdari denetimin öngörülmesi, sigorta genel işlem koşullarının yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabi tutulmayacağı anlamına gelmeyecektir. Yılmaz, a.g.e., s. 136, 137.

⁵ 28 Ekim 2017 tarih ve 30224 Resmi Gazete’de yayınlanan Yönetmelik.

taniyabilir. (2) Onayı mevzuat gereği zorunlu kılınan ve/veya Kurum tarafından gerekli görülen abonelik sözleşmeleri Kurum onayına tabidir.”

Bu hüküm ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na sözleşmeleri denetleme/onaylama yetkisi verilmiştir. Kurum, Yönetmeliğin 7. maddesinde belirtilen nitelikleri ihtiva etmeyen sözleşmeleri şikayet üzerine ya da resen inceler, gerekli gördüğü değişiklikleri işletmeciye bildirir ve işletmecinin de bu değişiklikleri on beş gün içinde yerine getirmesi gerekir. Böylece işletmeci tarafından yerine getirilen değişiklikler sonucu Kurumdan onay alan sözleşme aboneye sunulmakta, abonelik sözleşmeleri hakkında idari denetim yapılmaktadır⁶.

Her sektör bakımından genel işlem koşullarına ilişkin bu şekilde bir denetim sisteminin getirilmesi ile oluşacak sözleşme hakkaniyeti karşısında daha büyük oranlarda bürokratik zorluklar oluşması ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Ancak her halükarda bu şekilde yapılacak bir ön denetim, hem tüketicinin haklarının korunmasına dair imkanı arttırmaya hem de ihtilaf sayısında büyük ölçüde azalmaya sebep olacaktır⁷. Bununla beraber abonelerin dava hakkı ortadan kalkmamaktadır⁸.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik madde 8⁹'e göre haksız şartların Bakanlıkça denetimin nasıl yapılacağı şu şekilde belirtilmiştir;

“(1)Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) Genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması durumunda, bu şartların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene Bakanlıkça otuz gün süre verilir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde bu süreyi doksan güne kadar uzatabilir.

(3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir.

(4) Bakanlıkça verilen sürenin bitimine kadar, sözleşmeyi düzenleyen tarafından haksız şartların sözleşme metninden çıkarılmaması halinde,

⁶ Koca, **a.g.e.**, s. 5/11.

⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 240.

⁸ Sigorta sözleşmelerinde yer alan Bakanlıkça onaylı şartların kullanılması hususunda getirilen önceden denetim, hakim tarafından ayrıca denetim yapılmasını engelleyen bir husus değildir. Atamer, **a.g.e.**, s. 63; Bahtiyar, **BATİDER**, s.99; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 240.

⁹ 17.06.2014 tarih ve 29033 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik.

aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanunun 77 nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır.”

Getirilen bu düzenleme ihtilaf çıktığında taraflar arasındaki sorunun çözümünde başvurulacak bir denetim sistemini değil, henüz ihtilaf çıkmadan önce standart sözleşmelerdeki haksız şartlara ilişkin denetim yapılması imkanını düzenlemektedir. Buna göre bir bakıma idari denetim ile yargısal denetim arasında bir kademe/usul belirlenerek idare kontrolünde hazırlanmış sözleşmeler kullanılması değil ancak mevcut bir standart sözleşmeyi daha kullanmadan yani ihtilaf konusu halinde gelmeden denetimden geçirilmesi, bunlara ilişkin gerekli düzeltme ve bildirimlerin yapılması, yapılmaması halinde ise idari para cezasına hükmedilmesi imkanı sağlanmış olmaktadır¹⁰.

B. Yargısal Denetim

Genel işlem koşullarının ihtilaf konusu haline gelmesi sonrasında bunların denetiminin yargı mercileri önünde yapılması yargısal denetimi oluşturur¹¹. Yargısal denetim iki şekilde söz konusu olabilir. İlk yol, genel işlem koşulunun sözleşmede yer almasından sonra bir yargı yolu ile kontrolünün sağlanması şeklindedir. Böyle bir denetimin mümkün olabilmesi için bu denetim şeklinin kanunda düzenlenmiş olması, yargı yolunun GİK denetimini ne şekilde sağlayacağını düzenlenmiş olması gerekir. Ancak halihazırda Türk hukukunda genel işlem koşulunun ihtilaf konusu olmadan yargı merciine intikali mümkün gözükmemektedir¹². İkinci yol, genel işlem koşulunun sözleşmede bulunmasından zarar gören bireyin, genel işlem koşulunu mahkeme önüne getirmesi şeklinde olur. Bu yol ile denetimde; genel işlem koşulunun, sözleşmede yer almasından ve dava konusu yapılmasından sonra yargı denetimine tabi tutulduğu görülmektedir. Yapılan denetim sonradan denetim niteliğindedir¹³.

¹⁰Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 162.

¹¹Genel işlem koşullarını yargı merci önüne getirebilecek olanlar müşteriler, tüketici birlikleri, idari bir kurum gibi oldukça geniş olarak belirlenmiştir. Atamer, **a.g.e.**, s. 50; Bahtiyar, **BATİDER**, s. 99.

¹²Böyle bir düzenlemeye Alman hukukunda ve İngiliz hukukunda da rastlanmamaktadır. Akipek, **a.g.e.**, s. 233.

¹³Akipek, **a.g.e.**, s. 233.

Yargısal denetimde, genel işlem koşulunun yargı merci önüne gelmemesi halinde denetim imkanının bulunmaması tehlikesi mevcuttur. Zira yukarıda açıklandığı üzere sigorta genel işlem koşulları, idari denetimin öngörüldüğü nadir alanlardan biridir. Mahkemelerin, genel işlem koşulları ihtilaf konusu haline gelmeden onları denetlemesi hususunda bir düzenleme Türk mevzuatında bulunmamaktadır. Bu durumda da sosyo-ekonomik yönden güçsüz, bilgisiz ve deneyimsiz sözleşme tarafı; çoğu zaman okumadan imzaladığı sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının dava konusu edilmesi hususunda çekingen davranmaktadır¹⁴. Ancak halihazırda tek denetim yolunun, TBK mad. 20-25 kapsamında genel işlem koşullarının yargısal yolla denetimi olduğuna dikkat edilmelidir.

Yargısal denetime yapılan bu eleştiri kapsamında Sigortacılık Kanunu'nda zorunlu tutulmuş idari denetimde olduğu gibi tüm genel işlem koşulları yönünden yargı önüne gelmeden sözleşmenin konusu ile alakalı bir idari makam tarafından denetlenmesi önerisi getirilmektedir. Böylece idari bir kurum denetiminde hazırlanmış genel işlem koşullarının kullanılmasının zorunlu kılınması ve sonrasında kullanımın denetlenmesi imkanının tıpkı Sigortacılık Kanunu ve sigorta sözleşmeleri ile sağlandığı şekilde yapılması önerilmektedir¹⁵.

II. YÜRÜRLÜK – YORUM – İÇERİK DENETİMİ

Bir sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının denetlenmesi, yargısal denetim şeklinde olmaktadır. Yargısal denetim yolu ise yürürlük, yorum ve içerik denetimi ile sağlanmaktadır. Yürürlük denetimi ile genel işlem koşulunun sözleşme içeriği haline gelip gelmediği değerlendirilir. Sözleşme içeriği haline gelmiş genel işlem koşulunun onu sözleşmeye koyan aleyhine yorumlanması ile taraflar arasındaki hakkaniyet dengesi sağlanabiliyorsa o halde yorum denetimi ile genel işlem koşulunun denetimi gerçekleştirilmiş olur. Ancak her halükarda güçsüz tarafın menfaatlerini zedeleyen, dayatılan ve mağdur edici hükümler, içerik denetimi yoluyla ayıklanır ve bu hükümler yazılmamış sayılır.

¹⁴Atamer, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁵Atamer, **a.e.**, s. 50.

Genel işlem koşullarının denetimi özetle daha önce iltihaki sözleşmeler bölümünde bahsedilen Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 02/06/1998 tarihli 1998/4263 E., 1998/6098 K. sayılı kararında bahsedildiği şekilde anlatılabilir. Buna göre;

“Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı) münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlandıran kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”

şeklinde ifade edilebilir¹⁶. Ayrıca yine yakın zamanda oluşturulan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararına¹⁷ göre genel işlem koşulu denetimi şu şekilde yapılmaktadır:

“Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde, genel işlem koşullarının üç aşamalı denetime tabi tutulması gerekir. Söz konusu denetim aşamaları; yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.

Yürürlük denetiminde, genel işlem koşulunun karşı tarafın bilgisi dahilinde sözleşmeye konulup konulmadığına bakılmalı, müşterinin sözleşmeye genel işlem koşulu konulduğunu açıkça biliyor olması halinde diğer denetim aşamalarına geçilmelidir. Aksi halde diğer aşamalara geçilmeksizin genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün sözleşmeden çıkarılması gerekmektedir. TBK m. 21 uyarınca, bir müşterinin önceden sözleşmedeki genel işlem koşulundan açıkça haberdar edilmesi, tek başına o hükmün geçerli hale geldiğini göstermez. Önceden müşteriye bildirilmemiş olan hükümler, genel işlem koşulu denetimine gerek kalmaksızın, sözleşmenin bir hükmü dahi sayılmamalıdır.

Şayet sözleşme, o sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem koşulu taşıyorsa, yani şaşırtıcı hüküm içeriyorsa, bu nitelikteki hükümler yönünden, müşterinin önceden ve açıkça bilgilendirilmiş olup olmadığı, bu hükmün müzakere edilip edilmediği önem taşımaksızın, o sözleşme hükmü TBK m. 21/2 uyarınca sözleşmeye yazılmamış sayılmalıdır.

Yürürlük denetimi kapsamında, genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerden müşterinin önceden ve açıkça bilgilendirilmemiş ve onun tarafından kabul edilmemiş olması halinde veya şaşırtıcı hüküm içermesi halinde o hükümler sözleşmeye yazılmamış sayılır. Böyle bir durumda,

¹⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s.387, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/3hd-1998-4263.htm>, çevrimiçi, 10.03.2019.

¹⁷ Yargıtay 11. HD. 21.05.2018 tarihli 2016/11123 E., 2018/3743 K. sayılı kararı. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-11123.htm>, 25.05.2019.

sözleşmeyi düzenleyen taraf, sözleşmede yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler olmasaydı, o sözleşmeyi yapmayacak olduğunu söyleyerek, sözleşmenin geçersiz olduğu ileri süremez.

Yürürlük denetiminin aşılması halinde yapılması gerekli denetim aşaması “yorum” denetimidir. Belirsizlik ilkesi de denilen bu denetim modelinde, sözleşmede yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hüküm içeriğinin ne olduğu konusunda bir anlaşmazlık bulunuyorsa, bu hükmün düzenleyen taraf aleyhine yorumlanması gerekir.

Sözleşmede, yürürlük denetiminin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması veya bulunsa bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasından sonra, sözleşmenin bir de “içerik” denetimine tabi tutulması gerekmektedir. İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün “dürüstlük kuralı” na aykırı olup olmadığı, karşı tarafın aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususu Kanunda düzenlenmemiş olup, mahkemece her somut olayda bu durumun tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir.

İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, Kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerekir.

Genel işlem koşulu sebebiyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir.

Yukarıda, TBK'nın 20-25. maddelerinde genel işlem koşulu denetimine dair ilkelere yer verilmiş olup, mahkemece, sözleşmenin 01/07/2012 tarihinden sonra imzalandığı ve 6098 Sayılı TBK'nın m. 20 vd. maddelerindeki genel işlem koşullarına dair hükümlerinin uygulanmasına bir engel olmadığı nazara alınarak, sözleşmenin yukarıdaki ilkeler doğrultusunda genel işlem koşulu denetimine tabi tutulması ve sözleşme hükmünün bu nitelikte olduğunun tespiti halinde, bu hükmün yazılmamış sayılması ve ortaya çıkan boşluğun da doldurularak, varsa davacıdan tahsil edilen fazla tutarların iadesine karar verilmesi gerekir.”

Yargıtay kararında da görüleceği üzere bir genel işlem koşulu ile karşılaşılmaması halinde denetim yollarına tek tek başvurulması ve denetim yollarından adım adım geçmiş olan genel işlem koşulunun sözleşmede yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olmadan geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Buna karşın genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden

geçememesi ya da genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden geçmesi ve yorumlanacak herhangi bir unsur barındırmaması yahut düzenleyen aleyhine yorum yapılması sonrasında içerik denetimine geçilmesi ile genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı veya karşı tarafın şartlarını ağırlaştırıcı olduğunun tespiti halinde genel işlem koşulu yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olacaktır. Bu durumda ise yürürlük-yorum denetiminden adım adım geçirilmesi sonrasında içerik denetimi sürecinde ya da yürürlük denetiminde daha ilk denetim aşamasında yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşan genel işlem koşulu nedeniyle sözleşme içi boşluk oluşması halinde hakim öncelikle varsa emredici hukuk kuralı yoksa tamamlayıcı nitelikteki hukuk kuralına başvurur, bunlar da yoksa nadiren de olsa örf ve adet hukukuna ya da bizzat meydana getireceği hukuk kuralına başvurarak oluşan boşluğu giderir.

A. Yürürlük Denetimi (TBK mad. 21)

Çoğunlukla sözleşme hazırlama hususunda yeterli hukuki bilgiye sahip olmayan kişiler ile sözleşmeler yapılmaktadır, genel işlem koşullarının bu kadar yoğun şekilde kullanılmasının bir sebebi de budur. Önceden tek taraflı olarak, birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış ve karşı tarafa müzakere imkanı verilmemiş sözleşme hükümleri genel işlem koşulu niteliğini taşıyacak, bunlar sözleşme içinde yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecektir. Ancak bir sözleşmenin GİK niteliğinde olması, tek başına yazılmamış sayılma sonucunu vermez. Bazı hallerde taraflar arasındaki objektif menfaat dengesini sağlamış ve karşı taraf genel işlem koşulunun bilincinde olarak hükümleri kabul etmiş olabilir. Bu hallerde ise GİK, bireysel sözleşmeye dönüşmüş kabul edilebilecek ve yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmayabilecektir. Bu doğrultuda genel işlem koşulunun yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşması için; ya düzenleyenin karşı tarafa genel işlem koşullarını açıkça göstermemiş, bunlara ilişkin bilgi verip karşı tarafın bunların içeriğini öğrenmesi için imkan sağlamamış ve bu bağlamda usulüne

uygun şekilde kabul edilmiş olmaması ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının bulunması gerekir (TBK. mad. 21)¹⁸.

1. Genel İşlem Koşullarının İçeriğini Öğrenme ve Bundan Sonra Kabul Etme Şartının Oluşmaması Hali

TBK mad. 21/f. 1'e 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 imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."*

Sözleşmede yer alan GİK hususunda karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi, içeriğini öğrenme imkanı sağlanması gerekmektedir. Yasa, karşı tarafın öylesine ya da üstünkörü bilgilendirilmesini değil, açıkça bilgilendirilmesini aramaktadır¹⁹. Açıkça bilgilendirilmemiş karşı tarafça yeterince incelenmemiş ve doğuracağı sonuçların neler olacağı üzerine düşünülmeksizin genel işlem koşulları içeren sözleşme imzalanmışsa genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır²⁰.

¹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 163, 164; Yener, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁹ Kılıçoğlu; bu bilgilendirmenin "samimi, açık, tereddüde yer vermeyecek" biçimde yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 115. *"...bankanın müşterinin sözleşme maddelerinin kabul edildiğini ispatlaması yeterli olmayacak, bankanın sözleşme maddeleri hakkında müşterisini bilgilendirdiği ve bu bilgilendirme sonucu müşterinin maddelerin içeriğini öğrendiğini de ispat etmesi gerekecektir. Bu konuların ispatı, müşterinin yazılı bir şekilde 21/1'deki hususları açıkça beyan, ikrar ve kabul etmesi ile mümkün olacaktır."* Seza Reisoğlu, Yeni Türk Borçlar Kanununun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, **Bankacılar Dergisi**, Sayı 79-2011, s. 44. Aksi görüş için bkz: Atamer tarafından sözleşme içeriği hakkında karşı tarafın bilgilendirilmesi gerekmediği, karşı tarafa GİK niteliğinde hüküm içeren sözleşmenin verilmesi ve karşı tarafın GİK kullanıldığı hususunda bilgi verilmesinin yeterli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca ispat hususunda Atamer tarafından bilgilendirmenin, sözleşmenin imza karşılığı teslim edilmesi, e-posta ya da CD ile gönderilmesi yoluyla yapılabileceği belirtilmiştir. Atamer, **Sempozyum**, s. 28, 29, dipnot 57.

²⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 163; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 115. Ayrıca güçsüz tarafın sözleşme içeriğini öğrenmesine imkan verilmediği ve bu doğrultuda genel işlem koşulunun tümünün yazılmamış sayılma akıbetine maruz kalmasının bir diğer örneği olarak TTK. mad. 1425/f. 1 uyarınca sigorta poliçesinin rahatça okunabilecek şekilde düzenlenmemiş olması hali gösterilebilir. Renan Baykan, **Tüketici Hukuku- Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri**, İTO Yayını, İstanbul 2004, s. 179. Yasanın çıkarılış amacı da düşünüldüğünde Kılıçoğlu ve Reisoğlu'na katılmak gerektiği, burada karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesinin gerektiği, sözleşmede GİK kullanıldığının karşı tarafa bildirilmesinin yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Kabul edilmiş olma hali yukarıda belirtilen hallerin varlığı çerçevesinde yazılmamış sayılma yaptırımını beklenilmez şart (kayıt) durumu haricinde engelleyebilecektir. Genel işlem koşulunun incelenerek ve sonuçları değerlendirilerek kabul edilmesi hali, güçlü tarafça her türlü delille ispat edilebilecektir. Ancak unutulmaması gereken TBK. mad. 20/f. 3 'de belirtildiği üzere; genel işlem koşullarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına, söz konusu şartların niteliğini değiştirmeyeceğidir. İspat edilmesi gereken bu husus hakkında ispat yükü, güçlü taraf üzerinde olacaktır. Sözleşmedeki genel işlem koşullarını tek başına ve önceden düzenleyen güçlü tarafın, genel işlem koşullarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayda yer vermesi ile genel işlem koşulları yazılmamış sayılma yaptırımından sadece bu kayıt sayesinde kurtamayacağı açıktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun mad. 5/f. 3'de de benzer bir düzenlemeye yer verilerek sözleşme şartlarının önceden hazırlanmış olması ve bunların standart sözleşmede yer alıyor olması sebebiyle tüketicinin müdahalesi mümkün olmamışsa, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediğinin kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda hayatın olağan akışı gereği kanun koyucu GİK içeren sözleşmeyi düzenleyen güçlü taraf üzerine ispat külfetini yükleyerek menfaat dengesini korumaya çalışmıştır²¹.

²¹ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik mad.5/f. 3 c. 2; *“Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.”* şeklindedir. Yener, **a.g.e.**, s. 138. Atamulu tarafından genel işlem koşulunda ispat yüküne dair düzenleme olmadığının, TKHK, Haksız Şartlar Yönetmeliği ve Avrupa Birliği Yönergesinde genel işlem koşulunun (sözleşme şartının) müzakere edildiğini iddia eden tarafın ispat yükünü üzerine aldığını belirtmiştir. TKHK, Haksız Şartlar Yönetmeliği ve Avrupa Birliği Yönergesi açısından bu bilgi geçerli olsa da TBK mad. 20/f. 3'de yapılan düzenleme kapsamında ispat yükünün, genel işlem koşulunu düzenleyen taraf üzerine bırakıldığını kabul etmek gerekir. Kaldı ki bir an için TBK mad. 20/3 olmasaydı bile Atamulu'nun da ifade ettiği üzere tüketici mevzuatındaki düzenlemelerden faydalanılarak kıyasen ispat yükü düzenleyen üzerine bırakılabilecektir. Atamulu, **a.g.m.**, s. 117-120, 131. Yargıtay 13. HD. 02/05/2008 tarihli, 2008/4345 E., 2008/6088 K. Sayılı kararı; *“Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir....Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında 22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir.”* şeklindedir. Atamulu, **a.m.**, s. 134; (Çevrimiçi)

Genel işlem koşullarının yapısı gereği Borçlar hukukunda kabul edilen sağlıklı bir irade ile kabul beyanı verildiği karinesinin tersine çalıştığı görülmektedir. Zira içerik denetiminde, sözleşme özgürlüğünün ve irade özgürlüğünün kötüye kullanılması ihtimaline karşı tam bir güvence yaratmak gayesi mevcuttur. Getirilen bu hüküm, sağlıklı ve bağımsız düşünen bireyin, sözleşmedeki kendi aleyhine olan hükümleri kabul etmeyeceği düşüncesi üzerine kurulu bir karinedir²². İdeal olan; taraflar eşitmişçesine sözleşmenin kurulması, objektif menfaat dengesinin kurulması en azından güçsüz taraf olarak nitelediğimiz bireyin kendi aleyhine olan hükümlere karşı kanun çerçevesinde güvence sağlanmasıdır.

a. Genel İşlem Koşulunun Benimsenmesi

Genel işlem koşulunun, güçsüz tarafça benimsenmesi (kabulü) açık, örtülü (zımni) ya da global olabilir²³.

(1) Açık Kabul

Genel işlem koşulları tarafların anlaşmaları ile bireysel sözleşmeye dönüşmektedir. Ancak bu anlaşma yukarıda belirtildiği üzere genel işlem koşulunu düzenleyen ile GİK hakkında açıkça bilgilendirilmiş, içeriğini öğrenmiş, gerekiyorsa GİK içerisinde değişiklik yapmış ve sonrasında sözleşmeyi kabul etmiş taraf arasında

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2008-4345.htm> , 05/05/2019; aynı yönde kararlar için bknz. Yargıtay 13. HD. 02/05/2008 tarihli, 2008/4345 E., 2008/6088 K. sayılı kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2004-4334.htm> , 05/05/2019. Yargıtay 13. HD. 28/03/2012 tarihli, 2012/3533 E., 2012/8419 K. Sayılı kararı; “Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.... Hemen belirtmek gerekir ki, davalı banka, sadece kredinin verilmesi ve yapılandırılması için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir. Kredi verilmesi ve yapılandırılması için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü ise davalı bankaya aittir. Aksi halde, diğer ücret ve masraflar başlığı altında maktuen belirlenen bir miktarın tüketiciden alınacağına dair hükmün yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Öyle olunca, mahkemece, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden kredinin kullanılması ve yapılandırılması için zorunlu masrafların neler olduğunun ve miktarının tespiti için rapor alınması, davacının 27.11.2007 tarihinde kullandığı ilk kredi için yaptığı masrafları talep edip edemeyeceği hususu da tartışılarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2012-3533.htm> , 05/05/2019.

²²Bu karine, TBK.mad.39 aldatma veya yanıltma hali gibi sınırlı sürede ileri sürülen iptal hakkı aksine her zaman ileri sürülebilecek, hatta hakim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulabilecek bir hükümsüzlük hali öngörmektedir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 164.

²³Bahtiyar, **BATİDER**, s.97.

olmalıdır. Sözleşme, taraflarının tam irade uyuşması ile GİK sözleşme içeriği haline gelecek, yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalmayacaktır. Ancak irade beyanının açık ya da örtülü olması²⁴ önem arz etmeyecektir. Güçsüz tarafın genel işlem koşullarını kabulü genel işlem koşullarına atıf şeklinde de olabilir, sonrasında sözleşmenin imzalanması şeklinde de olabilir²⁵.

(2) Örtülü Kabul

Genel işlem koşullarının ne zaman örtülü (zımnen) kabul edildiğinin tespiti önem taşır. Somut olayın özelliğine göre kabul iradesinin varlığı sonucu güven teorisine göre çıkarılabiliyorsa o halde örtülü kabulün gerçekleştiğinden söz edilebilir. Yani karşı tarafın, varlığından haberdar olsaydı güven teorisine göre karşı çıkacağı, sözleşmeyi akdetmeyeceği konularda örtülü kabulden söz edilemeyecek, bu mahiyetteki konularda karşı taraf bilgilendirilmemiş sayılabilecektir²⁶.

GİK kullanan (düzenleyen) tarafın, genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dahil etme gayesinin olduğu somut olgular mevcut olmalıdır. Sözleşmeye ilk bakışta, genel işlem koşullarının kullanıldığı anlaşılabilmelidir. Bu doğrultuda genel işlem koşulunun kullanılmakta olduğu ve genel işlem koşulunun içeriği hakkında karşı tarafa bilgi verilmeli, genel işlem koşulunun kabul edilmesi, benimsenmesi imkanı sağlanmalıdır. Genel işlem koşulunun sözleşmede bulunduğundan haberdar olan karşı tarafın, genel işlem koşuluna itiraz edebilecek iken kısmen ya da tamamen karşı

²⁴ Açık irade beyanı, beyanın anlamının direkt olarak anlaşılabilirdiği durumda var kabul edilir. Örtülü (zimni) irade beyanında ise anlam direkt olarak anlaşılmaz, iradeyi gösteren hareketlerin, mevcut durumun, hal ve şartların değerlendirilmesi ile irade anlaşılabilir ise örtülü irade beyanından bahsedilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 143, 144; Nomer, **a.g.e.**, s. 21.

²⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Oftinger, Jeanpretre, **a.g.e.**, s. 46; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 232. Yargıtay 17. HD. 21.02.2013 tarih ve 2013/1087 E., 2013/2041 K. Sayılı kararı: “Bu durumda ispat külfeti kendisine düşen davalı sigorta şirketine özel şartın poliçe metninde bulunduğu dair savunmasını ispat zımında, davacının imzasını içeren poliçe aslını ibraz etmesi, özel şartın poliçe metninde bulunduğu ilişkin tüm kesin delillerini sunması, gerektiğinde davalı sigorta şirketi ile poliçeyi düzenleyen acentenin tüm ticari defter ve kayıtlarında uyumsuzluk konusu özel şartın davacının imzasını içeren poliçe metninde bulunup bulunmadığı konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılması, sigortalının imzasının ve özel şartın mevcut olduğu poliçenin varlığı halinde davalının özel şarttan haberinin olduğunun aksi halde ise davacının özel şarttan haberinin olmadığı, davalının bilgilendirme yükümlülüğüne uymadığının kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/17hd-2013-1087.htm> , 23.04.2019.

²⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 384; Bahtiyar, **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması**, s. 113.

çıkmadığı hallerde örtülü kabulün varlığından söz edilebilecektir²⁷. Ancak karşı tarafın genel işlem koşulunun varlığından habersiz olduğundan şüphe duyulması halinde örtülü kabulün bulunmadığı kabul edilmelidir. Örtülü kabul hakkında inandırıcı olguların varlığı halinde, benimsemenin varlığı kabul edilmelidir²⁸. Bu olguların var olup olmadığının tespiti ise somut olaya göre yapılacaktır.

TBK örtülü kabul başlıklı 6. madde; “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*” şeklindedir. Genel işlem koşulları yaparak sözleşme akdettiği bilinen banka veya şirket ile sözleşme yapılmasında, genel işlem koşullarının sözleşme muhtevasında yer alacağının kabul edileceği ancak kısmen veya tamamen karşı çıkılmadığında örtülü kabulün varlığından söz edilebileceği anlaşılmaktadır. Burada susmanın ret anlamına geldiği hal değil, işin niteliği gereği ret beyanının açıkça beklendiği, susmanın ise kabul anlamına geldiği durum görülmektedir²⁹. Dikkat edilmesi gereken, somut olayın niteliğinin örtülü kabule imkan tanıyıp tanımayacağıdır³⁰. Örneğin bir şirketin, bankaya ödeyemediği borçlarının yeniden yapılandırılması için hazırlanan özel bir borç tasfiyesi sözleşmesi ile faizin, vadenin, komisyonların yeniden belirlenmesi sürecinde bankanın genel işlem koşullarını, karşı tarafa vermesi ve karşı tarafın da susması, itiraz etmemesi durumunda örtülü kabulün varlığından bahsedilebilecektir.

²⁷Tekinalp, **a.e.**, s. 384.

²⁸Bahtiyar, **BATİDER**, s. 97.

²⁹Kaplan, **Yorum ve Tamamlama**, s. 8, 9. “*Merz tarafından önerilen ve genel kabul gören formül şöyledir: Müşteri, isterse içeriğini somut olarak bilmesin, bankanın genel işlem koşulları bulunduğu haberdarsa ve sözleşmenin kurulması sırasında, soyut olgular sebebiyle, bankanın bu şartları sözleşmenin içeriği haline getirmek isteğini hesaba katma durumundaysa, örtülü kabul vardır.*” Aynı şekilde alınmıştır. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 384. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen karar; “*...İsviçre komisyoncuları irsaliyeci genel koşulları, ..., ayrıca, o kadar uzun ve karmaşıktır ki, pek anlaşılır gibi değildirler; hatta, genellikle okunmadıkları iyi bilinmektedir. Söylendiği gibi bu son sebebin hiçbir değeri yoktur. O kadar karmaşık ve özellikle uzun olan genel koşulların bulunmasında güçlük çekileceği de doğru değildir. İsviçre’de otuz yıla yakın bir zamandan beri kullanılmaktadır; bir ithalatçının onun ana hatlarını okuması ve onları anlaması beklenebilir; bu hususlar ithalat ticaretinin yapılması için gerekli bilgilere dahildir. Kurtarıcı şartların en önemlileri 3. Maddede olup, yeterince açıklarlar. Daha önceki tüm işlerde steiner şirketi onları açıkça kabul etmiştir. Bu nedenle, iyiniyet kurallarına göre, bu işte de onları örtülü olarak kabul ettiği düşünülmelidir; aksi halde, onları kesin suretle çıkarmak gerekirdi. Aynı nedenle, daha önceki işlerde onların hiç uygulanmamış olmalarının önemi yoktur.*” şeklindedir (RO 77 II 154 (all), jdT 1952 11). (Kararın bir kısmına yer verilmiş olup işbu kısım aynı şekilde alınmıştır) Oftinger, Jeanpretre, **a.g.e.**, s. 2, 3; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 235.

³⁰Kaplan, **Yorum ve Tamamlama**, s. 9.

Zira şirket yeniden yapılandırma için görüştüğü banka ile daha önceden genel işlem koşullarından oluşan çeşitli bankacılık hizmet sözleşmeleri imzalamıştır ve bankaların kullandığı sözleşmelerin genel işlem koşullarından oluştuğu ortalama müşteri tarafından bilinmektedir. Hal böyleyken kendisine yeniden yapılandırmaya ilişkin tasfiye sözleşmesi sunulan müşterinin susması, hiçbir maddeye itiraz etmemesi ya da müzakere etmemesi örtülü kabulün varlığına delil olarak değerlendirilebilir. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 05/06/1962 tarihli 1962/90 E., 1962/3103 K. sayılı kararında; banka, banka defterini kaybeden müşteriyi, defter üzerindeki kayıtlardan biri olan *“defterin yitirilmesi halinde bankanın mektupla haberdar edilmesi, aksi halde yanlış ödemeden müşterinin sorumlu olacağı”* şeklindeki kayıt sebebiyle sorumlu tutmuştur. Mahkeme kaydı bağlayıcı görmemiş ancak Yargıtay Dairesi tarafından hüküm bozulmuştur. Gerekçe olarak ise; *“... Davacı mukavele mahiyetinde bulunan bu cüzdandaki şartları kabul ile parasını bankaya yatırdığına göre, bu şartlara riayetsizliğin akde muhalefet olduğunu düşünmek gerekir”* şeklindedir³¹.

Tekinalp, şüphe halinde örtülü kabulü reddetmenin, inandırıcı olguların varlığı halinde ise kabul etmenin menfaatler dengesine uygun olacağını belirtmiştir³².

(3) Global Kabul

Uygulamada, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, GİK hakkında karşı akdi açıkça bilgilendirmiş ve içeriğini öğrenme imkanı sağlamış olmasına karşın çoğunlukla karşı tarafça sözleşme hükümleri okunmadan³³ ya da gerektiği gibi incelenmeden kabul edilmektedir. Bu durum global kabul olarak ifade

³¹Tekinalp, **a.g.e.**, s. 384, 385.

³²Tekinalp, **a.e.**, s. 385.

³³Yazar tarafından “Okumadan İmzalama” başlığı altında verilen bilgilere göre; her ne kadar genel işlem koşulları okumadan imzalanan sözleşme metinleri olarak değerlendirilmese de şayet taraf sözleşmeyi okumadan imzalamak suretiyle ya da beyaza imza yoluyla sözleşme tarafı olmuşsa burada bilinçli bir iradenin varlığından bahsedilebileceğini ifade etmiştir. Okumadan imzalanan belgenin ya da karşı tarafın imzalayanın iradesi aksine doldurma ihtimali bulunduğu beyaza imzalı kağıdın sonuçlarını kabul etmiş ve benimsemiş olduğunu belirtmiştir. Buna ilişkin olarak Yargıtay 4. HD. 30/05/1978 tarih 9842/7238 ve 22/09/1978 tarih 11693/10288 sayılı kararlarını örnek olarak göstermiştir. Nihat Yavuz, **Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartları)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 50, 51.

edilmektedir³⁴. Bu şekilde kabul edilmiş olan genel işlem koşulları yönünden yapılacak ikinci yürürlük denetimi, beklenilmezlik ilkesi çerçevesinde yapılacak denetimdir³⁵. Zira global kabul doğrultusunda okunmadan imzalanmış bir sözleşmenin geçerli sayılabileceği düşüncesine karşı aynı şekilde global kabul ile genel işlem koşullarının da geçerli olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Burada her ne kadar global kabul ile GİK niteliğindeki hükümlerle birlikte sözleşme hükümlerinin içeriğe dahil olabileceği düşünülse de beklenilmezlik ilkesi çerçevesinde olağan dışı, şaşırtıcı, sözleşmenin içeriğine yabancı, beklenilmez kayıtlar; sözleşme içeriğine dahil sayılmayacaktır³⁶. Bir genel işlem koşulu küçük puntolarla basılmış, okunması güç, ilgili olduğu bölüm dışında sözleşmenin farklı yerine konulmuş ise bunun da karşı tarafın bilgilendirilmesi önlemek maksadıyla yapıldığı, sözleşmenin karşı tarafının bilgilendirilmesine teşvik yerine genel işlem koşulunu gizlemek amacıyla hareket edildiği iddia edilebilecektir. Nitekim bu durum TBK mad. 21/f. 2 uyarınca alışılmadık ve işin özelliğine yabancı da kabul edilebilecektir. Bu yönüyle bu nitelikteki genel işlem koşulları zaten global kabul kapsamında olmayacaktır. Keza Tekinalp tarafından; İsviçre öğretisinde, global kabulün geçerli sayılabilmesi için genel işlem koşulunun okunabilir olması, hükmün sözleşme metni içinde anlamını gizleyecek bir yere koyulmamış olması, kabulün icabın parçası olduğunun anlaşılması gerektiği görüşünün hakim olduğu belirtilmiştir. İcapta, genel işlem koşuluna gönderme yapılması halinde global

³⁴Sözleşmede yer alan “boş söz biçimindeki mutlak kayıtlar” sözleşme okunmadığından global olarak kabul edilmektedir. Global kabule karşın söz konusu hükümler taraflarca karşı tarafa teklif edilmediğinden bunların ileride uygulanmasının talep edilmesi halinde dürüstlük kuralına aykırılık oluşacağı Kaplan tarafından ifade edilmiştir. Bu nitelikteki hükümler özellikle banka genel işlem koşullarında görülmektedir. Bu kayıtlar üzerinde çok düşünülmemiş, gözden kaçmış biçimsel kayıtlardır. Kaplan bu nitelikteki biçimsel ifadelerin dar yorumlanması gerektiğini ya da şaşırtıcı kayıtlar gibi geçersiz kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu nitelikteki hükme örnek olarak ise orta vadeli yatırım kredisinin söz konusu olduğu bir sözleşmede uygulanması ihtimali olmayan kısa vadeli yatırım kredisine ilişkin şartlara yer verilmesini göstermiştir. İbrahim Kaplan, “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, 1991, Cilt 16, Sayı 2, s. 59. Yener, **a.g.e.**, s.138; Kocaman, **a.g.m.**, s.1098, 1099, Baki İlkay Engin, “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, **Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul 2010, s. 80. Esra Kaşak, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 2012, s.416.

³⁵ Kocaman, **a.g.m.**, s.1098, 1099; Bigat, Lokmanoglu, **a.g.e.**, s. 3149; Engin, **a.g.e.**, s. 80; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 236, 237.

³⁶ Bigat, Lokmanoglu, **a.g.e.**, s. 3149; Engin, **a.g.e.**, s. 80.

kabulün varlığı hususunda karine bulunduğu görüşünün yaygın olduğu belirtilmiştir³⁷.

2. Beklenilmezlik İlkesi (Şaşırtıcı, Yabancı, Olağandışı Hüküm Kavramı)

TBK. mad. 21/f. 2'ye göre; “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” Bu doğrultuda güçsüz taraf genel işlem koşullarını incelemiş, müzakere etmiş, gerekmesi halinde değişiklik yapmış ve sonrasında kabul etmiş ya da global kabul şeklinde benimsemiş olsa dahi sözleşmenin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde şaşırtıcı, alışılmamış, olağandışı ve diğer hükümler ya da sözleşmenin konusu ile alakasız genel işlem koşulları yazılmamış sayılabilecektir³⁸. Bu nitelikteki hükümlere müşterinin asli edim yükümlülüğünü ağırlaştıran, önemli ölçüde değiştiren, haklarını daraltan, sözleşmenin niteliğinin değişmesine yol açacak nitelikteki şartlar örnek olarak gösterilebilir³⁹.

Beklenilmezlik ilkesinin sağladığı bu imkan ile sözleşmenin gayesiyle ve içeriğiyle ilgisiz hükümlerin güçsüz tarafça kabul edilmesi halinde dahi, düzenleyenin çıkar sağlamasını engellemek amaçlanmıştır⁴⁰. Tarafların bu nitelikteki hükümleri istişare etmiş olamayacağı düşünülmektedir⁴¹. Bazı durumlarda güçsüz taraf, sözleşmede yer alan konuyla ilgili genel işlem koşullarını inceleyerek bunlar üzerinde müzakere etme imkanına sahip olabilecektir. Ancak çoğunlukla taraflar

³⁷Tekinalp, **a.g.e.**, s. 382, dipnot 29.

³⁸Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165; İnal, **Tüketici Kredisi**, s. 154; Kocaman, **a.g.m.**, s.1100; Yener, **a.g.e.**, s. 139. Global kabul halinde şaşırtıcı kayıtların yazılmamış sayılabileceğini ancak okunmuş, tartışılmış sözleşmelerde şaşırtıcı kaydın yazılmamış sayılma ile karşı karşıya kalmayacağı Tekinalp tarafından belirtilmiştir. Tekinalp, **a.g.e.**, s.389. Buna karşın Kaplan tarafından “... *alışılmamış hükümler, genel işlem koşullarının münferit sözleşmeye dahil edilmesine ilişkin koşullar gerçekleşmiş olsa bile, sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelmezler, yani yok farz edilirler.*” ifadesine yer verilmiştir. Bunun dayanağının Alman Genel İşlem Koşulları Kanun’unun 3. maddesi olduğu belirtilmiştir. Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 59. Kaşak, **a.g.m.**, s. 421; Şeker, **Değiştirme Yasası**, s. 387.

³⁹Bigat, Lokmanoğlu, **a.g.e.**, s. 3151.

⁴⁰Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165.

⁴¹Kaşak, **a.g.m.**, s. 422.

arasındaki ilişkinin can damarı olan temel ilişkiye dair genel işlem koşullarını dahi kabul etmek zorunda kalan güçsüz tarafın, şaşırtıcı hükümleri düzenleyen ile istişare edebileceği, bunları sözleşmeden çıkarmaya ya da yumuşatmaya çalışabileceği düşünülemez. Bir an için sözleşmenin can alıcı genel işlem koşullarında müzakere imkanını yakalamış ve isteği doğrultusunda sözleşmenin ilgili hükümlerini değiştirmiş güçsüz tarafın bir de sözleşme içerisindeki yan edimleri/hususları düzenleyen şaşırtıcı genel işlem koşullarının değiştirilmesi konusunda ikna edici olabilmesi çok düşük bir ihtimaldir. Nitekim bu durum, düzenleyen açısından sözleşme dengesinin kendi lehine doğru değişmesini ve çıkar elde etmesini sağlayacaktır. Bu sebeple bir GİK, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı ise başka koşul aranmaksızın yazılmamış sayılacaktır. Bu nitelikteki genel işlem koşulları incelenmiş ya da içeriği öğrenilmiş olsun yazılmamış sayılacaktır⁴².

GİK niteliğindeki bir düzenlemenin, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olup olmadığı, yani şaşırtıcı ya da beklenilmez bir hüküm olup olmadığını belirlerken güven ilkesi ve yorum kurallarına göre sözleşme tarafları ve aradaki sözleşme ilişkisi göz önünde bulundurularak değerlendirme yapmak gerekir. Ayrıca ileride anlatılacak olan aleyhe yorum ilkesi de bu değerlendirmede önemli rol oynamaktadır⁴³.

TBK. mad.21/f. 2'nin gerekçesinde verilen örnek şu şekildedir:

“Uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblâğın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için,

⁴²Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 115. Aksi görüş için bkz. Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler, a.g.e.**, s. 69. Yavuz tarafından ayrıca belirtildiği üzere İsviçre Hukuku'nda da “güven teorisine göre, olağandışı nitelikteki genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olduğu kabul edilmemiştir.” Bu doğrultuda her ne kadar şaşırtıcı kayıtlara ilişkin açıkça bilgilendirme yapılması ve içeriğinin öğrenilmesi imkanının sağlanması halinde bu kayıtların sözleşmeye dahil olacağını ifade etmişse de gerek TBK'daki düzenleme gerek İsviçre öğretisi sebebiyle Yavuz'un görüşüne katılmak imkanı bulunmadığı kanaatindeyiz. Kaşak tarafından da sözleşmenin içeriğine ve niteliğine yabancı hükme, karşı tarafça dikkat çekilmesi halinde artık diğer taraf yönünden bu hükmün beklenilmez sayılmayacağı ifade edilmiştir. Yavuz ile benzer şekilde görüş için bkz. Kaşak, **a.g.m.**, s. 422, 423.

⁴³Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165, 166; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 389. Bir hükmün beklenilmez olup olmadığının tespitinde kıstas alınacak müşteri tipinin, ortalama müşteri olduğunu kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir. Bigat, Lokmanoğlu, **a.g.e.**, s. 3152.

bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur (BGE 49 II 185). Ayrıca kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayıksız olarak yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler de olağan dışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır.”⁴⁴

Öz tarafından bir hükmün, beklenilmez genel işlem koşulu olarak kabul edilip yazılmamış sayılıp sayılmayacağının değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken bir unsurun da bu hükmün, güçsüz taraf aleyhine bir hüküm olup olmadığı ifade edilmiştir. Sözleşmenin güçsüz tarafı lehine olan beklenilmez mahiyetteki genel işlem koşulunun yazılmış, sözleşme içeriğine dahil olmuş kabul edileceği ancak güçsüz sözleşme tarafı aleyhine olan beklenilmez mahiyetteki genel işlem koşulunun TBK mad. 21/f. 2 uyarınca sözleşme içeriği haline gelmeyeceği ve yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir⁴⁵.

⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi davacının okumadan ya da üstünkörü okuduğu ve sonrasında imzaladığı bakiye borç makbuzu şeklinde adlandırılan belgeyi, halin icap ettiği durumlarda davacının bağlanmak istemediği bir ön ödeme makbuzu olarak değerlendirmiştir. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 391. Federal Mahkeme tarafından şu hükümler de alışılmamış kayıt sayılmıştır: “*Rehin sözleşmesindeki, rehin gelecekteki tüm borçları kapsayacağına yani rehin alacaklısının gelecekte üçüncü şahıslardan iktisap edeceği alacakları da karşılayacağına ilişkin kayıt (BGE 51 II 273 vd.) ile revizyondan geçirilmiş kefalet akdi ile ilgili hükümlerde kefili koruyan hükümleri, ortadan kaldırıcı nitelikteki kayıt (BGE 64 II 380 vd.)*” Aynı şekilde alınmıştır. Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 61. Gerekçede belirtilen Federal Mahkeme kararı uyarınca rehin sözleşmesini imzalayan kişinin aslında bilmeden kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri de kabul etmiş sayılması kabul edilebilir bulunmamıştır. Şeker, **a.g.e.**, s. 44. TBK mad. 21/f. 2 gerekçesinde özellikle bankaların hesabı dilediği zaman, gerekçe göstermeksizin kat edebileceği ve sözleşmeyi feshedebileceğine dair kayıtların emsal olarak verilmesinin uygun olmadığı ifade edilmiştir. Bu mahiyetteki hükümlerin kredi sözleşmesi ile ilgili olduğu yani beklenilmez olmadığı ifade edilmiştir. Buna karşın bu mahiyetteki hükümlerin, TBK mad. 25 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı ölçüde karşı tarafın aleyhine hükümler olması sebebiyle geçersiz sayılabileceği ifade edilmiştir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165, 166.

⁴⁵ Güçsüz taraf lehine bir hüküm, beklenilmez olsa da geçersiz sayılmayacağı ifade edilmiştir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 166. Bir genel işlem koşulunun beklenilmez olması ile haksız yani aleyhe olmasının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiği, bunların birbirinden ayrı kavramlar olduğu ifade edilmiştir. Bir şartın öncelikle beklenilmez mahiyette olup olmadığını değerlendirmek gerektiği, sonrasında bu şartın sözleşme içeriğine girip girmediğinin tespiti gerektiği, sonra sözleşme içeriği haline gelmiş şartın haksız yani aleyhe olup olmadığının tespiti gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bir genel işlem koşulunun beklenilmez olmasına karşın özellikle karşı tarafın dikkati çekilmek ya da diğer sözleşme hükümlerinden farklı basım tekniği ile (kalın veya büyük harfler kullanılması vb. yollarla) ayrıştırılarak bilgilendirilmek ve karşı tarafa sunulmak ile karşı tarafça kabul edilmek suretiyle beklenilmez olmaktan çıkarılacağı ancak söz konusu genel işlem koşulunun TBK mad. 21/f. 2 denetiminden geçmesine karşın haksız olması sebebiyle TBK mad. 25 uyarınca içerik denetiminden geçmemesi ihtimali olduğu ifade edilmiştir. Bu yönüyle bir genel işlem koşulunu beklenilmez ve haksız olmak yönünden ayrı ayrı değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir. Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 238; Atamer, **a.g.e.**, s. 110; Kaşak, **a.g.m.**, s.425-426; Şeker, **a.g.e.**, s. 48.

3. Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılmasının Hukuki Mahiyeti (TBK. mad. 22)

TBK. mad. 21’de yazılmamış sayılma yaptırımının hangi hallerde ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Ancak genel işlem koşulunun yani sözleşmedeki bir maddenin yazılmamış sayılması yaptırımı, borçlar hukukunda sözleşmenin geçersizlik türlerine ilişkin alışılmış kavramlardan farklıdır⁴⁶. Bu ifade şekline, İsviçre Borçlar Kanunu’nun ve Türk Ticaret Kanunu’nun bazı maddeleri (poliçe, bono ve çeke ilişkin hükümlerde ve kıymetli evrakın üzerinde şekle aykırı olarak yer verilmiş ibarelere ilişkin olarak) ile Alman Medeni Kanunu’nun genel işlem koşulu ile ilgili 305/c maddesinde benzer bir hukuki etkiye sahip ifadeye rastlanmaktadır⁴⁷. Türk hukukunda, TTK. mad.675, 679, 682, 784, 786, 789’da yazılmamış sayılma ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu maddelerin şekle uygun olmayan bazı ibarelerin yazılmamış sayılmasına ilişkin olduğu ancak GİK denetiminde hükümlerin geçersiz sayılabileceği dikkate alındığında TBK 21-22 ile ifade edilenin genel olarak bilinen yaptırımlardan (yokluk, kesin hükümsüzlük, askıda hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük yaptırımlarından⁴⁸) farklı olduğu, Türk hukukunda yeni olduğunun

⁴⁶ Atamer, **Sempozyum**, s. 30, 31.

⁴⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 165; Atamer, **Sempozyum**, s. 31.

⁴⁸ Yokluk, kurucu unsurların eksikliği nedeniyle hiçbir zaman geçerlilik ya da varlık kazanamama, hükümsüzlükten dahi söz edilememe halidir. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olmamasının sonucu yokluktur, sözleşme hiç meydana gelmemiştir. Kesin hükümsüzlük (mutlak butlan ya da butlan) ise çeşitli alt başlıkları olmakla birlikte yasada öngörülen sözleşme şeklinin eksikliği, temyiz kudretinden yoksun olma hali gibi durumların mevcudiyeti halidir. Buna göre kesin hükümsüzlük halinde işlem, sözleşme meydana gelmiştir ancak tarafların istediği hüküm ve sonuçları daha işlemin en başından doğurmamaktadır. Yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında pratik anlamda doğan hukuki sonuçlar arasında fark bulunmamaktadır. Buna karşın yokluk olduğu zaman kesin hükümsüzlükten farklı olarak çevirme (tahvil, konversiyon) ya da sözleşmenin sonradan onaylanması (tasdik edilmesi) de mümkün değildir. Ayrıca ispat yükü açısından bir sözleşmenin var olup olmadığı çekişmeli ise sözleşmenin var olduğunu ileri süren taraf bunu ispat etmekle yükümlüdür, yani davacı ispat yükü altındadır. Ancak sözleşmenin var olduğunun ispatı sonrasında kesin hükümsüzlük iddiasında bulunan davalının ispat yükü bulunmaktadır. Ayrıca herhangi bir taraf ortaya koymasa dahi hakim kendiliğinden (re’sen) yokluk durumunun söz konusu olup olmadığını değerlendirecektir. Kesin hükümsüzlükte, taraflar onaylama (tasdik) ile hükümsüz bir sözleşmeyi geçerli kabul edebilir, bu sözleşme ile kendilerini bağlayabilirler. Bunun için kesin hükümsüzlük halini bilmeleri ya da en azından geçersizliğe dair bir şüphe duymuş olmaları gerekmektedir. Diğer şart ise onaylama sırasında, kesin hükümsüzlüğe sebep olan unsurun sona ermiş, kaldırılmış olmasıdır yani işlem geçerli olarak yeniden yapılabilecek konumda olmalıdır. Çevirme ise kesin hükümsüz işlem, sözleşme diğer bir işlem ya da sözleşmenin şartlarını ihtiva ediyorsa ve tarafların batıl durumda olmayı bilselerdi diğer işlemi isteyebilecekleri düşünülebilir ya da kabul edilebiliyorsa o halde diğer işlemin geçerli olması halidir. Bu kavramların yanı sıra geçerli bir işlemin sonradan iptal hakkı kullanıldığı yani bozucu yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı “iptal edilebilirlik” ile akdedenler yönünden geçerli olan ancak

kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁴⁹. TBK. mad. 21 ve 22’de ifade edilen yazılmamış sayılma kurumunun hangi yaptırım tipine tabi tutulacağı kanun koyucunun iradesinde net olarak anlaşılamamaktadır. Yazılmamış sayılma ile yokluk halinin mi⁵⁰, kesin hükümsüzlük halinin mi⁵¹, yoksa yeni bir kavram olarak

bazı üçüncü kişiler yönünden geçersiz sayılan işlemlerde var olan “nisbi hükümsüzlük” halleri bulunmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 580., 581, 582, 586, 596, 609. Geçersizlik halleri; butlan (batıl olma veya kesin hükümsüzlük) ve iptal edilebilirlik olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir. Bir sözleşmenin baştan beri kesin olarak hükümsüz olması halinde o sözleşmenin batıl olduğu kabul edilir. Batıl olan bir sözleşme; geçersizlik sebebinin ortadan kalkması, belirli bir sürenin geçmesi veya sözleşmeye konu edimin yerine getirilmesiyle geçerlilik kazanmaz. Sözleşmenin geçerlilik şartlarını ihtiva eder şekilde yeniden yapılması gerekmektedir. Kesin hükümsüz sözleşmenin geçersizliği herkes tarafından her daim ileri sürülebilir. Hakim bu durumu re’sen dikkate alır. Butlan/kesin hükümsüzlük hallerine şu örnekler verilebilir: Temyiz kudretinden yoksunluk, sözleşmenin konusunun emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlak kurallarına ve kişilik haklarına aykırı ya da fiilen imkansız olması, yasal şekil şartına uyulmamış olması. Tahvil, batıl olan sözleşmenin başka bir sözleşmeye ilişkin geçerlilik şartlarına haiz ise, batıl olan işlem geçerlilik şartlarına haiz olduğu diğer işleme çevrilir. Bir sözleşmeyi geçersiz kılacak unsurların varlığı halinde, geçersizlik nedeniyle hakkı korunan tarafa o sözleşmeyi iptal edebilme hakkı verilmiştir. Bu duruma iptal edilebilirlik denir. Nomer, **a.g.e.**, s. 34-37. Yokluk, bir hukuki işlemin kurulmasını sağlayan kurucu unsurların olmaması halidir. Kesin hükümsüzlük (butlan, mutlak butlan, batıl) ise hukuki işlemin kurulmasını sağlayan kurucu unsurların var olmasına karşın geçerlilik unsurlarında eksiklik olması halidir. Yokluk bir bakıma hukuki işlemin doğmaması, kesin hükümsüzlük ise ölü doğmasıdır. Yokluk yaptırımına tabi olan hukuki işlem zaten hiç var olmamıştır, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olan hukuki işlem de sürenin geçmesi veya eksik olan geçerlilik şartının daha sonradan yerine getirilmesi ile geçerlilik kazanmaz. Taraflar uygun görürse kesin hükümsüzlük ile batıl olan hukuki işlem yerine geçerlilik şartlarına haiz yeni bir hukuki işlem yapabilirler. Yapılan bu yeni hukuki işlem, batıl olan ilk hukuki işlemde bağımsız ve yeni bir hukuki işlemdir. Kesin hükümsüzlük durumunun varlığı halinde imkan var ise tahvil yoluna başvurulabilir ancak yokluk halinde var olmayan bir hukuki işlem başka bir hukuki işleme de çevrilemeyeceğinden tahvil mümkün değildir. Kesin hükümsüzlük (butlan); geçerlilik unsurlarının, hukuki işlemin tamamı açısından eksik olduğu tam butlan ve hukuki işlemin bir kısmı açısından eksik olduğu kısmi butlan olarak ikiye ayrılır. Kısmi butlanda (kısmi kesin hükümsüzlük), geçersiz olan kısım dışında hukuki işlemin geri kalan kısmı ayaktadır, geçerli kabul edilir. Nitekim genel işlem koşulları yönünden yapılan içerik denetimi ile kısmi butlan ile sözleşme adaletini sarsan genel işlem koşulları budanarak sözleşmenin kalan kısmı geçerli kabul edilir (TBK mad. 25). Benzer şekilde bir sözleşmede emredici hukuk kurallarına aykırılık var ise bu mahiyetteki hükümler kısmi butlan yaptırımına maruz kalacaktır ancak kısmi butlana maruz kalan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamı tam butlan yaptırımına maruz kalacaktır. (TBK mad. 27/f. 2 c. 2) Detaylı bilgi için Şeker, **a.g.e.**, 63-92.

⁴⁹ Atamer, **Sempozyum**, s. 30, 31.

⁵⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 221.

⁵¹ Altop tarafından “yazılmamış sayılma” ifadesi yerine “kayıtlar sözleşmenin kapsamına dahil sayılmazlar” ifadesinin yahut “kayıtlar kesin hükümsüzdür” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmiştir. Altop, **Sempozyum-Genel İşlem Koşulları**, s. 43. Eserde maddede geçen yazılmamış sayılma ifadesi yerine kesin hükümsüzlük ifadesine yer verilmesi gerektiği ifade edilmiş, bu durumda TTK. mad.1530’a benzer bir düzenleme ile genel işlem koşulunun kesin hükümsüz sayılması halinde düzenleyenin, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı iddiası ile sözleşmenin kesin hükümsüz olmasını sağlayamayacağının yani TBK mad. 27 hükmünden yararlanmayacağının belirtilmesinin daha doğru olacağı üzerinde durulmuştur. Bu şekilde yeni bir kavram yaratılmamış olacağı, mevcut kurumların korunması ile karışıklığın engellenmiş olacağı belirtilmiştir. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 27. TBK mad. 24’de yazılmamış sayılma yaptırımı düzenlenmiştir, buna karşılık kanun gerekçesinde değiştirme yetkisi veren ya da yeni düzenleme getiren kayıtların TBK mad. 27/f. 2 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacağı ifade edilmiştir. Şeker

değerlendirilmesi gereken sözlük anlamında kullanılabilecek yazılmamış sayılma halinin mi ⁵² kastedildiği kanun koyucu tarafından açıkça yeni bir düzenleme oluşturulmadığı dikkate alındığında doktrin ve Yargıtay içtihatlarıyla açıklığı kavuşturulması gereken bir alan olarak kalacaktır⁵³.

Oğuzman/Öz’e göre yazılmamış sayılma ile kesin hükümsüzlük (geçersizlik) anlatılmak istenmektedir. Genel işlem koşullarının uygulamada hep yazılı olarak düzenlendiği, ancak sözlü olarak kararlaştırılmasında sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca yazılmamış sayılma halinin, kesin hükümsüzlükten daha ileri bir anlam taşıdığının da savunulabileceği belirtilmiştir. Buna göre; yazılmamış sayılma ifadesinin, tarafların genel işlem koşullarının sözleşmede yer almasına karar verilmediği şeklinde kullanıldığı bu sebeple hükümsüzlüğün, yokluk derecesine ulaştığı kanaatinin oluştuğu belirtilmiştir. Gerekçe olarak ise tarafların üzerinde irade uyuşmasına varmadığı konularda yokluk oluştuğu ifade edilmiştir ⁵⁴. Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin yapılışından itibaren hüküm ve sonuç doğuramayacak şekilde geçersiz olmasını ifade eder⁵⁵. Yokluk halinde süre ya da icazet geçerli sayılmasına imkan tanımaz. Hakim re’sen dikkate alır. Edimler yerine getirilmiş ise taraflar bunları sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iade edilmesini talep edebilir⁵⁶. Yokluk halinde kurucu unsurlardan biri veya birkaçı eksiktir, bu sebeple zaten hukuki işlem kurulamamıştır. Süre geçmesiyle veya icazet ile yokluk hali “varlık” haline dönüşmez. Hak zaten doğmamıştır, def’i olarak değil itiraz olarak ileri sürülebilir. Hakim görevi gereği dikkate alır⁵⁷. Aslında genel işlem koşulunun

tarafından bu durumun yarattığı çelişkiye dair tespit yapılmıştır. Ancak kanaatimizce burada kanun koyucunun yazılmamış sayılma ile kesin hükümsüzlük yaptırımını kabul ettiği görülmektedir. Şeker, **Değiştirme Yasağı**, s.390, 391.

⁵²Borçlar Hukukuna yeni giren bir yaptırım türü olarak yazılmamış sayılmanın; yazılmamış sayılma sonucunu doğruacak olan bahsedilen nitelikteki hükümlerin, kendiliğinden geçersiz sayılması sonucunu doğuracağı, geçersiz sayılma için irade açıklamasının ya da dava açılmasının gerekmediği belirtilmiştir, buna göre bu halde, “sözlük anlamında” yazılmadığının kabul edileceği ifade edilmiştir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 114.

⁵³ Detaylı bilgi için Şeker, **a.g.e.**, s. 93- 172 ile 236. Doktrinde genel kabul gören ve kanaatimizce isabetli olan görüş, yazılmamış sayılma yaptırımının kesin hükümsüzlük şeklinde bir yaptırım olduğudur.

⁵⁴Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 164, 165.

⁵⁵Turhan Esener, **Hukuk Başlangıcı-Genel Hukuk Bilgisi**, 7. Baskı, Alkım Yayınevi, 2004, s. 38; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Beta Basım, 2011, s. 34; Ruhi, **a.g.e.**, s. 34.

⁵⁶ Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 35.

⁵⁷ Hatemi, **Medeni Hukuk**, s. 169, 170; Ruhi, **a.g.e.**, s. 35; Şeker, **a.g.e.**, 63-65.

yazılmamış sayılması halinin kesin hükümsüzlük mü yokluk hali mi oluşturduğu bu bakımdan önem taşımaz. Zira her ikisinde de sonuç aynıdır ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır.

GİK niteliğindeki hükmün, öneri ve kabul kapsamına girmemesi halinde bu hükümlerin etkisinin olmayacağı belirtilmektedir. Buna göre taraflardan birinin önerisi ve karşı tarafın da bu hükmü kabulü şeklinde gerçekleşmeyen bir sözleşme hükmü açısından geçersizlik yaptırımı söz konusu olmayacak, geçersizlik ancak sözleşme hükmü olmuş hükümler açısından söz konusu olabilecektir. Bu sebeple sözleşme içeriği olmayan bir hüküm batıl olmayacaktır⁵⁸. Atamer TBK. mad. 21 ile düzenlenen sorunun butlan/geçersizlik sorunu olmadığını, bunun “sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olma” sorunu olduğunu belirtmiştir⁵⁹.

Yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmayan, sözleşmenin kalan kısmı yönünden geçerlilik devam edecektir. Düzenleyen, sözleşmenin yazılmamış sayılan hükümleri olmasaydı kalan hükümler ile sözleşmeyi akdetmeyeceğini söyleyemeyecektir (TBK. mad. 22). Genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasından sonra sözleşmede kalan hükümlerin geçerliliğine ilişkin TBK. mad. 22 ile TBK mad. 27/f. 2 birbirinden ayrılmaktadır. Zira mad. 27/f. 2’de hükümsüz kalan hükümler olmasaydı sözleşmenin akdedilmeyeceği açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamen hükümsüz olacağı düzenlenmiştir⁶⁰. İki düzenleme arasındaki bu farklılık genel işlem koşullarının doğasından, taraflardan birinin güçlü ve karşı tarafa iradesini dayatma gayesinde olmasından kaynaklanmaktadır. TBK mad. 22 olmasaydı genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması yaptırımı ile karşılaşan güçlü taraf, o hüküm olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek sözleşmenin tamamını hükümsüz kılabilirdi. Bu da genel işlem koşullarını denetlemenin altında yatan gayeye ters

⁵⁸Atamer, **Sempozyum**, s. 30, 31.

⁵⁹ “Tarafların iradesinin uyduğu bir konuda emredici hukuk kurallarına aykırılık tartışması burada yoktur. Aksine, tarafların irade uyuşmasının kapsamı henüz daha belirlenmektedir. Dolayısıyla GİK’in sözleşme içeriği olmadığı hallerde hakime sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda BK m. 20. F. 2’deki (TBK m. 27, f. 2) gibi bir opsiyon zaten tanınmamıştır. Bu hallerde ihtilaf çıkması halinde hakim, tarafların üzerinde anlaştığı kabul edilen hususların (GİK hariç) bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakacaktır.” Atamer, **Sempozyum**, s. 32.

⁶⁰Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 117, 118.

düşecektir. Bu doğrultuda kısmi hükümsüzlüğün düzenlenmiş olması genel işlem koşullarının denetimi açısından tamamlayıcı unsurdur. Ancak kısmi hükümsüzlük nedeniyle sözleşmede boşluk olduğu hallerde nasıl bir yol izleneceği Kanun'da düzenlenmemiş, gerekçede düzenlenmiştir. Bu sebeple gerek Alman Genel İşlem Koşulları Yasası mad. 6 *“kayıtlar sözleşme içeriği olamadığı veya geçersiz sayıldığı ölçüde sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir”* düzenlemesi gerekse geçersiz sigorta genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağını ifade edildiği TK mad. 1266 uyarınca; kısmi boşluk halinde varsa emredici hukuk kuralları, yoksa yedek hukuk kuralları ile boşluk doldurulur. Bunların olmaması ve tarafların boşluğun nasıl doldurulacağına dair ek bir kural belirlememeleri halinde ise sözleşmenin tamamlanmasına dair kabul edilmiş olan temel ilkeler göz önüne alınarak sözleşmedeki boşluk giderilir. Yani sözleşmedeki boşluğun giderilmesinde hakim öncelikle tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine başvurur, bunlar da yoksa nadiren de olsa örf ve adet hukukuna ya da bizzat meydana getireceği hukuk kuralına göre boşluğu giderir⁶¹.

4. Genel İşlem Koşulu İle Bireysel Sözleşme Hükümünün Yarışması Hali

Bünyesinde GİK içeren bir sözleşmenin tarafların iradelerine ya da somut olayın özelliklerine tam olarak uygun olması beklenemez. Bu sebeple GİK olarak düzenlenmiş bir hüküm sonrasında taraflar arasında bir bireysel sözleşmede tekrar

⁶¹ Alman GİK Yasası mad.6/f. 3 uyarınca *“sözleşmenin ayakta kalmasının fıkra 2’de öngörülen şekilde yapılan değişiklikler dikkate alındığından bir taraf için beklenemeyecek sonuçlar doğurması halinde, sözleşme geçersiz sayılır”*. düzenlemesine yer verilmiştir. Kocaman tarafından TBK. 27/f. 2 çerçevesinde bu durumun söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Kocaman, **a.g.m.**, s. 1113, 1114; Dursun, **a.g.e.**, s. 184; Şeker, **a.g.e.**, s. 198, 242, 243. Yargıtay 11. HD. 04.06.2018 tarihli 2016/13006 E., 2018/4273 K. sayılı kararı; *“Genel işlem koşulu sebebiyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükümünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa TMK m. 1 uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir. Yani, davalı tarafından talep edilen ücretlerin işin niteliğine uygun ve makul olup olmadığının mahkemece, diğer bankalardan benzer türdeki kredi sözleşmelerinden kaynaklanan ipotek fek ücreti oranları sorulmak, kredinin teminatı olan ipotegin feki için banka tarafından yapılması gereken giderler araştırılmak ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun 144. maddesi kapsamında, Bakanlar Kurulu’nun 16.10.2006 tarih ve 2006/11188 Sayılı kararına istinaden Merkez Bankası’nın 2006/1 Sayılı Tebliği’nin 4. maddesi de göz önünde bulundurulmak suretiyle davalı banka tarafından tahsil edilen ücretin fahiş olup olmadığı hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.”* şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-13006.htm>, 25.05.2019.

değerlendirilerek düzenlenebilir⁶². Diğer bir ifadeyle bireysel sözleşme düzenlenmişse ya da sözleşmedeki bir konu hem GİK hem de bireysel sözleşme olarak düzenlenmiş ve hükümler birbirine aykırı ya da yarışıyorse bireysel sözleşmeye itibar edilmesi, öncelikle uygulanması gerekecektir⁶³. Alman Medeni Kanunu §305b’ de açıkça bireysel sözleşmenin, GİK ile çatışması halinde bireysel sözleşmeye öncelik tanınacağı düzenlenmiştir. İsviçre-Türk hukukunda da aynı şekilde GİK karşısında bireysel sözleşme önceliğinin bulunduğu, GİK karşısına çelişen bireysel sözleşme hükmünü koyan taraf iradelerine uyulması gerektiği kabul görmektedir⁶⁴. Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken; bireysel sözleşmenin, GİK kullanan tarafla ya da temsilcisi ile yapılmış olmasıdır. Tarafların bireysel sözleşme yapmak yönündeki iradeleri dikkate alınmalıdır⁶⁵.

Sözleşme içinde genel işlem koşulundan sapan hükümlerin geçerli olmayacağı yönünde bir genel işlem koşuluna yer verilmiş olsa dahi bu hüküm de GİK niteliğinde olacağından söz konusu genel işlem koşuluna itibar edilmemesi gerektiği

⁶² Atamer, **Sempozyum**, s. 38.

⁶³ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1102; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 143; Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 58; Nihat Yavuz, **Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartları)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 35; Arıkan, **a.g.m.**, s.72. Aynı husus müzakere edilmemiş sözleşme hükmü ile bireysel sözleşme hükmünün yarışması ya da aykırı olması halinde de geçerlidir. Morin, **a.g.e.**, s. 45. Atamer tarafından ileride taraflar arasında ihtilaf çıkmasını önlemek amacıyla sözleşme metninde bireysel sözleşme hükümleri ile çelişen GİK niteliğindeki hükümlerin üstünün çizilmesinin ya da sözleşmeye bireysel sözleşme hükümleri ile çelişmeyen GİK hükümlerinin uygulanacağı yönünde bir hüküm eklemenin faydalı olacağı belirtilmektedir. Ayrıca Atamer’in bireysel sözleşmeye öncelik tanınmasına ilişkin verdiği karar örneğinde aynı şekilde şu ifadeye yer verilmiştir; “Örneğin hazır ev imalatçısı bir işletme ile sözleşme akdedilirken kesin bir vade tespit edilmişse, sözleşmeye ekli bulunan GİK içinde yer alan ve ifa tarihinin bir ay geriye atılabileceğini belirten bir hüküm etkili olmaz (BGH BB 1984, s. 1771). Yine taraflar arasındaki görüşmelerin bir sonucu olarak konşimentonun ön yüzünde time-charter yapan kişinin taşıyan olduğu belirtilmişse, arka yüzde yer alan matbu konşimento şartları arasında “identity of carrier clause”unun, yani donatanın taşıyan olduğu klotunun yer alması önem taşımaz (BGH, NJW-RR 1990, s. 613 vd.)”. Atamer, **Sempozyum**, s. 38, 39 ve dipnot 79. Bireysel sözleşme hükmü ile doğrudan ya da dolaylı olarak çatışan genel işlem koşulu kesin hükümsüzdür. Atamulu; **a.g.m.**, 126, 127.

⁶⁴ Atamer, **Sempozyum**, s. 39.

⁶⁵ Atamer’in eserinde geçen örnek aynı şekilde aktarılmaktadır. “Locher’in verdiği bir örnekle somutlaştırılacak olursa: bir takımın taraftarı, futbol maçı için bilet alırken stadyum sahibi kulübün, meydana gelebilecek zararlardan sorumlu olmadığını açıklayan ilanını grup kulübün yöneticilerinden birine gider ve bu konuda şikayetçi olursa ve yönetici, kendisi için bu kuralın uygulanmayacağını dile getirirse artık bireysel anlaşmanın geçerliliği konusunda şüphe olamaz.” Sayfa 129, dipnot 26’da verilen Alman Federal Mahkemesi kararında ise otopark bekçilerinin yetkisi olmamasına karşın otoparkta bırakılan eşyanın sorumluluğunu aksine GİK varken kabul etmesi yönündeki bireysel sözleşmeyi, geçersiz saymıştır. Atamer, **a.g.e.**, s. 129.

ortadadır⁶⁶. Yargıtay 11.HD. 14/4/1995 tarihli 1995/1993 E., 1995/3369 K. sayılı kararı;

“..... Genel kabule göre, taraflar genel işlem şartlarının aksini sözleşmenin bir maddesi ile kabul etmişlerse bu kabulleri geçerlidir ve önce aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir (Bkz., Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. İbrahim Kaplan, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık-1991, sh. 63 vd.).”

şeklindedir⁶⁷.

Alman ve İsviçre öğretisinde bireysel sözleşmenin, genel işlem koşulunun bulunduğu metinde yer almasının zorunlu bulunmadığı, açık, örtülü kabul ile ya da yorumla bireysel sözleşme düzenlenebileceği belirtilmiştir⁶⁸. Tekinalp tarafından GİK içeren sözleşmede, bireysel sözleşme yapılmadığına dair bir hükme ya da yapılacak bireysel sözleşmelerin geçerli olmayacağını düzenleyen hükme yer verilmesi halinde bu düzenlemelerin geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹. Ayrıca unutulmaması gereken bir diğer husus da TBK. mad. 20/f. 3 uyarınca getirilmiş olan GİK’in tartışıldığı ve sonrasında kabul edildiğine ilişkin kaydın “tek başına” geçerli olmayacağı yönündeki yasal düzenlemenin, bireysel sözleşme yapılmadığı yönündeki kayıtlar için de uygulanacağıdır.

⁶⁶ Atamer, **Sempozyum**, s. 40, 41.

⁶⁷ Bahtiyar, **BATİDER**, s.102, dipnot 44.

⁶⁸ Atamer tarafından GİK niteliğindeki sözleşme hükmü içeriğinden ayrılan bir uygulamanın genel işlem koşulunu kullanan tarafından benimsenmesi ile bireysel sözleşmenin doğduğu yönündeki içerik ayrılığının varlığı halinde; bireysel sözleşme niteliğindeki bu uygulamaya öncelik verileceği ifade edilmiştir. Burada Atamer tarafından Alman Federal Mahkemesinin BGH WM 1977 nolu kararını örnek gösterilmiştir. Buna göre bir satıcının bir malın nitelikleri konusunda genel işlem koşulundaki sorumsuzluk karinesine rağmen taahhütte bulunması halinde; malın ayıplı çıkmasından sorumlu olacağı ve bireysel sözleşmeye öncelik verileceği belirtilmiştir. Ayrıca Atamer, Türkiye’de bankalar tarafından kullanılan sözleşmelerde kredinin banka tarafından kısmen veya tamamen kullandırılıp kullandırmama, kesme yönünde tüm yetkiye sahip olduğu matbu sözleşme hükümleri ile krediye dayanan cari hesaplardan bir kısmını ya da tamamını bankanın dilediği anda kesebileceği yahut sözleşmeyi feshedebileceği yönündeki matbu sözleşme hükümleri; taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinde açıkça bir taksitlendirme yapıldığı ve belirli bir sürenin kararlaştırıldığı kredi sözleşmesi yönünden bireysel sözleşmeye öncelik tanınacağı, kredi sürelerine bağlı kalınması gerekeceği belirtilmiştir. Elbette bu halde haklı nedenle feshe sebep olacak somut olaya ilişkin bir gerekliliğin bulunmadığının varsayılacağı ifade edilmiştir. Atamer, **Sempozyum**, s. 40, 41.

⁶⁹ Özellikle bireysel sözleşmelerin geçersizliğini öngören kayıtların da geçersizliğine hükmetmek gerektiğini, zira taraf iradelerini, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir vaka yönünden ipotek altına almanın doğru olmadığını belirtmiştir. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 386, 387.

5. Sözleşmenin Her İki Tarafının Farklı Genel İşlem Koşullarını Kullanması Durumu

Sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu durumlarda bazen tarafların her biri kendi genel işlem koşullarının geçerli kabul edilmesini, bağlayıcı sayılmasını isteyebilirler. Taraflar farklı genel işlem koşulları kullanmak isteyebilir ya da farklı genel işlem koşullarının kullanılması sonucunu doğuracak şekilde atıf yoluyla farklı genel işlem koşullarını işaret edebilirler. Sözleşmede birbiriyle çelişen farklı genel işlem koşulları ortaya çıkmakta ve çelişen hükümler açısından ona atıf yapmış olan yani o genel işlem koşulunun kullanılmasını istemiş olan sözleşme tarafı, ihtilafın kendi koyduğu hükme göre çözümünü istemektedir. Bu da ortadaki ihtilafın çözümüne yönelik birbiriyle çelişen iki farklı hüküm olması sonucunu doğurmaktadır. Doktrinde bu husus “genel işlem koşulunun çatışması” olarak ifade edilmektedir⁷⁰.

Sözleşme kurulurken tarafların farklı genel işlem koşullarına dayanması⁷¹ sebebiyle ortaya çıkan ihtilafın ne şekilde çözüleceği sorunu için çeşitli görüşler ortaya konmuştur. Buna göre öğretide 3 yolun varlığı kabul edilmektedir. İlk görüş, sözleşmenin kuruluşu sırasında son sözü söylemiş olanın dayandığı genel işlem koşullarının bağlayıcılığını kabul eden görüştür, bu görüşe “son söz teorisi (Theorie Des Letzten Wortes)” denilmektedir. İkincisi her iki tarafın da GİK kullanmış olması sebebiyle bunlara bağlayıcılık tanımayan ve konuya ilişkin tamamlayıcı hükümlerin uygulanmasını öngören görüştür. Üçüncüsü ise sözleşmede tipik edim olarak ifade edilebilecek yükümlülüğü üstlenmiş olan tarafın/müteşebbisin kullandığı genel işlem koşullarına öncelik tanıyan görüştür. İsviçre ve Alman hukukunda baskın görüşün, tamamlayıcı hükümleri geçerli sayan ve her iki tarafın da dayandığı genel işlem koşullarını geçerli kabul etmeyen görüş olduğu ifade edilmiştir⁷².

⁷⁰ “Das Problem der AGB-Kollisionen, Battle of Forms” şeklinde ifade edilmektedir. Havutçu, **a.g.e.**, s.142, 143; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 228.

⁷¹ Tarafların farklı genel işlem koşullarına dayanmalarının ilişkilendirme sorunu olduğu ifade edilmektedir. Havutçu, **a.g.e.**, s.143.

⁷² Havutçu, **a.e.**, s.143.

Havutçu'ya göre GİK ile sözleşmeye konu edilmiş edimin asli edim/tali edim oluşuna göre ya da asli önem/tali önem taşıyıp taşımadığına göre sözleşmenin kurulup kurulmadığının somut olaya göre incelemesi gerekir. Buna göre GİK'e konu birbirinden farklı düzenlemeler tali bir edime ilişkin ise ya da bu genel işlem koşullarının kullanılması tali öneme sahip ise tarafların farklı şekilde düzenlemiş olduğu genel işlem koşulları, yan noktalar olarak kabul edilecek, yan noktalarda birbirine uygun irade beyanı bulunmadığı kabul edilecektir. Yani sözleşmenin yan noktalarda boşluk olması halinde sözleşme geçerli kabul edilecek, oluşan boşluk düzenleyici hükümler ile doldurulacaktır. Farklı olarak düzenlenmiş genel işlem koşullarının konusu asli edime ilişkin ise ya da bu genel işlem koşullarının kullanılması asli öneme sahip ise tarafların asli edim konusunda birbirine uygun irade beyanları olmadığından bahsedilebilecektir. Bu da ortada geçerli bir sözleşmenin bulunmaması sonucunu doğuracaktır⁷³.

Kocayusufpaşaoğlu ise tarafların kullanmış olduğu farklı genel işlem koşullarından birbirine uyumlu olanların geçerli ve sözleşmenin içeriğine girmiş sayıldığını ancak birbiri ile çatışan hükümlerin bulunması halinde ise sözleşmenin ifa sürecinin neresinde bulunduğunu göz önüne alarak geçerliliğinin sorgulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre çatışan hükümlerin varlığı halinde taraflar sözleşmenin ifa aşamasına geçmişler ise kendi GİK'i ile karşı tarafın GİK'inin üzerinde çatıştığı hükmün esaslı bir şart olduğunu ve o GİK olmadan sözleşmenin geçerli olmayacağını ileri sürerek sözleşmenin kurulmuş sayılmasını engelleyemez. Şöyle ki; GİK'ler arasındaki çatışma taraflarca biliniyorsa ve özellikle karşılıklı ifa başlamış ise, artık sözleşmenin çatışan hükümlerinden birinin esaslı unsur olduğundan bahisle geçersiz sayılması gerektiği iddiası kabul edilmeyecektir. Bu durumda çatışan hükümler geçersiz sayılacak ve ortaya boşluk çıkacaktır. Boşluk, tamamlayıcı hükümler ile doldurulur, bu konuda tamamlayıcı bir hüküm yoksa ya da mevcut hüküm sözleşmeye uymuyorsa tarafların dürüstlük kuralına göre farazi

⁷³ Havutçu, a.e, s.143.

iradeleri uyarınca hangi hükmü kabul edeceği öngörülerek yapılacak tamamlayıcı yorum ile söz konusu boşluk doldurulur⁷⁴.

Bu noktada, birbiriyle çatışan genel işlem koşullarının kullanılması halinde de herhangi bir genel işlem koşulunun denetiminde görülecek aşamaların izlenmesi gerektiği açıktır. Yani her iki tarafın da genel işlem koşulunun denetime tabi tutulması gerekmektedir. Oluşan boşluğun, tamamlayıcı hükümler ile doldurulması ve TBK mad. 22. uyarınca sözleşmenin denetimine tabi tutulan ve yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşılaşan hükümleri olmasaydı sözleşmenin akdedilmeyeceği iddiasına itibar edilmemesi gerektiği ortadadır.

B. Yorum Denetimi (TBK mad. 23)

1. Genel Olarak

Yürürlük denetiminden geçen genel işlem koşullarının, içerik denetiminden önce yorum denetimi yoluyla anlamlandırılması gerekir⁷⁵. Bir sözleşmedeki hükümlerin anlamı ve hangi sonuçların gerçekleşmesi istenerek sözleşmeye konulmuş olduğunun tespiti hususunda yapılan zihni faaliyete (zihni muhakemeye) sözleşmenin yorumu denir⁷⁶. Bu şekilde taraf iradelerinin hangi anlama geldiği, iradelerin hangi sonuçlara yöneldiği belirlenmeye çalışılır⁷⁷. TBK. mad. 19/f. 1’de belirtildiği üzere; *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”*⁷⁸

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 228, 229.

⁷⁵ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1101.

⁷⁶ Yorum; hukuki işlemi tamam olarak kabul ederek onun oluşturulma anlamını, amacını, hedeflediği sonucu ifade eden açıklayıcı (basit) yorum yahut hukuki işlemdeki boşluğu doldurmak maksadıyla yapılan tamamlayıcı yorum şeklinde olur. Açıklayıcı yorumda; öncelikle işlemin geçerliliği üzerinde durularak sonrasında hukuki işlemin içeriği anlamlandırılmaya çalışılır. Tamamlayıcı yorumda ise sözleşmeye yansımamış olması sebebiyle boşluk oluşan husus hakkında taraflar arasındaki gerçek irade tespiti çalışılır. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 148; Akyol, **Sözleşmenin Yorumu, a.g.e.**, s. 4, 5, 6; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. s. 27.

⁷⁷ Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri, a.g.e.**, s. 90.

⁷⁸ Sözleşme yorumlanırken tarafların kullandıkları, kelimelere, nitelendirmeye bağlı kalınmaması gerekir. Zira sözcükler ya da nitelendirmeler istenilen şekilde, çıkarlar doğrultusunda biçimlendirilebilir. Yerel olarak kullanılan ifadeler, dil özellikleri, deyimler dikkate alınmalıdır. Belli bir uzmanlık dili ile kalem alınmış ve taraflar da bu uzmanlık dilini anlayabilecek, kullanabilecek kişiler ise öncelikle yorumda uzmanlık gerektiren özel anlama itibar edilmelidir. Aksi takdirde hatalı

Yorum ile güdülen amaç; sözleşmedeki çok anlamlılığı ortadan kaldırmak, çelişkili, muğlak ifadeler varsa bunları açıklığa kavuşturmak, anlaşılması güç görünen sözleşme hükümlerine anlam kazandırmaktır⁷⁹.

Genel işlem koşullarının yorumlanması için ayrı bir düzenleme getirilerek menfaat dengesinin bozulduğu bu sözleşmeler yönünden ise doğru bakış açısı olarak zayıf koruyan bir yorum tekniği esas alınmıştır⁸⁰. Buna göre TBK. mad. 23'de *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."* ifadesine yer verilmiştir⁸¹. Buna göre geçerlilik bakımından genel işlem koşulunun

ifadelere yer verilmiş olabileceği, yanlış nitelendirme yapılmış olabileceği göz önünde bulundurularak yorum yapılmalıdır. Taraf çıkarları tartılarak, gerçek irade göz önünde bulundurulmalı ve buna taraf davranışları esas alınmalıdır. Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, a.g.e., s. 29, 30, 31. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28/12/1983 tarihli 1981/9-721E., 1983/1421 K. sayılı kararı; "...yapılacak yorumlarda temel hüküm EBK. nun 18. maddesidir. Bu genel yorum kuralı, dava sırasındaki bir beyanın ya da dava ve cevap dilekçeleri ile tarafların yine dava sırasındaki yazılı bildirimlerinin yorumunda da uygulanır. Çünkü gerek dava dilekçeleri, gerekse tarafların dava sırasındaki sözlü ve yazılı diğer bildirimleri kural olarak, birer hukuksal işlemidir ve her hukuk işlemi gibi EBK.nun 18 ve MK. nun 2.maddeleri gereğince bildirimde bulunanın kullandığı sözlere bakılmayarak, afaki iyi niyet kurallarınca kullanılan sözlerden ve yazılardan ne gibi bir anlam çıkarılması gerektiği belli edilerek yorumlanmalı ve bu yorum sonucuna göre işlem yapılmalıdır." şeklindedir. Edis, a.g.e., s. 311, dipnot 81a. Sözleşmenin yorumlanmasında sözleşmenin tamamı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Yorum yapılan kaydın, diğer hükümlerle bağı, sözleşmedeki yeri göz önünde bulundurulmalıdır. Yorum yapılırken şüphe halinde sözleşmenin batıl olması sonucunu doğuracak yorum yerine geçerli hale getiren yorum tercih edilmelidir. Sözleşmede netlik olmayan durumda, kaydı koyan taraf aleyhine yorum ilkesi benimsenir. Tarafların sözleşmeyi kurarken eşit şartlar altında bulunması halinde irade beyanlarının alacaklı lehine değil, borçlu lehine yorumlanması gerekir. Bir haktan vazgeçme ya da feragat olabildiğince dar yorumlanmalıdır. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e., s.151, 152.

⁷⁹Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, s. 35.

⁸⁰Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, s. 21. Alman Hukuku'nda; tek taraflı olarak önceden düzenlenen sözleşme hükümlerinin, genel ve soyut olması sebebiyle somut olaydan bağımsız, tarafların bireysel düşüncelerinden ayrı dikkate alınması gerektiğinin kabul edildiği Bahtiyar tarafından ifade edilmiştir. Bahtiyar'a göre yapılacak yorumda "orta düzeyde, makul bir müşterinin anlayışı"nın, tüm müşteriler açısından geçerli olacak anlama temel oluşturulacağı belirtilmiştir. Bahtiyar, Alman Hukuku'nda kabul edilen bu görüşe katılmakla birlikte her zaman somut olayın özelliklerini yok saymanın doğru olmayacağını; GİK'i düzenleyen tarafın, karşı tarafın özelliklerini dikkate alacağı yönünde bir görünüm oluşturmaları halinde doğruluk ve güven ilkesi çerçevesinde somut olayın da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. İsviçre Hukuku'nda bu görüşün benimsenmediğini, GİK yorumlanırken somut olayın dikkate alınarak yorumlanması prensibinin kabul gördüğünü ifade etmiştir. İsviçre hukukunda kabul gören bu görüşün, Türk doktrininde de benimsendiği ifade edilmiştir. Bahtiyar, **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması**, s. 119.

⁸¹ Tarafların iradelerinin yorumuna ihtiyaç duyulduğu durumlar dışında tarafların karşılıklı irade beyanlarının olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği durumlar da olabilir. Burada kastedilen bazı durumlarda TBK mad. 1'in mi, TBK mad. 23.'ün mü uygulanacağını belirlemenin büyük önem arz ettiğidir. Zira TBK mad. 1 gereği değerlendirme yapmak gerekmesi halinde sözleşmenin varlığından, TBK mad. 23'e göre değerlendirme gerekmesi halinde ise kurulmuş bir sözleşmedeki hükümlerin yorumlanmasına dair durum tespitinden bahsedilecektir. Sözleşmede yokluk hali

denetlenmesi sonrasında yazılmamış sayılmayan genel işlem koşulunun, yorumlanması yoluyla düzenleyenin kendi lehine yarattığı menfaat dengesizliği yumuşatılmaya çalışılmaktadır⁸². Yürürlük denetiminin yapısı gereği güçsüz tarafın genel işlem koşullarını anlaması ve değerlendirmesi için fırsat verilmesi gayesinin etkilerinin yorum yoluyla denetimde de sürdüğünü görüyoruz. Bu doğrultuda; sözleşmede bulunan genel işlem koşulunun karşı tarafın anlayabileceği açıklıkta olması, muğlak olmaması hedeflenmiştir. Şayet genel işlem koşulları, bu şekilde düzenlenmemiş ise genel işlem koşulunu düzenleyenin aleyhine yorumlanarak, düzenleyenin genel işlem koşullarını tek taraflı olarak önceden düzenlerken kendi lehine kurmuş olduğu çıkar düzeninin engellenmesi, güçsüz tarafın menfaatinin göz önünde bulundurulması amaçlanmaktadır.

2. Aleyhe Yorum İlkesi

Genel işlem koşulunun anlamı muğlak ise hükme anlam verirken yapılacak yorumda, dikkat edilecek husus, genel işlem koşulunun düzenleyen aleyhine ve karşı taraf⁸³ lehine yorum yapılmasıdır. Genel işlem koşulları yönünden uygulanacak olan bu aleyhe yorum ilkesi, öteden beri kabul edilmiş olan bir ilke olup esasen tüm sözleşmeler bakımından geçerli olan bir kuraldır⁸⁴.

Düzenleyenin; açık ve anlaşılır olmayan ifadelerini sonradan “ hükümün anlamı şu şekildedir ya da bu hükümde şu anlatılmaya çalışılmaktadır” gibi ifadelerle

mevcutsa yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olmadığı tespit edilir ise sözleşme hiç kurulmamış sayılacak ve bu durum bir olumsuz tespit davası ile ilgili olan herkes ve hataya düşmemiş olan taraf, yokluğun mahkemece ortaya konulmasını isteyebilecektir. Sözleşmede, hataya düşen taraf TBK mad. 31’e göre gerçek irade beyanına uygun düşmeyen irade ile kurulan sözleşmenin iptalini 1 yıllık sürede isteyebilir. Sadece hataya düşen taraf, hatayı öğrendiği tarihten itibaren başlamak üzere 1 yıllık süre içerisinde bu hakkı kullanabilecektir. Söz konusu sürenin kaçırılması ya da sözleşmeye hataya düşen tarafından uygunluk (icazet) verilir ise sözleşme kurulduğu andan itibaren geçerlilik kazanmış sayılacaktır. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 139.

⁸² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 167; Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, **a.g.e.**, s. 22.

⁸³ Bahtiyar tarafından sözleşmede aleyhe yorum ilkesi uygulanacağına, düzenleyen taraf aleyhine olması hususunun dikkate alınması gerektiği; düzenleyenin ekonomik durumunun, güçlü ya da zayıf olmasının aleyhe yorum ilkesinde önemi olmayacağı, düzenleyen taraf olmasının göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir. Bahtiyar, **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması**, s. 118; Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 32.

⁸⁴ (In dubio contra stipulatorem) Roma Hukuku’ndan günümüze gelen bir ilkedir. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 387; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 166, 167; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 116; Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 91; Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, s. 71; Akman, **a.g.e.**, s. 94. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 151.

açıklamaya ve yorumlamaya çalışması hükmün düzenleyen aleyhine yorumlanmasına engel olmayacaktır⁸⁵. Zira bu hüküm ile amaçlanan tam da budur. Kendisinin önceden tek yanlı düzenlediği sözleşmeyi, bir de yorumlanması işinin düzenleyene bırakılamayacağı ortadadır.

Bir ifadenin hem meslekte özel olarak belli bir anlama sahip olması hem de herkesin anlayacağı günlük dilde genel bir anlamı olması muhtemeldir. İfadenin özel anlamının açıkça ifade edilememiş olması halinde anlamının herkes tarafından anlaşılacak genel anlam doğrultusunda anlaşılması doğru olacaktır⁸⁶. Bir meslek mensubu tarafından hazırlanmış GİK açık ve anlaşılır değilse o halde yorumda o meslek mensubu kişilerin ne şekilde anlayacağı dikkate alınmaz, teknik anlamı dışında kullanıldığı anlaşılıyorsa o halde bu anlam esas alınmalıdır⁸⁷. Örneğin banka kredi sözleşmelerindeki kefiller hakkında düzenlenen “müteselsil kefil ve müşterek borçlu sıfatıyla sorumlu olacakları” hükmü, aleyhe yorum kuralı çerçevesinde sadece “müteselsil kefil” olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu kişinin asıl borçluyla birlikte borçlu olduğu değil, müteselsil kefalet sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir⁸⁸. Örneğin düzenleyen tarafın sözleşmeye eklemiş olduğu, “karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranması halinde meydana gelecek gecikmeden doğan zararını (en yüksek ticari faiz oranındaki zararı) talep edebileceği” şeklindeki hüküm açık ve anlaşılır değildir, bu sebeple düzenleyen aleyhine yorumlanması gerekir. Bu doğrultuda zarar ile en yüksek ticari faiz oranındaki zarar aynı anlama gelmeyeceğinden ve faiz için tazminatta olduğu gibi zarar koşulu da aranamayacağından “en yüksek ticari faiz oranındaki zararı” ifadesi aleyhe yorumlanarak yazılmamış sayılacaktır⁸⁹.

⁸⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 387; İnal, **Tüketici Kredisi**, s. 154.

⁸⁶ Genel işlem koşulları içeren sözleşmede; özel, uzmanlık gerektiren ya da belli bir çevrede konuşulan bir dil kullanılmış ve bu sebeple ortalama bireyin anlayacağı, kullandığı dilden ayrılınmış ise oluşan risk yine genel işlem koşulunu düzenleyen, kullanan üzerine kalacaktır. Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, s. 135; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 387.

⁸⁷ Kaplan, **Yorum ve Tamamlama**, s.17.

⁸⁸ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1102, 1103. Yargıtay 19. HD.’nin 01/06/1994 tarihli 1993/5935 E., 1994/5535 K. sayılı kararı Cengiz Kostakoğlu, **Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar Akreditif**, Beta Basım, 6. Bası, İstanbul 2010, s. 62, 63, dipnot 12.

⁸⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 116.

Alman sigorta şirketlerinin, Almanya’da yerleşik bulunan Türklerin arabaları için yapmış oldukları mali sorumluluk sigortasında genel işlem koşullarında, kazaların Avrupa’da gerçekleşmesi halinde sigortadan faydalanılacağı hükmü yer almaktadır. Burada sigorta şirketi zararın tazmininde Trakya’yı kapsam içine almış ancak Anadolu’yu kapsam dışında tutmuştur. Sigorta şirketinin, Trakya’da gerçekleşen kazaları kapsam içine alması ancak Anadolu’da gerçekleşen kazaları kapsam dışı tutması eleştirilmiş, aleyhe yorum ilkesi çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi ve sigortadan faydalanmaya ilişkin getirilmiş düzenlemenin müşteri lehine yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Avrupa ifadesi içinde Türkiye’nin de bulunacağını kabulü aksi halde Trakya, Anadolu ayırımına gitmeden Türkiye’yi ülke sınırları doğrultusunda sigorta kapsamına alıp almamayı açıkça düzenlemiş olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁰. Benzer şekilde sigortalının yanlış ilaç veya uyuşturucu madde kullanımı halinde sigorta şirketinin sorumlu bulunmadığı yönündeki sağlık sigortasında yer alan GİK, sigorta şirketinin sigara kullanımını uyuşturucu olarak değerlendirmesi mahkeme önüne gelmiş, ihtilafa yol açmıştır. Ancak mahkemece sigorta şirketi aleyhine yorum yapılarak sigaranın uyuşturucu sayılmaması gerektiğine karar vermiştir⁹¹.

Aleyhe yorum kuralının, çelişkili hükümler yönünden de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, çelişkili hükümlerden sözleşmeyi düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine olana öncelik verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu şekilde çelişkili hükümler arasındaki belirsizlik sona erdirilemiyorsa çelişkili hükümlerin geçersizliğine hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹².

Karşı taraf lehine yorum yapılırken elde edilecek sonuç yönünden, içerik denetimi sonucunda ortaya çıkacak daha olumlu bir sonucun engellenmemesi hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir. “Birden farklı yorum sonucunun hepsi sonradan yapılacak bir içerik denetimini aşamayacak gibiyse” yorum denetimini geçip doğrudan içerik denetimi ile karşı taraf lehine sonuca ulaşılabilir. Örneğin GİK niteliğindeki sözleşme maddesinin cezai şart ya da götürü tazminatından hangisi

⁹⁰ Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 48; Arıkan, **a.g.m.**, s.73.

⁹¹ Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 48.

⁹² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 388.

olduğu açıkça tespit edilemiyorsa doğrudan içerik denetimine geçilebilecek, olayın özellikleri de dikkate alınarak genel olarak her iki halde de söz konusu maddeler yönünden yazılmamış sayılma sonucuna gidilebilecektir⁹³. Birden farklı yorum sonucunda içerik denetimini aşabilecek hükümlerde ise doğrudan karşı taraf lehine olan yorumun uygulanması gerekmektedir⁹⁴.

C. İçerik Denetimi (TBK. mad. 25)

1. Genel Olarak

İçerik denetiminin temelinde yatan amaç, yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmamış ancak sosyo-ekonomik vb. nedenlerle müzakere gücü zayıf olan güçsüz tarafın, menfaatini yaralayan ağır hükümlerin ayıklanabilmesidir⁹⁵. Yürürlük ve yorum denetiminden kurtulmuş genel işlem koşullarının, içerik denetimi yoluyla yeniden değerlendirilmesi, güçsüz taraf aleyhine bozulmuş dengenin yeniden tesisini amaçlamaktadır⁹⁶. Zira GİK kullanan; karşı tarafın menfaatinin en iyi şekilde korunduğu, sözleşme dengesinin mevcut bulunduğu yasal düzenden sapmış, adil

⁹³ Atamer, **Sempozyum**, s. 37.

⁹⁴ Bu hal için Atamer tarafından şu örnek verilmiştir: “Örneğin satım sözleşmelerinde çok sık karşılaşılan garanti kayıtlarında durum bu yöndedir. Bu hükümlerin, i. ayıp halinde var olan yasal hakları (TBK m. 227/229) bertaraf mı ettiği yoksa ii. Bunlara ek olarak bazı imkanlar mı tanıdığı genelde sözleşme metninden anlaşılamamaktadır. GİK yoluyla ayıptan doğan sorumluluğun tamamen bertaraf edilmesi kural olarak mümkün olmadığından ilk çözüm GİK kaydının hükümsüz sayılıp müşterinin sadece yasal haklardan faydalanması anlamına gelir. İkinci çözüm ise hem yasal hakların hem de buna ek olarak verilen sözleşmesel hakların kullanılabilmesi anlamına gelir ki hakimin müşteri lehine olan bu yorumu tercih etmesi doğaldır.” Atamer, **Sempozyum**, s. 37, 38.

⁹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19/04/2017 tarihli 2015/12725 E., 2017/2270 K. sayılı kararı; “Dava, genel kredi sözleşmesi sebebiyle yapılan; erken ödeme komisyonu, masraf ve iç piyasa komisyon ücretinin tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında bağitlanan 07/01/2013 tarihli Genel Kredi Sözleşmesi'nden önce, davalı Banka tarafından davacıya 04/01/2013 tarihinde sözleşme öncesi bilgilendirme yazısı ve Genel Kredi Sözleşmesi'nin verildiği, sözleşme içeriğindeki genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesinin sağlandığı, davacının imzasına havi kabul yazısı ile anlaşılmıştır. Bu durum karşısında davacının genel işlem koşulları hakkında bilgilendirildiğinin kabulü gerekir. Böylece, sözleşme kapsamındaki genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasını kabul etme olanağı yoktur. Mahkemece, TBK madde 25 uyarınca genel işlem koşulları bakımından içerik denetimi yaparak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.” şeklindedir. Görüleceği üzere; yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmayan hükümlerin TBK. Mad. 25 uyarınca denetimden geçirilmesi gerektiği içtihat edilmiştir (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2015-12725.htm> , 31/03/2018.

⁹⁶ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1103.

olmayan, hakkaniyete aykırı hükümler getirmiştir. İçerik denetimi ile öncelikli olarak ifade edilmesi gereken husus, bu denetim ile sözleşme dengesinin ve adaletin yeniden sağlanmaya çalışıldığıdır. Bu bağlamda sadece karşı tarafın menfaatine aykırı olma durumu, içerik denetimi uyarınca bir hükmün geçersiz sayılabilmesi için yeterli olmayacaktır⁹⁷. Nitekim bu husus TBK. mad. 25’de; “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” şeklinde ifade edilmiştir⁹⁸. Hüküm gereği; içerik denetiminde, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının, dürüstlük kuralına ters düşecek ölçüde karşı taraf menfaatine aykırı olup olmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Bu nitelikte bir aykırılık yok ise ya da sözleşmelerde taraflar arasındaki menfaat dengesindeki bozukluk aşırılığa ulaşmıyorsa hukukun müdahalesine de gerek bulunmayacaktır⁹⁹. Ayrıca Oğuzman tarafından GİK olarak düzenlenmiş hükümdeki aşırılığın; ahlaka ya da kişilik haklarına aykırılık teşkil etmesi halinde bu hükmün zaten TBK. mad. 27’ye göre geçersiz sayılmasının yeterli olduğu, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükümlerle ayrıca denetime tabi tutulmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olup olmadığına bakılmaksızın, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olması halinde kesin olarak hükümsüz sayılacak ve ayrıca genel işlem koşullarının denetimine tabi tutulmasına gerek kalmayacaktır¹⁰⁰.

⁹⁷ Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, s. 233.

⁹⁸ TBK’ya getirilen bu düzenleme ile birçok Avrupa ülkesi ve Avrupa Birliği Yönergesine paralel şekilde içerik denetiminde ölçütün, dürüstlük kuralı olacağı saptanmıştır. Atamer tarafından sadece dürüstlük kuralından bahsedilerek hakime; GİK denetiminde ya da GİK denetimi sonrasında yazılmamış sayılma yaptırımına uğramış hükümler sebebiyle oluşan boşluğu doldururken yol gösterici başka bir ölçütün verilmemiş olması eleştirilmiştir. Aynı şekilde TBK. mad. 25’in; TKHK mad.5, Yönetmelik mad. 5 ve 6 devamı niteliğindeki Ek liste, Alman Medeni Kanunu 21. bentte bahsi geçen dürüstlük kuralına aykırı olabilecek örnekler ile Avrupa Yönergesi mad. 3 ve 4 ve Yönergenin ekinde yer alan 19 haksız şart düzenlemelerinde olduğu gibi hakimin GİK denetimini kullanabileceği örnek ya da ölçütlerin verilmesi gerektiği, “hüküm içi boşluğun” doldurulması, somutlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Atamer, **Sempozyum**, s. 41, 42.

⁹⁹ Inal, **Tüketici Kredisi**, s. 155.

¹⁰⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 166; Anayasa mad. 11/f. 1; “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” ifadesi doğrultusunda, Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlükler ile bunların esasını teşkil eden ilkelerin bağlayıcı olduğu, yani kişilik haklarının korunması ilkesinin de sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engelleyecek nitelikte bir içerik denetimi aracı olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106.

TBK mad. 25’de geçen dürüstlük kuralı ölçütü yanında daha kapsamlı bir düzenlemeye TKHK ve Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile ekinde yer alan listede yer verilmiştir. Tüketici/tacir tarafların yer aldığı sözleşmelerde; Atamer tüketici hukuku mevzuatının uygulanması gerektiğini, tüketici mevzuatının denetimde yeterli ölçüt verdiğini, TBK mad. 25’de geçen dürüstlük kuralı ölçütüne başvurulmasının genel olarak gerekmediğini belirtmiştir. Ancak her halükarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu içinde GİK denetiminde tüketici/tacir/kamu tüzel kişisi şeklinde bir ayrıma gidilmemiş olması bilakis tüm sözleşmelerde uygulanacağını belirtilmiş olması sebebiyle tarafların tüketici/tacir/kamu tüzel kişisi olduklarına bakılmaksızın TBK içindeki yedek hukuk kurallarından faydalanılarak denetimin gerçekleştirilebileceği sonucunu doğurmaktadır. TBK. mad. 25’in uygulanması sürecinde tüketici mevzuatındaki daha kapsamlı düzenlemeden, TKHK ve Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikten faydalanabileceğini ancak tacirler arasındaki sözleşmelerde özellikle Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekinde yer alan listenin kendiliğinden (Per se) uygulanarak dürüstlük kuralına aykırı sayılamayacağı, tacir/tacirin taraf olduğu sözleşmelerde somut olaya göre karar vermek gerekeceğinden normalde hakimın yapması gereken denetimin yapılması ile doğru sonuca ulaşılabileceğini ifade etmiştir¹⁰¹.

Bu çerçevede genel işlem koşulunun denetlenmesinde; dürüstlük kuralı ölçütünün temel alınacağı, ayrıca borçlar kanunundaki yedek hukuk kuralları ve borçlar hukukundaki temel ilkeleri ile denetimin sağlanacağı kabul edilmelidir. Tüketici Hukuku mevzuatının da yol gösterici olacağı açıktır. Ancak özellikle önemli olan bir başka hüküm, TTK mad. 55, f. 1 (f) bendinde geçen haksız rekabet oluşturacak şekilde dürüstlük kuralına aykırı GİK kullanımıdır.

Bu bölümde içerik denetiminin temel ölçütü dürüstlük kuralına, TBK’deki düzenleme öncesinde yardımcı birer ölçüt olan borçlar hukuku temel ilkeleri ve TBK mad. 24 değiştirme yasağına yer verilecektir. Ancak tüketici mevzuatında yer alan haksız şart kuralı, TKHK, Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, eki listenin ve haksız rekabet olgusunun, GİK denetimindeki etkisi; “Çeşitli Hukuk Alanlarındaki

¹⁰¹ Atamer, **Sempozyum**, s. 42, 43.

Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi” başlıklı kısımda ayrıca işlenecektir. Ancak özellikle Atamer’in TTK mad. 55, f. 1 (f) bendinin, TBK. mad. 25 içerik denetimi hükmünün iinin doldurulması açısından çok önemli olduğu ve buna yarar şekilde TTK. Mad. 55, f. 1 (f) hükmünden faydalanılarak TBK. 25. madde metninin aşağıda belirtilen şekilde değerlendirilebileceği yönündeki görüşüne katılmak gerektiği ayrıca söz konusu görüşe içerik denetimine giriş niteliğindeki bu bölümde yer vermek gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda Atamer tarafından 25. maddenin şu şekilde olması gerektiği belirtilmektedir:

“Genel işlem koşullarına, drştlk kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Örneğin

1.Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

2.Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören,

Önceden yazılmış genel işlem şartları kullananlar drştlğe aykırı davranmış olur.”¹⁰²

2. Drştlk Kuralına Aykırılık

Almanya’da önceleri içerik denetiminde kullanılan ahlaka aykırılık kuralı yerine daha esnek ve geniş koruma sağlayan drştlk ilkesi kullanılmaya başlanmış, nitekim Türk Borçlar Kanununda da genel işlem koşullarının denetlenmesinde drştlk kuralı temel ölçüt olarak kabul edilmiřtir¹⁰³. TMK. mad. 2 birinci fıkrasında drştlk kuralı¹⁰⁴, ikinci fıkrasında hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilmiştir. Drştlk kuralına uyulması tüm hukuki ilişkiler açısından önemli ve geerliyen, genel işlem koşullarının denetlenmesinde özellikle sözleşmenin kurulması sürecinde dikkat edilmesi gereken unsur olacaktır. Sözleşme

¹⁰² Atamer, **Sempozyum**, s. 43, 44.

¹⁰³ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1109.

¹⁰⁴ TMK. mad. 2; drştlk kuralı ve güven ilkesinin tanımı Edis tarafından, “orta zekalı, normal, makul kişilerin toplumda karşılıklı güvene, ahlaka ve drştlğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren toplumda benimsenen kurallar bütünü” olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Federal Mhkeme tarafından; drştlk kuralı, “türlü hukuki ilişkileri düzenleyen kurallara onları tanımlamak, yorumlanmasına katkıda bulunmak için eklenen etik mülahazalardan çıkarılmış temel bir norm” olarak ifade edilmektedir. (JdT 1 1958 I) Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6.Basım, Ankara 1997, s. 291, 294.

hükümlerinin, her iki tarafa da eşit ölçüde menfaat sağlamaması, düzenleyen lehine, güçsüz taraf aleyhine hükümlerin olması halinde şayet söz konusu hükümler dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmiyorsa o halde hükümler geçersiz olmayacaktır¹⁰⁵. Ancak sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin güçsüz taraf aleyhine bozulduğu dürüstlük kuralına göre kabul edilebiliyorsa buna sebep olan kayıtlar geçersiz sayılacaktır¹⁰⁶.

GİK denetlenirken dürüstlük kuralına aykırılığın varlığı, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı genel işlem koşulunun sözleşmede düzenlenmiş olması halinde kabul edilecektir. Burada taraflar arasındaki hak ve borç dağılımındaki dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Alman Medeni Kanunu §307’de karşı tarafın “ölçüsüz derecede” mağdur edilmesinden, İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun mad. 8’de sözleşmenin doğasına “önemli ölçüde aykırı” bir hak ve borç dağılımından, AB Yönergesinde ise tarafların hak ve borçları arasında “önemli ve haksız bir oransızlık” tan bahsedilmektedir. Her ne kadar dürüstlük kuralına aykırılığın saptanması için TBK mad. 25’de bir ölçüt verilmemiş olsa da TTK mad. 55, f. 1 (f) bendinde “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” ve “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı” ifadesinden yorum yoluyla faydalanabileceği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedilebilmesi için taraf hak ve borçları arasındaki önemli dengesizliğin varlığı aranmalıdır¹⁰⁷. Nitekim bu önemli dengesizliğin varlığı, özellikle rizikonun taraflardan biri üzerine tamamen ya da büyük ölçüde bırakılması şeklinde olabilir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, bir kredi kurumu tarafından sunulan genel işlem koşulundan oluşan sözleşmede yer alan kredi kartının kötüye kullanılması halinde sorumluluğun müşteriye ait olacağı yönündeki hükmü geçersiz saymıştır.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz tarafından şu örnek verilmiştir: “*tarafların, görüşerek hazırladıkları (böylece yazılmamış sayılmayacak) genel işlem koşulları arasında, düzenleyenin derhal fesih hakkına karşılık diğer tarafın fesih hakkı önele bağlanmışsa, burada dürüstlük kuralına aykırı ve böylece geçersiz bir hükümden söz edilemez. Fakat düzenleyene keyfi bir fesih hakkı tanınırken karşı tarafın feshine ağır tazminat sonucu bağlanmışsa, bu ağır bir tazminat hükmü dürüstlük kuralına aykırı derecede karşı taraf aleyhine olduğu için TBK mad. 21 uyarınca geçersiz sayılabilecektir.*” Aynı şekilde alınmıştır.

Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁰⁶ Inal, **Borca Aykırılık**, s.151.

¹⁰⁷ Atamer, **Sempozyum**, s. 50.

Mahkemeye göre müşterinin aldığı malın karşılığını ödemek için üye işyerine teslim ettiği kredi kartının kötüye kullanımı nedeniyle üye işyerini bizzat denetleme imkanı mevcut bulunmadığından bu yetkiye sahip kredi kuruluşuna rizikonun yüklenmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir. Buna göre kredi kartı kuruluşu hem zararı sigortalayabilecek imkana sahip hem de üye işyerini denetleme imkanı ve yetkisine sahiptir. Bu sebeple sorumluluğun müşteriye bırakılmasının adil bir çözüm olmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Aynı doğrultuda TBK mad. 86'dan da yorum yoluyla faydalanılabileceği görülmektedir. TBK mad. 86; “edimin belli olmadığı hallerde, bu hakkın aksi kararlaştırılmadıysa borçluya tanınması ve edimin ortalama seviyeden düşük olamayacağı” kuralı genel işlem koşullarına ilişkin özel düzenlemeler yapılmasından önce GİK denetiminde oldukça fayda sağlayan bir düzenlenme olmuştur. TBK. mad. 86 hükmü ile sözleşme özgürlüğünde taraf menfaatlerinde belli bir standardın, dengenin, hakkaniyetin korunması, borçların ifasında dürüstlük kuralının önemli bir sınır olması amaçlanmıştır. Ayrıca çeşit borcunun ifasında sonraya bırakılan bu seçim hakkının kötüye kullanılması engellenmeye çalışılmış, seçimin sonraya bırakıldığı edim açısından ortalama seviyeden düşük olmama kriteri getirerek dürüstlük kuralının tespitinde bir ölçüt oluşturulmuştur¹⁰⁹.

TMK. mad. 2 dürüstlük kuralı; sadece hakların kullanılması sırasında değil, borçların ifası ve yorumlanması sırasında da itimat edilmesi gereken kuraldır. Kamu düzeni, ahlak, adalet, hakkaniyet ve güven ilkesine dayanan genel bir ilkedir. Bu sebeple de sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesinde önemli bir araçtır¹¹⁰.

Kılıçoğlu bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde; tarafların konumlarına, bir tarafın diğer tarafa hükümlere ilişkin baskı yapıp yapmadığına, emsal sözleşmelerde hükmün olağan karşılanıp karşılanmadığına dikkat edilmesi gerektiğini, somut olayın göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir¹¹¹. Atamer ise dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde taraflar arasında

¹⁰⁸Atamer, **Sempozyum**, s. 52.

¹⁰⁹Kocaman, **a.g.m.**, s. 1111.

¹¹⁰Esener, **a.g.e.**, s. 201, 202.

¹¹¹Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 117.

önemli bir dengesizliğin mevcut bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin de göz önünde bulundurulmasının fayda sağlayacağını ifade etmiştir. Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik mad. 6'da şu şekilde belirtilmiştir:

“(1) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

(2) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartların açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması kaydıyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

(3) Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”

Bu düzenleme çerçevesinde taraflardan biri üzerine bırakılmış sorumluluk ya da elverişsiz durum karşısında aynı tarafa başkaca bir menfaat tanınıp tanınmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak burada tanınan menfaat ile elverişsiz durumun bir bütünlük oluşturması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Örneğin bir alım satım sözleşmesinde alıcı, hasarsız ayıpsız bir mal aldığı düşüncesiyle sözleşmeyi yapmaktadır. Söz konusu sözleşmenin içerisine malın ayıplı olması halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerini tamamen bertaraf eden GİK niteliğindeki hükümlerin konulmuş olması halinde kanun koyucunun söz konusu kanun hükmünü koymasına sebep olan, temelde yatan düşünceye aykırı davranılmış olacaktır. Bu sebeple GİK niteliğindeki sorumsuzluk kaydı geçersiz sayılabilecektir. Ancak ikinci el bir ürün açısından ayıba karşı tekeffül hükümlerinin bir ölçüde bertaraf edilmesi menfaatler dengesini bozmayabilecektir. Zira alıcı ikinci el, kullanılmış bir ürünü alırken bunun mal ya da ürün üzerinde, içinde ayıp olabileceği riskini göze almış, bu şekilde sözleşmeyi akdediyordur¹¹².

¹¹² Atamer, **Sempozyum**, s. 53.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 23/10/1997 tarihli 1997/5982 E., 1997/9028 K. sayılı kararında da benzer şekilde; *"Kredi sözleşmelerinde faiz oranının arttırılmasının bankanın tek taraflı iradesine bırakılmasına dair hükümler hukuken geçerli ise de, bu yetkinin bankaca MK 2. maddesindeki iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerekir..."* diyerek dürüstlük kuralı çerçevesinde bir menfaat sınırı getirildiği görülmektedir¹¹³.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararında¹¹⁴; otomobil satışında kullanılmış olan bir sözleşmede yer alan bazı GİK niteliğindeki hükümlerin geçerli olup olmadığını değerlendirmektedir. Buna göre karar şu şekildedir:

*".....açıkça sözleşmenin bu maddesinde, satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır... tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabileceği düşünülemez. Gerçekte davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına, eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür (MK. mad. 2)... Davalının, asıl yapımının ürettiği araçların pazarlanmasını üstlenen bir yan kuruluş olduğunda ve eylemli olarak tekel oluşturan belli ve sınırlı sayıdaki kuruluşlar arasında bulunduğu duraksama söz konusu değildir. Somut olayda, davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönde güçsüz olduğu da asla göz ardı edilemez... Davalının teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı MK. mad. 2'deki dürüstlük kuralına, eş deyişle, güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptanmalı ve uyumsuzluk böylece çözüme bağlanmalıdır"*¹¹⁵.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30/11/1979 tarihli 1979/3501 E., 1979/5473 K. sayılı kararı;

"Taraflar arasında düzenlenmiş olan sigorta poliçesinin arkasındaki "Yangın poliçesi Umumi Şartlarını" incelediğimizde, bunun 16/g maddesinde "Hakem - Bilirkişi veya Hakem - bilirkişi kararına dayanmadan sigortacıdan tazminat talep ve dava edilemez" hükmünün bulunduğu görülmektedir. Yine bu genel şartların 16/4.maddesinde de "taraflar tazminat miktarı hususunda anlaşmadıkça, alacak ancak hakem - bilirkişi kararıyla muaccel olur ve zamanaşımı kesin raporun taraflara tebliğ tarihinden evvel işlemeye başlamaz.." kaydı getirilmiştir. ... yukarıda anılan poliçe genel şartları hükümleri alacağın muacceliyet tarihlerini hakem - bilirkişi raporunun

¹¹³ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1111.

¹¹⁴ Yargıtay 13. HD. 07/04/1981 tarih, 1981/1045 E., 1981/2514 K. sayılı kararı. Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 243; Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 60.

¹¹⁵ Davalı satıcının keyfiyetine bağlı teslim tarihi ve enflasyon fiyat artışlarını davacı alıcıya yükleme hükmü, alışılmamış addedilerek TMK. mad.2'ye aykırı bulunmuştur. Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 60; Akipek, **a.g.e.**, s. 233, 234.

alınmasına ve keza zamanaşımı başlangıcını da bu raporun taraflara tebliğine bağlamakla TTK. 1268, 1299, 1292 ve 6.maddelerine aykırı olarak dolaylı surette zamanaşımı süresini uzatmaktadır. O halde poliçenin bu hükümleri geçersizdir. Böyle davranışları, bu genel şartların yasal olduğu, aksi halde bir sigorta şirketinin bu şartları poliçelere koymayacaklarına dair duydukları güvenin sonucudur. ... Davalı sigorta şirketinin, kendi düzenlediği poliçe umumi hükümlerine evvela kendisinin uygun davranması iyi niyet gereğidir.”

şeklindedir. Sigorta şirketinin, kendi düzenlediği poliçe şartlarına uyması gerektiği, bunun sigortalının sigorta şirketinin yasaya aykırı hüküm koyamayacağına ilişkin duyduğu güvenin sonucu olduğu, sigorta şirketinin poliçede kendi üzerine ekstra sorumluluk alan hükme uyması gerektiği, bunun iyi niyet ilkesi gereği zorunlu olacağı belirtilmiştir¹¹⁶. Bu Yargıtay kararında da olduğu gibi hakim, önüne gelen olayda TMK. mad. 2’ye aykırılık olup olmadığını resen göz önünde bulunduracaktır¹¹⁷. Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 13.06.2016 tarihli 2016/1466 E., 2016/10553 sayılı kararında da¹¹⁸, davacıların temerrüde düşmesi üzerine davacılar ile davalı bankanın yapmış olduğu kredi borcunun yeniden yapılandırılmasına ilişkin sözleşme kapsamında oluşan ihtilafta, davalı bankanın dürüstlük kuralına aykırı davrandığı belirtilmiştir. Kararda;

“Davacılar ile davalı banka arasındaki kredi borcunun, yeniden yapılandırılması çerçevesinde taksitlere bağlandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. 1. taksidin ödenmemesi üzerine davalı banka davacılar ile dava dışı kişi arasında yapılan garanti sözleşmesi uyarınca garantörden tahsilat yapmış ve bunun bir kısmını ödenmeyen ilk taksit, gecikme faiz ve eklerine, kalan kısmını ise henüz muaccel olmayan 2. taksit kredi alacağına mahsup ettiğini bildirmiştir. Bu işlemlerden sonra davalı banka tarafından hesap kat edilerek tüm borç davacılarından istenmiş olup, sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunsa da henüz 3. taksidin vadesi gelmeden ve davalı bankanın ilk

¹¹⁶ Bahtiyar, **BATİDER**, s.103, dipnot 49; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1979-3501.htm>, Çevrimiçi 21/03/2019.

¹¹⁷ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hakim resen dikkat edeceği kurallardır. İsviçre Federal Mahkemesi’nde benzer bir karar verilmiştir. Buna göre; hakkın kötüye kullanılmış olduğu, duruşma sırasında ileri sürülemez dahi hakkın görevinden ötürü bu hususu dikkate alması gerektiği ifade edilmiştir. HMK. mad. 33; “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.*” Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 10, 11.

¹¹⁸ (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2016-1466.htm>, 31.08.2019.

iki taksit ile ilgili garantörden tahsil ettiği bedeli mahsup ettiği de gözetildiğinde hesabı kat yetkisinin kabul edilebilir sebep bulunmaksızın kullanmasında TMK'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü gerekir.”

şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılığı halinde yaptırımın ne olacağından TBK mad. 25’de bahsedilmemiştir. Buna göre madde hükmünde sadece dürüstlük kuralına aykırı nitelikteki genel işlem koşuluna sözleşmede yer verilemeyeceğinden bahsedilmiştir. TBK. mad. 25’in yarattığı bu emredici düzenleme ile dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşuluna, sözleşmede yer verilmesi ile birlikte ilgili sözleşme maddesinin TBK. mad. 27 gereğince emredici hükümlere aykırılıktan kesin hükümsüz olacağı ortadadır. Bu durumda batıl sayılan hükümler dışında kalan sözleşme hükümlerinin, TBK. mad. 27/f. 2, c. 1 uyarınca ayakta tutulacağı görülmektedir. Ancak TBK. mad. 27/f. 2, c. 2 uyarınca taraflardan birinin batıl olan hüküm olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürmesi halinde sözleşmenin tamamının batıl sayılmasını istemesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Özellikle GİK içeren sözleşmelerde; genelde GİK kullanan tarafın kendi lehine olan bir GİK kullanması ve bu şartın yazılmamış sayılması sonucunda GİK kullananın o şart olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağından bahsederek tüm sözleşmeyi batıl addetmeye çalışması ihtimali yüksektir. Nitekim böyle bir durumun varlığı karşısında güçsüz taraf yönünden yukarıda bahsedilmiş olan sözleşmenin kurulması sürecindeki kabul et ya da etme durumundan farklı bir sonuca ulaşılmadığı, TBK’da yer alan GİK’e karşı getirilen güvencenin temelden sarsılma tehlikesi olduğu görülmektedir. Burada her ne kadar TBK. Mad. 22’nin sağlayacağı güvencenin varlığından söz edebiliyor olsak da TBK. mad. 25’de neden açıkça madde hükmüne aykırı düzenlemelere yer verilmesi halinde bu düzenlemelerin batıl ya da yazılmamış sayılacağına belirtilmediği anlamlandırılmamaktadır. Keza AB Yönergesi mad. 6/I ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik mad. 7’de yer verildiği şekilde kısmi butlan halinde sözleşmenin geçerli olacağı, batıl kısmı olmaksızın sözleşmenin ayakta kalmasının imkanı olmadığının tespitinin taraf

iradelerine bakılmaksızın hakim tarafından objektif olarak değerlendirileceği anlayışına benzer bir yaklaşım benimsenmediği anlaşılamamaktadır¹¹⁹. TBK. mad. 24 ve 25'in sadece madde gerekçelerinde, kesin hükümsüzlük halinde TBK. mad. 27/f. 2, c. 2'nin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak açıkça yaptırıma madde içeriğinde yer verilmemesi Atamer tarafından eleştirilmiştir. Madde gerekçelerinin, oluşan boşluğun doldurulması sırasında hakimlerce dikkate alınması gerektiği, hakimlerin oluşan boşluğu yedek hukuk kurallarıyla doğrudan ya da kıyas yoluyla doldurması gerektiği, yedek hukuk kuralının bulunmaması halinde ise TMK. mad. 1 kapsamında oluşacak yeni kural ile doldurulması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁰.

Ayrıca unutulmaması gereken bir diğer husus ise HMK. Mad. 113 gereği dürüstlük kuralına aykırı olarak düzenlenmiş genel işlem koşullarının topluluk davasına konu edilerek hak ihlalinin önlenebileceğidir. HMK. Mad. 113;

“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”

şeklindedir. Bu kapsamda sadece tüketicilere karşı sunulan genel işlem koşullarına değil tacirlere karşı sunulan genel işlem koşullarına ilişkin olarak da topluluk davası açılabilir. Burada tüketici/ tacir örgüt ya da toplulukları bu nitelikteki davaları açarak mevcut bir durum tespiti (hukuka aykırılık yahut hak tespiti gibi) veya ileride olması muhtemel bir hak ihlalinin önlenmesine imkan

¹¹⁹ Atamer, **Sempozyum**, s. 61, 62, 63.

¹²⁰ Atamer, **Sempozyum**, s. 62, 63.

tanınmıştır¹²¹. Topluluk davasına imkan veren TKHK mad. 73/f. 6'da da rastlanmaktadır¹²².

3. Aleyhe Değiştirme Yasağı (TBK. mad. 24)

TBK mad. 24'de ifade edilen değiştirme yasağı; “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*” şeklindedir¹²³. Buna göre GİK niteliğinde olması gerekmeyen, sözleşmede yer alan bir hükmün; sonradan tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını değiştirme ya da yeni hükümler koyulmasına imkan tanıyan şekilde düzenleme getirilemeyeceği belirtilmiştir¹²⁴.

¹²¹Atamer, **Sempozyum**, s. 66; Engin, **a.g.e.**, s. 98, 99; Aslan, **a.g.e.**, s. 182, 183. Atamer tarafından mahkemenin vereceği haksız şartın sözleşmede varlığı ve söz konusu sözleşmenin matbu olarak basıldığı tespiti sonrasında bunların toplatılması ve düzeltilmesinin hükmedilmesi yönünde de karar tesisinin savunulabileceğini, aksi halde verilecek önleme kararının eksik kalacağını belirtmiştir. Atamer, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 320, 321, 322. TKHK mad. 23/f. 5 uyarınca verilecek tedbirin gazetede ilan edilebileceği ayrıca 25/f. 1 uyarınca haksız şartın kullanıldığının tespit edildiği her bir sözleşme için para cezası verileceği düzenlenmiştir. Engin, **a.g.e.**, s. 100.

¹²² Engin, **a.g.e.**, s. 99.

¹²³ TBK. 24. maddesinde; Kanunun yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalacağı bir GİK hükmüne spesifik olarak yer verildiği görülmektedir. TBK mad. 25'de hiçbir ayrıntıya yer verilmez ve örneğe yapılmazken mad. 24'de sık rastlanılan bir GİK hükmü için özel düzenlemeye yer verilmiştir. GİK sayılabilecek ve örnek niteliğinde yer verilecek pek çok düzenleme yerine özellikle tek bir örnek şeklinde değiştirme yasağına yer verilmiş olması Atamer tarafından eleştirilmiştir. Atamer, **Sempozyum**, s. 59. Kanun koyucunun aslında TBK mad. 21 gerekçesinden yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalacak genel işlem koşullarına yer vermeyi hedeflediği ancak sonradan bu düzenlemeyi vazgeçtiği, oysaki TBK mad. 24'ü ayrı bir düzenleme olarak vermek yerine TBK mad. 21'in üçüncü fıkrası olarak verilmesinin daha isabetli olacağı, bu durumda yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalacak nitelikteki durumların yeknesak olarak bir bütün halinde verilmiş olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca kanun koyucu bu mahiyetteki beklenilmez mahiyette genel işlem koşulu olarak kabul edilmiştir. TBK mad. 21'in gerekçesi incelediğinde görüleceği üzere; burada verilen örnekte sonradan tek yanlı olarak ve karşı taraf aleyhine değiştirme yetkisi veren ya da yeni düzenleme imkanı tanıyan genel işlem koşullarını beklenilmez kabul etmektedir. Bu kapsamda örneğin kredi sözleşmesinin banka tarafından dilediği zaman ve hiçbir gerekçe göstermeksizin kat edilebileceği, feshedilebileceğine dair hükümler beklenilmez mahiyettedir. Aynı zamanda, bu nitelikteki hükümler, bankaya tek başına ve karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi vermektedir. TBK mad. 21/f. 2 düzenlemesi zaten TBK mad. 24'deki aleyhe değiştirme yasağı ilkesini kapsayacak mahiyette olduğundan Şeker tarafından TBK mad. 24'ün kaldırılacağı ifade edilmiştir. Şeker, **Değiştirme Yasağı**, s. 386, 387, 388; Şeker, **a.g.e.**, s. 50-58.

¹²⁴Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 116; Şeker, **Değiştirme Yasağı**, s. 384.

Genel işlem koşulunu değiştirme ve yeni hüküm getirme yetkisi veren hükmün, GİK olması gerekmemesinin öngörülmesi; düzenleyen tarafın bu hususa ayrı bir sözleşmede yer vererek denetimden dolanmaya çalışmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu nitelikte bir yetki, sonradan imzalanan bir sözleşme ile de getirilemeyecektir¹²⁵.

Sözleşmeye sadakat ilkesi gereği (pacta sunt servanda) sözleşmenin kurulması ardından sözleşmenin değişmeyeceği öngörülmektedir. Genel olarak taraflardan birinin sözleşme şartlarını, edimleri ve ifaya ilişkin düzenlemeleri sonradan tek taraflı olarak değiştirme imkanını saklı tutması, müzakere edilmemiş sözleşmeler açısından kabul edilemez niteliktedir¹²⁶. Bu doğrultuda örneğin kredi kurumuna, tek yanlı faiz artış hakkı veren ya da kullandırılan kredi miktarını değiştirme yetkisi veren hükümlerin; kredi sözleşmesi içinde bulunduğuna, ayrıca ya da sonradan düzenlendiğine bakılmaksızın geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir¹²⁷. Atamer tarafından Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ekinde yer alan listede¹²⁸ yer alan aleyhe değişiklik konusuna örnek teşkil eden kısmın, Avrupa Birliği Yönergesi ile uyum içinde olduğu ancak TBK'da yer alan mad. 24'deki düzenlemenin daha genel oluşu sebebiyle TBK. mad. 24'ün uygulanmasının gerekmesi karşısında çatışma yarattığı ifade edilmiştir. Burada Atamer Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin, TBK karşısında daha esnek olduğunu, süreli ve süresiz sözleşmelerde değişen koşullara ilişkin uyarlama ihtiyacının doğabileceğini ve özellikle sürekli edimli bir sözleşmede haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde değişiklik yapılmasının/istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Ancak Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekindeki listede yer alan aleyhe değişikliğe dair; sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartların ve sözleşmeyi düzenleyen, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartların haksız şart sayılacağı ifade edilmiştir. TKHK içerisinde de yer aldığı üzere

¹²⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 167.

¹²⁶ Atamer, **Sempozyum**, s. 60; Şeker, **Değiştirme Yasağı**, s. 385.

¹²⁷ Bknz. TKHK mad. 26/f. 1.

¹²⁸ Bknz. Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki listede yer verilen 1.h fıkrası.

finansal hizmet veren kuruluşlar açısından sözleşme hükümlerini haklı sebebin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme yetkisi tanınmasının, tüketiciye derhal haber verilmesi ve tüketicinin fesih hakkının bulunması karşısında mümkün olduğu görülmektedir. İşte Atamer tarafından özellikle eleştirilen TBK'nın, tüketiciler için de uygulanacağı dikkate alındığında; Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik belli şartlarda sözleşmede değişikliğe imkan verirken TBK. mad. 24'ün bu imkandan yoksun oluşu sebebiyle ortaya çıkacak ikili durumun varlığı şeklinde ifade bulmuştur.¹²⁹.

Kanun gerekçesinde; değiştirme yasağının, aleyhe değişiklikler yönünden mevcut olduğu, güçsüz taraf lehine olacak şekilde tek taraflı değiştirme hakkının düzenlenebileceği, bu nitelikteki lehe genel işlem koşullarının geçerli olacağı ifade edilmiştir¹³⁰.

4. İçerik Denetiminde Borçlar Hukuku'nun Temel İlkelerinin Ölçüt Olarak Kullanılması

Taraflar arasındaki hak ve adalet sağlanmaya çalışılırken mevcut hukuki düzenlemelerin, taraflar arasındaki adalet dengesini en ideal şekilde sağlamaya yarayacak biçimde düzenlenmiş olduğu dikkate alınmalıdır. Bu sebeple sözleşmede bulunan genel işlem koşullarının denetiminde; sözleşmeye getirilen GİK düzenlemesi ile mevcut hukuki düzenlemelerden sapılmış olduğu tespit edilebiliyor ise taraflar arasındaki dengenin bozulduğu, bir taraf aleyhine ağırlaştırıcı GİK niteliğindeki hükümlerin kullanıldığı kabul edilebilecektir. Bu sebeple GİK niteliğinde hükümler içeren sözleşmenin denetimi açısından en önemli denetim ölçütü, taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyen ve taraflar arasında hakkaniyeti sağlayan yedek hukuk kurallarıdır. Burada GİK içeren her bir sözleşme; türü bakımından Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bir sözleşme ile doğrudan ya da kıyas yoluyla eşleştirildiğinde sözleşme türü için öngörülmüş olan kurallar bütününden,

¹²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 167, 168, 169. Atamer, **Sempozyum**, s. 60, 61.

¹³⁰ Bankanın getireceği “faiz oranının para piyasalarındaki gelişmelere göre indirilebileceği” hükmünün müşteri lehine olduğu ve uygulanabileceği, hükmün yazılmamış sayılma yaptırımına maruz kalmayacağı ifade edilmiştir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 116; Özel, **Genel İşlem Koşulları**, s.162; Şeker, **Değiştirme Yasağı**, s. 393.

GİK kullanılarak hazırlanan sözleşmede ne oranda sapıldığı tespit edilebilecek ve bir tarafın durumunun ağırlaşp ağırlaşmadığı belirlenebilecektir. Bu sayede her bir GİK içeren sözleşme türü bakımından Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme türlerinden hangi sözleşme ile eşleşiyor ise o tür sözleşme için öngörülmüş yedek hukuk kuralları dikkate alınarak içerik denetimi sağlanabilecektir¹³¹.

Borçlar hukukunun genel hükümleri ise ilgili sözleşme türü için sevk edilen yedek hukuk kuralları bir yana bütün sözleşme türleri açısından geçerli olduğundan her daim göz önünde bulundurulmalı ve denetimde bunlardan yararlanılmalıdır¹³². TBK. mad. 27/f. 1 *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”*, mad. 28/f. 1 *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”* şeklindedir¹³³. Bu doğrultuda; tüm sözleşmeler ve sözleşmelerde yer alan tüm hükümler yönünden geçerli olan bu düzenlemeler, genel işlem koşullarına da uygulanacaktır¹³⁴. İçerik denetiminde sadece TBK mad. 24 ve 25 değil, tüm sözleşmeler açısından denetim sağlayan mad. 27/f. 1'den ve 28'den de yararlanılacak, Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden faydalanılacaktır. Ölçüt olarak emredici hukuk kurallarına aykırılık, ahlaka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık, aşırı yararlanma hali gibi

¹³¹ Atipik sözleşmeler açısından sözleşme türünün, Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olması sebebiyle yerleşmiş içtihatlar, doktrin görüşleri ve yabancı mevzuattan yararlanarak sapılan hakkaniyet ölçütü olup olmadığı tespit edilebilir. Atamer, **Sempozyum**, s. 44, 45, 46.

¹³² Atamer, **Sempozyum**, s. 45.

¹³³ Aşırı yararlanma hakkındaki düzenleme, BK döneminde gabin olarak ifade edilmekteydi ve sömürülene sadece iptal imkanı verirken 6098 sayılı TBK mad. 28 ile dengesizliğin giderilmesi imkanı getirilmiştir. Eski kanunda iptal ile kastedilen fesih hakkının kullanılması olarak anlaşılmalıdır. İptal hakkının süresi içerisinde kullanılmaması halinde “düzelebilir hükümsüzlük” ya da “askıda hükümsüz” olan sözleşme geçerlilik kazanmış olacaktır. Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 493; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 464.

¹³⁴ Renan Baykan, **Tüketici Hukuku- Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri**, İTO Yayını, İstanbul 2004, s. 181.

durumların var olup olmadığı incelenecektir, böylece sözleşme özgürlüğünün hukukun sınırları çerçevesinde denetlenmesi söz konusu olacaktır.

a. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Emredici hukuk kuralları, tarafların aksini kararlaştıramadıkları, sözleşme yoluyla anlaşarak bertaraf edemedikleri; yedek hukuk kuralları¹³⁵ ise aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır. Taraflar emredici hukuk kurallarına uymakla mükelleftir. Bu doğrultuda; sözleşmelerde yer alan hükümler emredici hukuk kurallarına aykırı ise bunlar kesin olarak hükümsüz olacaktır. Geçersizlik hali, tarafların anlaşmasına hukuki sonuç bağlanmaması anlamını taşımaktadır¹³⁶. Kesin hükümsüzlük için bir mahkeme kararı gerekmez¹³⁷. Mahkemede ancak emredici kurala aykırı davranılmakla kendiliğinden ortaya çıkan kesin hükümsüzlük hali tespit edilir¹³⁸.

¹³⁵Bireylerin uyması gereken kurallar sıralamasında; emredici kurallar ve sonrasında taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümleri gelirler. Yedek hukuk kuralları; emredici olmayan hukuk kurallarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları olmak üzere ikiye ayrılır. Tamamlayıcı hukuk kuralları; hukuki ilişkide tarafların düzenlemedikleri noktaları, tarafların muhtemel iradelerine göre tamamlayan hukuk kurallarıdır. “Aksine hüküm bulunmadıkça”, “durumun gereğinden ve özel şartlardan doğan istisnalardan başka”, “aksi kararlaştırılmadıkça” gibi ifadeler kullanılması o hükmün, tamamlayıcı hukuk kuralı olduğuna delalettir. “İfa yeri” başlıklı TBK. mad. 89, “satış sözleşmesi tanımı ve hükümleri” başlıklı TBK.mad.207/f. 2 tamamlayıcı hukuk kurallarına örnektir. Yorumlayıcı hukuk kuralları ise taraf iradelerinin, ifadelerinin ve hareketlerinin, hukuki ilişkide tam olarak anlaşılamadığı hallerde yorumlanmasına yardımcı kurallardır. Örneğin “Aya ilişkin sürelerde vade” başlıklı TBK. mad. 91’de ayın başlangıcı, ortası, sonu gibi ifadeler ne anlam yükleneyeceği belirtilmiştir. Bu sebeple bu hüküm, yorumlayıcı hukuk kuralıdır. Aynı şekilde TBK. mad. 92’de yorumlayıcı hukuk kuralıdır. “Diğer sürelerde vade” başlıklı maddede, sözleşmelerde yer alan süreye ilişkin bir takım ifadelerin ne şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Esener, **a.g.e.**, s. 34, 38, 39; Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s.164, 165, Hatemi, **Medeni Hukuk**, s. 62, 64; Baykan, **Tüketici Hukuku**, s. 181, dipnot 43.

¹³⁶Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 25/10/1962 tarihli 1962/ 12901 E., 1962/ 10618 K. sayılı karar; “... Kanunun kesin olarak emrettiği hukuk kaidelerine aykırı bir şekilde yapılmış sözleşmeler, batıldır, yani kanun karşısında hüküm ifade etmezler, onlara dayanılarak bu sözleşme ile yükletilmiş borçların ödetilmesi dava edilemez.” şeklindedir. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 251.

¹³⁷Kesin hükümsüzlüğün mahkeme kararı ile doğması istisnaidir. Bu da mahkemenin kurucu nitelikte karar vermesi gereken bazı hallerde görülmektedir. Evlenme yasaklarına aykırı olarak evlenme söz konusu olduğunda evlenme ancak mahkeme kararı ile ortadan kalkar. TMK.mad.156/f. 1; “*Batıl bir evlilik ancak hakimın kararıyla sona erer.*” şeklindedir. Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s.163.

¹³⁸Bir hükmün emredici niteliğe haiz olup olmadığı; kuralın ifade ediliş ve yazım şeklinden, hükmün getiriliş amacının yorumundan anlaşılabılır. Yazılış biçiminden anlaşılamıyorsa; bir hüküm, kamu düzenini, hukuki ilişkide zayıf tarafı, insan haklarını, şahsiyeti korumak için ya da ahlaki düşüncelerle düzenlenmişse emredici niteliğe haiz olduğu kabul edilir. Esener, **a.g.e.**, s. 35; Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 161, 163; Nomer, **a.g.e.**, s. 44; Hatemi, **Medeni Hukuk**, s. 61; Baykan, **Tüketici Hukuku**, s. 181, 182; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 249.

Tamamlayıcı hukuk kurallarının aksine hükümler tayin edilmesine ya da değiştirilmesine, bu doğrultuda GİK düzenlemelerine imkan veren kanun koyucu emredici kurallardan sapılmasına izin vermemiştir. İçerik denetiminde yardımcı bir ölçüt olan TBK. mad. 27/f. 1 doğrultusunda emredici kurallara aykırılık kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur. Borçlar kanununda yer alan emredici hükümlere şu örnekler verilebilir: Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin TBK. mad. 115 ve 116’ ya, zamanaşımı sürelerinin kısaltılamayacağına ilişkin TBK. mad. 147, 148’e, ayıba ve zapta karşı tekeffüle ilişkin TBK. mad. 214/f. 2 ve 221’e, arttırma yoluyla satıma ilişkin TBK. mad. 280’e, otelcinin sorumluluğuna ilişkin TBK. mad. 578/f. 2’ye, kefaletin şekli ve sınırı hususunda TBK. mad. 583/f. 1’e aykırı düzenlemeler, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacaklardır¹³⁹.

Banka kredi sözleşmelerinde sıklıkla rastlanılan, banka görevlilerinin ağır kusurları nedeniyle kredi müşterisi bünyesinde oluşacak zararlardan bankanın sorumlu olmayacağı şeklindeki hükümler geçersizdir. Zira sorumsuzluk anlaşması başlıklı TBK. mad. 115/f. 1’deki emredici kurala göre; *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* şeklindedir. TBK. mad. 115/f. 3; *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* şeklindedir. Bu doğrultuda örneğin Bankalar yönünden verilen hizmet uzmanlık gerektiren bir meslek olup Bankalar yetkili makam (BDDK) izniyle kurulduklarından hafif kusurlarına ilişkin önceden yapılan sorumsuzluk sözleşmeleri de kesin hükümsüzdür¹⁴⁰.

Sözleşmelerde yer alan zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasına dair kayıtlar batıldır. TBK. mad. 146’da genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre belirtilmiş, mad. 147’de beş yıllık zamanaşımı süresine tabi işler belirtilmiş, mad. 148’de ise *“Bu ayırimda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.”* ifadesine

¹³⁹Esener, **a.g.e.**, s. 37; Küçükyalçın,**a.g.e.**, s. 112. Emredici hukuk kuralına daha çok aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku gibi alanlarda görmekteyiz. Borçlar hukukunda emredici hukuk kurallarına, irade özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde az rastlanmaktadır. Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 160, 161; Yener, **a.g.e.**, s. 141; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁴⁰Kocaman, **a.g.m.**, s. 1105.

yer verilmiştir. Bu doğrultuda emredici kurala aykırı hüküm tesis edilemeyeceğinden zamanaşımı süresini kısaltan hükümlerin de kesin hükümsüz olduğunun kabulü gerekir¹⁴¹.

Emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde oluşacak hukuki sonuçlara yönelik Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 15/05/1980 tarihli 1980/3739 E., 1980/6344 K. sayılı kararı;

“...kişiler özel hukuk alanına giren bir sözleşmeyi yapıp yapmamayı veya kiminle yapacaklarını ve keza konusunu tayin ve kararlaştırma yetkisine sahiptirler. Ancak bu serbestiye kamu düzeni açısından bazı sınırlamalar getirilmiştir (Anayasa m.40/II; BK. 19,20). Buna göre kanunların kesin surette emrelediği hukuk kurallarına veya kanuna veyahut kamu düzenine aykırı sözleşmeler geçerli olmayıp, BK. m. 20/1'e göre mutlak butlan ile maluldür... Yasanın mutlak olarak geçersiz saydığı sözleşmelerin doğuracağı hukuki sonuçları, tarafların açık istek ve itirazları olmasa da hakim resen nazara almakla yükümlüdür... Butlanın hükümleri kesindir. Batıl işlem yapıldığı andan itibaren geçersizdir ve zamanla geçerli duruma girmez...”

şeklinde¹⁴².

b. Ahlaka Aykırılık

Ahlak kuralları; toplumda uygulanarak zamanla yerleşen ve bireylerin uymalarının beklendiği kurallar bütünüdür¹⁴³. Toplumun yarattığı temel değer yargıları ile ahlak düzenine ilişkin normlar üzerinden sözleşme içeriği denetlenmektedir¹⁴⁴.

Alman Hukuku'nda ahlaka aykırılık kriteri, genel işlem koşullarının denetiminde bir dönem etkin olarak kullanılmıştır. Ancak sonrasında bu kriter; hakim

¹⁴¹Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106.

¹⁴²Aynı doğrultuda bir başka karar Yargıtay 4.HD. 03/06/1985 tarih, 1985/2315 E., 1985/5606 K. sayılı karar; “...Bir sözleşmenin ihtiva ettiği hak ve borçlar, hukuk düzeninin emredici bir normu ile çakıştığı takdirde hukuka aykırı olur. Emredici normlar herkese hitap eden, herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır... O halde istek dışı çıkılarak hava parasına hükmonulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Mustafa Reşat Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler- Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat**, Beta Basım, 2003 İstanbul, s. 268, 269.

¹⁴³Nomer, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁴⁴Küçükyalçın, **a.g.e.**, s. 112.

durumun kötüye kullanılmasında ve sözleşme özgürlüğünün aşırı sınırlandırılmasında istisnai bir araç olarak yorumlanmıştır. Ahlaka aykırılık kıstasının; genel işlem koşullarının içeriğinin denetlenmesinden ziyade genel işlem koşullarının güçsüz tarafa dayatılmasında etkin olup olmadığının tespitinde dikkate alınması ve bu doğrultuda denetimde kullanımı eleştirilmiştir¹⁴⁵. Almanya’da tekel (monopol) durum, diğer bir ifadeyle hakim durumun kötüye kullanılması ahlaka aykırı sayılırken Türkiye’de ekonomik özgürlüğün yok olmasına sebep olacak hukuki işlemler ahlaka aykırı olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁶. İsviçre mahkemelerinde ise ahlaka aykırılık, genel işlem koşullarının denetiminde kullanılmamıştır. Türk doktrininde ahlaka aykırılığın GİK denetiminde kullanılması gerektiği büyük ölçüde savunulmaktadır¹⁴⁷.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 03/10/1988 tarihli 1988/2765 E., 1988/4383 K. sayılı kararı; *“Davacı borçlunun iktisadi, ticari ve özel durumu ve malvarlığı araştırılmalı, davacının yükümlü olduğu ceza şart tutarı iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını mucip olacak bir miktarda olduğu tespit edildiği takdirde ceza şartı ahlak ve adaba aykırı sayılarak ya tamamen kaldırılmalı veya kısmen indirim tabi tutulmalıdır.”* şeklindedir¹⁴⁸. Nitekim banka sözleşmelerinde yer alan; tek taraflı faiz yükünü değiştirme hakkı getiren, krediyi istediği zaman kat etme (kesmek) imkanı veren, banka kayıtlarını tek delil olarak gören kayıtların ahlaken kabul edilebilir olmadığı Akyol tarafından ifade edilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁵Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106, 1107; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 386; Bahtiyar, **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması**, s. 114.

¹⁴⁶Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106, 1107; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 386.

¹⁴⁷Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106, 1107; Karahasan, **a.g.e.**, s. 275.

¹⁴⁸Aynı doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 20/03/1974 tarihli 1974/1053 E., 1974/222 K. sayılı kararı; *“Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir şart iptal edilir.”* şeklindedir. Karahasan, **a.g.e.**, s. 282, 283; Renan Baykan, **Tüketici Hukuku**, s. 182.

¹⁴⁹Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 115.

c. Kişilik Haklarına Aykırılık

Özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağını öngören TMK mad. 23 ve 24 çerçevesinde, TBK. mad. 27/f. 1 düzenlemesi sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturur. Kişilik hakları; bireyin hayatını, vücut bütünlüğünü, onurunu, özgürlüğünü, sosyal itibarını ve manevi kişiliğini oluşturan tüm hakları ifade eder. Sözleşmede sosyal ve ekonomik yönden güçsüz olan tarafın, birey olarak varlığını önemli derecede tehlikeye sokan, hürriyetini aşırı derecede kısıtlayan, ekonomik mevcudiyetini ve toplumdaki itibarını törpüleyen hükümler hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir¹⁵⁰.

Örneğin banka kredi sözleşmesinde yer alan hükümlerin; müşterinin ticari faaliyetini, iktisadi varlığını veya ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte olmaması, bu sonuçlara sebebiyet vermiyor olması gerekmektedir. Bu nitelikteki hükümler geçersiz sayılacaktır¹⁵¹.

Benzer şekilde; şikayet ve dava hakkının sözleşmede yer alan hükümler ile engellenmesi mümkün değildir. Bireyin en önemli kişilik haklarından birini oluşturan hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik hükmün hem kişilik haklarına hem de emredici hukuk kurallarına aykırı olacağı açıktır¹⁵².

d. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni, toplum menfaatlerini ve anayasal düzeni koruyan kurallardan meydana gelen hukuk düzenidir¹⁵³. Kamu düzeni olarak ifade edilen kavram, yazılı olmayan ve sınırları belli olmayan bir kavramdır. Kanunlarla korunan toplumun çıkarına hizmet eden hukuki düzen, kamu düzeni olarak kabul edilir. Kamu düzeni kuralları, değişime uğrayabilir¹⁵⁴. Kamu düzeni ve çıkarlarının tehlike altında olduğu hallerde hukuk sistemini oluşturan temel ilkeler ve hukuki kurumlar da tehlike altında demektir. Temel ilkeler olarak değerlendirilen sözleşme özgürlüğü,

¹⁵⁰Nomer, **a.g.e.**, s. 45; Karahasan, **a.g.e.**, s. 273; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 114.

¹⁵¹ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 196, 197.

¹⁵² Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 197.

¹⁵³ Kamu düzeni kuralları kendini hem kamu hukukunda hem de özel hukukta gösterir. Esener, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 83, 84; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 544.

sorumluluk ilkesi, güven ilkesi, kişiliğin korunması ilkesi ya da hukuk kurumlarından mülkiyet hakkı, evlilik, vasiyetname, rekabet gibi kurumlar hukuk düzenini oluşturur ve bu da geniş anlamda kamu düzenini meydana getirir¹⁵⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12/12/1990 tarihli 990/3-527 E., 1990/627 K. sayılı kararında kamu düzeni şu ifadelerle anlatılmıştır.:

“VonTuhr’a göre: Medeni Kanunun Mer’iyet sureti ve tatbik şekli hakkındaki Kanunun 2. maddesinde olduğu gibi, kamu düzeninden, koruma ve uygulamasında, topluma büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları anlaşılmalı gerekir (Andreas VonTuhr, Borçlar Hukukunun Umumi kısmı Çev. Cevat Edege, Ankara 1983, Yargıtay Yayını No: 15 sh. 258). Becker’e göre ise: Kamu düzeni, kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama başvurulabilir (Becker, H. Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay, Ankara, 1967, sh. 97). İsviçre Federal Mahkemesinin kamu düzeni hakkındaki tanımı ise şudur: Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur (Kaneti Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara 1968 Sh. 22). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.11.1973 gün 609/959 sayılı kararında ise Kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır. Hükmüne yer verilmiştir. Kamu düzeninin yazılı metinler ve mahkeme içtihatları gibi başlıca iki kaynağı olmakla beraber, Schwarz’ın da belirttiği üzere “Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur” (Schwarz, Andreas, B: Borçlar Hukuku Dersleri; Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, Sh. 343). Gerçekten de ünlü Fransız Hukukçusu Niyabet’in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen, sezilen şeylerdir. Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun az önce sözü edilen kararında belirtildiği üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir.”¹⁵⁶.

Kamu düzeni kavramını açıklayan 2 görüş bulunmaktadır. Buna göre ilk görüş İsviçre hukukunda ortaya konulan (ancak Türkiye’de destekleyicisi olmayan) kamu düzenini korumak için düzenlenmiş olan kamu hukukuna dair kurallar bütünü bizatihi kamu düzenini oluşturduğu görüştür. Bu görüşe göre; kamu hukukunda belirlenen yasalara aykırı hareket edilirse kamu düzenine aykırı hareket edilmiş

¹⁵⁵Kocaman, a.g.m., s. 1112.

¹⁵⁶Karahasan, a.g.e., s. 272, 273.

olacaktır. Ancak bu görüşte, özel hukuk kapsamında belirlenen yasaların da kamu düzenini koruduğu hatta kamu düzeninin çiğnendiği bazı durumlarda ihlal edilen herhangi bir yasa hükmü olmadığı da göz ardı edilmektedir¹⁵⁷. Türk hukukunda kabul edilen ve İsviçre hukukunda ileri sürülen ikinci görüşte ise ilk görüşteki kamu hukukuna dair yasal düzenlemeler sınırını kabul edilmemekte ve kamu düzeni hükümleri, toplumun menfaatini, huzur, refahını, temel yapısını koruyan hükümler olarak kabul edilmektedir¹⁵⁸. Örneğin TBK mad. 343 yani yıllık kira artışlarına ilişkin düzenlemeden önce kira artışlarına ilişkin mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun¹⁵⁹ çerçevesinde bir düzenleme olmaması sebebiyle Yargıtay içtihatları ile yıllık kira artışlarına ilişkin sözleşme hükümleri kamu düzeni yönünden incelenmekte, kamu düzenine aykırı olacak şekilde fahiş artışların önüne geçilmekteydi¹⁶⁰.

Genel işlem koşullarının, kamu düzenine aykırı olması halinde genel işlem koşulu denetimine tabi tutulacağı ayrıca TBK. mad. 27/f. 1 gereği kesin hükümsüzlükle karşılaşacağı açıktır.

e. Aşırı Yararlanma Hali

TBK. mad. 28/f. 1; *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”* şeklindedir. Aşırı yararlanmanın iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından gerçekleşebileceği çünkü aşırı yararlanmada söz konusu orantısızlığın taraf edimleri arasında olduğu ifade edilmektedir¹⁶¹. Düzenlemede özellikle sözleşmede taraf edimleri arasındaki aşırı orantısızlıktan (objektif unsurdan) bahsedilmektedir. Bu

¹⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 544.

¹⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.e.**, s. 545, 546.

¹⁵⁹ 27/05/1955 tarih ve 9013 sayılı Resmi Gazete.

¹⁶⁰ Öz, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁶¹ Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 98, 99; Kalkan, **a.g.e.**, s. 51; Aybay, **a.g.e.**, s. 41; Ruhi, **a.g.e.**, s. 36.

aşırı oransızlık, taraflardan birinin diğerinin zor durumundan, düşüncesizliğinden, deneyimsizliğinden ileri gelmektedir (sübjektif unsur). Oransızlık; taraflardan birinin, diğerinin özel durumdan faydalanmasından ileri gelmiyorsa o halde aşırı yararlanma oluşmayacaktır¹⁶².

Aşırı yararlanma; bir ölçüt olarak sözleşme özgürlüğünün sınırlanması ve genel işlem koşullarının denetiminde kullanılmaktadır, zira borçlar hukukunda hem bireysel sözleşmeler açısından hem de GİK kullanılan sözleşmelerde taraf edimleri arasındaki oransızlığın ahlaka, dürüstlük kuralına, zayıfın korunması ilkesine aykırı düşeceği haller engellenmeye çalışılmaktadır. Ancak bir sözleşmede aşırı yararlanma hali teşkil eden durum ayrıca kanuna, ahlak kurallarına, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık da teşkil edebilir¹⁶³. Bu durumda emredici hükme TBK. mad. 27'nin şartları varsa kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacak, iptal edilebilirlik hali ile kesin hükümsüzlük hali yarışmayacaktır. Zira kesin hükümsüzlük ile geçersiz olan sözleşmenin ya da sözleşme hükmünün sonradan geçerli hale gelmesi mümkün değildir. Kesin hükümsüz bir hükmün de iptal edilebilirliği söz konusu olmaz. Bu doğrultuda diğer geçersizlik hallerine nazaran özel nitelik teşkil eden aşırı yararlanma hali var ise TBK. mad. 28 uygulanacak yoksa ancak TBK. mad. 27 anlamında aykırılık mevcutsa kesin hükümsüzlük hali söz konusu olacaktır¹⁶⁴.

Genel işlem koşulunun varlığı ile aynı zamanda aşırı yararlanmanın birlikte olduğu durumda ise somut olaya göre karar verilmesi gerekmektedir. Zira genel işlem koşulunun varlığı halinde yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşılırken aşırı yararlanmanın varlığı halinde ise iptal edilebilirlik ya da edimlerin dengelenmesine yönelik sonuçlar doğacaktır¹⁶⁵.

Aşırı yararlanmanın yaptırımına ilişkin TBK.mad. 28/f. 2; “Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu

¹⁶²Kalkan, **a.e.**, s. 54; Aybay, **a.g.e.**, s. 41; Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 99; Ruhi, **a.e.**, s. 35, 36, 37. Açık oransızlık yönünden derhal herkesin gözüne çarpan bir oransızlık kastedilmektedir. Oransızlığın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, 483, 484.

¹⁶³Örneğin gabin oluşturacak şekilde belirlenmiş yüksek faiz, kanton kanunlarına göre konulmuş yukarı faiz haddini aşıyorsa hukuka aykırılık da mevcuttur. Kalkan, **a.g.e.**, s. 54, 55.

¹⁶⁴Kalkan, **a.e.**, s. 55.

¹⁶⁵Okumuş, **a.g.e.**, s. 75, 76.

durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.” şeklindedir. Sözleşme irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi askıdadır, kesin hükümsüzlük durumu söz konusu değildir. Ancak zarara uğramış taraf, tek taraflı irade beyanıyla kanunda belirtilen süreler çerçevesinde sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir. Zarar gören, durumun özelliğine göre iptale ilişkin irade beyanını, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir, herhangi bir dava açılması gerekmez. Sözleşmeyle bağlı olunmadığının ifade edilmesi halinde sözleşme en başından itibaren hükümsüz olacaktır (TBK mad. 28/f. 1)¹⁶⁶. Bazı durumlarda da iptal hakkı sahibi olan zarara uğramış taraf, iptal hakkı süresi içerisinde bu hakkını kullanmayabilir ya da sürenin sona ermesinden önce iptal hakkından feragat edebilir (yani sözleşmeyi onayabilir) bu halde sözleşme baştan itibaren hükümlerini doğurur. Sözleşmedeki doğması muhtemel hükümsüzlük böylece düzeltilmiş olur, iptal edilebilirlikte, düzebilir hükümsüzlük olduğu kabul edilir. TBK mad. 39/f. 1; *“Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.”* şeklindedir ¹⁶⁷. İptal edilebilirlikte bir başka görünüm ise bozulabilir muteberlik/ geçerlilik kavramıdır. Buna göre bir sözleşmede geçerlilik şartlarında eksiklik olmasına karşın sözleşme en başından itibaren geçerli sayılabilir, iptal hakkı sahibi yasal süre içerisinde iptal hakkını kullanarak geçerlilik şartı eksik ancak hükümlerini doğurmakta olan sözleşmeyi en başından itibaren geri etkili olarak hükümsüz kılabilir. Sözleşme taraflarından birinin, sözleşmenin diğer tarafından aşırı yararlandığı hallerde (gabine maruz kaldığı hallerde) TBK mad. 28 uyarınca bu şekilde iptal hakkı kullanılabilir¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Ruhi, **a.g.e.**, s. 37, 38, Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 177.

¹⁶⁷ Oğuzman/ Öz, **a.e.**, s. 177, 178.

¹⁶⁸ TBK mad. 15/f. 3; “Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.” şeklindedir. Görme engellinin imzaladığı bir sözleşme şayet en az bir şahit tarafından imzalanmamışsa sözleşmenin geçersizliği bu gerekçe ile her zaman ileri sürülebilecektir. Ancak görme özürlü olmayan sözleşme tarafın, bu gerekçeyle sözleşmeyi iptal hakkı bulunmayacaktır. Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 148, 178.

Genel işlem koşulları denetiminde edimler arası oransızlığın dikkate alındığı, ancak bedeller arasındaki oransızlığın denetlenmediği görülmektedir. Genel işlem koşulundan ziyade aşırı yararlanma halinin var olup olmadığının tespiti yönünden bedel oransızlığının inceleme konusu yapılabileceği, göz önünde bulundurulabileceği anlaşılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24/01/1973 tarihli 1971/1-376 E., 1973/24 K. sayılı kararı; *"Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçla kabul edilmiş bir müessesedir. Aslında gabin, akdın ahlaka aykırı olarak yapılması hallerinden birini oluşturur."* şeklindedir¹⁶⁹.

Banka kredi sözleşmelerinde yer alan müşterinin ekonomik varlığının ve özgürlüğünün mahvına neden olan aşırı faize ya da teminat alınmasına ilişkin hükümlerin aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilebileceği ifade edilmektedir¹⁷⁰.

5. Denetim Dışı Kalan Genel İşlem Koşulu Hükümleri

Hakimin içerik denetimi dışında tutarak müdahalede bulunmayacağı GİK hükümleri bulunmaktadır. Bunlar; uygulanması gereken hukuksal düzenlemeyi, diğer bir ifadeyle kanun, yönetmelik, tebliğ vs. içinde yer alan hükmü aynen sözleşme içine aktaran GİK niteliğindeki hükümlerdir.

Bu hallerde hakim, yasal düzenlemenin aynen tekrar edilmiş olması sebebiyle denetime tabi tutmayacaktır. Zira dürüstlük kuralının da önemli bir ölçüt olarak

¹⁶⁹ Aynı doğrultuda bir başka karar. Yargıtay 1. HD. 21/11/1974 tarih 1974/1028 E., 1974/8745 K. sayılı karar; *"Karşılıklı edimleri kapsayan sözleşmelerde, alınan ile verilen arasında hoşgörülük sınırları aşmayan ve bir tarafın sömürüldüğü kanısını uyandırmayan bir dengenin bulunması zorunludur. Alışverişler rulet oyunu olmadığına göre "bir koy, iki al" havası içinde yürütülemez. İdeal alışverişlerde karşılıklı edimler birbirlerine eşit sayılan değerlerden oluşur. Normal alışverişlerde göze batmayan ve taraflardan birinin aldatıldığı kaygısını doğurmayan olağan sayılabilecek bir değer farkı vardır. Anormal alışverişlerde ise herkesin gözüne çarpan bir aşırı yararlanma durumu mevcuttur. Bu gibi hallerde alışveriş terazisinin bir kefi havada, öteki yerdedir. Sözleşme serbestliğine rağmen, kanun ve ahlakın hoş karşılamadığı, taraflardan birinin ötekini sömürdüğü bu gibi olağandışı alışverişlerdir."* Yargıtay 1. HD. 22/03/1978 tarih 1978/2699 E., 1978/3106 K. sayılı kararı ve Yargıtay 1. HD. 26/4/1979 tarih, 1979/2670 E., 1979/5555 K. sayılı kararı da incelenebilir. Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s. 297.

¹⁷⁰ Şener Akyol, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s.192, 193; Yener, **a.g.e.**, s. 142. Bedel oransızlığı içeren bir genel işlem koşulunun kullanılması halinde genel işlem koşuluna yönelik denetim ile aşırı yararlanma olup olmadığına dair inceleme yapılması durumu yapılabilecek, bedel oransızlığı yönünden aşırı yararlanma halinin tespitinin önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Buna göre sadece genel işlem koşulunun kullanılıyor olması aşırı yararlanma olduğu anlamına gelmeyecektir. Kalkan, **a.g.e.**, s. 174, 175.

kabul edildiği içerik denetiminde yasal düzenlemeden ya da yasal düzenlemenin temelinde yatan gayeden sapan sözleşme hükümlerinin denetlenmesi amaçlandığına göre yasal düzenlemeye sözleşme içerisinde yer verilmesi halinde o hükmün denetime tabi tutulmayacağı ortadadır. Ancak her halükarda somut olaya ilişkin yasal düzenlemenin sözleşme metninde yer alması ile o hükmün, artık içerik denetimine tabi olmayacağı düşünülmemelidir. Zira somut olaya hiç uygulanmayacak bir yasal düzenlemenin sözleşmede yer alması halinin sapma oluşturacağı durumlarda, hakim yine denetim yapmalıdır¹⁷¹. Örneğin cezai şart¹⁷² gibi yasada düzenlenmiş olan bir kuruma, somut sözleşmede yer verilmiş olması bu hükmün denetlenmeyeceği anlamına gelmez. GİK niteliğindeki cezai şart hükmünün müzakere edilmemiş olması yani bireysel sözleşme haline gelmemesi karşısında bunun da denetleneceği açıktır. Bu yasa hükümleri, yani kişilere özel hukuk ilişkilerini düzenlerken

¹⁷¹Eser sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşmede ayıba ilişkin düzenlemenin, satım sözleşmesindeki ayıp hükümleri ile doldurulması halinde sapma olduğundan bahsedilebilecek ve hakimin içerik denetimi yapması beklenecektir. Zira eser sözleşmesinin kendine has ayıp hükümleri yasada düzenlenmiş olmasına karşın başka tür bir sözleşme türü olan satım sözleşmesinin ayıp hükümlerinin yasada yer aldığı şekliyle sözleşmeye eklenmesi denetimi gerektirecektir. Atamer, **Sempozyum**, s. 54, 55.

¹⁷² Cezai şarta ilişkin hukuki düzenlemeleri TBK mad. 177 ile 182 arasında görmekteyiz. Buna göre cezai şart ile borcun ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi halinde borçlu tarafından hem karşı tarafın zararının karşılanması hem de sözleşmedeki edimlerin ifasının sağlanmasına yönelik baskılayıcı bir unsur olması sebebiyle sözleşmelerde sıklıkla rastlanılan bir düzenlemedir. Tüm borç ilişkilerine yönelik sözleşmelerde cezai şart kararlaştırılabilir, cezai şartın geçersizliği asli edimin geçersizliğini gerektirmez. Cezai şartta indirimle ilgili hususlar ile örneğin işçi hakkında tek yönlü cezai şart oluşturulamayacağına dair (TBK mad. 420/f. 1) cezai şartın kullanılmasına dair istisnai durumlar yasada açıkça belirtilmiştir. TBK mad. 180/f. 1 uyarınca; “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” Buna göre cezai şartın, yanı sıra ayrıca tazminat talep edilmesi imkanı da vardır. Yani cezai şartın bir yandan baskılayıcı, caydırıcı mahiyette olması sebebiyle ceza işlevi ayrıca bir yandan da zararın giderilmesine yönelik önceden kararlaştırılmış tazminat işlevi bulunmaktadır. Erol Cansel, Çağlar Özel, **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, s. 714, 715, 716, 717, 720, 721. (Çevrimiçi) <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-%C3%87.-%C3%96ZEL.pdf>, 25.05.2019. Götürü tazminat ise Türk Borçlar Hukukunda açıkça düzenlenmemiş olan bir kurumdur. Cezai şartta görüldüğü gibi herhangi bir ceza işlevi, baskılayıcı ya da caydırıcı unsuru bulunmaksızın (ya da bu unsur dolaylı olarak bulunur, etkisi azdır) borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde alacaklının nezdinde gerçekleşen zararın borçlu tarafından giderilmesine yönelik önceden taraflarca kararlaştırılan tazminat türüdür. Borcun ifa edilmemesi ya da eksik ifası halinde oluşacak yaklaşık zararın belirlenerek önceden götürü tazminatı olarak açıkça kararlaştırılması gerekir. TBK mad. 50 ve devamında tazminatın nasıl belirleneceği, hangi hallerde talep edilebileceği düzenlenmektedir. Buna göre TBK mad. 50 ve devamındaki tazminat türünde zararın oluşması sonrasında kanundaki kriterler göz önüne alınarak tazminat alınıp alınamayacağı ve miktarı belirlenir oysa götürü tazminatında henüz zarar ortaya çıkmadan önceden muhtemel zarar tahmini yapılarak belirlenir. Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, s. 197, 199, 200, 208, 209, (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1644>, 25.05.2019.

kullanmaları imkanı tanınmış bu kurumlar, kendiliğinden (ex lege) sözleşme içeriği olamayacağından karşı tarafın kabulüne, söz konusu GİK hükmünün bireysel sözleşme haline getirilmesine ihtiyaç duyarlar¹⁷³. Ayrıca yine emredici hükümlere ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir asli edimi içeren sözleşmede bu edimin yerine getirilmesini sağlamak, baskılayıcı unsur oluşturmak için öngörülen cezai şart da geçerli olmayacaktır. Taraflar cezai şartı istedikleri gibi belirleyebilirler ancak cezai şartta aşırılık görmesi halinde hakim kendiliğinden indirim yapabilir¹⁷⁴.

Yasal düzenlemelerin yanı sıra uluslararası düzenlemelere, GİK niteliğindeki sözleşme hükümlerinde yer verilmesi halinde de söz konusu uluslararası düzenleme açısından ulusal düzenlemelerde bahsedilen şekilde denetim söz konusu olacaktır¹⁷⁵.

Tarafların edim ve karşı edim yükümlerinin düzenleyen GİK niteliğindeki sözleşme hükümleri de denetim dışı tutulacaktır. Zira sözleşme taraflarının edim yükümlerinin her zaman eşit olması ya da dengede olması serbest piyasa ekonomisine aykırı olabilecektir. Ayrıca “doğru fiyat” diye adlandırılacak herhangi bir ekonomik, hukuksal kriter yoktur. Edimler arası objektif adalet yerine “piyasa adaleti”nin var olması yeterli ve gereklidir. Taraflar arasındaki edim yükümleri, edim değerlerinin; denetime tabi olmayacağı AB Yönergesine paralel olarak Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik mad. 6 fıkra 2’de de yer almaktadır. Yönetmelik mad. 6/f. 2;

“Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartların açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması kaydıyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”

¹⁷³ Atamer, **Sempozyum**, s. 55, 56. Benzer bir görünümü Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek. (1)/d fıkrasında da görmekteyiz. Buna göre “Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,” haksız şart olarak tanımlanmıştır. Yani tüketicinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde cezai şart ödemesi kararlaştırılabilir. Sözleşmede cezai şart hükümlerine yer verilebilir ancak bu hüküm GİK niteliğindeyse denetlenecek, gerekmesi halinde içerik denetimine tabi tutulacaktır. Bu hüküm ayrıca bir tarafın tüketici olduğu sözleşme yönünden orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödenmesini öngörüyorsa haksız şart sayılacaktır.

¹⁷⁴ Cansel/ Özel, **a.g.m.**, s. 717.

¹⁷⁵ Atamer, **Sempozyum**, s. 56.

şeklindedir. Asli edimi düzenleyen ve tarafların sözleşmeyi kurma gayesini oluşturan, değiş tokuş konusu yapmak istedikleri şeyi saptayan hükümler denetlenemeyecektir. Satılmak, kiralanmak istenen mal, oluşturulan eser karşılığı ödenen bedel, bankadan çekilmek istenen kredi, uçak yolculuğunun nereye yapılacağı gibi hususlar denetim dışında kalacaktır. Ancak yan unsurlar yani edimin nasıl, ne zaman, nerede ifa edileceği gibi hususlar ile edimin fiyatını, miktarını, niteliklerini, konusunu değiştirme yetkisini içeren GİK niteliğindeki hükümleri denetlenebilecektir ¹⁷⁶.

III. HAKİMİN BOŞLUĞU DOLDURMASI (Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi)

Genel işlem koşullarının kullanılması ile sözleşme adaleti bozulmaktadır, bozulmuş olan dengenin yeniden sağlanması görevi kanun koyucu ve hakimin elindedir. TBK mad. 20-25 düzenlemelerini getirerek kanun koyucu, hakime kullanabileceği hukuki dayanağı açıkça sağlamış olmaktadır¹⁷⁷. Kanunda boşluk¹⁷⁸ olduğu gibi taraflar arasında akdedilen sözleşmelerde de boşluk¹⁷⁹ mevcut olabilir.

¹⁷⁶ Atamer, **Sempozyum**, s. 56, 57. Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek. (1)'de; “h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,” haksız şart olarak nitelendirilmiştir.

¹⁷⁷ Şeker, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁷⁸ Kanunda boşluk; yasamanın o konuda düzenleme yapmamış olduğunu ifade eder. Varsa örf ve adet doğrultusunda boşluk doldurulur. Kanun koyucu tarafından bir konuda yasa düzenlemesine yer verilmesinin sakıncalı ya da gereksiz olduğu hallerde bilerek yarattığı boşluğa, bilinçli boşluk denir. Bunun aksine bilerek ve isteyerek boşluk yaratmadığı, dikkatsizlikten ya da unutulmuş olmasından ileri gelen hallerde oluşan boşluğa bilinçsiz boşluk denir. Kanun koyucunun soyut ve genel olarak düzenlediği bu sebeple somut olayda uygulanırken hakkaniyet gereği bilinçli olarak bıraktığı boşluk; hüküm içi boşluktur. Hakim TMK. mad. 4'e göre takdir yetkisine dayanarak boşluğu dolduracaktır. Kanun dışı veya kanun üstü boşluk (hukuk boşluğu); bir konuda ne yasada ne örf adet hukukunda bir hüküm olmaması şeklinde oluşur. Hakimin hukuk yaratmasıyla boşluk doldurulur. Esener, **a.g.e.**, s. 256, 257; Yasemin Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 203, 204.

¹⁷⁹ Sözleşmedeki boşluk; gerçek boşluk yani tarafların belli bir hukuki konuyu isteyerek yahut istemeyerek düzenlememiş olmaları halinde ortaya çıkan boşluk ve gerçek olmayan boşluk yani tarafların sözleşmedeki ilişkiyi sadece genel hatlarıyla düzenlemeleri halinde ortaya çıkan boşluğu ifade eden boşluk olmak üzere ikiye ayrılır. Bilinçli boşlukta; taraflar uyuşmazlık çıkan bir konuda

Taraflar sözleşmenin bazı yönlerini açık bırakmış ya da sözleşmenin bazı hükümleri GİK olması ya da TBK. mad. 27'ye aykırılık gibi sebeplerle geçersiz kalmış olabilir. Yürürlük denetiminden ya da içerik denetiminden geçemeyerek yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmış sözleşme hükümlerinin yarattığı boşluğun; TBK. mad. 22 gereği sözleşmenin geri kalanının geçerli olacağı hükmü dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir¹⁸⁰. Ancak şaşırtıcı, beklenmeyen hükümlerin yazılmamış sayılması halinde bunların sözleşmede boşluk yaratmayacağını kabul etmek gereklidir. Zira bu hükümlerin sözleşmenin niteliği ve içeriği gereği zaten sözleşme içinde bulunmaması gerekirdi¹⁸¹. Yazılmamış sayılan hükümlerin, sözleşmede boşluk yarattığı hallerde tarafların anlaşması ile doldurulması mümkündür. Ancak bu çoğu zaman gerçekleşmez ve hakim müdahalesi gerekir¹⁸².

Hakimin sözleşmeye müdahalesinin ve içerik denetiminin hukuki dayanağı, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 13/10/1993 tarihli kararında belirtildiği üzere; tarafların müzakere koşullarındaki dengesizliğin ve bunun sonucunda güçsüz taraf nezdinde oluşan önemli ölçüdeki mağduriyetin engellenmesi gereği ile bunun anayasal düzeyde koruma altına alınmış kişi varlığını geliştirme hakkının doğrudan bir uzantısı olduğu ifade edilmiştir¹⁸³. Ayrıca Anayasa mad. 11/f. 1 “Anayasa

anlaşmamış ve bunu düzenlemeyi ileriye bırakmış, konuyu düzenlememiş olabilirler. Bu halde bilinçli boşluktan söz edilir. Bilinçsiz boşluk ise tarafların dikkatsizliğinden ya da unutmuş olmalarından kaynaklanan hallerde sözleşmede ortaya çıkan boşluktur. Kaplan, **Yorum ve Tamamlama**, s. 20; Dursun, **a.g.e.**, s. 89.

¹⁸⁰Dursun, **a.e.**, s. 184. GİK kullanıldığı zaman ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesi için kanun koyucu ve hakim elinde başvurulabilecek imkanlar olmalıdır. Bu kapsamda kanun koyucu GİK düzenlemelerine dair eksikliği gidermek maksadıyla 6098 sayılı TBK'ya gerekli düzenlemeleri koymuştur. Bu düzenlemeler sayesinde hakim bozulan adaleti tekrar sağlayabilecektir. Şeker, **Değiştirme Yasağı**, 381.

¹⁸¹Dursun, **a.e.**, s. 185.

¹⁸²Dursun, **a.e.**, s. 7; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 198.

¹⁸³Alman Anayasa Mahkemesi kararı; “Dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğü ilkesine ilişkin bir sınır oluşturduğu ve sözleşmede içerik denetimi yapacak hakim müdahalesine temel sağladığı özel hukuk öğretisi tarafından kabul edilmektedir. (...) Bu çerçevede genel hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuk mahkemelerine düşen görev sözleşme yoluyla bir tarafın diğer tarafın iradesine tabi kılınmasına dikkat etmektir. Taraflar eğer geçerli içerik hususunda anlaşmışlarsa derinlemesine bir içerik denetimine yer kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği taraflardan birini alışılmadık ölçüde ağır bir yük altına sokuyorsa ve taraflar arasındaki menfaat dengesi bariz bir şekilde gayrimakul ise, artık mahkemeler “sözleşme sözleşmedir” tespiti ile yetinemezler. Aksine taraflar arasındaki anlaşmanın müzakere güçlerindeki orantısızlığın bir sonucu olup olmadığını açıklığa kavuşturmalı ve duruma göre yürürlükteki özel hukukun genel hükümleri ile düzeltilmesi için müdahale etmelidirler. Bunun hangi usul izlenerek yapılacağı ve bu konuda hangi sonuca varılması gerektiği, Anayasanın geniş takdir alanı bıraktığı temel bir hukuk meselesidir. Ancak

hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” ifadesi doğrultusunda, Anayasa’da düzenlenen temel ilkelerin bağlayıcılığının, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını sınırlayan bir içerik denetimi aracı olduğu, anayasal haklar ve temelinde yatan ilkelere, sözleşmeye müdahale gerektiğinde başvurulabileceği söylenebilecektir¹⁸⁴.

Sözleşmenin tamamlanması dar anlamda ya da geniş anlamda olabilir. Buna göre geniş anlamda sözleşmenin tamamlanması, söz konusu boşluğun herhangi bir şekilde doldurulması olarak anlaşılmaktadır. Sözleşmede boşluk olması hali, sözleşmede bu konuda taraf iradelerine açıkça yer verilmemiş olmasıdır. Daha önce açıklandığı üzere uygulanacak hükümlere ilişkin silsilede emredici hukuk kuralları, sözleşme hükümleri, yedek hukuk kuralları bulunmaktadır. Bu durumda konuya ilişkin taraf iradeleri olmadığından boşluk; yedek hukuk kurallarıyla, örf ve adet kurallarıyla bu da yoksa hakimin kendi koyduğu bir hükümle tamamlanacaktır. Dar anlamda sözleşmenin tamamlanması ise hakimin sözleşmeyi kendi koyduğu bir hükümle tamamlaması yani tamamlayıcı yorum yapması anlaşılmalıdır¹⁸⁵.

Doktrinde dar ve geniş sözleşmenin tamamlanması yanında ayrıca sübjektif ve objektif olarak tamamlanma hali de kabul edilmektedir. Sözleşmenin sübjektif tamamlanmasından; hakimin, sözleşmedeki boşluk karşısında sözleşmenin geneli ve taraf iradelerini yorumlaması sonrasında bundan çıkaracağı farazi anlam¹⁸⁶ ile kendi koyacağı hüküm çerçevesinde sözleşmeyi tamamlaması hali olarak anlaşılmalıdır.

sözleşme paritesinin bozulmuş olduğunun hiç dikkate alınmaması ya da dikkate alındığı halde yeterli olmayan araçlarla dengelenmeye çalışılması halinde anayasal güvence altında bulunan irade serbestisi gerçekten ihlal edilmiş olacaktır.” şeklindedir. Aynı şekilde alınmıştır. Başalp, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, s. 233.

¹⁸⁴ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106.

¹⁸⁵ Sözleşmenin dar anlamda tamamlanmasında yapılan tamamlayıcı yorumda; hakim TMK. mad.1 doğrultusunda diğer olaylarda da uygulanabilecek genel, objektif hüküm tesisi yerine somut olaya, taraf iradelerine uygun bir hüküm getirmeye çalışır, kazuistik bir yöntem kullanır. Dursun, **a.g.e.**, s. 7, 15, 16.

¹⁸⁶ Farazi ortak irade tespit edilirken doktrinde çeşitli görüşler bulunmasına karşın en makul yaklaşımın; hakimin dürüstlük kuralına aykırı olmamak üzere tarafların sözleşmede ortaya koymuş oldukları amaç ve beklentileri doğrultusunda yorumun yapılması gerektiği kanaati oluşmuştur. Öncelikle hakimin tarafların sözleşmeye yansımış iradelerinden yola çıkarak farazi ortak iradeyi belirlemesi gerektiği, şayet sözleşmeye taraf iradeleri yansımamış ise herhangi iki normal zekalı, dürüst, makul kişi dikkate alınarak farazi ortak iradenin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dursun, **a.g.e.**, s. 106, 107, 108.

Sözleşmenin bu şekilde tamamlanması ile sözleşmenin yorumlanması arasında kesin bir ayrımın söz konusu olmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁷. Sözleşmenin objektif tamamlanması ise hakimin yedek hukuk kurallarıyla, örf ve adet hukuku kurallarıyla sonrasında hakimin TMK. Mad. 1'e göre kendi koyacağı kuralla boşluğu tamamlaması şeklindedir¹⁸⁸. Hakim boşluğu re'sen tamamlayamaz, ancak önüne getirilen talep sonrasında boşluğun tamamlanması mümkün olabilecektir¹⁸⁹.

Taraflar arasında çıkan ihtilaflarda; sözleşmede boşluk olup olmadığı, sözleşmenin tamamlanmasına mı yorumlanmasına mı ihtiyaç duyulduğu sorunu ortaya çıkabilir. Sözleşmenin yorumlanması; geçerli bir sözleşmede, sözleşmenin içeriğine ilişkin taraf iradelerinin birbirine uygun olarak belirlenmesi veya farazi ortak iradelerinin tespit edilmesidir¹⁹⁰. Sözleşmenin tamamlanmasına ise taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuna uygulanacak hüküm bulunmaması halinde ihtiyaç duyulur. Sözleşmenin yorumlanmasında olduğu gibi anlamlandırılması gereken bir sözleşme hükmü dahi yoktur. Anlamlandırılacak herhangi bir hükmün olmaması yani yokluk önce gelir, sonrasında boşluğun ne şekilde doldurulacağı tespit edilerek boşluk tamamlanır. Ancak her iki kavram arasında yakın ilişki olduğu ortadadır. Zira sözleşmenin tamamlanması için öncelikle sözleşme içeriği, taraf iradeleri araştırılması gerekmekte, bunun için de sözleşme yorumlanmaktadır. Tamamlama işlemi sözleşmedeki hükümlerin yorumlanmasını gerektirmektedir¹⁹¹.

GİK içeren sözleşmede boşluğun varlığı halinde, boşluk doldurulurken; yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmış yani geçersiz hüküm var ise bu boşluk yedek hukuk kuralları tamamlanacaktır. Konuya ilişkin emredici hukuk kuralı var ise zaten bu uygulanacağından genel işlem koşulları ile aksi düzenlenemeyecektir.

¹⁸⁷Dursun, **a.e.**, s. 8.

¹⁸⁸Dursun, **a.e.**, s. 8, 9.

¹⁸⁹Dursun, **a.e.**, s. 9.

¹⁹⁰Örneğin sözleşmede ifanın ayın sonunda yapılmasına karar verilmiş ancak ayın sonunun ne ifade ettiği hususunda taraflar arasında ihtilaf çıkmış olabilir. Bu halde sözleşmenin yorumlanmasına ihtiyaç vardır. Yorum yapılırken tarafların sözleşmeyi kurarken kullandıkları ifadeler, kelimeler asli yorum aracı olarak kullanılır. Ancak açık olmayan ifadelerin varlığı halinde yardımcı yorum araçları olan sözleşme metni dışında bulunan hal ve durumun ifade ettiği unsurlardan yani sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki, sonrasındaki, ifa hazırlıklarındaki davranışlardan, adet ve teamüllerden faydalanılır. Dursun, **a.e.**, s. 10, 11.

¹⁹¹"Sözleşmede boşluk bulunup bulunmadığı her şeyden önce bir yorum meselesidir." Aynı şekilde alınmıştır. Dursun, **a.g.e.**, s. 11, 17.

Ancak GİK, emredici hukuk kuralına aykırılık sebebiyle geçersiz olmuşsa bunun yerine emredici hukuk kuralı sözleşmeye girecektir. Bu doğrultuda boşluk halinde emredici hukuk kuralı, sözleşme hükmü, yedek hukuk kuralı silsilesi oluşacaktır.

Tarafların sözleşmede boşluk olduğunda nasıl doldurulacağına ilişkin hüküm tesis etmiş olmaları halinde; genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması ile korunmaya çalışılan menfaat dengesinin korunmasına dikkat edilerek boşluğun nasıl doldurulacağına dair tarafların belirlediği hükmün uygulanması ve boşluğun tamamlanması mümkündür. Sözleşme hükmü GİK olduğundan yazılmamış sayılan ve boşluk oluşturan konu, güçsüz tarafı koruyan yedek hukuk kuralı ile tamamlanacaktır. Yani yedek hukuk kuralı ile tamamlanırken sözleşme adaletinin gerektirdiği nitelikteki, menfaat dengesini gözetken hükümler ile tamamlanmasına dikkat edilmelidir. Bu nitelikte bir kural yoksa tarafların boşluğun doldurulmasına dair öngördüğü düzenleme var ise bu göz önünde bulundurulur. Bu nitelikte bir sözleşme düzenlemesi de yoksa yedek hukuk kurallarına göre boşluk tamamlanır¹⁹².

Öyleyse genel işlem koşulundan oluşan sözleşmenin tamamlanması işleminde öncelikle var ise güçsüz taraf menfaatini koruyan yedek hukuk kuralının kullanılması gerekmektedir. Sonrasında tamamlayıcı yorum yapılarak farazi ortak iradenin, sözleşmenin taraflarından birinin genel işlem koşulunun empoze edildiği güçsüz birey olduğu dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir¹⁹³. Sözleşmedeki boşluk en adil biçimde sözleşmenin kurulduğu zamana göre, dürüstlük kuralı doğrultusunda¹⁹⁴ taraf iradeleri ve hükmün amacı dikkate alınarak yapılmalıdır. Sözleşmedeki hükümlerde yorum yapılırken sadece kelime anlamı doğrultusunda (lafzi yorum) yapılmamalıdır. Sözleşme bir bütün olarak yorumlanmalı, yazılmamış sayılan hükümler sonucunda sözleşmenin geçersiz sayılmasını engelleyici,

¹⁹²Dursun, **a.e.**, s. 187.

¹⁹³Dursun, **a.e.**, s. 188, 189, 190; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 198.

¹⁹⁴Yargıtay 4. HD. 31/05/1974 tarihli 1974/3379 E., 1974/2965 K. sayılı kararda; “*Davalı öğrenci her ne kadar sözleşmesinde, verilen bir hizmeti itirazsız kabul edeceği yükümlülüğü altına girmişse de, sözleşmenin okutan idareye sağladığı bu hak mutlak ve sınırsız değildir. Yasaların çalışanlara tanıdığı ve aşılamayacak en az sınırlarını bir kamu düzeni ilkesi olarak tespit ettiği bazı ilkelerle bağlıdır. Örneğin, bir yandan davalı öğrenciye başka gemide verilen iş, Deniz İş Kanununun sağladığı bir hakka aykırı olabileceği gibi, afaki iyi niyet kurallarına dahi aykırı görülebilir.*” ifadelerine yer verilmiş, sözleşme yorumlanırken iyi niyet kurallarına dikkat edilmesi gerektiği içtihat edilmiştir. Uygur, **a.g.e.**, s.242, 243; Edis, **a.g.e.**, s. 319.

sözleşmeyi ayakta tutma ilkesi doğrultusunda ve bir haktan vazgeçilmesine ilişkin hükümlerde dar yorum yapılmalıdır¹⁹⁵. Hakimin sözleşmeye müdahalesi ile boşluk doldurulurken dürüstlük kuralı, hakkaniyet, denkleştirici adalet, kişilik haklarının korunması, adil yargılanma, hukuk güvenliği gibi ilkeler ve yüksek mahkemelerce kabul edilen sosyal açıdan zayıf olanın korunması ilkesi gibi hususlara dikkat edilmelidir¹⁹⁶.



¹⁹⁵ Örneğin Elektrik İdaresinin genel işlem koşullarında yer alan sorumsuzluk kaydı, elektrik kesintisinden kaynaklanan zarar için doğan sorumluluk şeklinde dar yorumlanmalıdır. Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, s. 136; Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 90, 91; Baykal, **a.g.m.**, s. 77, Kaplan, **Yorum ve Tamamlama**, s. 18.

¹⁹⁶ Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, s. 201.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN ÇEŞİTLİ ALANLARINDA YER ALAN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. ÇEŞİTLİ HUKUK DALLARINDA GÖRÜNÜM

A. Kamu Hukukunda (Kamu Tüzel Kişisi / Kamu Hizmeti Sunan Kişi Yönünden) Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi

Mevcut ekonomik ve sosyal düzende, bireylerin tam bir sözleşme özgürlüğü içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim sözleşme özgürlüğünün engellendiği bazı durumların da hukuka aykırılık yaratmadığı bilakis kamu menfaatinin gerektirdiği bazı hallerde sözleşme özgürlüğünün engellendiğini görmekteyiz¹. Bu doğrultuda bugün toplumda bireylerin ulaştırma vasıtalarından yararlanması, su, elektrik, doğalgaz gibi bazı ihtiyaçlarının temini ancak belli kurumlar aracılığıyla yapılmaktadır. Bunların sözleşme akdetme hususunda serbest olmaları halinde bireylerin zor duruma düşeceği, kurumların kendilerine sunduğu sözleşmeyi kabul ile hizmetlerden yoksun kalma ikileminde kalacakları aşıkardır. Kamu tüzel kişisi niteliğindeki bu kurumlar; temini zorunlu madde ve hizmetlerin sunulmasında tekel niteliğinde olduğundan, bu kurumlara “kamu hukukunda kaynağını bulan” nitelikler ve görevler yüklenmiştir. Bu bağlamda kendilerine başvuran her birey ile sözleşme yapmak mecburiyetinde olan bu kamu tüzel kişileri, aynı koşullarla hizmet sunmaktadırlar². Bireye karşı üstün konumda olan idare ile

¹Rehbinder tarafından Alman Genel İşlem Koşulları Yasasında; iş hukuku, miras, aile ve ortaklıklar hukuku alanındaki genel sözleşme kurallarının, denetimden ayrık tutulduğu zira iş hukukunda güçsüz tarafın “sıkı bir buyurucu kurullar ağı ve kolektif hukuki anlaşma sistemi” aracılığıyla güvence altına alındığı ifade edilmiştir. Miras, aile ve ortaklıklar hukuku sözleşmelerinin; Borçlar hukukunda görülen değişim sözleşmelerine elverişli olmaması sebebiyle GİK denetiminden ayrık tutulduğu ancak iyi niyet ilkesi çerçevesinde yapılacak denetimin, bu sözleşmeler için de söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Rehbinden, **a.g.m.**, s. 645, 646.

²Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 242. Kamu hizmeti veren kamu hukuku tüzel kişisi olarak ifade edebileceğimiz bu kurumlar, özel hukuk hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülüdürler. Bu kapsamda kendilerine

bireyi karşı karşıya getiren ve bireyin kamu hizmetlerinden yararlanmasını sağlayan sözleşmelere abonelik sözleşmeleri denilmektedir³. Abonelik sözleşmelerinde birey, tekel niteliğindeki kamu kuruluşuna başvurarak hizmet temin etmeye çalışmaktadır. Buna karşılık kamu hizmeti sunan bu kurumların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme yapmaktan imtina etme hakkı bulunmadığı gibi elinde bulunan güçlü taraf kozunu kötüye kullanmasına da müsaade edilmemektedir. Kamu tüzel kişileri ile bireyi karşı karşıya getiren abonelik sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁴. Kamu tüzel kişinin tekel durumunda olması ile sözleşme yapmaktan imtina edemiyor oluşu karşısında hizmetin çok sayıda kişiye sunulması gerekliliği bu sözleşmelerin iltihaki sözleşme şeklinde yapılması sonucunu doğurmuştur⁵.

Kamu hizmeti niteliğindeki bu hizmetlerin devlet sorumluluğunda bulunan bu kurumlar eliyle yapılması⁶ kurumların faaliyetlerinin özel olarak düzenlenmiş belli

başvuran ve hizmet almak isteyen her birey ile sözleşme yapmak zorundadırlar. Yargıtay 11.HD.'nin 26/02/2004 tarihli 2003/6943 E., 2004/1822 K. sayılı kararı; *"Davalı yan, elektrik enerjisi satımı konusunda kamu hizmeti anlamında edimle yükümlü, hukuki anlamda koşulları oluştuğunda iltihaki sözleşmeler yapmak zorunda kalan, 26.01.1994 tarih ve 21830 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ana statüsünün 3/1'nci maddesinde açıklandığı üzere, özel hukuk hükümlerine tabi İktisadi Devlet Teşekkülüdür."* şeklindedir. Benzer yönde Yargıtay 13.H.D. 29/04/2002 tarihli 2002/2684 E., 2002/4736 K. sayılı kararı; *"Sözleşme yapma hürriyeti, ferdin dilediği herhangi bir sözleşmeyi hiçbir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesi veya böyle bir sözleşmeyi yapmayı reddetmesi demektir. Sözleşme yapma hürriyetinin de sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kanundan doğan sözleşme yapma mecburiyetinin varlığı da yasal olarak kabul edilmektedir. Kamu hukuku kökenli ve kamu hizmetleri ile hayati maddeleri sağlamak için öngörülen sözleşme yapma mecburiyeti bakımından özellikle PTT, elektrik, su gaz gibi hizmet sağlayan kişi ve kurumların, herkesle bu hizmet ve maddeleri sağlamak için sözleşme yapma zorunluluğunda oldukları doktrinle ve sapma göstermeyen Yargıtay kararlarında benimsenmiştir."* şeklindedir. Memduh Cemil Şirin, **Yargı Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Sona Erme Halleri**, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 80, dipnot 69. www.kazanci.com

³ *"İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkisine dayanarak yaptığı ve kamu hizmetlerinden yararlanmayı öngören abonman sözleşmeleri..."* Bayram Keskin, **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arkan Basım, 2007, s. 77.

⁴Şirin, **a.g.e.**, s. 79. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 14/11/1994 tarihli 1994/26 E., 1994/28 K. Sayılı kararında da PTT ile abone arasındaki ilişkinin özel hukuka tabi olduğu ile bu sözleşmelerin tip sözleşme olarak düzenlendiğine vurgu yapılmıştır. Karar; *"PTT işletmesinin, kamu hizmetinin karşılığı olarak ürettiği mal ve hizmetlerin fiyatını günün ekonomik koşullarına göre tespit etme yetkisi bulunmaktadır. İdare ürettiği hizmeti sözleşme yapmak suretiyle abonelerine satmaktadır. Hizmetin karşılığı tarife ve abonman sözleşmesine dayalı olarak tahsil edilmektedir. Bu ise idareyle kişi arasında özel hukuk alanında alacak-borç ilişkisinin varlığını göstermektedir. Bu sözleşmeler, görülecek hizmetin tekel niteliği ve çok kimseye götürülme zorunluluğundan dolayı tip sözleşmeler biçiminde de olsa kişinin bu sözleşmeye katılımı nedeniyle özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır."* şeklindedir. Keskin, **a.g.e.**, s. 77; www.kazanci.com.

⁵Şirin, **a.g.e.**, s. 79.

⁶Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 242, 243.

kanunlara tabi olmasını zorunlu kılmıştır. Sözleşme yapma yükümü bir yandan da verilen hizmetin niteliği hususunda da bu işletmeler için geçerli olan kanuni sınırlara tabi olmayı gerektirmektedir.

Örneğin İGDAŞ aracılığıyla konut için doğalgaz tedariki talebine cevap verilebilmesi için sunulan matbu, değiştirme imkanı bulunmayan sözleşmeyi imzalanması gerekmektedir. Ancak dikkat edilmesi gereken sözleşmede geçen bazı hususların verilen hizmet gereği kanunla, yönetmelikle ya da tebliğ ile ayrıca düzenlenmiş olduğu ve bu ilgili maddelerin, sözleşmede yer almasının sebebinin ilgili yasa maddesini bildirmek olduğudur⁷. Nitekim sunulan kamu hizmetinin niteliğinin ve uygulanan tarifenin, önceden tek taraflı olarak belirlenmesini idarenin tasarrufu sayan Danıştay kararı şu şekildedir;

“Bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir.”⁸

⁷İnternet üzerinden İGDAŞ abone başvuru sayfasına girildiğinde karşılaşılan sözleşme maddelerinden biri “Kaçak ve/veya usulsüz doğalgaz kullanımının tespiti halinde, EPDK mevzuatı kapsamında doğalgaz kesilerek hizmet durdurulur ve kaçak doğalgaz kullanımı halinde % 200, tekerrürü halinde % 300 ceza, usulsüz doğalgaz kullanımı halinde ise sayaç açma-kapama bedelinin 3 katı olacak şekilde ceza uygulanır.” şeklindedir. Söz konusu sözleşme hükmü kaynağını 6 Ağustos 2004 tarih ve 25545 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan “Kaçak veya Usulsüz Doğal Gaz Kullanımı Durumunda Uygulanacak Usul ve Esaslar” başlıklı tebliğ madde 4’den almaktadır. Her ne kadar aşırı bir oran gibi gözükse de söz konusu ceza oranlarının dağıtım şirketlerince hazırlanan sözleşmelerde bulunabileceği, tebliğde ifade edilmiştir. İGDAŞ’ın internet üzerinden sunduğu sözleşme şartları için bkz:

(<http://www.igdas.com.tr/WebAbonelik/Sozlesme/SozlesmeForm.aspx?MI=7&CMI=187&MCI=153>)

⁸ Danıştay 8. Dairesi 23/06/1997 tarih 1997/185 E., 1997/2229 K. Sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>; Şirin, **a.g.e.**, s. 81.

Yukarıda belirtilen Danıştay 8. Dairesi 23/06/1997 tarih 1997/185 E., 1997/2229 K. sayılı kararı ile buna benzer yöndeki Danıştay 8. Dairesi 03/12/1998 tarih 1998/2595 E., 1998/4026 K. sayılı kararında⁹; idarenin sözleşme koşullarını, tarifeyi tek başına idari gücü ve vasfı sebebiyle düzenleyeceği ve/veya düzenlemesi gerekeceği üzerinde durulmuştur. Kararlarda; sözleşme koşullarının sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olmaması sebebiyle bu sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıklarda idari yargının yetkili olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu Danıştay kararları GİK yönünden değerlendirildiğinde; tarifelerin ve bir kısım koşulların kanunla düzenleniyor oluşu yahut kanun düzenlemelerine ilişkin olması sebebiyle bunlara itimat etmenin zorunlu olacağı düşünülebilir. Ancak idarenin bu faaliyetleri kamu menfaati için yürüttüğü de dikkate alındığında; TBK'daki GİK denetiminin gerek tarifeyi gerek sözleşme koşullarını tek taraflı olarak belirleyen idare (tek el durumundaki kamu tüzel kişisi) açısından da uygulanacağı aşıkardır¹⁰.

Yargıtay 3. HD. 18/12/2014 tarihli, 2014/13539 E., 2014/16751 K. sayılı kararı şu şekildedir:

⁹ Danıştay 8. Dairesi 03/12/1998 tarih 1998/2595 E., 1998/4026 K. Sayılı kararı; “Elektrik, su ve doğal gaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulları idare tek taraflı kamu gücüne dayanarak belirlediğinden abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yeri görevlidir.... Doğalgaz dağıtımı bir kamu hizmeti olup, bu kamu hizmetinin yapılması ile ilgili sözleşmelerde abonelik koşulları, ilkeleri ve konuları idarece kamu gücüne dayanılarak tek taraflı olarak belirlenmekte ve kamu hizmetinden yararlanmak isteyenlere bu kural ve koşullar idare tarafından ilan edilerek ilgilinin dilediği takdirde sözleşmeye katılması sağlanmaktadır. Bu itibarla, doğalgaz abonelik sözleşmesi yapılmadan önceki ilke kural ve koşul belirleme işlemlerinin idarenin kamu gücüne dayanarak, tek taraflı ve kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis ettiği idari birer işlem olduğunda kuşku yoktur. Ancak, sözleşme bağlandıktan sonra bu sözleşmenin uygulanmasından dolayı taraflar arasında doğan uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğinde de tartışma olmaması gerekir.” şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-1998-2595.htm> , 25.05.2019.

¹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e., s. 166.

“Olayımızda; davalı şirketlerin sunduğu elektrik dağıtım hizmetinin tekel niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Bu durumda davacının; (kayıp-kaçak bedelinin fatura edilmemesi yönünde) alternatif bir elektrik abonelik sözleşmesi yapma imkan ve olanağı yoktur. Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bahsi geçen kararına göre kayıp-kaçak bedelinin dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden alınamayacağı yönündeki ve Dairenin anılan bedelin kanunun verdiği genel ve soyut yetkiye dayanarak EPDK tarafından ihdas edilen ikincil mevzuat (Yönetmelik, EPDK Kurul kararları ve tebliğleri) hükümleri ile alınamayacağı, ancak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 73. maddesindeki esas ve ilkeleri karşılayan bir kanun hükmüyle alınabileceği (%2 TRT payında olduğu gibi) mevcut ikincil mevzuatın bu ilke ve şartları taşımadığı (yönetmelik, EPDK kurul kararları ve tebliğlerinin) yönündeki nihai içtihat ve görüşlerine rağmen, sözü edilen bedelin (kayıp-kaçak) tekel niteliğinde yürütülen bir hizmete binaen sözleşmede kararlaştırılmak suretiyle davacıdan tahsilinin TMK'nun 2., TBK'nun 25. ve TTK'nun 55/f maddelerinde tarif edilen, dürüstlük kurallarıyla bağdaştığı kabul edilemez. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. maddesi, Türk Borçlar Kanununun zaman bakımından uygulanmasında genel kural olarak, geçmişe etkili olmama kriterini benimsemekle birlikte, anılan yasanın 2. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer vererek, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı" belirtilmektedir. Genel İşlem Koşullarının içerik denetimine yönelik olarak, TBK'nun 25. madde hükümlerinin de kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmelidir. Zira, bu kural hâkime doğrudan sözleşme içeriğine/müdahale etme imkânı veren kuraldır. Açıklanan nedenlerle, davalı tarafın verdiği hizmetin tekel niteliğinde olması karşısında TBK. 20. ve 25. maddeleri de nazara alındığında sözleşme özgürlüğünde bulunması gerekli güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulduğu, sözleşme özgürlüğüne müdahale ile sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği kanısına varılmıştır. Şu hale göre; yukarıda açıklanan nedenler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21/05/2014 tarih, 2013/7-2454 Esas, 2014/679 Karar sayılı kararı ile yine H.G.K'nun 17/12/2014 gün 2014/7-1888 Esas, 2014/1045 sayılı karar düzeltme kararındaki ilkelerde nazara alınarak, davaya konu sözleşmede, kayıp-kaçak bedelinin tahsili sözleşmeyle hüküm altına alınmış olsa bile, dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceği kabul edilip, mahkemece; yukarıda açıklanan ilke ve esaslarda gözetilerek; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksi gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.¹¹”

Yani bir tarafının idare olduğu genel işlem koşulu kullanılan sözleşmelerin de denetlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

¹¹ (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/3hd-2014-13539.htm>, 30/04/2018. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e., s. 166.

GİK niteliğindeki sözleşme şartları hakkında karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi gerektiği açıktır. Nitekim TBK mad. 20/f. 4 hükmü ile GİK niteliğindeki sözleşme maddelerinin bireysel sözleşme haline gelmesi halinde yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca GİK niteliğindeki sözleşme hükmünün kanun, yönetmelik maddesi olmasına karşın sözleşme içeriğine yabancı, beklenilmez olması halinde de bunların beklenilmezlik kuralı gereği yazılmamış sayılması gerekmektedir.

Kamu hizmeti niteliğinde olan örneğin elektronik haberleşme hizmetinin, Kanunda belirtilen yetkiler ve yetkilendirmeler çerçevesinde işletmeciler tarafından sunulması sürecinde de sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilecektir¹². Kanun veya yetkili makamlardan aldıkları yetkilerle hizmet sunan bu işletmeciler yönünden de GİK denetimi söz konusu olacaktır. Elektronik hizmet sözleşmelerinin; kişisel bilgilerin yer aldığı kısımlar, çerçeve hizmet sözleşmesi ve ek hizmetlere dair seçimlerin oluşturduğu formlar, ek belgelerden oluştuğu görülmektedir. Bu formlar, tüm ek belgeler hakkında son kullanıcının açıkça bilgilendirilmesi, alacağı hizmetin ve sözleşme şartlarının içeriğini öğrenme imkanının tanınması, kullanıcının menfaatine aykırı olabilecek hususlarda (taahhüt verilmesi, belli bir süre kullanım gibi) son kullanıcının uyarılması, sonrasında son kullanıcının tüm belgeleri imzalaması ve örneklerinin verilmesi ile yürürlük denetiminden geçtiği varsayılabilir¹³. Yine son kullanıcı yönünden belirsiz ve sözleşme içeriğine yabancı hükümler yazılmamış sayılarak yorum denetimine tabi tutulacak, açık, anlaşılır olmayan hükümler son kullanıcı lehine yorumlanacaktır. Ayrıca işletmeci tarafından hazırlanan sözleşmelerin, verilen hizmetin ilgili bulunduğu üst denetim mercii tarafından içerik denetimine tabi tutulduğu görülmektedir. Kamu merciinin idari ön denetimi kullandığı örneğe, bu hizmet sözleşmesinde de rastlamaktayız. Elektronik Haberleşme Kanunu¹⁴ kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun sözleşmeye etkisi olduğu, genel işlem koşullarının idari yolla

¹² Mustafa Göktürk Yıldız, **Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.23, 24, 25.

¹³ Yıldız, **a.g.e.**, s.56, 57.

¹⁴ 10/11/2008 tarihli 27050 (Mük.) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 5809 Kanun.

denetlendiği, sözleşme içeriğinde özellikle bulunması gereken unsurların Kanun kapsamında düzenlendiği görülmektedir¹⁵.

B. Tüketici Hukuku Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi

4077 sayılı TKHK'da, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, Türk mevzuatında tüketici açısından çok önemli bir gelişme olmuştur. Yapılan en önemli değişiklik, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların engellenmesine yöneliktir¹⁶. AB yönergesine benzer şekilde sadece bir tarafın tüketici olduğu sözleşmelerdeki haksız şartların denetlenmesini sağlamış, ancak genel işlem koşulları yönünden kesin bir denetim sağlamamıştır. Tüketici sözleşmesinde yer alması ve haksız şart niteliğinde olması halinde genel işlem koşullarının denetimine imkan tanınmış; bunun dışında tüketici sözleşmesindeki bir şartın haksız olması halinde -bir bakıma GİK niteliğindeki sözleşme koşulunu da kapsayarak- daha geniş alanda bir kontrol mekanizması düzenlenmiştir. 6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olup haksız şart kavramı ile denetim sağlanması ilkesi 6502 sayılı Kanunda da korunmuştur. 6502 sayılı TKHK 5. maddesinde de TBK'da yer alan GİK tanımına, denetimine benzer bir düzenleme ile yer verilmiş olup bir bakıma tüketiciler için TBK'da yer alan genel düzenlemeden ayrılmayan ancak bunu vurgulayan bir düzenleme ile haksız şarta ilişkin hüküm genişletilmiştir¹⁷. 4077 sayılı Kanun ile ilgili Yönetmeliğin de yürürlükten kalkması ile 6502 sayılı TKHK ile ilgili Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmış olup genel olarak kendinden önceki Yönetmeliğe paralel ancak 6502 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikleri içerecek şekilde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik 17.06.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵ Yıldız, **a.g.e.**, s.54-59.

¹⁶ Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 157.

¹⁷ Atamer TKHK. mad. 5 haksız şart denetimi ile GİK denetiminin sınırlarının belirlenmesini şu şekilde ifade etmiştir; "...iki denetim alanı çemberler olarak düşünüldüğünde şu tespitte bulunmak mümkündür: TBK m. 20 anlamında denetime tabi sayılan her GİK hükmü TKHK. m. 6 uyarınca da denetlenebilir. Buna karşılık TKHK m. 6 uyarınca denetlenebilecek her hüküm TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez. TKHK çok daha geniş bir çember içinde denetime imkan vermektedir." Atamer, **Sempozyum**, s. 20.

TKHK'un 5. Maddesi şu şekildedir;

“(1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.

(2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

(3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükümünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

(4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

(5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

(8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.”

Haksız şarta ilişkin bu hüküm; bir tarafın tüketici olduğu, her türlü sözleşme yönünden uygulanacaktır. Satıcı veya sağlayıcının özel hukuk tüzel kişisi yahut kamu hukuku tüzel kişisi olması fark yaratmayacak, niteliklerine bakılmaksızın tüketici ile müzakere edilmeksizin, tüketici aleyhine dengesizlik yaratan her türlü

sözleşmenin denetimi sağlanacak, bu nitelikteki sözleşme hükümleri tüketiciyi bağlamayacaktır¹⁸. Benzer düzenlemelere Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te de yer verilmiş olup ayrıca Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te ek listeye yer verilerek haksız şart niteliğinde olan ve sıklıkla karşılaşılan düzenlemeler açıkça belirtilmiştir. Ek liste şu şekildedir:

“(1) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

a)Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldırarak veya sınırlayan şartlar,

b)Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c)Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç)Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d)Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

e)Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

f)Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

g)Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,

ğ)Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,

h)Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı)Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

¹⁸ Yargıtay 13. HD. 2012/202 E., 2012/4793 K. Sayılı kararı; “Somut uyuşmazlıkta, davalıların müteahhit sıfatıyla davacıya konut sattığı ancak tapu devrinin verilmediğinin sabit olmasına göre taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.” Karadağ, a.g.e., s. 136.

i)Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j)Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

k)Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l)Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,

m)Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,

n)Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,

(2)(f), (h) ve (i) alt bentlerin uygulama alanı:

a) (f) alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek taraflı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir.

b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir.

c) (f), (h) ve (i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslar arası para havalesine ilişkin sözleşmelere.”

Tüketici açısından 5. maddenin 1. fıkrası uyarınca bir hükmün haksız sayılabilmesi için müzakere edilmeme halinin varlığı, tüketici aleyhine dengesizlik bulunması ve söz konusu dengesizliğin dürüstlük kurallarına aykırı olması¹⁹

¹⁹ 4077 sayılı Kanunda, dürüstlük kuralına aykırılık ifadesi yerine iyi niyet kuralı ifadesine yer verilmiştir. Ancak özellikle AB Yönergesine paralel şekilde TMK. mad. 2’de yer alan dürüstlük kuralı olması gerektiği düşüncesi ile ifadenin dürüstlük kuralı olarak değiştirildiğini görmekteyiz. Yürürlükten kaldırılan Kanunda iyi niyet kuralı ile ifadesini bulan ancak dürüstlük kuralı şeklinde karşılığını bulunan bu denetim aracının, kıstas olarak kabul edilmesi ile elde edilecek sonucun; %100 objektif, hak, adalet dağılımı olması gerektiği anlamına gelmediği, burada dikkat edilmesi gerekenin, taraflar arasında her zaman tam bir eşitlik olamayacağı düşüncesinden hareket ile taraflar arasındaki

aranmıştır. Burada tüketicinin müzakere edememesi sebebiyle etki edemediği hükümler, denetime tabi tutulmakta, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde bir dengesizlik olup olmadığı araştırılmaktadır²⁰. Bu yönüyle müzakere edilmiş ve tüketici yönünden sözleşme içeriği haline gelmiş hükümlere ilişkin haksız şart denetimi yapılmayacaktır. Zira dengesizlik yaratan ancak taraflar arasında müzakere edilmiş bir sözleşme hükmü ya da tek taraflı olarak hazırlanan ancak tüketici yönünden aleyhe bir durum yaratmayan hüküm de haksız şart sayılmayacaktır. Bu hallerde hakimin sözleşmeye müdahalesi gerekmeyecektir. Burada ayrıca dikkat edilmesi gereken tüketici aleyhine oluşan dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak nitelikte olup olmadığıdır²¹.

Tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde dengesizlik olup olmadığının tespitinde yani bir oransızlığın tespitinde ise hak ve yükümlülüklerin dağılımı üzerinden değerlendirmeye yapılır. TKHK. mad. 5/ f. 7 uyarınca; *“Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”* hükmünden de anlaşılacağı üzere asli edim ya da fiyat dengesi üzerinden değerlendirme yapılmaz. Hükmün, haksız şart olup olmadığı denetimi yapılırken sözleşmenin bütünü üzerinden ve sırasıyla dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak sonrasında hak dağılımında dengesizlik olup olmadığı şeklinde incelenme yapılmalıdır²².

sözleşmesel hak ve yükümlülük orantısızlığının; yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünceye aykırı olmaması, iyiniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde önemsiz, kamu vicdanını rahatsız etmeyecek ya da hakim müdahalesine gerektirmeyecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Aslan, **a.g.e.**, s. 177; Karadağ, **a.g.e.**, s.,141.

²⁰ Burada bir bakıma genel işlem koşullarındaki yürürlük denetimi yapılacak devamında ise içerik denetimi ile dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde dengesizlik var ise haksız şartın tespiti ile söz konusu hüküm kesin hükümsüz sayılacaktır. Örneğin Yönetmelik eki listede yer alan mahiyette bir haksız şartın kullanılması halinde ise bunların öncelikle müzakere edilip edilmediğine bakılacak (yani yürürlük denetimi işletilmiş olacaktır), müzakere edilmediğinin tespiti ile dürüstlük kuralına aykırılığın varlığı halinde (içerik denetimi işletilmiş olacaktır) söz konusu hüküm haksız şart sayılarak kesin hükümsüz yaptırımına tabi tutulacaktır.

²¹ Karadağ, **a.g.e.**, s.140,141; Aslan, **a.g.e.**, s. 175; Atamer, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 297; Engin, **a.g.e.**, s. 91, 92.

²² Karadağ, **a.e.**, s.146; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 163.

Tüketicinin sözleşmeyi anlayabilmesi önem arz etmektedir. Bu sebeple sözleşme şartlarının açık ve anlaşılabilir olması TKHK’da düzenlenmiştir. TKHK mad 4/f. 1 uyarınca; 6502 sayılı Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir. Sözleşmede açıklık olmayan durumda, sözleşme şartının ne anlama geldiğinin yorum yöntemleriyle tespit edilemediği hallerde tüketici lehine yorum tercih edilerek hüküm açıklığa kavuşturulacaktır²³. Ayrıca tüketicinin taraf olduğu sözleşmede mad. 4/ f. 2 gereğince tüketici aleyhine değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir²⁴. TKHK mad. 5/ f. 4;

“Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”

şeklinde dir.

Örneğin sözleşmedeki faize ilişkin hükmün tüketici tarafından anlaşılmasını zorlaştıran şekilde kaleme alınması halinde söz konusu hükümler içerik denetimine tabi tutulacaklardır²⁵. Ancak taraflar arasındaki ana edimler yani tüketicinin temin ettiği şey karşılığı ödediği bedel, sözleşmede özellikleri ile açıkça ve anlaşılır şekilde belirtilmiş olmak kaydıyla fahiş olduğu gerekçesiyle denetime tabi tutulmayacaktır²⁶.

²³Karadağ, **a.g.e.**, s.148; Zevkliler, Aydoğdu, **a.e.**, s. 163.

²⁴TKHK. Mad. 25/1’de de belirtildiği üzere; tüketici kredileri yönünden bankanın sonradan faiz oranını tek taraflı olarak değiştirebileceği yönündeki hükümlerin yazılmamış sayılacağı anlaşılmaktadır. İsmail Kayar, “Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Arttırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1 Sayı:2 Aralık 1997, s. 100, 101, (Çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/aditor/d_yazi/cilt_1_sayi_2.pdf#page=88, 12/09/2011; Engin, **a.g.e.**, s. 83.

²⁵Atamer, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 308.

²⁶Aslan, **a.g.e.**, s. 173; Atamer, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 315; Engin, **a.g.e.**, s. 96.

Bankalardan alınan tüketici kredilerinde talep edilen ücret ve masrafların alınıp alınamayacağı konusunda somut olaya göre değerlendirme yapmanın yani önceden bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin, talep edilen kalemlerin tek tek belirtilmiş olup olmadığının ve söz konusu bedellerin kredi verilmesi işlemi için gerçekten gerekip gerekmediğinin netleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre önceden bilgilendirme yapılmayan, fahiş derecede yüksek olan ya da verilen kredi ile ilgisi bulunmayan bir masraf kaleminin, tüketiciden talep edilmesi haksız şart sayılabilecektir²⁷. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da göz önüne alındığında bankaların tüketicilerden talep ettiği KKDF, BSMV, DASK bedeli, ipotek tesis işlemi sırasında yapılan tapu masrafları gibi giderler, zorunlu olarak alınması gerektiği kabul edilen giderlerdir. Bu giderler bir başka kamu kurumuna karşı yasadan kaynaklanan sorumluluğu yerine getirmek maksadıyla tüketiciden tahsil edilmektedirler. Dosya masrafı, kredi açılış masrafı, komisyon gideri, hesap işletim ücreti, istihbarat gideri, ekstre masrafı adı altında geçen bilimum kalemin ise zorunlu olmayan masraf statüsünde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre zorunlu olmayan bu mahiyetteki giderlerin ancak makul, açıklanabilir ve belgeli olması halinde tüketiciden talep edilebileceği kabul edilmektedir²⁸. Yargıtay nezdinde kredi tahsis ücreti, hesap işletim ücreti gibi masraf kalemleri zorunlu olmayan giderlerden kabul edilmekte ve bu masrafların tüketicilerden talep edilecemeyeceği kabul edilmektedir²⁹. Buna karşılık Finansal

²⁷ İngiltere’de, The Office of Fair Trading tarafından 1999 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği mad. 6 kapsamında denetim yapılacağını duyurmuştur. Buna göre OFT, cari hesap şeklinde işleyen kredili mevduat hesapları olan tüketicilerden limit aşım ücreti adı altında tahsil edilen bedellerin haksız şart olup olmadığının denetleneceğinin açıklanması sonrasında yedi İngiliz bankası tarafından OFT’nin bu inceleme kararına karşı dava açılmıştır. 2009 yılında Supreme Court tarafından OFT’nin bu şekilde bir denetim yapma yetkisinin olmadığı yönünde verilen karar neticesinde tüketicilerden bu şekilde tutarların alınmasına devam edilmiştir. Amerika’da ise bir krediyi oluşturan tüm kalemler, dahil olan ve dahil olmayan unsurlar tek tek gösterilmek suretiyle açıkça tüketicinin bilgi edinmesi sağlanmaktadır. Altan Fahri Gülerci, “Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1 Yıl 2015, s. 97, 98, 99.

²⁸ Gülerci, **a.g.m.**, s. 101, 102, 103.

²⁹ Bankaların kredi tahsis ücreti, hesap işletim ücreti gibi masraf kalemlerini talep edemeyeceğine dair aşağıdaki Yargıtay kararlarında görüleceği üzere kredi sözleşmesinin imzalanması tarihinin de yapılacak değerlendirmede önem arz ettiğini görmekteyiz. 6098 sayılı yasanın yürürlük imkanı bulup bulmayacağı, GİK denetiminin yapılıp yapılmayacağı ile 6098 sayılı yasa uygulanmayacaksa da hangi kriterlerin ihtilafın çözümünde dikkate alınması gerektiği yerleşik hale gelmiştir. İlk kararda 6098 sayılı yasanın uygulandığını, devamındaki kararlarda ise 6098 sayılı yasanın uygulanmadığını ancak

yine de bankaların talep edebileceği bedel ve kalemlere dair somut kriterler getirildiği görülmektedir. Yargıtay 11. HD. 11/12/2017 tarihli 2016/8785 E., 2017/7127 K. Sayılı kararı; "... mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda kredi tahsis ücreti, diğer, komisyon ve dekont masrafı adı altında yapılan kesintilerin genel bankacılık uygulamalarına, diğer bankaların işlemlerine ve uygulamalarına, sözleşme ve eki hükümlerine göre uygun olup, haksız kesinti sayılamayacağı kabul edilmiş ise de, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmış, aynı Kanun'un 21. maddesinde ise, 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 imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında kalması için, bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmiş ve düzenleyenin genel işlem koşulu hakkında yaptığı bilgilendirmenin açık olması gerekir. Aksi takdirde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı tartışmasızdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, TBK'nın 20-25. maddelerinde de genel işlem koşullarına dair düzenlemelere yer verilmiş olup sözleşmelerde; taraflardan birinin üstün veya avantajlı konumunu kullanarak, karşı tarafa dayattığı, karşı taraf aleyhine düzenlemeler içeren ve iyi niyet kurallarına aykırı olan bölümlerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmiş olması karşısında taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesi tarihi olan 17.07.2012 itibarıyla yürürlükte olan 6098 Sayılı TBK'nın genel işlem koşullarına dair işbu madde hükümleri kapsamında davacıdan tahsil edilen kredi tahsis ücreti, diğer, komisyon ve dekont masrafı adı altında yapılan kesintiler hususunda değerlendirme yapıp, sonucuna göre bir karar vermek gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bu sebeple davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir." şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-8785.htm>, 25.05.2019. Yargıtay 11. HD. 13.12.2017 tarihli 2016/13118 E., 2017/7184 K. Sayılı kararı; "Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasında 28.05.2008 tarihinde Genel Kredi Sözleşmesi düzenlendiği, kredinin kullanımı sırasında davacıdan 2.760,00 TL dosya masrafı, 900,00 TL ekspertiz ücreti tahsil edildiği, davacıdan alınan dosya masrafının üçüncü kişilere ödenmiş olduğuna dair bankanın belge sunmadığı, bu durumda tahsil edilen paranın davalı bankanın uhdesinde kaldığı ve davacı aleyhine haksız zenginleştiği, sözleşmede masraf alınacağına dair hükümlerin TBK'nın 20-25.maddelerindeki genel işlem koşullarına dair düzenlemeler karşısında yok hükmünde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle 3.360,00 TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davanın fazlaya dair talebinin reddine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, Genel Kredi Sözleşmesi kapsamında farklı adlar altında haksız yere tahsil edilen masraf, komisyon ve ücretlerin iadesi istemine dair olup, mahkemece sözleşmede yer alan ilgili hükümlerin genel işlem şartı niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekili, müvekkili bankanın Genel Kredi Sözleşmesinin 11. ve 28. madde düzenlemeleri uyarınca komisyon oranlarını en üst sınırdan olmak üzere tek taraflı olarak belirleyip uygulayabileceği, komisyon masraf ve sair yükümlülüklerin müşteriye ait olduğunu savunmaktadır. Yine dosya kapsamına rapor sunan bilirkişilerce de, Kredi Sözleşmesinin 11. ve 30. maddelerinde banka tarafından alınabilecek komisyon masraf ve sair ücretler hakkında düzenleme olduğu ancak söz konusu düzenlemelerin Türk Borçlar Kanunu'nun da düzenlenen genel işlem koşullarına aykırı olduğu yönünde tespitler yapılmıştır. Yapılan incelemede taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesinin tamamının dosya kapsamında bulunmadığı, özellikle masraf ve komisyonlarla ilgili sözleşme hükümlerini içeren sayfaların mevcut olmadığı tespit edilmiştir. Bu durumda öncelikle taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesinin tamamının dosyaya sunulması ve ilgili hükümlerin incelenmesi, sonrasında da bu sözleşmenin 28.05.2008 tarihli olup 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde imzalanmış olduğu, bu sebeple 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarına dair hükümlerin işbu sözleşme sebebiyle doğan uyumsuzlukta uygulanma kabiliyeti bulunmadığı gözetilerek değerlendirme yapılması getirtilecek kredi sözleşmesinde, alınacak masraf kalemleri ve komisyon miktar ya da oranlarının bulunması halinde

Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁰ mad. 10 uyarınca; “*Finansal tüketicilere kullandırılacak krediler için kredi ihtiyacının karşılanmasına olanak sağlayan sistemin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacıyla alınan tahsis ücreti dışında, istihbarat ücreti, kredi işlem fişi ücreti, ödeme planı değiştirme ücreti, değişken taksitli ödeme planı ücreti gibi her ne ad altında olursa olsun başkaca bir ücret alınamaz.*” denilmiştir. Bu madde sayesinde bankalar tarafından söz konusu masrafların sistemin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacıyla alındığı iddiası ortaya atılmaktadır. Yargıtay içtihatları ile bertaraf edilen durum, Ücret Yönetmeliği ile tekrar gündeme getirilebilir, talep edilebilir olmuştur. Ancak Yargıtay içtihatları ile değerlendirildiğinde kanun koyucunun söz konusu masraf kalemlerinin tüketiciden talep edilmesine imkan yaratmak gayesinde olmadığı kabulü gerekir. Bir avukatın kullandığı kağıt, fotokopi, baskı giderini müvekkilinden isteyemediği gibi

davalı Bankanın, Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesi ve Merkez Bankası'nın 2006/1 Sayılı Tebliği'nin 4.maddesi uyarınca sözleşmede yazılı miktarda komisyon ve masraf alabileceğinin kabulü, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde ise diğer bankalardan emsal kredi için talep edilen ortalama masraf ve komisyon oranları belirlenerek davalı Bankanın davacıdan tahsil etmiş olduğu miktarın hakkaniyet ve nefaset kurallarına uygun olup olmadığı denetlenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, mahkemece eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-13118.htm>, 25.05.2019. 6098 sayılı yasanın uygulama alanı bulmadığı benzer mahiyetteki karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 18.12.2017 tarihli 2016/13120 E., 2017/7300 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-13120.htm>, 25.05.2019. Yargıtay 11. HD. 20.12.2017 tarihli 2016/5470 E., 2017/7469 K. sayılı kararı; “*Dava, davalı banka tarafından davacıya kullandırılan krediler sebebiyle komisyon adı altında tahsil edilen ücretin iadesi istemine ilişkindir. Mahkemece taraflar arasında imzalanan 7 adet kredi sözleşmesinin ticari kredi niteliğinde olduğu ve bu sözleşmelere dair kesintilerin haklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de sözleşmelerin tarihleri dikkate alınmamıştır. Dava dosyasından kesintilerin kaynağı olan kredi sözleşmelerinin TBK'nın yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden önce ve sonra akdedildiği anlaşılmaktadır. Kredi sözleşmelerinden 31.10.2012 ve 12.04.2013 tarihli olanların 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde imzalandığı dikkate alınarak, TBK m. 20 vd. düzenlenen Genel İşlem Koşulları bakımından inceleme yapılması gerekirken bu konuda değerlendirme yapılmaması doğru olmamıştır. Ayrıca 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde imzalanan 10.08.2010, 29.12.2010, 22.02.2012, 27.04.2012 ve 18.06.2012 tarihli sözleşmeler yönünden masraf oranı hakkında kredi sözleşmeleri dosyaya getirtilerek sözleşmelerde hüküm bulunup bulunmadığının incelenmesi ve sözleşmede herhangi bir oran belirtilmemiş olması durumunda emsal banka uygulamaları araştırılıp, uyumsuzluk konusu bedelin kredi müşterilerinden tahsiline dair teamül bulunup bulunmadığı, varsa diğer bankalarca hangi oranda tahakkuk ettirildiği ve buna göre davalı banka uygulamasının yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.*” şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-5470.htm>, 25.05.2019. Yargıtay 11. HD. 02.10.2018 tarihli, 2018/3594 E., 2018/5920 K. sayılı kararı. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2018-3594.htm>, 25.05.2019.

³⁰ 03/10/2014 tarih ve 29138 sayılı Resmi Gazete.

bir bankanın da çeşitli isimler altında talep ettiği zorunlu olmayan masrafları operasyonel süreçler nedeniyle talep ettiğini ileri sürmesine itibar edilmemesi gerektiği açıktır³¹. Ayrıca TKHK. Mad. 29 uyarınca kredi sözleşmesi akdederken tüketicinin hayat sigortası yaptırmasının zorunlu olmadığı bu tip hayat sigortalarının ancak tüketicinin talebi halinde yapılabileceği düzenlenmiştir³².

Gerek Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik mad. 8. gerek TKHK mad. 73/ f. 6 gerekse de HMK mad. 113'de tüketiciler lehine olmak üzere ilgililere ve özellikle tüketici örgütlerine mevcut bir durum tespiti (hukuka aykırılık yahut hak tespiti gibi) veya ileride doğması muhtemel bir hak ihlalinin önlenmesi, durdurulması için dava açma hakkı verilmiştir³³.

Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekinde verilen örnek listesine kısaca değinmek gerekirse; tazminat sorumluluğunun veya ifa ile ilgili koşulların (ifa etmeme veya ayıplı ifa hallerini tüketici aleyhine düzenleyen hükümlerin) sınırlandığı, sözleşmeden dönme yahut fesih hakkının tüketiciye tanınmadığı ya da ağır şartlara tabi tutulduğu haller, sözleşmeyi düzenleyen tarafından tek taraflı değiştirilmesine olanak veren, yükümlülüklerini düzenleyen lehine kısıtlayan, dava ve ispat yükünü tüketici aleyhine ağırlaştıran hükümler listede belirtilmektedir³⁴.

³¹ Gülerci, **a.g.m.**, s. 120, 121, 124.

³² Gülerci, **a.m.**, s. 106, 107.

³³ Engin, **a.g.e.**, s. 98, 99; Aslan, **a.g.e.**, s. 182, 183. Atamer tarafından mahkemenin vereceği haksız şartın sözleşmede varlığı ve söz konusu sözleşmenin matbu olarak basıldığı tespiti sonrasında bunların toplatılması ve düzeltilmesinin hükmedilmesi yönünde de karar tesisinin savunulabileceğini, aksi halde verilecek önleme kararının eksik kalacağını belirtmiştir. Atamer, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 320, 321, 322.

³⁴ Karadağ, **a.g.e.**, s.157, 158; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 166, 167. Yargıtay 13. HD. 20/01/2010 tarihli, 2009/9084 E., 2010/235 K. Sayılı kararı; *"Taraflar arasındaki sözleşmenin 11.maddesinde aynen "Acentenin Sözleşmeye kısmen ya da tamamen uymaması hallerinde ödenecek tazminatın hesaplanmasında Türsab Kütahya Çizelgesi uygulanır" hükmüne yer verildiği ve Türsab Turizm Tüketicileri Taleplerini Değerlendirme Amaçlı Kütahya Çizelgesinin 6.1-6-2 maddesinde eksiklik iddiasına konu unsurun yazılı belge, fotoğraf gibi belgeler veya tüketiciler dışında bir ilgilinin imzası ile düzenlenmiş bir tutanak ile kanıtlanması gerekir, yine anılan çizelgenin 15.3.maddesinde tüketicinin eksiklik veya ayıp iddiasına karşı seyahat sırasında ek veya eksik veya ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetlerini veya indirimin tüketici tarafından kabulü halinde tüketici eksiklik iddiasından feragat etmiş sayılır denilmiştir....Taraflar arasındaki 8.7.2003 tarihli sözleşmenin 11.maddesinde acentenin sözleşmeye uymaması halinde Türsab Kütahya Çizelgesi'nin uygulanacağı belirtilmiş olup ilgili çizelgede de yazılı belge ile ispat zorunluluğu getirilmekle ve ayrıca ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü halinde tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik*

C. Haksız Rekabet Hukuku Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi

Haksız rekabet oluşabilmesi için öncelikle kazanç sağlama amacını güden bir ekonomik ortam ve bu ortam içerisinde rekabetin aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozulmasına sebep olabilecek bir davranışın varlığı gerekmektedir. Haksız rekabetin özünde haksız fiil vardır. Haksız rekabetin varlığı için birbirine rakip tarafların olması zaruri değildir, ayrıca aykırı davranışı gerçekleştirenin bir fayda sağlaması da gerekmez. Kusur veya zararın olması da haksız rekabetin koşullarından değildir ancak bunların varlığı halinde hukuki yaptırım farklılık gösterebilir (TTK mad. 62-63)³⁵.

İsviçre Hukuku'nda genel işlem koşullarına ilişkin ayrı bir kanun ya da düzenlemeye yer verilmemiştir. İsviçre hukukunda genel işlem koşullarının denetimine imkan veren hüküm Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun içinde yerine bulmuştur. Buna göre GİK kullanılması halinde bazen haksız rekabet durumunun ortaya çıktığı ve bunun denetlenmesi gerektiği kabul edilmiştir³⁶.

Türk Hukukuna da İsviçre hukukundan girmiş olan GİK denetimine imkan veren düzenleme TTK. mad. 54 vd. hükümleri içinde İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun mad. 8'in tercüme edilmiş şekliyle son halini almıştır. Dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem koşullarını, TTK düzenlemesi içerisinde haksız rekabet başlığı altında görmekteyiz. GİK denetimine imkan veren madde

hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple Türsab Kütahta Çizelgesi hükümleri esas alınarak sonuca gidilemez. Davalı cevap dilekçesinde kabullendiği üzere sözleşmeye konu edilen otelin ayıplı hizmet verdiği iddiası üzerine talebi kabul ederek davacıyı başka bir otele de yerleştirmiştir. Hal böyle olunca davacı sözleşmede belirlenen otelde konaklama imkanı verilmemesinden doğan zararını isteme hakkına sahip olacaktır. Mahkemece, davacının talepleri değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” şeklindedir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2009-9084.htm> , 05/05/2019; Atamulu, **a.g.m.**, s. 138.

³⁵ Ersöz, **a.g.m.**, s.88, 89. Sözleşmenin güçlü tarafının genel işlem koşulunu dayatması ile birlikte bozulan sözleşme adaleti ve rekabet ortamının tekrardan düzeltilmesi için haksız rekabet hükümlerine başvurulması gerektiği, haksız rekabete ilişkin eylemlerin durdurulması, engellenmesi, oluşan zararın giderilmesi gerekmektedir. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 61.

³⁶ Atamer, **a.g.e.**, s. 5. Bknz. İsviçre Hukukunda s. 27.

TTK. mad. 55 f. 1 (f) bendidir³⁷. Buna göre madde de haksız rekabet oluşturacak hallerden biri şu şekilde ifade edilmiştir:

“f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

Genel işlem koşulunun kullanılması yoluyla haksız rekabet ortamının oluşturulmasında temel alınan prensip dürüstlük kuralına aykırılıktır. Burada dürüstlük kuralına aykırılık ile kastedilen durumlara ilişkin örneklerle de yine TTK. mad. 55 f. 1 (f) bendi devamında yer verilmiştir. Buna göre dürüstlük kuralına aykırılık olup olmadığının tespitinde; sözleşmeye uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma kriteri ya da sözleşmenin niteliğine önemli derecede aykırı hak ve borç dağılımı kriteri de yol gösterici olacaktır³⁸.

İsviçre hukukundan farklı olarak Türk mevzuatında GİK denetimine tüm sözleşmeler açısından imkan veren TBK ve özellikle tüketiciler açısından buna imkan veren TKHK'ya ilaveten TTK'da bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiş olması, GİK kullanımı ile oluşacak haksız rekabetin engellenmesine ve devamında TTK mad. 56'da yer alan dava imkanının kullanılması ile GİK denetiminin etkin kullanılmasına imkan verecektir. Atamer tarafından TTK'da ayrıca düzenlemeye yer verilmiş olmasının gerekçeleri belirtilmiştir. Buna göre; piyasada iyi GİK/kötü GİK ayrımı sebebiyle bir haksız rekabet oluşmasında doğrudan etkin rol olmayacağını nitekim iyi GİK kullanımı ile maliyetin yükseleceğini, kötü GİK kullanımı ile maliyetin düşeceğini bu kapsamda müşterinin kötü GİK'i seçerek maliyette düşük olanı seçme ihtimalinin daha yüksek olduğunu belirtmiştir. Ancak burada TTK'da

³⁷ Atamer, **Sempozyum**, s. 67; Metin Topçuoğlu, Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, Y. 2015, Sayı 4, s. 19.

³⁸ Burada dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedebilmek için önemli derecede bir sapma olması gerektiğinden bahsedilmektedir. Önemli ölçüde sapmanın bir taraf için katlanılamaz olması gerektiği ifade edilmiştir. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 55, 56, 58; Topçuoğlu, **a.g.m.**, s. 28.

haksız rekabet olgusu içinde bu düzenlemeye yer verilme sebebinin, mad. 56'da yer verilen dava haklarının etkin kullanımını sağlamak olduğu vurgulanmıştır. Zira bireysel dava açmanın ihtimal dahilinde görülmediği haksız rekabet olgusunda bu hususa özellikle yer vererek mad. 56'da yer alan kişilere dava açma hakkının tanınması önemli görülmüştür³⁹.

Bir sözleşmede genel işlem koşulunun varlığı halinde tarafının kim olduğuna bakılmaksızın denetime tabi tutulması gerektiği açıktır. Genel işlem koşulu niteliğinde olan sözleşme maddesinin denetime tabi tutulması neticesinde yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılabilecektir. Ayrıca haksız rekabet ortaya çıkardığı tespit edilen genel işlem koşulu niteliğinde sözleşme hükmü yönünden ise bu hüküm hakkında GİK denetimi yapılacak, devamında yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşan sözleşme hükmü hakkında aykırılığa sebep olan tacir değilse TBK mad. 57 uyarınca, tacir ise TTK mad. 55 ve devamındaki haksız rekabete ilişkin hukuki yaptırımların⁴⁰ uygulanması mümkün olacaktır⁴¹.

³⁹ Atamer, **Sempozyum**, s. 70.

⁴⁰ Bu hukuki ve cezai yaptırımları şu şekilde sıralayabiliriz. Haksız rekabet fiilinin tespiti ve devamında haksız rekabetin men edilmesi, haksız rekabet beyan ile gerçekleşmişse bu beyanın düzeltilmesi, haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun giderilmesi, maddi ve manevi zararın giderilmesi ile TTK mad. 62-63'de belirtilen durumların varlığı halinde aykırılığı gerçekleştiren kişi hakkında söz konusu fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilmesi, tüzel kişiler yönünden ise bunlara özgü güvenlik önlemlerinin alınması şeklindedir. Oğuz Ersöz, **a.g.m.**, 91.

⁴¹ Ersöz'e göre; haksız rekabete ilişkin düzenleme açıkça tacirler için getirilmiş olup madde içeriğinde haksız rekabet oluşturacak genel işlem koşulunun olması hali, TTK mad. 55'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda bu mahiyetteki genel işlem koşuluna öncelikle TTK. mad. 55 hükmü uygulanması gerekir ancak boşluk bulunan hallerde TTK mad. 20-25 hükümleri uygulanacaktır. Haksız rekabet durumu oluşturmayan ancak genel işlem koşulu içeren ve taraflarının tacir olduğu sözleşmeler yönünden ise tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü uyarınca TBK mad. 20-25'de öngörülen GİK denetiminin uygulanmayacağı ancak bazı istisnai hallerde bu denetime tabi tutulmasının uygun olacağı ifade edilmektedir. Ersöz, **a.m.**, 91, 99. Dürüstlük kuralının, hem TBK'da yer alan genel işlem koşulunun denetimi hem de TTK yönünden haksız rekabet yaratan genel işlem koşuluna ilişkin tanımlamada temel olacağı, farklı kanunlarda düzenlemiş olsa da bu hükümlerin dürüstlük kuralı ekseninde birbiri tamamlar mahiyette olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yılmaz, **a.g.e.** s. 60. Oysa TBK mad.20/4 uyarınca kanun ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle hizmet sunan kişi ve kurumların dahi GİK denetimine tabi tutulacağı, sözleşme taraflarının tüketici-tacir ya da tacir-tacir olup olmadığına bakılmaksızın genel işlem koşulu niteliğinde olan tüm hükümler yönünden denetimin amaçladığı açıktır. Doktrindeki görüşler de dikkate alındığında; sözleşme tarafının tüketici ya da tacir olup olmadığına bakılmaksızın GİK yönünden denetime tabi tutulacağı, ancak tacirin hükmün içeriğini bilmediği ya da bilemeyeceği iddiasının tacir taraflardan birinin daha güçsüz olması halinde ya da sözleşmeye yabancı sayılabilecek hükümlerin varlığı halinde kabul edilmesinin daha uygun olduğu ortadadır. Bu kapsamda genel işlem koşulu içeren ve haksız rekabet teşkil eden bir sözleşme hükmünün varlığı halinde, TTK'da ayrıca bir genel işlem koşulu tanımına gidilmediği bu sebeple de TBK GİK hükümlerine başvurulması gerektiği dikkate alınarak öncelikli

D. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun genel işlem koşullarının denetlenmesinde bir araç olarak kullanılmasının sebebi; piyasada zaten güçlü durumda olan firmaların, hakim durumunu kötüye kullanmak ya da kartel oluşturmak suretiyle tüketiciye ya da kendisinden daha güçsüz durumda olan karşı tarafa pazarlık hakkı tanımayacak şekilde piyasa şartlarını oluşturabiliyor olmasıdır⁴². RKHK mad. 4 şu şekildedir:

“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her

GİK denetimin yapılması ancak haksız rekabet hali var ise bozulan rekabet ortamının düzeltilmesine yönelik yaptırımlara da hükmedilmesi uygun olacaktır. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 145. Bknz. Üçüncü Bölüm, I., B., 1. Tüketici Genel İşlem Koşulları-İşletme Genel İşlem Koşulları s. 47.

⁴² Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 119; İnal, **Borca Aykırılık**, s.147; Topçuoğlu, **a.g.m.**, s. 8.

biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Serbest piyasa ve rekabetin etkin şekilde var olmasının; mal ve hizmet sunulmasında tüketici yönünden çeşitlilik, kalite ve fiyat konularında faydalı olacağı düşünülse de tam tersi bir durum yarattığı görülmektedir. Zira kartel oluşumu içinde olan firmalar ya da hakim durumda olan firma dışında güçsüz tarafın, sözleşme yapmak için başvurabileceği kimse bulunmamaktadır. Bu da güçsüz sözleşme tarafına, hizmeti ya da ürünü almak istiyorsa o sözleşmeyi imzalamaktan başka çare bırakmamaktadır.

Kartel anlaşması sonucunda kartel üyeleri aralarında piyasanın anlaşılacak bölüşülmüş olması, fiyatların yüksek tutulması veya alternatif imkanının ortadan kalkması karşısında bireylerin (bu durumda tüketicilerin) irade özgürlüğü kısıtlanmakta, hakları ciddi şekilde zarara uğramakta, mağdur olmaktadır⁴³. Teşebbüslerin aralarındaki anlaşmalar sayesinde bir malın ya da hizmetin sunulmasına dair piyasadaki rekabetin önlenmesine, rekabeti bozmaya, tüketicinin rekabet ortamında daha iyi mal veya hizmeti elde etmesini engelleyecek danışıklı eylem niteliğinde olacak şekilde genel işlem koşulu kullanmaları kabul edilmez. Benzer şekilde teşebbüs birliklerinin rekabet ortamını kısıtlayan yeknesak genel işlem koşulları kullanması ya da üyelerini bunları kullanmaya yönlendirmesi, zorunlu tutması uygun görülmemiştir⁴⁴. Nitekim Federal Mahkeme tarafından verilen bir kararda⁴⁵;

“Sözleşme özgürlüğünü kanunun teminat altına aldığı (BK. madde 19 fıkra 1 vs.) alanlarda bile, belli bir dalda ve az veya çok kapsamlı ölçüde, belli

⁴³ Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, s.158,159.

⁴⁴ Rekabet Kurulu Kararı 2014-4-28 dosya sayılı, 14-37/715-320 karar sayılı 01.10.2014 tarihli kararı; “Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği tarafından finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri pazarındaki gelişmelerin takip edilmesi ve endüstri büyüklükleri hakkında bilgilerin oluşturulması amacıyla söz konusu pazara ilişkin olarak özellikle bilanço ve gelir tablosu gibi mali tablolarda yer alan verilerin belirli periyotlarla üyelerinden alınması ve geçmiş verisi olarak üyeleri ile paylaşılması işlemine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi” hakkındadır. Buna göre yapılan değerlendirme sonucunda hem kamuya hem üyelere konsolide veri paylaşımı RKHK mad. 8 uyarınca uygun görülmüş ancak üyelere firma bazında veri paylaşımı uygun görülmemiştir. Ayrıca RKHK mad. 5 uyarınca muafiyet tanınmasına dair talep 3 yıl süreyle sınırlı olmak üzere kabul edilmiştir. Topçuoğlu, **a.g.m.**, s. 39. (Çevrimiçi), <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=4aae3511-f9a1-4e66-9bb4-deb2d4becf3f>, 14/04/2019.

⁴⁵ Oftinger, Jeanpretre, **a.g.e.**, s. 2, 3.

anlaşmalarla kişilerin bu özgürlüğü engellemeleri beklenmelidir. Kartellerin durumu özellikle önemlidir. Karteller üyelerinin iş bağlantısını (yani sözleşme yapmalarını) yasaklar; üyelerinin kendi müşterileri ile yaptıkları sözleşmeleri özellikle fiyat hususunda denetlerler.”

şeklinde ifade olunduğu üzere bireylerin kartellere karşı korunmaları gerekmektedir. Atamer; müşterinin, GİK kullanımı karşısında kendisine daha uygun (güçsüz taraf lehine) şartlar sunan işletmenin şartlarını, işletmeler arasındaki rekabet çerçevesinde seçmeye yönelmesinin, işletmelerin sözleşmelerinin ve şartlarının bir örnek olması karşısında mümkün gözükmediğini ifade etmiştir⁴⁶. Akyol tarafından Rekabetin Korunması Kanunu’nda yer alan hükümlerden faydalanılarak “Banka Sözleşmeleri”nin birbirine benzeyen (bir örnek) hükümlerinin denetlenmesinin sağlanabileceği, hükümsüzlük ve dürüstlük kuralına aykırı tesis edilen sözleşme hükümlerinin kullanımına engel olunabileceği ifade edilmiştir. Zira var olması gereken rekabet ve müşteriye seçme hakkı yaratacak çeşitlilik bir örnek hükümlerle yok olmaktadır⁴⁷.

E. Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği Yönünden Genel İşlem Koşulları

Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri; V No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği’nin 13. maddesinde; alım satıma aracılık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğunun⁴⁸ yanı sıra söz konusu sözleşmenin asgari unsurlarının SPK tarafından belirleneceği de düzenlenmiştir. Çerçeve sözleşme imzalama yükümlülüğü başlıklı mad. 13 şu şekildedir.

“Aracı kurumlar müşterileriyle alım satıma aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo-ters repo, türev araçların alım

⁴⁶Atamer, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁷Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 119.

⁴⁸ Buradaki yazılılık şartı, geçerlilik şartı değil ispat şartıdır. Bu görüş; Sermaye Piyasası araçlarının kullanımı ve işleyişinin getirdiği doğal bir sonuç olması ve yazılılık şartının tebliğ ya da yönetmelik ile getirilemeyeceği ile TBK mad. 12 dikkate alınarak doktrinde kabul edilmiştir. Çetin/ Töremiş, **a.g.e.**, s. 89, İsmail Kırca, **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2000, s. 85.

satımına aracılık, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi yapmaya başlamadan önce, yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul'ca belirlenir. Bu sözleşme, aracı kuruluşla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmasıdır.

Çerçeve sözleşmeler müteselsil sıra numaralı ve en az iki nüsha olarak düzenlenir ve bir örneği müşterilere verilir.

(Ek fıkra: Seri: V, No: 62 sayılı Tebliğ ile) Sözleşmeye taraf olan müşterinin ya da müşterilerin, devir, birleşme, veraset, müşterek hesaplara yeni hak sahiplerinin dahil olması ya da mevcutlardan bazılarının ayrılması gibi nedenlerle değişmesi halinde sözleşmenin yenilenmesi zorunludur.

Çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluşlar lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilmez. Sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Bu fıkra hükmü aracı kuruluşlar ile müşterileri arasında düzenlenecek halka arza aracılık sözleşmesi ile sermaye piyasası mevzuatı uyarınca müşterilerle imzalanacak tüm çerçeve sözleşmelerde uygulanır.

(Ek fıkra: Seri: V, No: 84 sayılı Tebliğ ile) Aracı kuruluşlar sermaye piyasası işlemlerinin risklerini açıklayan ve içeriği Kurulca belirlenecek "sermaye piyasası işlemleri risk bildirim formunu müşterilerine imzalatmadan müşterileri ile sözleşme imzalayamazlar ve işlem yapamazlar."

Yapılacak sözleşmenin bir çerçeve sözleşme olacağı, ilişkinin başında akdedilecek sözleşmenin sonradan gerçekleştirilecek münferit işlemlerin temelini oluşturacağı düzenlenmiştir. Çerçeve sözleşmede; sermaye piyasası mevzuatına aykırı ve yatırımcının haklarını ciddi şekilde zedeleyecek, aracı kuruluşlara tek taraflı olağanüstü haklar tanıyan, emirlerin ispatını yatırımcıya yükleyen hükümlere yer verilemeyeceği ifade edilmiştir⁴⁹.

Sermaye Piyasası Kanunu ve Tebliğleri çerçevesinde yapılan bu sözleşmelerin birçok hükmünün, SPK tarafından belirlendiği ölçüde önceden tek taraflı olarak birden fazla işlemde kullanılmak maksadıyla hazırlanmış olması bu hükümlerin GİK

⁴⁹ Çetin, Töremiş, **a.g.m.**, s. 84; Özbay, **a.g.e.**, s. 25. Birbirinden ayrı ve sıra numaralı olmak üzere en az 2 nüsha olacak şekilde düzenlenen bu sözleşmenin bir örneği aracı kurumda kalır, bir örneği yatırımcıya verilir. Sema Aydın, "Alım Satım Aracılık Sözleşmesinde Yer Alan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, Haziran 2008, s. 101, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/11931>, 13.02.2019.

niteliğinde olması sonucunu doğurmaktadır⁵⁰. Aracı kurumların çerçeve sözleşmelerinde; aracı kurumlara yönelik pek çok sorumsuzluk kaydı içeren, fiil ehliyeti, temsil, sahtecilik hallerinde sorumluluğu yatırımcıya yükleyen, sözleşmenin sona erme hali, yetki şartı ve delillerin niteliği gibi konularında aracı kurumu tek söyleme hakkına sahip kılan, sözleşmede yatırımcı aleyhine yapılacak her türlü değişikliği baştan kabul ettiren, GİK niteliğinde kayıtlara rastlanmaktadır⁵¹. Söz konusu hükümlerin, yatırımcı haklarını ciddi şekilde zedelediği ve aracı kuruma tek taraflı olağanüstü haklar sağlayarak üstünlük kazanmasına sebep olduğu görülmektedir. Bu halde çerçeve sözleşmenin GİK denetimi sırasında SPK Tebliği mad. 13 destekleyici olacaktır⁵². Ancak bu nitelikteki çerçeve sözleşme hükümlerinin SPK Tebliği mad. 13'e aykırı olması halinde uygulanacak yaptırım açıkça düzenlenmemiştir. Tebliğ mad. 13'e aykırı olacak hükümlerin, GİK niteliğinde olduğu da dikkate alındığında bunların yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşacağı kanaatindeyiz⁵³.

II. SÖZLEŞMELERDE GÖRÜNÜM

A. Banka Kredi Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları

1. Genel Olarak

Banka kredi sözleşmelerinin, önceden tek taraflı olarak ileride pek çok sözleşme kurma gayesiyle banka lehine hükümler içerir şekilde hazırlandığı ve zayıf karşı tarafın çoğu zaman sözleşmeyi o haliyle kabul edip etmeme seçeneği arasında kaldığı bilinmektedir. Her ne kadar birbirine uygun taraf iradeleri ile sözleşme

⁵⁰ Yazarlar tarafından; alım satım aracılık sözleşmesinin SPK mevzuatıyla belirlenmiş olmasının Alman hukukunda mevcut bir sözleşme çeşidi örneği de teşkil ettiği, buna göre kamu otoritesinin yatırımcıyı korumak yönündeki amacının sözleşmenin asgari unsurlarının SPK tarafından belirlenmesi sonucunu doğurduğu belirtilmiştir. Çetin, Töremiş, **a.g.m.**, s. 86; Özbay, **a.g.e.**, s. 25, 26.

⁵¹ Kırca, **a.g.e.**, s. 90, 92, 93; Aydın, **a.g.m.**, s.102.

⁵² Kırca, **a.g.e.**, s. 90, 92, 93.

⁵³ Tebliğ hükmüne aykırılığın TBK. mad. 27'ye aykırılık sonucu kesin hükümsüz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Düzenlemeye yer alan açık ifadenin "Kanunun emredici hükümlerine" olması sebebiyle tebliğe aykırılığa da bu yaptırımın uygulanmasının, maddeyi geniş yorumlamak olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Ancak en doğru çözümün söz konusu hükümlerin GİK denetimine tabi tutulabileceklerinden bahisle yazılmamış sayılma yaptırımıyla karşılaşmaları gerektiği kanaatindeyiz. Aynı doğrultuda görüş için bknz. Özbay, **a.g.e.**, s. 26, 27.

kurulacak olsa da ve banka karşısındaki tarafın, sözleşmeyi akdetme zorunluluğu bulunmadığını, bu hususta tamamen serbest olduğunu ifade etsek de bu durumun gerçeği yansıtmadığı ortadadır. Zira bankalar, Bankacılık Kanunu mad. 4’de bahsedilen işleri yapabilmek için kurulmuş ve Bankacılık Kanunu mad. 7/f. 1’de geçen şartları taşıyor olmaları, BDDK izni ile kurulabilmeleri sebebiyle “imtiyazlı” kuruluşlar olarak değerlendirilebilecektir. Bankaların, yapabilecekleri işin kanunda belirtilmiş olması ve bireylerin bu işler için ancak bankalara başvurabiliyor olmaları hasebiyle fiili bir “tekel” durumu oluşturduklarını kabul etmek gerekmektedir⁵⁴. Bu doğrultuda; kredi almak, kredi kartı almak, kambiyo işlemleri ve sermaye piyasası işlemleri, mevduat saklamaya yarar işlemleri vb. yapmak isteyen bireylerin başvurabileceği başka bir kuruluş olmadığından; bankaların, önceden tek taraflı olarak belirlemiş oldukları genel işlem koşulları karşısında sözleşmeyi o haliyle kabul etmek ya da etmemek durumunda kalan güçsüz tarafın iradesinin hiçe sayıldığı, sözleşme özgürlüğünün bankalar lehine olmak üzere engellendiği ortadadır. Banka ile işlem yapmaya gelmiş bireyin (tüketici ya da tacir) istediği, sadece bankadan alabileceği bir hizmetin teminidir. Bu husus dikkate alınmaksızın bireyin, sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesini sağlayacak şekilde hükümlerin (genel işlem koşullarının), sözleşmeye eklenmesi GİK denetimini zorunlu kılmaktadır.

Bankaların GİK şeklinde düzenlenmiş sözleşmelerinde yer alan faiz oranlarını belirleme ve dilediği gibi değiştirmeye ilişkin hükümler, delillere ilişkin kayıtlar, banka görevlilerinin hile ve ağır kusurlarından bankanın sorumlu olmayacağına dair kayıtlar, bankanın kredi kullandırdıktan sonra kredi kullandırmaktan vazgeçeceğine ilişkin kayıtlar, kredinin bankanın istediği zaman gerekçeye bağlı olmaksızın kat edilebileceğine ilişkin kayıtlar, bankanın tek taraflı fesih yetkisine ilişkin hükümler, karşı akdi geçip kefilin sorumluluğunu da değiştiren, genişleten hakların saklı tutulduğuna ilişkin kayıtlar; denetlenmesi gereken kayıtlardır⁵⁵.

Banka sözleşmelerindeki genel işlem koşullarının, emredici hükümlere, kişilik haklarına aykırı olduğu ölçüde yazılmamış sayılacağı ortadadır. Bu doğrultuda söz

⁵⁴ Baykal, **a.g.m.**, s. 75.

⁵⁵ Baykal, **a.m.**, s. 76, 77.

konusu GİK niteliğindeki hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağını iddiası edilmesi kabul görmeyecektir (TBK mad. 22)⁵⁶.

2. Bankaya Sözleşmeyi ya da Sözleşmedeki Belli Bir Hükümü Tek Başına Değiştirme Yetkisi Veren, Sözleşmeyi Dilediği Zaman ve Şekilde Sona Erdirme Yetkisi Veren Kayıtlar

Bankanın sözleşmede kararlaştırılan kredi faizini, tek taraflı olarak, dilediği zaman ve miktarda arttırabileceğine ilişkin hükümlerin geçerliliği tartışmalıdır⁵⁷. Banka Genel Kredi Sözleşmesinde yer alan “müşteriye ihbarda bulunmadan açılacak kredi ve hesaplara her türlü teminatlara yetkili mercilerce kararlaştırılmış faiz sınırlarını geçmemek kaydıyla uygulanacak faiz oranını serbestçe belirleme” yetkisini veren hükümlerin ve “Bankanın dilediği zaman, noter aracılığıyla veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla, sözleşmeye dayanan cari hesap ilişkisinin bir kısmını veya tamamını kesebileceği ya da sözleşmeyi feshedebileceği” yönündeki ifadelerinin akıbeti hususunda Sungurbey; söz konusu hükümlerin, bireyin iktisadi faaliyet özgürlüğünü kısıtladığı, güçlü konumda olan bankaların müşterilerini sömürmek suretiyle aşırı kazanç sağlamasına imkan verdiği, bu durumun ahlaka aykırılık teşkil ettiğini ve bu sebeple batıl sayılması gerektiği görüşünü ifade etmiştir⁵⁸. İsviçre ve Türk doktrininde; iktisadi hareket hürriyetinin, kişilik haklarından sayıldığı belirtilmiştir. Bu sebeple kişinin ekonomik özgürlüğünü, aşırı ölçüde sınırlayan, ekonomik varlığını tehdit eden, güçsüz tarafı güçlü taraf keyfiyetine bırakarak, borçluyu alacaklının iradesine mahkum eden hükümlerin; ahlaka aykırı kabul edilmesi ve batıl sayılması gerektiği Sungurbey tarafından ifade edilmiştir⁵⁹. Akyol benzer bir söylemle tek taraflı fesih yetkisinin bankaya tanınması

⁵⁶ Yani kısmi hükümsüzlük, tam hükümsüzlüğe dönüşmeyecektir. Baykal, **a.g.m.**, s. 76.

⁵⁷ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1115, 1116.

⁵⁸ İsmet Sungurbey, **Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak, Diledikleri Oranda Arttırma Yetkisi Veren Maddelerin, Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd**, S.E.S Matbaacılık, İstanbul, 1994, s. 5, 6, 24.

⁵⁹ Sungurbey tarafından; Türk, Alman, İsviçre hukukundan örnekler ile doktrin görüşlerine yer verilerek bireyin, iktisadi hareket sahasının borçlanılma ile sınırlanacağını açık olduğu ancak bu sınırlamanın ve etkilerinin gerek bireyin iç dünyasında gerek toplum içinde, bireyin üstünde oluşan baskının ölçüsünün tespiti gerektiğini dile getirilmiştir. Buna göre süre verilmeksizin yapılan sözleşmelerdeki bağlayıcı hükümlerin, keyfiyeti alacaklıya bırakan ve güçsüz bireyin iradesinin etkisine izin verilmeyen hükümlerin “kelepçeleme” niteliğinde bireyi bağlayan hükümlerin, kişilik haklarına aykırı sayılması gerektiği ile kişi özgürlüğünü sınırlayan bu hükümlerin ahlaka aykırı

halinin kabul edilemez olduğunu ancak kredi sözleşmesinin haklı nedenle feshine imkan bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bankanın tek taraflı fesih yetkisini TMK. mad. 2 çerçevesinde haklı olarak kullanıp kullanmadığını denetlemek gerektiğini belirtmektedir⁶⁰. Ayrıca TBK'nın faize ilişkin özel kurallar başlıklı 388/f. 1. maddesi kapsamında tüketim ödücü (karz) sözleşmesi niteliği de bulunan banka kredi sözleşmelerinde; kredi faiz oranının, kredinin verildiği tarihteki faiz oranı olarak tespit edilebileceği hususu da dile getirilmiştir⁶¹. Kostakoğlu ise kredi sözleşmelerinde bir tarafın iradesine göre belirlenecek hususlara yer verilmiş olmasının; kural olarak yetkinin, objektif iyi niyet kurallarına göre kullanılması halinde geçerli olabileceğini, tek tarafa yetki tanınmış olmasının, o hükmün batıl sayılmasına sebep olmayacağını ifade etmiştir⁶².

Yargıtay tek yanlı faiz artırım yetkisinin geçerli olacağını ancak faiz artırım yetkisinin TMK. mad. 2'ye uygun olması, aşırı faiz artırımı yapılmaması gerektiğini vurgulamaktadır⁶³. Akyol; bankanın tek taraflı faiz arttırma yetkisini ülkenin içinde

olduğu ifade edilmiştir. Bu nitelikteki hükümlerin batıl sayılması gerektiği hususu, Sungurbey tarafından gerek karar örnekleri gerek doktrin görüşlerine yer verilerek ifade edilmiştir. Sungurbey, **Etüd**, s. 6-13.

⁶⁰Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s.105, 106.

⁶¹TBK. mad. 388/f. 1; *“Tüketim ödücü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır.”* şeklindedir. Kayar, **a.g.m.**, s. 92, 93.

⁶²Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 08/07/1998 tarihli 1998/2295 E., 1998/4768 K. sayılı kararı karşı oy yazısı; *“İncelenen kredi sözleşmesine göre; davacı banka tarafından davalıya 50 milyon TL kredi açıldığı faiz oranının yıllık %98 olarak belirlendiği, davacı bankanın, kullanılmış ve kullanılacak bülum kredilerden dolayı, tespit edilmiş faiz oranını, ihtar veya ihbara hacet kalmaksızın, sadece banka şubelerinde ilan etmek koşulu ile dilediği miktara arttırma hak ve yetkisine sahip bulunduğu anlaşılmaktadır. Bir güven müessesesi olan bankaların, kredi sözleşmelerine derç ettikleri bu hakkı, kendilerine olan güveni sarsmayacak şekilde kullanmış olup olmadıklarının ve sözleşmeden sonra tek taraflı olarak belirledikleri objektif hüsnüniyet kuralı çerçevesinde takdir ve değerlendirilmesi gerektiği Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması ile kabul edilmektedir.”* şeklindedir. Aynı doğrultuda Yargıtay 19. HD. 06/03/2000 tarih 1999/8001 E., 2000/ 1771 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD. 25/01/2001 tarih 2000/6645 E., 2001/575 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD. 10/02/2000 tarih 1999/4261 E., 2000/812 K. sayılı kararı. 10/02/2000 tarihli kararın özü şu şekilde ifade edilmiştir: *“Kullandırılan krediye daha sonra banka tarafından tek taraflı olarak arttırılan faiz oranının fahiş olduğu iddiasının, iyi niyet kuralları ve emsal faizler gözetilerek bilirkişinin yapacağı inceleme sonucuna göre çözümlenmesi gerekir.”* Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 204, 205, 206, 207, 208; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1116; Yener, **a.g.e.**, s. 154.

⁶³Vadeli kredi açma sözleşmesinde faiz oranının banka tarafından yasa sınırları içinde tek taraflı olarak belirlenmesinde sakınca bulunmadığı doktrinde kabul gördüğü ifade edilmiştir. Yargıtay 19.HD. 26/03/1996 tarihli 1996/6 E., 1996/2976 K. sayılı kararı; *“Davacı, kısa sürelerle faiz oranının artırılarak % 250'ye çıkarıldığını bu oranın fahiş olduğunu bu nedenle uygulanamayacağını da ileri sürmüştür. Davacı ile davalı banka arasında imzalanan kredi sözleşmesinin 6. maddesine göre, artan*

bulunduğu genel ekonomik duruma orantılı olması halini, bu hususta bir başka araç olarak belirtmiştir⁶⁴.

Bir başka husus, tek taraflı faiz arttırma yetkisi kullanıldığında, bunu ihbar zorunluluğu olmadığına ilişkin hükümlerin akıbetidir. Karşı tarafa ihbar etme yükümlülüğünün olmadığına dair hükümler Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 26/10/1994 tarihli 1993/10147 E., 1994/10028 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere “*sözleşme koşullarının artması ve müşteri yükümlülüklerinin çoğalması sonucunu doğuran hallerin, müşteriye ihbarının MK. mad. 2. gereğidir.*” İhbar yapıldıktan sonra artan faiz karşısında buna katlanmak istemeyen müşteriye krediyi kapatma imkanı tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁵.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 25/11/1994 tarihli 1994/6472 E., 1994/11467 K. sayılı kararında;

“Yapılan kredi sözleşmesinde, kredi faiz oranının gösterilmemiş olduğu hallerde; kredinin kullanıldığı tarihteki bankanın aynı nitelikteki kredilere uyguladığı cari faiz oranının bu kredi için de kullanıldığı tarih itibariyle geçerli bulunduğu kabulü müstakar içtihat gereğidir. Kredi sözleşmesinin 2. maddesindeki: “Bankanın dilediği zamanda açılan kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek yahut kullandırılan kredinin cari hesabını kat etmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek” yetkisini bankaya tanıyan hükmün, ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabulü mümkün değildir. Meğer ki banka tarafından bu hakkın kullanılmasında Medeni

faiz oranlarının uygulanacağı davacının kabulünde olduğundan bu durum BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez. Ancak, sözleşmenin bu maddesi ile davalı bankanın iradesine bırakılan faiz oranını artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması, MK.nun 2.maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Bu kuralın sonucu olarak bankanın fahiş kazanç amacı ile faiz oranını tek yanlı artırma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltmesi, hakkın suistimalini oluşturacağından sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK.nun 2. maddesinin korumasında bulunduğu kabulü gerekir. Bir başka deyişle, bankanın kendisine duyulan güvene aykırı davranışı bulunup bulunmadığının saptanması gerekir.” şeklindedir. Yener, **a.g.e.**, s. 155; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1117. Banka tarafından yapılan faiz artırımın denetlenmesi hususunda Yargıtay’ın 19.Hukuk Dairesi’nin 25/01/2001 tarihli 2001/6645 E., 2001/575 K. sayılı kararı ile tesis edilen hükmü özellikle önemlidir. Buna göre kararda bahsi geçen; “...temerrüt tarihi itibariyle Bankaca faiz oranında bir artış yapılmış ise bu artışın makul kabul edilebilecek bir ölçüde yapılmış olup olmadığının, diğer bir anlatımla, bu yönde bankaya duyulan güvenin korunup korunmadığının araştırılması gerekir. O halde, Mahkemece, Banka kayıtları üzerinde gerekli inceleme yaptırılarak faiz oranlarında bir artış söz konusu ise bunun borçluya bildirilmiş olup olmadığı ve yukarıda değinildiği gibi yapılan artışı ekonomik koşullar da gözetilerek makul ölçüler içinde bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.” şeklindeki ifadelere dikkat edilmelidir. Ekinci, **a.g.e.**, s. 131.

⁶⁴Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s.105, 106.

⁶⁵Kocaman, **a.g.m.**, s. 1117, 1118; Yener, **a.g.e.**, s. 155.

Kanunun 2. maddesindeki "objektif iyi niyet" ve 3. maddesindeki "hakkın kullanılmasının suistimal edilmemesi" kurallarına aykırı davranılmamış olsun. Tacirler arasında, sözleşme faiziyle temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün, BK.19/1 maddesine uygun olup kamu düzenine yahut ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliği taşımadığı da tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması Anayasanın emredici bir hükmüdür. (MK. m.2) Medeni Kanunun 2 ve 3. madde hükümlerini doğrudan gözetmekle yükümlü mahkemece, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda inceleme yapılarak, vadesiz kredinin kullanıldığı süreç gözetilerek, bu süreçteki yükselen faiz oranlarının bu tarihten sonraki kullanım süresinde uygulanmasında ve kredi cari hesabı kat edilmiş ise bankanın bu eyleminde haksız bir davranışta bulunmuş olup olmadığının saptanması, gerektiğinde banka defter ve kayıtlarını uzman bilirkişilere incelettirilip, hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.”

ifadelerine yer verilmiştir⁶⁶. Bankaya tek taraflı faizi belirleme yetkisi verilmiş olmasına karşın bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı ile bu hususun tespitinde mahkemenin dikkat edeceği hususlar Yargıtay kararında belirtilmiştir.

Kredi sözleşmeleri açısından sözleşmede yapılacak değişikliğin müşteriye TKHK mad. 26’de belirtildiği üzere kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu⁶⁷ mad. 25 ve Banka Kartları Ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik⁶⁸ mad. 18⁶⁹ uyarınca

⁶⁶ Baykal, **a.g.e.**, s. 76, 77; Yener, **a.g.e.**, s. 148, 149; Kocaman, **a.m.**, s. 1116. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-1994-6472.htm>, 28.08.2019. Benzer şekilde verilen Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 08/12/2000 tarihli 2000/6200 E., 2000/8540 K. sayılı kararında; “...Taraflar arasında imzalanan kredi kartı üyelik sözleşmesinin 8. maddesi ile artan faiz oranlarının davacı bankaca ihtara gerek kalmaksızın uygulanabileceği hüküm altına alınmış olup, bu sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan, bu durum BK. nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Ancak sözleşmenin bu maddesi ile davacı bankanın iradesine bırakılan faiz oranı ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyi niyet kuralları içinde davranılması MK. nun 2. Maddesinin uyulması gereken emredici hükmüdür. Bu kuralın sonucu olarak bankanın fahiş kazanç amacı ile faiz oranını tek yanlı arttırma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltilmesi objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK. nun 2. Maddesinin korumasında bulunduğu kabulü gerekir... Mahkemece yapılacak iş, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda inceleme yapıp, kredi süreci gözetilerek bu süreçteki yükselen faiz oranlarına göre bankanın haksız bir davranışta bulunup bulunmadığını saptamak ve banka alacağından ulaştığı miktar yönünden uzman bilirkişiden rapor alınarak hasil olacak uygun sonuç dairesinde bir karar vermekten ibarettir.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Mustafa Ekinci, **Açıklamalı-Gerekçeli 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 130.

⁶⁷ 01/03/2006 tarih ve 26095 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸ 10/03/2007 tarih ve 26458 sayılı Resmi Gazete.

hesap özeti ile bildirilmesi gerekir. Faiz oranındaki değişikliğin geçerliliği için otuz gün önceden bildirilmiş olması aranmaktadır. Müşteri altmış gün içinde borcunu öder, kartı kullanmaz ise faiz artışından etkilenmez⁷⁰. Genel olarak banka sözleşmelerindeki genel işlem koşullarının sonradan değiştirilmesi halinde karşı tarafa uygun şekilde değişikliğin ihbarı ile müşteri onayının alınması gerekmektedir. Aksi halde gerek faiz oranının artırımına ilişkin gerek diğer konulara ilişkin olarak yapılan değişiklikler geçerli olmayacaktır. Müşteriye usulüne uygun şekilde bildirilen değişiklikler karşısında müşterinin susmanın kabul anlamında geçerli sayılabilecektir. Buna örnek olarak bankanın, müşteriye sözleşmedeki değişikliği uygun şekilde TBK. mad. 6 çerçevesinde yeni bir öneri (icap) olarak göndermesi ve yeni metindeki hükümlerle sözleşmenin devamı gerektiğini bildirmesi karşısında müşterinin susması halini verebiliriz⁷¹.

Bankalar TTK. mad. 8/f. 2 uyarınca yalnız cari hesaplarda olmak kaydıyla borçlu bakımından ticari iş mahiyetindeki ödünç sözleşmelerinde üçer aydan az olmamak üzere dönem faizlerinin anaparaya ilavesine, kredi sözleşmelerinde yer vermektedirler. Her ne kadar TBK. mad. 121/f. 3 ile 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun⁷²'un 3. maddesinde; temerrüt faizine ayrıca temerrüt faizi yürütülemeyeceği düzenlemiş olsa da 3095 sayılı Kanun'un 3. madde 2.

⁶⁹ Mad. 18; "(1) Kredi kartı sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler kart hamiline hesap özeti ile bildirilir. Bu değişiklikler bildirim yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bildirimin ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği addolunur. Faiz oranlarının artırılması durumunda ise bu değişikliğin hüküm ifade edebilmesi için otuz gün önceden kart hamiline bildirilmesi zorunludur. Değişiklikler, hesap özetinde en az on iki punto harfler kullanılarak belirtilir. Kart hamili faiz artırımına ilişkin bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcunu ödeyip kredi kartını kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.

(2)Kart hamili, talep etmek suretiyle kartı iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir..."

⁷⁰Yargıtay 19.H.D. 22/03/2001 tarih 8210/2057 sayılı kararı; "...Sözleşmenin ilgili maddesinin yaptığı gönderme sebebiyle akdın inikadı tarihindeki faiz oranı davalı yanca bilinerek sözleşme imzalanmış bulunduğuna göre, sözleşme tarihindeki faiz oranına yapılan itirazın dinlenilmemesi gerekir. Ancak, temerrüt tarihi itibarıyla Bankaca faiz oranında bir artış yapılmış ise bu artışın makul kabul edilebilecek ölçüde yapılmış olup olmadığının, diğer bir anlatımla, bu yönde bankaya duyulan güvenin korunup korunmadığının araştırılması gerekir." Ekinci, **a.g.e.**, s. 129, 130; Vural Günel, **Bankacılık Hukukuna İlişkin Esaslar**, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2008, s. 342; Oğuzhan Buhur, **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.67, 73.

⁷¹ Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 68; Kayar, **a.g.m.**, s. 94, 95.

⁷² 19/12/1984 tarih ve 18610 sayılı Resmi Gazete.

fıkrasında “Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu” ifadesine yer verilmiştir. Bu sebeple yukarıda bahsi geçen TTK. mad. 8/f. 2 hükmü doğrultusunda oluşan istisnaya kredi sözleşmelerinde yer verilmesinde sakınca bulunmamaktadır. Üç aylık süre azaltılamaz ancak süre, müşteri lehine uzatılabilecektir⁷³.

Banka sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan temerrüt faizinin, kredi faizine belli bir oran eklenmesi suretiyle belirlenmesi ve bu oran üzerinden takibe geçilmesine ilişkin hükümlerin TMK. mad. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde geçerli kabul edilmesi gerektiği Kostakoğlu tarafından ifade edilmektedir⁷⁴. Ancak Kaplan tarafından akdi veya temerrüt faizi üzerine cezai şart niteliğinde tekrar faiz eklenmesini öngören hükümlerin; gecikme faizinin getiriliş amacına ve altında yatan temel maksada aykırı olduğu ifade edilmekte, bu nitelikteki hükümlerin geçerli sayılmaması gerektiği belirtilmektedir⁷⁵. Bu mahiyetteki hükümlerin, genel işlem koşulu denetiminden geçirilmesi ile elde edilecek sonuca göre hareket edilmesi özellikle içerik denetimi sürecinde bu genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırılık yönünden irdelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay’ın buna ilişkin bir kararında; kredi sözleşmesinde %95 olarak belirlenmiş temerrüt faizinin hesabında, hesap katından itibaren 10 gün içinde toplam borcun ödenmesine ilişkin talebe karşılık sonradan temerrüt faizini bankanın tek yanlı olarak %350’ye çıkarması karşısında yerel mahkeme %350 üzerinden faiz talebini reddetmiştir. Yargıtay da “davacı bankanın keşide ettiği kat ihtarnamesinde kat tarihi itibarıyla oluşan borcun ödemenin yapılacağı güne kadar işleyecek %95 faizi ile birlikte tahsilini talep etmekle faiz oranının sınırlandırılmış olduğunun kabulünde bir usulsüzlük bulunmadığı” ifadesine yer vermiştir⁷⁶. Buna göre sonradan faiz oranının yükseltilmesinde; önceden belirlenmiş bir faiz oranı olmasını, faiz oranının sınırlandırılmış olması sebebiyle

⁷³ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 195, 196.

⁷⁴Yargıtay 19.HD. 14/10/1997 tarih 1997/3066 E., 1997/8395 K. sayılı kararı; “...Tarafların serbest iradeleriyle imza altına alınan kredi sözleşmesinin 4. 15. Maddesinde temerrüt halinde bankanın uyguladığı en yüksek kısa vadeli kredi faiz oranına %50 eklenerek, bulunacak oranın temerrüt faizi olacağı hükmüne bağlanmış olup, bu madde hükmünün de ahlaka ve kamu düzenine aykırılığı ileri sürülmez ise de, bankaya tek taraflı olarak tanınan bu yetkinin kullanılmasında MK. 2. Maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kuralları içinde davranılması gerektiği kuşkusuzdur.” Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 209; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1119.

⁷⁵ Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 86.

⁷⁶Yargıtay 19. HD. 16/06/1997 tarih 1996/9737 E., 1997/6179 kararı yayınlanmamış olup yazarın makalesinden alınmıştır. Kayar, **a.g.m.**, s. 97, 98.

bankanın geçmişe dönük faiz arttırma yetkisi bulunmadığı hususunun da Yargıtay’ca dikkate alındığı görülmektedir⁷⁷.

Tarafların sözleşmenin süresini belirlemesi halinde süre sonunda sona erecek sözleşme, haklı bir sebebin varlığı halinde süreye bağlı olmaksızın da feshedilebilir⁷⁸. Bankanın dilediği zaman noter aracılığıyla, telgrafla, iadeli taahhütlü mektup ile sözleşmeyi, sözleşmeye dayanan kredi ilişkilerinin bir kısmını veya tamamını sebep göstermeksizin tek taraflı olarak sona erdirebileceğine dair hükümlerin geçerli olmadığı, TBK. mad. 27/f. 1 ve TBK. mad. 98’ e aykırı olduğu bazı yazarlarca ifade edilmiştir⁷⁹. Buna karşılık bankaya tek taraflı fesih yetkisi veren hükümlerin objektif iyi niyet kurallarına uygun kullanılması halinde geçerli olacağı Yargıtay ve doktrinde genel olarak kabul edilen görüştür⁸⁰. Buna göre tek taraflı olarak çoğu zaman gerekçe de göstermeyerek cari hesabı sona erdirmeye imkan tanıyan hükümlerin kullanılması halinin, kredi çekenin iktisadi bütünlüğünü zedeleme ihtimalinin yüksek olduğu belirtilmiştir. Kredi ilişkinin sebep göstermeksizin sona erdirilmesinin; kredi kullananı aşırı şekilde zorlayacağı, kredi verirken gerekli tetkikleri yapan banka açısından kredi çekenin maddi durumunun, hesap katı ile tüm borcun faizi ile ödenmesi talebi karşısında zarar göreceğini

⁷⁷Kayar, **a.g.m.**, s.102.

⁷⁸Yener, **a.g.e.**, s. 147.

⁷⁹Kocaman, **a.g.m.**, s. 1120.

⁸⁰Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki kredi açma sözleşmesinin feshinde dürüstlük kuralı çok büyük önem arz edecektir. Zira taraflar sözleşmenin istikrar arz edeceğine inanarak sözleşme akdetmişlerdir. Yargıtay 11. HD. 03/07/2003 tarih 2003/1472 E., 2003/7237 K. sayılı kararı; “...kredi hesaplarının gereksiz kat’ı ve haksız icra takipleriyle, davacının iş yaptığı kurum ve kuruluşlara yönelik İİK.nun 89/1 maddesine göre yapılan hacizlerin ve haciz ihbarnamelerinin bankacılık usul ve teamülleri ile etiğine aykırı olduğu, karar sonucu davacının birkaç önemli ihaleyi kaybettiği, davacının kredibilitesinin ortadan kalktığı gibi yeni iş ve ihaleler alamadığı, bu kalemlerden oluşan (25.554.358.594) TL. maddi zararın dava tarihinde (36.514.331.00) TL ye ulaştığı, davalının sözleşmeye aykırı davranmasından dolayı manevi tazminat istenemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile (10) milyar TL. manevi tazminatın yerel faiziyle birlikte davalıdan alınması...” şeklindeki davada, Yargıtay; “...davacının üstlenildiği taahhüt işlerinin aksaması veya bir kısmının ihale makamlarınca feshinin objektif nedenlerinin neler olduğu, bunların başlangıç ve fesih tarihlerine göre davalı banka işlemleriyle ne şekilde ilişkilendirilebileceği, doğrudan bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığı, bu duruma davacı şirketin doğru yönetilip yönetilmemesinin yol açıp açmadığı, ... eğer davalı bankanın hesapları kat’ına bağlı bir zarar varsa bunun somut kalemleri ve miktarlarının neler olduğu konularında uzman bilirkişilerden alınacak raporlar doğrultusunda karar vermek gerekir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2003-1472.htm> 28.08.2019. Yener, **a.g.e.**, s. 148, 180, dipnot 16; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s.105, 106.

öngörmesi gerekeceği ifade edilmiştir⁸¹. Tüketici ya da güçsüz taraf yönünden krediyi faizi ile ödeyip banka ile hukuki ilişkiyi sonlandırma imkanının olduğu dikkate alındığında banka yönünden de hukuki ilişkiyi sona erdirmeye iradesine itibar edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bunun sınırının iyi niyet kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸². Zira burada bankaların kredi verdikleri müşterilerinin maddi durumlarını, mal varlıkları ve teminatlar çerçevesinde önceden değerlendirme imkanı bulunduğu ve bu kapsamda kredi ilişkisinin gerekçe göstermeden sona erdirilme imkanının bulunduğu ancak bu imkanın, yukarıda belirtilen hukuk kaidelerine aykırılık oluşturacak şekilde kullanılmaması gerektiği göz önüne alınmalıdır. Atamer tarafından sözleşmede açıkça kredinin belirli bir süre için verildiği sözleşmeler taraflar arasındaki vadeye ilişkin iradeye (bireysel sözleşme haline gelmiş sözleşme hükmüne) itibar edilmesi gerektiği ve GİK niteliğindeki hükmün, bireysel sözleşme hükmü karşısında uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir⁸³.

3. Bankaya Tek Taraflı Seçimlik Hak Tanıyan Kayıtlar ile Sorumsuzluk Kayıtları

Bankanın genel kredi sözleşmesinde yer alan kredinin hiç kullanılmayabileceğine ilişkin kayıtların geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Zira bu kayıtlar ile kredi vermek gayesinde olan bunun için müşteri ile sözleşme akdetmek aşamasına gelen banka kendisiyle çelişmektedir. Ayrıca kendisine kredi

⁸¹ Nerad, **a.g.m.**, 1993, s. 176.

⁸²Yargıtay 19. HD. 25/11/1994 tarihli 6472/11467 sayılı kararında bu hususa değinmiştir. Buna göre karar; *"Davada uyumsuzluk konusu edilen, vadesiz kredi sözleşmelerinin 2. maddesindeki, "bankanın dilediği zamanda açılan kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek yahut kullandırılan kredinin cari hesabını kat etmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek" yetkisinin bankaya tanınması, hükmü ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabulü olanaksızdır. Nitekim, vadesiz kredi sözleşmelerine dayanılarak açılan ve cari hesap şeklinde işletilen vadesiz krediyi kullanan kredi müşterisinin kullandığı kredinin bir kısmını veya tamamını dilediği zamanda bankaya iade edip, tekrar kredi limiti içinde kullanması veya cari hesabını sıfırlaması yahut kapatması hakkına sahip olması karşısında, kredi kullandıran bankanın da aynı hakları sözleşme ile sağlamasında yararlar dengesi yönünden bir sakınca görülemez. Meğer ki, banka tarafından bu hakkın kullanılmasında M.K.'nin 2. maddesindeki "objektif iyi niyet" ve 2. maddesindeki "hakkın kullanılmasının suistimal edilmemesi" kurallarına aykırı davranılmamış olsun."* şeklindedir. Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 216.

⁸³Atamer, **Sempozyum**, s. 40, 41, ayrıca bkz Genel İşlem Koşulu ile Bireysel Sözleşme Hükmünün Yarışması Hali s. 107.

verilmesi için teminatlarını bankaya sunmuş kredi müşterisinin, bankanın kredi kullandırmaması sebebiyle uğrayacağı zararı bankadan tazminini talep edebileceği ifade edilmiştir⁸⁴.

Kredi sözleşmelerinde yer alan, banka görevlilerinin hile ve ağır kusurundan bankanın sorumlu olmayacağına dair hükümler; TBK mad. 115/f. 1'e göre aykırı olup geçersizdir⁸⁵.

Banka sözleşmelerinde sıklıkla yer alan sorumsuzluk anlaşması niteliğindeki genel işlem koşullarının geçersiz kabul edilmesi gerektiği Yargıtay içtihatları ile ortaya konmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14/10/1999 tarihli 1999/5785 E., 1999/7835 K. sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir⁸⁶:

“Özet olarak denilebilir ki; birer itimat kurumu olan bankalar, aldıkları mevduatları sahtecilere karşı özenle korumak zorundadırlar. Bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dahi sorumludurlar.”

Benzer şekilde verilen bir başka Yargıtay kararında;

“Türkiye’de Bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde Bankalar, BK.nun 99/2. maddesine tabi kuruluşlardır. Kural olarak BK.nun 100/2 ve 3. maddeleri uyarınca akdi sorumlulukta, sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün ise de, BK.nun 99/1. maddesi gereğince ağır kusur halinde baştan (iptidaen) sorumluluktan kurtulma şartı geçersiz olup, sorumluluktan kurtulma şartının ancak hafif kusur halinde geçerli olduğu benimsenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrası, Hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilmiş bir sanati icra eden kuruluşlar yönünden hafif kusur halinde dahi sorumluluktan kurtulma şartının mutlak olarak kabul edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. O halde mahkemenin kabulünün aksine taraflar arasındaki taahhütnamenin 14. maddesinin, bankanın sorumluluğunun ortadan kaldırdığı biçiminde yorumlanamayacağı açık bir gerçektir.”⁸⁷

⁸⁴Yener, **a.g.e.**, s. 149; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1122; Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s. 108.

⁸⁵ Banka yöneticilerine ilişkin getirilmiş sorumsuzluk kayıtları da aynı şekilde geçersizdir. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 194; Yener, **a.g.e.**, s. 158.

⁸⁶ (Çevrimiçi) , <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1999-5785.htm>, 30.08.2019.

⁸⁷ (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1994-11-178.htm>, 30.08.2019. Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 181, 182.

şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Bankalar üstlendikleri sorumluluğu ortadan kaldırmaya ya da hafifletmeye yönelik olarak akdettikleri sözleşmelerde sıklıkla bu mahiyetteki genel işlem koşullarına yer vermektedirler ancak bu hükümlerin emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılacağı anlaşılmaktadır⁸⁸.

4. Bankaların Talep Edebileceği Masraf Kalemlerine İlişkin Kayıtlar

Bankaların artan kredi maliyetleri veya kar etme gayeleri nedeniyle müşterilerinden çeşitli adlar altında ve çeşitli gerekçelerle istedikleri masraf kalemlerinin çoğu zaman sözleşmelerde yeterince detaylandırılmadığı, müşterilerin ise bu masraf kalemlerini ödemek zorunda kaldığı görülmekteydi. Ancak özellikle tüketicilerin taraf olduğu kredi sözleşmelerindeki masraf kalemlerinin tüketiciler üzerindeki yarattığı olumsuz etki, bu mahiyetteki hükümlerin haksız şart sayılması ile TKHK kapsamındaki düzenlemeler, bankaların talep edebilecekleri masraf kalemlerinin belirli adlar altında toplanmasını, masraf kalemlerinin niteliğinin ise zorunlu masraf niteliğinde olmasını ya da müşteriye açıkça bilgi verilmiş olmasını sağladı. Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile konuya ilişkin münhasır düzenleme yapılmış olması sayesinde Yargıtay içtihatları oluşmaya başladı. Bankaların talep edebileceği masraf kalemlerinin içeriği tüketici ya da tacir ayrımı yapmadan tüm müşteriler yönünden

⁸⁸Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19/10/2011 tarihli 2011/11437 E., 2011/638 K. sayılı kararında; “...sözleşmenin 7nci maddesinde kredi mektubunun çalınması, kaybedilmesi ve bu durumun geç bildirilmesinden veya herhangi bir suretle üçüncü şahıslara verilmesi ile davalı Bankanın kusuru dışında doğabilecek zararlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmıştır. Davalının sorumsuzluğuna ilişkin sözleşme hükmünün BK.'nın 99/2.maddesi uyarınca geçerli olmayacağı açıktır.” ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay 11.HD.’nin 25/04/2011 tarihli 2009/12501 E., 2011/4901 K. sayılı kararında; “...bankalar, özel yasa ile kurulan ve ekonomik alanda çeşitli imtiyazlar tanınan kuruluşlardır. Güven kuruluşları olan bankalar, aldıkları mevduatları özenle korumak zorundadırlar. Bu hususta objektif özen borcu altında olan bankalar, hafif kusurlarından dahi sorumludurlar.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> , 29/04/2018. Bankanın sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan kayıtların geçersizliğini kabul eden görüşte; dayanak olarak öncelikle bankacılık işlemlerinin yapılmasını öngören banka sözleşmesinin, vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu gösterilmiştir. (Nitekim bu görüşün dayanağı da söz konusu Yargıtay kararında görülmektedir.) Bu dayanak yönünden tüm vekalet sözleşmeleri esas alınmış, söz konusu tespit banka sözleşmelerine münhasır olarak yapılmamıştır. İkinci dayanak için ise bankaların fiili tekel konumunda bulunduklarından bahisle sözleşmelerini rekabet edebilmek için kendileri lehine belirleyebileceğidir. Bu sebeple müşteri aleyhine böyle bir gücü elinde bulunduran bankaların hafif kusurlarından sorumluluğunu ortadan kaldıran hükümlerin geçersiz olduğu belirtilmektedir. Bu gerekçenin sadece bankalar yönünden kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 402, 403.

olmak üzere Yargıtay içtihatları ile genel hatlarıyla çizildi. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 12.12.2016 tarihli 2016/8817 E., 2016/15663 K. Sayılı kararında; davacı vekilinin, davalı bankadan 31.08.2012 tarihinde 1.800.000,00 Euro bedelle kullanılmış olan ticari kredinin, erken kapatılması sebebiyle davacıdan erken ödeme komisyonu adı altında tahsil edilen bedelin iadesi istemine ilişkin olduğu, Yerel Mahkeme incelemesinde taraflar arasındaki sözleşmenin matbu bir sözleşme olduğu, komisyon ücreti adı altında kesilen masraflarla ilgili davacının açıkça ve ayrıca bilgilendirilmediği, davacının bu konuda özgür iradesinin usulüne uygun oluşturulmadığı, bununla birlikte davalı banka tarafından tahsil edilen komisyon ücretinin hangi zorunlu masraflara karşılık geldiğinin davalı bankaca kanıtlanamadığı, bu durumda komisyon ücretlerine dair sözleşme hükümlerinin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. vd. maddeleri gereğince genel işlem koşulu niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verildiği, hükmün davalı vekilince temyiz edildiği görülmektedir. Temyiz incelemesinde yer verilen ifade ise;

“Kredinin erken ödenmesi halinde bankanın faiz gelirlerinden mahrum olacağı, erken ifanın bankanın mali tablolarını olumsuz etkileyeceği de tartışmasızdır. Bunun yanında ticari krediler bakımından erken ifa halinde indirim talep edilmesini gerekli kılan bir düzenleme veya adet bulunmadığından esasında erken ifa hali kredi borçlusunun lehine bir durumdur. Zira borçlu ödemek zorunda olduğu faizden kurtulacak veya daha düşük faizli veya daha uygun vadeli krediyle borcunu yeniden yapılandırabilecektir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 11.1. maddesi erken ifa halinde her iki tarafın menfaatlerini korumaya yönelik bir düzenleme olduğundan bu haliyle genel işlem şartı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak, sözleşmenin anılan hükmü uyarınca davalı bankanın erken ödeme sebebiyle bir miktar komisyon talep edebileceği belirtilmiş ise de bu komisyonun hangi oranlarda alınacağı veya hesap şekline dair bir düzenlemeye sözleşmede yer verilmemiştir. Davalının alınan ücretlerin sözleşme ve bankacılık uygulamalarına uygun olduğunu savunması karşısında mahkemece, diğer bankalardan benzer türdeki kredi sözleşmelerinden kaynaklanan borcun erken ödenmesi halinde aldıkları erken ödeme komisyonu oranları sorulmak suretiyle davalı banka tarafından tahsil edilen ücretin fahiş olup olmadığı hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yanılğılı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

şeklindedir⁸⁹. Yargıtay kararında görüleceği üzere erken kapama komisyon bedeli adı altındaki masraf kaleminin müşteriden talep edilebileceği ancak bu bedelin neye göre belirlendiğinin sözleşmeden anlaşılamıyor olması sebebiyle sözleşmeye hakim müdahalesi gerekmiştir. Talep edilen bu masraf bedelinin fahiş olup olmadığının belirlenmesi için somut olayda olduğu gibi diğer bankalarda uygulanan komisyon oranları üzerinden değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

5. Banka Sözleşmelerinde Karşılaşılan Kanun Hükümlerine Aykırı Kayıtlar

Genel kredi sözleşmelerinde yer alan zamanaşımının banka alacağı bakımından işlemeyeceğine veya kredi borçlusunun zamanaşımı definde bulunmayacağına dair kayıtlar geçersizdir. TBK. mad. 160 “*Zamanaşımından önceden feragat edilemez.*” şeklinde olup söz konusu banka kaydı emredici hükme aykırıdır, kesin hükümsüzdür⁹⁰.

Banka sözleşmelerinde yer alan icra takiplerinde uygulanacak vekalet ücretini düzenleyen hükümler, avukatlık ücret tarifesi aştığı oranda 2004 sayılı İcra İflas Kanunu⁹¹ mad. 138 uyarınca geçersizdir⁹². İİK. mad. 138/f. 3; “*Vekil vasıtasıyla yapılan takiplerde vekalet ücretinin miktarı, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın, icra memuru tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanır. Bu şekilde tayin olunan vekalet ücreti de takip masraflarına dahildir.*” şeklindedir. Uyuşmazlığın mahkeme önünde getirilmesi halinde ise banka lehine hükmedilecek vekalet ücreti hususunda anlaşma yapılmasında sakınca bulunmadığı belirtilmiştir⁹³.

⁸⁹ (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2016-8817.htm> , 02/04/2018. Benzer kararlar için bkz. s. 160 vd., dipnot 29.

⁹⁰ Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 195; Yener, **a.g.e.**, s. 161.

⁹¹ 19/06/1932 tarih ve 2128 sayılı Resmi Gazete.

⁹² Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s.105, 108; Yener, **a.g.e.**, s. 160.

⁹³ Yargıtay 19. HD. 22/09/1993 tarihli 1992/11451 E., 1993/5697 K. sayılı kararı; “*Taraflar arasında düzenlenen genel kredi sözleşmesinin 28. maddesinde temerrüt faizi oranının nasıl hesaplanacağı kararlaştırılmış olduğuna göre, mahkemece bu oran saptanarak hesabın kat’ı tarihindeki alacak üzerinden ve icra takibinden itibaren bu oranda temerrüt faizinin tahsiline olanak verecek şekilde hüküm tesisi gerekirken, mahkemece kısa vadeli mevduata uygulanan reeskont faizinin tahsili şeklinde*

İcra takiplerinde 2548 sayılı Kanun⁹⁴ uyarınca takibe düşen kredi borcunun tahsil edilmesi halinde ödenecek cezaevi harcı alacaklıya ait olduğu, borçluya yükletilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu husus mad. 1'de "*İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilâmlı ve ilâmsız alacaklardan tahsil olunan paranın % 2'si ve kıymeti muayyen olmayan ilâmların icrasından tahsil harcının yarısı nispetinde harç alınır. Maktu harçlar ilâmın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez...*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu sebeple aksi düzenlemeye kredi sözleşmesinde yer verilemez, yer verilirse geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır. Buna karşın banka sözleşmelerinde müşteri hakkında yasal takip yollarına başvurulması halinde oluşacak her türlü harç, vergi, masraf kaleminin müşteriye ait olacağına dair genel işlem koşuluna yer verilmektedir. Bu genel işlem koşullarında çoğu zaman açıkça cezaevi harcının da müşteriye ait olacağı düzenlenmekte, kanun hükmüne aykırı düzenlemeye yer verilmektedir. Ancak bu genel işlem koşulu, kanuna aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacaktır⁹⁵.

6. Banka Sözleşmelerindeki Delil, Yetki Sözleşmeleri ve İspat Külfetine İlişkin Kayıtlar

Uyuşmazlık çıkması halinde, sadece banka defter ve kayıtlarına itibar edilmesi, bunların tek delil olarak kabul edilmesi yönündeki şartların geçersiz olacağı Akyol tarafından belirtilmiştir. Bu nitelikteki hükmün kamu düzenine aykırı olduğunu, delil

karar verilmiş olması, kredi sözleşmesinin 32. maddesine göre dava açılması halinde davacı yararına %50 avukatlık ücreti isteneceği yolunda taraflar arasında anlaşma bulunmasına rağmen mahkemece bu hususun gözden kaçırılarak daha az nispet üzerinden avukatlık ücretine karar verilmiş olması, ve davacı banka alacağının banka kayıtlarının davalılarca incelenerek saptanabilir olması nedeniyle likit olarak kabulü gerekmesine göre davacı yararına inkar tazminatına hükmetmek gerekirken mahkemece banka alacağının likit olmadığından bahisle hükmedilmemiş olması davanın kabul tarzı itibarıyla doğru görülmemiştir." Aynı doğrultuda Yargıtay 19.HD. 17/11/1993 tarih 1992/7285 E., 1993/7740 K. sayılı kararı. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 210, 214; Kocaman, **a.g.m.**, s. 1106, 1122.

⁹⁴ 09/07/1934 tarih ve 2747 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun.

⁹⁵ Yargıtay 19. HD. 01/3/1994 tarih 1993/1710 E., 1994/1851 K. sayılı karar; "*Davacı banka takipte, cezaevi harcı ile %6 oranında KKDF (Kaynak Kullanma Destekleme Fonu) nun, hesabın kat'ı tarihinden itibaren davalıdan tahsilini talep etmiştir. Mahkemece 2548. Sayılı yasanın 1/2.maddesi gereğince cezaevi harçlarının davalıya yükletilemeyeceği dikkate alınmadan ve hesabın kat'ı tarihinden sonra KKDF istenemeyeceği nazara alınarak bu hususlar düzeltilmek suretiyle takibe yapılan itirazın iptaline karar verilmek gerekirken, cezaevi harcının ve KKDF'nin davalılardan tahsiline imkan verecek biçimde karar tesisi usul ve yasaya aykırıdır.*" Aynı doğrultuda Yargıtay 19. HD. 13/10/1992 tarih 1992/3327 E., 1992/5011 K. sayılı kararı. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 194, 213, 214.

sözleşmesinin batıl olduğunu ancak sözleşmenin geçerli olduğunu ifade etmiştir⁹⁶. Yavuz sıklıkla karşımıza çıkan “uymazlık halinde banka kayıtları esas alınır” şeklindeki banka sözleşmesi hükmünün; delil sözleşmesi niteliğinde olmadığını, delil sözleşmesinin oluşabilmesi için belirli bir hususun, konunun ispatının belirli bir şekle bağlanması olduğunu, bu sözleşme şartının ise belirli bir konu, hususa ilişkin olmaması sebebiyle delil sözleşmesi niteliği bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca banka kayıtlarının düzgün tutulması halinde delil sözleşmesinin geçerli olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁹⁷. Tekinalp de Yargıtay’ın son yıllardaki kararları⁹⁸ çerçevesinde önceden hoşgörü ile karşılanarak geçerli varsayılan banka sözleşmelerindeki delil sözleşmelerinin güçsüz tarafın haklarını zedeleyecek ve menfaatler dengesini bozacak nitelikte olması sebebiyle bu nitelikteki sözleşmeleri delil sözleşmesi olarak kabul etmemiş, hakkaniyet ve güven ilkesine aykırı olduğunu vurgulamıştır⁹⁹. Yargıtay bir kararında; banka defter ve kayıtlarının tek delil olarak kullanılabileceği yönündeki sözleşme hükmünün, usul hukukunun delillere ilişkin hükümleri bertaraf etmeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁰.

Tüketicinin taraf olduğu banka sözleşmelerinde yer alan yetki şartlarının; tüketicinin kendi yerleşim yerinde ya da sözleşmenin yapıldığı yerde dava açmasını engelleyemeyeceği, bu mahiyetteki yetki şartının HMK mad. 17 ve TKHK mad. 5’e göre geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Zira HMK mad. 17 uyarınca yetki sözleşmelerinin tacirler ya da kamu tüzel kişilerince yapılması halinde geçerli

⁹⁶ Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, s.107; benzer görüşler için Kocaman, **a.g.m.**, s. 1121; Yener, **a.g.e.**, s. 158; Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 190.

⁹⁷ Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 190.

⁹⁸ Yargıtay HGK 14/06/1995-425/616 sayılı kararında; “Bir güven kuruluşu olan ve tedbirli bir tacir gibi davranmak zorunda bulunan davalı bankanın, uymazlık halinde banka kayıtlarının esas alınacağı şartına dayanarak, kayıtlarında yetkili kişilerince verilen banka cüzdanının içeriğine aykırı biçimde tek taraflı düzeltme yaparak bunların davacıyı bağlayacağını ileri sürmesinin hakkaniyet ve güven prensiplerine de aykırı olduğu kuşkusuzdur.” ifadesine yer verilmiştir. Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 190; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 399.

⁹⁹ Tekinalp, **a.e.**, s. 398, 399.

¹⁰⁰ Yargıtay 11. HD. 21/02/1983 tarih 1983/1021 E., 1983/1228 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 08/05/1981 tarih 1981/799 E., 1981/2280 K. sayılı kararda; banka kayıtlarının tek delil olarak kabul edileceği yönündeki hükmünün (delil sözleşmesinin), sınırlandırıcı delil sözleşmesi niteliğinde olmadığını, iddianın karşı tarafça sunulan belge ile ispatlanması kuralına istisna oluşturacak şekilde genişletici ve kolaylaştırıcı bir delil sözleşmesi olacağını belirtmiştir. Yener, **a.g.e.**, s. 158, s. 158, dipnot 50, 51.

sayılacağı kabul edilmektedir¹⁰¹. Tüketici tarafından yetki şartının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi gerekmektedir, zira hakim bu hususu resen göz önüne alamayacaktır¹⁰². Bir tarafının tacir ya da kamu tüzel kişisi olduğu banka sözleşmesinde ise genel işlem koşulu mahiyetinde yetki şartına rastlamamak neredeyse imkansızdır. Hal böyleyken kendisi de çoğu zaman genel işlem koşulu kullanan tacirin yetki şartını genel işlem koşulu sayarak yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulması gerektiği iddiası dinlenmeyebilir. Özellikle banka karşısındaki tacir ya da kamu tüzel kişisi olan sözleşme tarafının yerleşim yeri, ifa yeri mahkemesinin seçilmesine ilişkin yapılan genel işlem koşulu mahiyetindeki yetki şartının beklenilmez sayılmayacağı da açıktır. Bu durumda yapılan yetki sözleşmesine itibar edilmesi yerinde olacaktır ancak her halükarda yetki şartı akdedilen tarafın bilgilendirilmesi, yetki şartını öğrenme imkanı verilmesi önemlidir¹⁰³.

Banka sözleşmelerinde yer alan müşteri aleyhine olan, müşterinin sözleşme şartlarının ahlaka ve hukuka aykırı olduğunu iddia etmesini ve iddianın yargıya taşınmasını engelleyen genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴. Avrupa Birliği Yönergesi Eki mad. 1/q'e göre; tüketicinin mahkemeye gitme hakkını yok sayacak nitelikte düzenlenmiş olan, yasal başvuru hakkını ortadan kaldırmaya yönelik, ispat hususunda tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçsüz olarak sınırlandıran ve yasaya göre tüketici üzerinde bulunmayan ispat külfetini tüketiciye yükleyen hükümler geçersizdir. İsviçre hukukunda ve Türk doktrininde de benzer şekilde ispat yükünün

¹⁰¹ Evrim Erişir, "Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1143- 1145, 1199. Yargıtay 11. HD. 02/07/2012 tarihli 2012/8430 E., 2012/11618 K. Sayılı kararı; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesine göre Yetki Sözleşmesi, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapıldığı takdirde geçerlidir. Yalnız tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilir. Yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere tahdit getirilmesindeki amaç, özellikle iktisaden büyük işletmelerin ve güçlü olan tarafın genel şartlar veya genel işlem koşulları adı altında, sözleşmenin iktisaden ve sosyal bakımdan güçsüz olan tarafa yetki sözleşmesini dayatmasından korumaktır." şeklindedir. Karadağ, a.g.e., s. 84, 85. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2012-8430.htm> , 14/04/2019.

¹⁰² Erişir, **a.g.m.**, s. 1200.

¹⁰³ Erişir, **a.m.**, s. 1156, 1157, 1200.

¹⁰⁴ Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 193.

yer değiştirmesi sonucunu doğuracak, yasal düzenlemelerden ayrılarak güçsüz tarafın aleyhine menfaat dengesini bozan genel işlem koşulları geersizdir¹⁰⁵.

B. İnternet zerinden Akdedilen Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları

İnternet üzerinden yapılan szleřmeler¹⁰⁶; tarafların karşı karşıya gelmeden akdettikleri mesafeli iletişim aracı olan internetin kullanıldığı mesafeli sözleşmelerdir ve hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme niteliğindedir¹⁰⁷. Gelişen teknoloji ile birlikte neredeyse her şeye internet üzerinden hızla ve kolaylıkla ulaşılabildiği, malın, hizmetin özellikleri, bedeli, bedelin ne şekilde ödenebileceği, gönderim usulünün neler olabileceği konularında tüketicie, bilgi veren ancak sadece bedelin ödeneceği şekil ve gönderim hususunda seçim hakkı tanıyan sözleşmeler akdedilmektedir. Tüketicici/karşı taraf, web sitesinde gördüğü bir malı/hizmeti almak için iradesini ortaya koymakta, programlanmış bilgisayar ise ortaya konulan irade beyanına önceden hazırlanmış cevaplar vermektedir. Bu doğrultuda tüketicici/karşı taraf, kendisine sunulan sözleşmesel sınır içinde irade beyanında bulunarak sözleşmeyi akdetmektedir¹⁰⁸. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde, maliyetin düşük olması sebebiyle mal veya hizmet karşısında bedel azalmakta bu da tercih edilirliliği arttırmaktadır¹⁰⁹. İnternette bir web sitesine girilmek suretiyle mal veya hizmete bir tık ile ulaşılabilmektedir. Bu hukuki ilişkide; tüketicinin, kendisine sunulan tek taraflı olarak hazırlanmış ve aleyhine hükümler içeren standartlaştırılmış metne karşı korunması gerekmektedir¹¹⁰. Zira web siteleri aracılığıyla kurulan

¹⁰⁵ Nihat Yavuz, **Haksız şartlar**, s. 201, 202; Atamer, **a.g.e.**, s. 286, 287; Atamulu, **a.g.m.**, 136-138; Karadağ, **a.g.e.**, s. 74, 75.

¹⁰⁶ Elektronik sözleşmeler ifadesi de kullanılmaktadır. Elektronik sözleşmeler, sadece sözleşmenin kuruluşunda elektronik iletişim araçlarının kullanılması ile kullanılan araçları değil bazen de ifayı sağlayan yollara ilişkin olarak da kullanılmaktadır. Elektronik sözleşmelerin türleri arasında yer alan dijital ürün satımına yönelik sözleşmeler ile bilgi teminine yönelik sözleşmeler; ifayı sağlayan metot yönünden kullanılan elektronik sözleşme tanımına örnektirler. Diğer türleri, mal satımına yönelik sözleşmeler ve hizmet sunumuna ilişkin sözleşmelerdir. İnternet üzerinden yapılan sözleşmeler; web siteleri aracılığıyla, elektronik posta yoluyla ya da elektronik veri değişimi yoluyla olabilmektedir. Uyumaz, **a.g.e.**, s. 908, 909, 910.

¹⁰⁷ Sözer, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁰⁸ Demir, **a.g.e.**, s. 14; Uyumaz, **a.g.e.**, s. 914.

¹⁰⁹ Demir, **a.e.**, s. 15.

¹¹⁰ Turgay Sarıakçalı, **İnternet zerinden Akdedilen Sözleşmeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 129; Uyumaz, **a.g.e.**, 919.

sözleşmelerde pazarlık ya da bilgisayarla müzakere imkanı olmayacağı ortadadır. Bu, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin yapısı gereği böyledir¹¹¹.

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde bireye yöneltilmiş genel işlem koşullarının, bireyi gerçekten bilgilendirme gayesi taşıyıp taşımadığının araştırılması önemlidir. Zira yapısı gereği internet üzerinden kurulan sözleşmede; taraflar fiziksel ve zamansal olarak aynı konumda değildir ve müzakere ederek sözleşme şartlarının değiştirilmesi imkanı bulunmamaktadır. Ancak birkaç hususta seçme imkanı karşı tarafa tanınmıştır. Bu da karşı akidi sözleşmeyi bu haliyle kurma ya da kurmama şeklinde iki seçenek arasında bırakmaktadır. Bu doğrultuda; genel işlem koşullarından oluşmuş sözleşmenin açık, belirgin, anlaşılabilir ve karşı tarafın sözleşme konusunda aydınlanmasını sağlayacak bilgiler içeriyor ve sunuluyor olması gerekmektedir¹¹². GİK kullanıldığına dair bir vurgu ya da atıfta bulunarak sözleşmenin bu koşullar ile tüketiciyi bağlayacağı, taraflar arasında geçerli olacak koşulların genel işlem koşullarından oluşmuş sözleşmenin maddeleri olacağının belirtilmesi, en önemlisi sözleşmenin incelenmesine imkan tanınması gerekmektedir¹¹³. Çoğunlukla görülen, sözleşmenin akdedilmesi hususunda bir kutucuğa tıklanması ve işlemin gerçekleşmesi, sözleşmenin akdedilmesidir. Sözleşme şartları karşı tarafa açıkça sunulmadığı gibi karşı tarafça da ancak araştırma sonucunda bulunabilecek bir şekilde web sitesinde tutulmaktadır. Oysa karşı tarafın genel işlem koşullarını incelemesine imkan tanınmalı, sözleşme hükümleri dikkat çekecek bir yere konmalıdır. Genel işlem koşulunun incelenmesi imkanı; malın ya da hizmetin satın alınmasından önce karşı tarafa verilmiş olmalı, örneğin sipariş formunun bulunduğu sayfada yer almalı ya da bu sayfada yer alacak belirgin bir link ile genel işlem koşullarına karşı tarafın yönlendirilmesi sağlanmalıdır. Karşı taraf genel işlem koşulları hakkında bilgi edinme hakkından mahrum edilmemelidir¹¹⁴. Ancak unutulmamalıdır ki tüketiciye genel işlem koşulları yönünden gerekli bilgilendirmenin yapıldığı hallerde dahi GİK içeriğine dair bazı koşulların geçerliliği, bağlayıcılığı olmayacaktır. Zira bazı koşullar içeriği itibarıyla

¹¹¹Uyumaz, **a.e.**, s. 913, 914.

¹¹²Sarıakçalı, **a.g.e.**, s. 129.

¹¹³Demir, **a.g.e.**, s. 204.

¹¹⁴Sarıakçalı, **a.g.e.**, s. 129.

sözleşme özgürlüğünü güçsüz taraf/tüketici lehine olağanı aşan ölçüde kısıtlayan, beklenmedik, alışılmadık şekilde olabilmektedir. Bu nitelikteki kayıtlar geçerli olmayacaktır¹¹⁵.

Bu bağlamda tüketiciye gerekli bilgilendirmenin internet sayfası üzerinden sunulması ile gerçekleştirilecek hukuki ilişkide; tüketiciye haksız sözleşme koşullarını reddetme hakkı tanınmadığı hallerde söz konusu sözleşme koşulları sözleşme içeriğine dahil sayılamayacaktır. Tüketicinin sözleşme içeriğinden haberdar olmasının, bilgilendirilmesinin en kolay yollarına; web sitesi üzerinden sipariş formu doldurmak, yönlendirilmiş bağlantı (link) ile sözleşme koşullarının olduğu sayfayı inceleme imkanının sunulması örnek olarak gösterilebilir. Ancak e-posta iletişimi yoluyla¹¹⁶ ya da “Adobe Acrobat Reader-<http://www.adobe.com/acrobat>” gibi bir yazılım programının, hukuki ilişki gerçekleştirilmeden önce tüketiciden bilgisayarına indirmesinin beklenilmesi halinde, bilgi edinme imkanının kolaylıkla sunulmadığı kabul edilmelidir¹¹⁷. Ayrıca bilgilendirmede kullanılan, elektronik ortamdaki gönderim farklılığı (pdf, Winzip, CD, DVD vs.) ile bilgilendirmede ihtiyaç duyulabilecek özel yazılım türlerinin tüketiciye etkisi dikkate alınarak değerlendirme yapılmalı, GİK yönünden gerektiği gibi bilgilendirme yapıp yapılmadığı tespit edilmelidir¹¹⁸. Ayrıca her ne kadar pek çok alanda kullanılıyor ve bilinirliği çok olsa dahi tüketicinin sözleşme dili olarak örneğin İngilizceyi bilmesi beklenemez. Bu sebeple işlemlerde tüketicinin bilgilendirilmesi sırasında tek bir dille sınırlandırıcı olmayarak tarafların anlaşmak için kullandıkları dilin yanı sıra tüketicinin kendi ana dilinin de kullanılmasının gerektiği Demir tarafından ifade edilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁵Demir, **a.g.e.**, s. 204.

¹¹⁶E-postalar iletişimi ile kurulan mesafeli sözleşmelerde genel işlem koşullarının tüketici bilgisine sunulması, web sitesi aracılığıyla doğrudan ya da link üzerinden gerçekleşen hukuki ilişkiden farklılık arz etmektedir. Öneri niteliğindeki, GİK içeren sözleşmenin tüketiciye gönderilmesinde; satıcı-sağlayıcı tarafından kaynak olarak web sitesi adresi ya da e-posta adresi bilgisi ile detay bilgilerinin tamamının bir arada gönderilebilmesinin, e-posta ile bilgilendirmede yeterli görüldüğü ifade edilmektedir. Bu nitelikte gönderilmiş e-postaya yanıt ile önerinin kabulü halinde tüketicinin, genel işlem koşullarını gerektiği gibi incelediği yönünde haklı bir güven oluşacağı belirtilmektedir. Demir, **a.g.e.**, s. 206.

¹¹⁷Demir, **a.g.e.**, s. 205.

¹¹⁸Demir, **a.e.**, s. 207 ve dipnot 658.

¹¹⁹Demir, **a.e.**, s. 207, 208.

İnternet üzerinden gerçekleştirilen mesafeli sözleşmelerde susmanın kabul anlamına geleceğine ilişkin düzenlenmiş olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır¹²⁰. Buna göre, internet üzerinden akdedilen bir sözleşmede; karşı tarafın sözleşmedeki koşullara itiraz edip, etmediğini belirtmemesi halinde sözleşmedeki şartları kabul etmiş sayılacağı yönündeki genel işlem koşuluna itibar edilmeyecek, bu hüküm yazılmamış sayılacaktır¹²¹. Ancak web sitesi üzerinden yorumsuz olarak sipariş formu doldurarak gönderen tüketicinin genel işlem koşullarını kabul ettiğinin değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda susmanın kabul anlamına geleceği yönünden bir hüküm GİK olarak sözleşmede var olsa dahi bu hüküm yazılmamış sayılabilecek ancak yorumsuz olarak gönderilen sipariş formu GİK'in kabul edildiği anlamı taşıyabilecektir¹²². Alışılmadık, beklenmedik kayıtların ise sözleşmeye dahil sayılmayacağı daha önceden ifade ettiğimiz üzere aşıkardır. Zira mesafeli sözleşmeler yönünden de sözleşme kapsamına dahil olmuş genel işlem koşullarının, yorum denetimi ile içerik denetimine tabi tutulabileceği kabul edilmektedir¹²³.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹²⁴, un Tüketici Sözleşmeleri başlıklı 26. maddesi¹²⁵; “*Meslekî veya ticarî olmayan amaçla*

¹²⁰Mesafeli sözleşmelerin de susma yoluyla kabul edilmesi imkanı bulunduğu ifade edilmiştir. Ancak internet üzerinden akdedilen mesafeli sözleşmenin, susma yoluyla kabul edilmiş sayılamayacağı belirtilmiştir. Ümit Gezder, **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, Beta Basım, 1. Bası, 2006 İstanbul, s. 141.

¹²¹Gezder, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 141.

¹²²Demir, **a.g.e.**, s. 208.

¹²³Demir, **a.e.**, s. 209.

¹²⁴ 12/12/2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete.

¹²⁵5718 sayılı Kanun 26.maddenin devamı şu şekildedir: “2) *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutat meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutat meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;*

a) Sözleşme, tüketicinin mutat meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c)İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır.

(3)İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutat meskeni hukuku uygulanır.

(4)Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutat meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.”

mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutat meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.” şeklindedir. İfade edilmiş olduğu üzere internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıması halinde uygulanacak hukuka ilişkin konulmuş GİK mad. 26 aksine hüküm içermeyecektir. Yani tüketicinin/karşı tarafın mutat mesken hukuku yönünden getirilmiş asgari güvence varlığını sürdürmek kaydıyla seçilen hukuka itibar edilecektir, aksi yönde sadece seçilen hukukun uygulanacağı şeklinde getirilen GİK yazılmamış sayılacaktır¹²⁶.

C. Taşıma Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları

Taşıma sözleşmelerinin¹²⁷ genellikle iltihaki sözleşme olarak düzenlendiği ve genel işlem koşulları içerdiği belirtilmiştir. Bu sebeple genel işlem koşulları kullanılan tüm diğer sözleşmelerde olduğu gibi karşı tarafın açıkça bilgilendirilmiş olması ve karşı tarafça kabul edilmesi genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında sayılabilmesi için zorunlu kabul edilmiştir¹²⁸.

Özellikle yolcu taşıma sözleşmelerinde sorumluluğun hafifletildiği yahut kaldırıldığı genel işlem koşullarına rastlanmaktadır. Taşıma sözleşmesinde yer alan taşıyıcının ağır kusurunu önceden kaldıran hükümler kesin olarak hükümsüzdür. Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklenen sorumlulukları önceden kaldıran hafifleten sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu kabul edilmiş, bunların genel işlem koşulunda,

¹²⁶ Zira internet üzerinden akdedilen sözleşmede genel işlem koşulunun, tarafların müzakeresi ile bireysel sözleşmeye dönüşme imkanı bulunmamakta ancak açık, anlaşılabilir genel işlem koşullarının tüketici/karşı tarafça o haliyle kabulü mümkün olmaktadır. Bu da mutat mesken hukukunun yok sayılması yönündeki genel işlem koşulunun geçerli olması imkanını ortadan kaldıracaktır. Sariaçalı, **a.g.e.**, s. 133.

¹²⁷ Burada genel olarak yolcu taşıma sözleşmelerinden bahsedilecek olup taşıma komisyonculuğu sözleşmelerine doğrudan değinilmeyecektir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun getirmiş olduğu düzenleme ile tüm sözleşmeler yönünden GİK denetimi imkanı bulunduğu unutulmamalıdır.

¹²⁸ Sözer, **Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi**, s. 62.

biletlerde¹²⁹, tarifelerde ya da benzer belgelerde yer alması halinde de geçersiz olacağı düzenlenmiştir (TTK mad. 854)¹³⁰. Ayrıca yolcu taşıma işinin 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu¹³¹,’nun 5. maddesi uyarınca Bakanlıkça verilecek yetki belgesi ile icra edilebileceği düzenlenmiştir. Yolcu taşıma işinin, yetkili makam tarafından verilen bir izinle yürütüldüğü dikkate alındığında TBK. mad. 115 gereği taşımacı hafif kusurundan da sorumlu olacaktır¹³². 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu¹³³ mad. 111’de de; bu Kanunla öngörülen hukuki sorumlulukları daraltan, kaldıran anlaşmalar geçersiz sayılmıştır. Aynı Kanunun 95. maddesi ile zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigortacı hakkında da zarar görene karşı sorumluluğu sınırlayan, kaldıran, tazminatı azaltan anlaşmaların ileri sürülemeyeceği, geçersiz sayılacağı düzenlenmiş, 95. maddenin sigortacının sorumluluğa ilişkin hükmünün isteğe bağlı sigortalar yönünden de uygulanacağı mad. 100’de belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 03/07/1981 tarihli 1979/1775 E., 1981/563 K. sayılı kararında; taşıma sözleşmesine konulacak olan sorumluluğun

¹²⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 09/10/2003 tarihli 2003/2649 E., 2003/9079 K. Sayılı kararı; “...taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin TTK.nun 804/1 maddesinin yaptığı atıf gereğince aynı yasanın 781, 785 ve 786. maddeleri uyarınca uygulama yapılması gerekirken, yolcu taşıma biletinde yazılı taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan şarta geçerlilik tanınarak buna göre karar verilmesi doğru görülmemiştir. Bu nedenle mahkemece, anılan yasa maddeleri göz önüne alınarak davacının sosyal statüsüne, yaptığı yolculuğun niteliğine ve halin gereklerine göre taşıyabileceği eşyanın ve değerinin bilirkişi marifetiyle tespit ettirilerek davacının zararının tazminine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” şeklindedir. Aynı doğrultuda karar için bkz. Yargıtay 11.HD. 27/12/1999 tarihli 1999/8877 E., 1999/10872 K. sayılı kararı. Çelik Ahmet Çelik, “Yolcu Taşımalarında ve Trafik Kazalarında Sorumluluğunun Kaldırılması ve Hafifletilmesi Yasağı”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 70, Ekim 2008, s. 3376; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2003-2649.htm> , 29/04/2018.

¹³⁰ Ayrıca TTK mad. 853. gereği taşıma ya da taşıma işleri komisyonculuğu işinin deniz, demir, havayoluyla taşıma hizmeti veren bir kuruluşla ya da posta idaresine bağlı olarak yapılması halinde de (TTK. Mad. 852’de öngörülen özel hükümlere göre) sorumluluğun kaldırılması ya da hafifletilmesi taşıyıcı, taşıma işleri komisyoncusu tarafından istenemez. Yargıtay 11. HD. 09/03/1988 tarihli 1987/6672 E., 1988/1462 K. sayılı kararı; “Taşıyıcı, eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim edileceği tarihe kadar geçen süre içinde uğradığı ziya ve hasardan sorumludur. Davacının dosyaya delil olarak ibraz ettiği 8.1.1984 günlü sevk mektubunda davalı Nakliyat Garaj sahibi (A.F.) malları götürmek üzere sağlam ve tamam olarak teslim aldım diyerek davacıya ait malları taşımak üzere teslim etmiştir. Bu durumda davalı (A.F.)’ın ilk taşıyıcı olduğunu kabulde zorunluluk bulunmaktadır. Davalı (A.F.) taşıyıcı olduğuna göre TTK.’nun 766 maddesinde öngörüldüğü üzere taşımaya ilişkin sorumluluğunu sınırlandıramaz. Diğer bir deyişle, taşıyıcının sorumluluğunun önceden hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin bütün kayıt ve şartlar geçersizdir.” şeklindedir. Çelik, **a.g.e.**, s. 3373, 3347.

¹³¹ 19/07/2003 tarih ve 25173 sayılı Resmi Gazete.

¹³² Çelik, **a.g.e.**, s. 3372.

¹³³ 18/10/1983 tarih ve 18195 sayılı Resmi Gazete.

hafifletildiği veya kaldırıldığına ilişkin kayıtlar içeren şartname hükümleri geçersiz sayılmıştır¹³⁴.

D. Paket Tur Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları

TKHK mad. 51’de¹³⁵ belirtildiği üzere; paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından ulaştırma, konaklama, ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri olarak Kanunda açıkça ifade edilen hizmetlerden en az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir. Paket tur sözleşmelerinde de yapıları gereği genel işlem koşulları kullanılmaktadır. Şöyle ki sözleşmenin konusu bir turun paket halinde sunulması yani ulaştırma, konaklama veya bunlara bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en azından iki turistik hizmetin birlikte verilmesini kapsayan, birden çok kişiyle seyahat programı yapılmasına ilişkin olduğundan paket tur sözleşmelerinde genel işlem koşulları kullanılmaktadır. Pek çok kişiyle önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşmeler müzakere edilmeksizin karşı tarafa sunulmakta ve imzalanmaktadır.

Paket tur sözleşmeleri ile ilgili TKHK’da yer alan düzenleme ve Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹³⁶ çerçevesinde¹³⁷ bunların önceden ve ne şekilde düzenleneceği belirtilmektedir.

¹³⁴ Akipek, **a.g.e.**, s. 234; Kaplan, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, s. 57, 58.(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1979-11-1775.htm> , 27.08.2019.

¹³⁵ Paket tur sözleşmelerinin TKHK kapsamına alınmasından önce tüketicilerin menfaatinin korunması, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu ve Seyahat Acentaları Yönetmeliğine göre sağlanmaktaydı. 2003 yılında yapılan TKHK’daki değişiklik ile paket tur sözleşmesi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun içine alınmıştır. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXVIII, Sayı 1-2, 2010, s. 276.

¹³⁶ 14/01/2015 tarih ve 29236 sayılı Resmi Gazete.

¹³⁷ Yönetmelikte; ön bilgilendirme formu niteliğinde hazırlanacak broşürde yer alması gereken unsurlar, sözleşmede açıkça belirtilmesi gereken hususlar ve yolculuk öncesinde paket tur satın alanlara yönelik bilgilendirmelerin içerikleri açıkça belirtilmektedir. Yazılı veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmeleri ile bu Yönetmelik kapsamında yapılan bilgilendirmelerin, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bunların bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya verilmesi zorunlu olduğu ise Yönetmeliğin 8. maddesinde ifade edilmektedir.

Paket tur sözleşmesindeki genel işlem koşullarının denetimi açısından en önemli unsur, tüketiciye Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik doğrultusunda hazırlanmış bir sözleşme sunulması zorunluluğudur. Önceden sözleşmeye dair ana unsurların yer aldığı bir broşür verilerek ön bilgilendirme yapılarak hazırlanan paket tur sözleşmesinin bir sureti tüketiciye verilir. Böylece tüketicinin sözleşme içeriği ve verilecek hizmet hakkında en geniş anlamda bilgi sahibi olması sağlanır¹³⁸. Tüketicinin, sözleşme hükümleri hakkında sözleşmenin kurulmasından önce yahut en geç kurulması esnasında açık ve tereddüde imkan tanımayacak şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir¹³⁹. Bu doğrultuda; Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik doğrultusunda hazırlanmış hükümler, bilgilendirilmiş bu sayede bireysel sözleşmenin tarafı olmuş tüketici açısından sözleşme kapsamına girmiş sayılacaktır. Ancak genel işlem koşullarının denetlenmesi hususunda belirtilmiş olan denetim usulleri ve ilkelerin, paket tur sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşulları yönünden de uygulanacağı aşıkardır. Ayrıca Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelikte belirtilmiş olan fiyat ve sözleşmenin esaslı unsurlarındaki değişikliklere (mad. 9-10)¹⁴⁰, seyahat düzenleyenin edimlerini yerine getirmemesinin sonuçları, fesih ve bundan doğacak sorumluluğuna (mad. 12-13-14), paket tur sözleşmesinin devrine (mad. 15.), sorumsuzluk kayıtlarına (mad. 18) ilişkin hükümlere aykırı şartlar getirilemeyeceği, bu nitelikteki genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı dikkate alınmalıdır.

¹³⁸Hamamcıoğlu tarafından sözleşmenin önceden hazırlanması ile seyahati düzenleyen tarafın önceden paket tur için gereken organizasyonu yapması, daha sonradan tüketiciye ek yükümlülükler eklenmesini engellemeye çalışıldığı belirtilmiştir. (Burada yapısı gereği paket tur sözleşmesinin önceden pek çok kişi ile akdedilmek üzere hazırlandığı bir kez daha görülmektedir.) Ancak bu durumda ortaya çıkabilecek olan tüketici aleyhine düzenlemelerin haksız şart niteliğinde olacağından zaten geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 286, 287.

¹³⁹Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 302; Nihat Yavuz, **Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 558; Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 212; Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 262, 263.

¹⁴⁰ Paket tur sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan tur programının değişebileceğine ilişkin kayıtların geçerli kabul edilebilmesi ve tüketiciyi bağlayabilmesi için sözleşmenin kurulması anında bilinmeyen veya öngörülemeyen veya sonradan ortaya çıkan bir durumun ortaya çıkmasının arandığı, değişikliğin yapılabilmesi için bir zorunluluğun bulunması, dürüstlük kuralı çerçevesinde değişikliğin gerçekleştirilmesinin, “paket turun genel karakteristiğini” bozmaması gerektiği ifade edilmiştir. Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 288.

III. AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGESİNDE VE ALMAN MEDENİ KANUNUNDA YER ALAN ÖRNEK GENEL İŞLEM KOŞULU HÜKÜMLERİ

A. Avrupa Birliği Yönergesinde Örnek Genel İşlem Koşulları

Yönergede; genel işlem koşullarının denetlenmesinden daha farklı bir alan düzenlenerek haksız şartların değerlendirilmesine imkan tanınmıştır. Yönergedeki düzenleme ile sözleşme taraflarından birinin genellikle içinde bulunduğu bilgi eksikliği ile müzakere edilmeme sonucu doğan risk dağılımındaki dengesizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır (Yönerge mad. 1, 2)¹⁴¹. Yönergede yer alan haksız şart kavramında; genel işlem koşulunda olduğu gibi önceden ve çok sayıda kullanılmak üzere hazırlanması kıstası aranmamış, müzakere edilmemiş olma kıstası önem kazanmıştır. Müzakere edilmemiş hükümlerde iki temel özellik aranır. İlk olarak taraflardan birinin sözleşmenin imzalanmasından önce sözleşmeyi hazırlaması ve sonrasında karşı tarafa sunması aranır. İkinci olarak ise kendisine sözleşme sunulan tarafın sözleşmeyi tartışma imkanı bulunmaması ve hükme etkisi olamaması hali aranır¹⁴². Müzakere edilmemiş hükümler açısından önceden hazırlanan hükmün karşı tarafa herhangi bir tartışma ya da etki yaratma imkanı tanınmadan sunulduğu görülmektedir. Müzakere edilmeden bahsedebilmek için karşı tarafa bir kısım terim ya da hükmün açıklanmış olması, açıklanmasının önerilmesi yetmeyecektir. Yani bilgilendirme imkanının tanınmış olması hatta sözleşme hükmünün taraflarca tartışılabilirliği de yeterli değildir. Buna göre karşı tarafa sözleşme hükmü üzerinde etkide bulunma imkanı tanınıp tanınmadığı, sözleşme hükmünden vazgeçme imkanının bulunup bulunmadığı hususu dikkate alınmalıdır¹⁴³. Bu bağlamda önceden hazırlanmış olma, müzakere edilmemiş olma kıstası bakımından karine sayılmıştır.

¹⁴¹Morin, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁴²Morin, **a.e.**, s. 35.

¹⁴³Morin, **a.e.**, s. 38.

Açıklık-şeffaflık ilkesi, bilgi eksikliğinin giderilmesine imkan tanımaktadır. Şayet sözleşmede geçen müzakere edilmemiş hüküm açık ve anlaşılabilir değilse ve sözleşmenin temel noktalarını ilgilendiriyorsa; hükmün haksız şart olduğuna karar verilecektir (Yönerge mad. 4, 6). Buna karşın hüküm açık ve anlaşılabilir değil fakat sözleşmenin tali noktalarını ilgilendiriyorsa tamamen anlaşılabilir olmadığı sürece düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır (Yönerge mad. 5)¹⁴⁴. Genel olarak yörüngede verilen haksız şart tanımının yanı sıra çeşitli örnekler verilerek haksız şartın tespitinde yol gösterici kıstaslar açıklığa kavuşturulmuştur¹⁴⁵.

Yönerge ekinde verilen listede; sözleşmenin kuruluşu, iptali, feshi, taraf borçları ile haklarına ilişkin tüketici tarafın haklarını ölçüsüz derecede kısıtlayan nitelikte kayıtlara ilişkin örnekler yer almaktadır. Buna göre listede özetle şu nitelikte kayıtlara yer verilmiş ve bu kayıtların sınırlayıcı olmamakla birlikte kötüye kullanılabilir nitelikte olduğu ifade edilmiştir:

“-Tüketicinin, meslek sahibinin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya cismani zarara uğraması hali için meslek sahibinin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar, (Ek liste 1/a)

-Meslek sahibinin sözleşmesel yükümlülüklerinden birini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi hali için, tüketicinin meslek sahibine veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını meslek sahibine karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden veya ölçüsüz şekilde kısıtlayan kayıtlar, (Ek liste 1/b)

-Tüketici bağlayıcı bir borç altına girerken meslek sahibinin, kendi ediminin ifasını, gerçekleşmesi sadece kendisine bağlı olan bir şarta bağlaması, (Ek liste 1/c)

-Tüketicinin sözleşmeyi kurmak veya ifa etmekten vazgeçmesi halleri için meslek sahibine, tüketicinin kendisine ödediği bazı meblağları muhafaza etme hakkını tanıyan ancak tüketiciye, meslek sahibinin aynı türden davranışları için buna tekabül eden bir tazminat talebi tanımayan kayıtlar, (Ek liste 1/d)

-Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi orantısız şekilde yüksek bir tazminatla mükellef kılan kayıtlar, (Ek liste 1/e)

-Meslek sahibine, sözleşmeyi özgürce feshetme hakkını tanıyan, ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen kayıtlar ile meslek sahibine, kendisinin fesih hakkını kullanmasına rağmen henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren kayıtlar, (Ek liste 1/f)

¹⁴⁴Morin, a.g.e., s. 55.

¹⁴⁵Aslan, a.g.e., s. 174. Ayrıca bkznz. Avrupa Birliği Yönergesi’nde başlıklı kısım, s. 198.

-Meslek sahibine – haklı sebeplerin varlığı dışında – süresiz bir sözleşmeyi münasip bir önel vermeksizin feshetme hakkı tanıyan kayıtlar, (Ek liste 1/g)¹⁴⁶

-Süreli bir sözleşmenin tüketicinin aksine bir beyanı bulunmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki bu iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten ölçüsüz derecede uzak bir tarih saptayan kayıtlar, (Ek liste 1/h)

-Tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini öngören kayıtlar, (Ek liste 1/i)

-Meslek sahibinin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede sayılmış olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin kayıtlar, (Ek liste 1/j)¹⁴⁷

-Meslek sahibinin, teslim edilecek olan ürünün veya ifa edilecek olan hizmetin özelliklerini tek taraflı olarak ve önemli bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin kayıtlar, (Ek liste 1/k)

-Bir malın satıcısının veya bir hizmeti görenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciye, nihai fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran fazla yüksek olması hali için sözleşmeden dönme hakkı tanımayan kayıtlar, (Ek liste 1/l)

-Meslek sahibine, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tayin etme hakkı veren, veya ona, bir sözleşme kaydının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren kayıtlar, (Ek liste 1/m)

-Meslek sahibinin, temsilcileri tarafından üstlenilen yükümlülükleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belirli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan kayıtlar, (Ek liste 1/n)

-Meslek sahibinin yükümlülüklerini getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin kayıtlar (Ek liste 1/o),

-Tüketici açısından teminatlarının azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, meslek sahibine, tüketicinin onayını almadan sözleşme ilişkisini devretme imkanı veren kayıtlar, (Ek liste 1/p)

-Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle, onun, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş olan bir hakem heyetine müracaatını öngören, gösterebileceği ölçüsüz şekilde sınırlandıran veya ona, mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafa terettüp eden ispat külfetini yükleyen kayıtlar, (Ek liste 1/q)”

¹⁴⁶ Bu kayıtlar yönünden Ek liste 2/a fıkrasında; finans hizmeti verenlere, süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve -önemli bir sebebin varlığı halinde- önel vermeksizin feshetme hakkını tanıyan kayıtların kullanılabileceği ancak diğer tarafı/tafaları derhal haberdar etme yükümlülüğüne uygun davranılmış olmasının aranacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Atamer, **a.g.e.**, s. 311.

¹⁴⁷ Ek liste 2/b fıkrasında; bu tür kayıtlar yönünden finansal hizmetler ifa edenleri, tüketiciler ile giriştikleri sözleşmelerde ödenecek faiz bedel ve oranları ile masraf tutarlarını haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirebilmesine ilişkin kayıtlara, diğer taraf/tafaları derhal haberdar etme ve tüketicilere sözleşmeyi feshetme hakkı vermeleri kaydıyla engel olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde meslek sahibinin süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebilmesine ilişkin kayıtlar, tüketiciye derhal bildirim yapma ve tüketiciye fesih hakkının tanınmış olması halinde mümkün görülmüştür. Atamer, **a.g.e.**, s. 311.

kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁸. Ayrıca Yönerge Ek liste 2/c fıkrasında; 1/g, 1/j, 1/l fıkralarında bahsi geçen işlemlerin menkul kıymet, finansal araç veya diğer ürün ve hizmetlere ilişkin olması halinde; bu nitelikteki ürünlerin borsa kotasyonu veya endeksine, sermaye piyasasına bağlı olarak meslek sahibinin etkisi olmaksızın değiştiğinden bahisle uygulanmayacağı ifade edilmiştir¹⁴⁹.

Yukarıda TKHK kapsamında bahsettiğimiz üzere Bakanlık tarafından hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekinde bir listeye yer verilerek Avrupa Birliği Yönergesine uyumlu bir uygulama oluşturulmuştur.

B. Alman Hukukunda Genel İşlem Koşulları ve Örnekleri

Alman Medeni Kanunu'nda (Medeni Kanun içine alınan GİK Yasası'nda) hakimın takdirine bağlı olarak hükümsüz sayılabilecek (BGB §308-tehlikeli şartlar) ve takdire bağlı olmaksızın hükümsüz sayılacak nitelikteki hükümler (BGB §309) düzenlenmiştir.

Hükümsüzlüğü yönünden hakime takdir hakkı tanıyan şartlarda somut olayın özellikleri, değerlendirmede etken olacaktır. Bu şartlar şunlardır:

“1-(Kabul ve ifa süreleri) Genel şartları kullananın karşı tarafın ediminin kabul veya reddi ya da 355/1 ile 355/2. madde ve 356. maddeye göre cayma veya iade süresinin geçmesinden sonra ifaya ilişkin kayıtlar hariç olmak üzere bir edimin ifasında bulunabilmek için aşırı derecede uzun veya yeteri derecede belli edilmemiş süreleri saklı tutan koşullar,

2-(Ek zaman aralığı) Kullananın, kendisine yasal hükümlere aykırı ve haklı olmayan şekilde uzun ya da yeterince belirtilmemiş ek süreleri saklı tutan koşullar,

3-(Dönme hakkının saklı tutulması) Sürekli sözleşmeler/ yükümlülükler dışında, kullananın sözleşmede gösterilen ancak objektif olarak haklı hiçbir sebebe dayamayan bir nedenle sözleşmedeki yükümlülüğünü gerçekleştirmekten dönme hakkını saklı tuttuğu koşullar,

4-(Değiştirme hakkının saklı tutulması)Kullanıcının yükümlülüklerini değiştirmesine veya ondan sapmasına ilişkin kayıtlar; meğerki, kullanıcının çıkarları dikkate alındığında sözleşmedeki değişiklik ya da sapma karşı taraftan haklı olarak beklenebilir olsun,

¹⁴⁸ Atamer, a.e., s. 309, 310, 311.

¹⁴⁹ Aynı şekilde yabancı paranın alım, satım ürünleri, yabancı para değeri üzerinden işlem gören seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine uygulanmayacağı belirtilmiştir. Atamer, a.g.e., s. 312.

5-(Farazi beyanlar)Kullanın karşısındaki sözleşme tarafının bir eylemi üstlenmesi ya da hariç tutmasının, belli bir yönde yapılmış bir irade açıklaması olarak var sayılmasına ilişkin koşullar;

a)Sözleşmenin diğer tarafına açık bir irade beyanında bulunmak üzere makul bir süre tanınmadıkça ve

b)Kullanan, sürenin başlangıcında, ön görülen davranışın ne anlama geleceğine diğer tarafın özel olarak dikkatini çekmedikçe

6- (Ulaşma varsayımı) Kullanıcı tarafından, karşı taraf için özel öneme sahip olan beyanın sözleşmenin diğer tarafça alınmış sayılacağını belirten kayıtlar,

7-(Sözleşmenin tasfiyesi) Kullanana, taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi halinde, diğer taraftan,

a)Bir haktan veya bir maldan ya da yerine getirilmiş bir edimden yararlanması karşılığında aşırı bir yararlanma bedeli veya

b)Yapılan masraflar için aşırı bir giderim talep edebilme imkanı tanımaya ilişkin koşullar,

8-(Edimin ifa olarak arz edilebilecek durumda olmaması) Kullanan, 3 numaralı bende göre geçerli biçimde saklı tutabileceği dönme hakkının, kullananı, edimini ifade edebilecek durumda olmaması halinde;

a)Karşı tarafı edimin ifa olarak arz edilebilecek hazır durumda olmadığı konusunda gecikmeksizin bilgilendirmeyi ve

b)Karşı tarafın yerine getirdiği edimi gecikmeksizin iade veya tazmin etmeyi taahhüt etmedikçe,

sözleşmeyi ifa yükümlülüğünden kurtarmayı saklı tutmaya ilişkin koşullar”¹⁵⁰

Hükümsüzlüğü yönünden hakime takdir hakkı tanımayan ve doğrudan hükümsüz sayılan şartlar şunlardır:

“1-(Kısa vadeli fiyat artışları) Sürekli borç ilişkileri dışında, sözleşmenin kuruluşundan itibaren dört ay içinde teslim edilecek malın veya ifade edilecek iş görme ediminin karşılığı, bedeli artırmaya ilişkin koşullar,

2- (İfadan kaçınma hakkı)

a) Kullanan karşısındaki sözleşme tarafının, BGB § 320'ye göre sahip olduğu ifadan kaçınma hakkını ortada kaldırmaya veya sınırlandırmaya ya da,

b)Kullanan karşısındaki sözleşme tarafının, aynı sözleşmeden dolayı sahip olduğu hapis hakkını ortadan kaldırmaya veya sınırlandırmaya, özellikle, bu hakkın kullanılmasını, kullananın ayıbı kabul etmesine bağlayan koşullar,

3-(Takas yasağı) Kullananın karşısındaki sözleşme tarafının, çekişmesiz veya kesinleşmiş bir alacak ile takas etme yetkisini ortadan kaldırmaya ilişkin koşullar,

4-(İhtar, mehil) Kullananı, diğer tarafa ihtarda bulunma veya ek mehil vermeye ilişkin yasal bir külfetten kurtarmaya ilişkin kayıtlar,

5-(Tazminat taleplerinin götürü olarak belirlenmesi)

¹⁵⁰ (Çevrimiçi), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0945
13.04.2019. Şeker, a.g.e., s. 271, 272, 273.

a)Olayların olağan akışında gerçekleşmesi beklenebilecek zarar veya değer kaybını aşacak tutarda veya

b)Diğer tarafa zarara veya değer kaybının olmadığını ya da belirlenen tutardan önemli ölçüde düşük olduğunu kanıtlama imkanı açıkça verilmeksizin kullanana götürü bir tazminat veya değer kaybı talep etme imkanı tanınmasına ilişkin koşullar,

6-(Cezai şart) Kullanana, diğer tarafın edimi kabul etmemesi veya zamanında kabul etmemesi ya da borcunu ifada temerrüde düşmesi veya diğer tarafın sözleşmeden dönmesi halinde cezai şart talep etme imkanı tanınmasına ilişkin koşullar,

7-(Vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam hakkının ağır kusur ile ihlal edilmesinde sorumluluğun kaldırılması)

a)(Vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam hakkının ihlali) Kullananın gerek kendisinin ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının ihmali veya kasıtlı bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranışları sonucunda diğer tarafın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğüne verilen zararlardan sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar

b)(Ağır kusur) Kullananın gerek kendisini ağır ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının kast veya ağır ihmali bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranışları sonucunda karşı tarafa verilen diğer zararlardan dolayı sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar

a ve b şıkları, Yolcu Taşımaları Hakkında Kanun'a göre izin verilen taşıma koşulları ve tramvay, trolleybüs ve motorlu taşıt araçları ile yapılan düzenli seferlerde uygulanan talimatnamelerdeki sorumluluğu sınırlandıran koşullar hakkında uygulanmaz. Öyle ki ,27 Şubat 1970 tarihli "Genel Taşıma Şartları Hakkındaki Yönetmelik" hükümlerinden bu taşıma koşulları ve talimatnamelerde yolcu aleyhine sapılmamış olmalıdır. Ayrıca b şıkkı, devletçe izin verilen piyango veya oyunlardaki sınırlandırmalar için de geçerli değildir.

8-(Diğer sorumsuzluk kayıtları)

a)(Sözleşmeden dönme hakkının kaldırılması) Satılanın veya imal edilen şeyin ayıplı olması hali dışında kullananın sorumlu olduğu bir yükümlülük ihlali nedeniyle diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkını kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar,

Bu hüküm, 7 numaralı bentte belirtilen taşıma koşulları ve talimatnamelerinde yer alan kayıtlar hakkında, orada belirtilen koşullar altında geçerli değildir.

b)(Ayıba karşı sorumluluk) Yeni üretilen şeylerin teslimine dair sözleşmelerde,

aa)(Kaldırılması ve üçüncü kişilere gönderme) Kullanan karşısındaki sözleşme tarafının kullanana karşı sahip olduğu onarım ve değiştirme talepleri dahil olmak üzere ayıba karşı sorumluluktan doğan haklarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran, üçüncü kişilere karşı taleplerle sınırlandıran veya önceden üçüncü kişilere karşı yargısal yollara başvurulmasına bağlı tutan,

bb)(Onarımla sınırlandırma) Kullanan karşısındaki sözleşme tarafına, onarımın sonuçsuz kalması halinde seçimine göre sözleşmeden dönme hakkını açıkça tanımadan onun kullanana karşı ayıba karşı sorumluluktan doğan taleplerine-tekeffülün konusu bir inşaat yapma borcu değilse- tamamen veya kısmen onarım ile sınırlandıran,

cc)(onarım masrafları) Kullananın, özellikle, nakil, yol, işçilik ve yedek arça masrafları şeklindeki onarım amacıyla yapılacak masrafları karşılama yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlandıran,

dd)(Onarımın ön koşula bağlanması) Kullananın onarım yükümlülüğünün doğmasını ivazın önceden tamamen veya ayıpla orantısız olarak büyük bir kısmının ödenmesine bağlı tutan,

ee)(Ayıp ihbarı için hak düşürücü süre) Kullananın karşısındaki sözleşme tarafının gizli ayıpları ihbar süresi aşağıdaki ff şikkına göre caiz olandan daha kısa bir süre olarak belirleyen,

ff)(Taleplerin zamanaşımına uğramasını kolaylaştırma) Diğer tarafın kullanana karşı ayıp nedeniyle sahip olduğu talep haklarının zamanaşımına uğramasını, § 438/I Nr. 2 ve § 634a/I, Nr. 2'de öngörülen hallerde kolaylaştıran veya diğer hallerde, taleplerin zamanaşımı süresini, kanuni zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren bir yıldan daha kısa bir süre olarak belirleyen, (bu hüküm, inşaat ediminin ihale talimatnamesinin b bölümünde yer alan koşullarla bir bütün olarak ilişkilendirildiği sözleşmelerde uygulanmaz.)

9)(Sürekli borç ilişkilerinin süresi) Düzenli olarak mal teslim edilmesi, belirli hizmet edimlerinin yerine getirilmesi veya eser imalini konu alan sürekli sözleşme ilişkilerinde

a) Karşı tarafın iki yıldan uzun süreyle bağlanmasına,

b) Karşı tarafın, her defasında bir yıldan fazla bir süre için sözleşmeyle bağlı kalmasına yol açacak şekilde sözleşmenin zımnen yenilenmesine veya,

c) Karşı taraf aleyhine, zımni olarak uzatılmış olan sözleşme süresinin bitimine üç aydan daha uzun bir süre öncesinde fesih ihbarda bulunması külfeti getirilmesine ilişkin koşullar,

Bu hüküm birbirine bağlı olarak satılan şeylerin teslimine ilişkin sözleşmelerde, sigorta sözleşmelerinde fikri hak sahibiyle yeniden değerlendirme tüzel kişilikleri arasındaki fikri hakları koruma kanunu kapsamındaki sözleşmelerde uygulanmaz,

10)(Sözleşme tarafının değişmesi) Satım, eser veya hizmet sözleşmelerinde,

a) Üçüncü kişi ismen belirlenmeksizin veya,

b) Diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmaksızın

Kullananın hak ve borçları, üçüncü kişinin üstlenmesi yoluyla kullananın yerine üçüncü kişinin geçmesi veya geçebilmesine ilişkin koşullar,

11)(Temsilcinin sorumluluğu) Kullananın, sözleşmeyi diğer akit adına kuran temsilciyi,

a) Bu durumu açıkça veya ayrı bir beyanla ifade etmeksizin, şahsen sorumlu tutacağına veya borçlu yerine sorumlu tutacağına veya,

b) Yetkisiz temsil halinde, BGB § 179'da öngörülenden daha kapsamlı bir şekilde sorumlu tutacağına ilişkin koşullar,

12)(İspat yükü) Kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği koşullar, özellikle,

a) Karşı tarafa kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiren veya,

b) Karşı tarafa bazı vakıaları teyit ettiren kayıtlar, (bu bent, ayrı olarak imzalanmış lan tesellüm belgelerinde yer alan kayıtlar hakkında veya elektronik yolla ayrı olarak imzalanmış tesellüm belgelerinde öngörülen kayıtlar hakkında uygulanmaz.),

13)(Bildirim ve beyanların şekli) Diğer tarafın kullanana veya üçüncü bir kişiye karşı yöneltmesi gereken bildirim veya beyanların geçerliliğini, yazılı şekilden

ağır şekil şartlarına veya özel bazı varma koşullarına bağlamasına ilişkin koşullar.”¹⁵¹

Ayrıca bu şartların sözleşmede yer almasına hizmet edecek şartlar ile dolaylı bir şekilde kanuna karşı hile yaratacak şartların, paragraf 7’ye göre hükümsüz sayılacağı düzenlenmiştir¹⁵².

Söz konusu şartlara dair denetimlerin Alman Medeni Kanunu 310. Maddesi uyarınca tacirlere, kamu hukuku tüzel kişilerine, kamusal statüye sahip mal topluluklarına uygulanmayacağı belirtilmiştir¹⁵³.

Alman hukukunda da taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerin, taraflardan birini dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde ölçüsüz derecede mağdur ettiği görülebiliyorsa o şart haksız şart sayılmıştır. Burada hakimin değerlendirmede şüpheyne düşmesi halinde söz konusu şarta konu yasal düzenlemenin temelinde yatan gaye, asli düşünce dikkate alınmaktadır¹⁵⁴.

¹⁵¹ (Çevrimiçi), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0945 13.04.2019. Şeker, a.e., s. 279-285.

¹⁵² Nihat Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 70.

¹⁵³ Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s.84.

¹⁵⁴ Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s.84.

SONUÇ

1. Sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan seri üretim, fabrikalaşma ve aşırı tüketim hayatın her alanına yansımıştır. Yoğun arz karşısında talebin süratle karşılanması ihtiyacı, hukuki ilişkilerin hızla oluşturulmasını gerektirmiştir. Aynı tür mal ve hizmetin çok fazla sayıdaki müşteriye sağlanması gerekliliği; işletmeleri, faaliyetlerini bir standarda oturtmaya itmiştir. İşletmeler, hukuki ilişkinin kurulmasına hizmet etmesi açısından o dönemdeki ticaret hayatının ihtiyacını karşılayacak şekilde müzakere görüşmelerini azaltacak, standartlaşmayı sağlayacak sözleşme metinleri meydana getirmeye başlamışlardır. Nitekim bu doğrultuda fazla sayıdaki müşteriye aynı şartlarla çalışmayı (mal veya hizmet temini) sunan sözleşmeler ortaya çıkmıştır¹.

2. İdeal hukuk düzeninde kabul edilen, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların birbirlerinden azami fayda sağlaması ancak bunu yaparken taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde hakkaniyet ilkesine aykırı şekilde menfaat dengesinin de bozulmamasıdır. Bu kapsamda genel olarak işletmelerin, sözleşme özgürlüğü ilkesini güçsüz taraf aleyhine olacak şekilde tek taraflı olarak aşırı ölçüde genişlettiği görülmektedir. İşletmelerin hız kazanmak ve ileride oluşması muhtemel rizikolardan kurtulmak amacıyla önceden, tek taraflı olarak ileride pek çok sefer kullanmak maksadıyla genel işlem koşullarından oluşan sözleşmeler hazırladığı görülmektedir. Buna karşılık menfaati; hakkaniyete, adalet hissine aykırı olarak zedelenen tarafın, korunmaya muhtaç olduğu hukuk düzeninde dikkate alınmıştır. Birbirine uygun, karşılıklı irade beyanlarının ortaya koyulması ile kurulan sözleşmenin taraflarından birinin, diğerinin sözleşme özgürlüğünü çıkarlarına göre kullanması sebebiyle zarar görmesinin engellenmesi gerekeceği de ortadadır.

3. Tarihsel süreci incelediğimizde hak ve özgürlüklerin arttığı, eşitlik söylemlerinin geliştiği 18. ve 19. yüzyıllarda sözleşme özgürlüğü ilkesinin de aynı doğrultuda geliştiği görülmektedir. 19. yüzyıldan beri gerek Avrupa gerek çağdaş ülke

¹ Ahmet Battal, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, 181-182.

hukuklarında temel ilke olarak benimsenen, sözleşmeye itibar edilmesi prensibine dayalı sözleşme özgürlüğü ilkesi; sosyo-ekonomik gelişmelerden etkilenmiş, gelişmiştir. Sanayi devrimi sonrasında rekabet ortamının gelişmesi ve serbest piyasada çok hızlı şekilde hukuki ilişkiler kurulması ihtiyacına yönelik sözleşmelerin, genel işlem koşullarından oluşmaya başladığı, eşit olduğu kabul edilen ancak ekonomik, sosyolojik bir takım nedenlerle aslında eşit olmayan taraflardan birinin elinde, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanıldığı görülmüştür².

4. Gelişen sosyal, ekonomik hayatta, başta finans ve sigorta kurumları olmak üzere birçok kişi veya kurum; gerek hız kazanmak gerek talep arz ilişkisinde verilecek hizmetin sınırlarının belli olmasını sağlamak adına ticari hayatta yapacakları sözleşmelerin kurulmasından önce söz konusu sözleşmenin koşullarını soyut ve tek yanlı olarak hazırlamakta, bunlarla gelecekte de kurulacak aynı nitelikteki belirsiz sayıdaki hukuki işlemi düzenlemektedirler. Belli ihtiyaçları karşılamaya yönelik önceden hazırlanan bu sözleşmelere tip sözleşme, standart ya da formüler sözleşme denmekte, bu sözleşmenin tipik koşullarını oluşturan terime ise genel işlem koşulları denilmektedir³.

5. Günümüzde bu tip sözleşmeler, genellikle konusunun uzmanı kişilerce hazırlanmakta, bu sözleşmeleri hazırlatan/kullanan (zaman zaman düzenleyen) tarafın çıkarlarını koruyacak nitelikte içeriğe sahip olmakta ve bütün olasılıklar dikkate alınarak düzenlenmektedir. Bu kapsamda rizikonun güçsüz tarafa yüklendiği yahut genel işlem koşulunu kullanan güçlü tarafın, sorumluluklarını güçsüz tarafa aktardığı görülmektedir⁴.

6. Güçsüz taraf; genel işlem koşullarından oluşan önceden, tek taraflı olarak hazırlanmış bu sözleşmeye müdahale edememekte, sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek ya da sözleşmeyi akdetmemek seçeneği arasında kalmaktadır. Nitekim güçsüz tarafa sözleşmeyi inceleme fırsatı verildiğinde dahi entelektüel zayıflığı ve hukuk alanındaki bilgi eksikliği kendini göstermekte, güçsüz tarafın pek çok sayfadan

² Küçükyalçın, **a.g.m.**, s. 106.

³ Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, **Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Reyagan Kender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul 2007, s.1.

⁴ Atamer, **a.g.e.**, s. 291, 292.

oluşan sözleşmeyi okuması, sözleşme maddelerini değiştirme iradesini ortaya koyması pek mümkün olamamaktadır. Gücsüz tarafın, muhatap olduğu işletmeden başka bir işletmeye başvurması karşısında da benzer şekilde genel işlem koşullarından sözleşmelerle karşılaşması, gücsüz tarafı hakkaniyete aykırı durumlarla baş başa bırakmaktadır. Bunu önlemek maksadıyla Türk mevzuatında eksikliği çok büyük ölçüde hissedilen genel işlem koşullarına ilişkin açık düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu içinde yer verilmiştir.

7. Genel işlem koşullarının denetiminin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında özellikle yürürlük, yorum, içerik denetimi üzerinden yapıldığı, denetim sonucu ortaya çıkan boşluğun hakim tarafından doldurulduğu ve hakim müdahalesi ile hakkaniyetin sağlandığı görülmektedir.

8. TBK kapsamında yapılan düzenlemede; yabancı mevzuat göz önünde bulundurulmuş, düzenleme, Alman Hukuku ve Avrupa Birliği Yönergesine benzer şekilde oluşturulmuştur. Ancak bu benzerliğe karşın Türk mevzuatındaki düzenlemenin, yabancı mevzuat ile birebir uyumlu olduğundan da bahsedilmesi mümkün değildir. TBK içerisinde genel işlem koşulları ve denetim yolları şeklinde yer verilen düzenlemede; özellikle içerik denetimi yapılırken, açık düzenlemenin tesisinden önce faydalanan Borçlar Kanunu'ndaki temel ilkelerden dürüstlük kuralının temel ölçüt olarak değerlendirildiği görülmektedir.

9. Genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı aynı veya benzer nitelikteki hukuki ilişkilerde kullanmak üzere önceden hazırladığı, tek yanlı, karşı tarafa müdahale hakkı vermeyen sözleşme şartlarıdır. Ancak genel işlem koşulunun unsurlarının belirtildiği madde içeriğinde; önceden tek başına hazırlanmış olma, ileride pek çok sözleşmede kullanmak üzere hazırlanmış olma, karşı tarafa sunma gibi özelliklere yer verilmiş ancak bu özelliklere karşı tarafa müzakere imkanı vermeme, pazarlık imkanından yoksunluk gibi hususlar eklenmemiştir⁵. “Evet ama” deme imkanı tanımayan sözleşmelere karşı bireyin korunması gerektiği, maddenin gerekçesinde⁶ belirtilmiş, ayrıca kimi yazarlarca müzakere ve pazarlık imkanından

⁵Kuntalp, a.g.e., s. 25; Nihat Yavuz, **Değişiklikler ve Yenilikler**, s. 65.

⁶T.C. Adalet Bakanlığı, **Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa**, a.g.e., s. 106.

yoksunluk ilkesinin madde içeriğine eklenmesi gerektiği eleştirisine yer verilmiştir. Pazarlık imkanının karşı tarafa tanınmamış olmasının; bir sözleşme hükmünü, GİK olarak nitelendirmede önemli unsur olduğunu kabul etmek gerektiği ifade edilmiştir⁷. Özellikle güçsüz tarafça pazarlık edilmek suretiyle önceden tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşme şartlarının bireysel sözleşmeye dönüşebileceği dikkate alındığında pazarlık imkanının sunulduğu ve pazarlığın gerçekten yapıldığı bir sözleşme şartı açısından artık şartın GİK niteliğinde olmadığı bireysel sözleşme niteliğinde olacağı unutulmamalıdır⁸.

10. Genel işlem koşulları, hangi tip sözleşme olduğu fark etmeksizin bir tarafın şekillendirdiği ve karşı tarafın etkisi, katkısı olmadığı sözleşme şartlarıdır. Genel işlem koşullarının varlığı için; bunların sözleşme kurulmadan el yazısı, daktilo, bilgisayar yoluyla yazıya dökülmüş olması ya da sözleşmeyi hazırlayan tarafından belirlenmiş olması yeterlidir. Tek başına, sözleşmenin kurulmasından önceden hazırlanmış ya da hazırlanmış olma aranmaktadır. Önceden hazırlanmış bu sözleşmeler, ileride kurulacak aynı özellikteki birden fazla sözleşmenin kurulması için soyut, tek yanlı şartlar içermektedir. Burada hazırlanan, müzakere amacıyla oluşturulmuş bir sözleşme taslağı değil; bilakis imzaya hazır, sözleşmenin türüne göre taraf, meblağ ya da taksit sayısının belli olmadığı, sözleşmeyi kuracak karşı tarafı “evet ya da hayır” seçeneğine mahkum eden, “evet, ama” deme imkanı bulunmayan sözleşmelerdir. Sözleşmenin birden fazla hukuki ilişkide kullanılmak amacıyla kaleme alınmış olması gerektiği doktrinde genel olarak kabul edilen görüştür⁹. Nitekim Kanunda da “amaç” ifadesine özellikle yer verilmiştir.

⁷ Özellikle Avrupa Birliği hukukunda bir şartı GİK olarak belirlemede (denetlemede) en önemli kıstas pazarlık imkanının tanınıp tanınmadığıdır. Türk mevzuatındaki düzenlemenin, Avrupa Birliği Yönergesinden ayrılan en önemli yönü de budur.

⁸ “Pazarlık yapılan bir sözleşmede bir kişinin aleyhine hükümlerin varlığı halinde, o kişinin haklarının haleldar olması ancak aşırı yararlanmanın mevcut olması halinde mümkün olabilecektir.” Aynı şekilde alınmıştır. Kuntalp, **a.g.e.**, s.26.

⁹ Atamer, **a.g.e.**, s.65-68.

12. Genel işlem koşullarının denetlenmesi gereğinin sebebi; gerekçede de yer aldığı üzere “Borçlar Hukuku’nun temeline bireysel sözleşme¹⁰ modelini yerleştirmek”¹¹. Bireysel sözleşmeler için sözleşme özgürlüğü; karşı tarafı seçme, sözleşme içeriğini serbestçe belirleme hakkını ifade ederken; kitlesel sözleşmelerde ise karşı tarafa, sözleşmeyi küll olarak kabul edip etmeme noktasında bir seçenek sunmaktadır. Nitekim çoğu zaman genel işlem koşullarıyla karşılaşan tarafın; söz konusu hizmeti, malı alma zorunluluğu, sözleşmeyi kabul edip etmeme seçeneğinin varlığını sorgulamamıza sebep olmaktadır.

13. Yürürlük denetiminde; GİK niteliğindeki sözleşme hükmünün sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığı, söz konusu GİK’in güçsüz tarafça benimsenip benimsenmediği tespiti çalışılır. Bu kapsam da esas alınacak ölçüt, güçsüz tarafın sözleşmenin kurulmasından önce uyarılmış, sözleşmeyi inceleme imkanının fiilen sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu imkanların sunulmaması karşısında; GİK kullanan işletmenin genel olarak hep genel işlem koşullarından oluşan sözleşmeler kullanıyor olması ya da bu nitelikte sözleşmelerin kullanılıyor olmasının örf, adet, teamül olması gerekçeleriyle genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Ayrıca GİK kullananın, güçsüz tarafa sunduğu genel işlem koşulunun kolayca anlaşılabilir, incelenebilir olması da esastır¹².

Yürürlük denetiminde dikkate alınması gereken bir diğer husus ise genel işlem koşulları içeren sözleşmede beklenilmeyen, şaşırtıcı hükümlerin; sözleşme içeriğine dahil olmuş sayılmayacağıdır¹³.

¹⁰“Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanunu’nun 1’inci ve devamı maddelerin anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin, her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimi yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işlemleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler, bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukuki işlemleri düzenlemektedirler.” Aynı şekilde alınmıştır. Cevdet Yavuz, **a.g.e.**, s.2052.

¹¹Cevdet Yavuz, **a.e.**, s.2052.

¹²Atamer, **a.g.e.**, s. 293.

¹³Atamer, **a.e.**, s. 293.

14. Genel işlem koşullarının denetiminde ikinci aşama ise yürürlük aşamasından geçerek sözleşme içeriği haline gelen hükümlerin yorum denetiminden geçirilmesidir. Burada esas olan sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının, bunları kullanan aleyhine, güçsüz taraf lehine olacak şekilde yorumlanmasıdır. Sözleşme içerisinde bireysel sözleşme niteliğindeki düzenlemelerin, taraf iradelerine itibar edilerek öncelikle uygulanması gerekmektedir. Bireysel sözleşmenin mevcut bulunmadığı hallerde ise tarafların ortak iradesi bulunmaya çalışılacak ve bu yapılırken aleyhe yorum ilkesi dikkate alınacaktır¹⁴.

15. Bazı hallerde yürürlük ve yorum denetiminden geçmiş olmasına karşın genel işlem koşulunun hakkaniyeti sağlayamadığı, taraflardan birinin menfaatini aşırı derecede zedelediği görülmektedir. Bu nitelikteki genel işlem koşulunun hakim tarafından içerik denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Burada hakim hakkaniyeti sağlayacak, dürüstlük kuralına uygun olacak şekilde genel işlem koşulunun içeriğini, anlamını sorgulayacaktır. İçerik denetiminden geçemeyen GİK yazılmamış sayılacaktır¹⁵.

16. Türk Borçlar Kanunu 20-25 arasındaki maddeler sayesinde denetim yolları açıkça düzenlenmiş olmaktadır. Belirtilen denetim yollarının kullanılması ile sözleşme özgürlüğünün taraflardan biri açısından ciddi şekilde zedelendiği vakalarda, Türk hakiminin adalet ve hakkaniyeti sağlamak açısından artık elinde açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda Özel Hukukun temel prensiplerini sarsarak adaletsiz ve hakkaniyet duygusundan yoksun sözleşmeler kurulmasına yol açan genel işlem koşullarının, sözleşmeden ayıklanmasını sağlayan Türk Borçlar Kanunundaki açık düzenlemenin yani hukukumuzdaki büyük bir boşluğu dolduran 20 ile 25 arasındaki maddelerin değeri büyüktür¹⁶.

¹⁴Atamer, **a.g.e.**, s. 294.

¹⁵ Atamer, **a.e.**, s. 294.

¹⁶Akman, **a.g.e.**, s. 98.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, BATİDER, Cilt XXI, Sayı 4, Haziran 2002 (Kısaltma: BATİDER)
- Akipek, Şebnem **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999 (Kısaltma: Tüketici Kredisi)
- Akipek, Şebnem / Küçükgüngör, Erkan **Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2002 (Kısaltma: Sözleşmeler Rehberi)
- Akman, Galip **Sorumsuzluk Anlaşması** Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- Akyol, Şener **Banka Sözleşmeleri Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan**, Afa Matbaacılık İstanbul 2001(Kısaltma: Banka Sözleşmeleri)
- Akyol, Şener **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995 (Kısaltma: Borçlar Hukuku)
- Akyol, Şener **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006 (Kısaltma: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması)
- Akyol, Şener **Medeni Hukuka Giriş-Prof. Dr. Bülent Köprülü Anısına Armağan**, İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, (Kısaltma: Medeni Hukuka Giriş)
- Akyol, Şener **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Kısaltma: Sözleşmenin Yorum)
- Altop, Atilla **“Sözleşme Hukukunda Genel İşlem Koşulları”, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Cumartesi Forumları-I 2007**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Kısaltma: Cumartesi Forumları)

- Altop, Atilla “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, **Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof . Dr. Reyagan Kender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul 2007, s. 254-260 (Kısaltma: Armağan)
- Altop, Atilla “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, Derleyen M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul 2012 (Kısaltma: Sempozyum-Genel İşlem Koşulları)
- Arıkan, Mustafa “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No:III**, Turhan Kitabevi, 2011
- Aslan, İ. Yılmaz **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2010
- Atamer, Yeşim M. “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Yeni Borçlar Kanunu Taslağı m. 18a-f” **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004 (Kısaltma: Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan)
- Atamer, Yeşim M. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK. M .55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8 Nisan 2011, s. 9-73. (Kısaltma: Sempozyum)
- Atamer, Yeşim M. **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, Beta Basım, İstanbul 2001

- Atamer, Yeşim M. **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İTO Yayınları, İstanbul 2001 (Kısaltma:Tacirlerin Korunması)
- Atamulu, İsmail **Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yüğü**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1, 2018
- Ateş, Derya **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007
- Aybay, Aydın **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 11. Baskı, İstanbul 1995
- Aydın, Sema “Alım Satım Aracılık Sözleşmesinde Yer Alan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, Haziran 2008, (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/11931>, 13.02.2019, s. 101-123.
- Aydoğdu, Murat “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 1, İzmir 2013 (Kısaltma: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan)
- Ayrancı, Hasan **Ön Sözleşme**, Yetkin Basım Yayım, Ankara 2004
- Bahtiyar, Mehmet “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Makaleler I**, Beta Basım, 1. Baskı, İstanbul 2008 (Kısaltma: Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması)
- Bahtiyar, Mehmet “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, **BATİDER**, Aralık 1997, Cilt 19, Sayı 2, s. 89-108. (Kısaltma: BATİDER)
- Barlas, Nami “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul 2001

- 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**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 221-238. (Kısaltma: Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan)
- Başalp, Nilgün **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi (Kısaltma: Sorumsuzluk Anlaşmaları)
- Battal, Ahmet **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001
- Baykal, Murat “Banka Kredi Sözleşmesi”, **BATİDER**, Haziran 2002, Cilt XXI, Sayı 3
- Baykan, Renan **Tüketici Hukuku- Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri**, İTO Yayını, İstanbul 2004 (Kısaltma: Tüketici Hukuku)
- Baykan, Renan **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri**, İTO Yayını, Yayın No: 2008-27 (Tüketici Kanunu Çözüm Önerileri)
- Baysal, Başak **6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018
- Bigat, Şevket “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Süpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamalı Koşullar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 83, Sayı 6, 2009-İstanbul, s. 3147-3157.
- Günay / Lokmanoğlu, Ensar **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004
- Buhur, Oğuzhan **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004
- Cansel, Erol / Özel, Çağlar **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, (Çevrimiçi) <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-%C3%87.-%C3%96ZEL.pdf>, 25.05.2019.

- Çelik, Çelik Ahmet “Yolcu Taşımalarında ve Trafik Kazalarında Sorumluluğunun Kaldırılması ve Hafifletilmesi Yasağı”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 70, Ekim 2008
- Çetin, Nusret / Töremiş, H. Ebru “ Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, **Gazi Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XII, 2008 Sayı 1-2, (Çevrimiçi) <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/12-4.pdf> ,
- Çınar, Ömer **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009
- Demir, Mehmet **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- Dursun, Sanem Aksoy **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2008
- Edis, Seyfullah **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6.Basım, Ankara 1997
- Ekinci, Mustafa **Açıklamalı-Gerekçeli 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2006
- Engin, Baki İlkay “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, **Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul 2010, s. 75-100.
- Eren, Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2010
- Erişir, Evrim “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014
- Ersöz, Oğuz “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanma Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 3, Sayı 1, Haziran

2017, s. 69-104.

- Erten, Ali **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara-1977
- Esener, Turhan **Hukuk Başlangıcı-Genel Hukuk Bilgisi**, 7. Baskı, Alkım Yayınevi, 2004
- Gezder, Ümit **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, Beta Basım, 1. Bası, 2006 (Kısaltma: Mesafeli Sözleşmeler)
- Gezder, Ümit **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, Beta Basım 1. Bası, İstanbul 1998 (Kısaltma: Tüketici Kredisi)
- Gülerci, Altan
Fahri “Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1 Yıl 2015, s. 87- 128.
- Güenal, Vural **Bankacılık Hukukuna İlişkin Esaslar**, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2008
- Güngör, Gülin **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Yetkin Yayınları, 2000
- Gürzumar, Osman
Berat **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması**, Beta Basım, İstanbul 1995
- Hamamcıoğlu,
Gülşah Vardar “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXVIII, Sayı 1-2, 2010, s. 275- 304.
- Hatemi, Hüseyin **Medeni Hukuk’a Giriş**, Vedat Kitapçılık, Gözden geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 2011 (Kısaltma: Medeni Hukuk)
- Hatemi, Hüseyin /
Gökyayla, Emre **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- Havutçu, Ayşe **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003

- Işıқтаç, Yasemin **Hukuk Başlangıcı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010 (Kısaltma: Hukuk Başlangıcı)
- Işıқтаç, Yasemin **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992 (Kısaltma: Örf ve Adet Hukuku)
- Işıқтаç, Yasemin **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007 (Kısaltma: Sözleşme)
- İnal, Tamer **Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, Beta Basım, İstanbul 2002 (Kısaltma: Tüketici Kredisi)
- İnal, Tamer **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, Kazancı Kitap, İstanbul 2004 (Kısaltma: Borca Aykırılık)
- İnceoğlu, Mehmet Murat “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım, İstanbul 2000, s. 391- 429.
- İşgüzar, Hasan **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- Kalkan, Burcu **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004
- Kaplan, İbrahim “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, 1991, Cilt 16, Sayı 2 (Kısaltma: Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları)
- Kaplan, İbrahim “Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması”, **BATİDER**, Aralık 1987, Cilt 14, Sayı 2 (Kısaltma: Yorum ve Tamamlama)
- Kaplan, İbrahim **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, İmaj Yayınevi, Ankara 2001 (Kısaltma: **Borçlar Hukuku Dersleri**)
- Karadağ, Özgür **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

- Karahasan, Mustafa Reşat Kaşak, Esra **Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler- Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat**, Beta Basım, İstanbul 2003
- Kaşak, Esra “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 2012, s. 415- 430.
- Kayar, İsmail “Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Arttırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1 Sayı:2 Aralık 1997, (Çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/aditor/d_yazi/cilt_1_sayi_2.pdf#page=88, 12/09/2011.
- Keskin, Bayram **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arkan Basım, 2007
- Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 14. Bası, Ankara 2011
- Kırca, İsmail **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2000
- Koca, Güneş “Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri”, **Mevzuat Dergisi**, Eylül 2005, Sayı 93
- Kocaman, Arif B. “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt I, Beta Basım, 1. Baskı, İstanbul 2003, s. 1085- 1127.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme-Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014

- Kostakoğlu,
Cengiz **Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar Akreditif**, Beta Basım, 6. Bası, İstanbul 2010
- Kuntalp, Erden / **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Beta Basım, İstanbul 2005
Barlas, Nami /
Moralı, Ahu
Ayanoğlu /
Işintan, Çavuşoğlu
Pelin / İpek,
Mehtap / Yaşar,
Mert / Koç, Sedef
Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün
Arzu Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 53.4, 2004, s. 101-124 (Çevrimiçi)
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04-Kucukyalcin.pdf>, 12/09/2011
- Morin, Ariane “Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri”, **Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul 2010, s. 33-74.
(Çeviren: Dağlı, Ruzin)
- Nerad, Hasan “Bankaların Genel İşlem Şartları Şeklinde Düzenledikleri Kredi Sözleşmelerinin Özellikleri ve Hükümleri”, **Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu-Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili**, Yayına Hazırlayan-Ali Cem Budak, Sanat Matbaacılık, 1993
- Nomer, Haluk N. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Beta Basım, 2011
Oftinger, Karl / **Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal**

- Jeanpretre, Raymond
Oğuzman, M.
Kemal /M. Öz, Turgut
Okumuş, Selmani
Özbay, Çiğdem
Özel, Çağlar
Özel, Çağlar
Parlak Börü, Şafak
Rehbinder, Manfred
Reisoğlu, Safa
Reisoğlu, Seza
- Mahkeme İçtihatları**, Çeviren Kemal Dayınlarlı, Dayınlarlı Matbaası, 2. Bası, Ankara 1990
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul 2015,
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015
- Aracı Kurumlar Tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması**, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999
- “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, **Sosyo Ekonomi Dergisi**, Ocak Haziran 2006-I Basısı (Kısaltma: Genel İşlem Koşulları)
- Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Aralık 1998 (Kısaltma: Geri Alma Hakkı)
- “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1644>, 25.05.2019, s. 195- 228.
- “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması-Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne”, Çeviren Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 42.1-4, s. 641-653. (Çevrimiçi) <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/4570/4162>, 12/09/2011
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011
- “Yeni Türk Borçlar Kanununun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, **Bankacılar Dergisi**, Sayı 79-2011, s.

40- 68.

- Ruhi, Ahmet **Sözleşmeler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011
- Cemal
- Saban, Nihal **Franchising ve Vergilendirme**, Beta Basım, İstanbul 1997
- Sağlam, İpek **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007
- Sarıakçalı, Turgay **İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008
- Seliçi, Özer **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977
- Serozan, Rona “Yeni Borçlar Kanunu’nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler”, **Prof. Dr. Şener Akyol’ a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 663- 672. (Kısaltma: Armağan)
- Serozan, Rona **Medeni Hukuk-Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2008 (Kısaltma: Medeni Hukuk)
- Sözer, Bülent **Elektronik Sözleşmeler**, Beta Basım, 1. Baskı, 2002 İstanbul
- Sözer, Bülent “Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, Yayın No: 10, İstanbul 2007 (Kısaltma: Taşıma Sözleşmesi)
- Sungurbey, İsmet **Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak, Diledikleri Oranda Arttırma Yetkisi Veren Maddelerin, Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd**, S.E.S Matbaacılık, İstanbul, 1994
- Sungurbey, İsmet **Türkiye’de Bankaların İçyüzü**, Devrim Basımevi, Çorlu 1994
- Şeker, Muzaffer “6098 Sayılı Borçlar Kanununda Düzenlenen Değişirme Yasağı Başlıklı 24. Maddenin Değerlendirilmesi ve Kaldırılma

- İmkânı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2016 (Değiştirme Yasağı)
- Şeker, Muzaffer **Yazılmamış Sayılma (BK. M. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015
- Şirin, Memduh Cemil **Yargı Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Sona Erme Halleri**, İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006
- T.C. Adalet Bakanlığı **Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa-Türk Borçlar Kanununun Hazırlanma Aşaması ve Getirdiği Yenilikler 818 sayılı Kanunla Karşılaştırma Metni ve Gerekçeleri**, Ankara 2011
- Tebbens, H. Duintjer **Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades, “Statutory Controls On Standard Terms Employed In An Inter-national Context: Is The Cure Worse Than The Disease?”**, Asser Instituut, The Hauge 1983, s.34, (Çevrimiçi)
http://books.google.com.tr/books?id=kwoDgxWrcG4C&pg=PA32&lpg=PA32&dq=the+dutch+general+conditions+bill+1981&source=bl&ots=OGPDGQyj64&sig=b_5VqCqCvtTCzPAUcZSUW2ES-Y4&hl=tr&sa=X&ei=RgOZT7ihH8fR4QTR26XFBg&ved=0CB0Q6AEwAA#v=onepage&q=the%20dutch%20general%20conditions%20bill%201981&f=false
- Tekinalp, Ünal **Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Burcuoğlu, Haluk

/ Altop, Atilla

Topçuoğlu, Metin “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, Y. 2015, Sayı 4

Tunçomağ, Kenan **Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler**, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1976

Uluslan, M. İlhan “Genel İşlem Şartlarında Özellikle Tüketicini Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C3, 2004: 1-2. (Çevrimiçi)
http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GunceHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf, 29/03/2012

Uygur, Turgut **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

Uyumaz, Alper “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, İzmir 2007

Üçer, Mehmet “Roma Hukuku’nda Laesio Enormis Ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, s. 521- 542, (Çevrimiçi)
<https://docplayer.biz.tr/36243164-Roma-hukuku-nda-laesio-enormis-ve-karsilastirmali-hukuk-acisindan-gabin.html>, 01.07.2019

Westbrook, Raymond “**The Origin of Laesio Enormis**”, (Çevrimiçi)
<http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2008/03.Westbrook.pdf>, 01.07.2019

Yavuz, Cevdet “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan Cilt II**, Vedat Kitapçılık,

İstanbul 2007

- Yavuz, Nihat “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (TBT) İle Karşılaştırmalı olarak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki (TKHK) Geri Alma Hakkı Üzerine Genel Açıklamalar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2008 (Kısaltma: Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan)
- Yavuz, Nihat **Açıklamalı-Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011(Kısaltma: Değişiklikler ve Yenilikler)
- Yavuz, Nihat **Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartları)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009 (Kısaltma: Haksız Şartlar)
- Yavuz, Nihat **Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Kartal Yayınevi, Ankara 2007 (Kısaltma:Şerh)
- Yener, Mehmet **Kredi Açma Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Deniz İstanbul 2008
- Yıldız, Mustafa **Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Göktürk **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2015
- Yılmaz, Abdüssamet
- Zevkliler, Aydın / **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Aydoğdu, Murat Ankara 2004
- Zimmerman, Reinhard **The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, New York, 1996 (<http://www.igdas.com.tr/WebAbonelik/Sozlesme/SozlesmeForm.aspx?MI=7&CMI=187&MCI=153>)
<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>
http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu

_2003_4_693.php

www.kazanci.com

