

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ
YARGISAL DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Nehir ARABACI

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Mehmet Ünal

ANKARA- 2018



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 21/02/2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : Nehir ARABACI

Öğrencinin Numarası : 21410239

Anabilim Dalı : Hukuk

Programı : Özel Hukuk Tezi Yüksek Lisans

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Mehmet Ünal

Tez Başlığı : Genel İflas Kurullarının Yargısal Denetimi

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 104.. sayfalık kısmına ilişkin, 09 / 06 / 2017 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitın..... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % ..20.....'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:
Nehir Arabacı

Onay

21 / 02 / 2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Prof. Dr. Mehmet Ünal

KABUL VE ONAY SAYFASI

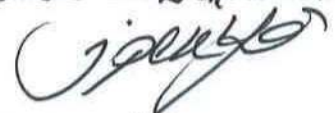
Nehir Arabacı tarafından hazırlanan Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi: 15/02/2018

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu): İmzası

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Mehmet İNAL - Baskent Üni. 

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Mehmet KILIÇ - Yıldırım Beyazıt Üni. 

Jüri Üyesi : Doç. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK - Baskent Üni. 

Onay Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../20....

Prof. Dr. İpek KALEMÇİ TÜZÜN

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	V
KAYNAKÇA.....	VII
ÖNSÖZ.....	1

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI	3
§1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ	3
§2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	5
§3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....	6
I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU	6
II. ALMAN HUKUKU	8
III. İSVİÇRE HUKUKU.....	9
IV. TÜRK HUKUKU	11
§ 4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI	13

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, SÖZLEŞMENİN UNSURLARI, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE SINIRLAMALARI.....	16
§5. SÖZLEŞME VE SÖZLEŞMENİN UNSURLARI	16
I. SÖZLEŞMENİN TANIMI	16
II. UNSURLARI	17
A.SÖZLEŞMENİN TARAFLARI.....	17
B. KARŞILIKLI İRADE BEYANLARI	17
C. İRADE BEYANLARININ BİRBİRLERİNE UYGUNLUĞU.....	18
§6. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ	19

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARI TANIMI, UNSURLARI VE HAKSIZ ŞART

KAVRAMI	23
§ 7. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER	23
I. GENEL OLARAK.....	23
II. BİREYSEL (FERDİ) SÖZLEŞME VE STANDART SÖZLEŞME AYRIMI.....	24
III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI	26
IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI.....	27
A. BİR SÖZLEŞMENİN BULUNMASI.....	28
B. SÖZLEŞMENİN TARAFLARIN BİRİSİNCE HAZIRLANMASI.....	29
C. SÖZLEŞMENİN İLERİDE ÇOK SAYIDA BENZER İŞLEMLERDE KULLANMA AMACI TAŞIMASI.....	29
D. SÖZLEŞMEYİ HAZIRLAYAN TARAFINCA SÖZLEŞME METNİNİN DİĞER TARAFA SUNULMASI.....	31
V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	31
A. NORM TEORİSİ.....	31
B.SÖZLEŞME TEORİSİ.....	32
§ 8. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ BİREYSEL ANLAŞMAYA DÖNÜŞMESİ	36
§ 9. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA ÖNEMİ OLMAYAN HUSUSLAR	36

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİM TÜRLERİ VE YARGISAL

DENETİMİ.....	38
§ 10. DENETİM TÜRLERİ	38
I. GENEL OLARAK.....	38
II. İDARİ DENETİM	39
III. YARGISAL DENETİM.....	41
§ 11. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ	42
I. GENEL OLARAK.....	42
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİREBİLMESİ İÇİN GEREKLİ OLAN UNSURLAR.....	44
A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ VARLIĞI HAKKINDA BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	44
B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİĞİNİN ÖĞRENME İMKANI SAĞLANMASI	46

C. KABUL BEYANI.....	48
1. Açık (Sarih) Kabul Beyanı.....	49
2. Örtülü (Zımnî) Kabul Beyanı.....	49
3. Global Kabul Beyanı.....	51
III. ŞAŞIRTICI KOŞUL DENETİMİ.....	53
IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YAZILMAMIŞ SAYILMASI.....	56
A. GENEL OLARAK.....	56
B. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	57
1. Yazılmamış Sayılmanın İptal Yaptırımı Açısından Değerlendirilmesi.....	58
2. Yazılmamış Sayılmanın Kesin Hükümsüzlük Açısından Değerlendirilmesi.....	58
3. Yazılmamış Sayılmanın Kısmi Kesin Hükümsüzlük Açısından Değerlendirilmesi.....	59
4. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Açısından Değerlendirilmesi.....	60
C. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	60
V. TEK YANLI OLARAK DEĞİŞTİRME YASAĞI.....	62
§ 12. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUM (SAYDAMLIK) DENETİMİ.....	64
I. GENEL OLARAK.....	64
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA YORUMUN UNSURLARI.....	67
A. AÇIK VE ANLAŞILIR OLMA.....	67
B. BİRDEN ÇOK ANLAMA GELME.....	67
III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMUNDA İZLENECEK YÖNTEMLER.....	68
A. BELİRSİZLİK İLKESİ.....	68
B. SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF YORUM YÖNTEMLERİ.....	70
C. DARALTICI YORUM İLKESİ.....	71
§ 13. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ.....	72
I. GENEL OLARAK.....	72
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİNDE YARARLANILABİLECEK BAZI HUKUKİ OLANAKLAR.....	74
A. DÜRÜSTLÜK KURALI.....	74
B. AHLAKA AYKIRILIK.....	75
C. AŞIRI YARARLANMA (GABİN).....	77
D. EDİMİ TEK TARAFLI BELİRLEME YETKİSİ.....	78
§ 14. KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK KAVRAMI VE İÇERİK DENETİMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	79
§ 15. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI.....	81

§16.GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN DENETİMİN KAPSAMINA KİMLERİN GİRECEĞİ	
SORUNU	83
§17. HAKSIZ ŞARTI KAVRAMI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER.....	86
I. GENEL OLARAK.....	86
II. HAKSIZ ŞARTLARIN TANIMI VE UNSURLARI.....	86
A.TANIMI.....	86
B. HAKSIZ ŞARTIN UNSURLARI.....	87
1.Tüketici ile Müzakere Edilmeme.....	87
2.Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturma.....	88
III. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE HAKSIZ ŞARTLARIN KARŞILAŞTIRILMASI	90

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ USUL HUKUKU AÇISINDAN

DEĞERLENDİRİLMESİ	94
§18 YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ.....	94
§19. YETKİ SÖZLEŞMESİ (YETKİ ŞARTI)	95
§20. DELİL SÖZLEŞMELERİ	98
§21. İSPAT YÜKÜKÜN YER DEĞİŞTİRDİĞİ HÜKÜMLER	99
SONUÇ.....	101

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	:Cilt
BGB	:Alman Medeni Kanunu
Bkz. (bkz.)	:Bakınız
E.	:Esas
F.	:Fıkra
GiŞ/GİK	:Genel İşlem Şartları/ Koşulları
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KİBB	: Kazancı İctihat Bilgi Bankası
m.	:Madde
N.	:Kenar Numarası
T.	:Tarih
TMK	:Türk Medeni Kanun
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve devamı
Y.	:Yıl
Yarg.	:Yargıtay

YD :Yargıtay Dergisi
Y.HD :Yargıtay Hukuk Dairesi
YKD :Yargıtay Kararlar Dergisi
YİBK :Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı



KAYNAKÇA¹²

- Açıkgöz, Osman;** Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, *Doktora Tezi*, İstanbul 2012.
- Akçaal, Mehmet;** Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, Y. 2014, Sa. 1.
- Akipek, Jale/
Akıntürk, Turgut/
Karaman, Ateş, D.;** Türk Medeni Kanunu Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2009.
- Akipek, Şebnem;** Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, 3. Baskı, Ankara 1999.
- Antalya, Gökhan;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- Arıkan, Mustafa;** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 69-74.
- Atamer, Yeşim M.;** Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlandırması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 1999 (Atamer, Sözleşme).
- Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F.1, (f) Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyum, Bildiriler- Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 7-73 (Atamer, Karşılaştırma).
- Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Bazı Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2005, Cilt LXIII, Sa. 1-2, s. 171 vd.
- Atamer, Kerim;** Tacirler Arasındaki Sözleşmelere, Genel İşlem Koşulları ile İlgili Hükümler Uygulanır mı? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (23 Aralık 2016), Ankara 2017.

¹ Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

² Dipnotlarda virgülden sonra kullanılan ve önünde herhangi bir kelime veya işaret bulunmayan rakamlar, sayfa numaralarını gösterir.

- Aybay, Aydın;** Borçlar Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 1981.
- Aydoğdu, Murat;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sa.: 2, 1. Baskı, 2011 (Aydoğdu, Uygulama).
- Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, 1. Baskı, İzmir, 2014.
- Baş, Ece;** Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, İstanbul 2013.
- Başalp, Nilgün;** Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2011.
- Bilge, Necip;** Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 28. Baskı, Ankara 2010.
- Başpınar, Veysel;** Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara Barosu Dergisi 1999, S. 1, s. 17-37.
- Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Camcı, Sinem;** Genel İşlem Koşulları, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2014.
- Çınar, Ömer;** Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Değirmencioğlu, Huriye, R;** Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.
- Eren, Fikret;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- Erişir, Evrim;** Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi, Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sa. 2014.
- Güven, Kudret;** Kişilik Hakları ve Ötenazi, 1. Baskı, Ankara, Ocak, 2000.

- Havutçu, Ayşe;** Açık İçerim Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- Kara, Sencer, M.;** Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2.
- Karadağ, Özgür;** Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014.
- 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 Yıl 2012, s. 415-429.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2012.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan;** Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- Koca, Güneş;** Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip;** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem-Sözleşme, İstanbul 2010.
- Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı,** İstanbul 1968.
- Kuntalp, Erden;** Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8 Nisan 2011,s. 79-102.
- Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,** Ankara, 2012.
- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Taşpınar Ayvaz, Sema;** Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Nomer, Haluk, N;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Oğuz, Cemal;** Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, *Doktora Tezi*, Ankara, 1993.
- Oğuzman, Kemal M./
Öz, Turgut M.;** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Ankara, 2017.

- Öz, Turgut;** Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002.
- Pekcanitez, Hakan**
Atalay, Oğuz
Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014.
- Reisoğlu, Seza;** Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi,
https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc.
- Serozan, Rona;** “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, YHD., C. XV S. 173/4, İstanbul 1996, s. 579-598.
- Serozan, Rona/**
Kocayusufpaşaoğlu, N./
Hatemi, Hüseyin/
Arpacı, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014.
- Sirmen, A. Lâle;** Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 8 Nisan, 2011, s. 107-134.
- Şeker, Muzaffer;** Yazılmamış Sayılma, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- Şimşek Fırat, Ayşe;** Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi, *Doktora Tezi*, İzmir 2011.
- Tekinalp, Ünal;** Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 120-160.
- Tekinay, Selâhattin S./**
Akman, Sermet/
Burcuoğlu, Haluk/
Altıp, Atilla; Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul 1985.
- Topak, Süleyman;** Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları, TBB Dergisi, İstanbul, 2016, s. 282-314.
- Ulusay, İlhan;** Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013.
- Yağcıoğlu, Ali, H.;** Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (Uwg Art. 8), Journal of Yaşar University, 8.Özel (2013), s. 3065-3066.

Yavuz, Selçuk; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007.

Yavuz, Cevdet/

Acar, Faruk/

Özen, Burak;

Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul 2016.

Yelmen, Adem;

Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

Yeniocak, Umut;

Borçlar Kanunlarına Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi 2013.

Yıldırım, Abdülkerim; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047 (Yıldırım, Tüketici).

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

ÖNSÖZ

Günümüzde sözleşmenin kurulmasında egemen olan, karşılıklı yapılan öneri ve kabul aşamalarından oluşan tarafların birlikte istişareleri neticesinde hazırlanan bireysel sözleşme anlayışı terk edilmektedir. Banka hesabı açtırıldığında, abonelik sözleşmesi yaparken, otobüs bileti satın alırken bile standart sözleşme tipleriyle karşılaşmaktayız. Bu tür sözleşmelerde özellikle sözleşmenin ifasında anlaşmazlık çıktığı durumda, zayıf tarafa her türlü sorumluluğu ve ispat külfeti yükleyen, yetkili mahkemeyi belirleyen, ilerde yapılacak her türlü değişikliği önceden karşı tarafa kabul ettiren bir yapı mevcuttur.

Makinelerin üretime geçtiği, işlerin hızlandığı ve yoğunlaştığı dönemde ihtiyaçları karşılamak için ortaya çıkan bu sözleşme türü ile ekonomik hayatı hızlandırarak, pazarlık yapma ihtimalini en aza indirmeyi hedeflemiştir. Her ne kadar toplum hayatına pratiklik ve fonksiyonellik katsa da, hukuki anlamda büyük sorunları da beraberinde getirmiştir.

Standart sözleşme tipleri içerisinde yer alan genel işlem koşulları içeren hükümler Türk Borçlar Kanununda' da yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir ürünü olarak ortaya çıksa da, toplumda ekonomik, sosyal ve kültürel eşitsizliği yaratmış olup, bu eşitsizlik nedeniyle, sözleşmenin iki tarafının da farklı menfaatlerini dengelemek için yeni kurallar yaratmak düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır.

Bu sözleşme tipinde asıl sorun, arz ve taleplere mümkün olabildiğince cevap vermek için bir tarafın sürekli yapmak istediği bir sözleşmeyi, istemediği şartlarla yapmak zorunda kalmasıdır. Yani sözleşmenin bir tarafı her zaman sözleşmeyi istediği gibi yapma özgürlüğünü kullanamamaktadır. Bu sorunlara binaen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda genel işlem koşulları ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ve hukuki açıdan belirli sorunlara ışık tutmak hedeflenmiştir.

Tez konusu olarak genel işlem koşullarının yargısal denetiminin seçilmesinin nedeni, konunun yukarıda anlatılan gibi hayatın içinden ve son derece güncel bir konu olması, uygulamada işlevsel bir öneminin bulunması ve yoğun hukuki sorunlar içermesidir.

Tezimizin bu kapsamda inceleme konusunu sözleşme içerisinde kullanılan genel işlem koşullarının hangi yargısal denetim mekanizmalarıyla denetlendiğinin tespitini yapmak ve genel işlem koşulu kullanımını sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir.

Tezimiz dört bölüm ve bir sonuçtan meydana gelmektedir. Birinci bölümde, sözleşme tanımı yapılmış, genel işlem koşulları ile yakından ilgili sözleşme özgürlüğü ilkesine yer verilmiştir. İkinci bölümde genel işlem koşullarının tanımı ve yine genel işlem koşullarının tüketici hukukundaki görünümü olan haksız şartlar incelenmiş, iki müessese arasındaki farklar ortaya konmuştur.

Üçüncü bölümde ise, tezimizin asıl konusunu oluşturan yargısal denetim incelenmiştir. Yargısal denetim içerisinde yürürlük denetimi, yorum (saydamlık) denetimi ve içerik denetimi ele alınmıştır. Burada farklı bir yaptırım türü olarak yazılmamış sayılma ve etkileri incelenmiştir. Yürürlük denetimi incelenirken genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi ve kullanan tarafından karşı tarafın öğrenme imkânı sağlanması ve kabulün çeşitleri üzerinde durulmuştur. Ardından yorum denetimi üzerinde durulmuş ve izlenecek yöntemler incelenmiştir. Son olarak içerik denetimi incelenmiş ve bu konuda Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenleme doğrultusunda dürüstlük kuralına yer verilmiştir.

Son olarak dördüncü bölümde ise genel işlem koşullarının usul hukuku açısından incelenmesine yer verilmiştir. Koşulların kullanılması nedeniyle sözleşmeyi kullanan ve karşı taraf arasına çıkan uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin yetkili olabileceği ortaya konmuştur. Ardından genel işlem koşullarının yetki sözleşmeleri ve delil sözleşmelerinde de kullanılabileceği konusu ele alınmıştır. Son olarak koşulların kullanılması durumunda ispat yükünün kime düşeceği konusu ele alınmıştır.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise, yaptığımız araştırmalar sonucu edindiğimiz bilgiler yer almaktadır.

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI

§1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

Çalışmamızın konusunu “*Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi*” oluşturmaktadır. Genel işlem koşullarına değinirken mutlaka unutulmaması gereken bir konu da sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke sayesinde taraflar, istedikleri kişilerle, sözleşme kurma, içeriğini belirleme ve değiştirme, sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne sahip olurlar. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ile menfaat açısından eşit olmayan taraflar ortak bir payda da buluşabilirler. Taraflar bu ilke sayesinde çeşitli sözleşme tiplerinden kendilerine uygun olanları seçerek, hatta yeni bir sözleşme tipi oluşturarak güncel ihtiyaçlarını karşılarlar. Sözleşme özgürlüğü ilkesi tez konumuz ile yakinen ilgilidir. Bu nedenle tezimizin incelenmesi sırasında ilk olarak bu ilkeyi daha detaylı olarak açıklayacağız.

Sanayinin gelişmesiyle birlikte mal ve hizmetler, el tezgâhlarında yapılan üretim modelinden uzaklaşarak, fabrikalarda seri üretim modeline geçilmiştir. Bu şekilde gelişen sanayi ile birlikte seri olarak üretime başlanmış ve bu durumla bağlantılı olarak taraflar arasında her gün onlarca sözleşme yapılması ihtiyacı doğmuştur.¹ Tarihsel sürece bakıldığında bireysel olarak yapılan sözleşmelerin yerini topluca yapılan sözleşme modelleri almaya başlamış ve bu durum da sözleşmelerin standartlaşmasına neden olmuştur. Böylece maddi açıdan güçlü taraf, karşı tarafla yaptığı bireysel sözleşmelerin içerisine genel işlem koşulu olarak adlandırdığımız maddeleri eklemeye başlamıştır. Artık tarafların sözleşme konusu üzerinde tartışma haklarının bulunduğu, taraflardan birinin diğerine göre daha güçlü konumda olmadığı, menfaatlerin eşit şekilde kurulduğu Borçlar Hukuku’nun temeli olan klasik sözleşme modelinden

¹ Tekinalp, s. 125.

uzaklaşmaya başlanmış ve bu sözleşme modeli yerini daha matbu olarak hazırlanmış yani genel işlem koşulu içeren sözleşme modeline bırakmıştır.²

Yaratılan yeni sözleşme modeli ile birlikte sözleşme özgürlüğünün varlığına aykırı bir durum ortaya çıkmıştır. Taraflar arasındaki denge yok olmaya yüz tutmuş, sözleşme muhtevasının belirlenmesi sırasında yapılması gereken müzakere hakkı zayıf tarafın elinden alınmıştır. Diğer tarafa göre daha zayıf konumda bulunan taraf sözleşme adaletini koruyamadığından kendi aleyhine belirlenen sözleşme muhtevasını kabul etmek zorunda bırakılmıştır.

Ancak yine de genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin yararlarının da göz ardı edilmemesi gerekir. Bu koşullarla beraber ticari hayat ve hukuki hayattaki işlemlerin yürütülmesi basitleştirilmiş, rizikoların düzgün bir şekilde hesaplanabilmesine imkân sağlanmıştır.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler çoğu zaman ne yazık ki zayıf taraf aleyhinedir. Bunun nedeni ise, sözleşmeyi hazırlayan tarafın güçlü taraf olması ve genellikle tüketici olan tarafa belirlediği sözleşme koşullarını dayatmak istemesinden kaynaklanmaktadır. İşte bu olumsuz durum, zayıf tarafın güçlü tarafa karşı korunması mecburiyetini doğurmuştur. Bu durum genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin denetlenmesi, sözleşmeye koyulan eşitliği bozan hükümlerin geçersiz sayılmasını gerektirmiştir. Bu nedenle kanunun koyucuların genel işlem koşullarına karşı gerekli düzenlemeleri getirmesi mecburi hale gelmiştir.³ Genel işlem koşulu hükümlerini güçlü olan taraf belirlerken, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan güçsüz tarafın elinde sadece sözleşmeyi yapma ya da yapmama hususunda bir seçim hakkı kalmaktadır. Batı hukukunda, genel işlem şartları, genel sözleşme şartları, “take it or leave it”, iltihakî sözleşme gibi ifadeler kullanılmakta olan bu tarz sözleşmeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ise genel işlem koşulları olarak adlandırılmıştır.⁴

Yukarıda açıklandığı üzere Avrupa hukuk sistemlerinde yaklaşık yüz yıldır⁵ mevcut olan genel işlem koşulları hakkında 818 sayılı Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Ancak zayıf tarafın kendisine sunulan edime ulaşabilmek adına imzalamak istediği bir sözleşmeyi istemediği bir içerikle yapmak zorunda kalması

² Sirmen, s. 118, Tekinalp, s. 126.

³ Havutçu, s.30 vd.

⁴ Eren, s.197; Kocayusufpaşaoğlu, §23, s. 229, N. 5.

⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 154 vd.

nedeniyle bozulan adalet anlayışının yeniden tesis edilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyacın karşılanması amacıyla bugüne kadar yargısal içtihatlarla, doktrinlerle çözülmeye çalışılan genel işlem koşulları ilk defa kapsamlı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile hayata geçirilmiştir. Genel işlem koşulları ayrıntılı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve 25. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Böylece hukukumuzda bulunan boşluk giderilmeye çalışılmıştır. Çünkü genel işlem koşulları ticari hayatın hemen hemen her alanında kullanılmaya başlanmış ve bu koşullar sözleşme tiplerinde kullanılır hale gelmiştir.⁶

Genel işlem koşulları müessesesinin günümüz hukukunda daha önemli bir yere sahip olduğu aşikârdır. Toplumumuzu yakından ilgilendiren bu konu hakkında yazılan pek çok çalışma mevcuttur. Biz de hukukumuzda yer alan bu önemli hususu tez konusu yapmak suretiyle konuyu yargısal denetim açısından ele alarak, mevcut çalışmalara mütevazı bir katkı yapmak istemekteyiz.

§2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Genel işlem koşulları ülkemizde, batı ülkelerindeki muhtelif düzenlemeler gibi bağımsız kanunlarla hazırlanmamıştır. TBK düzenlemesinden önce, hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin, imzalanacak bütün sözleşmeleri kapsayacak ölçüde ayrıntılı düzenlenen koruma hükmü bulunmamaktadır. Ancak ülkemizde konuyla ilgili düzenleme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında giren “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlıklı 6.madde ve ilgili maddeye dayanılarak hazırlanan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” ile ilk defa yapılmıştır. Bahsedilen bu hükümler, sadece tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız koşullar için ve genel işlem koşulları hakkında uygulanmaktadır. Kısaca TKHK m.6, uygulama alanı sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarıdır. Ne yazık ki, tüketici olmayanlar ise de düzenleme alanı dışında bırakılmıştır. Bu durum Türk Borçlar Kanunu ile giderilmiş ve bu düzenlemeler ile tüketici ya da tacir ayırımı yapılmaksızın her tür sözleşme için öngörülmüştür. Böylece, karşı tarafın tüketici olup olmadığı önemli olmaksızın, her tür sözleşmede bulunan genel işlem koşullarının

⁶ Y., 13. HD, T. 01.02.2007,2006/13233 E., 2007/1091 K. (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2017).

denetimine imkân sağlamaktadır.⁷ Tezimizde konuyla ilgili inceleme yaparken TBK'ya tabi kalınacaktır. Bu nedenle TKHK ilgili konularda ayrıntıya girmeden inceleme yapılacaktır. Tez konumuz usul hukukuna ilişkin kayıtlarda da mevcut olduğu ve önemli bir yer edindiğinden, bu konuyu da açıklamakta yarar görmekteyiz.

Çalışmamızda sözleşmenin taraflarını anlatırken genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi hazırlayan tarafa “kullanan”, koşulların kendisine sunulduğu tarafı ise “karşı taraf” olarak ifade edeceğiz.

§3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler sadece ülkemizde değil pek çok ülkede de kullanılmaktadır. Bu ülkelerde karşı tarafın, kullanan ile müzakere imkânını yitirmesi ve sözleşme özgürlüğü ilkesini önemli şekilde zedelemesi nedeniyle çoğu ülkelerde bu konuyu ayrıntılı düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu bağlamda, pek çok devletin bu şekildeki sözleşmeleri düzenleyen özel kanunlar çıkardığı gözlemlenmektedir. Bu ülkelerden bazılarında yapılan düzenlemeler, bizim hukukumuz yönünden de önemlidir. İnceleyeceğimiz hukuk sistemleri doğrudan Türk Hukuku'na da etki etmiştir.

I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Avrupa Birliği Konseyi “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hakkında Yönergeyi” 05 Nisan 1993 tarihinde kabul etmiştir. Ancak bu yönerge ne yazık ki sadece içerik denetimini kapsayacak biçimde hazırlanmıştır.⁸ Bu da şu anlama gelmektedir; Yönerge sadece müzakere edilmeden sözleşmenin parçası haline gelmiş sözleşme koşullarının denetimini sağlamaktadır.⁹ Yönerge de kıstas alınmış tek şey sözleşmenin güçsüz karşı tarafının hükümlerin oluşumuna etki edip etmediğidir. Hükümlerin sadece bir sözleşmede kullanılmak üzere mi oluşturulduğu yoksa birden fazla sözleşmede kullanım niyetinin mi olduğu önem taşımaz.

⁷ Atamer, Karşılaştırma, s. 10., Sirmen, s. 109 vd, Baş, s. 276 vd.

⁸ Atamer, Sözleşme, s. 39.

⁹ Bkz. s.55.

Sözleşmede bulunan hangi hükümlerin tek tek müzakere konusu yapılmamış sayılacağı Yönergenin m. 3/2’de belirtilmiştir. Maddede ilgili hükmün önceden saptanmış olup olmadığı ve bu hükmün standart sözleşme yoluyla sözleşme içeriğine girmesi ve en önemlisi sözleşmenin karşı tarafının hükmün oluşumuna etki edip etmediği Yönerge açısından belirlenmesi gereken noktalardır. Bu haliyle önceden kaleme alınmış sözleşme hükümleri de dâhil olmak üzere hiç kaleme alınmamış sözleşme hükümleri de denetim konusu yapılabilecektir.¹⁰

Direktifte korunabilir bir menfaati olan gerçek ya da tüzel kişilerce hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önüne geçilmesini sağlamak amacı ile dava açma hakkı tanınmıştır. Düzenlemeye göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği olabilmesi için öncelikle yürürlük denetiminden geçmiş olmaları gereklidir. Bunun içinde karşı tarafın kullanan tarafından uyarılması ve bilgilendirilmesi gereklidir. Bu şekilde yürürlük denetiminden geçen hükümler bir şekilde sözleşmenin bir parçası haline geldiyse bile karşı taraf açısından beklenemez olan hükümler yine de sözleşme dışı bırakılır.¹¹

Aynı şekilde yorum kuralları açısından da düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre taraflar arasında bireysel anlaşma varsa ve genel işlem koşulu hükümleri bu anlaşmayla çatışıyorsa, bireysel anlaşma hükümleri öncelikle uygulanır ve genel işlem koşulu içeren hükümlerin yorumlanmasında herhangi bir sorun çıkması halinde kullanan aleyhine olan yol tercih edilir.¹²

Kanunun içerik denetiminin düzenlendiği kısmın üçlü bir denetim mekanizması getirilmiştir. Bazı genel işlem koşulları tek tek yasada sayılarak hâkimin takdirine bağlı olmaksızın geçersiz sayılmıştır. Bunun dışında kalan diğer hükümler ise hâkimin takdirine bağlı olarak batıl sayılabilecektir. Bunlara ek olarak genel işlem koşulları içerisinde yer alan karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı şekilde aşırı derece de mağdur eden hükümlerin batıl olduğu hükme bağlanmıştır. Eğer genel işlem koşulu sözleşme içeriği olamadıysa ya da hükümsüz sayıldıysa, sözleşme yine de geri kalan sözleşme hükümleriyle ayakta kalır ve içeriği yasal düzenlemelerle belirlenir. Ancak eğer

¹⁰ **Atamer**, Sözleşme, s. 45.

¹¹ **Atamer**, Sözleşme, s. 40.

¹² **Atamer**, Sözleşme, s. 40.

sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması taraflardan biri için dayanılmaz olması halinde artık sözleşmenin tümü batıl sayılır.¹³

Yönerge açısından denetim için belirleyici olan şey, sözleşmenin karşı tarafı aleyhine hak ve borçların dağıtımında önemli ve haksız bir orantısızlık olmasıdır. Yönergenin ekinde ise üye devletlere batıl sayılması gerekli hükümlerin bir listesi verilmiş ve üye devletlerin en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar Yönergeyi iç hukuklarına aktarmaları istenmiştir. Örneğin Fransa 1995 yılında yaptığı bir değişiklikle AB Yönergesinden ayrılmadan tüketici sözleşmelerinde kötüye kullanılabilir hükümlere ilişkin düzenlemeye gitmiş ve Yönergenin ekindeki listeyi direkt yasaya aktarmıştır.

II. ALMAN HUKUKU

Almanya’da genel işlem koşulları kanunu 10.11.1976 tarihinde kabul edilmiş ve 01.04.1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun on bir maddeden oluşmuştur ve bazı maddeleri ondan fazla bent içerir. Sözleşmenin kurulmasından, tarafların birbirlerine süre vermesinden, fesih ve takas yasaklarına kadar her konu düzenlenmiştir.¹⁴ Yasaya göre iş, aile, miras ve ortaklıklar hukuku alanlarında sözleşmeler dışındaki, genel işlem koşulu kullanılarak yapılan sözleşmelerin hepsi bu yasanın uygulaması altındadır ve kanun kullanan taraf aleyhine hükümler içermektedir.¹⁵

Avrupa Birliği’nde 93/13 no.lu ve 05.04.1993 tarihli “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Direktif”¹⁶’in kabul edilmesiyle birlikte bu tarihten sonra da direktife uyum sağlanması amacıyla 19.07.1996 tarihli kanun ile birlikte genel işlem koşulları yenilenmiş ve 01.01.2002 tarihinden itibaren Alman Medeni Kanuna aktarılmıştır. Alman Medeni Kanununun bünyesinde Borç İlişkileri Hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabın ikinci alt bölümüne “Borç İlişkilerinin

¹³ Atamer, Sözleşme, s. 41.

¹⁴ Öz, s. 131.

¹⁵ Atamer, Sözleşme, s. 40.

¹⁶ 93/13/EEC sayılı Direktifin m. 7/2 yer almakta olan düzenleme, “1. paragrafta belirtilen araçlar, mahkemelerin veya yetkili idari organların genel kullanım için hazırlanan akdi şartların haksız olup olmadığını belirlemeleri ve böylece söz konusu şartların devamlı şekilde kullanımını engellemek üzere uygun ve etkili araçları uygulayabilmeleri amacıyla ulusal mevzuat kapsamında tüketicilerin korunması konusunda meşru bir çıkara sahip olan kişi veya kuruluşların mahkemelerde veya yetkili idari organlar önünde ilgili ulusal mevzuat uyarınca harekete geçebilmelerine yönelik hükümleri içerir.”Görgeç, s. 408.

İçeriğinin Genel İşlem Koşullarıyla Düzenlenmesi” başlığı altında on maddeyle düzenlenmiştir.¹⁷

Alman Hukuku’na göre bir hükmün genel işlem koşulu niteliğinde olabilmesi için öncelikle yürürlük denetiminden geçmesi gereklidir.¹⁸ Ayrıca kullananın sözleşmenin karşı tarafını uyarmalı ve kendisine içeriği öğrenmesi konusunda imkân tanınmalıdır. Ancak yine de genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline gelmişse sözleşmenin tümü değerlendirildiğinde karşı tarafın aleyhine olan beklenmedik hükümler sözleşme kapsamı dışında bırakılır.¹⁹

Yasanın en önemli noktası içerik denetimine ait olan düzenlemelerdir. Üçlü bir denetim mekanizması getirilmiş ve kanunda tek tek yazan bazı koşullar hâkimin bile takdirine bırakılmadan geçersiz sayılmıştır.²⁰ Bu hükme karşılık ise bir takım hükümler hâkimin takdirine bağlı olarak hükümsüz sayılmıştır. Üçüncü denetim mekanizmasında ise genel işlem koşulu içeriği içinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı şekilde ölçsüz derece de karşı tarafı mağdur eden hükümlerin batıl olacağı kabul edilmiştir.

Hukukumuz açısından da önemli bir tartışma konusu olan tacirlerin genel işlem koşullarından yararlanıp yararlanamayacakları hususuna ilişkin bir düzenleme yapılmış ve bu düzenlemeye göre de tacirleri tamamen savunmasız bırakmayan bir model geliştirilmiştir.²¹

Türk hukuku açısından Alman Hukuku daha detaylı bir biçimde genel işlem koşulu kavramını düzenlemiştir. Özellikle Alman Yüksek Mahkemesi kararları kanun koyucu için önemli bir yol gösterici olmuştur.

III. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre hukukunda, genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemeye ayrı bir kanunda ya da başka bir kanun metni içerisinde yer verilmemiştir. Sadece 1988 yılında yürürlüğe giren Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanunun 8. maddesinde genel işlem koşulları kullanımının, bazı hallerde haksız rekabet oluşturacağı düzenlenmiştir. Bu

¹⁷ Aydoğdu, s. 587.

¹⁸ Öz, s. 28.

¹⁹ Atamer, Sözleşme, s. 40 vd.

²⁰ Atamer, Sözleşme, s. 41.

²¹ Atamer, Sözleşme, s. 42.

düzenlemenin ilk haline göre; “haksız (kötüye kullanılabilir) sözleşme koşulları kullanma, özellikle sözleşme taraflarından biri aleyhine yanltıcı şekilde

a. doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

b. sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımını öngören, önceden kaleme alınmış genel işlem koşulu kullananlar haksız rekabet etmiş sayılır.”²² Bu düzenleme öğretide pek çok tartışmaya yol açmıştır. Eleştirilerde bu düzenlemeyle genel işlem koşulu içeren söz konusu hükümlerin yaptırımının geçersizlik olamayacağı ve bu nedenle de genel hükümlere gitme zorunluluğu doğacağı yönündedir.²³

İsviçre öğretisinde uzun zamandır yapılan eleştirilerde, genel işlem koşullarının içerik denetimiyle korunmasının önemi üzerinde durulmaktadır. Genel işlem koşullarında örtülü denetim bir şekilde yapılsa bile, bu denetim türüyle karşı tarafla müzakere içerisinde bulunamayacak ve sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğüne sahip olmayan zayıf tarafın korunması ihtiyacına cevap verilememiştir. Bu nedenle kanun koyucular bu açığı kapatmak için 02 Ekim 2009 tarihli ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni değişikliklerle madde aşağıdaki halini almıştır:

“Madde 8. Kötüye Kullanılabilir Genel İşlem Koşulları

Haksız rekabet özellikle, dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşullarının varlığı halinde mevcut sayılabilir”.²⁴

Ayrıca İsviçre Borçlar Kanununda genel işlem koşullarına ilişkin olarak tekil düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin genel bir düzenleme olmadığı halde sanki varmış gibi, kira sözleşmesinde kiracı aleyhine olan önceden belirlenmiş genel işlem koşullarının geçersiz olduğu belirtilmiştir.²⁵ Yine İsviçre Borçlar Kanunu’nda m. 256/IIa ve 288/IIa hükümleri genel işlem koşullarına ilişkin tekil düzenlemeler içermektedir. Mesela adi kira sözleşmelerinde kiraya verenin kiralananı belirlenen şekilde kullanmaya hazır şekilde teslim etmek ve sözleşme boyunca aynı şekilde

²² Aydoğdu, Uygulama, s. 580.

²³ Aydoğdu, Uygulama, s. 580.

²⁴ Yağcıoğlu, s. 3065-3066.

²⁵ Öz, s. 131.

muhafaza etmek konusundaki sorumluluğunu genel işlem koşulu sayesinde kaldıran veya sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersiz sayılmıştır.²⁶

IV. TÜRK HUKUKU

Hukukumuzda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na kadar, genel işlem koşulları hakkında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında eklenen "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı 6.madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" kullanılmaktaydı. Tüketicileri korumak adına "Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Hakkında" direktife paralel olarak 4077 sayılı TKHK çıkarılmıştır. Ancak burada da "genel işlem koşulu" kavramından ziyade "haksız şart" kavramı tercih edilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesine imkân tanımaktadır. Buna karşılık, tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi ise bu düzenlemenin alanı dışında bırakılmıştır. Hukukumuzda bazı düzenlemeler mevcut olmasına rağmen yine de bu düzenlemelere karşın taraflar için tam bir koruma sağlanamamıştır. (TTK m. 854, 1425, HMK m. 15/2, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 1998 yılında çıkardığı "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği").²⁷

TKHK'dan önce ise hukukumuzda genel işlem koşullarına karşı önlem alma istisnai olarak yapılan özel düzenlemeler haricinde genel hükümler ile sağlanmaya çalışılmış olup, genel hükümler ile alınan önlem, daha çok kanunlarda yer alan emredici hükümlere, kişilik hakkına, ahlaka, dürüstlük kuralına aykırılık, gabin gibi kurumlara dayanılmıştır.²⁸

Türk Borçlar Kanunu TBK m. 20-25 arası gelen yeni düzenlemeler ile birlikte eksiklikler giderilmiş, tüketici veya tacir ayırımı yapılmaksızın her türlü sözleşme için

²⁶ **Atamer**, Sözleşme, s. 44.

²⁷ TTK madde 854: " Kanunun taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin işletme tüzüklerinde genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de hüküm aynıdır".

²⁸ **Kuntalp**, s. 81 vd.

öngörülmüştür. Bu ise, karşı tarafın tüketici olup olmadığına bakılmaksızın, her türlü sözleşmedeki genel işlem koşulunun denetimine imkân sağlamaktadır.²⁹

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde bu sözleşmeye TKHK m. 30 bulunan atıf gereğince öncelikle özel kanunun niteliğindeki TKHK hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bu kanunda hüküm bulunmadığı durumlarda ise genel hükümler uygulama alanı bulabilir.³⁰ Bu bakımdan TBK da genel işlem koşullarının düzenlenmesi ile TBK, TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak genel hüküm niteliği haline getirilmiştir.

Bu düzenlemeler haricinde hukuk düzenimizde genel işlem koşullarına karşı zayıf tarafı koruyabilecek hukuk düzenlemeleri de vardır. Düzenlemeler şöylece sıralanmaktadır³¹;

- “Anayasamızda ifadesini bulan (m.2) ilkesi ile sözleşme özgürlüğünün temel hak ve özgürlüklerden olan (m.48) , sözleşme özgürlüğünün ancak demokratik toplum düzenine aykırı olmamak kaydıyla (genel işlem koşullarıyla değil) kanunla sınırlanabilmesi,
- Emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, kamu düzenine ve ahlaka aykırılığı geçersizlik (butlan) nedeni sayan düzenlemelerin bulunması (BK m. 27, MK m. 24),
- Hukukumuzun temel kurallarından olan dürüstlük kuralı (TMK m. 2/I) gereğince edimin hakkaniyete uygun belirlenmesi ve hakkın kötüye kullanımının yasaklanması (TMK m.2/II),
- Yanılma (TBK m. 30 vd.), aldatma (TBK m. 36), korkutma (TBK m 37 vd.) ve aşırı yararlanma (TBK m. 28) hükümlerine aykırılığın yazılan sözleşmenin iptal sebebi sayılması sözleşmenin zayıf tarafını koruyan hükümler olarak görülmektedir. İsviçre’de içerik denetimini öngören açık bir kural olmadığından, genel işlem koşulu denetimi halen bu kurallar (çoğunlukla dürüstlük kuralına aykırılık kuralı) uygulanarak sağlanmaktadır. Keza bireysel sözleşmelerde de zayıf olan tarafın korunması amacıyla İsviçre- Türk hukukunda bu hükümlere halen başvurulmaktadır.”

²⁹ Sirmen, s. 110.

³⁰ Yavuz, s. 70.

³¹ Aydoğdu, s. 4.

§ 4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI

Modern iş hayatında çoğu mal ve hizmetler seri şekilde üretilip, nüfusun büyük bir çoğunluğuna sunulmaktadır. Bu hizmetler için nerdeyse her gün birbirine benzeyen binlerce sözleşmeler yapılmaktadır. Yapılan bu sözleşmeler her bir durum için ayrı ayrı yapılırsa, aralarında içerik yönünden büyük farklılıklar ortaya çıkar. Unutulan hükümler olabileceği gibi standart sözleşme tipleri de yaratılamamış olur.³²

Genel işlem koşulları sayesinde, modern iş hayatının getirdiği hıza bağlı olarak sözleşme hükümleri üzerinde tek tek müzakere edilmemesi nedeniyle, zamandan tasarruf edilmesi ve işlemleri basitleştirmesi mümkündür. Aynı zamanda genel işlem koşulları belirsizliği engellenmesine ve rizikoların geniş bir biçimde hesaplanmasına da hizmet eder. Böylece genel işlem koşulları kullanan lehine yararları vardır.³³ Kullanan açısından bu yararları sağlaması yanında, kullanan karşısında yer alan diğer taraf için de birtakım yararlar sağlamasına rağmen rizikoların sürekli olarak karşı tarafta kalması, sözleşmelerin uzunluğu nedeniyle okuma olanağının kaybedilmesi ve genel olarak hep karşı taraf aleyhine hazırlanması sebepleriyle, müşterinin aslında aleyhine olur.³⁴

Hem kullanan hem karşı taraf açısından bu kadar sakıncası olan genel işlem koşullarının elbette ki birtakım faydaları da vardır; bu koşullar, sözleşmenin standart hale getirilmesine, işletmeci açısından işletmesinin verimliliğinin artmasına hizmet etmektedir. Çünkü işletme ekonomisi gereği standartlaşma, rasyonel bir işletmenin zorunlu bir unsuru olarak değerlendirilmektedir.³⁵ Bu koşulların bir diğer faydası da, kanunlarda yer alan düzenlemelerdeki eksiklik ve boşlukları doldurarak, “modernleştirme” veya “uzmanlaştırma” fonksiyonu görmeleridir.³⁶

Genel işlem koşulları, kullanan ve işletmesini her anlamda güvence alır ancak sözleşmenin karşı tarafını ise zayıf bir duruma sokmaktadır. Çünkü bu koşulların kullanıldığı sözleşmelerde, sözleşmenin bir tarafında genellikle sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü, haklarının bilincinde örgütlenmiş bir işletme, diğer tarafında ise, sosyal ve ekonomik bakımdan ya da iş hayatındaki bilgi ve tecrübe eksikliği nedeniyle

³² Eren, s.215, Kocayusufpaşaoğlu, s.228, Oğuz, s. 5, Havutçu s. 5, Aydoğdu, s. 26, Yelmen, s. 62, Açıkgöz, s. 179.

³³ Eren, s.215, Kocayusufpaşaoğlu, s. 228, Yelmen, s. 63, Aydoğdu, s.29, Havutçu, s. 6, Oğuz, s. 1.

³⁴ Aydoğdu, s.27, Havutçu, s. 7-9, Yelmen, s. 65-67.

³⁵ Atamer, Sözleşme, s. 32,

³⁶ Eren, s. 216.

zayıf konumdaki karşı taraf vardır. Bu nedenle, genel işlem koşullarının kullanılması sözleşmenin her iki tarafının menfaatlerine uymamakta, sözleşmenin içeriği tamamen kullananın iradesini yansıtmakta ve söz konusu koşullar tek yanlı olarak kullanan yararını korumaktadır.³⁷ Karşı tarafın bu koşulları kabul etmek ya da vazgeçmekten başka seçim hakkı söz konusu olmamaktadır. Bu tür sözleşmelerde “ya hep ya hiç” ilkesi egemendir.³⁸ Böyle bir durumda irade özgürlüğünden bahsedilmez ve bu durumun biraz daha ileri uygulamasını “kelepçeleme” sözleşmeleri oluşturmaktadır.³⁹ Kelepçeleme sözleşmelerindeki bağımlılık kişinin ekonomik köleliğine sebep olur. Kelepçeleme sözleşmeleri borçluyu alacaklı karşısında, hiçbir iradesi olmayan bir varlık haline getirir. Böyle bir bağımlılık toplumun ahlaka bakış açısına aykırı olduğu nedeniyle, sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle sakattır.⁴⁰

Yukarıda sayılan bu sakıncalar nedeniyle kanun koyucular tarafından kullanan (müşteri)⁴¹ (sözleşmenin zayıf olan tarafı) lehine olacak şekilde genel işlem koşullarına denetim getirilmiştir ve getirilen bu denetim mekanizması sayesinde müşteriler genel işlem koşulu içeren sözleşmeleri gönül rahatlığıyla imzalayabilirler. Sözleşmenin tarafları eğer önceden hazırlanmış ve ortaya konmuş sözleşmenin hükümlerini müzakere ederek ve yapılan müzakere ardından genel işlem koşulu teşkil edebilecek hükümlerin sözleşmeye dâhil olması konusunda anlaşmaya varmışlarsa genel işlem koşulundan artık bahsedilemeyecek ve taraflarca bireysel bir sözleşmenin var olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Aynı şekilde TBK m. 21/1’in lafzına bakıldığında, genel işlem koşulu kullanan tarafa genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmenin varlığı halinde, sözleşmeyi hazırlayan tarafa sözleşmede genel işlem koşullarının var olduğunun bildirilmemesi durumunda taraflar arasında iradelerin uyuşmasından artık bahsedilemeyecek ve bu nedenle bu genel işlem

³⁷ Açıkgöz, s. 194, Havutçu, s. 38, Kocayusufpaşaoğlu, s. 226, Yelmen, s. 67.

³⁸ Aydoğdu, s. 22.

³⁹ Yelmen, s.67, Başpınar, s. 17-37. Bu sözleşme türlerinde bir taraf yapmış olduğu sözleşme ile diğer tarafın ekonomik hürriyetinin aşırı derece sınırlanmasına sebebiyet verir.

⁴⁰ Kelepçeleme sözleşmeleri Anayasa ile teminat altına alınmış kişisel özgürlükleri ihlal etmesi nedeni ile de aykırıdır. Kişisel özgürlüklerin korunmasında en üst yol Anayasadır. Temel değerlerden sayılırlar ve kişiyi devlete karşı korumakla kalmayıp aynı zamanda özel hukuk ilişkilerinde temel hukuk düzenine uygunluğu da teşkil ederler. Başpınar, s. 15.

⁴¹ Yabancı literatürde, sözleşme genel işlem koşullarını düzenleyen tarafa, “kullanan”, karşı tarafa da “müşteri” denilmektedir. Koller, 3. A. B I, s.371 (naklen) Eren, s. 217.

koşulları sözleşme içeriğini oluşturamayacaktır.⁴² Sözleşmeyi sunan tarafın mutlaka karşı tarafa söz konusu hükümlerin varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi gerekmektedir. Genel işlem koşulu kullanan taraf eğer karşı tarafa bilgi vermez ise de sözleşme koşullarının geçersiz sayılması ihtimali ile karşı karşıya gelecektir.



⁴² Kocayusufpaşaoğlu, §23, N. 5, Atamer, Karşılaştırma, s.27.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, SÖZLEŞMENİN UNSURLARI, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE SINIRLAMALARI

§5. SÖZLEŞME VE SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

I. SÖZLEŞMENİN TANIMI

Türk Borçlar Kanunu'nun 1.maddesinde sözleşme kavramı “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*” olarak tanımlanmıştır. TEKİNAY sözleşme kavramını daha geniş bir anlatımla şu şekilde açıklamıştır; “Genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut borçta değişiklik yapmak, ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşmadır.”⁴³ 818 sayılı mülga Borçlar Kanundaki tanım sözleşmeyi iki kişi ile sınırlamışken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tanım genişletilmiş ve sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygunluğu aranmıştır.

ATAMER sözleşme kurumunun bu denli gelişme göstermesini şu şekilde açıklamaktadır; “Sözleşme kurumunun büyük gelişme göstermesindeki en önemli etken otonomi kendi kendine yeten kapalı ekonomik modelin yerini işbölümüne ve bunun zorunlu bir sonucu olan değiş tokuşa dayalı piyasa ekonomisine bırakmasıdır. Daha önce de sözleşme olgusu bilinmekle birlikte bu kavram dinamiğini ancak feodal ilişkilerin aşılmasından sonra, endüstrileşmeye paralel olarak gelişmeye başlamıştır.”⁴⁴

Sözleşme kavramının temelinde yatan irade özgürlüğü, bireylerin hukuki ilişkilerini kendi serbest iradeleri ile düzenleyebileceklerini ifade etmektedir. Bu özgürlük bireylerin hukuki ilişkilerini karşılıklı anlaşma yolu ile serbestçe düzenlemeleri anlamına gelir. Esas olan tarafların sözleşme konusu üzerinde serbestçe tartışmaları ve koymak istedikleri hükümleri bu şekilde oluşturmalarıdır.⁴⁵ Sözleşmeler bu noktada tek

⁴³ Tekinay, s. 65, Nomer, s. 68, Eren, s. 200, Kılıçoğlu, s. 53.

⁴⁴ Atamer, Sözleşme, s. 15

⁴⁵ Havutçu, s. 25 vd., Işık, s. 4

yanlı hukuki işlemlerden ayrılırlar. Çünkü tek yanlı hukuki işlemlerde bir tek irade beyanı ile hukuki sonuç elde edilebilirken, iki yanlı hukuki işlemlerin içerisinde yer alan sözleşmelerde iki ya da daha fazla irade beyanı ile hukuki sonuç elde edilebilir.⁴⁶

II. UNSURLARI

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan tanıma göre, geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için gerekli olan unsurlar aşağıda açıklanmıştır.

A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Sözleşmenin kurulmasında rol oynayan, hüküm ve sonuçlarından yararlanan ve etkilenen kişilere sözleşmenin tarafları denir. Sözleşmelerde genellikle iki taraf bulunsa da her bir tarafta birden fazla kişi de yer alabilir.⁴⁷

Sözleşmenin tarafını oluşturabilmek için hak ehliyetine sahip olmak, yani gerçek ya da tüzel kişi olmanın yanında sözleşme yapabilme ehliyetine sahip olmak başka bir deyişle fiil ehliyetine sahip olmak gerekir.⁴⁸

B. KARŞILIKLI İRADE BEYANLARI

Sözleşmenin kurulabilmesi için her şeyden önce tarafların iradelerini açıklamaları ve en az iki irade açıklamasının mevcut olması gerekmektedir. Ancak herhangi bir irade açıklaması değil, sözleşmenin kurulabilmesi için hukuki sonuç doğurmaya yarayan karşılıklı irade açıklamasına ihtiyaç bulunmaktadır.⁴⁹ Bu unsur sözleşmeyi çok tarafları hukuki işlemlerden ayırma konusunda önemini gösterir. Çünkü sözleşmelerde iradeler diğer hukuki işlemlere nazaran karşılıklıdır.⁵⁰ Sözleşmeyi kurabilmek için gereken irade beyanları sarih (açık) olabileceği gibi, zımni (örtülü) de olabilir. Bu husus 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.maddesinde “İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”

⁴⁶ Öztan, s. 89-90.

⁴⁷ Eren, s. 200 vd.

⁴⁸ Işık, s. 6.

⁴⁹ Akıncı, s. 77.

⁵⁰ Nomer, s. 24.

açıkça ortaya konulmuştur. Zımni irade beyanı somut olayın gerektirdiği şekilde söz veya bir işaret aracılığı ile de açıklanabilir. Örneğin, satıcının alıcıya sunduğu bir emtianın tüketilmesi ya da gönderilen bir emtianın açıkça bir kabul beyanında bulunmayarak satılmak üzere yerleştirilmesi durumunda da irade açıklaması zımni (örtülü) irade açıklamasıdır.

C. İRADE BEYANLARININ BİRBİRLERİNE UYGUNLUĞU

Bir sözleşmenin tam anlamıyla kurulduğunu kabul edebilmek için tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirleriyle uyumlu olması gerekmektedir.⁵¹ Tarafların irade beyanlarının birbirlerine uygun olması unsuru sözleşmenin kurulabilmesi açısından bir geçerlilik şartı olup, bu şarta uyulmadan yapılan sözleşmelerin geçerli bir şekilde kurulduğundan söz edilemeyecektir. Sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanlarından biri öneri diğeri ise kabul olarak adlandırılmaktadır. Öneri, sözleşmenin esaslı noktalarını içeren, bağlanma iradesi taşıyan ve sözleşmenin kurulması için zaman itibarıyla önce yapılan irade beyanıdır. Kabul ise, muhatap tarafından yapılan ve öneriye uygun olarak sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıdır.⁵² Örneğin satıcı alıcıya 3.000 TL'ye bilgisayar satabileceğini beyan ederse bu işlem öneridir. Kabul ise alıcının bu fiyatla bilgisayarı almak istediğini örtülü ya da açık olarak beyan etmesidir. Ancak alıcı satılan emtianın bilgisayar değil de yazıcı olduğunu düşünerek kabulünü beyan ettiyse artık burada geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Bu açıklama doğrultusunda irade beyanlarının her zaman birbirine uygun olduğundan söz edilemez. İrade beyanlarının birbirlerine uygun olmadığı anlaşıldığında hâkim tarafından tarafların asıl iradelerini ortaya çıkarılmak suretiyle yorum yoluna gidilmelidir.⁵³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler" başlıklı 19. maddesinde *"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."*

⁵¹ Kılıçoğlu, s. 53.

⁵² Eren, s. 120 vd.

⁵³ Eren, s. 123.

ifadelerine yer verilmiş ve sözleşmenin yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Yorum konusunda hukuk sistemlerinde çeşitli teoriler⁵⁴ kullanılmaksa da Türk Hukukunda güven teorisi benimsenmiştir. Bu teoriye göre önemli olan irade beyanının açıklayana göre değil, karşı tarafın bu irade beyanının açıklanmasına dürüstlük kuralına göre vereceği anlam araştırılır.⁵⁵

Kısaca tarafların hukuki anlamda geçerli bir sözleşme kurabilmeleri için Türk Borçlar Kanunu “İkinci derecedeki noktalar” başlıklı 2. maddesinde belirtilen şekilde *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar.”* Sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları gerekmektedir. Esaslı noktalar ifadesinden ise anlaşılması gereken, sözleşmenin hukuk âleminde sonuç doğurabilmesi için tarafların mutlaka üzerlerinde anlaşması gereken noktalardır.⁵⁶

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda tarafların karşılıklı irade beyanları unsuru genel işlem koşulları açısından da önemli yer tutmakta olup, ayrıntılı açıklama ileri bölümlerde yapılacaktır.⁵⁷

§6. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ

Hukukumuzda sözleşmelere ilişkin düzenlemeler esas olarak tarafların koşulları serbestçe belirleme hakları dikkate alınarak yapılmasına rağmen bazen, yapılan her sözleşme, ne yazık ki her iki tarafında kendi iradelerine bağlı olarak gerçekleştirilmemektedir. Bazı sözleşmeler, taraflardan birinin ve çoğunlukla sözleşme hazırlama konusu açısından daha güçlü olan sözleşme tarafının, iradesine uygun olarak düzenlenmekte, daha güçsüz konumda ola karşı tarafa ise sadece kabul beyanında bulunma iradesi bırakılmaktadır.⁵⁸

⁵⁴ Diğer yorum teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 490 vd.

⁵⁵ **Kılıçoğlu**, s. 55.

⁵⁶ **Kılıçoğlu**, s. 55.

⁵⁷ S. 40 vd.

⁵⁸ **Başalp**, s. 225, **Görgeç**, s. 406, **Havutçu**, s. 30. Y. 13. HD, 18.09.2008 E. 2008/3546, K. 2008/10759, “Dosya kapsamından takip dayanağı sözleşmenin satıcı tarafından tek yanlı ve matbu olarak hazırlandığı, rakam, isim ve adreslerin yazılarak doldurulduğu ve sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Tüketici aleyhine olan tazminat ve fahiş faiz oranının tüketici ile müzakere edildiği ispat edilememiştir. Bu durumda sözleşmedeki tazminat ve faiz oranına ilişkin hükümlerin haksız şart

Türk borçlar hukukuna hâkim olan irade özerkliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK m. 26) Anayasa m. 48/1 ile de garanti altına alınmıştır. Bu ilke aslında bireylerin var oluş amaçlarına, davranış özgürlüklerine, hak ve fiil ehliyetlerinin kullanımına dayanarak doğmuştur. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, gelişen toplum düzenine uygun olarak düzenlenmiş olup, bireylerin aralarındaki ilişkilerini bizzat düzenlemek, istedikleri gibi şekillendirmek imkânına sahip olmalarını sağlamaktadır. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü ilkesi bireylerin kendi aralarında geçerli olabilecek bir kurallar bütünü yaratmalarına da öncülük eder.⁵⁹ Fransız Medeni Kanunu 1134. maddesinde yer alan *“hukuka uygun olarak yapılan sözleşmelerin, onları yapanların kanunu sayılacağı”* hükmü de bu gerçeği vurgulamaktadır.⁶⁰ Bu tanımdan da yola çıkarak, sözleşmenin tarafları kanuni sınırlar çerçevesinde istedikleri sözleşmeyi oluşturabilirler.⁶¹ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1996/11-674 E., 1997/87 K. ve 19/02/1997 tarihli kararında *“Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi yanında sözleşme serbestisi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre kişiler, özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini, var olan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri gibi düzenlemek, diledikleri konuda diledikleri ile diledikleri tipte sözleşme yapmak hak ve özgürlüğüne sahiptirler. Bu olanak, Borçlar Kanunu’nda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) kavramı, Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır. O halde kişiler sözleşme serbestliği ilkesine göre kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev’i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına), ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde*

olduğunun kabulü gerekir.” (KBİB E.T. 20.03.2017); Y. 16.04.2002 15. HD,2002/109 E.,2002/1845 K., *“Davalı iş sahibinin davadan önce ilk yakınması üzerine yetkili servis elemanlarınca yapılan tamiri saptayan tutanak altında genel işlem şartı olarak konulmuş ibare devam edegelen ve giderek artan ya da sonradan çıkan ayıpların ibrası olarak kabul edilemez.”* (KBİB E.T. 10.05.2017). Y. 07.02.2006, 18. HD, 2005/9943 E., 2006/734 K. kararında; *“Somut olayda, akdin tarafı olan üniversitece tek yanlı hazırlanmış genel işlem şartı niteliğindeki taahhütnamede konulmuş olan cezanın fahiş olduğu ortadadır. Tarafların tacir olmadıkları da göz önüne alındığında, cezanın Borçlar Yasasının 161/son maddesince ve hakkaniyete uygun biçimde indirilmesi suretiyle hüküm tesisi gerekir.”* belirtilmiştir.

⁵⁹ Eren, s.17.

⁶⁰ Eren, s.17.

⁶¹ Eren, s. 300.

serbestçe tayin etmek hakkını haizdir.” ifadelerine yer verilerek, sözleşme özgürlüğü ilkesinin içeriği belirtilmiştir.⁶²

Sözleşme özgürlüğü ilkesinde önemli olan bireylerin aralarındaki sözleşme konusu üzerinde diledikleri gibi düzenleme yapma ve her bir sözleşme hükmünü bu esasa göre oluşturmalarıdır. Sözleşme özgürlüğü kendi içerisinde de dört alt türe ayrılır. Bunlar, sözleşme yapma, yapmama, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir.⁶³

Sözleşme yapma zorunluluğu sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Bu zorunluluk kanundan ya da taraflar arasında önceden yapılmış olan taahhütlerin bir sonucu olabilir. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu daha çok kamu hukukundan doğmaktadır. Örnek olarak Türkiye Elektrik Kurumu gibi kamu hizmeti veren kamu kurumları, PTT, idareleri ya da imtiyaz yolu ile kamu hizmeti yerine getiren işletmelerin gerekli şartları yerine getiren ve başvuruda bulunan herkes ile sözleşme yapma yükümlülükleri olduğu verilebilir. Özel hukuk için çok sık rastlanmamakla beraber kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu durumları mevcuttur. Örneğin 4077 sayılı TKHK m. 5’e göre, üzerinde “numunedir” ya da “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın, ticari bir kuruluşun açıkça görülebilir bir yerinde sergilenmesi onun stokta bulunduğu anlamına gelmekte olup, satıcı da teşhir etmekte olduğu malların satışından kaçınmaz. Tarafın önceki taahhüdünden kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu ise tarafların bir sözleşme yapma vaadi ile sözleşmenin yapılacağına ilişkin vaatte bulunmaları anlamına gelmektedir. Sözleşme yapma vaadi kendi başına bir sözleşme olup, tarafların üstlenmiş oldukları borç, vaat edilen sözleşmenin yapılmasıdır.

Bireylerin kendi aralarında yaptıkları sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanan bu anlaşmalar sınırsız bir özgürlüğü kapsamamaktadır. Bu özgürlüğe kamu düzeni, kişilik haklarına, ahlaka, emredici hukuk kurallarına aykırılık gibi nedenlerle bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. TBK m. 27’de belirtilmiş ve “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan*

⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1996/11-674 E., 1997/87 K. ve 19/02/1997 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve Yazılım Erişim Tarihi 20/12/2017)

⁶³ **Yavuz / Acar /Özen**; s.6-7.

*sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu'' kuralı konmuştur.*⁶⁴ Sözleşmenin hükümlerinin bir kimsenin ekonomik özgürlüğünü, ekonomik kişiliğini yok etmemesi veya aşırı oranda sınırlamaması gerekir. Hukuk düzeninin, kişinin ekonomik özgürlüklerinin tamamını veya tamamına yakın bir bölümünün ortadan kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına izin vermemelidir. Örneğin, borçluyu alacaklının keyfine bırakan, onu himayesi altına almasını sağlayan sözleşmeler ahlaka aykırı olduğu nedeniyle sakattır.

Sözleşme kavramını açıklarken de değinildiği üzere, Türk Borçlar Kanununda sözleşme şartlarının tarafların arasında karşılıklı olarak, bizzat düzenlenerek ve müzakere edilerek belirlenmesi esası kabul edilmiştir. Tarafların, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde iradelerinin uyuşması asıdır. Fakat ne yazık ki artık günümüzde taraflarca müzakere edilmeden, sözleşmenin güçlü tarafının sözleşmeye koyduğu tek taraflı hükümlerin ve konumuzu da oluşturan genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerin günlük hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Gelişen toplum düzeninde pratiklik ve ticari hayatın devamlılığını sağlamak için, genel işlem koşulları içeren sözleşmeleri ekonomik yaşamdan uzak tutmak imkânsızdır.⁶⁵ Fakat yine de genel işlem koşullarını sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle tümünden yasaklamak doğru bir yaklaşım olmayıp, düzgün yapılan denetim sayesinde genel işlem koşulları içeren sözleşmenin zayıf tarafının dezavantajlarına karşı önlem alınmanın daha yararlı sonuçlar verebileceği kanaatindeyiz.⁶⁶ Doğru şekilde denetlendiğinde genel işlem koşulları düzenlemesiyle zayıf taraf aleyhine bozulmuş olan dengeyi tekrar kurulabilir ve ayrıca bu düzenlemeler sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktan çok gerçekleştirmeye yönelik bir düzenlemelerdir.⁶⁷

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi 28.01.1964 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararında “*kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varmıştır.*”

⁶⁵ Bu görüş için bkz. **Karadağ**, s.10.

⁶⁶ **Havutçu**, s.39.

⁶⁷ **Kuntalp**, s.137. Yargıtay 13.HD., 2010/14259 E., 2011/4306 K. ve 23/03/2011 tarihli kararı; “*Sözleşme özgürlüğü yasalarca güvence altına alınmış olup, bu özgürlüğün ancak kamu yararı ile sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir. Kural olarak herkes dilediği, sözleşmeyi yapmakta serbest olduğu gibi, istemediği bir sözleşmeyi sürdürmek zorunda da değildir. Bunun istisnası "ittifakı sözleşmeler" olarak adlandırılan kamu hizmeti görmekte olan (Elektrik, Su işletmeleri gibi) kamu İdare ve müesseseleri ile bunlardan hizmet alan şahıslar arasında kurulan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde kamu idare ve müesseseleri kar amacından ziyade kamu hizmeti görmekle yükümlü olduklarından talep eden her şahısla sözleşme yapma zorunlulukları vardır.*” (Sinerji Mevzuat ve Yazılım Erişim Tarihi 20/12/2017)

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARI TANIMI, UNSURLARI VE HAKSIZ ŞART KAVRAMI

§ 7. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK

Sanayi devriminin de etkisiyle hızla gelişen sosyal ve ekonomik ilişkiler neticesinde, sözleşme yapmak için tarafların bir araya gelmesi ya da sözleşme hükümleri üzerinde müzakere edilmesi imkânı ortadan kalkmıştır. Sözleşmelerin ihtiyaçlara cevap vermesi için standart sözleşme yoluna gidilmiş ve hemen hemen her alanda uygulanmaya başlanmıştır.⁶⁸ Bu sözleşme tipinde asıl sorun bir tarafın her zaman sözleşmenin akdi, ifası ve sona ermesi aşamalarında ortaya çıkabilecek bütün rizikolarını önceden gözden geçirip bunu karşı tarafa aktarmasıdır. Bu durumda hiçbir zaman taraflar arasında gerçekten oluşmuş bir menfaat dengesinden ve eşitliğinden söz edilememektedir. İşte bu nedenle bu tip sözleşmelerin bireysel sözleşmelerden farklı olarak ele almak ve özellikle genel işlem koşullarının sözleşme içerisine alınmasını sıkı şartlara bağlamak gerekir. Yoksa imzalanan standart sözleşmenin muhtevasını tamamen önceden belirlenmiş genel işlem koşulları oluşturur. Doktrinde standart sözleşme kavramı yerine, genel işlem koşulları, iltihakî sözleşme⁶⁹, çerçeve sözleşme, formüler sözleşme, kitlesel sözleşme gibi terimler de kullanılmaktadır.⁷⁰

Yukarıda anlattığımız üzere, karşılıklı müzakere edilmiş sözleşme türü, sözleşmeler hukukunun temelini oluşturmaktadır. Ancak genel işlem koşulu içeren sözleşmeler bu türün bir istisnasıdır. Sözleşmenin güçsüz tarafına sadece genel işlem koşulu ile düzenlenmiş sözleşme kısımları dışındakileri yani yan edim ve karşı edimle sınırlı olarak müzakere imkânı tanınmıştır. Söz konusu önceden hazırlanılıp karşı tarafa sunulan bu sözleşmeler ile taraflar hem düzenleyen hem de karşı taraf büyük ölçüde

⁶⁸ Karadağ, s.31.

⁶⁹ Akipek, s.224.

⁷⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. s. 21.

sözleşme müzakereleri için yapılan masraflardan ve zahmetlerden büyük ölçüde tasarruf etmesine rağmen mutlaka denetlenmesi gereken bir müessesedir. Modern anlamda ilk kez sigorta, nakliye şirketleri ve bankalarda görüldüğü ifade edilmekle birlikte, artık toplumumuzda pek çok alanda bu koşullara rastlamak mümkündür.

II. BİREYSEL (FERDİ) SÖZLEŞME VE STANDART SÖZLEŞME AYRIMI

Kurulan bir sözleşmenin bireysel sözleşme mi yoksa standart sözleşme mi olduğu konusu çalışmamız açısından önem taşımaktadır. Çünkü eğer sözleşme bir bireysel sözleşme ise sözleşmede yer alan hükümlerin taraflarca müzakere edildiğinin kabul edilmesinde sakınca bulunmamaktadır. Ancak sözleşme standart bir sözleşme ise, yer alan hükümlerin taraflarca müzakere edilip edilmediğinin tespiti büyük bir önem taşır.

Hukukumuz bireysel sözleşme modeli üzerine kurulmuştur. Nitekim sözleşme dendiğinde aklımıza ilk gelen bireysel sözleşme modelidir. Bireysel sözleşme modelinde, hükümler sözleşmeyi yapan tarafların müzakeresi belirlenmekte olup, tarafların iradeleri uyuşuncaya dek her hüküm üzerinde serbestçe pazarlık yapılabilmektedir.⁷¹

Standart sözleşmelerde ise, hükümlerinin çoğunu genel işlem koşulları oluşturmakta, karşılıklı müzakere imkânının olmamakla birlikte sözleşme hükümleri ise önceden hazırlanmaktadır. Standart sözleşmeler için Yargıtay'ın yaptığı tanım, *“içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipidir.”*⁷² Standart sözleşmelerde genel işlem koşulları kullanılmaktadır. Genel işlem koşulları ise standart sözleşmenin içeriğini oluşturmaktadır. Kısaca uygulamada çok sık karıştırılan iki kavram arasındaki temel fark; standart sözleşmelerin bir sözleşme türü, genel işlem koşullarının ise standart sözleşmelerde kullanılan hükümlerin olmasıdır.⁷³

⁷¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 154.

⁷² Y. 13.HD, 02.09.2013, E. 2013/21504- K. 2013/20403 (KİBB).

⁷³ Havutçu, s. 13, Akipek, s. 223.

Yine karıştırılan kavramlarından ikisi de standart sözleşme ve iltihakî sözleşme kavramlarıdır.⁷⁴ İltihakî sözleşme, hukuki veya fiili bir tekele, devlet tarafından verilen bir ayrıcalığa dayanarak, toplumumuza kamu hizmeti niteliğinde; su, elektrik gibi hizmetlerin verilmesi ile ilişkili ve bu hizmeti topluma sunabilmek için başvuru yapan herkesle sözleşme yapma zorunluluğunda bulunan kurumların kullandığı bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkar.⁷⁵ Bu sözleşme türünde, sözleşme konusunu oluşturan mal veya hizmetler tekel konumunda bulunan kurumlar tarafından sağlanır ve bu nedenle karşı tarafın seçme imkânı ise, sözleşme özgürlüğü karşı taraf açısından yok denecek düzeydedir. Standart sözleşme kavramı ise iltihakî sözleşme kavramını da içeren bir üst sözleşme türüdür.⁷⁶ Özellikle standart sözleşme tipinde karşı tarafa sağlanan hakların ve menfaatlerin devlet eliyle verilen bir imtiyaza yahut tekel hakkında dayanması gerekmemektedir. Ayrıca karşı tarafa mal ya da hizmet sunan kullanıcının sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁷⁷ Aynı standart sözleşmelerde olduğu gibi iltihakî sözleşmelerinde hükümlerini genel işlem koşulları oluşturmaktadır. Bu nedenle iltihakî sözleşmelerde bulunan hükümlere, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁷⁸ Nitekim TBK m. 20'nin son fıkrasında genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin, sundukları hizmetin kanun veya yetkili makamlardan verilen izinle yürütmekte olan kurumların taraf oldukları sözleşmelerde de uygulanacağı belirtilmiştir. Zira bu sözleşme hükümleri de önceden tek taraflı olarak hazırlanmakta ve sözleşmenin güçsüz tarafına zorla kabul ettirilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafının devlet eliyle imtiyaz verilen bir kişi ya da kurum olması bu hususları değiştirmemektedir. Çünkü güçsüz taraf sadece sözleşmeyi imzalamak ya da imzalamamak konusunda seçim hakkına sahiptir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 02/06/1998 tarihli kararında⁷⁹; “...*Davalı Belediye her ne kadar bir kamu tüzel kişisi olup, gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de, davacı taraf belirli şartlara uyararak ve bedel*

⁷⁴ Bu kavramları aynı olduğunu ileri süren görüş için bkz. **Akipek**, s. 224.

⁷⁵ **Atamer**, Sözleşme, s. 7, **Havutçu**, s. 14.

⁷⁶ **Eren**, s. 124.

⁷⁷ **Açıkgöz**, s. 160.

⁷⁸ Atamer ise iltihakî sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Çünkü yazara göre tarafların iradelerinin uyuşması sonucu aralarındaki sözleşmede geçerlilik kazanmayan ve uygulanması bir zorunluluk teşkil eden hukuki düzenlemeler genel işlem koşulu olarak kabul edilememelidir. Bkz. Sözleşme, s. 63. Karşı görüş için bkz. **Yavuz**, s. 30.

⁷⁹ Y. 3. HD. 1998/6098 E. - 1998/4263 K. (KİBB). Kararda her ne kadar iltihakî sözleşme tipinin tanımı doğru yapılmış olsa da, iltihakî sözleşme ve genel işlem koşulu kavramları ne yazık ki eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler (su abonman sözleşmesi) iltihakî sözleşmelerdir. İltihakî 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...” şeklinde iltihakî sözleşmelerin tanımı yapmıştır.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI

Genel işlem koşulları doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir görüş genel işlem koşullarını “sözleşmenin taraflarından birinin, ileri de kuracağı sözleşmelerde karşı akdin, değiştirilmeden kabul etmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek taraflı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır”⁸⁰ şeklinde ifade etmektedir. Bir diğer görüş ise, “genel işlem koşullarını, gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere, önceden tek taraflı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını istediği sözleşme koşulları” olarak tanımlamaktadır.⁸¹

Türk Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinde ise genel işlem koşulları, “bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olarak tanımlanmıştır.⁸²

Öğretide, TBK’nın 20. maddesinde tanımlanan genel işlem koşullarının, bu tanımda kullanılan bazı kelimeler itibariyle tereddütlere yol açabileceği, bazılarının ise gereksiz olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, madde metninde geçen “tek başına” ifadesi ile anlatılmaya çalışılanın, sözleşmenin tek başına kaleme alınmış olması olmadığı, kişinin sözleşmeyi avukatları ile hazırlayabileceği gibi, başka kişilerden de yardım alabileceği ve bu durumlarda hükümlerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesine engel

⁸⁰Atamer, Sözleşme, s.61.

⁸¹Havutçu, s.74.

⁸²4077 sayılı TKHK’nun 6.maddesi uyarınca, “haksız şart”, “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 koşullarıdır.”

teşkil etmeyeceği, sonuç olarak tek başına ifadesi ile kastedilenin sadece karşı taraf dahil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanması olduğu ifade edilmektedir.⁸³

Yine, TBK'ya göre, genel işlem koşulları, “*sözleşmeyi düzenleyenin, ...karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, metni düzenleyen ile genel işlem koşullarını kullananın aynı kişi olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa böyle bir sonuç, hükmün uygulama alanını istenmeyen bir şekilde daraltır. Çünkü genel işlem koşulları bakımından önemli olan kimin onları düzenlediği değil, kimin karşı tarafa sunduğudur. Genel işlem koşullarını düzenleyenin ve o hükümleri kullananın aynı kişiler olmaması, sözleşmedeki hükümlerin genel işlem koşulları olarak nitelendirilmesine engel olmamaktadır.⁸⁴

Genel işlem koşulları hakkında genel hükümler, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda düzenlenmediği için 6098 sayılı TBK'da bu eksiklik giderilmiş ve genel işlem koşulları her sözleşme için öngörülmüştür. Genel işlem koşullarının varlığını kabul edebilmek için iki tarafın uzlaşarak, pazarlık sonucu belirledikleri sözleşme şartları olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde bu durum müzakere esnasında doğacak klasik bir Borçlar Hukuku sözleşmesinden başka bir şey olmaz. Önemli olan, genel işlem koşulu kullanımına rağmen hangi durumda sözleşmelerin bu tür bireysel anlaşma olarak kabul edilebileceğini saptamaktır. Tarafların bazen genel işlem koşullarından bir bölümünü aralarında anlaşma yaparak değiştirmeleri mümkün olduğu gibi, bazen de söz konusu koşulların tamamının tarafların anlaşmasının bir ürünü olması da mümkündür. Ancak böyle bir irade uyuşmasının varlığını kabul edebilmek için yine bazı şartların gerçekleşmiş olmasını aramak gerekir.⁸⁵

IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI

Türk Borçlar Kanun'u açısından bakıldığında sözleşmeye konulan bir hükmün genel işlem koşulu olabilmesi için aşağıdaki unsurları içermesi gerekmektedir.

⁸³ Karadağ, s.34,

⁸⁴ Akçaal, s. 15. Havutçu, s. 76.

⁸⁵ Atamer, Sözleşme, s. 61-62.

A. BİR SÖZLEŞMENİN BULUNMASI

Genel işlem koşullarının, kural olarak bir sözleşmenin hükümleri içinde yer alması gerekir. Söz konusu sözleşme, somut olay açısından bir borçlar hukuku sözleşmesi olabileceği gibi bir borçlandırııcı sözleşme veya bir eşya hukuku sözleşmesi veya usul hukukuna ilişkin sözleşme de olabilir. Kısaca sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğu önemli değildir. Bu konuda önemli olan bir tarafın, sözleşmeyi düzenleme serbestisi içinde tek taraflı hazırlanması kendi istediği gibi ve menfaatine kullanması, diğer tarafın da bu oluşum aşamasında bulunamamasıdır.⁸⁶ Yani bir sözleşmenin genel işlem koşulu olmasını sağlayan husus sadece tek taraflı düzenlenmesi değil, aynı zamanda benzeri hukuki ihtilaflarda kullanılmasıdır. Eğer bir kimse tek taraflı düzenlediği bir sözleşme bir defa kullanılmış ve diğer tarafla müzakere etmeksizin onun sözleşmeye katılmayacağı bir durumunda bu sözleşme sadece iltihakî sözleşmedir. Nitekim TBK m. 20’de bu husus açıkça ifade edilmiştir.⁸⁷

Genel işlem koşulları genel olarak iki taraflı sözleşmelerin içeriğini oluştururlar. Bununla birlikte bazen tek taraflı beyanların yer aldığı hukuki işlemlerin kapsamı içinde de yer aldığına rastlamak mümkündür. Örneğin bir kimse hastaneye yatarken imzaladığı tedavi sözleşmesi içinde, ölümü halinde cesedinin hastane tarafından kadavra olarak kullanılabileceğine ilişkin bir beyan yer alması da beyanda bulunması hali buna bir örnek oluşturur⁸⁸. Bunun gibi banka kredi sözleşmesinde bankanın müşterisi hakkında sahip olduğu bilgileri dilediği gibi kullanılabileceğine ilişkin verilen yetki halinde⁸⁹ böyle bir uygulama söz konusu olur.

Genel işlem koşullarına özellikle banka, sigorta, seyahat, taşıma, iletişim, ulaştırma, elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet veya dayanıklı tüketim mallarına ilişkin taksitle satış sözleşmelerinde rastlanılmaktadır.⁹⁰ Bu koşullar sadece yukarıda sayılan alanlarla sınırlı olmayıp, daha pek çok alanda da uygulanabilmektedirler.

⁸⁶ **Atamer**, Sözleşme, s.62.

⁸⁷ Bkz. s.21.

⁸⁸ **Atamer**, Sözleşme, s.64.

⁸⁹ **Atamer**, Sözleşme, s.64.

⁹⁰ **Eren**, s.218-219.

B. SÖZLEŞMENİN TARAFLARIN BİRİSİNCE HAZIRLANMASI

Genel işlem koşulları, tarafların bir araya gelerek sözleşmenin kurulması aşamasında müzakere ederek karar verdikleri hükümler değildir. Bir taraf, bu koşulları mutlaka sözleşme yazılmadan önce tek başına hazırlayıp veya hazırlatıp karşı tarafın önüne koyar.⁹¹ Bu sözleşmeler genel olarak önceden basılıp çoğaltılarak hazır hale getirilirler. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi hazırlayan taraf, bunu koşulları karşı taraf ile tartışmak, müzakere etmek amacıyla yapmamaktadır. Hazırlanıp önceden basılmasının tek amacı sadece karşı tarafın müzakere etmeden sözleşme koşullarını kabul etmesini sağlamaktır.⁹² İşte tam da bu sebeplerle genel işlem koşulları çok sayıda kişiyle sözleşme yapan kurumlar için büyük bir kolaylık ve sürattir.⁹³ Çünkü bu koşullar sözleşmelerin hızlı yapılmasını sağlar. Sözleşmenin karşı tarafla müzakere edilmesi halinde bu durum zaman kaybına yol açacaktır. Ayrıca aynı tür sözleşmelerde farklı hükümler olabileceğinden ve bu nedenle sözleşmeler arasında tam bir birliktelik sağlanamayacağı için aynı tür sözleşmeler arasındaki standardizasyonu sağlar.⁹⁴

Türk Borçlar Kanunu 20/4. maddesinde “*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.*” Bu maddede de belirtildiği gibi kamu tüzel kişileri de genel işlem koşulları düzenlemesine tabidirler.

C. SÖZLEŞMENİN İLERİDE ÇOK SAYIDA BENZER İŞLEMLERDE KULLANMA AMACI TAŞIMASI

Genel işlem koşulları, kanun maddelerine benzer bir şekilde, genel ve soyut nitelikte ve gelecekte kimliği önceden bilinmeyen birçok kişiyle aynı türden sözleşmeler kurulmasını sağlamak üzere hazırlanır.⁹⁵ Doktrinde kabul edilen görüşe göre, en az üç

⁹¹Atamer, Sözleşme, s.65, Havutçu, s. 80-81.

⁹²Eren, s.219.

⁹³Yelmen, s.53.

⁹⁴Eren, s. 216.

⁹⁵Oğuz, s.12-13.

kez kullanma amacının varlığı, genel işlem koşullarının varlığı için yeterlidir.⁹⁶ Türk Borçlar Kanunu'na göre ise bu şekilde sayıya dayanan bir kullanım şartı söz konusu değildir.

Genel işlem koşulları kimlikleri önceden belirli olmayan kişiler için hazırlandıklarından dolayı genel nitelikte koşullardır.⁹⁷ Bu hükümler gelecekte yapılması planlanan aynı tür sözleşmeler için, herhangi bir kişi gözetmeksizin, objektif olarak belirlenebilir bir topluluğa yönelik hazırlanırlar.⁹⁸ Burada önemli olan genel işlem koşulları içeren sözleşmenin tarafının belirli olup olmadığıdır. Bu kişilerin kim olduğu önceden somut bir biçimde bilinemez.

Genel işlem koşulları ilerde benzer şekilde yapılacak sözleşmeler de kullanılmak üzere hazırlanırlar. Bu bakımdan genel işlem koşulları soyut nitelikte kurallardan oluşur.⁹⁹ Genel işlem koşulları mutlaka özel olarak düzenlenmiş olaylardan arınmış olarak hazırlanmalıdır. Yani, söz konusu hükümler tamamen belirli bir olay ile ilgiliye soyutluktan çıkarak somut bir özellik kazanırlar.¹⁰⁰

Genel işlem koşulları birden fazla özdeş sözleşmede kullanıldığı için, kullanılan metnin ve diğer bütün metinlerin, aynı hükümleri içeriyor olması gereklidir yani hazırlanan sözleşme hükümlerinin adeta birbirlerinin aynısı olup tek bir elden çıkmış gibi hazırlanmaları gerekmektedir. Ancak TBK m.20/2' ye göre; *“aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.”* Bu maddeden yola çıkarak şu söylenebilir ki, sözleşmelerde yer alan hükümler, içerik itibarıyla birbirleriyle özdeş olmasalar da, onları genel işlem koşulu olarak denetlemek mümkündür.¹⁰¹ Bu suretle genel işlem koşulları içeren metinlerde küçük farklılıklar yapılarak,¹⁰² denetime ilişkin kuralların atlatılması önlenmiş olur.

⁹⁶ **MüKoBGB/Basedow**, §305, Rn. 18. **Yelmen**, s.55'den naklen.

⁹⁷ **Eren**, s.219.

⁹⁸ **Oğuz**, s.12, **Yelmen**, s.56.

⁹⁹ **Eren**, s.219.

¹⁰⁰ **Yelmen**, s.56, **Havutçu**, s.80, **Oğuz**, s.12.

¹⁰¹ **Havutçu**, s. 73; **Arikan**, s. 69 vd.

¹⁰² **Uluslan**, s. 1223, **Yelmen**, 57.

D. SÖZLEŞMEYİ HAZIRLAYAN TARAFINCA SÖZLEŞME METNİNİN DİĞER TARAFA SUNULMASI

Genel işlem koşulları için aranan son unsur, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında hazırlanmış olan sözleşme metninin sunulmasıdır. Genel işlem koşullarını en geç sözleşmenin kuruluşu aşamasında sözleşmeyi hazırlayan tarafça diğer tarafa sunulmalıdır. Gerçekten TBK m. 20/1’de, “sözleşme yapılırken” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade Türk Borçlar Kanunu’nun başlangıç hükümlerinde yer alan “sözleşmenin kurulmasıdır”.¹⁰³ Sözleşme kuruluşu sırasında sunulmayan genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olmaz. Sözleşmenin kuruluşundan sonra daha önce hiç bahsi geçmeyen hükümlere dayanılmaz. Zira bu sözleşmenin sonradan değiştirilmesi demektir.¹⁰⁴

V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir işleme uygulanacak olan hükümlerin ve hukuki sonuçların tespit edilebilmesi için o işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Böylece, genel işlem koşullarının sözleşme hükümlerine nasıl dahil olacağı ve ne gibi sonuçlar doğuracağı belirsizlikten kurtulur. Diğer bir ifadeyle, genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmedeki belirsiz durumlara netlik kazandıracaktır. Genel işlem koşullarının hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş birliği sağlanamayan bu konuda iki teori bulunmaktadır. Bunlar norm ve sözleşme teorileridir.

A. NORM TEORİSİ

Genel işlem koşullarının sözleşmenin kurulmasından önce genel ve soyut nitelikte olması, tek taraflı olarak hazırlanması, birden fazla kez kullanılması, sözleşmeyi imzalayan karşı tarafın sözleşme üzerinde müzakere imkânı olmaması gibi unsurlar,

¹⁰³ TBK m. 1; “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”

¹⁰⁴ Yelmen, s.59, Kocayusufpaşaoğlu, s.233.

onun hukuk normlarıyla olan benzerliğini gösterir.¹⁰⁵ Göz ardı edilemeyecek olan bu benzerlik nedeniyle genel işlem koşullarının birer hukuki norm olduğu düşünüldüğünden, teori “norm görüşü” olarak adlandırılmıştır.. Bu anlamda norm görüşü ilk kez Alman hukukçu Hueck tarafından 1923 yılında yazılan bir makale de ileri sürülmüştür.¹⁰⁶ Ancak bu görüş, günümüzde artık geçerliliğini yitirmiş olduğu görülmektedir.

Prensipte norm teorisini doğuran bir diğer görüş ise örf adet teorisidir. Bu görüş, genel işlem koşullarını hukuksal normlara paralel nitelikte taşıyan, objektif normlar olarak kabul etmektedir. Bu normlar örf ve adet niteliğinde olduğu için, kişiler tarafından, bu koşulların, yasal normlar gibi geçerliliğine ve uyulmasına inanılmaktadır. Ancak örf adet kurallarının varlığından bahsedebilmek için iki şart aranmaktadır. Birinci şart, kuralın uzun süreden beri uygulanıyor olması; ikinci şart ise, toplumda bu örf ve adet kurallarına uyulması gerektiğine dair genel bir kanının olmasıdır. Genel işlem koşulları bu iki şartı taşımadığı için örf adet kuralı olarak nitelendirilemez.¹⁰⁷

Norm teorisi uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği oluşturmasının temelinde, özel hukuk alanında norm koyma yetkisinin biri tarafından kullanılması ve diğer tarafın da bunları objektif hukuk kuralları gibi benimsemesi olgusu yatar.¹⁰⁸ Bunlara ek olarak genel işlem koşullarını yorumlanması konusunda belirleyici olan bu hükümlerin nasıl nitelendirildiğidir. Zira norm görüşü benimsenirse, somut olayın özellikleri dikkate alınmadan, yasaların yorumlanmasında uygulanan ilkelere itibar edilmek durumunda kalınır.¹⁰⁹

B. SÖZLEŞME TEORİSİ

Bu teoriye göre genel işlem koşullarının hukuki niteliği sözleşme esasına dayanmaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşmenin hükümleri olabilmesi, karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır. Bu nedenle önceden kaleme alınması hukuki bir işlem olarak değerlendirilemez. Sadece burada taraflardan birinin sözleşme için yaptığı

¹⁰⁵ **Atamer**, Sözleşme, s. 77.

¹⁰⁶ **Havutçu**, s.94.

¹⁰⁷ **Karadağ**, s.42, **Çınar**, s. 60.

¹⁰⁸ **Atamer**, Sözleşme, s.78.

¹⁰⁹ **Atamer**, Sözleşme, s.78.

hazırlık çalışmasının bir ürünü söz konusudur ve bir sözleşme haline gelmedikçe bağlayıcı etkisi yoktur. Bu metnin sadece hazırlanmış olması herhangi bir hukuki etki ve sonuç doğurması mümkün değildir.¹¹⁰ Bağlayıcı etkisinin meydana gelmesi için diğer tarafça kabul edilmesi gerekir.

EREN'e göre; "Genel işlem koşulları, ne kanunlar gibi objektif ve soyut ne de kendine özgü bir hukuk kaynağıdır. Bu koşullar, ancak kendisine sunulan karşı tarafça kabul edildiği takdirde akdi, dolayısıyla bağlayıcı bir sonuç doğurur. Ayrıca genel işlem koşulları yalnız bunu kabul eden tarafı kurulan sözleşme yönünden bağlar. Diğer kişiler ve diğer sözleşmelerde bunların bağlayıcı bir etkileri yoktur. Bunun sebebi, genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin sözleşme niteliğinde olması, norm teorisinin burada kabul edilmemesidir."¹¹¹ Genel işlem koşullarının hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber biz sözleşme teorisini kabul ediyoruz.¹¹² Genel işlem koşulları sözleşme içeriğine dahil edilemeden önce hiçbir anlam ifade etmeyip, ancak sözleşme içerisinde bir anlama kavuşurlar. Genel işlem koşulu içeren metnin önceden hazırlanması hiçbir anlam ifade etmez. Önemli olan sözleşmenin karşı tarafının kendine sunulan bu koşulları kabul etmesidir. Ancak bu noktada bu hükümler hukuk alanında hüküm doğurabilir.

§ 8. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ BİREYSEL ANLAŞMAYA DÖNÜŞMESİ

Tarafların karşılıklı pazarlığı ve müzakereleri sonucunda yani her iki tarafın da katılımıyla sözleşme koşullarının belirlenmiş olması halinde bireysel anlaşmaların varlığından bahsedilir ve bunlar kural olarak denetlenemez. Çünkü Türk Borçlar Hukukumuzun temel ilkelerinden birisi sözleşme özgürlüğüdür. İşte bu sebepten ötürü taraflar diledikleri gibi sözleşme yapabilirler. Bu özgürlüğün sınırlandırılması istisnai durumlarda söz konusu olur. Bu açıdan bakıldığında tarafların, üzerinde birlikte çalışarak hazırladıkları sözleşmeler, bireysel sözleşmeler olduğu için, bu sözleşmelere genel işlem koşulları hükümleri uygulanması mümkün olmaz.¹¹³

¹¹⁰ **Atamer**, Sözleşme, s. 78.

¹¹¹ **Eren**, s. 218.

¹¹² **Eren**, s. 218.

¹¹³ **Atamer**, Karşılaştırma, s.21.

Taraflar arasında bireysel anlaşma olduğunu kabul edebilmek için, ortadan kalkmış olan sözleşme içeriğini tespit etme olanağının yeniden doğmuş olması gerekir. Bunun anlamı şudur, karşı tarafın da, genel işlem koşulu kullanan kadar sözleşme koşullarını şekillendirmek için sözleşme özgürlüğünden yararlanmış olmalıdır. Bunun için de genel işlem koşullarını kullanan tarafça, karşı tarafla beraber sözleşme hükümlerini müzakere etme isteği aranır.¹¹⁴ Burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus; genel işlem koşulu kullanan tarafın bu isteğinin var olduğu iradesinin yanı sıra karşı tarafın da bu koşulları anlamak ve müzakere edebilmek için gerekli olan bilgiye sahip olması ya da profesyonel destek alıyor olması gereklidir.¹¹⁵

Karşı tarafa genel işlem koşulları içeren hükümlerin teker teker açıklanması ve onun bu hükümleri de kabul etmesi bireysel anlaşmanın varlığı için yeterli değildir. Karşı tarafın genel işlem koşulu içeren sözleşme metnini anlayarak, kendisi için aleyhte olan hükümleri tespit ederek, yeni genel işlem koşulu alternatifleri getirme imkânından yoksun olduğu için bu koşulların onu nasıl bir hak kaybına uğratacağını bilemediğinden dolayı bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilemez.¹¹⁶

TBK m. 20/3 hükmüne 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.*” Sadece bahsedilen türden bir kayıt koymak genel işlem koşulu niteliğini ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Hatta bu kaydın kendisi genel işlem koşulu teşkil eder.¹¹⁷ Bu hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç, müzakere edilerek kabul edilen sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu özelliğini kaybedeceğidir.¹¹⁸ Yani tarafların uzlaştığı, iradelerinin uyduğu bir metin artık genel işlem koşulu olmaktan çıkar.

Bir sözleşme genel işlem koşullarının varlığı için gereken tüm unsurları taşıyor olmasına rağmen, bu sözleşmenin genel işlem koşulu içermediğini ve taraflar arasında müzakere edildiğini ispat edecek olan taraf, yine genel işlem koşulunu kullanan taraftır.¹¹⁹ Bu konuda Türk Borçlar Kanunu hükümleri içinde herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen TKHK’un m. 6, f 3-5’te ispat yükünün

¹¹⁴ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 21.

¹¹⁵ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 22.

¹¹⁶ **Aydoğdu**, s.10.

¹¹⁷ **Atamer**, Karşılaştırma, s.21.

¹¹⁸ **Yelmen**, s. 60.

¹¹⁹ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 24.

dağılımı ile ilgili bir hüküm olup, bu hükümde; “Eğer sözleşme şart önceden hazırlandıysa 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.” denilmektedir. TKHK’da öngörülen genel işlem koşullarının ispat yükünün dağılımına ilişkin bu düzenlemenin kanımızca kıyasen burada da uygulanmasının herhangi bir sakıncası yoktur.¹²⁰

Normal olan, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin matbu olmasından dolayı, bu metinlerdeki hükümlerin müzakere edilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla bu durumun aksini iddia edenin ispat etmesi gerekir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz kanun maddesi de bunu kanıtlar niteliktedir.

Nihayet, genel işlem koşulu içeren hükümlerin taraflar arasında müzakere edildiği ispatlansa bile, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin genel işlem koşulu içerdiği durumu değişmez. TBK’daki bir başka düzenleme ise m. 27/2’de yer almaktadır. Düzenlemeye göre, “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”¹²¹

¹²⁰ Atamer, Karşılaştırma, s. 24.

¹²¹ TKHK’nın 6. maddesinde ve Yönetmelikte, yürürlük denetimi ve sonuçlarına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme olmadığı için, sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli olup olmadığı, TBK’nın 27. maddesine göre belirlenir. Buna göre, tüketici TBK’nın bu hükmünden yararlanarak sözleşmeyi tamamen hükümsüz kılabilir ve böylece girişimci karşısında güçlü bir konum elde etmektedir. Alman Medeni Kanunu madde 139 ile sözleşme ile ilişkilendirilen hükümlerin etkisinden kurtularak- genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmaması durumunda tüm sözleşmenin hükümsüzlüğü söz konusu- avantajlı bir konum elde eden girişimcinin bu konumu Alman Medeni Kanunu madde 306 ile ortadan kaldırılmaktadır. Ancak Alman Medeni Kanunu sözleşmenin geri kalan hükümlerini geçerli kabul etmekte ve dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin geçerli olmasının ondan beklenememesi durumunda sözleşmeyi hükümsüz kılma olanağı tanımaktadır. TBK’ da ise böyle bir imkân mevcut değildir.

§ 9. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA ÖNEMİ OLMAYAN HUSUSLAR

Bir sözleşmede yer alan koşulların genel işlem koşulu olup olmadığı nitelendirmesi konusunda dikkate alınmayacak unsurlar TBK'nın 20. Maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre, *“bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz.”* Bu hükme göre amaçlanan, genel işlem koşullarının varlığı kabul edilirken mümkün olduğu kadar şekli kıstaslardan yola çıkmamak olduğudur.¹²² Genel işlem koşullarının yazılı olması halinde nasıl kaleme alındıkları, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı, çoğaltılmış olup olmamaları gibi unsurlar, sözleşme koşullarının genel işlem koşulu olarak nitelendirilip, nitelendirilmemesinde önemli olmamalıdır.¹²³ Aksi halde kullanan, genel işlem koşullarını dolanmak¹²⁴ için yollar aramaya teşvik edilmiş olur.¹²⁵

Genel işlem koşullarında önem taşımayan bir başka husus, metinlerin mutlak anlamda örtüşmesinin aranmamasıdır. Yukarı kısımda da bahsettiğimiz üzere, TBK m. 20/2'ye göre, *“aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metninin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.”* Bu madde de görüldüğü üzere sözleşmelerde yer alan metinlerin özdeş olması aranmamakta, olmasalar da onları, buna rağmen genel işlem koşulu olarak nitelemek mümkündür.

Son olarak genel işlem koşullarının varlığı açısından TBK m. 20/4 de olan düzenlemeye göre, *“genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerde, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”* Bu hükme göre, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerde yer alan tüm hükümler, TBK m. 20/1' deki tanıma uymasalar bile genel işlem koşulu olarak kabul edilmekte ve emredici nitelikteki genel işlem koşulları düzenlemesine tabi

¹²² Atamer, Karşılaştırma, s.19.

¹²³ Atamer, Karşılaştırma, s.19.

¹²⁴ Kanun koyucunun, genel işlem koşulu içeren bir sözleşmenin denetim dışında kalmasını engellemek amacıyla hileli yollara başvurulmasını (dolanma yasakları) engellemeye çalışmasıyla ilgilidir. Dolanma yasakları; sözleşme metninin içeriği (TBK m. 20/1), sözleşme metninin aynılığı (TBK m. 20/2), tartışma kayıtları (TBK m. 20/3) ve son olarak sundukları hizmeti izinle yürütenler (TBK m. 20/4) olarak ayrılır.

¹²⁵ Atamer, Karşılaştırma, s.19.

tutulmaktadır. Ayrıca bu tür sözleşmelerde, genel işlem koşullarının unsurlarından biri olan “ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı” aranmaz.¹²⁶



¹²⁶ Yelmen, s.61.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİM TÜRLERİ VE YARGISAL DENETİMİ

§ 10. DENETİM TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK

Kanun koyucu genel işlem koşullarını zayıf durumda bulunan tarafı, özellikle tüketicileri bu koşulları dayatmaya çalışan güçlü konumdaki tarafa karşı koruma amacıyla düzenlemiştir. Bu kurallar hukuki nitelikleri itibarıyla emredici hukuk kuralları olup, amaçları sözleşmedeki zayıf tarafı korumaktadır. İşte bu nedenle bu kuralların aksi hiçbir şekilde kararlaştırılamaz, emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşulları yok ya da geçersiz sayılmıştır. Koruma amaçlı konulan bu kurallar, sözleşmenin tarafları arasında uyuşmazlık çıkması durumunda hâkime, genel işlem koşullarını denetleme yetkisi vermektedir.¹²⁷

Doktrinde genel işlem koşullarının denetimi hakkında çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bu ayrımların ilkinde, genel işlem koşullarının denetimi üç ayrı başlık altında incelenmektedir; “yürürlük denetimi”, “yorum denetimi”, “içerik denetimi”.¹²⁸ Diğer bir ayrım ise ikili bir ayrım tercih edilmiş olup “bağlayıcılık denetimi” ve “içerik denetimi” başlıkları altında inceleme yapılmıştır.¹²⁹

Öncelikle “idari denetim” ve “yargısal denetim” şeklindeki ayrımı inceledikten sonra yargısal denetimin kendi içindeki ayrımı olan “yürürlük denetimi”, “yorum denetimi” ve “içerik denetimi” şeklindeki ayrım incelenecektir.

İdari denetim, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin önceden ilgili idari makamlarca incelenmesini ifade eder. Genel anlamda bir idari denetim hukukumuzda yoktur.¹³⁰ Hukukumuzda genel işlem koşullarının yargısal denetimi ise, ilk defa 4822 sayılı kanunla değiştirilen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

¹²⁷ Eren, s. 220.

¹²⁸ Eren, s. 220, Havutçu, s. 39, Antalya, s. 302.

¹²⁹ Havutçu, s.40-41.

¹³⁰ Karadağ, s.43, Aydoğdu, s. 68.

6762 sayılı Ticaret kanunumuzda sigorta genel koşullarının idare (Bakanlık) tarafından denetimi için öngörölmüş özel bir hüküm mevcuttu (6762 sayılı TTK m. 1266). Fakat bu denetimde de genel bir düzenleme olmadığı için hukukumuzda genel anlamda idari denetim olmadığı söylenebilirdi. Nitekim 6102 sayılı Ticaret Kanunu konuyla ilgili olan 1425. maddesindeki Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın bu yoldaki denetimini kaldırmıştır.

Yargısal denetim yollarından olan yürürlük denetimi, Türk Borçlar Kanununda 21 ve 22. maddelerinde, yorum denetimi 23. maddede ve içerik denetimi ise 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Kısaca yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının yargısal denetiminin ilk aşamasıdır. Bu aşamada sözleşmede bulunan genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olup olmadığı tespit edilir. Yorum denetiminde, sözleşmenin içeriğine dahil olduğu anlaşılan genel işlem koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi yapılır. Son olarak içerik denetiminde ise, önceki denetimlerin işe yaramadığı anlaşıldığı takdirde genel işlem koşullarının geçerli olup olmadığı denetlenir.

II. İDARİ DENETİM

Genel işlem koşullarına dayalı sözleşmelerde, bu koşulları kullanan tarafın karışışında yer alan zayıf tarafın korunması konusunda çeşitli tedbirler önerilmektedir. Bunların başında, sözleşmelere ilişkin düzenleyici hukuk kurallarının emredici kural haline getirilmesi ve genel işlem koşullarının denetlenmesi gelmektedir.¹³¹ Genel işlem koşullarının denetlenmesindeki sistemlerden biri de bu koşulların önceden bir idari kurum tarafından denetlenmesi ve onay almasıdır.¹³² Kısaca bu denetim yolundaki amaç genel işlem koşulu arz eden sözleşme hükümlerinin, önceden ilgili idari makamca denetlenerek, sözleşme tarafı için sakınca meydana getirecek sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulları arasından çıkartılmasını sağlamaktır.

İdari denetim sayesinde, işletmelerin genel işlem koşullarını değişen şartlara uyumlu hale getirme konusunda engelleyici bir rol oynayabileceği, ayrıca sözleşmenin zayıf tarafının iradesini de kısıtlama sonucu doğurabileceği savunulmaktadır.¹³³

¹³¹ **Atamer**, Sözleşme, s. 21, **Sirmen**, s.112.

¹³² **Sirmen**, s.112.

¹³³ **Sirmen**, s.112, **Atamer**, Sözleşme, s.21.

İdari denetim mekanizması Türk hukukunda sigorta sözleşmeleri açısından uygulanmaktadır.¹³⁴ Benzer bir denetimi Mobil Haberleşme abonelik sözleşmelerinde de görmek mümkündür. Elektronik Haberleşme Kanunu m. 60 gereğince, idari denetimi gerçekleştiren makamın değişiklik talebi müteşebbis tarafından yerine getirilmediği takdirde idari makamca sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının mevcut hali ile kullanılmasının yasaklanabileceği gibi müteşebbise idari para cezası da verilebilmektedir.¹³⁵

Bunlara ek olarak 25574 sayılı 05.09.2004 tarihli R.G gazete de yayınlanan Telekomünikasyon Kurumu tarafından işletmecilere uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin b bendinde de idari denetimi öngören bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre; “*işletmecinin, aboneler ile kurum tarafından onaylanmayan abonelik sözleşmesi imzalaması veya abonelik sözleşmesinde kurum tarafından istenen değişikliğin yapmaması*” şeklindeki ifadede telekomünikasyon sektöründeki abonelik sözleşmelerinin idari denetime tabi olduğunu da söylemek mümkündür.¹³⁶

İdari denetimle sayesinde, genel işlem koşulları içeren sözleşme yargısal denetim yoluna başvurmadan önce herhangi bir davaya konu olmadan tespit edilir ve haksız şart niteliğindeki hükümlerin iptali sağlanır. Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle istişare 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. Eğer bir sözleşme hükmü önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme hükmünün tüketiciyle istişare edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin incelenmesi sonucunda, sözleşmede tarafların hak ve

¹³⁴ Sigortacılık Kanunu m.11’e göre; “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 yanılığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.”

¹³⁵ Elektronik Haberleşme Kanunu m. 60/1; “Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir.”

¹³⁶ Koca, s. 57.

yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olan bir hüküm varsa o hüküm haksız şart olarak tespit edilir. Sözleşme hükümlerinin karşı tarafın anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere idari denetim tamamen önleyici bir denetimdir.¹³⁷ Bu şekilde yapılan idari denetim yargısal denetimi kolaylaştırır ve yargının yükünü azaltır. İdari denetimle haksız şartların büyük bir kısmı önceden sözleşmede ortadan kaldırılacağı için kalan kısım yönünden yargısal denetim kolaylaşmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, idari denetimden geçmiş bir genel işlem koşuluna tekrar yargısal denetim yapılabilir, buna herhangi bir engel yoktur.¹³⁸ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.04.1995 tarih ve 1995/1993 E.- 1995/3369 K. sayılı kararında *“sigorta poliçesi genel şartlarının ilgili bakanlıkça tanzim ve tasdik olunmasına rağmen emredici hükümlere aykırı olması halinde bu şartların da geçersiz olacağına”* hükmetmiştir. Böylece Yargıtay, bir idari denetim merci olan Bakanlıkça tanzim ve tasdik edilse bile sözleşmede yer alan şartların emredici hükümlere aykırı olmaları halinde geçersiz olacaklarını belirtmiştir.

III. YARGISAL DENETİM

Sözleşme şartlarının, taraflar arasında karşılıklı müzakere edilerek oluşturulması Türk Borçlar Hukukunun esasını oluşturmaktadır.¹³⁹ Tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu ve kendi çıkarlarına uygun olarak düzenledikleri kayıtlar açısından, sözleşme şartlarının karşılıklı müzakere edildiği kabul edilmektedir. Taraflarca müzakere edilmeden, sözleşmeye konulan tek taraflı kayıtlar ve özellikle genel işlem koşulları kullanılan sözleşmeler açısından böyle bir durum ise söz konusu olmamaktadır. Bundan dolayı, sözleşme ile menfaatleri ihlal edilen sözleşme tarafının korunması gerekmektedir. Bu koruma Türk Borçlar Hukukunda yargısal denetim yoluyla sağlanmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin yargısal denetimi esas olarak üç aşamadan oluşmaktadır.

¹³⁷ Karadağ, s. 45.

¹³⁸ Aydoğdu, s. 69, Karadağ, s. 45, Havutçu, s.44.

¹³⁹ Eren, s. 207 vd.

Yaygın adı “Yürürlük Denetimi” olan birinci aşamada, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği tespit edilir. Bu denetimden amaç, genel işlem koşullarının geçerli olarak sözleşmeye dahil olup olmadığının belirlenmesidir. Doktrinde bu denetime, “bağlayıcılık denetimi”, “örtülü içerik denetimi”, “kapsam denetimi”, “ilişkilendirme kontrolü” gibi çeşitli isimler verilmektedir.¹⁴⁰

İkinci aşamada, bir sözleşme hükmünün yürürlük denetiminden geçmekle beraber açık ve anlaşılır olmaması durumunda, içerik denetimine gerek olmadan yorum yolu ile sözleşmenin kullanan aleyhine ancak karşı taraf lehine olan anlamına öncelik verilecektir. Ancak bu denetim sonucunda sözleşme kullanan aleyhine yorumlanamıyorsa, o takdirde içerik denetimi söz konusu olacaktır.¹⁴¹

Son aşamada ise, sözleşmenin içeriğine dahil olan hükümlerin dürüstlük kurallarına¹⁴² aykırı olup olmadığı, karşı tarafın durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığına veya onun aleyhine olup olmadığını bu yönden genel işlem koşullarının geçerli olup olmadığının denetlenmesidir. Bu denetleme sonucunda sözleşmede dürüstlük kuralına aykırı olanlar ile karşı tarafın durumunu ağırlaştıran ve onun aleyhine olan hükümlerin bulunduğu tespit edildiği takdirde söz konusu hükümler geçersiz sayılır. İşte son aşamada yazılan bu tür denetime “içerik denetimi” denir.

Şimdi sıra bu denetimleri ayrı ayrı ele alıp açıklamaya gelmiştir.

§ 11. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Yürürlük denetiminin doktrinde farklı tanımları bulunmaktadır. Buna rağmen genel bir ifadeyle tanımını yaparsak, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının tespitine “yürürlük denetimi” ya da “bağlayıcılık denetimi” adı verilmektedir.¹⁴³ Başka bir ifade

¹⁴⁰ Atamer, Sözleşme, s. 81, Kocayusufpaşaoğlu, s. 232.

¹⁴¹ Karadağ, s. 46, Kocayusufpaşaoğlu, s. 232, Havutçu, s. 40.

¹⁴² TMK dürüstlük kuralını genel bir ilke olarak kabul etmiş ve başlangıç hükümleri arasına almıştır. Dürüst davranma madde başlıklı TMK madde 2 hükmüne göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır."

¹⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 232, Karadağ, s. 46, Atamer, Sözleşme, s.81.

ile, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, doktrinde “genel işlem koşullarının yürürlük denetimi” olarak da izah ve ifade edilmektedir.¹⁴⁴ Bu denetim yoluyla, sözleşmede var olan genel işlem koşullarını içeren hükümlerin sözleşmenin gerçekten içeriğini oluşturup oluşturamayacağını araştırılır. Yani bu denetim türü geçerli olarak kurulan sözleşmenin, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının tespitine yarar.

Söz konusu bu denetim TBK m. 21 ve 22 de düzenlenmiştir. TBK m. 21’e göre; *“karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen tarafın sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesine, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.”*

Bu anlamdaki yürürlük denetimi, düzenlenen bu denetim türleri içinde birinci aşama olarak da ifade edilebilir. Bu denetimin asıl amacı genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilip edilmemesi ile ilgili olup, sözleşmede yer alacak genel işlem koşullarının mümkün olduğunca açık ve anlaşılır olmasını sağlamaktır.¹⁴⁵

TBK m. 1 uyarınca bir sözleşmenin kurulması için en önemli ilke irade beyanlarının uyushmasıdır. Yani sözleşmenin oluşabilmesi için, tarafların karşılıklı iradelerini açıklamaları yetmemekte, bu beyanların birbirleriyle uyushması da gerekmektedir. Ayrıca tarafların gerçek iradelerinin araştırılmasına gerek yoktur.¹⁴⁶ Bu beyana, karşı tarafın, güven teorisi uyarınca vermesi gereken anlam esas alınır ve bu anlam doğrultusunda sözleşme kurulur. Bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve kurulduysa hangi içerikle kurulduğu güven teorisi uyarınca belirlenir.¹⁴⁷ Kullanılan genel işlem koşullarının sözleşme muhtevasına dahil olup olmadığı belirlenirken de bu kural belirleyici olacaktır.

Karşı taraf eğer sözleşme de genel işlem koşulu kullanıldığını bilmiyorsa, taraflar arasında irade uyushması genel işlem koşulları açısından gerçekleşmediyse artık diğer

¹⁴⁴ Akçaal, s. 67.

¹⁴⁵ Havutçu, s.153 vd., Kocayusufpaşaoğlu, s.232, s.239 vd.

¹⁴⁶ Eren, s.207.

¹⁴⁷ Atamer, Karşılaştırma, s. 26. Güven teorisi, irade ve beyan teorilerinin, taraflar arasında adil bir menfaat dengesi kuramaması karşısında üretilmiş bir teoridir. Bu teori kaynağını TMK m.2 ‘den alır. Bu teori ile sadece muhatabın değil beyan sahibinin de haklı menfaatleri korunmakta, tarafların çıkarları arasında adil bir denge kurulmaktadır. Bu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.152, Değirmencioglu, s. 72 vd.

denetim aşamalarına geçmeye gerek kalmaz ve sözleşme bu koşullar olmadan akdedilmiş olur.¹⁴⁸ Bu nedenle genel işlem koşulları kullanan tarafa bazı yükümlülükler yüklenmiştir.

Kullanan karşı tarafa sözleşmede genel işlem koşullarının kullanıldığını açıklamak ve bu koşulların içeriği hakkında bilgi edinme imkânı tanımak zorundadır.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİREBİLMESİ İÇİN GEREKLİ OLAN UNSURLAR

TBK m. 21/1 uyarınca, karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar karşı tarafa bilgi vermek ve öğrenme imkânı tanımak ve karşı tarafın kabul beyanında bulunmasıdır. Sözleşme kapsamında yer alacak söz konusu koşulların yürürlük imkânı kazanabilmesi için sözleşmenin yapılması sırasında kullanan, açıkça karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermeli ve bu koşullarının içeriğini öğrenme imkânı tanımalıdır. Bu bilgilendirme neticesinde karşı taraf da genel işlem koşullarını kabul etmelidir. Ancak bu şekilde kabul edilen genel işlem koşulları sözleşme muhtevasına dahil olur. Aşağıda genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girebilmesi için gerekli olan unsurlar incelenmiştir.

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ VARLIĞI HAKKINDA BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Öncelikle sözleşmenin tarafları arasında müzakere edilmeden kabul edilen genel işlem koşulu oluşturan hükümlerin sözleşme içeriği haline gelmesi konusunda tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması gerekir. Ancak böyle bir iradede bahsedilmesi mümkün değildir. Bu nedenle genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip girmediğinin anlaşılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gereklidir. Bu koşullar TBK m. 21/1’ de ifade edilmiş olup, bu maddeye göre, bu koşulların varlığı hakkında

¹⁴⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, §23 N.5, **Atamer**, Karşılaştırma, s.27. “Üzerinde irade uyuşması sağlanamayan genel işlem koşulları aslında maça alınmayan yedek oyuncular gibidir. Saha kenarında kalırlar ve maça herhangi bir etkileri olmaz.”

kullanının açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına bağlıdır. Bu söz konusu bilgilendirmenin en geç sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılması gerekir. Çünkü sözleşmenin kurulduktan sonra genel işlem koşulu kullanıldığı yönünde bir beyan, var olan sözleşmenin değiştirilmesi için icap sayılır.¹⁴⁹ Sözleşme meydana geldikten sonra, daha önce üzerinde konuşulmamış genel işlem koşullarını bağlayıcı olması için bu tür koşullar hakkında öne sürme, sözleşmenin sonradan tek taraflı değiştirilmesi demektir. Böyle bir sonuç ise geçersizdir.¹⁵⁰

Genel işlem koşulu kullanan tarafın, karşı tarafa kendisi aleyhine sonuç doğurabilecek hükümler hakkında açıkça bilgi vermesi gereklidir.¹⁵¹ Türk hukukunda yalnızca karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları için düzenleme mevcut olup, diğer genel işlem koşulları açısından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TBK m. 21/1 gerekçesinde “...genel işlem koşullarının sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlaması ve onun da söz konusu koşulları, kabul etmesine bağlı kılınmıştır.” Bu gerekçeye göre genel işlem koşulu hakkında kullananın karşı tarafa bilgi vermesi ve bunları öğrenme imkânı tanınması gerekmektedir. Bu aşamadan sonra, genel işlem koşulları karşı tarafın kabulüne göre sözleşme kapsamına girer. Ancak karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşullarını kullanan, karşı tarafa tek tek hükümleri göstermelidir. Ancak bu durum da yeterli olmayıp, örneğin bankaların, müşterilerine imzalatacakları genel işlem koşulu içeren sözleşmelerinde, sadece bu koşulların varlığı hakkında bilgi vermekle yetinmeyip, ayrıca menfaatlerine aykırı olan hükümler hakkında tek tek açıklama yapmaları gerekecektir.¹⁵² ATAMER’e göre; “sözleşmenin kurulması aşamasında genel işlem koşulu kullananın daha fazlası beklenemez. Genel işlem koşulunun içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğü kesinlikle yoktur, madde bu şekilde yorumlanmamalıdır. Nitekim madde sadece genel işlem koşulu kullanıldığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarması gerektiğinden bahsetmektedir. İçeriğe ilişkin bir bilgilendirme yükümlülüğünün zaten bir anlamı da olamaz, zira ne müşteri bu metni anlayacaktır ne bunun değiştirilmesi için pazarlık yapma gücü olacaktır ne de bu konuda uzun boylu vakit harcamak isteyecektir.” Biz

¹⁴⁹ **Atamer**, Karşılaştırma, s.29.

¹⁵⁰ **Yelmen**, s.83, **Kocayusufpaşaoğlu**, 232-233.

¹⁵¹ **Yeniocak**, s. 82, **Kuntalp**, s. 95; Aksi görüşte **Atamer**, Karşılaştırma, s. 28.

¹⁵² **Kuntalp**, s.95.

kullananın müşterisini mutlaka genel işlem koşulunun içeriği açısından bilgilendirmesi gerektiğini düşündüğümüzden bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü TBK m. 21/1 gerekçesinde de belirtildiği gibi, sözleşmeyi kullanan taraf, karşı tarafa açıkça bilgi vermelidir. Nitekim bu durum tüketici sözleşmelerinde de geçerlidir. Genel işlem koşullarını, sözleşme içeriğine dahil etmek isteyen girişimcinin, sadece bu koşulları kullanmak isteğini tüketiciye bildirmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda, söz konusu koşulların tüketici tarafından bilinmesine imkân tanınması da gerekmektedir.¹⁵³ Kanun herhangi bilgilendirmeyi değil “açıkça bilgilendirmeyi” şart koşturmaktadır. Genel işlem koşulunu kullanan tarafın genel bir biçimde sözleşme hakkında açıklama yapması yeterli olmamaktadır. Bilgilendirme mutlaka tereddütte yer vermeyecek şekilde açık olarak yapılmalıdır.

Genel işlem koşullarının karşı tarafa ne şekilde bildirileceği konusunda herhangi bir usul ön görülmüş değildir. O yüzden her türlü bildirim şekli geçerlidir. Ancak karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığını öğrendiğinin ispat yükü kullanana aittir.¹⁵⁴

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

Kullananın açıkça bilgi verme şartını gerçekleştirebilmesi için karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığını öğrendiğinin ispat edilmesi gerekir. Bu açıdan karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi sahibi olduğunun ispatı büyük öneme sahiptir.¹⁵⁵

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİĞİNİN ÖĞRENME İMKÂNININ SAĞLANMASI

Genel işlem koşullarının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi veren kullanan, yine içerikleri hakkında da karşı tarafa öğrenme imkânı sağlamalıdır.

¹⁵³ Çınar, s. 78-79.

¹⁵⁴ Yelmen, s.84.

¹⁵⁵ Yelmen, s.84.

Bu durum, TBK m. 21’ de; “...*genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlanmasına...*” şeklinde ifade edilmiştir. Fakat bu ifade hakkında ne kanun metninde ne de gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu ifade ile kastedilenin; biz de basılı, görsel, işitsel bir surette karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesi olduğu kanaatindeyiz.¹⁵⁶ Genel işlem koşulu içeren metnin karşı tarafın okuyabileceği bir konumda bulunması, bir nüshasının verilmesi ya da elektronik posta yoluyla iletilmesi gerekir. Yani her durumda mutlaka hâkimiyet alanına girmelidir.

Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil etme iradesinin ortaya çıkması değişik şekillerde olabilecektir. Genel işlem koşullarının müzakere edilmeden sözleşmenin içeriği haline gelmesi, istenen sözleşme kayıtlarına, sözleşme metni içerisinde veya arkasında ya da ayrı bir belgede yer verilmesi ile irade beyanı açık bir şekilde ortaya konmuş olur.¹⁵⁷ İrade beyanının açık olması, beyanının yoruma mahal vermeyecek şekilde anlaşılması demektir.¹⁵⁸

Alman Medeni Kanunu’nun 305/2. paragrafında “*genel işlem koşullarının içeriğinin makul bir şekilde öğrenme imkânının sağlanmasından*” söz edilmiştir. Bu ifade Türk Borçlar Kanunu’nda geçmemektedir. Burada bahsedilen “makul bir şekil” ifadesinden söz konusu sözleşmenin niteliğinin, ticari hayatın, teamüllerin, örf ve âdetin gerektirdiği şekilde anlaşılmasını isabetli bulduğumuz bu görüşe bizde katılıyoruz.¹⁵⁹

TBK m. 21/1 hükmünde belirtildiği gibi, genel işlem koşulu içeren sözleşme hükümleri mutlaka karşı tarafa öğrenme olanağı sağlayacak (zahmetsizce okunabilme) derece de olması gerekir, aksi takdirde genel işlem koşulunun yazılmamış sayılma yaptırımını ortaya çıkar.¹⁶⁰ Her ne kadar kanun metninde yazı türünün ve şeklinin önemli olmadığı belirtilmiş ise de genel işlem koşullarının okunamayacak derece de küçük olmaması, silik olmaması, ağır bir dille yazılmış olmaması gerekir. Özellikle karşı tarafın anlayabileceği bir dil kullanılmış olmalıdır.¹⁶¹

¹⁵⁶ Yelmen, s. 85.

¹⁵⁷ Atamer, s.182-183.

¹⁵⁸ Eren, s.229.

¹⁵⁹ Yelmen, s. 86.

¹⁶⁰ Aydoğdu, s.96, Antalya, s. 305 vd. Sirmen’e göre de genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânının sağlanmış olduğunun kabul edilebilmesi için genel işlem koşullarının müşterinin okuyup anlayabileceği şekilde kaleme alınmış ve okunaklı olması aranmaktadır. Bkz. Sirmen, s. 114.

¹⁶¹ Aydoğdu, s. 96.

Genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında dâhil olması için, kabul beyanının bilinçli kabul şeklinde olması gerekir. Yapılan bu kabul beyanı ile karşı taraf, kabul edilen sözleşme ve sözleşmede yer alan hükümler hakkında tam bilgi sahibi olduğunu kabul eder. Genel kabul, kabul beyanında bulunan kişinin genel işlem koşullarını okumadan, içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bu hükümlerin sözleşme kapsamına dâhil olmasını kabul etmesidir ki bu durumda genel işlem koşulu yazılmamış sayılır. Örtülü irade beyanları ile genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil olması, karşı tarafı sadece örtülü olarak uyarmaksa, TBK düzenlemesi devreye sokulduğunda, açıkça bilgilendirme aranması sebebi ile mümkün olmayacaktır. Genel işlem koşullarının, sözleşmenin yapıldığı yerde afiş vb. bir yolla ilan edilmiş olması ya da çoğaltılıp yayınlanması halinde, sözleşmenin karşı tarafı olan taraf, genel işlem koşullarını bilme yükümlülüğünün bulunmaması, gazete vb. yayın araçları takip etmek zorunda olmaması sebebi ile bu şekilde yapılacak bilgilendirmeleri örtülü olarak kabul ettiği söylenemez. Sözleşmenin karşı tarafına verilen fatura, makbuz, kullanma talimatı gibi belgelerin yine genel işlem koşulları barındırması halinde, yapılan sözleşmenin bu yolla değiştirilmesinin mümkün olmadığı, bu genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olamayacağı kabul edilmelidir. Benzer şekilde uçak, tren, otobüs biletleri, sinema ya da tiyatro giriş kartları gibi belgelerde yer alan genel işlem koşulları da taraflar arasında yapılan sözleşme kapsamında sayılmaz, sözleşmeler bu hükümleri ihtiva etmeksizin kurulurlar.¹⁶²

C. KABUL BEYANI

TBK m. 21/1 hükmünün bir gereği olarak, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girebilmesi için karşı tarafın kabul etmesi gereklidir.

Kabul, öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin bir şekilde imkân sağlayan, varması gerekli, tek taraflı bir irade açıklamasıdır (TBK m.1).¹⁶³ Kanun metninde ve gerekçesinde kabulün ne şekilde yapılacağına ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle karşı tarafın kabulü, açık olabileceği gibi

¹⁶² Görgeç, s. 416, Atamer, Sözleşme, s. 99 vd.

¹⁶³ Eren, s.254, Kocayusufpaşaoğlu, s.203, Yıldırım, s. 69, Aybay, s. 28.

örtülü (zımni) de olabilir. Bunlara ek olarak genel işlem koşulları için doktrinde kullanılan global kabulden de bahsedilmesi gerekir.

Aşağıda karşı tarafın kabulü üç başlık halinde incelenmiştir. Bunlar; açık, örtülü, ve global kabul durumlarıdır.

1. Açık (Sarih) Kabul Beyanı

Açık kabul beyanının söz konusu olabilmesi için karşı tarafın, kullananın müzakere etmeden sözleşmeye koyma isteğine rağmen, kendisine verilen genel işlem koşullarının yazılı olduğu metni okuyup anlaması ve sonrasında metni imzalaması gerekmektedir.¹⁶⁴

Açık kabulde, kabul iradesi karşı tarafın tereddüdüne ve yorumuna yer vermeyen açık bir beyan ile yapılır.¹⁶⁵ Bu kabul yazılı olabileceği gibi, sözlü veya taraflarca kararlaştırılmış bir şekilde, işaretle ya da susma ile yapılabilir. Ancak bu şekilde yapılan kabulde, açık, şüphe ve tereddütte yer vermeyecek özel bir niteliğe sahip olması gerekir.¹⁶⁶

Karşı tarafın, düzenleyenin sunduğu genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi kabul ettiği, bir yoruma ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde, doğrudan doğruya beyanından anlaşılıyorsa, genel işlem koşullarının açık (sarih) kabul beyanı ile kabulü söz konusudur.

2. Örtülü (Zımni) Kabul

TBK m. 1/2’de sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade açıklamalarının açık veya örtülü olabileceği belirtilmektedir. İrade beyanının onun açıklığını gösteren yazılı veya sözlü bir şekilde değil de, bunların dışında farklı davranışlarla açıklanması durumunda zımni kabulden bahsedilir. Bunun için karşı tarafın beyanını destekleyen ve gösteren için özel bir davranış sergilemesi veya susması gerekir.¹⁶⁷

Zımni beyanın en sık gösterildiği davranışlardan biri susma fiilidir. Susma fiili, ilke olarak kabul şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira bir kimsenin susması, hukuken ne müspet ne menfi ve hatta ne de örtülü bir irade açıklaması sayılır.¹⁶⁸ Bu açıklamadan

¹⁶⁴ Havutçu, s.111.

¹⁶⁵ Eren, s.255, Kılıçoğlu, s. 67.

¹⁶⁶ Eren, s. 255, Antalya, s. 310.

¹⁶⁷ Atamer, Sözleşme, s.100.

¹⁶⁸ Eren, s. 256, Antalya, s.68.

anlaşıldığı üzere karşı tarafın, sözleşmede bulunan genel işlem koşullarına karşı susması onun bu koşulları kabul ettiği anlamında yorumlanamaz. Ancak bazı özel hallerde susma zımni kabul beyanı olarak da yorumlanabilir. Bununla ilgili olarak TBK m. 6'ya göre; *“öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.”* Bu hükümden yola çıkarak kullanan kanundan ya da işin özelliğinden dolayı açık bir kabul beyanı beklemek zorunda değilse, genel işlem koşulları uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, karşı tarafın sözleşmedeki bu koşulları kabul ettiği varsayılır.¹⁶⁹

EREN' e göre; “hukuken cevap vermek zorunda kalan muhatabın susması, kabul sayılır. Ancak, bunun için muhatabın özellikle bir kanun hükmüne veya dürüstlük kuralına göre cevap vermek zorunda olması gerekir.”¹⁷⁰ TBK m. 503'e göre; *“kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”* Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kendisine önerilen işin yapılması resmi sıfatının veya dürüstlük kuralının gereği olan kişinin susması, burada kabul sayılmıştır. İsviçre Hukukunda tacirler arasındaki işlemler dışında, kural olarak genel işlem koşullarının örtülü olarak benimsenemeyeceği görüşü hakimdir.¹⁷¹

Ancak sözleşmenin geçerlilik şartı olarak bir şekil öngörülmüş ise, kabul beyanının “susma” şeklinde değil, o şekle uygun olarak yapılmış olması gerekir. Aksi halde sözleşme geçerli olarak kurulmamıştır.

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında da; hiç kimse sebep olmadığı bir öneriye kabul beyanında bulunmak zorunda değildir. Hukuk insanlara böyle bir yükümlölük öngörmemiştir.

“sükût ile iradenin izhar edildiği (açığa vurulduğu) pek çok haller vardır... Kanunen cevap verme veya müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber objektif hüsnüniyet kaidesi icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde, bu mükellefiyetin yerine getirilmesine ve bu suretle

¹⁶⁹ Yelmen, s. 89.

¹⁷⁰ Eren, s. 256.

¹⁷¹ Antalya, s.311.

ihthiyar olunan sükûta muayyen neticeler izafe edilmesi icap ettiğine...” işaret edilmektedir.¹⁷² Yüksek Mahkemenin bu kararına göre susma, kabul olarak değerlendirilebilir.

Yargıtay yine bir kararında, tüketicinin uzunca bir süredir GSM operatörünün abonesi olması nedeniyle, sözleşme hükümlerini benimsediğinin kabulü gerektiğine karar vermiştir.¹⁷³ Yargıtay, bu kararında sözleşme hükümlerinin örtülü irade beyanıyla sözleşme içeriği haline geldiğini kabul etmiştir. Ancak bizce bu karar Tüketici mevzuatının özüne ve ruhuna uygun değildir. Genel işlem koşulları içerisinde, söz konusu icabın belirli bir süre içerisinde reddedilmemesi halinde kabul edilmiş sayılacağına ilişkin bir koşul ekleyen kullanıcının, karşı tarafça, teklifinin öngörülen süre içerisinde reddedilmemesi dolayısıyla, söz konusu koşulların sözleşmeye dahil olduğuna ilişkin güveni korunmaz ve bu koşullar sözleşme içeriği haline gelmez.¹⁷⁴

3. Global Kabul Beyanı

Global kabulden bahsedebilmek için, sözleşmeyi düzenleyen sunduğu ve sözleşmenin muhtevasına dahil etmek istediği genel işlem koşullarını, karşı tarafın öğrenmesine olanak sağlamasına rağmen, karşı tarafın bu koşulları okumadan ve içeriğini anlamadan kabul iradesini açıklaması gerekir.¹⁷⁵

İmzaladığı metni tam anlamıyla incelemeyen, müzakere etmeyen karşı taraf, kabul anlamına gelecek davranışlar sergileyerek, hükümlerin sözleşmenin içeriği haline gelmesini istediği durumda, davranışları bu doğrultuda yorumlanacak ve bu beyanın sonuçlarına katlanacaktır.¹⁷⁶ Bu beyanın kabul anlamında yorumlanmasında daha önce yukarı da açıkladığımız “güven teorisi” esas alınır.

Bu teori, kullanıcının, beyan sahibinin (karşı taraf) irade beyanını makul ve dürüst bir şekilde anlayacağına, hem de kullanıcının, beyan sahibinin (karşı taraf) iradesini dürüst ve düzgün bir şekilde ifade edeceğine dair olan güvenlerini korur.¹⁷⁷ Güven teorisinin genel işlem koşullarına uygulanması konusunda HAVUTÇU; “güven teorisine göre, karşı tarafın (tüketicinin) açıklamış olduğu irade beyanının kabul

¹⁷² YİBK, T. 30.11.1955 ve 14/20 sayılı (KBİBB). Yelmen, s. 90.

¹⁷³ Y. 13. HD, T. 21.01.2002, E. 2001/11843, K.2002/418 (KBİBB).

¹⁷⁴ Oğuz, s.61; Akipek, s.231; Havutçu, s.125.

¹⁷⁵ Atamer, Sözleşme, s.102, Kocayusufpaşaoğlu, s. 236, Karadağ, s.50.

¹⁷⁶ Eren, s.142.

¹⁷⁷ Eren, s. 154, Kocayusufpaşaoğlu s. 9

anlamına gelmesi için, düzenleyenin (girişimcinin), ödevini yerine getirmesi, genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriğine dahil etmek istediğini açıkça ortaya koyması ve karşı tarafça varlığı bilinen bu koşulların içeriğinin, bu olanak kendisine sağlandığı halde, öğrenilmeden “kabul” edilmesi gereklidir. Aksi takdirde, bu şekildeki genel işlem koşulları açısından, güven teorisi ile ilişkilendirme anlaşmasının meydana geldiği kabul edilemez.” şeklinde ifade etmiştir.¹⁷⁸

İlişkilendirme sözleşmesi, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilerek bunların bağlayıcılık kazanması noktasında tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla meydana gelen anlaşmadır. İlişkilendirme sözleşmesi ile genel işlem koşulları sözleşmenin bir parçası haline gelir. Bu anlaşma sadece yapılan sözleşme noktasında etkili olmakta, tarafları ve işlemin türü aynı olsa bile diğer sözleşmelerde genel işlem koşulu bağlayıcılık kazandırmamaktadır.¹⁷⁹ Söz konusu sözleşmenin yapılması şekle bağlı ise sözleşme metninde genel işlem koşuluna yollama yapılması ve karşı tarafın kabul iradesini gösteren imzanın yazılı şekilde atılması yeterlidir. Ayrıca sözleşme metninde genel işlem koşulunun yazılmış olması aranmaz.

YELMEN’e göre; “Global kabulde karşı taraf, genel işlem şartlarını okumadan benimsemekte ve imzalamaktadır. Kanaatimizce söz konusu kabul, genel işlem şartları bakımından geçerlidir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’nda, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin, karşı tarafça okuyup anlaması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlenme söz konusu değildir. Yine genel işlem şartlarının her bir hükmü hakkında tartışma ve/veya müzakere yapılması gereği Kanun’da yer almamıştır. Şu halde kullanan, genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verip, bunları karşı tarafın hakimiyeti altına geçirdiği andan sonraki global kabul hukuken geçerlidir. Aksi halin kabulü, kural olarak genel işlem şartlarının niteliği, ortaya çıkış sebepleri, faydaları, kanunî düzenlemeye sebep olan gelişimi ve geçerliği ile çelişir. Ayrıca global kabulün hukuken geçerli olduğu sonucuna varılmasının, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının da bir gereği olduğu söylenilebilir.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ Havutçu, s.113.

¹⁷⁹ Havutçu, s. 107, Yavuz, s. 52.

¹⁸⁰ Yelmen, s. 90.

Global kabul beyanıyla karşı tarafça onaylanan genel işlem koşullarına karşı, sözleşmenin zayıf konumunda bulunan tarafı koruma ihtiyacı zorunludur.¹⁸¹ Bu da iki yoldan yapılabilir. Bu yollardan birincisi, taraflar arasında yapılan şahsi anlaşmaların genel işlem koşullarına karşı olan üstünlüğünün kabul edilmesi yoludur. Ancak bu husus Türk Borçlar Kanunda yer almamaktadır.¹⁸² Nitekim Yargıtay bir kararında “*taraflar genel işlem koşullarının aksini sözleşme ile kabul edebilirler. Bu durumda, aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem koşullarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir.*” ifadesine yer vermiş ve böylece, şahsi anlaşmaların önceliğini kabul etmiştir.¹⁸³ İkinci yol ise TBK m. 21/2’de düzenlenmiş olup, “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış*” sayılmıştır. Bu ifadeye göre, genel işlem koşulları sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine aykırıysa bu yabancı hükümler, karşı tarafın kabul beyanına dahil sayılmazlar.¹⁸⁴

III. ŞAŞIRTICI KOŞUL DENETİMİ

TBK m. 21/2 hükmü genel işlem koşullarının sözleşme muhtevası haline gelebilmesi için aranan koşullara ek bir koşul daha öngörmektedir. Buna hükme göre;

*“sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine göre yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”*¹⁸⁵

Söz konusu hüküm yürürlük denetimi bakımından hâkime, sözleşmeye çok geniş bir müdahale yetkisi vermektedir. Çünkü hükümde geçen kavramlar, her sözleşmenin türüne, özelliğine ve konusuna göre ayrı ayrı incelenmeyi gerektirir. Bu nedenle de hâkim her somut olayda ayrı ayrı bu koşulların tespitini yapmak zorunda kalır.

¹⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 236.

¹⁸² Yelmen, s.91.

¹⁸³ Y. 11. HD.,T. 14.04.1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369.

¹⁸⁴ Bkz. s. 57.

¹⁸⁵ TBK m.21/2 gerekçesinde şu şekilde örneklenmiştir, “*Uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblağın 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, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır.... Ayrıca kredi sözleşmelerinde, nerdeyse ayrıksız olarak yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler de olağan dışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır.*” Konunun yazılmamış sayılma yaptırımı için bkz. “Yazılmamış Sayılma” s. 47.

Şaşırtıcı koşullar, sözleşmenin diğer genel işlem koşulu içeren hükümleriyle mantıklı bir birlikteliği bulunmayan, işin özelliğine yabancı, alışılmamış, aykırı, olağan dışı, beklenmedik kayıtlardır.¹⁸⁶ Kanun koyucu TBK m. 21/2’de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları ifadesini kullanmış, ancak metinde şaşırtıcı genel işlem koşulları ifadesine yer vermemiştir. Maddenin gerekçesine göre; maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması engellemez. Böylece Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir. Görüldüğü üzere, madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarından anlaşılması gerekenin şaşırtıcı genel işlem koşulları olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁷ Yine madde gerekçesinde şaşırtıcı ifade anlamına gelecek şekilde olağan dışı ifadesine yer verilmiştir. Gerekçeye göre; *“Mesela uygulamada döviz, tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblağın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanılmaktadır. Döviz hesabını belirli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağından bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında da, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteye 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.”* Açıklamalarımız doğrultusunda madde metninde şaşırtıcı ifade teriminin “işin niteliğine yabancı”, “işin özelliğine yabancı ifadelerini daha net anlattığı için tercih edilmesi daha doğru olurdu.

¹⁸⁶ Aydoğdu, s. 101, Yeniocak, s. 87.

¹⁸⁷ Şeker, s. 42.

Bu düzenlemenin altında yatan mantık yine güven teorisine dayanmaktadır.¹⁸⁸ Kullananın, karşı tarafı genel işlem koşullarına karşı uyararak verdiği sözleşme metnini global kabul yoluyla kabul eden karşı taraf; ancak bu metin içerisinde metnin özelliğine göre alışılmış sayılan ve genel işlem koşulları içerisinde bulunma ihtimali olan koşulları kabul etmiş sayılabilir. Yoksa sözleşmenin niteliğine tamamen aykırı olan genel işlem koşulları sözleşmenin muhtevasına asla dahil olmaz.¹⁸⁹

Mesela, “bir bankanın genel işlem koşulunda müşterinin, banka memurlarından (X) ile nişanlanmayı kabul ettiği yazılı ise ve müşteriye bu metin verilmiş ve kendisi de kabul etmiş ise bir nişanlanma sözleşmesinin kurulmuş olduğunu ileri sürmek gerçekçi olmaz. Zira müşterilerin genel işlem koşullarını okumadıkları açıktır, onlar sadece global bir kabul beyanında bulunurlar. Müşterisi için olağandışı ve şaşırtıcı olduğunu bildiği hükümleri genel işlem koşullarına ekleyen işletmeci, bunların, müşterisinin kabul beyanı kapsamına girdiği konusunda haklı bir güven sahibi olamaz. Dolayısıyla bu nokta da bir irade uyuşmasının olmadığı kabul edilir.”¹⁹⁰ Örneğin, İtalya’ da ikamet eden, İtalyan dili dışında başka dil bilmeyen bir kadının, İngiltere’ye gidip dönmek üzere yaptığı bir seyahat sözleşmesinde İngilizce olarak kaleme alınmış çok maddeli genel işlem koşulları yer almaktaydı ve bu koşullar çıkacak ihtilaflarda yetkili mahkeme olarak İngiltere’deki mahkemeler gösterilmişti. İngiltere mahkemeleri isabetli bir karar vererek bu hükmün uygulanmasını reddetmiştir. Bu olayda yetkili mahkeme kaydının şaşırtıcıdan ziyade olağandışı nitelikte olduğu söylenebilir.¹⁹¹

Şaşırtıcı koşul denetimi emredici hükümlere, kişilik haklarına, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmayan kayıtlarla ilgili bir denetimdir.¹⁹² Bu nedenle hem genel işlem koşulu hem de emredici hukuk kurallarına aykırılık içeren sözleşmelerde öncelikle emredici kurallara aykırılık denetimi yapılmalıdır. Bu aşamada genel işlem koşulu denetimleri tali bir nitelikte taşır.¹⁹³

Bunlara ek olarak, şaşırtıcı koşulun varlığı sadece hükümlerin arasında beklenmedik ve alışılmadık bir kayıt olması şeklinde gerçekleşmeyebilir. Bazen

¹⁸⁸ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 29.

¹⁸⁹ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 30.

¹⁹⁰ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 30.

¹⁹¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s.238.

¹⁹² **Aydoğdu**, s. 102, **Havutçu**, s. 132 vd. Yargıtay’ın bu konudaki kararı için bkz. Y. 13. HD. T.18.03.1996, E. 1734, K. 2495 (KBİBB).

¹⁹³ **Aydoğdu**, s. 102.

hükmün sözleşme içerisinde beklenmedik veya ilgisiz bir yere konulması nedeniyle de “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine göre yabancı olma” koşulu gerçekleşmiş sayılır.¹⁹⁴

Son olarak, tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü olduğundan, onlar açısından şaşırtıcı koşul sayılmayan bir sözleşme hükmü, tüketici ve esnaflar açısından bakıldığında şaşırtıcı koşul sayılabilir.¹⁹⁵ Bu durum YENİOCAK tarafından; “Bu hükmün tüketici sözleşmelerindeki uygulamasıyla tacirler arasında yapılan sözleşmelerdeki uygulamasının aynı olamayacağı sonucuna varılabilir. Özellikle, hâkim, sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ölçütleri bakımından sözleşmeyi değerlendirirken, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerde ticaret hukukunun ilkelerini de dikkate alacaktır. Bu sebeple, her ne kadar, Borçlar Kanunu’ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerde tacir ve tüketici ayırımı yoksa da, uygulamada bu ayırımın oluşacağı kuşkusuzdur.”¹⁹⁶ şeklinde açıklanmıştır.

IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YAZILMAMIŞ SAYILMASI

A. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu m. 21’de “*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.*” hükmü mevcuttur. TBK m. 21 ve 22’de yer alan yazılmamış sayılma düzenlenmesi genel işlem koşulları ile ilgili bir yaptırım türü olarak düzenlenmiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımı Türk Hukukuna yabancı bir yaptırım türü değildir. Nitekim mülga Ticaret Kanununda TTK. m. 587/I, m. 588/II, m. 591, m. 696/I, m. 698/I, m.707/I maddeleri, 6102 sayılı TTK. m. 675/I, m. 675/II, m. 679, m. 682, m. 784, m. 786, m. 789’da yazılmamış sayılma yaptırımına yer verilmiştir. Hatta Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 09.05.2002 tarihli, E.

¹⁹⁴ Yelmen, s. 107, Aydoğdu, s. 106, Kaşak, s. 423-424.

¹⁹⁵ Aydoğdu, s.109.

¹⁹⁶ Yeniocak, s.88.

2002/9144, K. 2002/9706 sayılı kararında; “...TTK’nın 587/I. maddesi gereğince, bono metninde öngörülen faiz şartı yazılmamış sayılır...” şeklinde bir kararı bulunmaktadır.

“Yazılmamış sayılma” ile kastedilenin sözleşmenin içeriğine dahil olmama şeklinde anlaşılması daha makul olacağı kanaatini taşımaktayız.¹⁹⁷ Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği, hüküm ve sonuçları doktrinde tartışmalıdır.

Yazılmamış sayılma yaptırımını genel işlem koşullarının sözleşmenin muhtevasına dahil olmasına engel teşkil eder. Bu yaptırım ile genel işlem koşulları sözleşme kapsamı dışında bırakılır. Koşulların sözleşmenin kapsamı dışında bırakılması, birbirleriyle çatışan karşılıklı genel işlem koşullarının kullanılması halinde meydana gelebilir. Örneğin genel işlem koşulları ile ilgili açıkça bilgi verilmiş ve karşı tarafa bu koşulları öğrenebilmesi için imkân tanınmış, ancak karşı taraf bunları kabul etmemiş ve buna rağmen sözleşmeyi imzalamışsa, kabul etme şartı gerçekleşmediğinden koşullar yazılmamış sayılarak sözleşme kapsamı dışında tutulur. Karşı tarafın sözleşmeyi kabul ediyor olması genel işlem koşullarını da kabul ediyor olduğu şeklinde yorumlanamaz.

Sözleşmeyi düzenleyen kişi, genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasına dayanarak sözleşmenin de hükümsüz olduğu iddiasında bulunamaz. Ancak güçsüz taraf yazılmamış sayılan genel işlem koşulunun bulunduğu sözleşmenin de geçersiz olduğunu ileri sürme hakkına sahiptir. Ancak güçsüz taraf bu iddiada bulunmadıkça ne sözleşmenin karşı tarafı bu geçersizliğe dayanabilir ne de hâkim bu geçersizliği kendiliğinden dikkate alabilir.¹⁹⁸

B. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşle mevcuttur. Bu görüşler ağırlık olarak yazılmamış sayılma yaptırımının iptal, kesin hükümsüzlük, kısmî kesin hükümsüzlük ve yokluk olduğu yönündedir. Aşağıda sırası ile bu yaptırım türlerinin yazılmamış sayılma yaptırımı ile ilişkisi değerlendirilmiştir.

¹⁹⁷ Karadağ, s.53. Eren, s. 222. Y. HGK, T.27/01/2010, E. 2014/14, K. 2010/15.

¹⁹⁸ Antalya, s. 310

1. Yazılmamış Sayılmanın İptal Yaptırımı Açısından Değerlendirilmesi

İptal edilebilme kabiliyetine sahip sözleşmeler kurulduğu andan itibaren geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak iptal kabiliyeti hakkına sahip sözleşme tarafı istediği takdirde sözleşmeyi geçmişe etkili olacak biçimde ortadan kaldırabilme yetkisine sahiptir.¹⁹⁹ Yani sözleşmede iptal sebeplerinin bulunması sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz hale getirmemektedir. İptal kabiliyetine sahip hak sahibinin bu yöndeki irade açıklamasının sözleşmenin karşı tarafına ulaşması gerekmektedir.²⁰⁰ TBK m. 21 ve 22’de düzenlenen yazılmamış sayılma yaptırımı ile iptal yaptırımı değerlendirildiğinde yazılmamış sayılacak hükümlerin baştan itibaren geçerli olamayacağı bellidir. Bu sebeple bu hükümlerin hüküm ve sonuç doğuramayacağı aşikârdır. Ayrıca yazılmamış sayılan hükümler baştan itibaren kendiliğinden geçersiz olup, geçersiz kılınmaları için bir irade açıklamasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle yazılmamış sayılmanın iptal şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

2. Yazılmamış Sayılmanın Kesin Hükümsüzlük Açısından Değerlendirilmesi

TBK m. 27/I’e göre, içeriği imkânsız veya hukuka ve ahlaka ya da kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Kesin hükümsüz bir sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlemdir. Hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi sözleşmenin taraflarınca onay verilse dahi sonuç değişmeyecektir.²⁰¹

Yazılmamış sayılma yaptırımında da kesin hükümsüzlükte olduğu gibi baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Ancak yazılmamış sayılan hüküm başlangıçtan itibaren sözleşmenin kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla hükmün hükümsüz olsa da var olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu noktada yazılmamış sayılma yaptırımı ile ayrılmaktadır.²⁰²

¹⁹⁹ Eren, s. 361, Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 512; Başpınar, Butlan, s. 22

²⁰⁰ Eren, s. 361, Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 512; Başpınar, Butlan, s. 22, Kocayusufpaşaoğlu, s. 587.

²⁰¹ Eren, s. 350, Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 507; Başpınar, Butlan, s. 25.

²⁰² Yelmen, s. 60, Eren, s. 352 vd.

3. Yazılmamış Sayılmanın Kısmi Kesin Hükümsüzlük Açısından Değerlendirilmesi

TBK m. 22'ye göre; *“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”* Kısmî butlan (kısmî kesin hükümsüzlük) ile batıl olan sözleşmenin bölümü, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsızdır.²⁰³ Kısmi kesin hükümsüzlükte önemli olan nokta tarafların sözleşmeyi batıl sayılan hükümler olmasaydı yapıp yapmayacakları hususudur. Eğer sözleşme taraflarca bu hükümler olmaksızın yine de yapılacaksa o zaman sözleşme geçerli, yapılmayacak ise geçersizdir.²⁰⁴

Bir önceki başlıkta yaptığımız açıklamaları tekrar etmekle beraber kısmi kesin hükümsüzlük müessesesi ile TBK m. 22 hükmü arasında sakat olan hükümlerin geçersiz, geri kalan hükümlerin ise geçerli olması yönünden büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Ancak kısmi kesin hükümsüzlük ile geçersiz olan hükümler hüküm ve sonuç doğurmasa dahi sözleşme kapsamına girmişken, yazılmamış sayılmada şartların sözleşme kapsamına girdiğinden söz edilemeyecektir.²⁰⁵

ATAMER'e göre bu durum şu şekilde açıklanmıştır; *“Tümel olarak genel işlem koşullarının ya da tekil olarak ilgili şaşırtıcı hükmün sözleşme içeriği haline gelmediği sonucuna varılacaktır. Zira icap ve kabul uyuşması kapsamına GİK veya ilgili hüküm girmemişse o zaman bunların zaten bir etkisi olması da düşünülemez. Burada hiçbir şekilde bir geçersizlik yaptırımı söz konusu değildir. Geçersizlik, ancak sözleşme içeriği olmuş olan hükümler açısından söz konusu olabilir. Hiç sözleşme içeriği olmayan bir metin batıl olamaz.”*²⁰⁶

²⁰³ Eren, s. 354, Başpınar, Butlan, s. 8 vd., Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s. 379.

²⁰⁴ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s. 508; Eren, s. 354; Kocayusufpaşaoğlu, s. 598; Aybay, s. 62.

²⁰⁵ Yelmen, s. 63, Eren, s.354.

²⁰⁶ Atamer, Karşılaştırma, s. 52, EREN'e göre yokluk sözleşmenin geçersizliği türlerinin ayrımı içerisinde değil, bağımsız olarak incelenmelidir. Geçersizlik türleri; eksiklik, butlan ve iptaldir. Butlan, mutlak ve kısmi butlan olmak üzere ikiye ayrılır. Daha detaylı bilgi için Eren, s. 331 vd. Yokluk, bir işlemin kurucu unsurlarından birinin ya da birkaçının bulunmaması durumunda söz konusu olur. Daha detaylı bilgi için Yıldırım, s. 163 vd. Eren, genel işlem koşulları için “sözleşme teorisini” benimsemiştir. Sözleşme teorisi dolayısıyla da, yazılmamış sayılmadan maksadın “yokluk” olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Eren, s. 215 vd.

4. Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Yokluk Açısından Değerlendirilmesi

Yokluk sözleşmenin kurulması ile ilgili bir kavram olup, kurucu unsurları olmadan kurulan bir sözleşmenin meydana gelmesi mümkün değildir.²⁰⁷ TBK m. 1/I'e göre; *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”* Tarafların karşılıklı irade beyanları birbirlerine uygun değilse geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez.

Türk hukukundaki hâkim görüş, “yazılmamış sayılma” ile kastedilenin “yokluk” olduğu yönündedir.²⁰⁸

Yürürlük denetiminin bir sonucu olarak sözleşmenin niteliğine veya işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırı koşullardır. Bu hükümler oluşturulurken taraflar sözleşmede yer alması konusunda anlaşmamaktadırlar. Yani iradeleri bu hükümlerin oluşturulması konusunda karşılıklı değildir.

EREN bu konuyu şu şekilde açıklamıştır; “TBK m. 22’ye göre sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Dolayısıyla burada kısmi yokluk yaptırımı söz konusudur. Bu durumda düzenleyen yazılmamış olduğunu ileri süremez... Bununla birlikte yazılmamış sayılan bir şart, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturuyorsa, genel işlem koşullarını içeren sözleşme kurulmamış sayılır.”²⁰⁹

Belirtmek isteriz ki, yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin yokluk ya da kesin hükümsüzlük olması varılan sonuç açısından bir farklılık yaratmayacaktır. Her durumda da genel işlem koşulları sözleşme içeriği olamayacaktır. Kanunda madde düzenlenirken yazılmamış sayılacaktır ibaresi yerine “hükümler sözleşme içeriği olamayacaktır” şeklinde bir ifadenin maddenin düzenleniş amacına daha uygun olacağı açıktır.

C. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

TBK m. 21/I’ göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin muhtevasını oluşturmasına ilişkin şartlar gerçekleşmediği takdirde, bu koşullar yazılmamış sayılır.

²⁰⁷ Eren, s. 348.

²⁰⁸ Kılıçoğlu, s. 119, Eren, s. 221, Karadağ, s. 53.

²⁰⁹ Eren, s.222. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Açıkgöz, s. 240; Oğuzman/Öz, s. 168. Kılıçoğlu, s. 117.

Bu madde hükmüne göre, yazılmamış sayılma yaptırımını kendini, genel işlem koşulları sözleşmenin muhtevası olamadığında kendisini gösterir.

TBK m. 22'ye göre, *“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”*. Bu madde ile genel işlem koşulunu kullanan tarafın sözleşmeyi hükümsüz kılma imkânı devre dışı bırakılmıştır.²¹⁰ Ayrıca bu madde ile sözleşmenin, yazılmamış sayılan maddeler çıkarıldığında varlığına devam edeceği düzenlenmiştir. Yani Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere yazılmamış sayılan genel işlem koşulları, dışında kalan hükümlerle birlikte etkisini sürdürmeye devam eder.²¹¹ Burada sözleşme hükümleri geçersiz değil, sadece sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürülememektedir. Nitekim madde gerekçesinde de *“sözleşmenin diğer tarafın söz konusu hükümlerden yararlanabileceğinde duraksama yoktur”* denmektedir.²¹² Sözleşmenin bu koşullar olmadan kurulmuş olacağını kabul edebilmek için, yazılmamış sayılan hükümler dışında kalanların, en azından sözleşmenin objektif esaslı noktalarını içermesi gerekmektedir.²¹³ Eğer bu noktalar üzerinde anlaşılmamış olduğu görülürse sözleşmenin tamamen kurulamaması durumuyla karşılaşılır.²¹⁴

HAVUTÇU 'ya göre; *“genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşma, sözleşmenin unsurlarından biridir. Bu anlaşmanın kısmen veya tamamen geçersiz olması halinde, sözleşmenin kalan muhtevası ile varlığını koruyabilmesi için genel işlem şartları çıkarıldığında geriye bir sözleşmeyi kurmaya yeterli muhteva kalmış olmalıdır. Çoğunlukla, genel işlem şartlarıyla, sözleşmenin yan noktalarının düzenlenmesi amaçlandığından, genel işlem şartlarının içeriği, sözleşmenin yan noktalarını oluşturur ve yan noktalar çıkarıldığında, sözleşmenin varlığı etkilenmez. Ancak, asli edimlerin de genel işlem şartları ile düzenlenmesi halinde, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilememesi, sözleşmenin de geçerliliğini etkiler,*

²¹⁰ Alman Medeni Kanununun m. 306, *“...sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir.”*

²¹¹ Şeker, s. 182.

²¹² Reisoğlu, s. 24.

²¹³ Şeker, s. 183, Aydoğdu, 79, Yelmen, 110, Atamer, Karşılaştırma, s. 32.

²¹⁴ Şeker, s. 183, Aydoğdu, 79, Yelmen, 110.

sözleşme ne genel işlem şartları ile ne de genel işlem şartları olmaksızın kurulmuş olmaz.”²¹⁵

Burada önemli olan ve cevaplandırılması gereken, genel işlem koşulları yazılmamış sayılma yaptırımına uğradığında geriye kalan hükümlerle sözleşme ayakta kalmakta mıdır? Genel işlem koşulları genellikle sözleşmenin yan noktalarını oluşturduğu için bir sorun teşkil etmeyebilir. Bu hükümler yok sayıldığında sözleşme bundan etkilenmez. Ancak objektif esaslı noktalar genel işlem koşulları ile düzenlendiyse sözleşme bu noktada yok hükmündedir. Çünkü objektif esaslı noktalar sözleşmede mutlaka üzerinde durulması gereken ve boşluk bırakılmaması gereken noktalarıdır.²¹⁶ Sözleşmenin kurulması için gerekli olan bu noktalarda boşluk bırakılması söz konusu dahi olamayacağından, bu noktaların hâkim tarafından doldurulması da mümkün değildir.²¹⁷ Ancak sözleşmenin yargısal denetimi neticesinde sözleşme hükümlerinin bir kısmının geçersiz sayılması neticesinde sözleşmede boşluk meydana gelmesi mümkündür. Bu tarz bir durumda hakimin boşlukları doldurması gerekmektedir. Sözleşme boşluğu öncelikle emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralları ile doldurulmalı yoksa hakim sözleşmenin amacını ve anlamını araştırarak TMK m.1’e göre sözleşme boşluğunu doldurmalıdır.²¹⁸

Kısaca genel işlem koşulları ile sözleşmenin objektif esaslı noktaları değil de, yan noktaları düzenlenmişse; yazılmamış sayılmış hükümler çıkartıldıktan sonra sözleşme taraflar arasında hüküm ve sonuç ifade edebilecekken, objektif esaslı noktalar düzenlenmişse TBK m. 2/I’e hükmü de göz önünde bulundurulduğunda geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsetmek mümkün değildir.

V. TEK YANLI OLARAK DEĞİŞTİRME YASAĞI

TBK m. 24 hükmüne göre, “*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 içeren kayıtlar yazılmamış sayılır.*”

²¹⁵ Havutçu, s. 146.

²¹⁶ Eren, s. 234, Kocayusufpaşaoğlu, s.174-175.

²¹⁷ Eren, s. 479.

²¹⁸ Selçuk, s. 106.

Sıkça uygulanan tek yanlı karşı taraf aleyhine değiştirmeye ilişkin yasağının bu genel işlem koşulunu hemen hemen her sözleşme de görmek mümkündür. Özellikle GSM operatörü şirketler yaptıkları kampanyalarla birlikte değişiklik yapma yetkilerini mutlaka saklı tutarlar.²¹⁹ Bu nedenle kanun koyucu sıkça kullanılan bu genel işlem koşulunu düzenleyerek, yazılmamış sayılma yaptırımına tabi kılmıştır.²²⁰ Bir başka örnekte, banka kredi sözleşmelidir. Bu kredi sözleşmelerinde bankaya faiz oranını tek taraflı olarak artırma yetkisi veren söz konusu hüküm de yazılmamış sayılır.

Ancak iki tarafa gerektiğinde değişiklik yapma ve yeni hükümler koyma hakkı veren ve bu hakkı saklı tutan sözleşme hükümleri TBK m. 24 kapsamına girmektedir. Ayrıca bu yasak, kullanan lehine, karşı taraf aleyhine genel işlem koşulu içeren sözleşme maddelerine ilişkindir. Buna karşılık, karşı taraf lehine yapılacak değişiklikler ise geçerlidir.²²¹ Meselâ, banka ile yapılan sözleşmede “banka, para piyasalarındaki gelişmelere göre faiz oranını indirme yetkisine sahiptir” şeklinde bir genel işlem koşulu öngörülmüş olsun. Böyle bir hüküm, karşı taraf aleyhine değil, lehine olduğundan geçerlidir.²²²

Kullanan taraf, tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış kabul edilirler. Dolayısıyla, genel işlem koşullarında karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar, yok hükmündedir. Başka bir ifadeyle sözleşme bu hükümler olmaksızın yapılmış kabul edilir. Böylece, kanun koyucu tarafından burada da kısmî yokluk yaptırımını kabul edilmiştir.²²³

Bunlara ek olarak belirtmek gerekir ki yazılmamış sayılma yürürlük denetiminin yaptırımıdır. Oysa değiştirme yasağı²²⁴ içerik denetiminin bir konusudur. İçerik

²¹⁹ **Yeniocak**, s. 91.

²²⁰ Yargıtay’ın da bu konuda kararları mevcuttur; “... taraflar arasındaki sözleşmenin 4. maddesi uyarınca bankanın faiz oranını tek taraflı olarak değiştirme yetkisinin bulunduğu, yapılan artırımın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 11. HD, T. 04.03.2004, E.2003/7541 – K. 2004/2107.

²²¹ **Eren**, s. 221.

²²² **Akçaal**, s. 61.

²²³ **Eren**, s. 222.

²²⁴ Y. T. 21.03.2011, 13. HD, E. 2010/13371, K. 2011/4123 “Sözleşme uyarınca geri ödeme sırasında bankanın efektif veya döviz satış kurunun kredinin kullandırıldığı tarihteki kurdan düşük olması halinde kredinin ilk kullandırıldığı tarihteki kurun esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Yabancı paranın kurundaki artışların banka lehine yararlanabilecek iken kurdaki düşüklükten tüketicilerin yararlandırılmaması haksız şart niteliğindedir. Bu husus dikkate alınmalıdır.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 04/06/2017)

denetimi kapsamında yer alan bir husus, yürürlük denetimi yaptırımına tâbi tutulmuştur.²²⁵

§ 12. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUM (SAYDAMLIK) DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Bir irade beyanının hakim tarafından anlamının araştırılarak gerçek anlamının tespit edilmesine yorum denir.²²⁶ Yorum ile taraflar birbirlerine yönelttiği beyanlar arasında denge kurmak amaçlanır. Tarafların her zaman irade beyanları arasında tam bir uyum bulunmamaktadır. Birbirlerinin açıkladıkları irade beyanlarına farklı anlamlar vermiş olabilirler. Çünkü kullanılan dilin, kelimelerin, işaretlerin kullanandan kullanana farklı anlamlar taşıması mümkündür. Ayrıca hukuki işleme katılan bireylerin tecrübeleri ve bilgi düzeyleri farklı olabilir. Bu durum da irade beyanları arasında şüphe uyanabilir.²²⁷ İşte bu nedenlerle yorum genel işlem koşulları açısından çok önemli bir yer tutar. Tarafların çelişen menfaatleri arasındaki dengeyi kurar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sözleşmenin yorumlanması ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile ilgili olarak aynen şöyle demektedir; “... Sözleşme hukukunda asıl olan sözleşmeye bağlılık ilkesi olup bu ilke hukuksal güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının gereği olarak sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Ne var ki, BK’nun 282. maddesinde belirtilen olağanüstü durumların sözleşmede önceden var olan sözleşme adaletini bozduğuna, taraflar daha önce bunlara karşı bir önlem de almadıklarından sözleşmede bir boşluk olması ve işlem temelini sarsılması söz konusu olur. Bu durumda hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile taraf iradelerine de önem verilerek yorum yoluyla sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun hale getirilmesi sağlanır...”^{228 229}

Sözleşmenin yorumlanması konusunda TBK m.19’de bir düzenleme yapılmasına rağmen, bu hükümde yorumun tam olarak nasıl yapılması gerektiğine ilişkin herhangi

²²⁵ Akçaal, s. 61.

²²⁶ Eren, s. 466 vd.

²²⁷ Eren, s. 135.

²²⁸ Karadağ, s.57.

²²⁹ YHGK 27.01.2010, E. 2010/14- K. 2010/15.

bir yöntem belirlenmemiştir. Bu hükümde sadece tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiği ifade edilmiştir.²³⁰ Böylece konu doktrine kalmıştır.

Yargıtay 1998 yılında verdiği bir kararında yorum denetimini şu şekilde ifade etmiştir; “Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hâkim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı (...) ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”²³¹ Bu durum TBK m. 23 hükmüne göre, “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Bu kural belirsizlik ilkesi olarak adlandırılır.²³² Bu ilke ile genel işlem koşulunun yorumunda hükmün muhtevası hakkında herhangi bir sorun yaşanması halinde, yorumlardan en fazla karşı taraf lehine olan uygulanır.²³³ Burada dikkat edilmesi gereken şudur ki, sözleşmeyi hazırlayan taraf zaten hükümleri kendi lehine ve açık olarak hazırlar. Bu nedenle bu kuralın uygulanması sınırlı kalacaktır.²³⁴

Bu tür denetim aslında içerik denetiminin de kapsamına dahildir.²³⁵ Şöyle ki, madde hükmünde de geçen “açık ve anlaşılır” olma ibareleri saydamlık denetiminin unsurlarıdır. Eğer bir hüküm açık ve anlaşılır değilse, kötüye kullanılan bir kural söz konusudur ve bunun da içerik denetimine tabi olması gerekir.²³⁶ Fakat yorum denetimi ve içerik denetimi arasında şöyle bir fark vardır; içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırı bir hüküm olduğunda bu kural geçersizken, yorum denetiminde söz konusu hüküm güven teorisine göre yapılacak yorumla karşı taraf lehine yorumlanır, kural geçersiz sayılmaz.²³⁷

TBK m. 23’ün gerekçesinde durum aynen şöyle açıklanmıştır; “Maddeye göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları, düzenleyenin aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanır. Bu esaslar, 4721 sayılı Türk Medeni

²³⁰ TBK madde 19; “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”

²³¹ Y., 3.HD. 02.06.1998, E. 1998/4263- K. 1998/6098.

²³² Atamer, s. 35, Beyanı kaleme alan aleyhine yorum ilkesi de denmektedir. Bkz. Eren, s. 473. Bkz. s.62.

²³³ Atamer, s. 36.

²³⁴ Aydoğdu, s. 116.

²³⁵ Aydoğdu, s. 116.

²³⁶ Aydoğdu, s. 116.

²³⁷ Aydoğdu, s. 116.

Kanununun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Sözleşme hükümlerinin düzenleyen aleyhine yorumlanması için, düzenleyenin o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, “çelişkili davranma yasağına” (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem koşulları daima diğer taraf lehine yorumlanır. Nitekim Roma hukukundan gelen “in dubio contra stipulatorem” (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır. Bu genel ilke ve buna uygun olan madde, sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü ya da bir sözcüğü kaleme alanın, onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Aynı şekilde, bir hükmü düşündüğü gibi yazmamış olan kişinin, “bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır.” şeklinde, sonradan yapacağı yorum haklı sayılamaz. Alman Medeni Kanunun (BGB) 305c maddesinin ikinci fıkrasında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.”

Yorum denetimi, sözleşmenin yapılış aşamasından çok, kurulmuş bir sözleşmenin irade beyanları yoruma tabi kılınır. Tarafların iradeleri açık ve belirlenebilir olmadığında bu denetim yapılır ve denetim yapılırken muhakkak gerçek iradeleri araştırılmalıdır. Nitekim haksızlığı ileri sürülen genel işlem koşullarının bu denetime tabi tutulabilmesi için öncelikle sözleşme içeriği haline gelmesi gerekir.²³⁸ Çünkü yürürlük denetimini geçemeyen sözleşme hükümleri, sözleşmenin içeriği haline gelememekte ve yorumlanacak bir irade beyanı da söz konusu olamamaktadır.²³⁹

Yorum denetimi yürürlük denetiminden geçen sözleşme hükümlerinden sonra ikinci sırada yer almaktadır. Bu süreci izleyen üçüncü denetim türü ise içerik denetimidir. Dolayısıyla bu aşamada incelenmesi gereken husus, genel işlem koşullarına nazaran öncelikle uygulanması gereken bir bireysel anlaşmanın olup olmadığıdır. Bu

²³⁸ Karadağ, s. 57.

²³⁹ Atamer, Sözleşme, s. 124.

inceleme neticesinde bireysel bir anlaşmanın varlığına rastlanmazsa ancak o takdirde ilgili genel işlem koşullarının yorumlanması söz konusu olur.²⁴⁰

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA YORUMUN UNSURLARI

TBK m. 23 hükmü gereğince genel işlem koşullarının yorumlanabilmesi için iki unsur gereklidir. Aşağıda bu unsurlar tek tek açıklanmıştır.

A. AÇIK VE ANLAŞILIR OLMA

Genel işlem koşulu içeren hükümlerin TBK m. 23'e göre açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Bu kavramı "tartışmaya mahal vermeme"²⁴¹ şeklinde tanımlayabiliriz. Eğer bir hüküm açık ve anlaşılır değilse sözleşme hükmü içerisinde anlamının tam olarak belirlenememesi sorununu doğurmaktadır. Bu noktada ise hükmün yorumlanması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında; "*Anlaşmazlık, taraflar arasındaki sözleşmeden çıkmaktadır. Bu noktada sözleşmenin yorumu, öncelikle mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır.*" ifadelerine yer vermiştir.²⁴²

Hakim güven teorisini esas alarak yapacağı incelemede hal ve şartları değerlendirerek tarafların sözleşmenin objektif mi yoksa subjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşamadıklarını tespit eder ve üzerinde anlaşamadıklarını anlarsa sözleşmenin kurulmadığı kararını verir.²⁴³ Genel işlem koşulları tarafların ortak iradelerini taşımalıdır. Aksi olması durumunda ise tarafların aralarında ortak bir iradeye sahip olmadığı nedeniyle sözleşmenin yorumlanması gerekir.

B. BİRDEN ÇOK ANLAMA GELME

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, hükümler birden çok anlama gelecek şekilde kullanılabilir. Bu sorun genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin somut bir olay

²⁴⁰ Camcı, Sinem; s. 67.

²⁴¹ Yelmen, s. 40.

²⁴² Y. 11. HD., T. 02.03.1998, E. 1997/10396, K. 1998/1278. (KBİBB) naklen Yelmen s. 77.

²⁴³ Eren, s. 490.

veya kişi dikkate alınmadan genel ve soyut olarak hazırlanmasından kaynaklanmaktadır.²⁴⁴

Yer alan hükümler somut bir olay ya da önceden hazırlanan göz önünde tutulamayacağı ve özel bir ilişki çerçevesinde hazırlanmadıklardan dolayı genel işlem koşulu içeren bazı hükümlerin birden çok anlama gelmesi uygulamada sık sık karşılaşılan bir durumdur.²⁴⁵

Bu aşamada hâkim sözleşme görüşmelerine, sözleşmenin yapılış amacına, karşı tarafın yapılan sözleşmede deneyim sahibi olup olmadığını inceleyerek, tarafların menfaatlerini de göz önünde bulundurarak bu hükümler hakkında kararını açıklaması gerekmektedir.²⁴⁶

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMUNDA İZLENECEK YÖNTEMLER

Genel işlem koşullarının yorum denetiminde izlenebilecek üç yöntem vardır. Bunlardan biri daha önce yukarda da açıkladığımız üzere belirsizlik ilkesi, ikincisi sübjektif ve objektif yorum yöntemleri, sonuncu ise daraltıcı yorum ilkesidir.

A. BELİRSİZLİK İLKESİ

Bir genel işlem koşulunun yorumu sırasında, hükmün muhtevasının ne olduğuna dair tereddüt edildiğinde, her zaman kullanan aleyhine, karşı taraf lehine olacak şekilde yorumlanır (in dubio contra stipulatorem).²⁴⁷ Genel işlem koşulu kullanan tarafın kendisinden beklenen özeni göstermesi gerekir. Gerekli özen ve dikkat gösterildiği zaman sözleşmede yer verilen hükümlerin birden fazla anlama gelebilecek ve yorumlanabilecek şekilde olmaması zaten kendiliğinden gerçekleşir. Ancak yine de birden fazla anlama gelecek sözleşme hükümleri varsa bu durumda hâkimin sözleşmeyi yorum metotlarına göre yorumlaması gerekmektedir.

²⁴⁴ Yelmen, s. 77.

²⁴⁵ Yelmen, s. 77 vd.

²⁴⁶ Havutçu, s. 55.

²⁴⁷ Atamer, Sözleşme, s. 134, Kocayusufoğlu, s. 239.

TBK'nın 23. maddesinde bu konu şöyle düzenlenmiştir; *“genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”* Bu düzenleme ile sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya neden olan noktaların kullanan aleyhine yorumlanacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Nitekim Yargıtay'ın 1996 tarihli bir kararında birleşik hayat sigortası poliçesinde yer alan “ecel” ile ölüm ve “kaza” sonucu ölüm kavramlarının yorumlanması gerekmiştir. Mahkeme, terör eylemleri sonucu hayatını kaybeden bir ordu mensubunun, çatışmalara kendi iradesi sonucu gittiği için eceliyle ölmüş kabul edilemeyeceğini ifade etmiş, ayrıca *“sigorta poliçelerinde sigortalı aleyhine getirilen koşulların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir”* ifadesine de yer vermiştir.²⁴⁸

Bu ilke hâkime var olan birkaç yorum çeşidinden hangisinin daha lehe olacağını ve bu sebeple hangisini tercih etmesi gerektiğinin yolunu gösterir. ATAMER'in deyişiyle bu ilke; “amaç, tarafların iradelerini tespite yarayacak bir yöntem geliştirmek değil, aksine hukuk politikasına dayalı bir değerlendirme sonucu, zaten tespit edilmiş norm içeriklerinden hangisine üstünlük tanınacağını belirlemektir.”²⁴⁹ Yukarıda açıkladığımız sebeplerden dolayı doktrindeki ağırlıklı görüşlere göre bu ilke tali bir ilkedir. Öncelikle farklı yorum yollarından birisinin üstün olması sebebiyle doğrudan uygulanmasının söz konusu olup olmadığına bakılır. Üstün olan yorum yöntemi müşteri lehine olmasa bile somut olaya uygulanmak zorunda kalınır. Ancak iki yorum türünden birine öncelik verilmesi gerekiyorsa ve hangisi anlaşılamiyorsa, artık tüketici lehine olan yöntemin seçilmesi gerekmektedir.²⁵⁰ Kısaca diğer yorum metotları belirsizliği kaldıramıyorsa, bu ilkenin devreye girmesi gerekmektedir. Örneğin genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde satılan “malın görüldüğü gibi satıldığı”, “hiçbir ayıbın üstlenilmeden satıldığı” gibi hükümler bulunabilir. Bu noktada malın gizli bir ayıbının bulunması halinde satanın maldan sorumlu olup olmayacağı belirsizdir. Ancak sözleşme maddesinin yorumu ile birlikte müşteri lehine olan tercih edilmelidir. Satılan malın araba olduğu düşünüldüğünde sözleşmede “malın görüldüğü gibi satıldığına” ilişkin bir

²⁴⁸ Y.11.HD 28.6.1996, E. 1996/3239- K. 1996/4799, YKD 1996, s.30.

²⁴⁹ **Atamer**, Sözleşme, s. 136.

²⁵⁰ **Atamer**, Sözleşme, s.136.

hüküm bulunsa da gizli ayıplardan da satanın sorumluluğunun bulunduğu kabul etmek gerekir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1998 yılında verdiği bir kararda “...*Gerek ülkemizde gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihakî sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır...*”²⁵¹ belirtmiştir.

Bu karardan da yola çıkarak genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin uyumsuzluklarında belirsizlik ilkesinin etkin bir biçimde uygulanabileceği açıkça ortaya konulmuştur.

B. SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF YORUM YÖNTEMLERİ

Sözleşmenin yorumlanmasında artık sözleşmenin tarafları açısından kurulmuş bir sözleşme mevcuttur. Ancak sözleşmenin içeriği konusunda tarafların hem fikir olduğundan bahsedilememektedir.

Genel işlem koşullarının yorumunda iki farklı bakış açısı mevcuttur. İsviçre hukukunda uygulanan yöntem, klasik sözleşmelerde uygulanan bir yöntem olan somut sözleşmelerin özelliklerinin de dikkate alınarak uygulanan sübjektif yorum yöntemidir. Bir diğeri ise Alman hukukunda kabul görmüş olup, genel işlem koşulları birden fazla hukuki ilişkiye uygulandığı için soyut ve genel bir yorumun uygulanması gerektiğini savunan objektif yorumdur.²⁵²

Bu iki yorum yönteminden sübjektif yorum yöntemine göre; hâkim tarafların arasında genel işlem koşulları yönünden olan uyumsuzluklarda tarafların gerçek iradelerini araştırmalıdır. Eğer araştırmaları sonuç vermez ise güven teorisine başvurulmalıdır.²⁵³

Objektif yorum yönetiminde ise, kullananın hazırladığı genel işlem koşulu içeren sözleşmenin, karşı tarafın anlaması olarak değil de, tipik ve ortalama bir karşı tarafın bu

²⁵¹ Karar için **Atamer**, Sözleşme, s. 139.

²⁵² **Atamer**, Sözleşme, s. 130.

²⁵³ **Atamer**, Sözleşme, s. 130, **Havutçu**, s. 150.

sözleşmeyi algılamasına göre olarak yorum yapılır.²⁵⁴ Hâkim burada tek bir karşı tarafın değil, her iki tarafın menfaatlerini içeren bir yorum yapmalıdır. Bu sebeple bu tür bir yorumda hâkim, sadece tipik genel işlem şartı kullanımı halinde çıkan uyuşmazlıklara bir çözüm getirebilir.²⁵⁵

Kanaatimizce tarafların genel işlem koşullarını algılayış biçimleri çok önemlidir. Tamamen öznel bir yorum olmasa bile, en azından bu koşullar hakkında ne anladıklarına dair hâkim tarafından bir araştırma yapılması daha yerine olur. Bu sebeple objektif yorum yönetimini savunmak mümkün görünmemektedir. Ayrıca sözleşme de tarafların sözleşme muhtevasında bulunan genel işlem koşullarından ne anladığı araştırılırken mutlaka yeni güven teorisinden yararlanılması ve bu teori çerçevesinde yorum yapılması gerekmektedir.²⁵⁶

C. DARALTICI YORUM İLKESİ

Bu ilkeye göre, sözleşmede yer alan bir kaydın anlamı karşı tarafın aleyhine ise, dar yorumlanarak, sınırlı bir uygulama alanı tanınacaktır.²⁵⁷ Özellikle daraltıcı yorum yöntemi yani müşteri aleyhine olan bir genel işlem koşuluna mümkün olan en sınırlı uygulama alanını bulma düşüncesi bu bağlamda savunulmaktadır.

ATAMER bu konuyu şu şekilde açıklamıştır; “Doktrinde bu yorum yöntemi ile belirsizlik ilkesinin iç içe geçtiği ifade edilmektedir. Ancak belirsizlik ilkesinden farklı olarak dar yorum yöntemi uygulanırken o hükme objektif olarak verilebilecek birden fazla anlam aslında yoktur. Sadece daha “dar” veya daha “geniş” bir yorum söz konusudur. Bu yöntem ise bugün Alman hukukunda genelde reddedilmektedir.”²⁵⁸ Zira dar yorum yöntemi ile üstü örtülü bir içerik denetimi yapılabilir. Ancak tarafın iradelerini açıkça ifade etmelerine rağmen bu iradeye farklı anlamlar yüklenmesi eleştirilmektedir.

Türk bankacılık uygulamasına bu konuya şu şekilde bir örnek verebiliriz; “*İşbu kredi sözleşmesine göre verilen veya verilecek olan güvencelerle ilgili olarak elde*

²⁵⁴ Atamer, Sözleşme, s. 130.

²⁵⁵ Atamer, Sözleşme, s. 130.

²⁵⁶ Yelmen, s. 60

²⁵⁷ Atamer, Sözleşme, s. 140.

²⁵⁸ Atamer, Sözleşme, s. 141.

edilen her türlü haklar ve alacaklar, akreditif konusu mallar, Bankanın merkez ve şubelerinden herhangi birinin her ne yönde olursa olsun mevcut ve ileride doğmuş ve doğabilecek vadesi gelmiş veya gelmemiş bütün alacaklarının da güvencesini oluşturur.” sözleşmenin bu maddesine aslında tarafların ne istediği açıkça belirlenmiştir. Amaç istinasız bütün alacakları teminat kapsamına sokmaktır. Bu durumda daraltıcı yorum yöntemiyle aşırı mağdur edilen tüketici korunabilir.²⁵⁹ Ancak genel işlem koşullarının yorumlanması müşterinin korunması meselesine bir aşama kaydettirebilir. Asıl ihtiyaç olunan içerik denetimidir. Genel işlem koşulu sorununa ancak içerik denetimiyle birlikte kalıcı bir çözüm bulunabilir. Yorum yöntemi sadece tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkartılmasında etkili olabilir.

§ 13. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Genel işlem koşullarının içerik denetimi TBK m. 25’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”* Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, bir sözleşmede içerik denetimi yapılabilmesi için özellikle karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşulları bulunmalıdır.

İçerik denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline geldiği zaman mümkün olur. Genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olarak, taraflardan birinin menfaatlerine uygun düşmediği durumda, her iki taraf için de uygun olabilecek sözleşme içeriğine ulaşabilmek için, sözleşmeye müdahale edilerek, aykırı olan sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılmasını içerik denetimiyle sağlarız.²⁶⁰

Daha önceki paragraflarda açıklandığı üzere, içerik denetimi genel işlem koşullarının yürürlük ve yorum denetiminden geçmesinden sonra mümkün olabilir. Eğer bir genel işlem koşulu, bu iki denetimden geçip, sözleşme içeriğine dahil olduysa, ancak içerik denetimine tabi tutulabilir. Aksi takdirde içerik denetimine tabi tutulamaz.

²⁵⁹ Köprülü/Kaneti; s. 470.

²⁶⁰ Karadağ, s. 59-60, Atamer, Sözleşme, s.143 vd., Havutçu, s. 154.

Sözleşme içeriğine dahil olan genel işlem koşullarını hakim, maddede de belirtildiği gibi, dürüstlük kuralını kıstas olarak inceler. Fakat kanun koyucu, madde hükmünde, hangi davranışların dürüstlük kuralına aykırı olacağı ya da bu kuralın sınırlarının neler olabileceğine dair herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu durum maalesef ki birtakım sıkıntıları da beraberinde getirmiştir. Hâkime dürüstlük kuralına aykırılıklarda, kullanan ve karşı taraf arasındaki uyuşmazlıkları nasıl saptayacağını, sınırlarının ve dengenin nasıl belirleneceği bu hükümde gösterilmemiştir. Bu durumda ne yazık ki hüküm içerisindeki boşluğun bulunduğunu kabul etmekten başka çare kalmamıştır.²⁶¹

İçerik denetimi sayesinde yürürlük ve yorum denetiminin yetersiz kaldığı noktalar kapatılır ve taraflar arasında bozulan dengenin giderilmesi sağlanır. Sözleşme ile iç içe geçmiş olsa dahi genel işlem koşulları içerik denetimiyle son bir kontrolden geçer ve bu sayede taraflar arasında kaybolan “denge” yeniden sağlanarak, hakkaniyete uymayan koşullar hükümsüz bırakılır.²⁶²

Son olarak belirtmek gerekir ki, genel işlem koşullarının içeriklerinin hakkaniyete uygun olarak hazırlanması, idari makamlara²⁶³ bu koşulların kullanımına izin ve

²⁶¹ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 42.

²⁶² TBK m. 21’in gerekçesine göre; “borçlar hukukunun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanununun 1 inci ve devamı maddeleri 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 gereksinimini yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, 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 hukukî işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katımlı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hatta çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet, ama” deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır. Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.” **Baş**, s.293.

²⁶³ Sigortacılık, idari denetiminin zorunlu olduğu bir alandır. Sigortacılık Kanunu’nun 11. maddesinde, mülga Sigorta Murakabe Kanununa benzer şekilde, sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylandıktan sonra, sigortacı tarafından kullanılabilmesini düzenlemiştir. Yine TTK’nin 1266. maddesi gereğince, sigorta poliçesine konulacak genel şartların bakanlık onayından geçmesi gerekmektedir, buna uyulmazsa söz konusu şartlar yerine kanunun genel hükümleri uygulanacaktır.

koşulların içeriklerini denetleme yetkisi vererek sağlanabileceği gibi, genel işlem koşullarının içeriklerinin yargıç tarafından denetlenmesi yoluyla da sağlanabilir. Genel işlem koşullarının içeriklerinin yargıç tarafından denetlenmesine “yargısal içerik denetimi” veya “açık içerik denetimi” denilmektedir.²⁶⁴

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİNDE YARARLANILABİLECEK BAZI HUKUKİ OLANAKLAR

Gerek TKHK’ nın 6.maddesinde, gerek TBK’ nın 25. maddesinde de, genel işlem koşullarının içerik denetiminde dürüstlük kuralı objektif bir ölçüt olarak düzenlenmiştir. Ancak genel işlem koşullarının denetiminde farklı yollara da başvurmak mümkündür. Çünkü sözleşmeler, kanuna, kişilik haklarına²⁶⁵, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olamazlar. Ayrıca TBK m. 19 ve aşırı yararlanma için TBK m.28 hükümlerinin de genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin denetiminde bir işlevlerinin olacağı açıktır.²⁶⁶

A. DÜRÜSTLÜK KURALI

Dürüst davranma, doğru bir şekilde ve karşı tarafın kendisine gösterdiği güvene uygun şekilde hareket etmektir.²⁶⁷ Bu kural, bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun borcunu yerine getirirken dürüst, namuslu, makul ve fiilinin sonucunu bilen orta zekâlı bir insanın benzer olaylarda takip edeceği şekilde davranmasını gerektirir.²⁶⁸

Dürüstlük kuralı, içerik denetiminin objektif kriterini oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanunu m. 2/1-2 göre, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

²⁶⁴ Eren, s. 222, Havutçu, s. 42.

²⁶⁵ Kişilik haklarının kapsamı çok geniştir. Bu hakkın kapsamına giren kişilik değerleri, sadece pozitif hukuk tarafından düzenlemelerden ibaret değildir. Kişilik değerleri konusunda sınırlı sayı ilkesi kullanılmamaktadır. Hâkim somut olayın özelliğine göre, ihlal edildiği iddia olunan değer, kişilik hakkı kapsamında yer alıp almadığını TMK m. 4 çerçevesinde değerlendirmeli ve kararını ondan sonra vermelidir. Bkz. Güven; s. 102 vd.

²⁶⁶ Eren, s. 303, Atamer, Sözleşme, s. 144.

²⁶⁷ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 167.

²⁶⁸ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 167.

Dürüstlük kuralı, yasada özel olarak düzenlenmemiş her meselenin çözümü için başvurulacak bir dayanak noktasıdır. Başka bir deyişle, borçların ifası ve hakların kullanılması açısından sınırlandırma, bu kural dikkate alınarak yapılmaktadır.²⁶⁹ Nitekim irade açıklamalarında, sözleşmelerin yorumlanmasında ve tamamlanmasında hâkimin mutlaka yararlanması gereken ilkelerden biridir.²⁷⁰

Dürüstlüğe aykırı genel işlem koşullarının tespit edilmesinde yukarıda da bahsettiğimiz “denge” durumu önem arz eder. Bu denge durumunun sağlanması ve hüküm içi boşluğun giderilmesi için hâkimin başvurması gereken hükmün TTK m. 55/1, f bendidir. Kenar başlığı “*Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak*” olan bu maddenin söz konusu tekrarına göre “*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 dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*”²⁷¹

Hâkim önüne gelen somut olayda zikredilen hükümlere dayanarak uyuşmazlıkların dürüstlük kurallarına uyup uyulmadığını re’sen araştırmak zorundadır. Zira dürüstlük kuralına aykırı sözleşme yapılamaz, yapılırsa geçersizdir. Bu kuralın kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken herkesin bu kurallara uyması zorunludur.

B. AHLAKA AYKIRILIK

Ahlak bir toplumda iyilik ve kötülük hakkında oluşan değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünüdür.²⁷² TBK m.

²⁶⁹ Camcı, s.82.

²⁷⁰ Eren, s. 19.

²⁷¹ Atamer, Karşılaştırma, s. 43, Yelmen, s. 130. Baş, s. 295’e göre “TTK m. 55 hükmü kanunun haksız rekabet kısmında yer almaktadır. Karşı tarafı yanıltmak suretiyle genel işlem koşulları kullanmanın gerçekten bir haksız rekabet yaratıp yaratmayacağı tartışılabilir. İyi genel işlem koşulu kullanıyorum diyerek müşteri çekmek suretiyle, aslında daha iyi genel işlem koşulu kullanan rakip işletmenin müşterisini çalmanın gerçekçi bir kurgu olmadığı düşünülebilir. Zira müşterilerin seçiminde genel işlem koşullarının önemi olmadığından, bunun kullanılarak müşterinin yanıltılması kolay olmayabilir.”

²⁷² Bilge; s. 9.

26 ve 27, konusu ahlaka aykırı olan sözleşmelerin geçersiz sayılması gerektiği görüşünü desteklemektedirler.²⁷³

Yargıtay bireyin iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını beraberinde getirecek olan sözleşme hükümlerini ahlaka aykırı olarak nitelendirmiş ve denetlemeye tabi tutmuştur.²⁷⁴

Ahlaka aykırılık kriteri, sözleşme adaletinin, tarafların özgürce sözleşme akdetmesi halinde kendiliğinden gerçekleşeceğine inancın geçerli olduğu dönemler için yeterli bir denetim kriteridir. Oysa bugün için etik değer yargılarını ayaklar altına almayan bir sözleşme içeriğinin söz konusu olduğu hallerde de, zayıf olanın korunması düşüncesiyle sözleşmeye müdahale bir ihtiyaç oluşturmaktadır. Ahlaka aykırılık ile sosyal adaletsizlik örtüşen kavramlar olmadığı için bu müdahalenin başka şekilde gerekçelendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır.²⁷⁵

Bunlara ek olarak her sözleşme de bulunabileceği gibi genel işlem koşullarında da ahlaka aykırı hükümler bulunabilir. Ahlaka aykırılık denetimi sadece genel işlem koşullarına ait bir denetim niteliğinde değildir. Bu nedenle de genel işlem koşullarının denetimi için somut bir ölçü vermekten çok uzaktır.²⁷⁶ Yapılabilecek şey ancak genel işlem koşulu içeren hükümlerin, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık içermesi durumunda geçersiz sayılmasıdır.

Sözleşme içeriğine bu yoldan sınırlama getirilmesi ile toplumda var olan güçlerin, sözleşme kurumu sayesinde kendisinin ve kamunun menfaatinin en elverişli biçimde korunabilmesini amaçlamaktadır. Örneğin konusu taraflardan birinin diğerine kölelik yapması veya herhangi başka bir kişilik hakkından vazgeçmesine sebep olan sözleşmeler ahlaka aykırılık nedeniyle batıldır. Bunun dışında tabi ki genel işlem koşulu kullanmanın ahlaka aykırılık yaratacağı söylenemez.

TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümleri beraber değerlendirildiğinde, bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması için sözleşmenin kişilik hakkı kapsamındaki özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı bir şekilde kısıtlıyor olması gerekir. Ancak

²⁷³ Bilge, s. 11.

²⁷⁴ Y. 13.HD., T. 07.04.1981, 1981/1045 E., 1981/2514 K., sayılı kararında araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya tanınan teslim süresini uzatma yetkisine dair genel satış şartının geçerli olup olmadığının, şartın kötüye kullanılıp kullanılmadığının ve MK m.2'deki doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespiti ile çözülebileceğini kabul etmiştir. Camcı, s. 86.

²⁷⁵ Atamer, Sözleşme, s. 161.

²⁷⁶ Atamer, Sözleşme, s. 162.

gözden kaçırılmaması gereken bir nokta, her sözleşmenin kişi özgürlüklerini az ya da çok kısıtladığıdır. Bu nedenle kişilik hakkına aykırılık için sadece sözleşmenin özgürlükleri sınırlaması yeterli olmaz. Bunun yanı sıra sözleşme ile meydana gelen sınırlamanın kişilik hakkının kapsamında yer alan özgürlüğün kullanılmaz hale gelmesi ya da kullanılamaz hale yakın bir sınırlamaya tabi tutulmasıdır ki bu sınırlama hukuka ya da ahlaka aykırılık anlamına gelir. Aksi durum sözleşme yapılmasını imkânsız hale getirir.²⁷⁷ Bir işletmecinin kendi ekonomik menfaatlerini korumaya çalışması ahlaka aykırılık değildir. Bu nedenle aslında ahlaka aykırılık kavramının genel işlem koşulunun denetimi süresinde somut bir ölçü vermekten çok uzak olduğunu belirtmemiz gerekir. Sözleşme hükmüne para ile cinsel ilişki içerikli edim vaat etmek ahlaka aykırılıktır. Ancak ahlaka aykırılık denetimi bireysel sözleşmeler içinde geçerli olan bir denetim türü olarak sadece genel işlem koşullarına uygulanmaz. Bu nedenle hâkimlere genel işlem koşullarını ahlaka aykırılık denetimine tabi tutması yolunu aralamak, tamamen sübjektif bir denetiminin kapılarını aralamaktan farksız olmayacaktır.²⁷⁸

C. AŞIRI YARARLANMA (GABİN)

Aşırı yararlanma, taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşulların, diğer tarafça sömürülmesini ve dolayısıyla aşırı yararlanılmasını engelleyen bir hukuksal koruma yoludur.²⁷⁹

Aşırı yararlanmanın biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki şartı bulunmaktadır. Bu şartlardan objektif olanı, edimler arasında açık dengesizlik bulunmasıdır. Bu durum zaten genel işlem koşulları yönünden aşikârdır. Kullanan taraf her zaman ekonomik üstünlüğü kötüye kullanmakta ve tek taraflı düzenlediği hükümler nedeniyle karşı tarafı zarara uğratmaktadır. Aşırı yararlanmanın sübjektif şartı ise, sömürülenin tecrübesiz olmasıdır. Bu şart genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin

²⁷⁷ Y. 13. HD, T. 14/04/2010 E. 2009/14991, K. 2010/5048, “Taraflar arasındaki Bankacılık Hizmetleri sözleşmesinin 136. ile 137. maddelerindeki düzenlemelerin tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Davacı tüketici olup maaşının tamamına sözleşmenin bu hükümleri uyarınca bloke edilerek el konulup kredi kartı borçları için takas mahsup uygulaması 4077 sayılı kanunun 6. maddesindeki haksız şart ile ilgili emredici hükmü bertaraf etmek için yapılan bir uygulamadır.” (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 16/02/2017).

²⁷⁸ Atamer, Sözleşme, 162.

²⁷⁹ Kılıçoğlu, s. 218.

çoğunda mevcuttur. Karşı taraf, kullananın genelde daha az bilgi sahibi, zayıf olan taraf olduğundan, bu koşulların önemini anlayabilecek bilgi birikimine ve deneyime sahip değildir.²⁸⁰

Genel işlem koşulunu imzalayan birçok tüketici sözleşmenin içeriği hakkında veya kendi bu durumun kendi sözleşmesini nasıl etkileyeceği konusunda bilgi sahibi değildir. Hem tüketici tecrübesizdir hem de genel işlem koşulu kullanan taraf bu tecrübesizlikten faydalanmak istemektedir. Tüketici bu noktada kullananın kendisinden aşırı yararlanmasına maruz kalmaktadır. Ancak tüketici eğer aşırı yararlanmaya uğradığını sözleşmenin akdinden 1 sene içerisinde ileri sürerse sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olur. Genel işlem koşullarının sözleşme akdinden itibaren 1 sene içinde ileri sürülmesi gerekliliği, koşulların denetlenmesi açısından büyük bir kısıtlama olacaktır ki bu genel işlem koşullarının denetlenmesinin ruhuna aykırıdır. Nitekim doktrinde ATAMER'in savunduğu görüşe göre, genel işlem koşullarına ait soruna bu maddeye dayanarak kalıcı bir çözümün getirilmesi mümkün değildir.²⁸¹ Örneğin müşteri aleyhine ispat külfetinin yer değiştirmesi ya da yetkili mahkemenin genel işlem koşulu yoluyla belirlenmesi hallerinde aşırı yararlanmanın gerçekleştiğinden bahsetmek çok güçtür. Ayrıca aşırı yararlanmanın varlığını kabul edebilmek için sözleşmenin tümü, oysa genel işlem koşullarının denetimi ise tek tek koşullar üzerinden yapılmaktadır.²⁸²

D. EDİMİ TEK TARAFLI BELİRLEME YETKİSİ

Alman Medeni Kanunu paragraf 315 uyarınca, bir sözleşmede taraflardan birine, edimi tek başına belirleme yetkisinin verilmiş olması halinde ilgili taraf bu yenilik doğuran hakkını hakkaniyete uygun bir şekilde kullanmak zorundadır.²⁸³

Böyle bir hüküm Türk mevzuatında bulunmamakla birlikte genel bir hukuk kuralı olarak geniş hükmü uygulamak mümkündür. Zira sözleşmenin taraflarından birine bu hak tanındığında ondan bunu hakkaniyete uygun olarak kullanması beklenir. Genel işlem koşullarının denetiminde de bu uygulanır. Böylece hâkim sözleşmeyi denetlerken öncelikle tek taraflı olarak sözleşmeyi belirleme yetkisi olan tarafın bu yetkisinin

²⁸⁰ Camcı, s. 87.

²⁸¹ Atamer, Sözleşme, s. 167.

²⁸² Atamer, Sözleşme, s. 168.

²⁸³ Atamer, Sözleşme, s. 178.

sınırlarını aşıp aşmadığına bakmalıdır. Eğer aşıldığını tespit ederse ilgili koşulun butlanına hükmedecektir.²⁸⁴

Her şeyden önce, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte taraflardan birine ileride edimi belirleme yenilik doğuran hakkının verilmesi ile, genel işlem koşulu sorununda olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasından önce taraflardan birinin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak belirlemesi arasında fark vardır. İlkinde tek taraflı yenilik doğuran hak doğrudan sözleşmeden kaynaklanmakta, ikincisinde ise taraflardan biri, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilen üstünlüğü nedeniyle sözleşme koşullarını belirleme imkânına sahip olmaktadır.²⁸⁵ Buna ek olarak bu hukuki olanak ile taraflardan birinin edimi belirlemesinden ziyade edimin kalitesi belirlenir.²⁸⁶

Bu hukuki olanak da genel işlem koşullarının içerik denetimine katkı sağlamaz. Çünkü taraflar her zaman özgür iradeleri ile hükümlerin aksini kararlaştırabilirler. Ancak içerik denetimine tabi olabilmek için hükümlerin tek taraflı olarak önceden belirlenmiş olması gerekmektedir.²⁸⁷

§ 14. KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK KAVRAMI VE İÇERİK DENETİMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

İçerik denetimi TBK m. 25’de düzenlenmiş olmasına rağmen daha önce de belirttiğimiz gibi, bu madde de kanun koyucu denetiminin sınırlarını ve ölçüsünü belirlememiştir. Söz konusu maddeye göre denetimin ölçüsü olarak sadece dürüstlük kuralı öngörülmüş olup, hangi durumlarda bu kurala aykırılık oluşacağına dair herhangi bir sınırlama ve ölçü bulunmamaktadır. Bunlara ek olarak, bir şekilde dürüstlük kuralına aykırılık belirlense dahi yaptırımın ne olacağı madde hükmünde mevcut değildir.

Ancak TBK m. 25’in gerekçesinde bu duruma şöyle bir çözüm getirilmiştir. “*Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27.maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüz olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler,*

²⁸⁴ **Atamer**, Sözleşme, s. 180.

²⁸⁵ **Atamer**, Sözleşme, s. 182.

²⁸⁶ **Atamer**, Sözleşme, s. 183.

²⁸⁷ **Havutçu**, s. 163, **Atamer**, Sözleşme, s. 182.

geçerliliklerini koruyacaklardır... ”. TBK m. 25’de yaptırımının ne olacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, madde gerekçesinde bu yönde bir açıklama yapılmı ihtiyacı hissedilmiştir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır.²⁸⁸ Gerekçeye göre, içerik denetimi yaptırımı, TBK m. 27/2²⁸⁹ hükmünde düzenlenen kesin hükümsüzlüktür. Ancak TBK m. 27/2 c.1 uyarınca, sözleşmenin bazı kısımlarının batıl olması halinde bu durumun kural olarak sözleşmenin geri kalan kısmının butlanını gerektirmemesidir ve sözleşmenin bu kurallardan ayakta kalmasını sağlamaktır. Nitekim kısmi hükümsüzlük ilkesinin temelinde bu düşünce yatmaktadır.²⁹⁰

Kısmi hükümsüzlük kavramı TBK m. 27/2 de şu şekilde hükme bağlanmıştır; *“sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”*. Bu hükme göre, eğer sözleşmedeki bir hüküm geçersizse, geri kalan hükümler bu geçersiz hüküm olmadan taraflar tarafından geçerli sayılmak istenmeyebilir. Bunun sonucunda da geçersiz sayılan hükümle beraber istenmeyen hükümler de geçersiz olur ve sözleşme bu hükümlerden ayrı bir şekilde varlığını sürdürmeye devam eder.²⁹¹

Bu durumu şu şekilde açıklamak mümkündür; “Türk Borçlar Kanunu’nun 27.maddesinin 2.fıkrası, emredici nitelikte bir hüküm değildir, bu nedenle taraflar bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Taraflar, sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması durumunda, sözleşmenin geri kalan kısmının akıbetini düzenlemişlerse, bu durumda, tarafların iradesi yedek hukuk hükümlerinden daha önce dikkate alınmalıdır. Tarafların, şekil şartına bağlı olmaksızın yapacakları bir hükümsüzlük sözleşmesi ile sözleşmenin hükümsüz olan kayıtlarının diğer hükümleri etkilemeyeceğini kararlaştırabilecekleri

²⁸⁸ Eren, s. 222, Kara, s. 739, Akçaal, s. 62, Yelmen, s. 130, Atamer, Karşılaştırma, s. 63, Aydoğdu, s. 133. Dürüstlük kuralına aykırı olan bu hükümlerin yazılmamış sayılacağına ilişkin görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 119.

²⁸⁹ TBK m. 27 de bu hüküm, *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* şeklinde ifade edilmiştir.

²⁹⁰ Karadağ, s. 67, Atamer, Karşılaştırma, s. 59-60.

²⁹¹ Camcı, s. 90.

gibi, kısmi hükümsüzlüğün, tüm sözleşme için etkili olacağını da kararlaştırabilirler.”²⁹² Tarafların iradelerinden geçerli olmayan hükümlerle de sözleşmeye tabi olma iradesi anlaşılabilmekeyse sözleşme varlığını sürdürmeye devam edebilir. Genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın iradesinin sözleşmeyi ayakta tutmak olduğunu yönünde kanunda düzenleme olması, bu geçersizliğin kısmi hükümsüzlükten ayrılmasına neden olmaktadır. Önüne bu tür bir uyuşmazlık gelen hâkim, ilk olarak tarafların iradelerini tespit etmeli ve sözleşmede kısmi bir hükümsüzlük mü olduğunu yoksa sözleşmenin tamamının mı hükümsüz olduğunun belirlemelidir.²⁹³

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, TBK m. 27/II’ de bahsedilen hükümsüzlük kavramının sadece sözleşmenin zayıf tarafının öne sürebileceği bir hükümsüzlük çeşidi olarak anlamak en iyi çözüm türü olmaktadır. Doktrinde bazı yazarlarında savunduğu bu görüşe göre, madde de bahsedilen hükümsüzlüğün sadece sözleşmenin zayıf tarafı tarafından öne sürülebileceği ve hâkiminde uyuşmazlığı incelerken zayıf taraf lehine hükümsüzlüğü dikkate alması gerektiği ve bu anlamda bahsedilen hükümsüzlüğün “esnek hükümsüzlük” olduğudur.²⁹⁴

§ 15. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI

Kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen madde de ne yazık ki sadece iki alternatiften yola çıkılmaktadır. Bunlardan birincisi sözleşmede hükümsüz sayılan maddeler olmadan geriye kalan kısımlarla sözleşmenin geçerliliğini sürdürmesi, ikincisi ise, sözleşme hükümsüz sayılan maddeler olmadan ayakta kalamıyorsa tümüyle hükümsüz sayılmasıdır. Madde de üçüncü bir alternatife yer verilmemiş olmasına rağmen genel işlem koşulları ile ilgili olarak hâkimin sözleşme boşluklarını doldurarak sözleşmeye müdahale etmesi olağan hale gelmiştir. Amaç sözleşmeyi yeniden hayata döndürmektir. Bu şekilde hâkim bozulan dengeyi yeniden sağlayarak sözleşmenin taraflar arasında eşit şekilde hüküm ve sonuç doğurmasını sağlayabilir.²⁹⁵

²⁹² Karadağ, s. 67.

²⁹³ Başpınar, s. 29 vd.

²⁹⁴ Aydoğdu, s. 136, Antalya, s. 106, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 593 vd.

²⁹⁵ Atamer, Sözleşme, s. 228.

İçerik denetiminin sonucunda bazı sözleşme hükümleri, sözleşmenin içeriğine artık dahil olmamasından ya da hükümsüz sayılmasından dolayı, sözleşmede bir boşluk meydana gelir. Ancak sözleşmeden çıkarılan bazı hükümler, sözleşmenin devamında herhangi bir sorun yaratmıyorsa, burada sözleşme boşluğunun doldurulması söz konusu olmaz.²⁹⁶ Örneğin bir satım sözleşmesine ilişkin genel işlem koşulunda satıcının hiçbir sebep göstermeksizin sözleşmeden dönebileceğine ilişkin hükümler yer alması ve bunun batıl sayılması halinde sözleşmede herhangi bir boşluk doğmaz.²⁹⁷ Fakat sözleşmede bazı hükümler geçersiz sayıldığında yerine yeni bir hüküm koyma ihtiyacı doğar ve böylece sözleşmedeki boşlukların doldurulması zorunlu hale gelir. Burada hâkim geçersiz olan hükümlerin yerine yasal olan hükümleri geçirir.²⁹⁸

Emredici nitelikteki bir düzenlemeye aykırılık teşkil eden bir sözleşme hükmünün geçersiz olması halinde, bu hükmün yerini yeniden bir emredici hüküm alır. Tarafların bu emredici hükmün yerine başka bir hüküm öngörmeleri ise mümkün olmamalıdır.²⁹⁹ Eğer emredici nitelikte olmayan bir sözleşme hükmü içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılmışsa bu durumda, yedek hukuk kuralları niteliğindeki hükümler, bu hükümlerin yerine geçer. Ancak taraflar, kendi aralarında hükümsüz sayılan sözleşme hükümleri yerine, ikame hükümler belirlemişlerse bu durumda, ikame hükümlerle sözleşme tamamlanır.³⁰⁰

Son olarak taraflar arasına hazırlanmış sözleşme tipinin kanun ile düzenlenenlerden çok farklı olması durumunda yedek hukuk kuralları kullanılamayacağı için artık sözleşmede var olan boşluğun bizzat hâkim tarafından doldurulması gerekmektedir.³⁰¹ Aynı çözüm yasada hiç düzenlenmemiş sözleşme türleri açısından da mümkündür.

SEROZAN; “Unutulmasın ki aynen kural yokluğunda boşluk doldurma sorunsalında olduğu gibi, kural çokluğunda dışlama-yarışma sorunsalında da, adalet ve yerindelik düşünceleriyle menfaatler durumu ön planda göz önüne alınır; formalist, mekanik ve kavramcı değil, işlevsel ve diyalektik düşünülür. Sözün özü, TKK’nın açığı

²⁹⁶ Karadağ, s. 67, Camcı, s. 91, Atamer, Sözleşme, s. 227.

²⁹⁷ Bu konuyla ilgili örneklerin devamı için bkz. Atamer, Sözleşme, s. 227.

²⁹⁸ Camcı, s. 91, Kocayusufpaşaoğlu, s. 25.

²⁹⁹ Karadağ, s. 68.

³⁰⁰ Karadağ, s. 68, Kocayusufpaşaoğlu, s. 602-603.

³⁰¹ Atamer, Sözleşme, s. 229.

BK ile BK'nın açığı da TTK ile kapatılır" şeklinde görüş bildirerek konuya açıklık getirmiştir.³⁰²

Ancak temel ilke her zaman sözleşme boşluklarının doldurulmasında yedek hukuk kurallarının kullanılmasıdır.³⁰³ Uygulanacak bir yedek hukuk kuralı bulunamazsa, TMK m. 1'de belirtildiği gibi, hükümsüz sayılan sözleşme kayıtlarının yerine yasal hükümler uygulanmalıdır.³⁰⁴

§16. GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN DENETİMİN KAPSAMINA KİMLERİN GİRECEĞİ SORUNU

Genel işlem koşulu kavramı TBK düzenlemesi ile hayatımıza yerleşmiş ve TKHK'nun aksine TBK hükümlerinin tüketici tacir ayrımı yapılmaksızın uygulanacağı öngörülmüştür. Tüketici - tacir arasındaki işlemlerden bakımından TBK hükümlerinin ve TKHK'da bulunan hükümlerin uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır. Asıl sorun kendini tacirlerin kendi aralarındaki hukuki işlemlerinde TBK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Genel işlem koşullarının ilişkin düzenlemelere ilişkin geline son noktada halen doktrinde üzerinde anlaşmaya varılamayan konu genel işlem koşulu korumasına kimlerin gireceğidir.

Tacir – tacir arası işlemlerin genel işlem koşulu denetimine tabi olması gerektiği görüşünde olanların asıl dayandığı gerekçe, tacirlerin özellikle bankalarla aralarındaki işlemlerde, bankaların dayattığı genel işlem koşulu içeren sözleşmeler nedeniyle korunmaya muhtaç oldukları düşüncesidir.³⁰⁵

AB mevzuatına bakıldığında üye devletlerin hiçbirinde tacir – tacir arası işlemlerde genel işlem koşulu denetimi yapılmadığı halde, TBK hükümleri için Alman Medeni Kanunu esas alınmış ve Türkiye'de de tacir- tacir arası işlemlerde TBK'da ki

³⁰² Serozan, s. 582.

³⁰³ Atamer, Sözleşme, s. 229.

³⁰⁴ BGB m. 306 "Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dâhil olamamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile devam eder. Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dâhil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. İkinci fıkrada öngörüldüğü biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir." Bkz. Kırkbeşoğlu, s.69 vd. Camcı, s. 93.

³⁰⁵ Atamer, Tacirler, s. 20.

hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir.³⁰⁶ Kanunun gerekçesine dayanan kimi yazarlar TBK’da ki hükümlerin tacir – tacir arası ilişkilerde de uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.³⁰⁷ Karşı görüşteki yazarlar ise TTK’nin genel işlem koşuluna benzer hükümlerin ele alındığı, tacir – tacir arası işlemler hakkında ise kanunda hüküm bulunmamasının sebebinin böyle bir denetim mekanizmasına ihtiyaç bulunmaması olduğunu savunmaktadırlar.³⁰⁸

Bu açıklamadan yola çıkarak, 6102 sayılı TTK’da 55/1. fıkrasında “*Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*” hükmü bulunmaktadır. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabete gireceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu bu madde dürüstlük kuralına aykırı olarak, yanıltıcı bir biçimde taraflar aleyhine konulan haksız rekabetle ilişkili genel işlem koşulları içindir ve bu madde tacir - tacir arası işlemlerde TBK hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Sadece TTK ve TBK’nin ilgili düzenlemelerinin amaçları birbirlerinden farklıdır.

Genel işlem koşulu içeren hükümlerin varlığını kabul edebilmek için aranan koşullardan bir tanesi de kullananın genel işlem koşulunu sözleşmeye dahil etmek niyetinde olup olmadığıdır. Bu noktada önemli olan kullanan tarafın kim olduğudur. Bu tespit edildiği takdirde TBK m. 20 hükmü uygulama alanı bulabilir.

Genel işlem koşullarında önemli olan tarafların arasındaki eşitsizlik durumu olup, dolayısıyla bir tarafın diğer taraftan daha üstün ve güçlü olması aranmaktadır. Oysa tacirler arasında açık bir eşitsizlik olmaması durumu mevcuttur. Ayrıca tacirlerin ticari bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülükleri bulunduğundan tacirlerin ticari faaliyetlerindeki deneyimsizliği ya da bilgisizliklerinden bahsedilemez. Nitekim tacirler ticari ilişkilerinde seçimler yapması gerektiğinde hukuksal danışma alma mecburiyetindedirler ve avukata danışma olanakları da

³⁰⁶ TBMM Dönem 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 321, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 33.

³⁰⁷ **Eren**, s. 217, **Atamer**, Karşılaştırma, s. 103 vd.

³⁰⁸ **Atamer**, Tacirler, s. 29.

bulunmaktadır.³⁰⁹ Karşıt görüşte olan yazarlar ise, tacirler arasında her zaman bir denklikten söz edilemeyeceği bu nedenle bazı tacirlerin diğer tacirler karşısında korunması gerektiği görüşündedirler.³¹⁰ Özellikle bu durum tacirlerin kendi işletme konularından farklı alanlarda tacirlerle sözleşme yaptıklarında ortaya çıkabilecektir.³¹¹

Bir görüş olarak ANTALYA; “TTK’nın özel düzenlemesi GİK’na ilişkin TBK hükümlerinin ticari işlemlere uygulanmasına engeldir (TTK m. 22). Zira TBK GİK’na aykırılığın yaptırımını geçersizlik olarak belirlemiş ve geçersizlik yaptırımını da, kapsam denetimini yazılmamış sayılma olarak, içerik denetimini ise kesin hükümsüzlük olarak çeşitlendirmiştir. TTK’da, GİK içerik denetimine aykırılığın yaptırımı geçersizlik değildir. TTK GİK’na aykırılığı haksız rekabet olarak özel hukuk davası yanında cezai yaptırıma da tabi tutmuştur. Özel hukuk sorumluluğu olarak TTK m.56’da belirtilen hukuk davaları özellikle maddi tazminat yaptırımı söz konusu olacaktır. Bu hukuk davalarından doğan taleplerde haksız fiillere ilişkin zamanaşımından farklı olarak özel zamanaşımı süresi olarak TTK m. 60’ta belirtilen daha kısa sürelerle tabi kılınmıştır.” şeklinde bir açıklama yaparak TTK’nin tacirler arası standart sözleşmelerde, TBK’da düzenlenen genel işlem koşulları hükümlerine istisna getirdiğini ifade etmektedir.³¹² Tacirler arası uygulamanın ticaret kanunu kapsamı dışına çıkmasının hatalı olacağını ve genel işlem koşulları mantığının TTK m. 18/2 bulunan basiretli bir iş adamı gibi davranma düzenlenmesine uygun olmadığı ifade edilmektedir.³¹³

Kanaatimizce TBK genel bir kanun olduğu ve tüketici tacir ayrımı yapılmaksızın uygulanabileceği ve TTK m. 55/1 (f) bendi uyarınca tacirlerin genel işlem koşulu denetimi taleplerinin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği göz önüne alındığında, uygulanabilir olduğu ölçüde TBK hükümlerinin tacirler hakkında hüküm ifade etmesi gerekmektedir.³¹⁴

³⁰⁹ Atamer, Tacirler, s. 29.

³¹⁰ Atamer, Karşılaştırma, s.121.

³¹¹ Camcı, s. 68. Atamer’e göre; “...tacir, sözleşmenin kuruluşunda tüketici gibi zayıf ve deneyimsiz durumda ise, genel işlem koşulları olmadan sözleşme kuramayacaksa tıpkı tüketici gibi korunmalıdır. Bu durumda yürürlük denetiminde alınlmamış/ şaşırtıcı klotların ayıklanmasında tacir için de aynı kriterler uygulama alanı bulmalıdır...” s.35.

³¹² Atamer’e göre, TTK md.55 aslen genel işlem koşullarına ilişkin bir içerik denetimi normu getirmek amacı ile değil bir haksız rekabet olgusu yaratmak için kaleme alınmış bir düzenlemedir.

³¹³ Antalya, s. 296.

³¹⁴ Kara, s. 728.

§17. HAKSIZ ŞART KAVRAMI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK

4822 sayılı kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a kadar ülkemizde haksız şartlarla ilgili bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu düzenlemeyle beraber sözleşmedeki haksız şartların denetlenmesi olanağı meydana gelmiştir. Tezimizin giriş kısmında da belirttiğimiz üzere Avrupa Birliği’nin 05.04.1993 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönergesinin 3. maddesinde *“Münferiden tartışılmamış olan bir sözleşme koşulu iyi niyet kuralına aykırı olarak tüketicinin zararına olacak şekilde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğe sebep olmuşsa haksız olarak kabul edilir.”* ifadelerine verilmiş ve haksız şart kavramının tanımına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeden esinlenerek TKHK 6.maddesinde haksız şart kavramı *“satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları”* olarak tanımlanmıştır.

Düzenlemeyle beraber satıcı, sağlayıcı ve özellikle kredi veren kuruluşların sorumluluğunu büyük ölçüde daraltan ya da ortadan tamamen kaldıran şartlar tüketici açısından bağlayıcılığının ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.³¹⁵ Özellikle hukukumuzda TBK ile getirilen düzenleme dışında genel işlem koşullarına ilişkin en kapsamlı düzenleme TKHK’da yer almaktadır.³¹⁶

II. HAKSIZ ŞARTLARIN TANIMI VE UNSURLARI

A. TANIMI

Haksız şart kavramı TKHK’nin 6.maddesinde tanımlanmış olup, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinde *“Satıcı,*

³¹⁵ Yavuz, s. 25, Işık, s. 88.

³¹⁶ Kuntalp, Bankalar, s. 82.

sağlayıcı veya kredi verenin 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” şeklinde haksız sözleşme şartların düzenlemesi yapılmıştır.

Özellikle bu tanımda kredi veren ifadesi dikkat çekmektedir. Bu ifadeye göre bankaların tüketicilerle imzaladıkları kredi sözleşmeleri uygulamada geniş yer tutmaktadır. Gerek TBK gerekse TKHK’da yapılan düzenlemelerle bile kredi sözleşmelerindeki haksız şartların denetimi gereği gibi yapılamamaktadır. Oysaki TKHK m.6/2 şu şekilde belirtmiştir, *“taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.”*³¹⁷ Bu nedenlerle bankaların halen uyguladıkları haksız şartlara ilişkin yapılacak incelemelerde somut olayın tüm özelliklerinin hâkim tarafından göz önünde bulundurularak sözleşme adaletinin sağlanması ve sözleşme dengesinin tüketici aleyhine bozulup bozulmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.³¹⁸

Haksız şartların kanunda yapılan tanımından yola çıkarak sözleşmede bulunan bir koşulun haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için belirli koşulların sağlanması gerektiği açıktır. Hükümlerin haksız şart olarak kabul edilebilmesi için sözleşmeye müzakere edilmeden koyulması ve tüketici aleyhine açık bir dengesizlik oluşturması şarttır.³¹⁹

B. HAKSIZ ŞARTIN UNSURLARI

1. Tüketici İle Müzakere Edilmeme

Bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için hükümlerin tüketici ile müzakere edilmemiş olması koşulu aranır.³²⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 02/05/2008 sayılı kararında *“Sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve*

³¹⁷ Kuntalp, Bankalar, s. 82,

³¹⁸ Yargıtay 13. HD 14/04/2010 tarihli 2009/14991 E. - 2010/5048 K. sayılı kararında *“Taraflar arasındaki bankacılık hizmetleri sözleşmesinin 136. ile 137. Maddelerindeki düzenlemelerin tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciye külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir.”*

³¹⁹ Işık, s. 89, Karadağ, s. 135, Selçuk, s. 35 vd.

³²⁰ Sirmen, s. 122, Işık, s. 90.

*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.” şeklinde hüküm kurarak sözleşmeye tarafların birlikte müzakere etmeden koydukları hükümleri haksız şart olarak kabul ettiğini belirtmiştir.*³²¹

Müzakere etme kavramından anlaşılması gereken tarafların birlikte sözleşme koşullarını okuyup üzerinden geçmeleri değildir. Tarafların beraber görüşleri, karşılıklı teklifleri ile her koşulun ayrı ayrı düzenlenerek ve istişare edilerek hükümlerin hazırlanması gerekmektedir. Tabi ki, sözleşmenin taraflar tarafından bazı maddelerinin müzakere edilmemiş olması, sözleşmenin diğer hükümlerinin de müzakere edilmemiş sayılmasına yol açmamaktadır. Zaten bu durum TKHK 6.maddesinin f bendinde şu şekilde açıklanmıştır; “...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 da bu maddenin uygulanmasını gerektirmez...”.³²² Ancak bir hükmün haksız şart olarak kabul edilebilmesi için şartın müzakere edilmemiş olması yeterli değildir. Ayrıca o hükmün dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede tüketici aleyhine dengesizlik oluşturması gerekmektedir.

2. Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturma

TKHK’nun 5.maddesine göre, tüketici sözleşmelerinde, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabul edilebilmesi için sözleşme hükmünün tüketici ile müzakere edilmemesi şartının yanında, bu hükümlerin ayrıca sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizlik oluşturması şartı da aranmıştır.³²³ Özellikle 93/13 sayılı AB Yönergesinde

³²¹ Y. 13. HD T. 02/05/2008, 2008/4345 E., 2008/6088 K. sayılı kararı (KBİB Erişim tarihi 04/1/2018)

³²² Standart sözleşme kavramı için bkz. s. 20. **Sirmen**, s. 123, **Işık**, s. 94, **Karadağ**, s. 136, **Çınar**, s. 24.

³²³ **Akıpek**, s. 333, **Aydoğdu**, s. 191, **Topak**, s. 289.

bu kurala aykırılığın ölçüsü “önemli oransızlık” olarak belirlenmişken, hukukumuzda bu ölçüye yer verilmemiştir.³²⁴ Ancak TBK 25.maddede “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” düzenleme ile sözleşme kaydının haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için, dürüstlük kuralına aykırılığın önemli ve haksız olması aranmamış, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile paralellik sağlanmıştır.³²⁵

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 08/07/2014 tarihinde verdiği kararında; “...davacı eldeki dava ile davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesini istemekte olup, dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere davalı banka tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli dosya masraflarını tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir ancak hemen belirtmek gerekir ki, bankaların kredi borçlusuna...hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicinin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Sözleşme kapsamında tahsil edilen primlere ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır...” hüküm kurmuş ve sözleşmede hükümlerin önceden tek taraflı olarak belirlense dahi dürüstlük kuralına aykırı olmayan ve tüketici lehine olan hükmün haksız şart olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.³²⁶

Kanunda belirtilen bu şartın ölçütünde dürüstlük kuralından çok oransızlık kavramı önem taşımaktadır. Dolayısıyla bu kavramın amacını belirlemek asıl olandır. Bu nedenle sözleşme hükmü olan ve tüketici aleyhine dengesizlik oluşturan hükümlerin tespitinde asıl dikkat edilmesi gereken o hükmün hukuki mi yoksa ekonomik açıdan mı değerlendirilmesi gerektiğidir.³²⁷ Çünkü oransızlık kavramı yoruma açık olup, yanlış şekilde yorumlandığında da tüketici aleyhine kullanılabilir. Bizce bu kavram hukuki açıdan çok ekonomik açıdan değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.³²⁸

³²⁴ Çınar, s. 24.

³²⁵ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 25. maddesinin gerekçesinde de, genel işlem koşullarının sözleşmenin karşı tarafının menfaatlerini ahlaka aykırılık derecesinde olmasa bile, dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde zedelemesi durumunda, geçersiz sayılacakları belirtilmiştir; Çınar, s. 25.

³²⁶ Y. 13. HD T.08/07/2014, 2014/22472 E.- 2014/23009 K. sayılı kararı (KBİB Erişim Tarihi 08/01/2017)

³²⁷ Topak, s. 291, Işık, s. 69.

³²⁸ Topak, s. 291, Çınar, s. 26

Ekonomik açıdan değerlendirildiğinde önemli olan tarafların arasındaki güç dengesidir. Ancak yine de hakim tarafından somut olay hakkında değerlendirme yapılırken doğru sonucu verecek inceleme şekli, sözleşmenin tek maddesinden yola çıkarak değerlendirme yapmaktan ziyade sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme yapılırken ise, dürüstlük kuralından yararlanılmalı ve bu durumun makul karşılanıp karşılanamayacağı tespit edilmeli ve tüketicinin sözleşme hakkında ne kadar bilgi sahibi olduğuna bakılmalıdır.³²⁹ Nitekim yukarıdaki Yargıtay kararı da esas alındığında hukukumuzda müzakere edilmeyen haksız şartlar bulunsa dahi eğer şartlar dürüstlük kuralına aykırı bir nitelik taşımıyorsa artık hükümlerin haksız şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir.³³⁰

Kısaca tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartların kabul edilebilmesi için, akdedilen sözleşmenin önceden tek taraflı düzenlenmesi, hükmün müzakere edilmeden sözleşmeye konulması, bu hükmün tüketici aleyhine dengesizlik oluşturması ve son olaraksa oluşan dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırı düşecek nitelikte olması gerekmektedir.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE HAKSIZ ŞARTLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

6098 sayılı TBK'dan önce ülkemiz hukukunda genel işlem koşullarına ait düzenleme sadece 4077 sayılı TKHK'da öngörülmüştür. Ancak TKHK'da yer alan bu düzenleme sadece bir tarafı tüketici olan sözleşmelere etki edebilecektir. Bu koşulların TKHK'dan daha genel bir kanun olan TBK'da önceden yer almaması pek çok sıkıntıya yol açmıştır. Özellikle TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce bankalar ve tacirlerin

³²⁹ Yargıtay 11. HD 30/11/2010 tarihli 2010/5353 E.- 2010/8444 K. sayılı kararında "...davacı şirket bankanın komisyon oranında yapmayı düşüneceği artışı sözleşmeye uygun olarak önceden yazılı biçimde kendisine tebliğ edileceğini beklediği ve bankaya güvendiği için hesap özetlerini kontrol ihtiyacı duymadığı için, 307 sayfadan oluşan hesap özetlerini davacının kontrol etmemesi davacı aleyhine yorumlamamak ve kabul etmek doğru görülmez. Aksine bir düşünce sözleşmeye sadakat ilkesine uygun düşmeyeceği gibi, bankanın da basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğini göz ardı etmek sonucu doğurup hakkaniyetle bağdaşmaz..."

³³⁰ Sirmen, s. 122, Aydoğdu, s. 184, Karadağ, s. 135, Topak, s. 292, Işık, s. 96.

karşılıklı imzaladıkları sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşulu içeren hükümler nedeniyle birçok tacir zarar görmüştür.³³¹

Özellikle içerik denetiminde TBK m. 25 gereğince de dürüstlük kuralından söz edilmiş ve TKHK’da yer alan hükümler göz ardı edilmiştir.³³² Nitekim TKHK m. 5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik maddeleri ve ekinde Avrupa Birliği Yönergesi m.3 ve m.4’de dürüstlük kuralına aykırı sözleşme koşullarının tespitinde hâkimin nelere dikkat etmesi gerektiği örneklerle açıklanmıştır. Bu nedenle TBK’da düzenlenen içerik denetimi konusunda 2003 yılından beri TKHK’da bulunan düzenlemelerden yararlanılmaması büyük bir eksiklik olmuştur.³³³

TKHK’nın asıl amacı doğrudan genel işlem koşulları ile değil tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartlarla ilgili olmasıdır. Nitekim hükümlerde genel işlem koşulu niteliği taşıyan veya taşımayan pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız şart içeren sözleşme içeriği denetime tabi kılınmıştır.³³⁴ Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile akdettiği sözleşme hükümleri genel işlem koşulu içeriyorsa, sözleşmenin hem haksız şart hem de genel işlem koşullarının incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada haksız şart denetiminin genel işlem koşulu denetimini kapsayan bir denetim mekanizması olduğu söylenebilir.³³⁵ Bu açıklamadan yola çıkarak tüketici işlemlerindeki genel işlem koşullarının denetimi TKHK ile ve TBK ile yapılırken, tüketici işlemi olmayan sözleşme koşullarındaki hükümler ancak TBK ile denetlenebilecektir.

Haksız şartlar ve genel işlem koşulları arasındaki bir diğer fark ise TKHK’da TBK’daki gibi sözleşme koşullarının denetiminde sıkı şartlara yer verilmemiş olmasıdır. TKHK kapsamında bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilmesinde, o hükmün pazarlık konusu edilmemiş olma ya da tek taraflı sözleşmeye dâhil edilme, ilgili sözleşme koşullarının önceden tasarlanmış olması veya bunların birden fazla kullanım amacıyla hazırlanmasının hedeflenmesi gibi TBK’da

³³¹ **Topak**, s. 299.

³³² TBK m. 25’e göre dürüstlük kuralına aykırılığın ölçüsünden kastın ne olacağı tam olarak açıklanmamakla birlikte madde gerekçesinde “*maddede yapılan düzenleme ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır*” denilmekle yetinilmiştir. **Topak**, s. 302.

³³³ **Atamer**, Karşılaştırma, s. 11 ve s. 41.

³³⁴ **Sirmen**, s. 120.

³³⁵ **Sirmen**, s. 120 vd.

düzenlenen genel işlem koşulları ölçütlerine yer verilmemiştir. Kısaca o sözleşme için güçsüz tarafın menfaatlerinin zedelenebileceği hükümlerin ona dayatılmış olması yeterli bulunmuştur.³³⁶

TKHK m. 5 ve AB Yönergesinin 3. maddesinde “*tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan kayıtlar*” düzenlemesine yer verilmiştir. “İçeriğe etki etme” başlığı altında yapılan bu düzenlemeler ile tüketicinin içeriğine etki edemediği hükümler yönünden “müzakere edilmemiş olma karinesi”³³⁷ öngörülmüştür. TBK’da m. 20’de “*düzenleyenin, ...tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklindeki ifade ile TKHK’na paralel bir düzenleme yapılmışsa da TBK’da düzenlenen genel işlem koşulları yönünden içeriğe etki etme kıstası düzenlenmemiş, koşullara ilişkin kayıtların varlığı karşı tarafın içeriğe etki edebilmesi ve bunun kullanan tarafından ispatına bağlanmıştır.³³⁸

TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarının tanımında “*birden çok sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması*” koşulu sözleşme muhtevasının değişmesinin önüne geçilmesi açısından önem taşırken, TKHK’nın 5. maddesinde yer alan “*sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse*” düzenlemesine yer verilmiş, sözleşmenin birden çok tüketici ile yapılıp yapılmama amacı aranmamıştır. Nitekim TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarının varlığı için aranan “çok sayıda sözleşme için kullanılma” ölçütünde önemli olan “çok sayıda sözleşme için kullanma amacı” olup, ilk kullanımda dahi genel işlem koşulunun varlığı kabul edilecektir³³⁹.

Sözleşmenin muhtevası haline gelmiş genel işlem koşullarının denetimi yürürlük denetimi veya içerik denetimi kullanılarak yapılabilmektedir. TBK’da bu iki denetim türüne de açıkça yer verilmiş olmasına rağmen TKHK’daki haksız şartların denetiminde yürürlük denetimine açıkça yer verilmemiştir. Tabi ki bu düzenleme eksikliği tüketici sözleşmelerine de uygulanabilecektir.³⁴⁰ Ancak TBK’da içerik denetiminde tek bir ölçüye yer verilmiş olup, o da dürüstlük kuralıdır ve bu düzenlemeye yer verilirken

³³⁶ Atamer, Karşılaştırma, s. 20.

³³⁷ TKHK m. 5/3 “*Sözleşme şartının önceden hazırlanması ve özellikle standart sözleşmelerde yer alması nedeniyle, o sözleşmenin içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir*”.

³³⁸ Akipek, s. 334; Aydoğdu, s. 189; Kartal, s.54.

³³⁹ Eren, s. 215 vd.

³⁴⁰ Aydoğdu, s. 85.

“...ayrıca veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte...” ifadesi kullanılmışken, TKHK’da ise husus “...sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan...” şeklinde ifade edilmiştir. İçerik denetimi neticesinde genel işlem koşulu içeren sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği tespit edilirse TBK m. 27 gereğince ilgili hükümler kısmi hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır. Bu yaptırım neticesinde TBK’da taraflara kısmi hükümsüzlük nedeniyle geçersiz sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacaklarını iddia ederek sözleşmenin tamamını hükümsüz sayma imkânı sağlanmışken, AB Direktifi ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesine göre sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur ve bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. TKHK’da düzenlenen kısmi hükümsüzlük hali TBK m. 27 kapsamındaki hükümsüzlük halidir. Ancak aradaki fark, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması tarafların bu konuda farazi iradelerine göre tayin edilmez. Sözleşme, her halükarda bu şartlar olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır.³⁴¹ Böylece genel düzenlemeden farklı olarak, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar bakımından ve TBK’ya tabi genel işlem koşullarında, kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüştürülmesi engellenmiştir³⁴².

³⁴¹ Çınar, s. 156.

³⁴² Aydoğdu, s. 197.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ USUL HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

§18. YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Genel işlem koşullarını kullanan taraf, zayıf durumdaki karşı tarafı, aralarında çıkan bir uyuşmazlık durumunda, uyuşmazlığı mahkemeye taşımamaya kısıtlandırmaya çalışabilir. Zayıf durumdaki karşı tarafın mahkemede kendi hakkını savunmasını zorlaştırabilir. Kullanan bu kısıtlamayı delil sözleşmeleri ve yetki sözleşmeleriyle yapabilir. Bu sebeple yetkili mahkemenin kanun ile belirlenmiş olması zayıf durumdaki karşı taraf açısından çok önemlidir. Türk hukukuna göre, mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanununa tabidir (HMK m.5). Bu sayede kullananın yetki sözleşmeleri ile dayatmaya çalıştığı hükümler karşı tarafı bağlamaz. Yetki sözleşmeleri bir sonraki başlıkta incelenecektir.

Yetki bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirler. Görevli mahkemeyi, sulh, asliye veya özel bir mahkeme olarak belirledikten sonra, davanın hangi yerdeki görevli mahkemede açılacağını tespit etmek gerekir. Bu tespit ise yetki kuralları sayesinde yapılır.³⁴³

HMK m.6'ya göre, “Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.”³⁴⁴

“Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir.”

HMK m. 9'a göre; “Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir.”

Konumuzla da ilgili olarak HMK’deki ilgili madde; “Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.” (HMK m.10). Burada bahsedilen yetki seçimlik bir yetkidir. Yetki konusundaki herhangi bir ilkeyi ortadan

³⁴³ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes; s. 104.

³⁴⁴ “Davalı dava açıldıktan sonra yerleşim yerini değiştirirse, bu mahkemenin yetkisini etkilemez.” Y., HGK, 26.10.2005, E. 2005/11-515- K.2005/599. Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İhtihat Programı.

kaldırmayacaktır. Burada konuyla ilgili önemli husus şudur, eğer sözleşme fesih edildiyse artık bu maddeye dayanılarak dava açılmaz. Çünkü fesih sonrası sözleşme artık ortada yoktur ve olmayan bir sözleşmenin ifa yerinde dava açılmaz.³⁴⁵ Sözleşmenin ifa yeri, davacının sözleşmeye dayanarak talep ettiği şeye göre belirlenir. Sözleşmede her iki taraf da ifada bulunacak ise davacının ifasını istediği şeye göre yetkili mahkeme tespit edilir. İfa yerini taraflar aralarında kararlaştırmış iseler, davanın kararlaştırılan ifa yerinde de açılması mümkündür. Taraflar ifa yerini kararlaştırmamış iseler ifa yeri TBK'nın 89.maddesine göre belirlenir.³⁴⁶ TBK m. 89'a göre; *“borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa aşağıdaki hükümler uygulanır; para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.”*

§19. YETKİ SÖZLEŞMESİ (YETKİ ŞARTI)

Günümüzde artık genel işlem koşulları yetki sözleşmelerinde de kullanılmaya başlanmıştır. Standart sözleşmelerde çoğunlukla yetki koşulları kullanılmakta ve bu şekilde kullanan, usuli avantajlar elde etmek amacıyla, kesin olmayan yetki kurallarını kullanarak, karşı tarafa yetkisiz bir mahkemeyi yetkili olarak kabul ettirmeye çalışabilir.³⁴⁷

Burada önemli olan şudur; yetki şartıyla kullanan, karşı tarafın yargı yoluna başvurma hakkını elinden alamaz. Kullanan, karşı tarafın kendi yerleşim yeri mahkemesine veya sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesine başvurma imkânını kısıtlayarak; özellikle kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurmasını zorunlu kılmak suretiyle karşı tarafın sahip olduğu avantajlardan yararlanamamasını sağlar.³⁴⁸ Örneğin, bir banka ile kredi ilişkisine giren taraf, kendisine uzatılan kredi sözleşmesini imzalamakla çoğu zaman farkında olmadan yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılmaktadır. Bankanın ileride dava açmak istemesi halinde, kredi kullananın yerleşim yerinde dava

³⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.107.

³⁴⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.108.

³⁴⁷ Erişir, s. 1141.

³⁴⁸ Erişir, s. 143.

açmak yerine, kendi istediği ve yetki sözleşmesiyle kararlaştırılan yerde dava açması mümkün olabilecektir.

Banka ile kredi sözleşmesi yapan karşı taraf, bu sözleşmeyi imzalarken aslında, yetkisiz bir mahkemeyi yetkilendiren hükmün altına da imzasını atar. Bu hükümle birlikte, ileride dava açma olasılığı olabilecek bankanın, karşı tarafın yerleşim yeri mahkemesinde dava açması gerekirken, yetki sözleşmesinde kendi belirlediği yerde dava açması mümkün olur. Ancak burada göz ardı edilmemesi gereken bir durum vardır. O da HMK m. 17'nin yetki sözleşmesini düzenleyen hükmüdür. *“Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş ve doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.”* Madde hükmünde görüldüğü üzere kanun yalnız tacirler veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi akdedebilmelerine izin vermiştir.

Sözleşmelerde bulunan yetki şartları³⁴⁹ genel işlem koşulu hükmünde kabul edildiği takdirde, bunun denetimi de TBK m. 20 kapsamında mümkündür. Ancak öncelikle yetki sözleşmesinin bu madde hükmüne göre *“ genel işlem koşulları, yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”* bahsedilen unsurları³⁵⁰ taşıması gereklidir. İşte bu şekilde yetki şartı bir genel işlem koşulu haline getirildiği takdirde, yürürlük, yorum ve içerik denetiminin ne şekilde yapılması gerektiği tespit edilebilecektir. Zaten yetki şartının hangi tür sözleşme içinde yer aldığı önemli değildir. Çünkü genel işlem koşulu denetiminde sözleşmenin türü önem arz etmez.³⁵¹ Ancak burada önemli olan bir nokta vardır; o da yetki sözleşmesinin tacir veya kamu tüzel kişilerin akdedebileceği dikkate alındığında, hukukî olarak kolaylıkla danışmanlık alabilmesi beklenen tacir veya kamu tüzel kişinin böyle bir bilgisizliği makul karşılanması hususudur. Sözleşme koşulları tek yanlı olarak

³⁴⁹ Sözleşme koşulları arasında, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların hangi yer veya yerdeki mahkemelerde çözümleneceği de varsa, bu durumda yetki şartından söz edilir. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 153.

³⁵⁰ Gerekli unsurlar, 1. Bir Sözleşmenin Koşullarından Birini Oluşturması, 2. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Yanlı Olarak Düzenlenmiş Olması, 3. İleride Birden Fazla Benzer Sözleşmede Kullanma Amacıyla Düzenlenmiş Olması, 4. Sözleşmeyi Hazırlayan Tarafından Sözleşmenin Kapsamına Dâhil Olabilmesi Amacıyla Karşı Tarafa Sunulmuş Olması, 5. Olumsuz Koşul: Yetkili Mahkemenin Neresi Olacağına Müzakere Edilmemiş Olması. (**Erişir**, s. 1147-1151).

³⁵¹ **Erişir**, s. 1147.

düzenlenmiş olsa da, karşı taraf sözleşmenin içeriğinin birlikte belirlenmesinde söz sahibi olmuş veya kullananın bu koşulların pazarlık edilerek değiştirilebilmesine açık olması sayesinde söz sahibi olabilecek duruma gelmiş ise, ilgili sözleşme hükmü genel işlem koşulu olarak kabul edilmemesi gerekir.³⁵²

Bunlara ek olarak yetki şartının genel işlem koşulu olması durumunda ispat yükünün kimin üzerine düşeceği de ayrı bir sorundur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190'e göre; *"ispat yükü, kanunda bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan lehine hak çıkaran tarafa aittir."* Yetkinin kesin olmadığı hâllerde davalının yetki ilk itirazını, davacının ise mahkemenin yetkili olduğunu ileri sürmesi ile mahkemenin yetkili olup olmadığı hususu, taraflar arasında çekişmeli hâle gelir. Bu halde yetki itirazı bir ön sorun halini alır ve bu sorunun incelenmesinden önce tarafların delil ikame etmesi gerekir (HMK m. 164). Dava açan taraf yetki sözleşmesini mahkemeye sunduğunda delil ikame etme yükümlülüğünü yerine getirmiş olur, bu nokta da karşı taraf yetki şartının bir genel işlem koşulu olduğunu ileri sürmelidir. Eğer taraflar yetki sözleşmesini yaparken yetkili mahkemenin neresi olması gerektiğini aralarında tartışmamışlarsa yetki şartı denetime tabi olur. Aksi halde yetki şartı genel işlem koşulu olarak değerlendirilemez.³⁵³ ERİŞİR tacirlerin karşılıklı yaptığı yetki sözleşmesi için; "tacirler her durumda eşit ve yetkili mahkemenin neresi olacağını müzakere ederek tam bir irade uyuşması içinde kararlaştırabiliyor olsalardı, bu ideal durum karşısında sözleşmeye müdahale edilmemesi doğru bir tercih olurdu. Ne var ki, tacirler arası işlemler çoğu zaman genel işlem koşulları ile yürütülmekte, yetkili mahkeme/mahkemeler, kesin olmayan yetki kuralından ayrılma iradesi müzakere edilip en uygun yetkili mahkeme tespit edilerek değil, bir tarafın yetki şartını diğer tarafa dayatması ile ortaya çıkmaktadır." ifadesini kullanmaktadır.³⁵⁴ Yukarı da daha önce açıkladığımız gibi, tacirlerin karşı tarafla sözleşme akdederken bilgisiz olması, yeterince araştırma yapmamış olması sık karşılanmayan ve olmaması gereken bir durumdur.

³⁵² Erişir, s. 1151, Atamer, Karşılaştırma, s. 22-23.

³⁵³ Erişir, s. 1154. "Tacirler veya kamu tüzel kişileri kendi aralarındaki hukukî ilişkilerde her ikisi de hukuken eşit konumda sayılabilirler. (...) Tacirlerle kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında, yapmış oldukları işlemlerde, belirtildiği gibi, daha zayıf konumda olan bir taraf yoktur. Kural olarak her iki tarafı da eşit kabul etmek mümkündür. Bu kimseler, kanunda belirtilen şartlara uygun olmak kaydı ile, aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Taraflar ayrıca, yapmış oldukları yetki sözleşmesi ile, yetkili kıldıkları bir veya birden fazla mahkemenin yetkisinin, münhasır yetki olup olmadığını da kararlaştırabileceklerdir" (Hükümet Gereğesinden). (Erişir, s. 1166).

³⁵⁴ Erişir, s. 1166.

Ancak sözleşme yapılırken her iki tarafını da eşit derecede konuya hakim olması beklenemez ve taraflardan birinin daha baskın olması durumunda genel işlem koşulu içeren yetki şartını tacir olan karşı tarafa dayatması mümkün hale gelebilir. Kanımızca tacirlerinde sıradan bir müşteri gibi olmasa da genel işlem koşullarından faydalanmasında yarar vardır.³⁵⁵

Son olarak kullanan, karşı tarafa sunduğu sözleşmeyle genel işlem koşulu niteliğinde bir yetki şartı imzalatamaz. Buna rağmen eğer sözleşme kurulduysa yetki sözleşmesi geçersiz olur.³⁵⁶

§20. DELİL SÖZLEŞMELERİ

Medeni usul hukukunda, eğer kanun vakıalar için belirli bir delil ile ispat koşulu arıyorsa, bu vakıaların başka tür delillerle ispatı mümkün değildir (HMK m. 198/3). Bu düzenleme kanuni delil sisteminin bir sonucudur.³⁵⁷

Delil sözleşmesi, belirli vakıaların, belirli bir delil veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usuli bir sözleşmedir.³⁵⁸

Delil sözleşmesi ile ancak ispat şartı olan yazılı şekil şartı getirilebilir veya kanunen ispat şartı olan yazılı şekil şartına istisna kabul edilebilir. Delil sözleşmesiyle geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartı bertaraf edilemez veya geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartı getirilemez.³⁵⁹

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

³⁵⁵ Bkz. s. 82.

³⁵⁶ Camcı, s. 97.

³⁵⁷ Atalay/Pekcanitez/Özekes, s. 405.

³⁵⁸ Atalay/Pekcanitez/Özekes, s. 406.

³⁵⁹ Atalay/Pekcanitez/Özekes, s. 406.

Zikredilen bu kanun maddelerinden de anlaşıldığı üzere, taraflar bir hususun sadece belirli bir delille ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler.³⁶⁰ Ayrıca münhasır olmayan delil sözleşmesi de yapabilirler. Görüldüğü üzere taraflar bir hususun yalnızca kararlaştırdıkları delillerle ispatlanabileceğini, başka bir delille ispatlanamayacağını sözleşmeye genel işlem koşulu içeren hükümler aracılığıyla koyabilirler. Bu durum kullanan için avantaj olabilirken, karşı taraf açısından zorlayıcı olabilir. Daha önce de açıklandığı gibi genel işlem koşulları kullanan tarafından; genellikle kendi haklarını öne çıkaracak şekilde düzenlenir. Böylece zayıf karşı taraf belki de vakıayı ispat edemeyeceği bir konumda bırakılmak suretiyle hakkını araması engellenebilecektir. Bu nedenle anılan şekilde yapılan delil sözleşmelerinin de gerekli unsurları taşıması halinde, yani genel işlem koşulu sayıldığı durumlarda, kullanan aleyhine olacak şekilde geçersiz sayılması kanaatindeyiz.

§21. İSPAT YÜKÜKÜN YER DEĞİŞTİRDİĞİ HÜKÜMLER

İspat, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığını konusunda hâkimi inandırma faaliyetidir. İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları vakıalar oluşturur. Taraflar bu vakıaların ispatı için delil gösterirler (HMK m. 187/1). Sadece taraflarca ileri sürülen vakıalar ispatın konusunu oluşturur. Hâkim taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramaz veya taraflardan bunların ispatını isteyemez (HMK m. 25).³⁶¹

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, TMK m.6 uyarınca, “...taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”

Bu hükmü teyit eden; HMK m. 190’a göre ise, “*ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*”.

Taraflar aralarında, bir vakıanın ispat yükünün kime ait olduğuna dair ispat yükü sözleşmesi yapabilirler. Tabi ki bu sözleşmenin yapılabilmesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin olması gerekir. Ayrıca taraflar vakıaların önceden,

³⁶⁰ Bir vakıanın ispatında sadece belirli delil veya delillerin kullanılabilmesine dair anlaşmalar münhasır delil sözleşmesi teşkil eder. Münhasır olmayan delil sözleşmesi ise, tarafların yaptıkları sözleşme ile aralarında çıkacak uyuşmazlıkta, belli bir vakıanın ya da işlemin, sadece belirli delil veya delillerle değil de, kanunen mümkün olan deliller yanında, kendi kararlaştıracakları deliller ile de ispatlanabileceğini kabul ederlerse yapmış olacakları sözleşmedir (HMK m. 193/1).

³⁶¹ Atalay/Pekcanitez/Özekes, s. 362.

tartışmasız kabul edileceğini kararlaştırabilirler. Fakat taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde genel işlem koşullarına aykırı olan ispat yükü sözleşmeleri geçersizdir.³⁶²

Genel işlem koşullarında TBK m. 21/1'e göre, koşulların önceden müzakere edilerek kabul edildiğini, kullanan taraf, yani bundan yararlanacak olan tarafın ispat etmesi gerekir. Burada kullanan aleyhine bir karine mevcuttur. Çünkü sözleşme koşullarını hazırlayan taraf, kendi aleyhine olan sözleşme hükümlerini bilerek ve isteyerek imzalamaz. Bu karine, karşı tarafa sınırlı bir süre için iptal imkânı da vermez. Karşı taraf bunu davanın her aşamasında ileri sürebilir ve hâkimin de resen dikkate alması gereklidir.³⁶³

Genel işlem koşullarını kullanan, TBK m. 21/1'e göre, karşı tarafla koşulları önceden müzakere ederek imzaladıklarını ya da sözleşmenin karşı tarafın hâkimiyet sahasına girdiğini, bu nedenle inceleyip imzalandığını ispatlamalıdır. Aksi halde sözleşmenin ispat yükümlülüğüne ilişkin genel işlem niteliğindeki hükmü geçerli olur.

³⁶² Atalay/Pekcanitez/Özekes, s. 385.

³⁶³ Camcı, s. 99.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 48’de belirtildiği gibi; “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi herkes sözleşme yapma, tarafını seçme, içeriğini belirleme ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne sahiptir. Bu ilkenin bir anlamı olabilmesi için sözleşmenin tarafları arasında eşitlik olması gerekir ve bu sayede her iki taraf içinde adil bir sözleşme kurulabilir. Ancak dünyamızda değişen düzen, ekonomik ve sosyal yaşam arasında oluşan farklılıklar nedeniyle taraflar arasında adil bir sözleşme kurulması neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Ekonomik düzenin değişmesi, tüketimin ve üretimin hızlanması ve evrensel bir boyuta ulaşması nedeniyle bireyler zayıf ve güçlü taraf olarak ayrılmak durumunda kalmıştır. Sosyal durumundaki bu büyük değişiklik elbette ki insanlara da yansımış, bireyler arasındaki eşitlik bozulmuştur. Değişen bu durum nedeniyle güçlü ve zayıf taraf arasında yapılan sözleşmelerdeki hükümler değişmeye ve zayıf konumdaki tarafın aleyhine düzenlenmeye başlamış ve bu durum adil olmayan sözleşmeleri beraberinde getirmiştir. Konumuz olan genel işlem koşulları işte bu sosyal değişimin bir ürünüdür. Genel işlem koşulları sözleşme özgürlüğünü ilkesinin temelinde yatan eşitlik ve adalet olgusunu değiştirmiştir.

Genel işlem koşulları, sözleşmenin bir tarafının (kullananın) diğer tarafına (karşı taraf), sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı hazırlanmış sözleşme hükümleridir. Tanımından da anlaşılacağı üzere bu tip sözleşmelerde güçlü taraf zayıf konumdaki tarafın çaresizliğinden ve bilgisizliğinden yararlanmak suretiyle, sözleşmenin hükümlerini kendi istediği şekilde şekillendirip, zayıf tarafı bu sözleşmeyi imzalamak zorunda bırakmaktadır. Böylece klasik sözleşme modelinden uzaklaşmaya başlanmış ve değişen ekonomik hayatın bir sonucu olarak sözleşmeler de matbu hale gelmişlerdir. İşte bu sebeplerle bozulan adalet anlayışının düzeltilmesi sebebiyle, ilk olarak 4077 sayılı TKHK ve Yönetmelik ile tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlar yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak bu düzenleme yetersiz kalmış ve sadece tüketiciler açısından uygulanmanın ilerisine geçememiştir. Bu düzenlemenin ardından atılan en önemli adım ise 6098 sayılı TBK’nın 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle atılmıştır. Böylece TBK ile genel işlem koşullarının denetlenmesi konusunda

Türk hukukunda uzun yıllar mevcut olan düzenleme açığı kapatılmıştır. TBK'nın 20-25. maddeleri arasında yer alan bu düzenleme ile sözleşmeyi kullanan dışındaki diğer tarafının tüketici olup olmamasına bakılmaksızın her türlü sözleşmede kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesine imkân sağlanmıştır. Koşulların denetiminin sağlanabilmesi için hâkimin mutlaka sözleşmeye müdahale etmesi gereklidir. Hâkim sözleşmeyi şu üç aşamadan geçirmelidir; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi.

Yürürlük denetimi Türk Borçlar Kanunu'nun 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu denetim yolu ile genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği olup olmadığının tespiti sağlanır. Bu aşamada hâkim güven teorisinden yararlanarak değerlendirme yapacaktır. Eğer yapılan değerlendirme neticesinde genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline geldiği anlaşılırsa, birinci olarak, karşı tarafın koşulların varlığı hakkında açık bir şekilde bilgilendirilmiş olup olmadığı, ikinci olarak ise, kullananın bu koşulların varlığını karşı tarafa sözleşmenin yapılması sırasında içeriğini öğrenme imkânının tanınıp tanınmadığı önem taşıyacaktır. Eğer bu iki koşulun varlığı saptanırsa sözleşmedeki genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır.

Yazılmamış sayılma yaptırımını Türk hukukunda daha önce bahsi geçmeyen bir yaptırım türüdür ve ne yazık ki yasada kanun koyucunun bu yaptırım türüyle ilgili ne ifade ettiği açık değildir. Doktrinde yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğine ilişkin olarak, kesin hükümsüzlük, yokluk, kısmi yokluk gibi görüşler mevcuttur. Bu sebeple doktrindeki tartışmalara son vermesi bakımından, bu yaptırım türünün düzenlemeye konuluş amacının daha fazla zaman kaybedilmeden açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yazılmamış sayılan hükümler sözleşmenin yapılmasından itibaren akdin muhtevasına dahil olmazlar ve taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmazlar. Ancak genel işlem koşulu içeren hükümler dışında kalan diğer hükümler ise geçerliliğini koruyacaktır.

Yürürlük denetimi neticesinde sözleşmenin muhtevasında dahil olduğu anlaşılan genel işlem koşulları için bir sonraki aşama yorum denetimidir. Bu denetim yolunda genel işlem koşulu içeren hükümlerin muhtevasına ilişkin olarak herhangi bir tereddüt yaşanması durumunda, kullanan aleyhine, karşı taraf lehine yorum yapılır. İşte bu nedenle kullanan genel işlem koşulu içeren sözleşme hazırlarken, genel işlem koşulu

içeren hükümlerin birden fazla anlam barındırmamasına, açık ve anlaşılır olmasına dikkat etmek zorundadır.

Yürürlük denetimi ve yorum denetiminin yetersiz kaldığı ve sözleşme tarafları arasında adaleti sağlayamadığı nokta da içerik denetimi devreye girer. TBK m. 25'te düzenlenen içerik denetimi için tek ölçüt dürüstlük kuralı olarak kabul edilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'ndan önceki dönemde içerik denetimi farklı hukuki düzenlemelerden yararlanılarak yapılmaktaydı. Bunlar, sözleşme içeriğinin emredici genel hükümlere ve kişilik haklarına aykırı olması, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olması, edimi tek taraflı belirleme yetkisinin hakkaniyete uygun olarak kullanılmaması ve aşırı yararlanma durumlarıdır. Eğer sözleşmede bu durumların varlığı söz konusuysa, koşullar batıl sayılmaktaydı. Türk Borçlar Kanunu ile taraflar arasındaki dengenin bu yönden sağlanması içerik denetimiyle mümkün hale gelmiştir. Artık dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan genel işlem koşulları sözleşme içeriğine dahil olmayacaktır. Böylece sözleşmede karşı tarafın aleyhine olan, onu zor durumda bırakan hükümler geçersiz sayılacak, bu hükümlerden bağımsız olanlar ise varlıklarına devam edeceklerdir. Hükümlerin kesin hükümsüzlük mü yoksa kısmi hükümsüzlük mü olduğu doktrinde tartışma konusudur. Bu konuyla ilgili olarak sadece, TBK m. 25'te içerik denetimini içeren maddenin gerekçesinde, denetim sonucunda geçersiz kılınan hükümler açısından “kesin hükümsüzlük” yaptırımının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun sonucunda kesin hükümsüz sayılan maddeler elendikten sonra geriye kalanlar geçerliliklerini koruyacaklardır. Söz konusu bu durum ise kısmi hükümsüzlük durumunu ifade etmektedir.

Türk Borçlar Kanununda yapılan düzenleme neticesinde genel işlem koşullarında yapılan düzenleme Türk hukuku açısından çok önemli bir yeniliktir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde çok önceden kabul olmuş genel işlem koşulları Türk Borçlar Kanunu ile beraber ilk kez bu kadar ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Nihayet TKHK ve yönetmelikle sağlanmaya çalışılan hukuki korumanın, tüketici olup olmama ayrımından uzaklaşarak herkes için bir koruma sağlaması mümkün hale gelmiştir. Her ne kadar TBK ile yapılan bu düzenleme birçok olumlu sonucu beraberinde getirmiş olsa da pek çok olumsuzlukta beraberinde gelmiştir. Genel işlem koşullarını içeren hükümlerde anlatılmak istenen tam olarak anlatılamamış ve bir genel hükümle genel işlem koşulu

konusu çözülmek istenmiştir. Yeterli düzenleme kanun koyucu tarafından yapılmadığı gibi hâkimlere olayları kendi içinde çözümleme yetkisi geniş bir şekilde bırakılmıştır. Bu yetki bırakılırken ise herhangi bir kriter gözetilmemiştir. Mevzuatın bütünlüğü bozulmadan maddeler alınmış olsaydı, hükümler arasındaki uyumsuzluk ve çelişkiler ortadan kaldırılabilirdi. Bu şekilde en azından yürürlük denetimi ve içerik denetiminin birbirine karıştırılmasının önüne geçilmiş olunurdu. Yukarıda açıkladığımız üzere çalışılan çok aşamalı denetim mekanizması dolayısıyla taraflar arasındaki eşitsizlikler giderilmeye çalışılsa da yasal düzenlemelerdeki eksiklikler, denetim kapsamına giren kişilerin kim olduğu vs. şeklindeki belirsizlikler sebebiyle günümüzde halen eksiksiz işleyen bir denetim mekanizmasının varlığından söz etmek de mümkün değildir. Bu nedenle, söz konusu eksiklik ve belirsizliklerin bir an evvel yasal düzenlemelerle giderilmesi, genel işlem koşullarını kullanan taraf karşısındaki kişilerin mağduriyetlerinin yok edilmesi bakımından önemlidir.